

Código



TOMO 1

Artículos 1 al 252

Autores de los Comentarios

José María Casado Pérez, Juan Antonio Durán Ramírez,
Cesareo Duro Ventura, Juan José López Ortega, José
Manuel Marco Cos, César Ernesto Salazar Grande, José
Luis Ceoane Spiegelberg.

Actualización y Anotación Jurisprudencial

Martín Rogel Zepeda,
Miguel Antonio Méndez Palomo,
Rigoberto Chicas, Rigoberto Astul Aragón Martínez.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Procesal Penal Comentado

CÓDIGO PROCESAL PENAL COMENTADO



PLENO DEL CONSEJO

PRESIDENTA

Licda. Silvia Lizette Kuri de Mendoza

CONSEJALES PROPIETARIOS

Dra. Mirna Ruth Castaneda de Alvarez

Dr. Carlos Mauricio Molina Fonseca

Dr. René Mauricio Castillo Panameño

Dra. María Hortensia Cruz de López

Licda. Marta Alicia Aguirre de Pérez

Lic. José Ricardo Reyes Escoto

Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos. AECI -CNJ

ESCUELA DE CAPACITACION JUDICIAL

Dr. José Ernesto Criollo- Dirección

Licda. Berta Díaz Zelaya - Sub - Dirección

OFICINA TECNICA DE COOPERACION DE LA EMBAJADA DE ESPAÑA

Dr. Francisco Sancho López - Coordinador de la Oficina Técnica de Cooperación

Dra. Beatriz González - Directora del Proyecto de Capacitación

Autores de los Comentarios

Francisco Moreno Carrasco, Luis Rueda García.

Actualización y Anotación Jurisprudencial

Martín Rogel Zepeda,

Miguel Antonio Méndez Palomo,

Rigoberto Chicas,

Rigoberto Astul Aragón Martínez.

Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ - ECJ

Jefe de la Unidad: Licda. Karen de Sermeño

Diseño de portada: Licda. Ana Patricia Martínez Núñez

Colaboradora: Licda. Erika Elizabeth Ortiz

Los artículos publicados son de la exclusiva responsabilidad de sus autores

PRESENTACIÓN

El Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ) tiene el agrado de presentar a los lectores y especialmente a la comunidad jurídica una reimpresión actualizada del texto “Código Procesal Penal de El Salvador Comentado”, publicado inicialmente por la Corte Suprema de Justicia y el Proyecto de Asistencia Técnica auspiciado por la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI).

En la V Reunión de la Comisión Mixta Hispano Salvadoreña de Cooperación, efectuada el 23 de abril del 2002, la Cooperación Española ratificó su apoyo a los esfuerzos de formación profesional de los operadores del sistema de administración de justicia. Para ello, en su Programa de Justicia incluyó el Proyecto “Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos”, que actualmente ejecuta en coordinación con el Consejo Nacional de la Judicatura.

Como parte de dicho Proyecto, el Consejo y la Cooperación Española estimaron de suma importancia incluir el componente “publicaciones jurídicas”. Esa decisión constituye, para el Consejo, una de sus manifestaciones más sustantivas de su estrategia de ampliación del acceso de los beneficios de la capacitación hacia el mayor número de operadores del sistema de administración de justicia y miembros de los sectores que contribuyen al perfeccionamiento de dicho sistema; ello debido a que las necesidades de capacitación no pueden ser atendidas plenamente por ningún centro de formación inicial o continua, sino que deben asumirse, en gran medida, por los propios operadores y demás profesionales, mediante un esfuerzo de auto aprendizaje permanente y reflexivo.

Es por ello, que el Consejo, a través de diversas publicaciones, pone al alcance de todos los destinatarios de la capacitación y de aquellos que no son beneficiados con las mismas, documentos que contienen conceptos planteados en los eventos de formación judicial u otros textos que aunque no están directamente relacionados con la ejecución de eventos de capacitación, su puesta a disposición constituye un auxilio básico para el mejoramiento de su labor, y por ende de la administración de justicia.

Por supuesto, la utilidad de una publicación para acompañar y estimular el esfuerzo auto formativo depende en gran medida de su calidad científica y aproximación a la realidad de los operadores y demás profesionales a quienes está destinada. Con esos parámetros, es que el Consejo seleccionó el texto que en esta oportunidad se

reimprime, como uno de los documentos que deben tener una mayor difusión. Los comentarios al Código Procesal Penal salvadoreño siguen siendo tan vigentes y valiosos como la primera vez que se entregaron a los beneficiarios del proyecto que ejecutó la Honorable Corte Suprema de Justicia. La cantidad de veces que, en el desarrollo de su trabajo, los operadores del sistema de administración de justicia y demás profesionales buscan en esta obra una orientación, una guía, unas pautas para profundizar en sus investigaciones y reflexiones, patentizan el acierto de haberla elegido para su reimpresión.

El Consejo agradece especialmente a la Honorable Corte Suprema de Justicia que, en una muestra más de fraterna colaboración interinstitucional, consintió en el tiraje de más y nuevos ejemplares de esta capital obra jurídica. Respetando el delicado trabajo que en su oportunidad realizaron el equipo técnico de ese Supremo Tribunal y los autores del documento, se reproducen íntegramente los comentarios originales, sin ninguna alteración de su contenido. Claro que no podía desaprovecharse la ocasión para incorporar, a la fecha que culminó la preparación de los materiales a reimprimir, el texto de las reformas legales suscitadas previamente.

IV

La obra que el lector tiene en sus manos ahora, también es distinta en otro aspecto, siempre con respeto absoluto al esfuerzo primigenio de sus creadores. El Consejo Nacional de la Judicatura identificó a otros especialistas salvadoreños para que enriquecieran el trabajo original con algunas “notas de actualización”, así como apuntes de jurisprudencia. Las notas de actualización consisten en observaciones, opiniones o comentarios basados en la experiencia judicial y los problemas surgidos por la práctica diaria de la normativa; en la producción jurisprudencial; en específicas y aun distintas interpretaciones doctrinarias; o en dificultades interpretativas que quizá aún no se podían prever en la época de formulación de los comentarios originales, porque no se habían suscitado casos que las pusieran de manifiesto o porque la dificultad ha sido originada por una modificación legal en otra disposición normativa.

Las anotaciones jurisprudenciales han tomado en cuenta la producción jurídica contenida en las decisiones de todos los juzgados y tribunales del país que aplican la normativa comentada, sin distinción de grado de conocimiento o composición. Claro que las posibilidades reales de acceso a las decisiones judiciales pertinentes han configurado de modo inevitable el resultado que aparece en este documento. Aun con esa limitación, el lector podrá constatar -esperamos que con ansia investigadora- las interesantes diferencias que en algunos casos presenta la aplicación jurisdiccional de

una misma disposición, tal como lo ponen de relieve los mencionados apuntes jurisprudenciales.

Con estos insumos adicionales, el Consejo Nacional de la Judicatura, gracias a este nuevo apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional, tiene plena confianza en que la reimpresión de esta importante obra tonificará, una vez más, el encomiable tesón con que los operadores jurídicos salvadoreños enfrentan su responsabilidad social de ser cada día más competentes. Igualmente, impulsará la gestación de nuevos operadores, al constituirse como apoyo indiscutible de las actividades universitarias de formación de profesionales del Derecho.

De esta manera, el Consejo Nacional de la Judicatura pone a disposición de la comunidad jurídica salvadoreña otro valioso aporte a la creciente cultura de investigación y debate fundamentado de las ideas jurídicas. Esa cultura es sin duda una condición indispensable para elevar continuamente la calidad de nuestra justicia, en este caso, penal.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Í N D I C E

LIBRO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I

CAPÍTULO UNICO

PRINCIPIOS BÁSICOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Art. 1	Juicio Previo	1
Art. 2	Principio de Legalidad del Proceso	7
Art. 3	Imparcialidad e Independencia de los Jueces	12
Art. 4	Presunción de Inocencia	18
Art. 5	Duda	24
Art. 6	Privación de la Libertad	27
Art. 7	Única Persecución	32
Art. 8	Calidad de Imputado	36
Art. 9	Inviolabilidad de la Defensa. Defensa Material	50
Art. 10	Defensor. Defensa Técnica	63
Art. 11	Intérprete	74
Art. 12	Víctima	75
Art. 13	Derechos de la Víctima	78
Art. 14	Igualdad	83
Art. 15	Legalidad de la Prueba	85
Art. 16	Inobservancia de las Garantías	100
Art. 17	Interpretación	101
Art. 18	Generalidad	103

TÍTULO II ACCIONES

CAPÍTULO I ACCIÓN PENAL

SECCIÓN 1a. EJERCICIO

Art. 19	Ejercicio de la Acción Penal	106
Art. 20	Oportunidad de la Acción Pública	117
Art. 21	Efectos	119
Art. 22	Suspensión Condicional del Procedimiento	134
Art. 23	Reglas	138
Art. 24	Revocatoria	142
Art. 25	Suspensión del Plazo de Prueba	143

Art. 26	Acciones públicas dependientes de instancia particular	144
Art. 27	Alcance	147
Art. 28	Acción Privada	148
Art. 29	Conversión	150
Art. 30	Obstáculos	152
SECCIÓN 2a. EXTINCIÓN		
Art. 31	Motivos	155
Art. 32	Conciliación	169
Art. 33	Incumplimiento de la Conciliación	170
Art. 34	Prescripción	176
Art. 35	Comienzo de la Prescripción	178
Art. 36	Prescripción Durante el Procedimiento	180
Art. 37	Suspensión	180
Art. 38	Interrupción	181
Art. 39	Efectos	185
Art. 40	Revocatoria de la Instancia Particular	187
Art. 41	Renuncia y Abandono de la Acción Privada	188
CAPÍTULO II ACCIÓN CIVIL		
Art. 42	Acción Civil	189
Art. 43	Formas de Ejercitarla	201
Art. 44	Ejercicio en los Delitos de Acción Privada	205
Art. 45	Extinción de la Acción Civil	206
Art. 46	Procedencia en Caso de Sobreseimiento Definitivo	211
Art. 47	Procedencia Antes del Juicio	211
TÍTULO III SUJETOS PROCESALES		
CAPÍTULO I TRIBUNALES		
SECCIÓN 1a. COMPETENCIA		
Art. 48	Extensión	215
Art. 49	Caso Especial de Partícipes	227
Art. 50	Corte Suprema de Justicia y Sala de lo Penal	229
Art. 51	Cámaras de Segunda Instancia	236
Art. 52	Tribunal del Jurado	239
Art. 53	Tribunales de Sentencia	242
Art. 54	Jueces de Instrucción	252
Art. 55	Jueces de Paz	256
Art. 55-A	Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena	266
Art. 56	Nulidad	269

SECCIÓN 2a.	COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA	
Art. 57	Organismos	272
Art. 58	Incompetencia	277
SECCIÓN 3a.	COMPETENCIA POR TERRITORIO	
Art. 59	Reglas Generales	279
Art. 60	Reglas Subsidiarias	289
Art. 61	Incompetencia	291
Art. 62	Nulidad	292
SECCIÓN 4a.	COMPETENCIA POR CONEXIÓN	
Art. 63	Casos de Conexión	294
Art. 64	Efectos de la Conexión	296
Art. 65	Excepción de Acumulación	297
Art. 66	Unión y Separación de Juicios	298
SECCIÓN 5a.	CUESTIONES DE COMPETENCIA	
Art. 67	Improrrogabilidad y Prelación	300
Art. 68	Tribunal Competente	301
Art. 69	Promoción	303
Art. 70	Declinatoria	304
Art. 71	Efectos	305
Art. 72	Validez de los Actos	306
SECCIÓN 6a.	IMPEDIMENTOS	
Art. 73	Motivo de Impedimento	308
Art. 73-A	Recusaciones perentorias	321
Art. 74	Excusa y Excepción	324
Art. 75	Tribunal Competente	327
Art. 76	Trámite de la Excusa	328
Art. 77	Recusantes	330
Art. 78	Tiempo y Forma de Recusar	331
Art. 79	Trámite de la Recusación	335
Art. 80	Recusación no Admitida	338
Art. 81	Efectos	340
Art. 82	Excusa y Recusación de Secretarios	342
CAPÍTULO II	FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	
Art. 83	Función	343
Art. 84	Atribuciones de Investigación	353
Art. 85	Poder Coercitivo	360
Art. 86	Excusa y Recusación	364

CAPÍTULO III	IMPUTADO	
Art. 87	Derechos del Imputado	370
Art. 88	Identificación	378
Art. 89	Enfermedad Mental	384
Art. 90	Incapacidad Sobreviniente	387
Art. 91	Rebeldía	390
Art. 92	Declaración	394
Art. 93	Efectos sobre el Procedimiento	396
Art. 94	Justificación	403
CAPÍTULO IV	QUERELLANTE	
Art. 95	Querellante	405
Art. 96	Solicitud de Constitución	417
Art. 97	Asociaciones	422
Art. 98	Mandatario Especial	423
Art. 99	Plazo	425
Art. 100	Obligación de Atestiguar	427
Art. 101	Límites	428
Art. 102	Decisión sobre la Solicitud	431
Art. 103	Desistimiento de la Querella	439
Art. 104	Abandono de la Querella	440
Art. 105	Efectos	442
Art. 106	Acción Privada	443
CAPÍTULO V	DEFENSORES	
Art. 107	Nombramiento	446
Art. 108	Número de Defensores	449
Art. 109	Obligatoriedad	450
Art. 110	Defensa Pública	451
Art. 111	Defensor Común	453
Art. 112	Defensor con Poder Especial	454
Art. 113	Defensor Sustituto	456
Art. 114	Abandono	457
Art. 115	Sanciones	459
CAPÍTULO VI	AUXILIARES DE LAS PARTES	
Art. 116	Asistentes no Letrados	466
Art. 117	Consultores Técnicos	468

TÍTULO IV	ACTOS PROCESALES	
CAPÍTULO I	DISPOSICIONES GENERALES	
Art. 118	Idioma	470
Art. 119	Fecha y Firma	473
Art. 120	Día y Hora de Cumplimiento	475
Art. 121	Juramento y Promesa de Decir Verdad	477
Art. 122	Lugar	479
CAPÍTULO II	ACTAS	
Art. 123	Regla General	482
Art. 124	Contenido y Formalidades	484
Art. 125	Incapacidad de Testigos de Actuación	486
CAPÍTULO III	ACTOS Y RESOLUCIONES	
Art. 126	Poder Coercitivo	489
Art. 127	Facultad Especial	490
Art. 128	Asistencia del Secretario	491
Art. 129	Resoluciones	493
Art. 130	Fundamentación	496
Art. 131	Firma	500
Art. 132	Aclaración y Adición	501
Art. 133	Resolución Auténtica	504
Art. 134	Copia Auténtica	505
Art. 135	Restitución y Renovación	506
Art. 136	Copias, Informes o Certificaciones	508
CAPÍTULO IV	COMUNICACIÓN ENTRE AUTORIDADES	
Art. 137	Reglas Generales	511
Art. 138	Comunicación Directa	512
Art. 139	Comisión Rogatoria a Tribunales Extranjeros	514
Art. 140	Comisión Rogatoria del Extranjero	516
Art. 141	Retardo	517
Art. 142	Fiscales	518
CAPÍTULO V	NOTIFICACIONES, CITACIONES Y AUDIENCIAS	
Art. 143	Regla General	520
Art. 144	Personas Facultadas para Notificar	522
Art. 145	Lugar del Acto	523
Art. 146	Notificaciones a Defensores o Mandatarios	525
Art. 147	Modo del Acto	527
Art. 148	Notificación Personal	529

Art. 149	Notificaciones en la Residencia, Oficina o en el Lugar de Trabajo	530
Art. 150	Notificación por edicto	532
Art. 151	Nulidad de la Notificación	533
Art. 152	Citación	535
Art. 153	Audiencia a las Partes	537
Art. 154	Fotocopias	538
CAPÍTULO VI	TÉRMINOS	
Art. 155	Regla General	539
Art. 156	Cómputo	543
Art. 157	Cómputo de Plazos Relativos a la Libertad del Imputado ...	544
Art. 158	Improrrogabilidad	545
Art. 159	Renuncia o Abreviación	546
Art. 160	Término para Resolver	547
Art. 161	Denuncia por Demora en el Trámite	548
TÍTULO V	MEDIOS DE PRUEBA	
CAPÍTULO I	DISPOSICIONES GENERALES	
Art. 162	Extensión, Pertinencia y Valoración de la Prueba	550
CAPÍTULO II	INSPECCIÓN Y RECONSTRUCCIÓN	
Art. 163	Inspección	571
Art. 164	Inspección de lugar del hecho	573
Art. 165	Ausencia de Rastro	582
Art. 166	Facultades Coercitivas	583
Art. 167	Inspección y pericias corporales	584
Art. 168	Identificación y traslado de cadáveres	598
Art. 169	Autopsia	599
Art. 170	Reconstrucción del Hecho	602
Art. 171	Operaciones Técnicas	604
Art. 172	Juramento	610
CAPÍTULO III	REGISTRO	
Art. 173	Registro	613
Art. 174	Prevención de Registro y Allanamiento de Morada	624
Art. 175	Formalidades para el Registro	627
Art. 176	Horas de Registro y de Allanamiento	630
Art. 177	Allanamiento sin Orden Judicial	631
Art. 178	Requisa personal	635
Art. 178-A	Registro de vehículos, muebles y compartimientos	

	cerrados	639
Art. 179	Disposición Común	641
CAPÍTULO IV	SECUESTRO	
Art. 180	Orden de Secuestro	644
Art. 181	Orden de Presentación. Limitaciones	656
Art. 182	Custodia o Depósito	657
Art. 183	Documentos Excluidos	662
Art. 184	Devolución	664
CAPÍTULO V	TESTIGOS	
Art. 185	Obligación de Testificar	672
Art. 186	Facultad de Abstención.	677
Art. 187	Deber de Abstención	679
Art. 188	Residentes fuera de la ciudad	682
Art. 189	Negativa a Declarar	684
Art. 190	Apersonamiento Anticipado	686
Art. 191	Forma de la Declaración	690
Art. 192	Tratamiento Especial	698
Art. 192-A	Declaración de Agentes, Funcionarios y Empleados Encubiertos	700
Art. 193	Interrogatorio de Personas Físicamente Impedidas	703
Art. 194	Falso Testimonio	704
CAPÍTULO VI	PERITOS	
Art. 195	Procedencia y Autopsias	706
Art. 196	Calidad Habilitante	712
Art. 197	Obligatoriedad del Cargo	714
Art. 198	Incapacidad e Incompatibilidad	715
Art. 199	Impedimentos	717
Art. 200	Nombramiento y Notificación	719
Art. 201	Facultad de Proponer	719
Art. 202	Dirección del Peritaje	719
Art. 203	Conservación de Objetos	724
Art. 204	Ejecución	726
Art. 205	Peritos Nuevos	727
Art. 206	Dictamen	728
Art. 207	Cotejo de Documentos	729
Art. 208	Reserva	731
Art. 209	Honorarios	733
Art. 210	Traductores e Intérpretes	734

CAPÍTULO VI-BIS

Art. 210-A	Régimen de protección para testigos y peritos	736
Art. 210-B	751
Art. 210-C	751
Art. 110-D	759
Art. 210-E	771
Art. 210-F	773
Art. 210-G	775

CAPÍTULO VII RECONOCIMIENTOS

Art. 211	Casos	779
Art. 212	Interrogatorio Previo	782
Art. 213	Modo de Reconocer	782
Art. 214	Pluralidad de Reconocimientos	782
Art. 215	Reconocimiento por Fotografía	788
Art. 216	Reconocimiento de Objetos	790
Art. 217	Valor Probatorio	796

CAPÍTULO VIII CAREOS

Art. 218	Procedencia	799
Art. 219	Juramento	802
Art. 220	Modo	803

CAPÍTULO IX CONFESIÓN DEL IMPUTADO

Art. 221	Confesión judicial	807
Art. 222	Confesión Extrajudicial	813

TÍTULO VI

CAPÍTULO ÚNICO

NULIDAD

Art. 223	Declaración y Efectos	820
Art. 224	Causas de Nulidad Absoluta	827
Art. 225	Efectos de las Nulidades Absolutas	844
Art. 226	Nulidades Relativas. Oportunidad	846
Art. 227	Efectos de las Nulidades Relativas	852
Art. 228	Subsanación de Nulidades Relativas	855

LIBRO SEGUNDO**PROCEDIMIENTO COMÚN****TÍTULO I INSTRUCCIÓN****CAPÍTULO I ACTOS INICIALES**

Art. 229	Denuncia	858
Art. 230	Forma y Contenido	865
Art. 231	Prohibición de Denunciar	869
Art. 232	Obligación de Denunciar. Excepción	872
Art. 233	Responsabilidad	876
Art. 234	Denuncia y Querrela Ante la Policía	878
Art. 235	Denuncias y Querrela ante la Fiscalía General de la República. Requerimiento	880
Art. 236	Presentación Voluntaria	882
Art. 237	Denuncia y querrela Ante el Juez de Paz	884

CAPÍTULO II DILIGENCIAS INICIALES DE INVESTIGACIÓN

Art. 238	Investigación Inicial.....	886
Art. 239	Función de la Policía de Investigación	891
Art. 240	Coordinación en la Investigación	897
Art. 241	Atribuciones y obligaciones	900
Art. 242	Declaración del Imputado. Limitaciones	905
Art. 243	Detención del Imputado. Principios Básicos de Actuación ..	909
Art. 244	Formalidades de las Diligencias Policiales	914
Art. 245	Sanciones	919
Art. 246	Archivo	921

CAPÍTULO III REQUERIMIENTO FISCAL

Art. 247	El Requerimiento Fiscal. Requisitos	923
Art. 248	Peticiones.....	933
Art. 249	Desestimación	940
Art. 250	Sobreseimiento Provisional	942
Art. 251	Sobreseimiento Definitivo	944
Art. 252	Suspensión Condicional del Procedimiento. Diligencias de Investigación	945

CAPÍTULO IV AUDIENCIA INICIAL

Art. 253	Regla General	947
Art. 254	Convocatoria	949

Art. 255	Audiencia y Acta	959
Art. 256	Resolución	963
Art. 257	Recurso	976
Art. 258	Disconformidad	980
CAPÍTULO V	DECLARACIÓN INDAGATORIA	
Art. 259	Advertencias Preliminares	982
Art. 260	Interrogatorio de Identificación	989
Art. 261	Declaración Sobre los Hechos	992
Art. 262	Métodos Prohibidos para la Declaración	996
Art. 263	Interrogatorio	1005
Art. 264	Remisión	1007
CAPÍTULO VI	INSTRUCCIÓN	
Art. 265	Finalidad	1008
Art. 266	Auto de Instrucción	1013
Art. 267	Función del Juez de Instrucción	1017
Art. 268	Participación de la Fiscalía General de la República	1019
Art. 269	Declaración Indagatoria	1021
Art. 270	Anticipo de Prueba	1023
Art. 271	Derecho de Asistencia	1037
Art. 272	Publicidad de los Actos Procesales	1038
Art. 273	Proposición de Diligencias	1045
Art. 274	Plazo de Instrucción	1049
Art. 275	Prórroga del plazo	1055
Art. 276	Documentación y Valor de las Actuaciones.	1057
CAPÍTULO VII	EXCEPCIONES	
Art. 277	Enumeración	1063
Art. 278	Interposición y Audiencia	1077
Art. 279	Prueba y Resolución	1079
Art. 280	Tramitación Separada	1080
Art. 281	Falta de Competencia	1081
Art. 282	Excepciones Perentorias	1082
Art. 283	Excepciones Dilatorias	1083
Art. 284	Recurso	1084
CAPÍTULO VIII	MEDIDAS CAUTELARES	
Art. 285	Principio General	1086
Art. 286	Citación o Detención del Imputado	1094
Art. 287	Caso Especial de Detención para Inquirir	1100
Art. 288	Detención en Flagrancia	1102
Art. 289	Detención por la Fiscalía General de la República	1110

Art. 289-A	Detención por Orden Judicial o por la Fiscalía General de la República	1112
Art. 290	Otros Casos de Aprehensión	1115
Art. 291	Detención por el Término de Inquirir	1121
Art. 292	Detención Provisional	1124
Art. 293	Otros Casos de Detención Provisional	1135
Art. 294	Sustitución de la Detención Provisional	1138
Art. 295	Medidas Sustitutivas de la Detención Provisional	1144
Art. 296	Forma y Contenido de la Decisión	1152
Art. 297	Cesación de la Detención Provisional	1156
Art. 298	Acta	1164
Art. 299	Cauciones	1165
Art. 300	Ejecución de las Caucciones	1168
Art. 301	Cancelación	1169
Art. 302	Internación Provisional	1171
Art. 303	Tratamiento	1173
Art. 304	Recurso	1177
Art. 305	Medidas Cautelares Patrimoniales	1178
CAPÍTULO IX	REVISIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	
Art. 306	Solicitud de Revisión	1182
Art. 307	Examen Obligatorio	1183
CAPÍTULO X	SOBRESEIMIENTO	
Art. 308	Procedencia del Sobreseimiento Definitivo	1185
Art. 309	Sobreseimiento provisional	1192
Art. 310	Efectos del Sobreseimiento Provisional	1193
Art. 311	Forma y contenido	1195
Art. 312	Recursos	1196
CAPÍTULO XI	AUDIENCIA PRELIMINAR	
Art. 313	Dictamen	1198
Art. 314	Requisitos de la Acusación	1200
Art. 315	Audiencia Preliminar	1205
Art. 316	Facultades y Deberes de las Otras Partes	1206
Art. 317	Ofrecimiento de Prueba	1210
Art. 318	Preparación de la Audiencia Preliminar	1211
Art. 319	Desarrollo	1214
Art. 320	Resolución	1218
Art. 321	Falta de Acusación Fiscal	1227
Art. 322	Auto de Apertura	1229
Art. 323	Remisión de Actuaciones	1233

TÍTULO II JUICIO PLENARIO

CAPÍTULO I	PRINCIPIOS GENERALES	
Art. 324	Preparación de la Vista Pública	1234
Art. 325	Inmediación	1238
Art. 326	Movilidad del Imputado Durante la Audiencia	1245
Art. 327	Publicidad	1248
Art. 328	Prohibiciones de Acceso	1255
Art. 329	Oralidad	1259
Art. 330	Incorporación Mediante Lectura	1262
Art. 331	Facultad Disciplinaria	1270
Art. 332	Deberes de los Asistentes	1272
Art. 333	Continuidad y Casos de Suspensión	1274
Art. 334	Efectos de la Suspensión	1284
Art. 335	Imposibilidad de Asistencia	1289
Art. 336	Dirección de la Audiencia	1292
Art. 337	Delito en la Audiencia	1297
CAPÍTULO II	DESARROLLO DE LA VISTA PÚBLICA	
Art. 338	Apertura	1300
Art. 339	Trámites de los Incidentes	1304
Art. 340	Declaración del Imputado	1307
Art. 341	Declaración de Varios Imputados	1319
Art. 342	Facultad del Imputado	1320
Art. 343	Ampliación de la Acusación	1322
Art. 344	Advertencia de Oficio y Suspensión de la Audiencia	1328
Art. 345	Recepción de Prueba	1332
Art. 346	Dictamen Pericial	1335
Art. 347	Testigos	1338
Art. 348	Interrogatorio de testigos y peritos	1339
Art. 349	Interrogatorio de Menores	1360
Art. 350	Incomparecencia	1366
Art. 351	Otros Medios de Prueba	1369
Art. 352	Prueba para Mejor Proveer	1383
Art. 353	Discusión Final y Cierre del Debate	1387
CAPÍTULO III	DELIBERACIÓN Y SENTENCIA	
Art. 354	Deliberación	1403
Art. 355	Reapertura de la Audiencia	1407
Art. 356	Normas para la Deliberación y Votación	1410
Art. 357	Requisitos de la Sentencia	1437
Art. 358	Redacción y Lectura	1445

Art. 359	Sentencia y Acusación	1449
Art. 360	Absolución	1459
Art. 361	Condena	1462
Art. 362	Vicios de la Sentencia	1468
CAPÍTULO IV ACTA DE LA VISTA PÚBLICA		
Art. 363	Contenido	1480
Art. 364	Lectura y Notificación del Acta	1486
Art. 365	Valor del Acta	1487
CAPÍTULO V JUICIO POR JURADOS		
Art. 366	Integración	1491
Art. 367	Requisitos para ser Jurado	1500
Art. 368	Incapacidad	1506
Art. 369	Formación del Tribunal del Jurado	1511
Art. 370	Retribución de Jurados	1516
Art. 371	Advertencia y Promesa	1520
Art. 372	Vista Pública	1523
Art. 373	Conclusión	1526
Art. 374	Votación	1531
Art. 375	Lectura	1533
Art. 376	Resoluciones Posteriores al Veredicto	1534
Art. 377	Nulidad del Veredicto	1540
Art. 378	Remisión	1544

LIBRO TERCERO

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

TÍTULO I

CAPÍTULO ÚNICO

PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Art. 379	Admisibilidad	1546
Art. 380	Trámite	1547

TÍTULO II

CAPÍTULO ÚNICO

PROCEDIMIENTO EN CASO DE ANTEJUICIO

Art. 381	Privilegio Constitucional	1557
Art. 382	Privilegio Constitucional para Otros Funcionarios	1557

Art. 383	Promoción del Antejucio	1565
Art. 384	Actos de Investigación	1566
Art. 385	Procedimiento de Antejucio ante la Asamblea Legislativa ..	1567
Art. 386	Procedimiento de Antejucio ante la Corte Suprema de Justicia	1571
Art. 387	Intervención del Jurado	1574
Art. 388	Efectos de la Declaración de Formación de Causa	1575
Art. 389	Caso Especial de Partícipes	1576
Art. 390	Caso de Delito Flagrante	1578

TÍTULO III

CAPÍTULO ÚNICO

DEL JUZGAMIENTO POR FALTAS

Art. 391	Solicitud	1579
Art. 392	Audiencia	1581
Art. 393	Resolución	1582
Art. 394	Juicio	1583
Art. 395	Impugnación	1587
Art. 396	Reglas Comunes	1588

TÍTULO IV

CAPÍTULO UNICO

JUICIO PARA LA APLICACIÓN EXCLUSIVA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Art. 397	Procedencia	1590
Art. 398	Reglas Especiales	1595
Art. 399	Disconformidad	1598

TÍTULO V

CAPÍTULO ÚNICO

PROCEDIMIENTO POR DELITO DE ACCIÓN PRIVADA

Art. 400	Acusación	1599
Art. 401	Auxilio Judicial Previo	1604
Art. 402	Conciliación	1606
Art. 403	Procedimiento Posterior	1609
Art. 404	Abandono de la Acusación	1610
Art. 405	Perdón y Retracción	1612

LIBRO CUARTO

RECURSOS

TÍTULO I

CAPÍTULO ÚNICO

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 406	Reglas Generales	1614
Art. 407	Condiciones de Interposición	1624
Art. 408	Adhesión	1628
Art. 409	Recurso Durante las Audiencias	1631
Art. 410	Efecto Extensivo	1632
Art. 411	Efecto Suspensivo	1635
Art. 412	Desistimiento	1639
Art. 413	Competencia. Reformatio In Pejus	1641

TÍTULO II

CAPÍTULO ÚNICO

REVOCATORIA

Art. 414	Procedencia	1645
Art. 415	Trámite	1649
Art. 416	Efecto	1650

TÍTULO III

CAPÍTULO ÚNICO

APELACIÓN

Art. 417	Resoluciones apelables	1653
Art. 418	Interposición	1656
Art. 419	Emplazamiento y Elevación	1659
Art. 420	Trámite	1662

TÍTULO IV

CAPÍTULO ÚNICO

CASACIÓN

Art. 421	Motivos	1664
Art. 422	Resoluciones recurribles	1680
Art. 423	Interposición	1684

Art. 424	Fijación de Lugar. Audiencia	1690
Art. 425	Prueba	1691
Art. 426	Emplazamiento y Elevación	1693
Art. 427	Resolución	1694
Art. 428	Audiencia	1698
Art. 429	Rectificación	1699
Art. 430	Libertad del Imputado	1701

TÍTULO V

CAPÍTULO ÚNICO

REVISIÓN

Art. 431	Procedencia	1703
Art. 432	Legitimación	1713
Art. 433	Interposición	1714
Art. 434	Procedimiento	1716
Art. 435	Efecto Suspensivo	1717
Art. 436	Anulación o Revisión	1718
Art. 437	Remisión	1721
Art. 438	Restitución	1722
Art. 439	Daños y Perjuicios	1723
Art. 440	Rechazo y Costas	1726

LIBRO QUINTO

EJECUCIÓN

TÍTULO I

CAPÍTULO ÚNICO

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 441	Competencia	1728
----------	-------------------	------

REFORMAS.

Bibliografía.

LIBRO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I

CAPÍTULO UNICO

PRINCIPIOS BÁSICOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1

JUICIO PREVIO

Nadie podrá ser condenado o sometido a una medida de seguridad sino mediante una sentencia firme, dictada luego de probar los hechos en un juicio oral y público, llevado a cabo conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República, en este Código y demás leyes, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas.

1

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 11, 14
- CPP, 13 y 130

II. COMENTARIO

El proceso penal expresa una idea básica, la idea de limitación del poder, que le convierte en un instrumento fundamental de protección jurídica de los individuos. Esta concepción del proceso penal como instrumento de limitación del poder penal estatal se encuentra expresada en el art. 11 Cn, en el que se establece: “Ninguna persona puede ser privada de su derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y a la posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes”.

El referente constitucional recuerda el carácter eminentemente político de este principio que incorpora dos contenidos básicos: por un lado, que la imposición de una pena o la aplicación de una medida de seguridad, es decir, el ejercicio de la actividad

punitiva estatal está limitado por una forma, que es el proceso, y no cualquier proceso, sino el legalmente configurado; por otro, la necesaria existencia de un juez, pues el juicio previo al que se refiere la Constitución es el realizado por los jueces y tribunales y no por cualquier otra autoridad, pues no se concibe la imposición de una pena o la aplicación de una medida de seguridad, sino en virtud de una sentencia judicial.

A) El principio de jurisdiccionalidad

La noción de juicio previo tiene un doble sentido, como sinónimo de proceso penal y como sinónimo de sentencia judicial. Por ello, puede decirse que la principal garantía procesal es la jurisdiccionalidad expresada en el axioma “nulla poena sine iudicio”. Con ello se indica que el proceso judicial es el único medio legítimo para la realización penal, de tal modo que la estricta legalidad en la definición de los delitos y en la determinación de las penas se corresponde con la estricta jurisdiccionalidad en su aplicación.

2

La concreción legal del principio de jurisdiccionalidad se encuentra en el art. 1 CPP, al imponer la existencia de una sentencia firme de condena como presupuesto para la aplicación del poder punitivo del Estado. En el esquema de la división de poderes, que es característico del Estado de Derecho, corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales el ejercicio de la potestad punitiva estatal. La consecuencia que de ello resulta es clara: ni los órganos legislativos ni los administrativos pueden declarar la existencia de un delito, como prevé el art. 14 Cn: “corresponde únicamente al órgano judicial la facultad de imponer penas”.

El Derecho penal y su consecuencia, la pena, sólo pueden ser aplicados por los tribunales y únicamente pueden hacerlo a través del proceso. Dicho de otro modo, la actuación de la ley penal es monopolio del Estado y, dentro de éste, de los tribunales que la aplican a través del proceso.

La realización penal tiene, así, un marcado carácter oficial y un contenido indisponible. No sólo se encuentra excluida cualquier forma de justicia penal privada, sino que, además, la oficialidad se corresponde con el ejercicio indisponible de la acción penal. Incluso el ejercicio de la oportunidad en el proceso penal se encuentra sujeta a la aplicación de criterios de legalidad. Esto no es más que la lógica consecuencia de ciertos rasgos estructurales del sistema penal: la legalidad de la función judicial, que excluye cualquier forma de potestad discrecional en el ejercicio de la acción penal; la indisponibilidad de la pena, que impide reconocer relevancia a las transacciones, aceptaciones o renunciaciones entre las partes cuando se trata de actuar el poder penal del Estado; la igualdad ante la ley, que excluye cualquier diferencia de trato en la represión de los delitos.

A diferencia de lo que sucede en otros ámbitos jurídicos, los particulares no pueden disponer de la consecuencia jurídico penal, pues ni puede acordarse de modo privado la imposición de la pena ni es posible que decidan su no imposición. El principio de la autonomía de la voluntad tiene muy poca importancia en el Derecho penal, pues la pena es siempre pública y su aplicación sólo puede provenir de una sentencia penal condenatoria.

Por esta razón, salvo ciertos supuestos de excepción, el Derecho penal y procesal no reconoce efecto alguno al allanamiento, entendido como posibilidad del imputado de aceptar voluntariamente la imposición de una pena evitando la persecución penal regular. La composición privada, en principio, es imposible en el Derecho penal. Sin embargo, la aparición de la reparación como tercera vía (art. 32 CPP), la admisión de acciones penales privadas (art. 28 CPP) y, sobre todo, la extensión del ámbito de la conformidad (art. 379 CPP) provocan, actualmente, una cierta privatización del proceso penal, relativizando el carácter oficial e indisponible que tradicionalmente ha inspirado la persecución penal.

La constatación del carácter oficial e indisponible del Derecho penal incorpora otra importante consecuencia: no existen derechos subjetivos penales. La pena es pública, no es un medio reparatorio o vindicativo para la ofensa concreta a un particular o sujeto de derechos y, por tanto, ni el ofendido ni el perjudicado son titulares de un derecho subjetivo a que al autor del delito se le imponga una pena. La aplicación del Derecho penal ha sido asumida como una función exclusiva del Estado de modo que los particulares carecen de derechos subjetivos de contenido penal. Sólo el Estado está facultado para imponer penas y, para él, no se trata de un derecho, sino del ejercicio de una potestad, de un deber que ha de cumplirse sin discrecionalidad alguna.

No debe confundirnos la posibilidad que se reconoce al ofendido por el delito para promover la actuación del Derecho concreto, a la que expresamente se refiere el art. 13 CPP, que otorga a la víctima ciertos derechos procesales: intervenir en el proceso, ser informado de su resultado, ser oída antes de cada decisión que le ponga fin, participar en la vista pública, impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria. En modo alguno se trata de reconocer a los particulares un derecho subjetivo material penal, sino un derecho o facultad procesal para, primero, pedir que se inicie la averiguación del delito y la persecución de su autor y, después, para convertirse en parte acusadora. Pero lo que no existe es un derecho subjetivo individual a obtener una sentencia de condena, ni tan siquiera a la celebración del juicio, es decir, un derecho a que el órgano judicial dicte una sentencia de fondo por el mero hecho de que se cumplan una serie de presupuestos procesales. A diferencia de lo que sucede en los procesos no penales, convertirse en sujeto pasivo del procedimiento tiene un contenido tan afflictivo que sólo, si existe una apariencia delictiva, puede abrirse el juicio oral.

Por otra parte, el principio de jurisdiccionalidad presupone la existencia de una sentencia firme de condena como presupuesto para la aplicación de la pena, pues si ésta sólo puede ser aplicada por los órganos judiciales, la sentencia penal pronunciada por el órgano judicial competente es el único instrumento capaz de hacerlo. La exigencia de una sentencia previa conlleva que se trate de una sentencia fundada en el resultado de las pruebas y, por tanto, que en la misma se expresen las razones de hecho y de Derecho que justifican la decisión judicial. Esta garantía es consustancial al Estado de Derecho y se encuentra implícita en la noción de juicio previo. Si la imposición de una pena exige la existencia previa de una sentencia firme, es obvio que la sentencia judicial, para ser válida, ha de ser fundada y esta exigencia sólo puede entenderse cumplida si la fundamentación de la sentencia comprende tanto la fijación de los hechos como la subsunción de los mismos en el tipo legal y la determinación de la pena.

4

De acuerdo con ello, en la mayoría de los ordenamientos evolucionados, la exigencia de motivación de hecho y de Derecho se establece como condición objetiva de validez de los pronunciamientos judiciales. Así resulta del propio tenor del art. 130 CPP, en cuya virtud la motivación debe expresar, bajo pena de nulidad, los motivos de hecho y de Derecho en que se basan las decisiones tomadas, añadiendo “así como la indicación que se otorga a los medios de prueba”. En idéntico sentido, el art. 3 CPP, el cual, tras establecer que los jueces deberán establecer en sus respectivas actuaciones, tanto las circunstancias que perjudican como las que favorecen al imputado, añade: “cuando tomen decisiones deberán fundamentar tales circunstancias y las pruebas de cargo y de descargo”.

Motivar es justificar, expresar las razones de la decisión judicial. Esta exigencia, consustancial a la noción de juicio previo, responde a un doble interés. Por una parte, el interés de la sociedad en controlar la actuación de quienes administran justicia en su nombre. Pero también el interés de los propios interesados en la decisión judicial en conocer sus fundamentos y, en este sentido, no se puede desconocer la vinculación entre el deber de motivación y la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

B) La garantía de juicio previo como proceso debido

Si la pena sólo puede ser aplicada por los tribunales mediante la sentencia firme de condena, éstos han de utilizar el medio, que es el proceso, para imponer penas. La reacción penal no es inmediata a la comisión de un delito, sino que exige que se desarrolle un procedimiento regular dirigido a verificar la imputación. El procedimiento exigido por la garantía del juicio previo no es cualquier proceso. Ha de tratarse de un procedimiento jurídico regulado en la ley y acorde con los derechos individuales que se reconocen en la Constitución, es decir, un proceso recto y equitativo, el que es debido. Con mayor precisión, un juicio oral y público, fórmula sintética a la que recurre el legislador para identificar la noción de juicio justo, que se corresponde con una determinada forma de enjuiciamiento, el denominado proceso acusatorio.

Por ello, puede decirse que el mandato superior del Derecho procesal penal en su totalidad se concreta en la idea de proceso justo, recto o equitativo, garantizando que nadie pueda ser privado de su libertad, sino en virtud de un proceso con las formalidades legales necesarias. Se trata, en suma, de una fórmula amplia que identifica un principio elemental de justicia, simbolizando, en sí misma, la garantía jurisdiccional, pues la garantía del proceso recto consiste, precisamente, en no ser privado de la vida, la libertad o la propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso previo, pero no cualquier proceso, sino un proceso jurisdiccional, correcto o equitativo, es decir, el proceso que es debido, o sea, justo o apropiado.

Así pues, el procedimiento previo exigido por la Constitución no es cualquier proceso que puedan establecer a su arbitrio las autoridades públicas competentes. Al contrario, ha de tratarse de un procedimiento imparcial (“fair trial”), que permita al imputado amplias oportunidades de defensa. En suma, un procedimiento contradictorio, en el que rija plenamente el principio de igualdad de armas (art. 14 CPP). De esta forma es como debe entenderse que la noción de juicio previo presupone la forma acusatoria del proceso y, desde este punto de vista, se corresponde con la configuración del proceso penal como un proceso de partes y, en suma, como un instrumento de protección jurídica del individuo, pues su finalidad no es sólo atender al castigo de los culpables, sino también a la protección de los inocentes, incluso del mismo culpable, en cuanto que su culpabilidad no podrá ser establecida a costa del respeto a su dignidad personal.

5

El principio de jurisdiccionalidad presupone un modelo de enjuiciamiento, el acusatorio de corte liberal. En la ciencia procesal constituye un lugar común contraponer lo acusatorio a lo inquisitivo para designar dos modelos opuestos de organización judicial, es decir, dos modelos opuestos de juez y de juicio. Se dice que es acusatorio todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo, rígidamente separado de las partes, y al juicio como una contienda entre iguales, iniciada por la acusación, a quien compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público, y resuelta por el juez según su libre convicción.

Pues bien, de todos los rasgos constitutivos del modelo acusatorio de enjuiciamiento, el más característico es la radical separación entre la función de juzgar y la de acusar. Esta separación se encuentra en la base de todas las garantías orgánicas del Poder Judicial y comporta no sólo la diferenciación de las funciones de enjuiciamiento y persecución, sino también, y esto es lo más importante, el papel de parte, en condiciones de igualdad con la defensa, que se asigna a la acusación.

La garantía de separación, así entendida, representa, por un lado, una condición esencial de la imparcialidad del juez respecto de las partes de la causa y, por otro, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba que corresponde, en exclusiva a la acusación. El principio de jurisdiccionalidad engloba, de este modo, una importante

consecuencia que caracteriza el modelo de juez. La función de juzgar no se concibe sin la condición de imparcialidad y con ésta se describe la función del juez como la de aquél, que no siendo parte en el litigio, debe decidir sin interés personal alguno, es decir, sin prejuicios respecto de los litigantes o de la materia que juzga.

En efecto, al juez se le impone la obligación de conducirse de forma que no haga peligrar la confianza en su imparcialidad, mediante la sujeción en exclusiva al imperio de la ley. El juez es independiente de cualquier voluntad ajena a la ley, ya sea la voluntad de otros, ya su propia voluntad en forma de prejuicios personales. La sujeción sólo a la ley expresa, en este sentido, la colocación institucional del juez, que se hace patente en el requisito de la imparcialidad y tiene su justificación en dos valores asociados a la jurisdicción: la búsqueda de la verdad y la tutela de los derechos fundamentales. Este es, finalmente, el sentido de la vinculación del al imperio de la ley, plasmación característica del principio de legalidad en el Estado de Derecho, que se consagra, como un dogma fundamental, en el art. 173.2 Cn, en el que se establece: “Los magistrados y los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional son independientes y están sometidos a la Constitución y a las leyes”.

III. JURISPRUDENCIA

- 6 **Derecho de audiencia.** “El artículo 11 de la Constitución señala en esencia que la privación de derechos -para ser válida jurídicamente- necesariamente debe ser precedida de proceso seguido “conforme a la ley”. Tal referencia a la ley no supone que cualquier infracción procesal o procedimental implique por sí violación constitucional, pero sí exige que se respete el contenido del derecho de audiencia. Aspectos generales de dicho derecho, de modo genérico sin carácter taxativo, son: a) que la persona a quien se pretende privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso, el cual no necesariamente es especial, sino el establecido para cada caso por las disposiciones constitucionales respectivas; b) que dicho proceso se ventile ante entidades previamente establecidas, que en el caso administrativo supone la tramitación ante autoridad competente; c) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales; y d) que la decisión se dicte conforme a leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado... siendo que el derecho de audiencia es un derecho de contenido complejo, el mismo se concreta en la estructura de los procesos, y por tanto, también por medio de las instancias, recursos o medios impugnativos, de acuerdo con la naturaleza de las pretensiones que se plantean y las normas jurídicas que le sirvan a ésta de basamento. No obstante lo anterior la concreción que el legislador secundario hace del derecho de audiencia ha de realizarse en coherencia con la normativa constitucional o en todo caso, el juzgador ha de verificar, en el caso específico y determinado, una interpretación y aplicación de las disposiciones que desarrollan el derecho de audiencia que sea conforme con dicha normativa constitucional....” (*Amparo, 13-10-98*).

Juicio. Enjuiciado. "El termino enjuiciado o juicio, se refiere a un proceso en donde se garantice y se respeten los derechos fundamentales de una persona. Por hacer mención de algunos: los principios de legalidad, presunción de inocencia, juicio previo, derecho de defensa y las garantías fundamentales tales como el habeas corpus, amparo y el proceso de inconstitucionalidad que al fundirse constituyen el Estado Constitucional de Derecho. Tal vocablo debe entenderse como el procesamiento de una persona en el que el tribunal de cualquier naturaleza impone una decisión jurisdiccional ya sea definitiva, sobreseimiento, etc." (*Hábeas Corpus, 08-10-01*).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Esta disposición tiene su referente en el artículo 11 de la Constitución, que ha sido tratado por nuestra Sala de lo Constitucional como derecho de audiencia, caracterizándolo por su contenido procesal y como un mecanismo de protección de los gobernados. Está vinculado con el resto de garantías protegidas constitucionalmente y que son materializadas en las Disposiciones Generales, Título Primero, Capítulo Único del Código Procesal Penal.

2

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL PROCESO

Toda persona a la que se impute un delito o falta, será procesada conforme a leyes preexistentes al hecho delictivo de que se trate y ante un tribunal competente, instituido con anterioridad por la ley.

Este principio regirá también en la ejecución de la pena y en la aplicación de medidas de seguridad.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 14 y 15
- CPP, 1, 3 y 59

II. COMENTARIO

A) Principio de legalidad

El proceso penal está sometido a una rigurosa aplicación del principio de legalidad, de tal manera que no es posible ninguna actuación del juez ni de las partes que no se

halle prescrita y regulada en la ley procesal, tal y como se consagra en este precepto, al establecer que toda persona a quien se persiga por razón de un delito, será procesada conforme a las leyes preexistentes al hecho delictivo.

Sin embargo, de este postulado resultan dos importantes consecuencias:

La primera, se refiere a la necesidad de que una ley del Estado establezca el procedimiento adecuado para realizar el Derecho penal material, es decir, el deber del Estado de promulgar una ley que organice la administración de justicia y establezca el procedimiento jurídico que los órganos públicos de persecución y decisión deben observar para cumplir su cometido.

De acuerdo con ello, al igual que la ley penal determina los hechos delictivos y las sanciones aplicables a los mismos, la ley también determina qué órganos del Estado realizan la función judicial y define los actos a través de los que ha de actuarse la ley penal sustantiva y, como corolario de ello, la sentencia judicial es la única fuente legítima para imponer penas (art. 1 CPP). Resulta así que los tres términos, delito, pena y proceso son rigurosamente complementarios: excluido uno, no pueden subsistir los otros dos. Sin pena ni proceso, no existe delito; sin delito ni proceso, no hay pena que ejecutar; y si no es para declarar un delito y para imponer una pena, no hay proceso penal.

8

En segundo lugar, este precepto contiene otra previsión conectada al principio de legalidad: la irretroactividad en la aplicación de la norma procesal penal y en la determinación de los tribunales a los que se atribuye competencia para conocer del caso concreto. Sin embargo, a pesar de la contundencia de la prohibición legal, la generalidad de la doctrina no encuentra impedimento en que las normas procesales puedan aplicarse retroactivamente a los procesos en curso.

En efecto, en materia procesal no debería considerarse prohibido que la ley se aplique “retroactivamente”, pues, se suele decir, toda norma procesal nace con una vocación de futuro y esto es lo que sucede cuando, ante un cambio de la legislación procesal, los procesos iniciados se rigen por la ley en vigor en el momento de la realización de cada acto procesal (“tempus regit actum”): unos por la ley anterior que, lógicamente conservan validez, y los posteriores por la nueva ley.

En el proceso penal se trata más bien de la “ultraactividad” de la ley anterior, que de la aplicación retroactiva de la ley posterior. Desde esta óptica, ningún inconveniente debería existir en admitir la aplicación de la nueva ley a los procesos en curso, posibilidad que, sin embargo, hay que reconocer se encuentra radicalmente proscrita por este precepto, de acuerdo con el mandato contenido en el art. 15 Cn: “nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate”. A pesar de ello, la extensión de la eficacia de las normas procesales a los procesos

en curso ha sido admitida por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 14 de febrero de 1997, que ha venido a consagrar la regla general “tempus regit actum” y, por tanto, los actos procesales se regirán por la normativa en vigor en el momento de su realización, cualquiera que fuere la norma vigente en el momento de cometerse el delito.

B) Garantía del juez natural

La eficacia de esta garantía constitucional se extiende, incluso, a la predeterminación del juez, al establecerse “(...) y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”. Este último inciso hace referencia a la garantía del juez natural, entendida no sólo como exigencia de que el juez, que ha de conocer del caso, sea el predeterminado por la ley, sino también como prohibición de que el conocimiento del caso se atribuya a jueces especiales.

En este doble sentido la garantía del juez natural, o del juez legalmente predeterminado, se vincula con las garantías de independencia e imparcialidad (art. 3 CPP), pues tales garantías, establecidas en favor del justiciable, sólo se encuentran suficientemente aseguradas en la medida que existan medios, cláusulas de garantía, orientados a evitar la elección arbitraria por alguna autoridad del juez que ha de juzgar el caso.

El juez ordinario, legalmente predeterminado, no puede ser otro que el juez territorial, objetiva y funcionalmente competente, pues en tal sentido debe entenderse la exigencia contenida en este precepto, al imponer que “toda persona a la que se impute un delito o falta será procesada (...) ante un tribunal competente”. Esto conlleva una cierta constitucionalización de las reglas de asignación de competencia y, en particular, de las normas que regulan la competencia territorial, basadas fundamentalmente en el principio “forum delicti commissi”. Por ello, aunque en la actualidad la garantía del juez natural ha perdido parte de su significado histórico, de juez vinculado al lugar de comisión del delito, para concentrarse en la exigencia de que el juez se encuentre legalmente predeterminado o preconstituido, las legislaciones procesales mantienen la regla que atiende al lugar de comisión del delito, como criterio rector para atribuir la competencia a los tribunales penales (art. 59 CPP).

Sin embargo, lo más importante es que la garantía de que el juez sea el legalmente predeterminado incorpora una importante exigencia referida al “dies a quo” de la predeterminación, en el sentido de que el juez competente debe encontrarse instituido con anterioridad a la realización del hecho delictivo: “Toda persona a la que se impute un delito o falta será procesada (...) ante un tribunal competente, instituido con anterioridad por la ley”. Con idéntico alcance, el art. 15 Cn establece que “nadie puede ser juzgado (...) sino por los tribunales que previamente haya establecido la ley”, al

tiempo que se establece que “corresponde únicamente al órgano judicial la facultad de imponer penas” (art. 14 Cn).

Conforme a ello, es claro que la Constitución ha intentado asegurar de dos maneras, ambas complementarias, la imposibilidad de manipular el tribunal competente para el enjuiciamiento: por un lado, imponiendo un principio general de exclusividad en el conocimiento de los asuntos penales, al impedir que cualquier otro órgano, que no sea el jurisdiccional, pueda imponer penas; por otro, al impedir que juzguen los tribunales creados con posterioridad al hecho objeto del proceso, estableciendo en el “dies delicti commissi” el momento en que queda definitivamente fijado el juez legalmente determinado, es decir, el que resulta competente para conocer del caso.

10

Con ello, la ley fundamental cierra toda posibilidad de que los órganos de gobierno elijan o determinen el juez competente para el caso, al sentar el principio de que el único tribunal competente es el designado por la ley vigente al momento en que se comete el hecho punible objeto del procedimiento. De esta forma, además, la Constitución cierra cualquier posibilidad a que el legislador pueda atribuir eficacia retroactiva a una nueva ley de competencia, pues las leyes de competencia, de acuerdo con la previsión constitucional, sólo rigen para el futuro, esto es, para los hechos punibles cometidos con posterioridad a su entrada en vigor, sin que puedan ser aplicadas para modificar la competencia de los tribunales respecto de hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia.

A pesar de ello, existe un cierto consenso en la doctrina en admitir que la garantía del juez natural, equivalente a la exigencia de predeterminación legal del juez, no debe significar la imposibilidad absoluta de modificar las normas de atribución de competencia. La razón es muy simple: si la norma de predeterminación del juez se aplica sin excepción a partir del momento de la realización del hecho, las reglas de determinación de la competencia quedarán cristalizadas, serán inderogables incluso para el legislador, que sólo podrá actuar “pro futuro”.

Son tan gravosas las consecuencias de aceptar el carácter absoluto de la regla de determinación del juez que no han faltado intentos en el Derecho comparado de justificar ciertas excepciones a esta regla general, admitiendo la validez de las normas que alteran la competencia después de producido el hecho, a condición de que no haya sido dictada con la intención subrepticia de atentar contra la independencia de los tribunales.

Esta ha sido la línea seguida por la Corte Constitucional italiana y compartida por la doctrina. En síntesis, se afirma que si lo que la Constitución ha querido proteger, al establecer la regla general de la predeterminación del juez, es al justiciable frente a las interferencias de otros poderes del Estado, garantizando la independencia del juez, se puede admitir que una ley posterior a la producción del hecho altere el régimen

competencial existente, siempre que la nueva ley no haya sido dictada con la intención de atentar, de forma subrepticia, contra la independencia de los jueces. Además, se afirma que tal atentado no existe cuando se dictan leyes generales, es decir, leyes que no consisten en una derogación parcial de la competencia para un proceso en concreto o para un grupo de procesos.

Es claro que, en tales casos, las posibilidades de manipulación son menores y, por ello, si se acepta esta tesis, es admisible la alteración posterior de la competencia que puede acordar el legislador mediante una nueva ley, si bien la apreciación de su constitucionalidad debe realizarse aplicando un criterio valorativo, que permita afirmar, en cada caso, si la modificación disimula o encubre la asignación del caso a un tribunal “ad hoc” o de excepción, que es lo que debe entenderse radicalmente prohibido por esta garantía procesal; o, por el contrario, si a esos efectos la modificación legal es irreprochable y, consiguientemente, constitucionalmente admisible.

III. JURISPRUDENCIA

Principio de legalidad. “Respecto del principio de legalidad se tiene que, en cumplimiento de éste debe verificarse el juzgamiento de una persona “conforme” a los siguientes presupuestos: 1) El derecho a la jurisdicción, en cuanto significa la posibilidad de acceder a un órgano judicial cuya creación, jurisdicción y competencia proviene de una ley anterior al “hecho” que se juzga. El derecho a la jurisdicción consiste precisamente, en tener posibilidad de acceso a uno de los jueces naturales, cuya garantía no es privativa de la materia penal sino extensiva a todos los restantes: civil, comercial, laboral, etc.; 2) La existencia de una ley cuyo proceso legislativo de discusión, aprobación, promulgación, vigencia, etc., se ha llevado a cabo antes del “hecho” (entendido éste como la conducta humana). En lo que respecta a la materia penal, esta ley debe ser previa al hecho que da origen al proceso; y 3) Debe haber también un juicio previo a la condena en el cual se cumplan las etapas fundamentales requeridas por el debido proceso legal; lo que nos lleva a una sentencia que debe estar fundada en la ley. La doctrina sostiene que para que una norma responda al principio de legalidad, ella debe ser: a) Escrita, para que no queden dudas acerca de su contenido; b) Estricta, significa que debe describir concretamente la conducta que es delito (este es un medio para evitar la analogía); y c) Previa: debe ser anterior al hecho delictivo “(*Hábeas Corpus*, 26-11-01)

11

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La legalidad no debe ser entendida de manera reducida a lo que dice la ley secundaria, sino que la legalidad es una categoría de mayor amplitud, que en primer término comprende la ley primaria, la Constitución, que se constituye en la fuente del resto del ordenamiento jurídico.

3

IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE LOS JUECES

Los magistrados y jueces, competentes en materia penal, sólo estarán sometidos a la Constitución de la República, y a la legislación secundaria, y sus actuaciones serán imparciales e independientes.

Un mismo juez no puede administrar justicia en diversas instancias en una misma causa.

Desde que se inicia la investigación de un hecho delictivo, tanto las autoridades administrativas como los jueces, deberán establecer en sus respectivas actuaciones las circunstancias que perjudican y las que favorecen al imputado; y cuando tomen decisiones deberán fundamentar tales circunstancias y las pruebas de cargo y de descargo.

Por ningún motivo los otros Órganos del Estado podrán arrogarse el conocimiento de las causas, ni la reapertura de las terminadas por decisión firme, ni interferir en el desarrollo del procedimiento.

12 En caso de interferencia en el ejercicio de su función, el juez informará a la Corte Suprema de Justicia los hechos que afecten su independencia. Cuando la interferencia provenga de la propia Corte Suprema de Justicia, de alguno de sus magistrados o de otro tribunal, el informe será presentado, además, a la Fiscalía General de la República y al Consejo Nacional de la Judicatura.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 16, 17 y 172.3
- CPP, 73 y 74
- CADH, 8

II. COMENTARIO

Los magistrados y jueces, viene a establecer este precepto, sólo están sometidos a la Constitución y a la ley, y en sus actuaciones son imparciales e independientes. La exigencia de imparcialidad es tan fundamental, como garantía básica para el justiciable, que la noción de juez no se concibe si se prescinde de la idea de imparcialidad. La idea misma de juicio justo no se concibe si no se encuentra asociada a la exigencia de que el mismo se desarrolle ante un Tribunal independiente e imparcial, como han venido a establecer las diversas convenciones internacionales sobre derechos humanos y, en

particular el art. 8 de la Convención Americana: “Toda persona tiene derecho a ser oída (...) por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”.

A) Imparcialidad judicial

La noción de imparcialidad, aplicada a la caracterización de la tarea del juez, describe su función como la de aquél, que no siendo parte en el litigio, debe decidir sin interés personal alguno, es decir, sin prejuicio respecto de los litigantes o de la materia que juzga. Por ello, la única sumisión admisible es la que resulta de su vinculación exclusiva a las normas que integran el ordenamiento jurídico, es decir, la Constitución y las leyes. En este sentido, puede decirse que la primera consecuencia que se deriva de la garantía de imparcialidad es el deber de conducirse de forma que no haga peligrar la confianza en la propia imparcialidad, mediante la sujeción exclusiva a la ley, tal y como se establece en el art. 172.3 Cn: “Los magistrados y jueces en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes”.

La sujeción sólo a la ley expresa la colocación institucional del juez, que se hace patente en el requisito de la imparcialidad y tiene su justificación en los dos valores que se encuentran asociados a la jurisdicción: la búsqueda de la verdad y la tutela de los derechos fundamentales. Este es el sentido de la vinculación del juez al imperio de la ley, plasmación característica del principio de legalidad en el Estado de Derecho y expresión máxima de la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

13

Pero, la noción de imparcialidad, además de esta genérica vinculación del juez a la ley, supone una garantía de objetividad del juez en relación con el caso que se somete a su jurisdicción. Desde esta óptica, la imparcialidad del juez exige, por una parte, que se encuentre garantizada su imparcialidad en relación con los intereses de las partes contendientes y, por otra, su independencia, de los otros poderes del Estado.

B) Garantía de objetividad

La primera seña de identidad del proceso acusatorio es la radical separación del juez de la acusación. Esto supone la configuración del procedimiento judicial como un “proceso de partes”, acusador y defensor, y el juez ocupando una posición neutral, imparcial, la que corresponde a un tercero superpartes. La concepción tradicional del juez vivamente comprometido con el desarrollo y el fin del proceso, especialmente en la averiguación de lo hechos incriminados, es exponente de un modelo procesal hoy en día desfasado, propio del modelo de enjuiciamiento inquisitivo, frente al que se propugna la neutralidad como un valor fundamental asociado al ejercicio de la jurisdicción.

De esta forma, el proceso se concibe como un enfrentamiento de partes y a ellas, no al juez, les corresponde definir las cuestiones a decidir, así como aportar los elementos de prueba que han de servir de base para adoptar la decisión. Por el contrario, lo que se espera del juez es que se conduzca de un modo neutral, vigilante de que se observen las reglas del procedimiento, al tiempo que asegure el equilibrio entre las partes. Desde esta óptica, la imparcialidad se identifica con la neutralidad y, a causa de ello, resulta esencial asegurarse de que el juez carece de un interés privado y personal en el resultado del proceso. Para salvaguardar ese desinterés personal, es posible la recusación, como un derecho que se establece a favor de las partes para obtener la sustitución del juez cuando su imparcialidad no se encuentra suficientemente garantizada.

Obsérvese que, a diferencia de lo que sucede con la garantía de independencia, la imparcialidad del juez no se articula positivamente, es decir, rodeando la actividad judicial de ciertas garantías institucionales, sino negativamente, haciendo posible la exclusión del juez cuando no se encuentra suficientemente asegurada su imparcialidad frente al caso que juzga. Esto es lo que sucede con las diversas causas de recusación establecidas en el art. 73 CPP, en las que se concretan diversos motivos de vinculación del juez con el caso sometido a su consideración, pero también, de modo general, cuando el juez ha intervenido, previamente, en otra instancia procesal.

14 En efecto, para que la imparcialidad del juez se encuentre suficientemente garantizada, no basta con asegurar que el juez carece de un interés privado en el proceso que juzga, sino que es necesario asegurar que no tiene un “interés acusatorio”, prohibiendo de forma general e inderogable la acumulación en un mismo órgano de las funciones de enjuiciamiento y acusación. Este es el sentido de la prohibición contenida en este precepto: “un mismo juez no puede administrar justicia en diversas instancias de una misma causa”. Se trata, en suma, de la concreción legal de la garantía constitucional contenida en el art. 16 Cn (“Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias en una misma causa”), con la que se pretende impedir que pese sobre el juez un temor fundado de parcialidad, a consecuencia de un prejuicio extraído de su intervención en un momento anterior.

A causa de ello, la garantía de imparcialidad del tribunal se encuentra cuestionada cuando uno de sus componentes ha intervenido en periodos anteriores del procedimiento, pues la imparcialidad de los órganos judiciales debe ser considerada no sólo subjetivamente, sino también objetivamente. Esto significa que todo juez, en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad, debe abstenerse de conocer el caso, pues lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática, es decir, la confianza general en el correcto ejercicio de la función judicial.

Bajo este motivo de excusa y a la vez de excepción (art. 74 CPP) se comprenden hipótesis bien distintas:

En primer término que el instructor de la causa sea llamado al conocimiento del juicio atribuido a otro tribunal. Siendo este un motivo claro de abstención y recusación, debe tenerse presente que no toda intervención del juez en un momento anterior al juicio tiene el carácter de actividad instructora y, consiguientemente, sólo en determinados casos el juez está impedido de conocer de la causa. Así pues, surge la dificultad de determinar qué tipo de actuaciones son capaces de impedir que el juez participe ulteriormente en el enjuiciamiento de la causa.

A este respecto, se admite pacíficamente que lo característico de la actividad instructora es la relación directa con el acusado o con el material probatorio que posteriormente se hará valer en el juicio oral. Por ello, parece estar fuera de duda que deberá abstenerse, o podrá ser recusado, el juez que ha participado en cualquiera de las siguientes actividades: en la búsqueda del material probatorio o le juez; en la verificación de la verosimilitud de la imputación; en la adopción medidas cautelares en contra del imputado; en la realización del juicio de acusación que supone declarar abierto el juicio oral. Estas diversas actuaciones procesales tienen, todas ellas, en común que el juez realiza un juicio provisional sobre los hechos y, a causa de ello, puede afirmarse la existencia de un prejuicio que impide al juez participar en el ulterior enjuiciamiento.

C) Independencia judicial

15

La independencia del juez de cualquier otro poder del Estado identifica la segunda garantía orgánica del Poder Judicial que se consagra en este precepto. Independencia equivale a ausencia de cualquier clase de subordinación en el oficio de juez y, más en concreto, ausencia de cualquier clase de subordinación jurídica, esto es, que los jueces y magistrados en el ejercicio de su función no estén sujetos a órdenes o instrucciones de nadie. Se trata, en suma, de garantizar la más absoluta libertad de los jueces y magistrados en el ejercicio de su función, pues la única sumisión admisible es la que les vincula al imperio de la ley.

Por otro lado, atendiendo a las fuentes de donde puede partir la subordinación capaz de socavar la independencia del juez, es común distinguir dos ámbitos de eficacia de esta garantía: la independencia judicial externa y la independencia interna. La primera frente a los poderes externos a la jurisdicción y, en particular, el poder ejecutivo. La segunda, frente a los poderes o jerarquías internas de la propia organización judicial.

La independencia externa se preserva estableciendo mecanismos institucionales de protección frente a las interferencias de otros órganos del Estado, auténticas garantías institucionales recogidas en la Constitución y en las leyes. En este sentido, se establece: "Por ningún motivo los otros órganos del Estado podrán arrogarse el conocimiento de las causas, ni la reapertura de las terminadas por decisión firme, ni interferir en el desarrollo del procedimiento".

La segunda, hace referencia al juez como individuo en el interior de la carrera judicial y a la ausencia de cualquier control jerárquico-burocrático. A ella se refiere el último apartado de este precepto al establecer: “En caso de interferencia en el ejercicio de su función, el Juez informará a la Corte Suprema de Justicia los hechos que afecten su independencia. Cuando la interferencia provenga de la propia Corte Suprema de Justicia, de algunos de sus Magistrados o de otro Tribunal, el informe será presentado, además, a la Fiscalía General de la República y al Consejo Nacional de la Judicatura”.

La independencia, finalmente, debe guiar la interpretación de todo el estatuto judicial, es decir, la regulación de la relación de servicio del juez con el Estado. Precisamente, porque el juez en su condición de funcionario del Estado está sujeto al poder público, es necesario rodear de cautelas especiales la relación de servicio que le liga con el Estado, para garantizar de un modo efectivo la independencia judicial. Por eso, la independencia se plasma en la exigencia de inamovilidad y en la existencia de otras garantías estatutarias relacionadas con el acceso al cuerpo y la promoción a los cargos de mayor jerarquía dentro de la magistratura.

III. JURISPRUDENCIA

16 Independencia judicial. “Ciertamente, el principio de independencia de los Jueces debe respetarse en todo momento, sin olvidar que el límite de esa independencia judicial llega hasta donde se inicia la violación a un derecho fundamental”. (*Hábeas Corpus*, 14-06-00)

“Según lo prescrito en el artículo 172 Inc. 3 Cn., los magistrados y jueces están regidos por el principio de independencia, la cual persigue la finalidad de asegurar la pureza de los criterios técnicos, especialmente el sometimiento al derecho, que van a incidir en la elaboración jurisdiccional de la norma concreta irrevocable. Entendida como ausencia de subordinación del juez o magistrado a otro poder jurídico o social que no sea la ley, la independencia adquiere ciertas manifestaciones frente al mismo órgano judicial, frente a los otros órganos estatales, frente a los poderes sociales y frente a las propias partes, en forma específica de imparcialidad, consagrada en el artículo 186 inciso 5 Cn. La independencia frente al mismo órgano judicial implica el cumplimiento del artículo 17 inciso 1 Cn., es decir, la prohibición de abocarse causas pendientes; prohibición que se puede extender en dos sentidos: uno estricto, que significa la no atracción, por un tribunal superior, de un proceso que esté siendo conocido por un tribunal inferior, y uno amplio, que implica la prohibición de revisar las resoluciones judiciales fuera del sistema de recursos, es decir, que las actuaciones de los jueces en lo relativo a la interpretación y aplicación de las leyes no pueden ser aprobadas, censuradas o corregidas por los tribunales superiores, salvo cuando estos ejerzan sus atribuciones jurídicas de confirmar, reformar, revocar o anular las resoluciones de las cuales conozcan por medio del sistema de recursos. En este mismo rubro -y considerando que, según lo prescrito en el artículo 182 atribución 9 a la Corte Suprema

de Justicia le corresponde remover a los magistrados de cámaras de segunda instancia, jueces de primera instancia y jueces de paz- la independencia se manifiesta también como estabilidad judicial, la cual se establece en el artículo 186 inciso 4 Cn., de la cual se infiere que los funcionarios judiciales no pueden ser trasladados, suspendidos, ni cesados por el tribunal supremo, sino en los casos y mediante los procedimientos previstos por las leyes preexistentes, con plena garantía de los derechos a audiencia y defensa. Frente a los otros órganos del gobierno, también es aplicable la prohibición de la abocación del artículo 17 Cn., ya que “la exclusividad del Órgano Jurisdiccional para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, contemplada en el artículo 172 inciso 1 Cn., excluye o impide la posibilidad de usurpación de las atribuciones judiciales por parte del Órgano Ejecutivo o Legislativo. Esta exclusividad garantiza la independencia de los órganos jurisdiccionales frente a otros detentadores del poder. Además, desde esta misma perspectiva, el artículo 172 inc 2 Cn., establece una reserva de ley para la regulación de la organización y funcionamiento del Organo Judicial, con la consecuente prohibición que los otros órganos o entes investidos de potestades normativas intervengan en la regulación de tales aspectos, reconociéndosele a la Corte Suprema de Justicia -en el artículo 133 ordinal 3 Cn.,- iniciativa para la emisión de leyes que tengan que ver con el órgano judicial y con la jurisdicción competente de los tribunales”. (*Inconstitucionalidad, 20-07-99*).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

17

La independencia de los jueces es fundamental para garantizar la separación de los poderes en un estado democrático, pero esta independencia como todos los derechos consagrados en la Constitución tiene límites. No tiene carácter absoluto ni constituye una prerrogativa del cargo de juez.

En la actualidad existen grupos de poder no formales que pueden influir grandemente en las decisiones jurisdiccionales, por ello se vuelve un presupuesto esencial el fortalecimiento del órgano judicial tanto a nivel interno como externo. Deben evitarse pronunciamientos específicos sobre fallos polémicos, tanto por parte de la misma Corte Suprema de Justicia como por los otros órganos del estado, orientados a que los jueces resuelvan en uno u otro sentido, porque ello en lugar de garantizar la objetividad produce decisiones parciales que debilitan el prestigio de la administración de justicia.

Para ser congruente con la independencia judicial, la separación del cargo de juez debe ser una medida excepcionalísima. Asimismo, cuando se procede a investigar las resoluciones judiciales, porque para ello existe el sistema de recursos. De lo contrario, se debilita el sistema de administración de justicia. Los jueces deben tener la remuneración adecuada a la labor que desarrollan. También deben recibir de forma periódica cursos de capacitación que les permitan mantener una sólida formación para resolver los más diversos problemas jurídicos, porque ello garantiza la objetividad.

4

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente, y será tratada como tal en todo momento, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren las garantías del debido proceso. La carga de la prueba corresponde a los acusadores.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12
- CPP, 5 y 6

II. COMENTARIO

18

El principio de jurisdiccionalidad, al exigir que no exista culpa sin juicio, postula la presunción de inocencia del imputado, hasta que su culpabilidad sea establecida según la ley. La presunción de inocencia es, en este sentido, la primera y más importante derivación del principio de jurisdiccionalidad, que se expresa en el mandato constitucional de que nadie pueda ser considerado culpable sin una sentencia obtenida en juicio.

Se trata de una garantía constitucional que se consagra en el art. 12 Cn: “Toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en un juicio público, en el que se aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”. La Constitución impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se atribuye un hecho delictivo o, lo que es lo mismo, toda persona inculpada ha de ser tratada como inocente hasta que su culpabilidad resulte establecida conforme a la ley.

El correcto entendimiento de esta garantía, nos lleva a poner de relieve que, a través de ella, no se afirma que el imputado sea inocente, sino que debe ser tratado como tal mientras no exista una sentencia condenatoria que declare su culpabilidad. Se es inocente o se es culpable por lo que se ha hecho o se ha dejado de hacer en relación con el hecho delictivo que se atribuye al imputado. Por ello, con el principio de inocencia sólo se quiere significar que toda persona debe ser tratada como inocente mientras no exista una sentencia penal de condena. Este es el sentido originario de la presunción de inocencia, a partir del cual se construye un modelo de proceso penal, el acusatorio de corte liberal, cuyo objetivo fundamental es establecer un conjunto de garantías frente a la acción punitiva estatal; la más importante, la garantía de libertad, que se expresa en la cláusula de que ningún inocente será sometido a un castigo

injusto e, incluso, que no se obtendrá la condena del mismo culpable a costa de su dignidad personal. Por eso, el proceso penal se inspira en la idea de proteger al ciudadano inocente, como elemento estructurador de todo el sistema penal.

En el momento actual, la presunción de inocencia incorpora una nueva dimensión que se deriva de su plasmación en la Constitución como derecho fundamental. La presunción de inocencia ya no es, únicamente, un criterio informador del ordenamiento penal, es fundamentalmente una garantía constitucional del ciudadano sometido a juicio. Es decir, ya no se trata de un mero principio interpretativo de la norma procesal, que inspira la actuación de los tribunales, imponiendo la aplicación “pro reo” de la norma jurídica. Antes que nada, se trata de una norma de directa aplicación y reclamable como derecho fundamental, que contiene, en primer término, un mandato dirigido al legislador, a quien corresponde establecer un proceso respetuoso con la idea de inocencia y, junto a ello, un mandato dirigido al tribunal, a quien se impone siempre seguir la tesis más favorable al reo, resolviendo en caso de duda lo más favorable al imputado.

En cuanto que derecho fundamental constitucional la presunción de inocencia condensa varios axiomas, que delimitan la concreción del contenido de este principio constitucionalizado como derecho fundamental:

- La culpabilidad no existe mientras no haya sido declarada y sólo la sentencia judicial tiene virtualidad para hacerlo.
- En el momento de la sentencia sólo existen dos posibilidades de pronunciamiento, condena o absolución, que se corresponden con las dos únicas situaciones que cabe examinar, la culpabilidad o la inocencia.
- La culpabilidad implica la adquisición de un grado de certeza sobre la realización del hecho imputado de tal manera que sólo la prueba plena es válida para establecerla.
- La falta de certeza, es decir, la duda equivale a la inocencia, resultando preferible la absolución de un culpable que la condena de un inocente; el imputado no tiene que demostrar su inocencia ni nadie puede ser tratado como culpable, pues goza de la misma situación jurídica que un inocente.
- No pueden existir ficciones de culpabilidad, es decir, aspectos de la culpabilidad que no precisen ser demostrados.

La presunción de inocencia actúa, pues, como un principio general informador de la legislación penal y, al tiempo, como un criterio directivo que guía la interpretación de

todo el ordenamiento procesal penal. Expresa, en primer lugar, una garantía constitucional, en cuya virtud el legislador está obligado a establecer un método de enjuiciamiento que atienda no sólo a la eficaz represión del delito, sino también a la protección de la inocencia y libertad de la persona imputada, asegurando que mientras el proceso se desarrolle el acusado será tratado como inocente. Además, incorpora un criterio directivo en materia probatoria, característico de la tradición jurídica angloamericana, en cuya virtud la carga de la prueba de la culpabilidad pesa siempre sobre la parte acusadora y supone que la culpabilidad resulte demostrada más allá de toda duda razonable.

De acuerdo con ello, puede decirse que la presunción de inocencia incorpora dos significados: por un lado, constituye una “regla de tratamiento” del imputado” (art. 6 CPP), es decir, un postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual ha de partirse de la idea de que es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de la libertad durante el proceso. Por otro, incorpora una segunda vertiente como “regla de juicio” (art. 5 CPP), es decir, como regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpaado si la culpabilidad no resulta suficientemente demostrada, es decir, no resulta establecida más allá de toda duda razonable.

20

A) La presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado

La garantía constitucional de la presunción de inocencia representa, en primer lugar, una regla de tratamiento del imputado sometido al proceso, que se vincula específicamente con el carácter restrictivo de las medidas de coerción en el proceso penal. La máxima que impide la aplicación de una pena al imputado sin sentencia judicial previa que declare su culpabilidad, funda razonablemente la pretensión de que durante el curso del proceso el imputado no sea sometido a prisión. Sin embargo, históricamente, esta idea no se ha podido sostener hasta el punto de eliminar toda posibilidad de utilizar en el proceso las medidas de coerción procesal, en especial la detención provisional, considerada como una “injusticia necesaria” por los autores del pensamiento liberal clásico.

Ahora bien, que el principio de inocencia no se oponga a la aplicación de las medidas de coerción procesal no quiere decir que éstas puedan imponerse sin límite alguno. Al contrario, la evolución de este instituto responde a la idea de limitar su aplicación, teniendo en cuenta que siempre afecta a una persona que todavía se reputa inocente. Por ello, en las legislaciones se ha concretado un estatuto garantista, que gobierna la aplicación de esta medida cautelar. Se concreta en los siguientes principios:

- La judicialidad, en cuanto que el encarcelamiento preventivo sólo puede ser autorizado por decisión judicial suficientemente justificada.
- La excepcionalidad, pues se parte como principio de la libertad del imputado, que sólo puede ser excepcionada ante la probabilidad fundada de tratarse del responsable de un hecho delictivo y siempre que concurra el peligro de fuga o el entorpecimiento de las averiguaciones mediante la ocultación de pruebas; además, en virtud del principio de excepcionalidad, el encarcelamiento preventivo nunca puede ser regulado como obligatorio.
- La subsidiariedad, en el sentido de que siempre que sea posible debe acudir a otros medios menos gravosos que la privación de libertad del imputado, si éstos también son eficaces para asegurar el resultado del proceso.
- La proporcionalidad, en cuanto que la aplicación de la medida de la coerción procesal no puede ser más gravosa que la aplicación de la pena misma, por lo que no puede adoptarse si el hecho delictivo no está castigado con pena de prisión y, aun en este caso, debe tener una duración limitada. De acuerdo con ello, el art. 6 CPP establece que la detención preventiva debe guardar la debida proporción a la pena que se espera, sin que pueda sobrepasar la pena máxima prevista en la ley, ni exceder del plazo legalmente previsto.

21

B) La presunción de inocencia como regla de juicio referida a la actividad probatoria

Pero la presunción de inocencia incorpora otra dimensión como regla de juicio, que desenvuelve su eficacia en materia probatoria, arrojando sobre la parte acusadora la carga de la prueba de la culpabilidad del imputado. Culpabilidad que, además, debe quedar establecida más allá de toda duda razonable, de tal modo que si no existe ese grado de certeza se impone la absolución, como una consecuencia del principio de inocencia.

Además, de la presunción de inocencia resulta otra importante consecuencia. La imposibilidad de imponer al acusado la obligación de probar su inocencia, ya que ésta, en principio, se presume cierta. De ello resulta que la actividad probatoria encaminada a demostrar la culpabilidad del imputado corresponde, en exclusiva, a la acusación y, consiguientemente, toda acusación debe ir acompañada de las pruebas en que se basa. Para el imputado, resulta una consecuencia evidente: ni le incumbe, ni se le puede imponer la prueba de la incerteza de la imputación o de la certeza de las causas que excluyen la condena, por lo que resulta totalmente contrario a la presunción de inocencia exigir del imputado la prueba de los hechos que impiden la condena o la pena. Se comprende entonces la vinculación que existe entre la presunción de inocencia

y el derecho al silencio del acusado, una de las manifestaciones más características de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

En materia probatoria, del principio de inocencia resulta también que no basta con que la culpabilidad resulte establecida, sino que ha de estarlo “conforme a la ley” (art. 4 CPP). Consecuencia de ello es el principio general de que los medios de prueba se produzcan ante el acusado, en audiencia pública y en el curso de un debate contradictorio. Sólo en determinadas condiciones, se reconoce eficacia a la prueba anticipada o preconstituida, como excepción a la regla general de producción de la prueba en el juicio oral. Además, en la medida que la culpabilidad debe ser establecida “conforme a la ley”, en el proceso penal sólo serán admisibles los medios de prueba lícitos, quedando excluida la eficacia de las pruebas ilegales, pues a la idea de proceso debido y al derecho a la inviolabilidad de la defensa repugnan los procedimientos de investigación basados en la violencia, la coacción, la amenaza o el engaño o cualquier otro que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona (art. 15 CPP).

22

El último aspecto de la presunción de inocencia que interesa destacar hace referencia a la prohibición de presunciones objetivas de culpabilidad. Esta siempre ha de quedar demostrada, sin por lo tanto puedan existir ficciones de culpabilidad, es decir, aspectos de la culpabilidad que no precisen ser demostrados. Por ello, las presunciones impuestas por el legislador, de las que resultan efectos perjudiciales para el reo, se reputan contrarias al principio de inocencia.

III. JURISPRUDENCIA

Presunción de inocencia y presunciones de culpabilidad. “Esta Sala, en su construcción jurisprudencial, ha establecido que toda persona sometida a un proceso o procedimiento es inocente y se mantendrá como tal dentro del proceso o procedimiento, mientras no se determine su culpabilidad por sentencia de fondo condenatoria o resolución motivada, respetando los principios del debido proceso procesal, judicial o administrativo. Por tanto, se considera que ninguna persona natural o jurídica, puede verse privada de algún derecho por aplicaciones automáticas y aisladas de “presunciones de culpabilidad” sean legales o judiciales, ya que las mismas son inconstitucionales si no se acompañan de otros medios de prueba que lleven a una conclusión objetiva de culpabilidad” (*Amparo, 10-11-99*).

Relación con la carga de la prueba. “La presunción de inocencia constituye un principio elemental de justicia y trae como consecuencia que la carga de la prueba recae en la parte que acusa y que nadie puede ser condenado sino media prueba fehaciente, la cual haya sido incorporada al proceso tal como lo establece el artículo 162 del Código Procesal Penal. Aunado a ello la parte que acusa debe hacer la

construcción jurídica de la culpabilidad para que el juzgador adquiriera un grado de certeza con respecto a la misma” (TS. *La Libertad*, 09-11-99).

“El artículo 12 de la Constitución de la República establece la presunción de inocencia como verdad interina establecida a favor de todo imputado durante todo el proceso, de lo que se extraen como consecuencias, en primer lugar, que la parte que acusa debe realizar la actividad probatoria de cargo necesaria para quebrantar dicha presunción de inocencia, la cual deberá contener los elementos del delito estableciendo la conexión del imputado con el hecho; que el imputado no está obligado a probar su inocencia; que la certeza positiva para desvirtuar dicha presunción debe producir aquella convicción moral que persuade, que dirige la inteligencia y satisface la razón más allá de toda duda razonable, ya que la duda no debe ser especulativa o imaginaria. La duda que justifica la absolución no sólo debe ser razonable sino que debe seguir de una serena, justa e imparcial consideración de toda la prueba del caso o de la falta de suficiente prueba en apoyo de la acusación; por lo que en caso de existir duda sobre la culpabilidad o inocencia del imputado deberá absolverse, y si por el contrario hay un convencimiento de la culpabilidad del imputado más allá de la duda razonable, es deber del tribunal rendir un veredicto de culpabilidad” (TS 1° *San Salvador*, 08-01-99).

“La presunción de inocencia ampara por igual a toda persona a quien se le acusa de una conducta delictiva, y no admite distingo alguno, por lo que para quebrantar ese estado de inocencia se requiere que la acusación haya presentado una prueba que al ser apreciada sea capaz por su entidad persuasiva –respecto de la prueba contraria– y su fuerza armónica respecto de la otra prueba que concurre, de demostrar que el acusado es autor culpable del hecho atribuido; si tal prueba no es concluyente sobre el injusto típico, o sobre la autoría del acusado o sobre su culpabilidad, porque ha sido contrariada por otra prueba –que no se ha refutado– o por que no es armónica con la prueba restante, dicha evidencia no puede afirmar la culpabilidad por que no está dotada de certeza” (TS 3° *San Salvador*, 21-01-02).

23

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La presunción de inocencia tiene una proyección durante todo el proceso, y que la vemos concretizada en tres categorías jurídicas esenciales: a) las medidas de coerción personal, b) la carga probatoria, y c) el *in dubio pro reo*.

En cuanto a las medidas de coerción deben ser de carácter excepcional por que durante todo el proceso el imputado tiene el estado de inocente: “el único título legítimo que puede exhibir el Estado para privarlo de su libertad es una sentencia condenatoria firme que destruya ese estado de inocencia” (Edwards, 1996:127). Por lo tanto aquellas detenciones en las cuales no se fundamente la necesidad de la misma son contrarias a la presunción de inocencia. Por ello no se encuentra justificada la automaticidad de éstas, ni aun por ministerio de ley, como se pretende en el artículo 294 CPP., inciso

segundo, en el que se dice que no procede la sustitución por otra medida cautelar para los delitos allí descritos. En la practica esa disposición se inaplica por muchos funcionarios judiciales en base a la facultad que les confiere el artículo 185 de la Constitución.

Con relación a la carga probatoria, dado que el imputado goza de un estado de inocencia, corresponde al Estado por medio de los órganos correspondientes demostrar la responsabilidad del imputado. Pero además, dada la objetividad que debe caracterizar las actuaciones, el ente investigador deberá orientar la investigación a prueba de descargo, circunstancias atenuantes o eximentes.

Con respecto al *in dubio pro reo* se trata en el artículo siguiente.

5

DUDA

En caso de duda el juez considerará lo más favorable al imputado.

24

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12
- CPP, 4 y 16

II. COMENTARIO

La presunción de inocencia es una “regla de juicio” que juega en materia probatoria, arrojando la carga de la prueba de la culpabilidad del imputado sobre la parte acusadora. La acusación tendrá que aportar al proceso los materiales probatorios y conseguir con ellos probar la culpabilidad del acusado, más allá de toda duda razonable (“beyond any reasonable doubt”). Construir con certeza la culpabilidad significa establecerla más allá de toda duda razonable, de tal modo que si no existe ese grado de certeza permanece el “status” básico de libertad y se impone la absolucón, no como un beneficio establecido a favor del reo, sino como consecuencia del principio de inocencia (art. 4 CPP), que contiene una limitación muy precisa de la actividad sancionadora del Estado.

Pero la presunción de inocencia, como “regla de juicio”, no se agota en la simple prohibición de la condena en la duda, sino que incorpora un contenido más amplio que el tradicional “*in dubio pro reo*”. Mientras que el principio “*pro reo*” sólo opera ante una situación de duda, la presunción de inocencia consiste en algo más: la necesidad de

que la condena se funde en auténticas pruebas que, además, han de ser aportadas por la acusación y resultar suficientes, pues si la culpabilidad no ha quedado probada el tribunal no puede entender sustituida la inocencia, de la que en principio se parte, por la culpabilidad, y debe absolver en cualquier caso.

Por ello, se dice que mientras la máxima tradicional, “in dubio pro reo”, expresaba un estado subjetivo, el de la incertidumbre, la presunción de inocencia impone un criterio objetivo en el que basarse para alcanzar la condena, la suficiencia de la prueba. Ahora bien, hecha esta salvedad, nada impide entender que el principio de inocencia comprende la prohibición de la condena dubitativa, pues es, precisamente, en la zona incierta de la duda, en la incertidumbre sobre los hechos, o lo que es lo mismo, ante la insuficiencia de las pruebas, donde encuentra su máxima expresión la aplicación del principio de inocencia como regla de juicio.

Del enlace entre la “regla de juicio” del “in dubio pro reo” y el principio de la presunción de inocencia resultan, además, otras importantes consecuencias ya mencionadas:

- La falta de prueba suficiente sobre la culpabilidad del acusado determina su absolución, aunque no resulte claramente establecida su inocencia.
- A causa de ello, se dice que al acusado no le corresponde la carga de probar su inocencia, ya que ésta inicialmente se presume cierta y, por ello, la actividad probatoria encaminada a demostrar la culpabilidad del imputado corresponde, exclusivamente, a los acusadores, es decir, toda acusación debe ir acompañada de las pruebas en que se basa.
- La consecuencia que resulta para el imputado es clara: ni le incumbe ni se le puede imponer la prueba de la incerteza de la imputación o de la certeza de las causas que excluyen la condena, pues la duda siempre juega a su favor.

La eficacia de la presunción de inocencia se extiende a todos los elementos de la infracción, es decir, no sólo los elementos objetivos del tipo, sino también los elementos subjetivos. De acuerdo con ello, la existencia del dolo, o de los elementos subjetivos del injusto, ha de ser probada por la acusación, resultando inadmisibles cualquier clase de presunción que suponga la inversión de la carga de la prueba, como sucede cuando se impone al acusado la prueba del error excluyente del dolo.

Conviene aclarar, porque es una cuestión muy confusa, que la falta de certeza puede presentarse tanto respecto de la imputación y sus elementos, como respecto a las causas que excluyen la condena y la pena. Para ser más exactos, puede decirse que la presunción de inocencia actúa no sólo en relación con los elementos constitutivos

de la infracción, sino también en relación con las causas que excluyen la condena y la pena, pues este es su sentido natural. No obstante, existe una importante diferencia, toda vez que cuando se trata de una causa que excluye la condena o la pena, la falta de certeza opera de forma inversa a como actúa cuando se trata de la falta de certeza sobre la existencia del hecho punible. Mientras que la duda sobre la existencia de un elemento de la infracción conduce a su negación, la duda sobre la existencia de los presupuestos de una causa de justificación, de inculpabilidad o de impunidad conduce a su afirmación.

En suma, es el enlace entre la regla “in dubio pro reo” y el principio de inocencia el que proporciona un criterio de solución para resolver los casos en que, apareciendo probados los hechos constitutivos del tipo penal, no aparezcan adecuadamente demostrados unos hechos impeditivos o extintivos, pues basta constatar que en virtud de la regla “pro reo”, existiendo duda sobre cualquier hecho relevante a efectos de condena, el tribunal ha de absolver en todo caso.

26

Se ha discutido si la regla del “favor rei” constituye también un principio de interpretación de la ley penal, es decir, si el alcance de esta regla se refiere, únicamente, a los hechos que sirven de fundamento a la imputación o asimismo comprende la interpretación y aplicación de las normas penales. Obsérvese que más bien se trata de un problema relativo a la interpretación de la ley penal sustantiva que se debe resolver según las reglas de interpretación propias de esta materia. Desde esta perspectiva, la “interpretación favorable al reo” sería equivalente a la “interpretación restrictiva”, esto es, frente a las diferentes posibilidades interpretativas, el juez, al aplicar la ley penal, debería escoger siempre la interpretación restrictiva, porque así interpretada la norma penal se limita más el poder penal del Estado.

Sin embargo, la ley penal no contiene un principio de interpretación semejante. Al contrario, es bien sabido que en materia penal es posible la interpretación analógica “in bonam partem” y, lo que es más importante, no existe ninguna razón para entender que la interpretación extensiva, incluso en contra del reo, vulnere el principio de legalidad penal. Es más, el significado histórico de la presunción de inocencia, principio fundamental al que se vincula la regla “favor rei” tampoco permite extraer esta conclusión, pues en modo alguno aparece vinculado a la interpretación de las normas penales.

Por todo ello, la regla “in dubio pro reo” debe ser entendida como una garantía constitucional derivada de la presunción de inocencia, cuyo ámbito de eficacia es el de la fijación de los hechos en la sentencia penal, pues exige que el tribunal alcance la certeza sobre todas las circunstancias de la imputación, como presupuesto para la aplicación de la ley penal. Esta máxima es, pues, una regla de decisión, en cuanto permite poner fin al proceso, aunque no se haya alcanzado la certeza sobre la conducta del imputado que constituye el objeto del proceso y, en tal sentido, en este único ámbito es en el que despliega su eficacia el principio examinado.

III. JURISPRUDENCIA

Fundamento. “La garantía del *in dubio pro reo* tiende a mantener una suerte de equilibrio racional. Porque si el Estado, a través de la acción oficial y en plenitud de su medios investigativos y habiendo constreñido al individuo a someterse a la relación jurídico procesal penal, no ha alcanzado por cualquier circunstancia, a determinar la verdad de la atribución, no puede hacer cargar sobre el justiciable las consecuencias de su inercia o falencia” (TS San Vicente, 15-04-99).

Insuficiencia de la probabilidad. “Para destruir la presunción de inocencia de una persona debe existir la prueba de cargo suficiente que permita un conocimiento certero de que la persona objeto de juicio es quien ha realizado el hecho delictivo, ya sea personalmente o en compañía de otros. En esta etapa del proceso, ya no es posible la existencia de probabilidad en la comisión de un hecho delictivo, sino que no debe de quedar duda alguna sobre la autoría del hecho, porque si existe dudas, lo que corresponde es dar una decisión favorable hacia el imputado, tal como lo establece el Art. 5 CPP.” (TS 3° San Salvador, 23-01-02).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Este precepto constituye una herramienta cotidiana de trabajo de los tribunales de sentencia, que les permite decidir el caso objeto de juicio en el cual no han logrado arribar a certeza sobre la culpabilidad de justiciable. Este principio también debe hacerse saber a los jurados al momento de impartirles las respectivas instrucciones para dar su veredicto, ya que la persona objeto de juicio no puede permanecer en la incertidumbre de que se decida su situación jurídica cuando la prueba no es capaz de destruir su presunción de inocencia y existe oscilación en la mente del juzgador sobre si la persona que está juzgando es culpable o inocente. “El estado de inocencia del imputado como uno de los principios fundamentales que gobiernan el proceso penal, trae necesariamente como derivación, la exigencia para el órgano jurisdiccional de que para poder llegar a una conclusión condenatoria se haya obtenido el pleno convencimiento sobre los extremos de la acusación, con grado de certeza”. (Jauchen, 1996:49).

27

6

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

En materia penal no podrá restringirse la libertad personal sino en los casos y con los requisitos establecidos en este Código.

La detención provisional debe guardar la debida proporción a la pena que se espera.

En ningún caso puede sobrepasar la pena máxima prevista en la ley, ni exceder el plazo de doce meses para los delitos menos graves o veinticuatro meses para los graves. So pena de incurrir en responsabilidad penal.

En los delitos de acción privada solo se decretará la detención provisional si se cumplen los requisitos establecidos por este Código y no se logra la conciliación conforme al Artículo 402. Sin perjuicio de lo anterior, cuando existieren razones fundadas de que el imputado puede obstaculizar la investigación o evadir su comparecencia en el Juicio, o se tratare de un caso de reincidencia o habitualidad, el juez podrá decretar la detención provisional sin aguardar al resultado de la conciliación, llenando los requisitos del Art. 292. (6)

I. CONCORDANCIAS

- Cn,12 y 13
- CPP, 4 y 285 a 304

II. COMENTARIO

28

Decíamos antes que la presunción de inocencia incorpora una regla de tratamiento del imputado sometido al proceso, que se vincula específicamente con el carácter restrictivo de las medidas de coerción en el proceso penal. La máxima que impide la aplicación de una pena sin sentencia judicial previa, que declare su culpabilidad, ha fundado correctamente la pretensión de que en el curso del proceso penal el imputado no sea sometido a prisión. Sin embargo, tal afirmación no ha podido sostenerse hasta el punto de eliminar toda posibilidad de utilizar en el proceso las medidas de coerción procesal. Por ello, en principio, hay que reconocer que el principio de inocencia no impide la aplicación de medidas de coerción procesal contra el imputado y, en especial, de la prisión provisional.

Ahora bien, reconocer que el principio de inocencia no se opone a la aplicación de medidas de coerción procesal, no quiere decir que éstas puedan aplicarse sin límite alguno. Al contrario, la afirmación de que durante el curso del proceso el imputado no puede ser tratado como culpable supone que no puede ser sometido anticipadamente a una pena, pues repugna a la idea del Estado de Derecho anticipar una pena al imputado durante el procedimiento de persecución penal.

Siendo esto así resulta lógico pensar que los fines que justifican la adopción de la detención provisional no pueden ser los mismos que los que legitiman la aplicación de una pena. De acuerdo con ello, el recurso a la detención provisional es admisible, únicamente, para asegurar los fines propios del proceso penal, como la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley penal, que pueden ser puestos en peligro por la conducta del inculpado, haciendo desaparecer las pruebas de la infracción o

sustrayéndose a la acción de la justicia. El CPP se refiere a ellos al admitir la detención provisional ante la incomparecencia del imputado sin motivo legítimo (art. 293.1 CPP), que atiende a impedir la frustración del proceso evitando la fuga del reo; también cuando el imputado pueda obstaculizar un acto concreto de investigación (art. 293.2 CPP), tendente a asegurar el éxito de la instrucción y evitar la ocultación de los elementos de prueba.

Existen otras dos finalidades, a las que también se recurre como fundamento de la prisión preventiva, cuya admisibilidad plantea mayores dificultades. Se trata de las finalidades de prevención y defensa social. De entrada, debe quedar claro que los fines preventivos son exclusivos de la pena. Se proyectan sobre el futuro, como amenaza general, para disuadir a la población de que no perpetre delitos (prevención general), o como acción dirigida, específicamente, contra el autor del delito, para evitar la comisión de otras nuevas infracciones (prevención especial). Por ello, en cuanto que se trata de fines propios de la pena, no del proceso, resulta difícil admitir que se pueda acudir a ellos como fundamento para la aplicación de la detención provisional.

Sin embargo, esto no quiere decir que las autoridades encargadas de la persecución penal no puedan acordarla para cumplir un fin preventivo, aunque no entendido como amenaza general, sino en el único sentido de evitar la realización de un delito concreto. A este respecto, resulta paradigmática la previsión contenida en el art. 288 CPP que autoriza la detención policial, e incluso privada, en caso de flagrante delito. Ahora bien, fuera del único supuesto en que la detención resulte necesaria para evitar la consumación del delito, o la producción de un daño superior al ya producido, no cabe asignar a la detención provisional función preventiva alguna.

29

El fundamento de la prisión provisional reside, exclusivamente, en la necesidad de asegurar los fines que son propios del proceso penal y, consiguientemente, sólo debe acordarse para mitigar el peligro de desaparición de las pruebas de la infracción, el riesgo de fuga del inculpado o la prevención inmediata de un hecho objeto del procedimiento. Consiguientemente, deben aplicarse con suma cautela las previsiones legales que autorizan a adoptar la detención provisional atendiendo a razones de prevención general, como la alarma social producida por la comisión del delito o la frecuencia con que se cometan otros análogos (art. 292.2 CPP); o especial, como la grave sospecha de que el imputado continuará cometiendo hechos punibles (art. 293.3 CPP).

Si el proceso penal no puede prescindir de ciertas limitaciones en el ámbito de libertad del imputado con el fin de proteger sus propios fines, lo que no resulta posible es concebir estas intervenciones sin límite alguno. A este respecto, el presupuesto habilitante que se deriva del fin concreto para cuya consecución puede ser adoptada, representa la primera, pero no la única limitación, pues a ella se añaden la existencia de una sospecha razonable de haber cometido un delito, su carácter excepcional y la

necesaria proporcionalidad que debe existir entre la pena previsible y la duración de la detención provisional.

La imputación de un hecho castigado con una pena cuyo límite máximo sea superior a tres años (art. 292 CPP) es el primer requisito que debe darse para poder adoptar esta medida cautelar. Además, la posibilidad jurídica de acordar la prisión preventiva queda reducida a aquellos casos en que resulte absolutamente necesaria para proteger los fines que se persiguen mediante el proceso, y siempre que no sea posible sustituir la detención provisional por otra medida menos lesiva para la libertad del imputado.

Por tanto, sólo cuando sea posible temer que el inculpado con su comportamiento pondrá en peligro la realización del procedimiento o la ejecución de la condena u obstaculizará seriamente la actividad probatoria, es admisible la detención provisional. Incluso dándose estos presupuestos, el encarcelamiento del inculpado no será posible, si no se cuenta con la sospecha razonable que permita imputarle, con un alto grado de probabilidad, la comisión del delito.

30

En resumen, del carácter excepcional de la prisión provisional resulta que necesariamente ha fundarse en la probabilidad de que el imputado sea responsable del hecho delictivo. Además, es preciso constatar, en el caso concreto, la existencia de un riesgo real de fuga o peligro, también cierto, de entorpecimiento de la actividad investigadora. Dándose estos presupuestos, todavía es preciso que tales riesgos no puedan ser evitados acudiendo a otros medios de coerción que, racionalmente, satisfagan el mismo fin, comprometiendo en la menor medida los derechos del imputado.

La necesidad de que la prisión tenga una duración limitada, constituye la última exigencia a la que se sujeta la aplicación de esta medida coercitiva. De acuerdo con ello, el precepto comentado establece que la detención provisional debe guardar la debida proporción a la pena que se espera, sin que pueda sobrepasar la pena máxima prevista en la ley, ni exceder del plazo de doce meses si se trata de un delito menos grave ni de veinticuatro meses si se trata de un delito grave. Superados estos límites temporales, el sacrificio de los derechos individuales no puede ceder ante el interés estatal representado por la eficaz represión de los delitos.

III. JURISPRUDENCIA

Legalidad del proceso y cumplimiento de plazos. “El legislador constitucional al establecer en los Arts. 11 y 12 Cn., que toda persona debe ser vencida en juicio público y conforme a la ley, implica que se deben aplicar las disposiciones infraconstitucionales que garanticen el cumplimiento de los plazos procesales, por lo que el desconocimiento como en el presente caso de los plazos legales no es juzgar a una persona conforme la ley, y tratándose de una medida cautelar que priva la libertad, aquélla se convierte en ilegal e inconstitucional” (*Hábeas Corpus*, 24-02-99).

Plazo razonable. “Para establecer si un plazo es razonable o no, o si una dilación es indebida o injustificada, debe tomarse en cuenta -entre otros- lo complejo del caso, el numero de imputados y la cantidad de delitos a resolver. No puede reconocerse una detención contraria a la Constitución, cuando la tardanza ha quedado determinada haber ocurrido de manera justificada por todas las exigencias procesales que el caso demandaba, por lo que no se está en un caso que revela la falta de diligencia por parte de la autoridad judicial, ya que como se puede derivar del proceso penal, se cuenta con la realización periódica de una serie de investigaciones y actos procesales necesarios para la fijación de participaciones en el delito que se le atribuye a los favorecidos, lo que nos induce a considerar, que no todo exceso en los plazos dentro del proceso penal, debe llevar a decretar la libertad inmediata de los procesados, ya que este criterio no obedece a la razón y menos si en ese exceso no consta inactividad judicial imputable a la autoridad demandada” (*Hábeas Corpus*, 20-11-01).

Reincidencia. “Admitir la reincidencia, es aceptar que nuestro derecho penal, y que nuestra República que se dice democrática y respetuosa de la dignidad humana, acepta el derecho penal de autor o de personalidad, por lo cual, la responsabilidad se construye, atendiendo a las características intrínsecas del ser de la persona, es decir, a su forma de ser y no a los actos que realiza, el fundamento del reproche entonces, no es ya la conducta culpable que el sujeto ha exteriorizado, sino su forma de vida y no los actos que realiza; él, sino su forma de vida, en el caso para la reincidencia, el ser un delincuente condenado. Al contrario del derecho penal de autor, todo Estado que se precie de democrático, y en el cual impere un orden constitucional de respeto a los derechos humanos, admitirá bajo el principio de culpabilidad, un derecho penal de acto o de hechos, por el cual la culpabilidad se erige sobre las conductas atribuidas como exigibles a la persona humana, más que a su personalidad, que este elemento de inclinación al delito si existiese, no funciona ni para agravar la culpabilidad, ni la pena, puesto que es un hecho ya juzgado, y compensado por la condena o por la pena en sus formas de ejecución, por lo cual no debe ser tenido en cuenta para hechos futuros que tengan que juzgarse, porque se juzgan precisamente hechos y no personalidades, ni formas de ser, o de comportarse ante la vida. De allí que un derecho penal de autor atenta contra el principio de culpabilidad y no es compartido por un Estado Constitucional y Democrático de derecho, mientras que un derecho penal de acto es respetuoso de tales principios” (*TS 3° San Salvador*, 31-03-03).

31

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Los plazos máximos que puede permanecer en detención una persona tienen la finalidad que la privación de libertad no se convierta una pena anticipada, sino que el proceso sea sin dilaciones, lo cual en la actualidad se está convirtiendo en algo inalcanzable debido a la desproporción entre la capacidad instalada y el cúmulo de causas que ingresan al sistema penal. Las salidas alternativas han sido reducidas, por lo que todos los casos que ingresan, por lo general llegan hasta juicio, cuando

originalmente no era esa la visión que se tuvo. Por ello se vuelve necesario optimizar el recurso humano y material existente, así como reorganizar la estructura tribunalicia para que la justicia sea pronta, porque no se trata de ampliar los plazos procesales, pues ello sería atentatorio a la celeridad del proceso. Y lo que es más importante, impediría lograr la justicia, puesto que a medida que transcurre el tiempo los hechos son olvidados por testigos, quienes al momento del juicio no recuerdan elementos sumamente valiosos para decidir el caso. Esto deja en desprotección los derechos de víctimas y por otra parte la persona procesada, que tiene derecho a que su caso sea resuelto dentro de un plazo razonable, se convierte en una víctima del sistema, lo cual es propio de los modelos inquisitivos que victimizan a los procesados y revictimizan a la víctima original.

32

En cuanto a la reincidencia y la habitualidad que consigna la parte final del artículo en comento, no responde a los fines propios de la institución de la privación de libertad, como una medida de carácter excepcional que existe como un mecanismo asegurador del proceso y la futura pena que se podría imponer. En consecuencia, el adoptar una medida privativa de libertad sustentada en la reincidencia o en la habitualidad es contrario a la presunción de inocencia, porque se está valorando un hecho anterior de la misma naturaleza que ya ha sido juzgado, lo que nos lleva a sostener que incluso se ve afectado la garantía que prohíbe un doble juzgamiento. Por ello debe tenerse presente siempre al momento de privar de libertad a una persona la presencia del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. En cuanto a la habitualidad del imputado, el fin que se persigue es el evitar la reiteración delictiva, pero dicho fin descansa en ideas de peligrosidad que son independientes del hecho que se juzga.

7

ÚNICA PERSECUCIÓN

Nadie será perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. La sentencia absolutoria firme dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por los tribunales nacionales producirá el efecto de cosa juzgada.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 11
- CPP, 277.4
- CADH, 8.4

II. COMENTARIO

La garantía del juicio previo se completa con la prohibición de la persecución penal múltiple que opera como elemento de cierre de todo el sistema de garantías individuales del Derecho penal liberal. Su significado de garantía individual ha sido reconocido por el art. 8.4 de la Convención americana de derechos humanos, al establecer: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”; y también por el art. 11 Cn: “ninguna persona (...) puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”.

Su fundamento se encuentra tanto en las exigencias generales de seguridad jurídica, a que se atiende con la institución procesal de la cosa juzgada, como en las exigencias particulares del individuo, concebida como garantía de libertad y de seguridad. Desde esta segunda perspectiva, no debe permitirse que el Estado pueda repetir el intento de la condena, sometiendo al inculpado a un nuevo proceso por un mismo hecho.

Se trata de un principio estructural del proceso, pues a la jurisdicción le corresponde decir el derecho de un modo definitivo, y esto sólo puede hacerlo una sola vez. La manifestación más clara en el Derecho procesal de este principio es la regulación de la cosa juzgada que comporta la concurrencia de una doble identidad: de persona y de objeto de la persecución.

33

La identidad de la persona perseguida en varios procesos es, pues, condición esencial para que actúe la prohibición. Ha de tratarse del mismo imputado, pues la garantía no se extiende a otra persona que no haya sido perseguida penalmente, cualquiera que haya sido la solución del caso. Por ello, la condena, la absolución o el sobreseimiento de un imputado no amparan a otro distinto, aunque el fundamento de la pretensión penal sea común. Como garantía personal que es, el principio rige individualmente, sin que se extienda su eficacia a otros inculpados que hayan participado en el mismo hecho delictivo.

Además, para que opere la prohibición, la imputación ha de ser idéntica, es decir, ha de tener por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona. Pero no resulta sencillo decidir cuando la imputación es idéntica. En principio, la valoración jurídica del hecho, es decir, el “nomen iuris” empleado para calificar la imputación o designar el hecho resulta irrelevante. Se trata de impedir que la imputación concreta, entendida como atribución de un comportamiento determinado, se repita, resultando a estos efectos indiferente la posibilidad de subsunción en distintos conceptos jurídicos, que no alteran la regla, pues en modo alguno es posible iniciar una nueva persecución bajo una nueva calificación distinta de la anterior.

La razón es simple. En el procedimiento relativo a la primera imputación se pudieron averiguar todas las circunstancias y elementos del comportamiento atribuido, y el tribunal poseía todas las atribuciones para valorar jurídicamente el hecho hasta agotarlo.

Dos son las formas de invocar este principio, cuando es conculcado en el marco de un proceso. Si se trata de perseguir nuevamente a quien ya fue absuelto o condenado por el mismo hecho, debe denunciarse mediante la alegación de la excepción de cosa juzgada (art. 277.4 CPP). En cambio, si se intenta perseguir a alguien que ya está siendo perseguido por un mismo hecho existe “litis pendencia”, la cual dará lugar a una cuestión de competencia, pues sólo uno de los tribunales, el que resulte competente, es el que continuará conociendo del proceso.

El vicio de la segunda persecución irregular, por tratarse de una garantía constitucional establecida a favor del imputado, puede ser apreciado de oficio por el tribunal en cualquiera de las decisiones que deba dictar durante el desarrollo del proceso. Desde esta perspectiva, entendemos que resulta indiferente que haya sido invocado por la parte para que pueda ser apreciado.

III. JURISPRUDENCIA

34 **Principio *non bis in idem* y “enjuiciamiento”.** “Tal principio -vinculado indiscutiblemente con el derecho a la seguridad individual- está conformado esencialmente en el artículo 11 inciso primero de la constitución salvadoreña por dos vocablos que le dan su significado: enjuiciado y causa. En efecto, toda la discusión y la crítica han girado en torno de la correcta formulación semántica del principio para el establecimiento real de su significado. Sobre el vocablo “enjuiciado”, las distintas constituciones y leyes procesales han utilizado nombres diferentes para aludir al destinatario del principio: “perseguido judicialmente”, “procesado”, “encausado”, “juzgado”, etc., nombres que a su vez poseen un significado técnico variable, en el peor de los casos por uso vulgar, son usados sin alusión técnica alguna. Y sobre el vocablo causa también han aparecido frases diferentes para indicar el objeto del principio: “delito”, “hecho”, etc.(...). Corresponde pues, prescindiendo de filigranas semánticas, establecer su real significado se quiere garantizar sin hipocresías, un verdadero Estado de Derecho y si se quiere evitar sin razones en la aplicación práctica del principio, hay que decir que el vocablo “enjuiciado” se refiere a la operación racional y lógica del juzgador a través de la cual se decide definitivamente el fondo del asunto de que se trate; y la frase “misma causa” se refiere a la identidad absoluta de pretensiones. Entonces lo que este principio pretende cuando en términos generales se traduce en un “derecho a no ser juzgado dos veces por una misma causa”, es establecer la prohibición a pronunciar más de una decisión definitiva respecto de una pretensión; decisión que, por lógica, ataca su contenido esencial afectando también en forma definitiva la esfera jurídica del procesado. En efecto, el principio non bis in idem, en esencia, está referido aquel derecho que tiene toda persona a no ser objeto de dos decisiones que afecten de modo definitivo

su esfera jurídica por una misma causa, entendiendo por misma causa -aunque no tengamos una definición natural- una misma pretensión: *eadem* personas (identidad de sujetos), *eadem res* (identidad de objeto o bien de la vida) y *eadem causa petendi* (identidad de causa: sustrato fáctico y fundamento jurídico); es decir que está encaminado a proteger que una pretensión no sea objeto de doble decisión jurisdiccional definitiva, en armonía con la figura de la cosa juzgada y la litispendencia” (*Amparo, 04-05-99*).

Principio *non bis in idem* y “procesamiento”. “Esta Sala en resolución de habeas corpus 506-98 de las ocho horas y treinta y siete minutos del día veintinueve de abril de mil novecientos noventa y ocho sostuvo: que el principio *non bis in idem* o principio de doble persecución consiste en la imposibilidad de que el Estado someta a un proceso a un imputado dos veces por el mismo hecho en forma simultánea o sucesiva; lo que implica que una persona no pueda ser sometida a una doble persecución, y por ende en sumo caso, a una doble condena... Lo antes señalado, supone que para que opere la situación del doble juzgamiento, debe de haber existido anteriormente, un proceso penal en el que concurra: a) la igualdad del sujeto, b) igualdad de los hechos, y c) igualdad de fundamento, y desde luego que el anterior sea valido” (*Hábeas Corpus, 14-06-00*).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

35

Toda decisión en la cual se resuelva el desincriminar al imputado queda comprendido dentro del *Ne bis in idem*. Por tanto, no sólo comprende sentencias definitivas, sino también aquellas resoluciones que le ponen fin al proceso de forma anticipada, como serían los sobreseimientos definitivos, que producen las mismas consecuencias que una sentencia definitiva absolutoria, es decir la cosa juzgada.

No opera el *Ne bis in idem*, en aquellas decisiones en las que no se ha entrado a conocer el caso por algún obstáculo que impida proceder a la Fiscalía, mientras no se haya logrado superar alguna cuestión de prejudicialidad. Ejemplo, la desestimación que regula el artículo 249 CPP. En las declaratorias de nulidad absolutas, en las cuales sí es posible, deberán reponerse o renovarse los actos declarados nulos. En este caso el proceso vuelve a una etapa anterior, al momento en el cual se produce la nulidad; los actos que siempre deben ser renovados son aquellos que le imprimen al proceso el trámite necesario para la consecución de su fin (por ejemplo acusación, auto de apertura a juicio).

8

CALIDAD DE IMPUTADO

Tendrá calidad de imputado toda persona señalada ante o por la policía, la Fiscalía General de la República o los jueces como autor o partícipe de un hecho punible y, como tal, puede ejercer todas las facultades que la Constitución de la República, este Código y demás leyes establecen, desde el primer acto del señalamiento hasta su finalización.

Cuando la comisión de un hecho delictivo se atribuyere a persona jurídica, tendrán la calidad de imputadas las personas naturales que acordaron o ejecutaron el hecho punible.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12 y 13
- DADDH, 25 (derecho de protección contra la detención arbitraria)
- CADH, 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales), 10 (derecho a indemnización) y 52 a 73 (Corte Interamericana de Derechos Humanos)
- PIDCP, 9 y 10 (derechos del detenido) y 11 (prisión por deudas), 14
- DUDH, 9 (derecho a no ser detenido arbitrariamente)
- CDN, 1 (ámbito: menores de 18 años), 16 (injerencias ilegales), 25 (internamiento) y 37 (privación de libertad)
- CPP, 4 y 5 (presunción de inocencia), 6 (privación de libertad), 8 (calidad de imputado), 9, 10, 107 a 114 (defensa material y técnica), 11 (intérprete), 14 (igualdad), 18 (generalidad), 88, 246, 260, 211 a 215, 314.1 y 362.1 (identificación), 89 y 90 (enfermedad mental), 91 a 94 (rebeldía), 222 (confesión extrajudicial), 223, final, y 224.4 y 6 (nulidad detención), 241.9 a 243 (detención policial), 259 a 264 y 269 (declaración indagatoria), 273 (proposición de diligencias), 274 y 275 (duración de la instrucción), 285 a 293 y 297 (detención: preliminar, caso especial para inquirir, en flagrancia, por el FGR, otros casos, por el término de inquirir y detención provisional), 302 y 303 (internación provisional), 338 y 340 a 342 y 353, último inciso, (declaración en audiencias, por analogía, y facultades), 441-A (cómputo pena privativa de libertad)
- LMI, arts. 2 (ámbito de aplicación), 5 (derechos y garantías fundamentales), 26 (comprobación de la edad) y 52 a 58 (detención menor infractor)
- CP, 2 (dignidad humana), 32 a 39 (autores y partícipes), 152 (detención por particular), 290 (detención por funcionario o asimilado) y 291 (limitaciones indebidas a la libertad individual)
- CJM, 257, 259, 270 y 273 al 276

II. COMENTARIO

a) Concepto, naturaleza y función

Imputado es la persona física “contra quien se dirige el proceso penal; el sujeto de la relación procesal contra quien se procede” (G. ORBANEJA), el cual, como consecuencia inmediata del acto de imputación, adquiere la condición de parte pasiva y necesaria del proceso y, con ella, un conjunto de derechos y garantías procesales que configuran el más extenso derecho al justo y debido proceso (*due process of law*), en el que destaca el derecho de defensa, material y técnica, que lleva implícito la contradicción dialéctica, sustancia del proceso.

Como se infiere del inciso segundo del precepto, el imputado ha de ser siempre una persona física, porque las personas jurídicas no delinquen (*societas delinquere non potest*), respondiendo personalmente sus directivos o administradores, aunque no concurren en ellos las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieren en la persona en cuyo nombre o representación obraren (art. 38 Código Penal). La persona física objeto de la imputación ha de existir, porque no cabe un proceso penal contra un muerto ni contra sus herederos, razón por la cual el fallecimiento del imputado extingue la acción penal (art. 31.1 CPP).

37

Por otra parte, en la imputación se produce una estricta delimitación, que actúa de freno para los excesos de poder, del objeto y destinatario de la investigación, ya que la misma ha de centrarse exclusivamente en unos concretos hechos con caracteres de infracción penal y respecto a una determinada(s) persona física expresamente señalada como probable autor o partícipe de los mismos. Este sujeto o imputado será a partir de ese momento, como señala MORENO CATENA, *parte del proceso*, porque actúa en el mismo en defensa del propio derecho a la libertad; *parte pasiva*, porque ocupa la posición contraria a quienes ejercitan la acción penal, y *parte necesaria*, porque de no existir no es posible la continuación del proceso, aunque sí su iniciación hasta acreditarse que no es posible la averiguación del autor del hecho ni la celebración del juicio oral (art. 246).

La atribución al imputado de la condición de parte procesal y la plenitud real de su derecho de defensa constituyen hitos esenciales en la historia del proceso penal, cuya evolución en el tiempo relata con brillantez el profesor MORENO CATENA en la introducción a la obra “Derecho Procesal Penal Salvadoreño” (CSJ-AECI). Allí se explicita, dicho en palabras del Tribunal Constitucional español (SSTC 197/95 y 161/97), que “mientras que en el viejo proceso penal inquisitivo regido por el sistema de prueba tasada, el imputado era considerado como objeto del proceso penal, buscándose con su declaración, incluso mediante el empleo del tormento, la confesión de los cargos que se le imputaban, en el proceso penal acusatorio el imputado ya no es objeto del proceso

penal, sino sujeto del mismo, esto es, parte procesal, y de tal modo que su declaración, a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa”.

b) Nacimiento de la condición de imputado

Existe un imputado desde que una persona es *señalada* ante o por la policía, la Fiscalía General de la República o los jueces como autor o partícipe de un hecho punible (art. 8 CPP). Son autores (directos o mediatos), instigadores y cómplices, los que vienen definidos como tales en los arts. 32 a 38 CP.

38

Normalmente, el nacimiento de la imputación provendrá de la detención de una persona (art. 13 Cn) o del acto de notificación de una denuncia o solicitud de querrela que identifiquen a su destinatario como presunto autor o partícipe de un hecho delictivo (arts. 230, 246 y 96 CPP). La mera detención, la intimación judicial para la audiencia inicial (art. 254) o la presentación voluntaria de quien tuviere conocimiento de que se le imputa la comisión de un hecho delictivo (art. 236) son, entre otras, formas de exteriorización de la imputación. Se es, por tanto, imputado antes de que se produzca la decisión judicial de imputación contra una determinada persona, aunque a la postre ello sea indispensable para el enjuiciamiento definitivo. Basta, por último, para la imputación, que exista un cierto grado de probabilidad de la participación de una persona individualizada (aunque se desconozca el nombre de la misma) en el hecho delictivo.

La atribución formal de la calidad de imputado requiere como es lógico que la imputación llegue a su conocimiento, debiendo en consecuencia la autoridad policial, fiscal o judicial cumplir con la obligación de informar al mismo cuanto antes del hecho que se le atribuye, sin que en principio pueda demorarse la atribución, por no existir en el Código Salvadoreño la posibilidad de declarar el secreto del sumario, en cuya virtud los actos de éste se sustraen al conocimiento del imputado durante el tiempo que se considere necesario por el juez instructor. Dicha situación suscita determinadas reflexiones acerca de la oportunidad de la imputación cuando el *señalamiento* en que ella consiste se produce por denuncia o querrela, en la declaración de un testigo o como consecuencia de la actividad policial o fiscal de la que deriva una sospecha incriminatoria respecto de una determinada persona.

En efecto, si el acto de señalamiento se expresa con una *detención*, el detenido tendrá el derecho a ser informado de manera inmediata y comprensible de las razones de la misma y de la autoridad a cuya orden quedará detenida (art. 87.1 CPP), quedando facultado desde ese momento para ejercer los derechos que la ley le otorga (art. 87). Pero si el *señalamiento* se produce por denuncia o querrela, debería ser preceptiva una previa calificación jurídica de la misma y una ponderación provisional de su veracidad (ver STC 186/90). Sin esa *previa actividad judicial calificatoria* no parece razonable hacer la imputación mediante la citación del denunciado o querrellado a la audiencia

inicial, ya que toda imputación conlleva un cierto perjuicio moral, cuanto menos, sin que exista razón alguna para causarlo si, por ejemplo, el hecho denunciado u objeto de la querrela es manifiestamente falso, no reviste caracteres de delito o se dan evidentes circunstancias impeditivas o extintivas de la acción penal (conciliación, prescripción, etc.).

El trámite de admisión, explícita o implícita, de una denuncia y querrela existe en casi todas las legislaciones, como, por ejemplo, en la española, donde se condiciona la adquisición de la condición de imputado a la admisión a trámite de aquellas, siendo equivalente a la admisión la resolución judicial que ordena la comprobación de la denuncia (art. 118, núm.2), en relación con los arts. 269 y 312, LECRIM). Sin embargo, el Código Procesal Penal salvadoreño obliga en todo caso a que se formule requerimiento fiscal, aunque sea con petición de desestimación (art. 248.2), y a que el juez de paz convoque al imputado a una audiencia inicial, donde se le tomará declaración indagatoria (art. 254), pudiendo después desestimar la denuncia o querrela, por falta de fundamento, o inadmitirlas, por carencia de imprescindibles requisitos de legalidad (art.96, inciso penúltimo).

Por otra parte, antes del acto de señalamiento de una persona como imputada, puede surgir, con fundamento objetivo más o menos serio, una *situación de sospecha* respecto de la misma, debiendo preguntarnos si el surgimiento de la sospecha debe provocar de manera inmediata la imputación y si, de no hacerlo, quedaría afectado el derecho de defensa de quien debería con antelación haber sido imputado.

39

El Código Procesal Penal, sobre el particular, parece admitir una cierta situación de provisionalidad anterior al acto de imputación, como lo pone de manifiesto el contenido de los artículos 8 y 191 del mismo. El art. 8, en efecto, no exige que indefectiblemente el acto de imputación tenga lugar cuando exista cualquier estado de sospecha, siendo jurídicamente factible la adopción de una medida limitativa de derechos fundamentales de manera sorpresiva respecto de una persona sospechosa, aún no formalmente imputada, durante las diligencias iniciales de investigación (arts. 238 a 246), que tienen carácter reservado (art. 272) y anteceden al requerimiento fiscal. El art. 191, final del primer inciso, permite, por otra parte, tomar declaración como testigo a quienes “en el primer momento de la investigación aparezcan como sospechosos o partícipes del delito que se investiga o de otro conexo”, aunque sin prestación de juramento o promesa de decir verdad. Este último precepto pone de manifiesto la conveniencia de configurar más nítidamente la figura del sospechoso, distinta a la del imputado, aunque podría sostenerse la nulidad absoluta de la declaración como testigo de una persona sobre la que recaigan sospechas de ser el autor del hecho delictivo, salvo que se le advierta expresamente de su derecho a no declarar.

La figura del sospechoso, en definitiva, siempre que no se produzca indefensión material, lo que ocurriría, por ejemplo, si el retraso en hacer la imputación impidiese la

práctica de una prueba anticipada exculpatoria, deriva de la necesidad, por una parte, de evitar imputaciones precipitadas y, por otra, de no frustrar el éxito de complejas o delicadas investigaciones criminales. Sería, en efecto, absurdo señalar como imputado a quien acto seguido va a ser objeto, por orden judicial, de un allanamiento y registro de su morada, cuando el acto requiera, por la eficacia de la función investigadora, la lógica sorpresa y reserva en su realización. Lo mismo cabría decir, en idénticas circunstancias, de una conversación telefónica grabada por la policía entre un sospechoso y la víctima de una extorsión que ha consentido la intervención de sus propias comunicaciones telefónicas. La utilización de la figura del agente encubierto (art. 15 CPP) devendría, asimismo, imposible con una concepción extremada del momento en que procede dar a conocer la imputación. La situación de expectativa procesal que así crea la sospecha, en suma, es una exigencia del interés público en la persecución del delito y, con independencia de dicho interés, en ocasiones, de la protección del ciudadano contra imputaciones patentemente infundadas, teniendo la misma función que el deseable acto judicial de previa valoración de la denuncia o querrela con anterioridad a su admisión a trámite.

c) *Capacidad y legitimación*

40

El imputado, como hemos dicho, es parte en el proceso penal acusatorio y, como tal, es titular de derechos y posee algunas obligaciones procesales, como luego veremos. Su condición de parte procesal amerita considerar las cuestiones relativas a su *capacidad para ser parte*, su *capacidad de actuar* por sí mismo o capacidad procesal y su *legitimación* procesal.

En cuanto a su *capacidad para ser parte* y de actuar por sí mismo (capacidad procesal), se ha de tener en cuenta lo establecido en la Ley del Menor Infractor (arts. 2 y 26), las prescripciones del Código sobre los inimputables por razón de enfermedad mental (art. 397) y los casos de incapacidad sobrevenida (art. 90 CPP).

Tanto en el caso de la inimputabilidad preexistente al hecho (art. 27.4 CP) como de la incapacidad sobrevenida, se verá afectada la *capacidad procesal del imputado*, razón por la cual el Código establece que “cuando se presume la enfermedad mental del imputado, sus derechos serán ejercidos por un tutor, sin perjuicio de la intervención de sus defensores” (art. 89 y 398.1); previsión legal que también ha de cumplirse para los menores de edad, independientemente de las garantías que les reconoce la LMI, cuando se trate de imponerle una sanción penal o cualquier medida restrictiva de su libertad (art. 18).

La *legitimación procesal* “implica un nexo del sujeto con el objeto del proceso, con arreglo al cual pueda decirse que tal persona, capaz para ser parte y para actuar válidamente, es justamente aquella a quien la ley atribuye el derecho de ejercitar la

acción -penal o civil- por un determinado hecho, o, en general, de ser sujeto de este concreto proceso” (GÓMEZ ORBANEJA).

En el caso del imputado, su legitimación procesal exige la individualización del mismo mediante diversos medios (arts. 211 a 215, 260..., etc.) y la comprobación que el imputado individualizado es la misma persona contra la que se dirige la acusación fiscal o particular.

Por esa razón, procede el archivo cuando no se ha podido individualizar al imputado (art. 246) y la casación de la sentencia cuando el imputado no esté suficientemente identificado (art. 362.1).

d) *Los imputados menores de edad*

El art. 17 CP establece un régimen especial para aquellas personas que en el momento del hecho delictivo tengan menos de dieciocho años. A tales personas se les aplicará lo dispuesto en la Ley del Menor Infractor (LMI) de 6 de mayo de 1994, así como en otras leyes secundarias que la complementan: Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor y Reglamento General de los Centros de Internamiento para Menores Infractores

La LMI distingue tres situaciones en función de la edad de los menores: a) Menores infractores cuyas edades estén comprendidas entre los dieciséis y los dieciocho años; b) Menores con conducta antisocial cuyas edades se encuentren comprendidas entre los doce y los dieciséis años, c) Menores que no hubieren cumplido doce años de edad y presenten una conducta antisocial.

A los primeros (16-18 años) se les aplicará el proceso de menores y las medidas establecidas en la LMI; a los segundos (12-16 años), en caso de conducta antisocial, se les aplicará el proceso de menores previsto en la LMI y las medidas establecidas en la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor. En cuanto a los *menores que no hubieren cumplido doce años de edad* y presenten una conducta antisocial, se les excluye del régimen procesal de la LMI, y se les declara exentos de responsabilidad, pero deberá darse aviso inmediatamente al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor para su protección integral.

La edad del menor se comprobará con la certificación de la partida de nacimiento, pero a falta de ésta, se estimará con base en el dictamen pericial, efectuado por un médico forense del Instituto de Medicina Legal, o por dos médicos en ejercicio de su profesión.

Si en el transcurso del procedimiento se comprobare que la persona a quien se atribuyere la infracción penal era mayor de dieciocho años al momento de su comisión,

el juez de menores se declarará incompetente y remitirá los autos al juez penal correspondiente. Si fuere menor de doce años, cesará el procedimiento y en su caso, deberá informarse al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor para que investigue si se le amenaza o vulnera algún derecho. A *sensu contrario*, si la comprobación de que la edad del imputado es menor de dieciocho años la efectúa el juez de paz o de instrucción, también se declarará incompetente y remitirá los autos al juez de menores correspondiente.

e) *Los imputados afectados de incapacidad*

Los que presumiblemente, a juicio del fiscal o querellante, sean *inimputables por razón de enfermedad mental en el momento de cometer el hecho delictivo* se someterán, a petición de aquellos, al procedimiento especial para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad, regulado en los arts. 397 a 399 CPP, salvo que el fiscal y el querellante pidan el sobreseimiento definitivo y el juez lo acuerde por considerar que está suficientemente probada cualquiera de las causas que excluyen la responsabilidad penal (art. 27 CP), con la excepción de la derivada de la enfermedad mental del imputado (art. 27.4), que daría lugar a la aplicación del mencionado procedimiento especial.

42

Ahora bien, *si durante el procedimiento sobreviene una enfermedad mental*, que excluya la capacidad de entender o de querer del imputado, el juez o tribunal, previo dictamen pericial, ordenará la suspensión del trámite hasta que desaparezca la incapacidad. Esta suspensión impedirá la declaración indagatoria y el juicio, pero no que se investigue el hecho o que continúe el procedimiento con respecto a los coimputados, si los hubiera. El juez o tribunal solicitará un informe semestral sobre la salud mental del imputado. Si concurren los requisitos de la internación provisional, se dispondrá el internamiento del incapaz en un establecimiento adecuado. En este caso, el enfermo será examinado trimestralmente por el perito que el juez o tribunal designe (ver comentario al art. 90).

En definitiva, hace falta que en el imputado exista “la capacidad mental y corporal para seguir el procedimiento y poder hacer valer en él las propias razones” (G. ORBANEJA). Por consiguiente, si la incapacidad de imputado, tanto psíquica como física, es posterior a la comisión del hecho, no cabe imponer pena ni medida de seguridad *stricto sensu*, y sí la medida cautelar de internación provisional regulada en los arts. 302 y 303 CPP, por el tiempo que se establece para la detención provisional en el art. 297 CPP, que entiendo de aplicación por analogía.

f) *Los imputados con privilegios procesales*

El art. 17 CP, tras establecer el principio de igualdad en la aplicación de la ley penal, establece que no se aplicará la ley penal salvadoreña “cuando la persona goce de privilegios según la Constitución de la República y el Derecho Internacional y cuando

goce de inviolabilidades en determinadas materias, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución”.

Por consiguiente, cuando el imputado alegue un privilegio procesal, la policía, el fiscal y el juez deberá tenerlo en cuenta, a efectos de su acreditación y de la paralización definitiva (diplomáticos y asimilados) o temporal (antejuicio) de las diligencias iniciales de investigación y de los actos judiciales de instrucción.

A tal efecto, será de aplicación lo establecido en los arts. 236 a 239 Cn, respecto a los funcionarios públicos salvadoreños con privilegios procesales, y los tratados y convenios internacionales, respecto a los diplomáticos y otros funcionarios internacionales.

Los tratados internacionales reguladores del régimen de inmunidad diplomáticas son la *Convención de Viena sobre relaciones privilegios e inmunidades diplomáticas*, de 18 de abril de 1961, y el *Convenio de Viena sobre relaciones, privilegios e inmunidades consulares*, de 24 de abril de 1963, ambos ratificados por El Salvador.

Asimismo, han de tenerse en cuenta, entre otros posibles tratados, la *Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas* de 13 de febrero de 1946 (D.O. de 12 de mayo de 1947), en cuyo art. V, secciones 17, 18 y 19, y art. VI, secciones 22 y 23, se regulan las inmunidades y privilegios de los funcionarios internacionales; *el Acuerdo Sede del SICA* (Secretaría de Integración Centro Americana) publicado en el D.O. de 23 de agosto de 1994; *el Acuerdo entre el Gobierno de El Salvador y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD* (D.O. de 11 de mayo de 1976) y *el Convenio entre el Gobierno de la República de El Salvador y el Banco Interamericano de Desarrollo* (D.O. de 29 de agosto de 1972).

En fecha 31 de marzo de 2000 se firmó el *Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República de El Salvador y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo al acceso y al uso de las instalaciones del Aeropuerto Internacional El Salvador por los Estados Unidos para el control de la narcoactividad*. Dicho acuerdo, que ha sido ratificado por la Asamblea Legislativa y contra el que se ha anunciado un recurso de inconstitucionalidad, otorga, en su art. VI, al personal de los Estados Unidos y a sus familiares que estén en El Salvador, la condición jurídica equivalente a la prevista para el personal administrativo y técnico de la Embajada de los Estados Unidos conforme a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del 18 de abril de 1961. Asimismo, establece que en el caso de que las autoridades salvadoreñas detengan temporalmente a aquellos, lo notificarán inmediatamente a las autoridades de los Estados Unidos encargadas de las operaciones en El Salvador de conformidad con el citado Acuerdo, y coordinarán su pronta devolución al control de los Estados Unidos.

g) *Derechos y facultades*

El precepto comentado establece en su primer inciso que el imputado, por el mero hecho de serlo, puede ejercer, desde el primer acto de señalamiento hasta su finalización (sobreseimiento definitivo, absolución o condena), todas las facultades establecidas en la Constitución de la República, en el Código Procesal Penal y en las demás leyes que sean de aplicación, categoría en la que han de incluirse una serie de tratados (ver concordancias) celebrados por El Salvador con otros Estados y con organismos internacionales, que constituyen leyes de la República en los términos establecidos en los arts. 144 a 149 Cn.

Los referidos derechos y facultades obedecen, a su vez, a dos tipos de razones: unos son consecuencia del principio humanitario y del respeto a la dignidad humana que inspiran el derecho penal moderno; otros lo son del derecho constitucional al justo y debido proceso (*due process of law*), que parte de la exigencia constitucional de que “toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa” (art. 12 Cn, inciso 1º).

44 Expresado así el fundamento de los derechos del imputado, procede hacer una síntesis de los mismos, con remisión, para un análisis más detallado, a los preceptos del Código que los mencionan:

- 1) El derecho a no ser detenido arbitrariamente, porque dicha detención implicaría un ataque frontal al derecho de todo individuo a la libertad y a la seguridad (art. 11 Cn y art. 9º. del Pacto Int. D.D. Civiles y Políticos).
- 2) El derecho a ser informado de forma continuada de los actos procesales esenciales para la defensa (práctica de prueba anticipada, emplazamientos..) y de todos aquellos que van configurando la definitiva pretensión punitiva, tales como el requerimiento fiscal (art. 248), el auto de instrucción (art. 266), el escrito de acusación del fiscal (arts. 314 y 315), el auto de apertura del juicio oral (art. 322) y la eventual ampliación de la acusación durante la vista pública (art. 343) o modificación, a iniciativa del tribunal, de la calificación jurídica del hecho y de la pena susceptible de ser impuesta cuando sea más grave que la solicitada (art. 359).

La información de derechos resulta esencial en el momento de la detención, estableciendo al respecto el art. 87, en relación, entre otros, con los arts. 242 y 243.6 CPP, el contenido de la que deberá ser suministrada al imputado por parte de los fiscales, jueces o policías: razones de su detención, autoridad a cuya orden quedará como detenido, persona o entidad a la que debe comunicarse la captura; derecho a ser asistido por el abogado que

designe o por un defensor público, derecho de ser llevado sin demora dentro del plazo legal ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, derecho a abstenerse de declarar, a que no se empleen contra él medios contrarios a su dignidad y, en especial, técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad; derecho a ser asistido por un intérprete, cuando no comprende el español, y derecho a que se le facilite el movimiento indispensable de su persona en el lugar y durante la realización de un acto procesal (ver comentario al art. 87).

- 3) El derecho a no declararse culpable, a abstenerse de declarar y a no ser obligado a declarar contra sí mismo (arts. 12, inc. 3º Cn.; art. 87, núm. 5, CPP; 14.1 g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). El mencionado precepto constitucional dispone rotundamente que las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona carecen de valor, incurriendo en responsabilidad penal quienes así las obtuvieren y emplearen. Como consecuencia de lo anterior, el art. 262 CPP, en desarrollo del art. 12 Cn, establece que “en ningún caso se le requerirá al imputado juramento o promesa, ni será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza, o se utilizará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión”. Y que “toda medida que menoscabe la libertad de decisión del imputado, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos será prohibida, tales como los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, las violencias corporales, la tortura u otros tratos inhumanos o degradantes, el engaño, la administración de psicofármacos, los sueros de la verdad, el polígrafo y la hipnosis”.

45

Sobre este particular, se ha de tener en cuenta que las inspecciones corporales que no incurran en ninguno de los métodos prohibidos por los arts. 12 Cn y 262 CPP pueden ser medios de prueba aptos para enervar la presunción de inocencia. En este sentido, la reforma del art. 167 CPP efectuada por DL 487/ 2001, de 18 de julio, establece la posibilidad de efectuar inspecciones corporales aún sin la autorización del imputado, legitimándose con ello el uso proporcionado de la fuerza física para vencer la resistencia del imputado a colaborar pasivamente en la ejecución de determinados actos procesales.

- 4) El derecho al respeto a la dignidad humana (art. 1 Cn), de la que deriva la regla de conducta básica que ha de presidir la actuación policial, fiscal y judicial en relación con las personas objeto de imputación de un hecho delictivo. Se respeta la dignidad humana de un detenido cuando se protegen y hacen efectivos los derechos que le otorgan la Constitución de la República y el Código Procesal Penal (arts. 11, 12, y 13 Cn y 87 CPP). Esa función de

protección se atribuye a las autoridades administrativas y judiciales encargadas del ejercicio del *ius puniendi* estatal, estableciendo al respecto el art. 243 CPP, en relación con la Policía Nacional Civil, entre otros principios básicos de su actuación, los siguientes: a) No infringir, instigar o tolerar ningún acto de tortura o tormento u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, tanto en el momento de la captura como durante el tiempo de la detención; b) No presentar públicamente a los detenidos, en condiciones que menoscaben sus derechos fundamentales; c) Informar a la persona en el momento de la detención de todos los derechos del imputado; y d) Comunicar al momento de efectuarse la detención, a los parientes u otras personas relacionadas con el imputado, el establecimiento a donde será conducido;

- 5) El derecho de defensa, en su doble vertiente material y técnica, del que es presupuesto ineludible la plena efectividad del derecho a la información al imputado, y cuyo núcleo esencial está configurado por el ejercicio de la *contradicción* y el respeto al *principio de igualdad de armas*, en el marco todo ello de un proceso de carácter acusatorio en el que la *carga de probar* corresponde a la *acusación*.

46

La defensa material comprende el *derecho del imputado de ser oído*, sin interrupción, por el juez o tribunal competente durante la instrucción de la causa (arts. 261 y 269) y durante el juicio oral, en el que podrá ejercer *el derecho a la última palabra* (arts. 11 Cn, 14.1 PIDCP, 8.1 CADH, 342 y 353 CPP). Asimismo, el imputado -ver comentario al art. 9, letra B- podrá intervenir en todos los actos procesales que le afecten, proponer diligencias en cualquier momento durante el desarrollo de la instrucción, requerir la práctica de medios de prueba, efectuar descargos, hacer alegaciones, formular impugnaciones... (arts. 9; 259, último inciso y 273 CPP).

En cuanto a la defensa técnica, no podrá hacerse ningún interrogatorio al imputado sin que esté presente su abogado defensor, con quien deberá entrevistarse previamente antes de contestar cualquier pregunta (art. 242, respecto a la policía; 259, inciso 2º., en la declaración indagatoria, y 342 durante las audiencias). Por otra parte, la intervención de abogado, estando identificado el imputado, resulta preceptiva para la realización de cualquier acto procesal del que puedan derivar perjuicios o desventajas para el imputado.

- 6) El derecho a ser procesado conforme a las leyes preexistentes al hecho delictivo y por un juez o tribunal predeterminado por la ley, es decir, instituido por la legislación orgánica procesal con anterioridad al inicio del proceso, quedando garantizado de esta forma aspectos esenciales del principio de

legalidad del proceso, al que aluden los arts. 2 CPP, 1 del Código Penal y 15 de la Cn., a cuyo tenor “nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”.

- 7) El derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial, así como a ser tratado imparcialmente por fiscales y policía. El reflejo normativo más importante de tales derechos lo encontramos en el art. 16 de la Constitución y en los arts. 3 y 72 CPP.
- 8) El derecho a un juicio oral y público, en el que se verifique el cumplimiento del conjunto de derechos y garantías que estamos comentando (arts.11 Cn y 1 CPP).
- 9) El derecho a un juicio sin dilaciones indebidas o dentro de un plazo razonable (arts. 14.3 c) PIDCP y 8.1 CADH), del que deriva: la fijación de un plazo máximo para la duración de la instrucción (arts. 274 y 275 CPP); el establecimiento de límites a la duración de la detención provisional (arts. 6 y 297.3 CPP), y el derecho a recibir una indemnización en el supuesto de retardación de justicia (art. 17 Cn).Por DL 487/2001, de 18 de julio, se derogó el art. 441-A CPP, que establecía determinada regla de computo de la duración de la pena privativa de libertad a aquellos condenados que hubiesen sufrido detención provisional.
- 10) El derecho a no ser enjuiciado dos veces por la misma causa (*nom bis in idem*), reconocido en el art. 8.4 CADH, en virtud del mismo, produce efecto de cosa juzgada la sentencia absolutoria firme dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por los tribunales nacionales (art. 13, final inciso 1º. Cn, y art. 7 CPP).
- 11) El derecho a la presunción de inocencia y al *in dubio pro reo* (arts. 12 Cn, 4 y 5 CPP), indisolublemente conectada, aquella, con el principio acusatorio, que sitúa en la acusación la carga de la prueba, teniendo todo ello su máxima virtualidad en el momento de la apreciación de la prueba por el tribunal sentenciador y en la sentencia, que ha de ser congruente con la pretensión punitiva.

La presunción de inocencia adquiere también relevancia como norma de tratamiento previo del imputado y criterio para la decisión jurisdiccional sobre las medidas cautelares (art. 285 y ss. CPP).

- 12) El derecho a la legalidad de la prueba, que ha de practicarse, como regla general, de manera concentrada y bajo la intermediación del juez o tribunal

sentenciador, en un juicio oral y público, salvo, excepcionalmente, que ello no sea posible (prueba anticipada o preconstituida). En la práctica de la prueba, se pone especial énfasis por la Constitución (arts. 11 y 12) y el Código (arts.15, 162, 262) en la prohibición de toda especie de tormento, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas (prueba ilícita).

- 13) El derecho a una sentencia de fondo, en caso de que se llegue a la celebración de la vista pública, en la que se fundamenten, en su caso, las razones de la condena. La obligación legal de fundamentar las resoluciones judiciales y, muy en particular, las sentencias y autos recurribles en casación (art. 422 CP: autos que pongan fin a la acción o a la pena, etc.) obedece, independientemente de otras razones, a las exigencias del *derecho de igualdad*, pues la fundamentación “expone razones, interpretaciones y tomas de posición que vincularán, en cierta medida, al tribunal a la hora de dictar nuevas sentencias” (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA), y a la necesidad de *control de la actividad jurisdiccional* por parte de los tribunales superiores *por la vía de los recursos*, ya que malamente podrá revisarse una decisión de la que no se conocen los criterios lógicos, de experiencia y de legalidad en que se fundó.

48

- 14) El derecho a los recursos, en la forma establecida en el libro cuarto del Código Procesal Penal (arts. 406 a 440), es decir, a que un tribunal superior revise la decisión de fondo recaída en una causa penal, con independencia de los recursos interlocutorios contra autos o providencias; estando también previsto, como garantías de cierre del sistema de protección jurisdiccional, el recurso de amparo constitucional por violación de derechos fundamentales, cuya competencia exclusiva corresponde a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (art. 174 Cn), y el proceso de hábeas corpus o de exhibición personal (art. 11 Cn), regulado en los arts. 38 a 46 de la LPRCN.

Asimismo, han de tenerse en mente los medios de protección de los derechos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 22.11. 1969), que establece (arts. 33 a 73) como organismos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de la Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- 15) Existen, durante la sustanciación del proceso, otros derechos o facultades del imputado, que podríamos considerar de menor trascendencia, como son el derecho a la movilidad del mismo durante las audiencias (art. 326) y el de

poder hablar durante la celebración de las mismas con su abogado, a cuyo efecto se ubicará a su lado (art. 342, inciso 2º.).

Establece también el art. 32.5, 2º. inciso, que el imputado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal. Si después de su declaración rehúsa permanecer, será custodiado en una sala próxima y para todos los efectos podrá ser representado por su defensor; sólo en caso de que la acusación sea ampliada, el presidente del tribunal lo hará comparecer para los fines de la intimación que corresponda. Si su presencia es necesaria para la práctica de algún acto o reconocimiento podrá ser compelido a comparecer en la audiencia por la seguridad pública.

- 16) El derecho a que, en el caso de dictarse una sentencia condenatoria, su ejecución se lleve a cabo conforme a los principios de legalidad, humanidad, no discriminación, judicialización, participación comunitaria y afectación mínima, que garantiza y desarrolla la Ley Penitenciaria.
- 17) Derecho a ser indemnizado conforme a la ley en caso de haber sido condenado en sentencia firme por error judicial (art. 10 CADH).

h) Deberes del imputado

49

Para finalizar, el imputado tiene el deber de comparecer y de identificación ante la PNC, la FGR, y el juez y tribunal que conozcan del proceso. El incumplimiento del deber de comparecencia está sancionado con la detención, como lo reflejan los arts. 85 (poder coercitivo de los fiscales), 91 (rebeldía), 126 (poder coercitivo general del juez o tribunal), 239 (función de la policía de investigación), 286 (citación o detención del imputado), 289 (detención administrativa FGR) 325 y 326, inciso 2º (movilidad del imputado durante las audiencias).

De todos esos preceptos, el art. 286 (inciso 1º.) establece que “cuando sea necesario la presencia del imputado, el juez dispondrá su citación, presentación o detención mediante orden escrita que contenga los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuye”.

Debe tenerse en cuenta que el deber de asistencia del imputado a determinados actos procesales tiene las excepciones que se mencionan en el comentario al art. 9, letra d) del apartado A).

El imputado, por otra parte, tiene la obligación legal de colaborar en la realización de determinadas inspecciones corporales (art. 167) y en la práctica de la diligencia de reconocimiento en rueda (art. 211). La reforma del art. 167 CPP por DL 487/2001, de 18 de julio, ha venido a aclarar que si el juez considera que el acto concreto de inspección

corporal es procedente, lo realizará aún sin el consentimiento del imputado (2º. inciso), es decir, ordenando a la PNC que utilice la fuerza física necesaria para vencer la resistencia del imputado. El uso de la coacción física también está permitido cuando el imputado se niegue a participar en una rueda de reconocimiento, en cuyo caso, señala expresamente el inciso 2º. del art. 211, “podrá ser compelido a comparecer ante el Juez para la práctica de la diligencia, haciendo uso de la fuerza pública, respetando su dignidad”. Sin embargo, está específicamente prohibido obligar al imputado por la fuerza a redactar un cuerpo de escritura (art. 207) y obligarle a que asista a la reconstrucción del hecho delictivo (art. 170 CPP).

En cuanto a las obligaciones del imputado durante la vista pública y demás audiencias, el art. 325, inciso 2º., establece que no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal. Si después de su declaración rehúsa permanecer, será custodiado en una sala próxima y para todos los efectos podrá ser representado por su defensor; sólo en caso de que la acusación sea ampliada, el presidente del tribunal lo hará comparecer para los fines de la intimación que corresponda. Si su presencia es necesaria para la práctica de algún acto o reconocimiento, podrá ser compelido a comparecer en la audiencia por la seguridad pública.

50

Por su parte, el inciso 2º. del art. 326, establece que “si el imputado se halla en libertad, aún caucionada, el tribunal podrá ordenar, para asegurar la realización de a audiencia o de un acto particular que lo integre, su conducción por la seguridad pública y hasta su detención, determinando en este caso el lugar en que ella se cumplirá; podrá, incluso variar las condiciones bajo las cuales goza de libertad o imponer algunas de las otras medidas cautelares previstas en este Código”.

9

INVOLABILIDAD DE LA DEFENSA. DEFENSA MATERIAL

Será inviolable la defensa en el procedimiento.

El imputado tendrá derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas, sin perjuicio del ejercicio del poder disciplinario por la autoridad correspondiente, cuando perjudique el curso normal de los actos o del procedimiento. Si el imputado está privado de libertad, el encargado de su custodia transmitirá al juez las peticiones u observaciones que aquél formule dentro de las veinticuatro horas siguientes, y facilitará en todo momento su comunicación con el defensor.

Toda autoridad que intervenga en el procedimiento velará para que el imputado conozca, inmediatamente, los derechos que la Constitución de la República, el Derecho Internacional y este Código le conceden.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 11 y 12
- CPP, 8, 10, 11 (imputación, defensor e intérprete), 14 (igualdad de armas), 112 (defensor con poder especial); 254, 270, 271, 315, 322.1 y 324 (convocatoria a las audiencias); 96, 247, 259, 313 y 314, 322 y 343 (actos previos a las audiencias con información esencial para el imputado), 359 Y 362.8 (congruencia entre sentencia y acusación); 130 Y 362.4 (fundamentación); 223 a 228 y correlativos (efectos de la indefensión); 152 a 154 (citación); 10, 11, 87.5, 112, 116, 117, 170, 207, 218, 270, 271, 273, 254, 259, 261, 266.5, 269, 319, 325, 326, 333.5, 342, 353, 406 y 414 (casos de defensa material); 87, último inciso, 241.9, 242 y 243.6, 259, 269, 338, 343 (deberes de información de las autoridades)
- PIDCP, 14.3 b), d) y e)
- CADH, 8.1 y 2

II. COMENTARIO

A) La inviolabilidad de la defensa

a) *Concepto, naturaleza y fundamento*

La defensa material o autodefensa, que será analizada en el apartado B) de este comentario, consistente en la facultad del imputado de “intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba y de formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas”... (art. 9). *La defensa técnica* tiene idéntica función, si bien es ejercida por un profesional del Derecho, quien en su condición de abogado “asiste y defiende” al imputado, en los términos que luego veremos al analizar el art. 10 CPP, con el fin de preservar su derecho a la libertad, a la propiedad, a la posesión y a cualquier otro de los derechos del imputado puestos en peligro en razón de la imputación procesal.

Ambos sujetos procesales (imputado y defensor) ejercen el derecho de defensa que, en descripción genérica y textual de BORRAJO INIESTA, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ y FERNÁNDEZ-FARRERES, “consiste en no sufrir en el seno de un proceso una privación o limitación de las posibilidades esenciales de defensa -alegación y/o prueba- a lo largo de todo el mismo o de cualquiera de sus fases e incidentes, siempre que tal privación o limitación

de la defensa acarree un perjuicio efectivo o definitivo a los derechos o intereses sustantivos del justiciable y que dicho resultado no le sea imputable a quien lo alega”.

Se trata de un *derecho fundamental*, porque está especialmente garantizado por la Constitución y los tratados y pactos internacionales sobre derechos civiles y políticos ratificados por El Salvador, y de un *derecho irrenunciable*, en lo referente a la asistencia de un defensor (art. 10 CPP) y a la presencia del imputado en las audiencias. El Código, como muestra de la irrenunciabilidad a la asistencia y defensa de un abogado, establece, por ejemplo, que antes de comenzar la declaración indagatoria debe el juez advertir al imputado “que es obligatoria la presencia de su defensor”, y solicitar inmediatamente a la Procuraduría General de la República el nombramiento de un defensor público si el imputado no quiere nombrar a un defensor privado o no concurre el designado por el mismo (art. 259). Asimismo, no puede celebrarse ninguna audiencia sin que esté presente el defensor (arts. 254, incisos 6º. y 7º., 319, inciso 3º., 333.5 y 338). En cuanto al imputado, su comparecencia es preceptiva, al menos, en la audiencia preliminar (art. 319, incisos 2º. y 3º.) y en el juicio plenario (arts. 333.5 y 338).

52

La razón de ser o *fundamento* del derecho de defensa radica en el carácter contradictorio del proceso penal (“*actus trium personarum*”), en el que “ante un tercero imparcial comparecen dos partes parciales, situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, y plantean un conflicto para que aquél lo solucione actuando el derecho objetivo” (MONTERO AROCA). Evidentemente, la puesta en práctica o efectividad de ese modelo procesal acusatorio requiere inexcusablemente la presencia, al menos, de una *defensa técnica* que en pie de igual enfrente las alegaciones y las pruebas de la acusación, ejercida habitualmente por la Fiscalía General de la República. En cuanto a la *defensa material* o autodefensa, deriva de la razonable apetencia del ser humano de intervenir personalmente en una actividad, como es la procesal, que puede acarrearle la pérdida de sus más preciados derechos fundamentales.

Desde una perspectiva general, el análisis del derecho de defensa suscita fundamentalmente las cuestiones relativas al *momento de su nacimiento*, al *contenido* del mismo y a los *efectos jurídicos* de su vulneración, que van a ser examinadas a continuación. *Al tratar del contenido del derecho de defensa, se subdividirá su desarrollo refiriéndonos al derecho a la información y presencia del imputado y de su defensor en las audiencias, a los derechos de prueba y alegación, a la necesaria congruencia* ente la acusación y la sentencia y al *derecho* a que las *resoluciones judiciales* están debidamente *fundamentadas*.

b) *Nacimiento del derecho de defensa*

El derecho de defensa, tanto en su aspecto material como en su sentido técnico, nace, en principio, desde el momento mismo de la imputación (art. 8 CPP), y no solo desde la detención, ya que con el señalamiento ante o por la policía, la FGR o los

jueces de que una persona es autora o participe de un hecho delictivo surge la necesidad de contrarrestar el desequilibrio que supone la presencia y actividad de los órganos estatales encargados de la persecución penal.

La afirmación anterior debe, sin embargo, matizarse con lo expuesto en el comentario al artículo 8 en relación con la figura del sospechoso y, en definitiva, con el momento en que debe exteriorizarse o, por mejor decir, formalizarse la imputación, ya que, en algunos delitos de especial gravedad, es conveniente demorar aquella hasta obtener ciertas evidencias incriminatorias. Para ello se requiere la reserva o el secreto de las actuaciones de la Fiscalía y de la Policía, porque la imputación precipitada de determinados delitos (narcotráfico, crimen organizado, lavado de dinero y activos...) daría lugar a la ventaja del delincuente profesional que, sabedor de la imputación, se encontraría en fácil disposición de impedir la realización de esenciales diligencias de investigación, de ocultar pruebas o desarrollar artilugios que eficazmente disfracen su actividad delictiva, sin renunciar a la misma, sustrayéndose así a la acción de la justicia.

c) El método contradictorio y la igualdad procesal

En abstracto, el derecho de defensa supone la existencia de una verdadera situación procesal de contradicción dialéctica entre las partes enfrentadas en el proceso, lo que implica que al imputado y a su abogado defensor se les permita ser oídos por un juez o tribunal independiente e imparcial (notas esenciales de la función jurisdiccional); aportar las pruebas que tengan por conveniente, siempre que sean pertinentes, de lícita obtención y útiles para la averiguación de la verdad; participar activamente en las actuaciones procesales que lo ameriten, y argumentar lo que estimen necesario en defensa de su pretensión procesal.

53

Se trata de lograr una situación de equilibrio en la disposición de los medios para la lucha civilizada que es el proceso, lo que se articula a través de las técnicas jurídicas de la *contradicción* y de la *igualdad de armas*, que tienen su reflejo en el art. 14 del CPP, en virtud del cual se otorga al fiscal, al imputado, su defensor, al querellante, sus representantes y los demás intervinientes las mismas posibilidades de ejercer durante el procedimiento las facultades y derechos previstos en la Constitución de la República, el Código y demás leyes. Son manifestaciones puntuales, entre otras muchas, de la igualdad procesal, los arts. 9, 270 (incisos 2º. y 3º.), 271 y 273, de los que se infiere el derecho del imputado a asistir por sí o por su abogado a la casi totalidad de los actos de investigación y de proponer los que considere convenientes para su defensa.

Para que dicha situación de igualdad procesal se produzca, se imponen, sobre todo al órgano jurisdiccional, determinadas obligaciones procesales, que se traducen en reglas o presupuestos insoslayables del procedimiento y del proceso.

Dando por supuesto la *independencia e imparcialidad* en el titular del órgano jurisdiccional, la inviolabilidad de la defensa en el procedimiento exige fundamentalmente el deber de información/notificación al imputado y a su defensor sobre el contenido de la imputación/acusación, la presencia física de aquellos en las audiencias, el respeto al derecho a utilizar los medios de prueba necesarios para la defensa y de alegar lo que se considere conveniente, la existencia de *congruencia o correlación* fáctica y jurídica entre el requerimiento fiscal o solicitud de querrela y la acusación, por una parte, y entre esta última y la sentencia, por otra, y la fundamentación de las sentencias y demás *resoluciones judiciales* que lo ameriten (arts. 130 y 362.4).

d) *Información sobre la imputación, comunidad de prueba y presencia obligada de imputado y defensor*

La *información sobre la imputación* resulta esencial, porque dado que el imputado será, por lo general, una persona leiga en Derecho, y a veces de escasa cultura, es fundamental para una defensa material efectiva que el juez le explique el contenido y significación de la imputación que se le hace y de los actos esenciales del procedimiento (declaración indagatoria, audiencias...). Esa explicación ha de ser sencilla, clara, precisa y completa, debiendo comprobarse que el imputado comprende lo que se le explica. La información al abogado se concretiza en la puesta su disposición, sin cortapisa alguna, de las actuaciones y de las evidencias, de modo tal que se produzca una efectiva *comunidad de la prueba entre las partes procesales*. El acto procesal que tiene por finalidad facilitar información y exigir la presencia del imputado se llama *intimación* (sic) judicial, que se efectúa a través de la correspondiente citación judicial (arts. 152 a 54) del imputado, así como de su abogado. Mediante la intimación, se le requiere al imputado, bajo amenaza de su conducción por la fuerza, para que comparezca ante el órgano jurisdiccional y concurra a la correspondiente audiencia.

54

En concreto, resulta preceptiva la intimación del imputado (y de las demás partes) para que concurra a la celebración de la audiencia inicial (art. 254) y de la audiencia preliminar (art. 315), a la práctica de pruebas anticipadas (arts. 270, 271, 167, 211), a la celebración del juicio plenario (arts. 322.7 y 324, inciso 3º.) y a las demás audiencias especiales que se acuerden (incidentes, revisión medidas cautelares, etc).

A todas ellas deberá asistir el defensor, como requisito inexcusable de la realización del acto -salvo en el supuesto extraordinario del inciso 4º. del art. 270-, así como el imputado. No obstante, respecto al imputado, existen las siguientes excepciones a su obligación de asistencia:

1) La *audiencia inicial* puede celebrarse sin que esté presente el imputado, por encontrarse en rebeldía o existir un obstáculo insuperable, siempre que hubiese nombrado defensor y se encuentre éste presente. Si no lo hubiese nombrado, no se celebrará la audiencia y el juez de paz decidirá lo procedente a la vista del requerimiento

fiscal, pudiendo, en consecuencia, entre otras posibilidades, decretar la instrucción, si así lo requiere el fiscal o lo solicita el querellante; 2) Tampoco se requiere la presencia del imputado, que puede hacerse representar por apoderado especial, en el *procedimiento por delito de acción privada* (art. 400) y en los delitos sancionados solo con pena no privativa de libertad, salvo que el juez estime que es imprescindible su presencia para un acto en particular (art. 112 CPP); 3) En el *juzgamiento por faltas*, en caso de que el imputado no admita su culpabilidad y se convoque a juicio, se dictará auto condenando o absolviendo, a pesar de que el imputado no comparezca (art. 394); 4) En el *juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad*, cuando el inimputable sea incapaz, su presencia será suplida por un representante (398.1 y 3); 5) En la práctica de la *prueba anticipada*, el imputado, salvo cuando su presencia sea imprescindible -ruedas de reconocimiento e inspecciones corporales (art. 167 y 211)- puede ser representado, a todos los efectos, por su defensor, debiendo ambos ser convocados (art. 271); pero si por la naturaleza o urgencia del acto la citación anticipada hace temer la pérdida de elementos de prueba, excepcionalmente, el juez lo practicará únicamente con la citación del fiscal y de un defensor público y la presencia, en caso de incomparecencia y transcurrido cierto tiempo, al menos de uno de los dos (ver art. 270, inciso 4°.); y 6) Para *determinadas audiencias*, el imputado será convocado, pero no tendrá obligación de comparecer, como se prevé, por ejemplo, para una audiencia de tanta trascendencia como la relativa a la revisión de las medidas cautelares (art. 307, inciso 2°.).

En las audiencias, el imputado recibirá la *información sobre la imputación*, cuestión a la que se refiere el último inciso del precepto comentado. Dicha información deberá estar explicitada en los documentos que configuran trámites esenciales del proceso, cuya función no es solo facilitar al abogado y demás sujetos procesales, que deben tener libre acceso a los mismos, los datos fundamentales del debate procesal, sino determinar el objeto del proceso, de tanta trascendencia procesal.

El Código establece, con independencia de los deberes de información al detenido por parte de la Policía y la Fiscalía (art. 87.1 y 243.6), el contenido mínimo de los siguientes actos procesales:

- 1) El *requerimiento* fiscal contendrá, entre otros requisitos, la relación circunstanciada del hecho, con indicación, en la medida de lo posible, del tiempo y medio de su ejecución; las normas aplicables y la calificación jurídica del mismo.
- 2) La *declaración indagatoria*, prevista a continuación, exige que, antes del comienzo del acto, el juez informe detalladamente y de un modo comprensible al imputado en presencia de su abogado el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, incluyendo aquéllas que sean de importancia para la calificación jurídica; y

que le efectúe un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes y de las disposiciones penales que se juzguen aplicables. Asimismo, se informará al imputado que podrá requerir la práctica de medios de prueba, efectuar los descargos que considere convenientes y dictar su declaración.

- 3) La *acusación del fiscal*, por otra parte, ha de contener, entre otros extremos, bajo pena de nulidad (art. 314), la relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho atribuido; la fundamentación de la imputación, con expresión de los elementos de convicción que la motivan; la calificación jurídica (única o alternativa) de los hechos, con expresión precisa de los preceptos legales aplicables; y la solicitud, si fuere procedente, de un pronunciamiento del tribunal de sentencia sobre el contenido de la reparación civil de los daños. Presentada la acusación o las otras solicitudes previstas en la ley, dispone el art. 315 CPP, que el Juez dentro de las veinticuatro horas *intimará a las partes a que concurran a la audiencia preliminar y pondrá a disposición de todos los convocados las actuaciones y las evidencias, para que puedan consultarlas en el plazo común de cinco días.*
- 4) La *solicitud de constitución como querellante* (art. 96) y la *acusación del mismo* (art. 313.1, en relación con el 314) deben llegar, igualmente, al conocimiento del imputado, con un contenido similar al establecido para el requerimiento y la acusación fiscal.
- 5) El *auto de apertura a juicio, que es la resolución* por la que el juez decide admitir la acusación del fiscal o del querellante y abrir el juicio oral, deberá ser notificado al imputado (y a las demás partes), y contendrá, entre otros extremos, la descripción precisa del hecho objeto del juicio y de las personas acusadas. Cuando la acusación ha sido interpuesta por varios hechos y el Juez sólo la admita parcialmente, se expresará la determinación precisa de los hechos por los que se abre el juicio, y las modificaciones en la calificación jurídica, cuando se aparte de la acusación.
- 6) En fin, *durante la vista pública*, es factible que el fiscal o el querellante *amplíen la acusación* mediante la inclusión de *un nuevo hecho o una nueva circunstancia* que no haya sido mencionada en la acusación o en el auto de apertura a juicio, que modifica la calificación legal o la pena del mismo hecho, integra un delito continuado o modifica los términos de la responsabilidad civil. En tal caso, con relación a los nuevos hechos o circunstancias atribuidos en la ampliación, se recibirá nueva declaración al imputado y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión de la vista para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

e) *El derecho a utilizar medios de prueba y a efectuar alegaciones*

El *derecho a utilizar los medios de prueba necesarios para la defensa* consistente en la facultad de proponer pruebas pertinentes (sobre hechos alegados y no exonerados de prueba) y en que dichas pruebas sean admitidas y practicadas en la forma legalmente prevista (arts. 162, 320.10, 345 y ss. etc. CPP). Se trata de un derecho fundamental de contenido complejo, consustancial con el derecho mismo de defensa y de carácter limitado, por lo que no puede hablarse en el proceso penal de un derecho absoluto e incondicionado al uso de todos los medios de prueba (STC 212/1990, de 20 de diciembre), sino de un derecho a practicar “aquellas pruebas que guardan una pertinente relación con lo que es el objeto del litigio” (STC 51/1984, de 25 de abril), siempre que se hayan propuesto en la forma legalmente establecida (legalidad de la prueba) y obtenido de manera lícita (licitud de la prueba). Ahora bien, si por parte de quien propone la prueba se exige la alegación y explicitación de la trascendencia y relevancia del medio de prueba de que se trate, por parte del juez o tribunal se requiere que la eventual inadmisión del mismo sea expresa, motivada, razonable y no arbitraria, ya que en caso contrario existiría un flagrante vulneración del derecho de defensa (SSTC 50/1998, 169/1996...).

En cuanto a la formulación de alegaciones por el imputado, la intervención oral del mismo está prevista en todas las audiencias (arts. 261 y 340, referidos a la declaración indagatoria y al plenario), siendo altamente significativo el llamado derecho a la última palabra, cuyo voluntario ejercicio pone fin al debate en el plenario (art. 353, final), antes de la deliberación y fallo de la sentencia.

57

Al abogado defensor, por su parte, le corresponde contrarrestar cada pronunciamiento verbal o escrito de las acusaciones, también en forma verbal o escrita, siendo destacables su activa intervención en las audiencias, donde deberá ser escuchado (arts. 256, 319, 340, 353, etc.), y la formulación de documentos tan esenciales como el escrito de defensa previo a la celebración de la audiencia preliminar (art. 316) y las impugnaciones de resoluciones judiciales por la vía de los recursos.

f) *El principio de congruencia*

Establecida a lo largo del proceso la *acusación*, ha de existir *correlación entre la misma y la sentencia*, so pena de provocar indefensión, como también debió existir con anterioridad una correlación sustancial (aunque no en los detalles) entre el requerimiento fiscal, o la solicitud del querellante, y la acusación. El art. 359 establece al respecto “*que la sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y admitidos en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado*”. Y el art. 362.8 considera como defecto insubsanable de la sentencia que habilita la casación la

inobservancia de las reglas relativas a la *congruencia entre la sentencia, la acusación y el auto de apertura a juicio*.

El alcance de la congruencia entre la acusación y la sentencia la expresa en el inciso 2º. del art. 359, manifestando que en la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de la apertura a juicio, o aplicar penas más graves o distintas a las solicitadas, pero que el imputado *no podrá ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación*, su ampliación o en el auto de apertura a juicio, *si previamente no fue advertido sobre la modificación posible de la calificación jurídica; la regla comprenderá también a los preceptos que se refieren solo a la pena*, cuando se pretenda aplicar una más grave a la solicitada.

g) El deber de fundamentación

Por último, además de las anteriores reglas procesales, cuya violación podría dar lugar a indefensión, ésta se producirá si la sentencia y demás resoluciones que lo ameriten no están debidamente fundamentadas, porque las partes desconocerán las razones de la decisión jurisdiccional, lo que es esencial para las impugnaciones.

58 Dado que la presunción de inocencia exige la absolución en la duda (art. 5 CPP), será indispensable explicitar en la sentencia el razonamiento a través del cual se infiere la culpabilidad o la inocencia, sobre todo cuando solo exista, como ocurrirá en muchos casos, prueba circunstancial o de indicios.

En fin, el incumplimiento de la obligación de fundamentar por el juez o tribunal está sancionado con pena de nulidad (art. 130 CPP) y constituye un defecto de la sentencia que habilita la casación (art. 3262.4 CPP).

h) Los efectos de la indefensión

Se trata de una cuestión que debe ser examinada al analizar las nulidades procesales (arts. 223 a 228 CPP), cuyo régimen jurídico parte, por lo general, de determinar caso por caso la sanción de nulidad a la inobservancia de determinados artículos del Código Procesal Penal.

Será causa de nulidad absoluta la inobservancia de los derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en el Código (art. 224, núm. 6), así como el hecho de no haber proveído de defensor al imputado detenido en los términos expresados en el Código (art. 224, núm. 4), lo que constituyen muestras del sistema de determinación de las nulidades por el Código (ver también arts. 130, 314, etc). La nulidad absoluta por vulneración de los derechos fundamentales, a que antes hemos aludido, dará lugar, por ejemplo, a la

declaración de la ilicitud del acto o diligencia en que se hubiera cometido la infracción, así como de todos aquellos que están relacionados, directa o indirectamente, con el mismo. Ahora bien, eso no significa que deba decretarse la libertad del detenido durante el procedimiento, ya que semejante decisión es en sí misma independiente del irrespeto de sus derechos, estando solo y exclusivamente condicionada a que se den o no los requisitos de los arts. 292 y 293 CPP.

Por lo demás, es importante efectuar aquí las siguientes *observaciones esenciales*:

1) No todo incumplimiento de los trámites y requisitos procesales que hemos referido anteriormente llevará aparejada la nulidad absoluta del acto, estableciendo el art. 223 CPP (inciso 1º.) que *“ningún trámite ni acto de procedimiento será declarado nulo si la nulidad no está 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”*. Es decir, no bastará con la existencia de una infracción procesal para apreciar la indefensión, sino que ha de existir una verdadera privación material del derecho de defensa. 2) *La parte que alega indefensión debe cargar con la prueba de su existencia*, razonando en el caso concreto el daño producido a sus posibilidades de defensa por la actitud del órgano jurisdiccional, explicitando de forma convincente que el resultado de la decisión judicial hubiese sido distinto de haberse evitado la infracción alegada o de haberse admitido la prueba rechazada. 3) Por último, *la violación del derecho de defensa ha de ser atribuido al juez o tribunal que interviene en el procedimiento*, sin que sea atendible la alegación de indefensión debida a negligencia de la parte que la alega.

59

En definitiva, no todo desconocimiento de las facultades implícitas o explícitas en el contenido del derecho de defensa da lugar a la nulidad del proceso o, en su caso, a la casación de la sentencia o estimación de un eventual recurso de amparo constitucional. Para tan grave consecuencia jurídica será necesario que se haya privado al imputado de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos, o, en otras palabras, que con la infracción formal se produzca un efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa (Cfr. TC 2ª. SS 145/1990 de 1 Oct., 366/1993 de 13 Dic., TC 1ª. S 106/1993 de 22 Mar.,...).

B) La defensa material o autodefensa

El imputado, en ejercicio del derecho de autodefensa o defensa material reconocido en el art. 9 CPP, posee, salvo error u omisión, las siguientes facultades concretas de intervención personal en el proceso:

- Disponer del tiempo razonable y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (art. 14.3 b) PIDCP).

- Elegir libremente a uno o varios abogados, debiendo ser proveído necesario de un defensor gratuito (art. 107 Y 108).
- Comunicarse libremente con su abogado defensor (art. 14.3 b) PIDCP).
- Ejercer personalmente la defensa técnica en el caso de que tuviese la condición de abogado (art. 10); sin embargo, entendemos que dicha facultad no deberá permitirse en el momento de la detención, por la situación anímica en la que se encontrará el imputado.
- Libre elección de un traductor o intérprete que le auxilie en todos los actos necesarios para su defensa, en el supuesto de que no comprenda correctamente el idioma español (art. 11) o sea sordomudo.
- Elección de mandatario con poder especial en las causas por delitos de acción privada, que le pueda representar y suplir para todo efecto en el proceso (art. 112).
- Derecho a abstenerse de declarar y a no declarar contra sí mismo (art. 87, núm. 5), siendo expresión de ese derecho la facultad del imputado de no intervenir activamente en la reconstrucción del hecho (art. 170), de negarse a escribir un cuerpo de escritura para la prueba de cotejo de documentos (art. 207) o de no participar en una diligencia de careo (art. 218).
- Derecho a que se le reciba declaración indagatoria sobre los hechos (art. 261) y a declarar nuevamente ampliando la misma durante la instrucción de la causa (arts. 266.5 y 269). En la declaración indagatoria, concluido el interrogatorio de identificación, *el juez dará oportunidad al imputado de declarar cuanto tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye y para indicar los medios de prueba cuya práctica considere oportuna* (art. 261, inciso 1º.), regla que es común para cualquier otra declaración del imputado (art. 264 CPP).
- Elección de asistentes no letrados y de consultores técnicos, en funciones de colaboradores auxiliares de la defensa técnica y del propio imputado (arts. 116 y 117).
- Derecho a intervenir personalmente en los registros, reconocimientos, reconstrucciones, exámenes periciales e inspecciones, salvo que, excepcionalmente, no sea posible la citación anticipada por peligro de pérdida de elementos de prueba (art. 270 y 271).

- Derecho a estar presente en las declaraciones testimoniales que tengan valor de prueba anticipada, no en las que no la tengan, cuando se presume que el testigo no acudirá a declarar en el juicio oral (art. 271), pudiendo interrogar personalmente al testigo.
Sobre este particular, el art. 14.3 e) PIDCP establece el derecho del imputado a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.
- Derecho a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas (art. 9), a proponer diligencias en cualquier momento durante el desarrollo de la instrucción (art. 273), a requerir la práctica de medios de prueba, (arts. 259 y 261), a efectuar los descargos que considere convenientes, a dictar su declaración y a consultar a su defensor antes de comenzarla y durante la misma (art. 259).
- Derecho a solicitar la revisión o la sustitución de una medida cautelar en cualquier estado del procedimiento y todas las veces que lo considere oportuno (art. 306).
- Derecho a estar presente en las audiencias inicial (art. 254) y preliminar (art. 319), así como en el juicio oral, que, salvo excepciones (audiencia inicial, si está en rebeldía, juicio de faltas, delitos de acción privada, imposición exclusiva medida de seguridad), no podrán celebrarse en su ausencia (arts. 325, 326, 333, núm. 5). En cuanto al resto de las audiencias, deberá al menos ser convocado (audiencia para resolución excepciones -art. 278- y para revisión de medidas cautelares -art. 307-), aunque no está obligado a asistir.
- Derecho a participar en el examen de testigos que por un impedimento justificado no pueden asistir al juicio plenario (art. 335).
- Derecho del detenido a que el encargado de su custodia transmita al juez las peticiones u observaciones que le formule, dentro de las veinticuatro horas siguientes, y de facilitar en todo momento su comunicación con el defensor (art. 9).
- Derecho durante el curso de la vista pública y audiencias en general de hacer las declaraciones que considere oportunas referidas a su defensa, a hablar en todo momento con su defensor y a ubicarse a su lado (art. 342).
- Derecho a la última palabra antes de declararse concluso el juicio para deliberación y sentencia (art. 353, último inciso).

- Derecho a interponer recursos por sí mismo y a desistir de los deducidos por el propio imputado o por su defensor (arts. 406, 412). El imputado podrá interponer verbalmente el recurso de apelación en el acto de notificación respectiva (art. 418) y adherirse al recurso de la parte contraria (art. 408).

III. JURISPRUDENCIA

Facultad de intervención y derecho a recurrir. “La ley no le ha conferido al imputado el derecho de interponer el recurso de revocatoria ni el de apelación, cuando el imputado ha hecho uso del derecho irrenunciable de nombrar defensor. No debe confundirse el derecho de intervenir en todos los actos del procedimiento en que lo permite la ley, con el derecho otorgado específica o genéricamente a las partes procesales de recurrir de tal o cual resolución” (*Cámara Primera de lo Penal de San Salvador, 07-06-01*).

62

Derecho de defensa. “El Derecho de Defensa está íntimamente vinculado al conocido como derecho de audiencia, pues cuando este establece que todo juzgador, antes de solucionar la controversia, tiene que haber posibilitado -de acuerdo a la ley o en aplicación directa de la Constitución- al menos una oportunidad procedimental para oír la posición del demandado -principio del contradictorio-, y sólo puede privarlo de algún derecho después de haberlo vencido, no cabe duda que todas las oportunidades de defensa a lo largo del proceso también son manifestaciones o aplicaciones *in extremis* de este último derecho, convirtiéndose el derecho de defensa en un derecho de contenido procesal que no puede disponerse a voluntad de los sujetos procesales, pues sus elementos y manifestaciones deben respetarse forzosamente por su naturaleza constitucional” (*Amparo, 19-11-01*).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

El derecho de defensa dentro del proceso penal cumple una función esencial porque constituye una garantía que hace operativas las restantes, ante lo cual el imputado debe permitírsele intervenir personalmente durante el proceso porque al final de cuentas es éste quien puede sufrir las consecuencias jurídicas del mismo. Es quien tiene el derecho de intervenir en todos los actos del proceso, incluso al momento de imponer algún recurso. La intervención en el proceso de un defensor letrado no significa que venga a sustituir la participación del imputado, porque aquél está para asistir y no para sustituir.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8, prescribe las garantías judiciales, que el mismo instrumento prescribe que son mínimas, lo que nos hace colegir que partir de ellas se puede empezar a construir todo un edificio de garantías. Baste resaltar que dicho instrumento dice “toda persona tiene derecho a ser oída”. Esto significa que primordialmente debe ser escuchado el principal interesado,

este mismo puede interrogar directamente a los testigos, hacer peticiones de comparecencia de testigos, etc. Estas garantías son mínimas, son contenidos básicos, su enumeración es ejemplificativa (Edwards: 1996:102).

10

DEFENSOR. DEFENSA TÉCNICA

Todo imputado gozará del derecho irrenunciable a la asistencia y defensa de un abogado, desde el momento de su detención, hasta el fin de la ejecución de la sentencia.

Si el imputado detenido no designa un defensor, se solicitará de inmediato el nombramiento al Procurador General de la República y el defensor público que se nombre deberá apersonarse dentro de las doce horas de recibida la solicitud.

Si el imputado fuere abogado podrá defenderse por sí mismo.

El imputado no detenido podrá nombrar defensor o pedir que se le nombre un defensor público en cualquier estado de la investigación y del proceso. (6)

63

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12, inciso 2º., final; 182.12 (atribuciones CSJ), 191 y 194.II
- CPP, 9 (inviolabilidad de la defensa), 14 (igualdad procesal), 107 a 115 (defensores), 183 (documentos excluidos del secuestro), 187 (deber de abstención como testigos), 222 (confesión extrajudicial), 224.4 (nulidad), 241.9 y 242 (asistencia al detenido), 244 (formalización de diligencias policiales), 254 (convocatoria audiencia inicial), 259 a 261 (declaración indagatoria), 270 y 271 (anticipo de prueba), 306 y 307 (revisión medidas cautelares), 315 a 319 (audiencia preliminar), 333.4 (enfermedad defensor en juicio oral), 335 (examen testigos imposibilitados), 339 y 340 (plenario: trámite de incidentes y orientación de la defensa), 342 (comunicación con el defendido), 346 y 348 (interrogatorio de peritos y testigos), 353 (conclusiones finales), 363.2 y 364 (acta de la vista pública), 369 (audiencia para selección de jurados), 372 y 373 (juicio por jurados: vista pública), 379.3 (procedimiento abreviado), 398 (aplicación exclusiva de una medida de seguridad: reglas comunes), 402 y 403 (procedimiento por delito de acción privada), 406 (derecho a recurrir), 412 (desestimiento de los recursos), 413 (reformatio in pejus), 418 a 420 (recurso de apelación), 423 y 428 (recurso de casación), 432.1 y 434 (recurso de revisión), 422 (incidentes de ejecución, 450 (condena en costas)
- LOPGR, 3, 27; 42 inciso 7º.; 55 y 58 a 63

- CP, 289 (ejercicio ilegal), 298 (atentados al derecho de defensa), 306 y 307 (fraude procesal y soborno), 314 (patrocinio infiel), 315 (simulación de influencia), 316 (destrucción, inutilización u ocultamiento de documento)
- LOJ, 115 y 116 (Sección de Investigación Profesional) y 140 a 145 (Recibimiento y Autorización de los Abogados y Notarios)
- CPC, 86 a 97 (Requisitos, impedimentos, deberes, prohibiciones de los abogados...), 1242 a 1245 (deberes mutuos abogados/jueces)
- PIDCP, 14.1 b) y d)
- CADH, 8.2 d) y e)

II. COMENTARIO

A) La inviolabilidad de la defensa

Remitimos al lector al extenso análisis sobre el particular realizado en la letra A) del comentario al art. 9 CPP, cuyo contenido ha de reiterarse al tratar de la defensa técnica en el proceso penal.

64

Por lo demás, el art. 10 CPP, en los cuatro incisos que forman su contenido, hace referencia al carácter irrenunciable del derecho a la defensa técnica en el proceso penal, a la intervención obligada del defensor público y al derecho del imputado que sea abogado a ejercer su propia defensa.

A continuación, procederemos a analizar dichas cuestiones, si bien encuadraremos nuestro análisis en un estudio más amplio sobre el derecho constitucional a la defensa técnica en el proceso penal y el ejercicio de la profesión de abogado en El Salvador, bien de forma libre sea actuando de defensor público al servicio de la Procuraduría General de la República.

B) El derecho a la defensa técnica: naturaleza y contenido

a) *Naturaleza y alcance*

El art. 12, inc. 2º., Cn, garantiza al *detenido* la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia (Policía, Fiscalía) y en los procesos judiciales. Por su parte, el art. 10 CPP extiende la titularidad del derecho a la asistencia y defensa de un abogado tanto al imputado detenido como al no detenido, estableciendo que ambos pueden nombrar defensor o pedir que se les nombre un defensor público en cualquier estado de la investigación y del proceso, incluyendo la fase de ejecución de la sentencia. Sin embargo, el precepto, al igual que el art. 12 Cn, solo alude al carácter irrenunciable del defensor en caso de detención, cuando en

realidad la irrenunciabilidad opera, exista o no detención, ante cualquier acto procesal de relevancia para la defensa en juicio.

En correlación con la Constitución y el CPP, el art. 8.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH) establece que durante el proceso, toda persona tiene el derecho, en plena igualdad, “a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección...”, así como el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, ... si el imputado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley”. En el mismo sentido, el art. 14.3 PIDCP alude al derecho del imputado a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tuviere defensor, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo, siempre que el interés de la justicia lo exija.

Estamos, pues, en presencia de un derecho fundamental de carácter irrenunciable que ha de hacerse efectivo no solo desde el momento de la detención, sino desde el momento en que el imputado, esté o no detenido, intervenga en un acto procesal del que pueda derivarse algún perjuicio en su contra. El nacimiento del derecho de defensa coincide, por tanto, con el acto de imputación, y su desconocimiento dará lugar a la nulidad de pleno derecho de aquellas actuaciones procesales en las que haya intervenido el imputado sin estar asistido por un abogado defensor, siempre que la actuación provoque efectiva indefensión, como podría ser el caso de la realización de pruebas anticipadas cuyo resultado ha de tener necesario reflejo en la sentencia, o de la confesión extrajudicial realizada por el imputado no detenido (art. 222 CPP).

65

Los órganos auxiliares de la Administración de Justicia (Policía, Fiscalía y el correspondiente órgano jurisdiccional) son los encargados de hacer efectivo el derecho del detenido a la asistencia de un abogado. Al propio juez y al fiscal les corresponde velar por la asistencia letrada no sólo en caso de detención, sino respecto de cualquier acto procesal que afecte al imputado no detenido y requiera por su trascendencia la asistencia técnica de un abogado.

La presencia de un abogado defensor implica, como señala la sentencia de 6-VI-95 (Sala de lo Constitucional) (HC-21-R-94), una defensa técnica, es decir (...) una defensa realizada por personas peritas en derecho, que tienen como profesión el ejercicio de esta función técnico-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso penal, para poner de relieve sus derechos. Dicha defensa técnica se justifica en virtud de ciertas circunstancias específicas del proceso penal, tales como la inferioridad en que puede encontrarse el acusado en el proceso, sea por falta de conocimientos técnicos o de experiencia forense; el sentirse disminuido ante el poder de la autoridad estatal encarnada por el Ministerio Público y el Juez; la dificultad para comprender adecuadamente los resultados de la actividad desarrollada en el proceso penal; la falta de serenidad en su actuación, tomando en cuenta que es la persona cuya libertad se

cuestiona; la imposibilidad de actuar oportunamente a consecuencia de la detención; y las limitaciones que en cualquier caso implican la incomunicación de los detenidos”.

Es importante poner de relieve que mientras el art. 12 Cn y los tratados internacionales mencionados utilizan el término “defensor”, el art. 10 CPP, en su inciso 1º., emplea el término “abogado”, por lo que, con la entrada en vigor del Código Procesal Penal, han quedado derogados los arts. 14 y 83, inciso 2º., LOMP, que permitían el ejercicio de la defensa pública en determinadas circunstancias a los estudiantes de derecho e incluso a quienes no lo eran.

El art. 41, último inciso, LOPGR, aprobada por DL 212/2000, de 7 de diciembre, exige que los defensores públicos, en su condición de Agentes del Procurador, sean “Abogados de la República en ejercicio de su profesión”. La LOPGR distingue entre la figura del defensor público, que deberá ser abogado de la República, y el “agente auxiliar” que no cumpla el anterior requisito, que podrá ejercer sus funciones durante un período de dieciocho meses, a partir de la entrada en vigor de la Ley.

66 El agente auxiliar no ejerce la defensa técnica, siendo un mero representante del Procurador para el cumplimiento de determinadas actuaciones judiciales (art. 42, inciso antepenúltimo y último). Respecto a los defensores públicos sin título de abogado, el DL 158/2000, de 5 de octubre, estableció una prórroga temporal para seguir ejerciendo sus funciones, que estará a punto de vencer en el momento de publicación de la presente obra.

Refiriéndose al ejercicio de la defensa técnica, la referida Sentencia de 6-VI-95 (Sala de lo Constitucional), con referencia a un caso anterior a la entrada en vigor del nuevo Código, estableció que “no existe violación al derecho de defensa garantizado en el artículo 12 de la Constitución, por el hecho que el imputado sea asistido por un estudiante de derecho, en calidad de defensor de oficio, pues tal es el desarrollo que actualmente realiza la ley secundaria de dicha garantía, lo cual no obsta para que, al variar la ley en su contenido, se le atribuya otros caracteres a la defensa técnica”.

Por último, *en los procesos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del Código* (20 de abril de 1998), con base a la legislación penal respectiva, podrán continuar representando a los imputados, es decir, asistiéndolos y defendiéndolos, los defensores que no fueren Abogados y que estuvieren acreditados en tales procesos. Así lo establece el art. 7 de las sucesivas leyes transitorias dictadas para regular la tramitación de los procesos penales iniciados antes del 20 de abril de 1998. La actualmente en vigor fue aprobada por DL 225/2000, de 14 de diciembre, con plazo de vigencia hasta el 31 de diciembre de 2001.

b) Contenido del derecho de defensa técnica

Las notas más características del régimen jurídico de la defensa técnica en el proceso penal salvadoreño podemos concretarlas de la siguiente forma:

- a) *Nombramiento*: El nombramiento de defensor hecho por el imputado no estará sujeto a formalidad alguna, pudiendo ser nombrado defensor por el representante legal del imputado, su cónyuge, compañero/a de vida o conviviente, adoptante, adoptado y los parientes en el grado que establece la ley (art. 107).
- b) *Número de defensores*: El imputado puede nombrar los defensores que estime por conveniente.
- c) *Ejercicio de la defensa técnica por el propio imputado*. Si éste fuere abogado, podrá ejercerla por sí mismo (art. 10 CPP), con las salvedades que luego se dirán.
- d) *Obligatoriedad*: El defensor puede o no aceptar el cargo para el que ha sido designado, pero una vez aceptado se convierte en obligatorio, no estando permitido abandonar la defensa, bajo amenaza de sanción, excepto si existe una excusa atendible.
- e) *Defensa pública*: En garantía de la inviolabilidad de la defensa, se ha de nombrar un defensor público cuando el imputado carezca de defensor particular, por negarse a nombrarlo o por abandono de quien ya estaba designado para el cargo. A tal efecto, se solicitará de inmediato el nombramiento al Procurador General de la República, y el defensor público que se nombre deberá apersonarse dentro de las doce horas de recibida la solicitud.
- f) *Defensa común*: Se admite la posibilidad de un defensor común para varios imputados, siempre que no exista incompatibilidad.
- g) *Mandatario del imputado*: En los procesos por los delitos de acción privada, el imputado puede delegar todas sus facultades en un mandatario con poder especial, quien lo podrá representar y suplir para todo efecto en el proceso.
- h) *Designación de intérprete*: Si el imputado no comprende correctamente el idioma castellano, tendrá derecho a elegir un traductor o intérprete de su confianza para que lo asista como auxiliar en todos los actos necesarios para su defensa. Cuando no haga uso de ese derecho, se designará de oficio un traductor o intérprete dentro del mismo plazo establecido en el art.

anterior (art. 11 CPP). Lo mismo sucederá si el imputado es sordomudo. Véase al respecto el comentario al art. 210 CPP.

A la mayoría de las cuestiones anteriores, referidas a la figura del defensor como sujeto procesal, se refieren los arts. 107 a 115 del Código Procesal Penal, preceptos que tratan, aparte de lo antes expuesto, cuestiones relativas a la revocación por el imputado del nombramiento de defensor (art. 110), defensor sustituto (art. 113), abandono de la defensa (art. 114) y sanciones (art. 115).

c) Condiciones externas

Finalmente, debemos hacer referencia a las condiciones que deben ser garantizadas por los Gobiernos para el ejercicio de la defensa penal, porque es en ese ámbito donde mayores problemas padecen quienes se dedican con honradez a la dura tarea de asistir técnicamente a los acusados de determinados delitos. Al respecto, señalaremos algunos de los Principios Básicos sobre la función de los Abogados, aprobados en el 8º. Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Dichos principios fueron mencionados por el Magistrado SOLANO RAMÍREZ durante su intervención en la Reunión de 1998 de Cortes Supremas de las Américas y Gremios de Abogados, destacándose entre ellos los siguientes:

68

- Los gobiernos y las asociaciones profesionales de abogados promoverán programas para informar al público acerca de sus derechos y obligaciones en virtud de la ley y de la importante función que desempeñan los abogados en la protección de sus libertades fundamentales. Debe prestarse especial atención a la asistencia de las personas pobres y de otras personas menos favorecidas a fin de que puedan probar sus derechos y cuando sea necesario, recurrir a la asistencia de un abogado.
- Los gobiernos velarán porque la autoridad competente informe inmediatamente a todas las personas acusadas de haber cometido un delito o arrestadas o detenidas, de su derecho a estar asistidas por un abogado de su elección.
- Los gobiernos, las asociaciones profesionales de abogados y las instituciones de enseñanza velarán porque los abogados tenga la debida formación y preparación, y se les inculque la conciencia de los ideales y obligaciones éticas del abogado y de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico internacional.
- Los abogados, al proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia, procuran apoyar los derechos humanos y las libertades

fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional. En todo momento actuarán con libertad y diligencia, de conformidad con la ley y las reglas y normas éticas reconocidas que rigen su profesión.

- Los gobiernos garantizarán que los abogados: a) Puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos e interferencias indebidas; b) Puedan viajar y comunicarse libremente con sus clientes tanto dentro de su país como en el exterior, y c) No sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones administrativas, económicas o de otra índole a raíz de cualquier medida que haya adoptado de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión.
- Cuando la seguridad de los abogados sea amenazada a raíz del ejercicio de sus funciones, recibirán de las autoridades protección adecuada.
- Ningún tribunal ni organismo administrativo ante el que se reconozca el derecho a ser asistido por un abogado se negará a reconocer el derecho de un abogado a presentarse ante él en nombre de su cliente, salvo que el abogado haya sido inhabilitado de conformidad con las leyes.
- Los abogados gozarán de inmunidad civil y penal por las declaraciones que hagan de buena fe, por escrito o en los alegatos orales, o bien al comparecer como profesionales ante un tribunal judicial, otro tribunal u órgano jurídico o administrativo.
- Los abogados, como los demás ciudadanos, tienen derecho a la libertad de expresión, creencias, asociación y reunión.

69

C) El régimen jurídico del ejercicio de la profesión de Abogado

Además de las normas sobre el ejercicio de la defensa penal contenidas en el Código Procesal Penal (ver letra b) del apartado B) y el apartado D del presente comentario), la regulación de la profesión de abogado en El Salvador se contiene en los arts. 86 a 97 y 1242 a 1245 (requisitos, deberes, impedimentos, prohibiciones) del Código de Procedimientos Civiles, así como en los arts. 115, 116 y 140 a 145 de la Ley Orgánica Judicial, sobre las competencias de la Sección de Investigación Profesional de la Corte Suprema de Justicia y el recibimiento y autorización para ejercer la profesión de abogado.

La CSJ tiene atribuida por la Constitución (art. 182.12) “practicar recibimientos de abogados y autorizarlos para el ejercicio de su profesión; suspenderlos por incumplimiento de sus obligaciones profesionales, por negligencia o ignorancia graves,

por mala conducta profesional, o por conducta privada notoriamente inmoral; inhabilitarlos por venalidad, cohecho, fraude, falsedad y otro motivos que establezca la ley y rehabilitarlos por causa legal. En los casos de suspensión e inhabilitación, procederá en la forma que la ley establezca, y resolverá *con solo robustez moral de prueba*. Las mismas facultades ejercerá respecto de los notarios”.

Con independencia del régimen administrativo sancionador, el Código Penal tipifica los delitos de ejercicio ilegal de la profesión (art. 289), patrocino infiel (art. 314), desobediencia a mandato judicial (art. 313, inciso 2º.), simulación de influencia, fraude procesal y soborno (arts. 315, 306 y 307), destrucción, inutilización u ocultamiento de documentos (art. 316)...

En concreto, el DL 486/2001, de 18 de julio, de reforma del Código Penal, adicionó al art. 313 CP un inciso 2º. a cuyo tenor “se considerará también desobediencia a mandato judicial, la incomparecencia sin justa causa de alguna de las partes, debidamente citadas, en el caso del art. 270 del Código Procesal Penal, sancionándose con la pena de prisión de dos a cuatro años. Si fueren funcionarios o empleados públicos, se sancionará además la incomparecencia con la pena de inhabilitación del cargo durante el mismo tiempo”. A dicho delito se refiere expresamente el inciso 5º. del art. 270 CPP, que regula el procedimiento de la prueba anticipada cuando sea necesario practicar actos de prueba definitivos e irreproducibles, y urgentes.

70

Los preceptos mencionados de la Constitución, Código Procesal Penal, Código de Procedimientos Civiles y Ley Orgánica Judicial, a los que habría que añadir los arts. 6, 7, 8 y 11 de la Ley de Notariado, configuran el estatuto jurídico de la Abogacía en El Salvador, siendo deseable que en el futuro se promulgue una ley que de forma completa y actualizada regule debidamente el ejercicio de tan trascendental profesión, sin perjuicio de las normas reguladoras del defensor como sujeto procesal (arts. 107 a 115, 306, 450 CPP).

La Abogacía, señala el art. 8 del Estatuto General de la Abogacía Española, “es una profesión libre e independiente, y una institución consagrada, en orden a la Justicia, al consejo, a la concordia y a la defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y técnicas jurídicas”. El abogado participa de manera destacada en la función pública de la Administración de Justicia, por lo que su deber es cooperar con ella defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados, pero sin que en ningún caso la tutela de tales intereses pueda justificar la desviación del fin supremo de justicia a que la Abogacía se halla vinculada (art. 39 Estatuto Abogacía).

En este sentido, conviene recordar que el art. 89.1º. CPC dispone que el abogado debe “patrocinar únicamente las causas que a su juicio fueren justas o por lo menos controvertibles”. Sin embargo, en el ámbito penal, el imputado tiene el derecho irrenunciable a la defensa jurídica, por lo que en todo momento deberá estar asistido

de un defensor -cuanto menos de un defensor público-, que asuma, salvo excusa atendible, la obligación profesional a la que esta avocado por la Constitución, obligación que ha de ser cumplida con el máximo celo y diligencia y con el deber de guardar el secreto profesional (art. 89.3º. CPC y art. 187 CPP). Para la parte contraria, el abogado tiene la obligación de no causarle daño o perjuicio injustos y de tener con la misma un trato cortés y considerado.

En el ámbito del proceso penal, las *funciones del defensor* podemos concretarlas en las siguientes: asistencia y representación, asesoramiento, información sobre las particularidades y desarrollo de la causa, asistencia a los actos de investigación y a las audiencias, control de legalidad del procedimiento, contestación técnica a los requerimientos fiscales y al escrito de acusación, así como a las alegaciones de la acusación; ofrecimiento y práctica de prueba, e impugnaciones a las resoluciones que causen agravio al imputado.

Con un mayor nivel de detalle, puede afirmarse que, como establece el art. 406 para los recursos, cuando la ley concede una facultad al imputado (salvo las personalísimas), deberá entenderse que también la concede a su defensor, con la salvedad de que la intervención de éste será siempre obligada y la de aquel, la mayoría de las veces, potestativa. Resulta, en consecuencia, de utilidad, para darse cuenta del alcance de la labor profesional del abogado, examinar la relación de actividades en las que puede intervenir el imputado que se efectúa en la letra B) del comentario al art. 9, así como el desarrollo del derecho a la información, presencia física en las audiencias, formulación de alegaciones y proposición y práctica de la prueba, cuestiones todas ellas que se examinan en la letra A) del referido precepto y conforman el contenido esencial del derecho de defensa.

71

D) Los defensores públicos

En cuanto abogados ejercitantes de la defensa penal, los defensores públicos están sometidos a los mismos derechos (excepto percepción de honorarios y libre aceptación del caso) y obligaciones de los abogados libres, por lo que es de aplicación lo dicho en el epígrafe anterior.

Ahora bien, los defensores públicos son auxiliares del Procurador General de la República, institución que forma parte del Ministerio Público (arts. 191 a 193 Cn) y está regulada por la reciente Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (LOPGR), aprobada por DL 212/ 2000, de 7 de diciembre. Entre las atribuciones de la PGR, se encuentra la asistencia y representación de personas de escasos recursos en materia penal, o de imputados ausentes (art. 27 LOPGR) o que se nieguen a nombrar abogado.

Dicha ley establece para los defensores públicos un régimen jurídico similar al de los fiscales, siendo de destacar la capacidad legal de la PGR de citar y obligar a comparecer personalmente a cualquier persona en las dependencias de la Procuraduría (art. 60 LOPGR); la de requerir directamente, con obligación de los funcionarios de proporcionárselas, las certificaciones, transcripciones e informes que sean necesarios para el cumplimiento de sus atribuciones (art. 58 LOPGR), imponiéndose a las municipalidades, Policía Nacional Civil, Juzgados de Paz e instituciones públicas o privadas, la obligación de proporcionar colaboración y apoyar a la Procuraduría en asuntos de su competencia (art. 59 LOPGR). Destaca, asimismo, la obligación legal que tiene la Procuraduría de gestionar institucionalmente, si fuere procedente, los elementos de prueba necesarios para la defensa (art. 63 LOPGR).

Los defensores públicos, en el ejercicio de sus funciones, están sometidos a los principios de legalidad, jerarquía y responsabilidad, penal y disciplinaria. La ley establece determinadas obligaciones a los defensores (idoneidad, moralidad, incompatibilidad, gratuidad de sus servicios, deber de emisión de informe...), cuyo incumplimiento dará lugar al régimen sancionador previsto en el Reglamento Interno de Trabajo (art. 74) de la PGR. Los defensores públicos pueden ser removidos por el PGR por motivos de ineptitud, mala conducta, negligencia en el desempeño de sus cargos o por cualquier otra causa que vaya en detrimento de las funciones de la Procuraduría.

72

Según el diseño constitucional, a la FGR le corresponde, entre otras atribuciones, dirigir los actos iniciales de la investigación criminal y los de la Policía, en procura de todos los elementos que le permitan fundamentar la acusación o pedir el sobreseimiento; y formular, en su caso, motivada y específicamente, sus requerimientos y conclusiones en la audiencia inicial, en la audiencia preliminar, en la vista pública y en las demás audiencias que convoquen los jueces.

El derecho de defensa exige que al ejercicio por el fiscal de las anteriores funciones se enfrente dialécticamente un abogado que defienda los intereses del imputado, razón por la cual, cuando este último decide no nombrar, por la razón que fuera, un abogado de su confianza, el juez ha de nombrarle un defensor público a través de la Procuraduría General de la República, que tiene atribuida por la Constitución (art. 194.II. 2º. Cn), entre otras competencias, la asistencia legal a las personas de escasos recursos económicos y la representación de las mismas ante los órganos de la jurisdicción penal. Se pretende con ello lograr una situación de equilibrio entre las partes enfrentadas en el proceso penal: al correspondiente miembro de la Fiscalía General de la República, que ejercita la acusación pública, se ha de enfrentar un defensor público, dependiente de la Procuraduría General de la República, con parecida experiencia y similar preparación técnica.

Habida cuenta de las características socioeconómicas de la mayoría de la población salvadoreña, resulta evidente la importancia procesal de la Defensoría Pública, que en

El Salvador, como en los EUA y otros países de América Latina, se caracteriza por conformar un sistema distinto al seguido en muchos países de Europa Occidental, donde la defensa de las personas que no quieren o pueden nombrar abogado es encomendada a los llamados abogados del turno de oficio, designados por los Colegios de Abogados (asociaciones profesionales de afiliación obligatoria y ámbito, normalmente, departamental) a instancia judicial.

Por último, el artículo que comentamos ordena el apersonamiento del defensor público en las dependencias en que se encuentre el detenido dentro de las doce horas de recibida la solicitud de nombramiento. Dicho plazo también debe exigirse al abogado nombrado por el imputado. Y tanto en un caso como el otro, la ética profesional obliga a no agotar el referido plazo y actuar en defensa del imputado lo antes posible.

E) La autodefensa del imputado abogado

El Código establece la posibilidad de que el imputado, si es abogado, actúe como tal en su propia defensa, siempre que lo solicite. Sin embargo, en relación a la asistencia técnica en el momento de la detención, mantenemos el criterio de que los órganos auxiliares de la Administración de Justicia y el juez no deben permitir que el detenido que sea abogado renuncie a ser asistido por otro abogado, con independencia de que aquel también ejerza su propia defensa. La razón de ello es que, dadas las condiciones anímicas del detenido, se produciría una verdadera indefensión si no fuese asistido al menos por un defensor público. Podemos, así, afirmar que más allá del derecho a la autodefensa del abogado detenido está el aseguramiento de una defensa técnica de calidad, que aquel no estará normalmente en condiciones de garantizar. Pasado un tiempo prudencial desde que se produjo la detención, el ánimo serenado del imputado quizás pueda propiciar solamente su propia defensa como abogado, cuestión que no obstante debe ser objeto de específica valoración judicial.

73

III. JURISPRUDENCIA

Necesidad de garantizar la presencia efectiva del defensor. “Frente a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de este derecho, se examina desde dos puntos de vista, la defensa técnica como material; refiriéndose la primera de ellas, a ser ejercida generalmente por un abogado y solo excepcionalmente se concede al propio imputado; ésta se ejerce mediante instancias, argumentaciones, alegatos u observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal. Por su parte, la defensa material, se realiza por medio de las declaraciones que el imputado efectúa en el proceso, pudiendo hacerlo cuantas veces quiera, siempre que sean pertinentes. Al respecto, esta Sala ha insistido en su jurisprudencia que es preciso desechar el sistema de interpretación literal, el cual aparenta haber sido utilizado por la autoridad judicial que realizó la recolección de prueba, al estimar que se respetaba el ejercicio de la defensa con el cumplimiento del mero formalismo procesal, es decir, hacer efectivo el acto de

comunicación, que para el caso fue haberse girado oficio a la Procuraduría General de la República, a efecto de solicitar un defensor publico que asistiera al imputado para la celebración del acto; sin embargo, cumplir con la sola notificación hecha, tal como lo prescribe la deposición citada, no garantiza en ninguna medida el cumplimiento del derecho de defensa; ya que el criterio de interpretación no es el más idóneo para darle eficacia a la Constitución, en tanto que una de las formas de salvaguardar este derecho es precisamente –por un lado- proveyendo de la asistencia de un defensor que vele por los intereses del imputado y que éste tenga la oportunidad de controvertir los elementos probatorios que ingresen al proceso penal, más aún cuando la prueba es de cargo. Y es que, el ejercicio del derechos de defensa tiene una dualidad de funciones, la primera, en relación a que el defensor debe mantener la información y conocimiento de la imputación y desvirtuar los hechos imputados, en torno a la investigación del proceso; y la otra función, conlleva a que el Juez asegure el cumplimiento de todas aquellas garantías necesarias para el ejercicio pleno de la defensa” (*Hábeas Corpus*, 29-10-01).

11

INTÉRPRETE

74

El imputado que no comprenda correctamente el idioma castellano tendrá derecho a elegir un traductor o intérprete de su confianza para que lo asista como auxiliar, en todos los actos necesarios para su defensa. Cuando no haga uso de ese derecho, se designará de oficio un traductor o intérprete dentro del mismo plazo establecido en el artículo anterior.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 8, 9, 87, 210 y 329

II. COMENTARIO

El derecho de defensa, en sí mismo considerado, y para hacer posible tanto la autodefensa o defensa material como la defensa técnica, comprende el derecho a ser asistido por un intérprete cuando el acusado no entiende o no habla el idioma empleado en el tribunal.

En efecto, la efectividad de la asistencia letrada tiene un presupuesto esencial en la comunicación entre el imputado y su defensor. Tal comunicación no será posible si aquél no entiende o no habla el idioma oficial en que se realizan las actuaciones. Además, constatado el carácter esencial que tiene la autodefensa, la intervención un traductor

que asista al imputado en todos los actos necesarios para su defensa resulta esencial para poner al sujeto en condiciones de intervenir en el proceso cuando no entiende la lengua que se usa ante el tribunal.

Por ello, la intervención del intérprete comprende no sólo a la traducción de las declaraciones orales, sino también de los documentos escritos, es decir, se extiende a la posibilidad de exigir la traducción por escrito de las pruebas documentales y de las resoluciones que se dicten a lo largo del proceso, en cuanto resulte necesario para no causar indefensión al sujeto pasivo del proceso.

Así pues, debe quedar claro que la intervención del intérprete no se circunscribe al acto del juicio oral propiamente dicho, sino también a los actos procesales realizados durante la instrucción, que deberán ser traducidos en la medida que resulte necesario para asegurar el ejercicio eficaz de su derecho de defensa.

Asegurar la traducción, también resulta necesario para garantizar el ejercicio de una defensa técnica eficaz, cuando el defensor no comprende el idioma del inculcado. En tal caso el derecho a ser asistido por un intérprete también comprende las comunicaciones, incluso las reservadas, que aquél deba mantener con su letrado, especialmente cuando se trata del defensor de oficio.

Debe señalarse, por último, que este precepto garantiza la asistencia gratuita de un intérprete, sin perjuicio claro está de la facultad que asiste al inculcado de servirse de un intérprete de su confianza, aunque en este caso serán a su costa los gastos causados por la traducción.

75

12

VÍCTIMA

Se considerará víctima:

- 1) Al directamente ofendido por el delito;**
- 2) Al cónyuge, al compañero de vida o conviviente, al hijo o padre adoptivo, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero testamentario, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido;**
- 3) A los socios, respecto a los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren o controlen, o sus gerentes, o por quienes dirijan o administren una sociedad controlada, controlante o vinculada; y,**

4) A las asociaciones, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 13, 21.2, 22, 26, 28, 32, 95

II. COMENTARIO

Las categorías de sujeto pasivo del delito y víctima o perjudicado no siempre coinciden, aunque con frecuencia ambas pueden reunirse en una misma persona. Sujeto pasivo es la persona titular del bien jurídico afectado por la infracción. Víctima es quien sufre, material o moralmente, las consecuencias del delito.

Ahora bien, siendo la titularidad del bien jurídico el criterio determinante para atribuir la condición de sujeto pasivo, debe tenerse en cuenta que de un mismo bien jurídico pueden nacer una pluralidad de intereses que les convierten en titulares del mismo y, consiguientemente, en sujetos pasivos del delito.

76

Tampoco puede perderse de vista que, junto a la titularidad individual propia del perjudicado, existe un interés público de la comunidad entera en la persecución de las infracciones penales. Por ello, si la condición de perjudicado comporta en lo procesal el derecho al ejercicio de la acción penal, este interés no es exclusivo del ofendido por el delito y esto explica que se confíe a un órgano del Estado el ejercicio de la acción penal pública. Por ello, tan sólo en algunos casos, en los que predomina absolutamente el interés particular, la persecución se reserva exclusivamente al ejercicio de la acción por el perjudicado.

Las nociones de ofendido, perjudicado y víctima suelen ser equivalentes y comprenden, de acuerdo con este precepto, al directamente ofendido por el delito, a los parientes más próximos en caso de producirse la muerte del sujeto pasivo de la infracción, a los socios respecto de los delitos que afecten a una sociedad y a las asociaciones cuando se trata de la defensa de intereses colectivos o supraindividuales.

Así pues, de la víctima en sentido tradicional, la persona que sufre el daño directo que provoca el delito, se ha pasado a un concepto ampliado de víctima ampliado a la tutela de intereses sociales. Esto explica la irrupción de las asociaciones constituidas para la defensa de los bienes colectivos, a quienes se les reconoce legitimación como víctimas, sin ser, en sentido estricto, portadores del bien jurídico afectado por el delito.

La preocupación por la víctima es una constante en el nuevo Código Procesal, que conoce todos los caminos posibles para hacer posible la intervención del ofendido en el proceso penal y obtener la reparación del daño causado por el delito.

Primero, configurando algunos delitos, en atención al bien jurídico lesionado, como dependientes de la instancia particular (art. 26 CPP) o perseguibles únicamente en virtud de acción privada (art. 28 CPP). Con ello se concede un mayor poder a la víctima para decidir sobre la persecución penal. En esta misma idea se inspira la posibilidad de transformar la persecución penal pública en persecución privada, cuando el Estado renuncia a la persecución por faltar un interés público, permitiendo el ejercicio de la acción privada (art. 21.2 CPP).

Quizás, la suspensión condicional del procedimiento (art. 22 CPP) sea el mecanismo más efectivo para reconocer a la víctima derechos relativos a la persecución y, al tiempo, favorecer que logre la reparación que merece. Consiste en abrir un compás de espera en la persecución, suspendiendo, entre tanto, el trámite del procedimiento. Pero lo más importante es que entre las condiciones, a las que se sujeta la renuncia definitiva al ejercicio de la acción penal, destaca la reparación del delito o, simplemente, el acuerdo con la víctima para hacer efectiva esa reparación.

Independientemente o en conexión con esta solución se ha establecido un procedimiento de conciliación, dando la oportunidad para que el imputado y el ofendido compongan el conflicto voluntariamente, favoreciendo la reparación del daño causado por el delito como medio de evitar la pena (art. 32 CPP). Sólo si el imputado incumple injustificadamente las obligaciones pactadas en el acta de conciliación, el procedimiento continúa, al no producirse la extinción de la acción penal.

77

Tampoco puede desconocerse la importancia que se reconoce a la participación del ofendido en los delitos de persecución oficial, mediante la interposición de la querrela (art. 95 CPP).

Pero la participación de la víctima en el proceso no se agota en el ejercicio de estas facultades. Como inmediatamente veremos, se establecen a su favor importantes facultades procesales, que parten de la existencia de un auténtico derecho a ser informado de la existencia del proceso penal, de su estado y de las facultades que en él puede ejercitar, especialmente en el procedimiento preliminar, personándose en el mismo para defender sus derechos e intereses legítimos o impugnando las decisiones que determinan la clausura del proceso (art. 13. CPP).

13

DERECHOS DE LA VÍCTIMA

La víctima tendrá derecho:

- 1) A intervenir en el procedimiento penal, conforme lo establecido en este Código;
- 2) A ser informada de los resultados del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él;
- 3) A ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que ella lo solicite;
- 4) A participar en la vista pública, conforme lo establecido por este Código;
- 5°) A impugnar el sobreseimiento o la absolución, aun cuando no haya intervenido en el procedimiento;
- 6°) A que no se revele su identidad, ni la de sus familiares: a) Cuando la víctima fuere menor de edad; b) Cuando tal revelación implicare un peligro evidente para la misma; y c) Cuando la víctima lo solicite.
- 7°) A recibir protección especial, tanto su persona como su familia, de parte de la Policía Nacional Civil, en los casos en que el fiscal o el juez lo estimen conveniente por la complejidad de las circunstancias o se presuma riesgo para sus personas; y,
- 8) Los demás establecidos en este Código y en otras leyes. (5)

78

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 12, 26, 28, 29, 32, 40, 73 95, 145, 210-A a 210-G, 239, 241, 246, 256, 353, 379, 380, 400, 403, 404 y 405

II. COMENTARIO

A) Oportunidades procesales a favor de la víctima

El auge científico de la victimología ha provocado vivos esfuerzos político-jurídicos para mejorar la posición del ofendido en el proceso, permitiéndole constituirse como parte en el proceso, junto con la fiscalía, al reconocerle derechos procesales propios. De esta forma se da intervención en el procedimiento a personas que fueron ofendidas

por el hecho punible, para su desagravio, para controlar la acción de la fiscalía y para salvaguardar sus intereses legítimos.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la lesión del bien jurídico afectado por el delito no convierte, automáticamente, al ofendido por el delito en parte procesal, pues, para que se produzca esta consecuencia, es preciso el ejercicio de la acción penal, convirtiéndose en acusador particular. En tal caso, la víctima gozará de los derechos que se le reconocen como parte procesal.

Al margen de este supuesto, el CPP reconoce ciertos derechos al ofendido, por la especial relación que mantiene con el hecho punible y, por tanto, con independencia de su constitución como parte en el proceso. Fundamentalmente, el derecho a ser informado del estado de proceso y de su resultado (ap. 2), a intervenir en el mismo constituyéndose en actor civil o querellante, (ap. 1 y 4) a ser oída (ap. 3) y a impugnar las decisiones que suponen el cierre del proceso (ap. 5)

Así pues, entre los derechos que se reconocen a favor de la víctima destacan el derecho a ser informada tanto de la posibilidad de constituirse en parte, mediante el acusador particular que la represente, como de los resultados del proceso e, incluso, impugnar las decisiones de archivo y sobreseimiento, a pesar de no haber sido parte en el mismo.

79

Sobre todo, el reconocimiento de estas oportunidades procesales a favor de la víctima resulta particularmente necesario durante la investigación inicial y durante la instrucción preliminar, especialmente cuando se clausura el procedimiento, a fin de que el ofendido pueda decidir si interviene en él, si recurre las decisiones de archivo o sobreseimiento, c incluso si asume el mismo la persecución penal.

De acuerdo con ello se reconoce a la víctima la posibilidad de constituirse como parte en los delitos públicos, ejercitando la acción penal mediante querrela (art. 95 CPP). Se le permite impugnar la decisión de archivo, aunque no se hubiese constituido como parte (art. 246 CPP) y se le permite formular recurso contra la decisión de sobreseimiento definitivo o instar la reapertura del procedimiento si es provisional (art. 257 CPP).

B) La protección de la víctima testigo

Existe otra perspectiva que reviste extraordinaria importancia. Si la víctima está obligada a comparecer en el procedimiento para informar en él como testigo, es lógico que se le reconozca el derecho que a obtener la protección de las autoridades, especialmente importante para preservar la integridad de su testimonio, Para estimular la colaboración de los testigos es necesario garantizar su seguridad personal, pues

ningún testigo accederá voluntariamente a declarar si no se le garantiza adecuadamente su vida e integridad física.

Por ello, la tendencia moderna impulsa un sistema de protección de la víctima testigo, pues es lógico pensar que el testigo no estará dispuesto a decir la verdad, si se encuentra amenazado o teme sufrir represalias contra él o su familia. Desde esta perspectiva, la protección del ofendido, que ha de prestar testimonio, no significa únicamente, proteger la vida del testigo y de sus familiares, sino que, además, constituye una condición esencial para el eficaz esclarecimiento de los hechos.

De acuerdo con esta tendencia que inspira la moderna política criminal se han incorporado diversas medidas que atienden a este objetivo, permitiendo mantener oculta la identidad del testigo durante el desarrollo del proceso y proporcionándole protección policial cuando existan motivos serios que le hagan temer por su vida o la de sus familiares. Recientemente, el Decreto nº 281 ha desarrollado la aplicación de estas medidas, adicionando un nuevo capítulo de protección para peritos y testigos (arts. 210-A a 210-G CPP).

80

El presupuesto de aplicación de estas medidas es la existencia de un peligro concreto para la vida o la integridad física de las personas (art. 210-B CPP). La existencia de la situación de peligro se constata teniendo en cuenta las circunstancias del caso, como sucede, por ejemplo, cuando el testigo o sus familiares han recibido amenazas de muerte o anteriormente han sido objeto de atentados contra su vida. No basta, por tanto, cualquier situación de peligro, sino que éste debe ser cierto, concreto y racionalmente grave. Sin embargo, para la valoración de esta certidumbre no debe aplicarse un criterio rígido, pues no hay que olvidar que lo que está en juego es la vida de estas personas y siempre existe un “peligro latente” que les acompaña el resto de su vida.

El CPP no se limita, simplemente, a reconocer el derecho de la víctima y de los testigos a recibir una adecuada protección cuando corren un peligro cierto, sino que además concreta algunas medidas de protección para atender a este objetivo: la ocultación de la identidad, la reserva de la imagen y la protección policial (art. 210-D y E CPP).

En efecto, la ocultación de la identidad en todas las diligencias que se practiquen se completa con la reserva de la imagen pues de otro modo el ofendido seguiría siendo vulnerable. Por ello, se autoriza recurrir a cualquier medio que dificulte la identidad visual de los testigos (art. 210- D) y se impone a las autoridades velar para que no tomen fotografías o se registre su imagen (art. 210-E). Mediante la aplicación de estas medidas se trata, fundamentalmente, de preservar la integridad de la prueba, evitando que el testigo pueda ser sometido a presiones antes de declarar ante el tribunal. Por

ello, su ámbito natural de eficacia es del de la investigación preliminar, aunque nada impide, sino al contrario, extender su aplicación hasta su declaración en el juicio oral.

En cambio, con la protección personal, a la que específicamente se refiere el art. 210-D (que el testigo sea conducido en vehículo oficial, que se establezca una zona de exclusión para recibir sus declaraciones o que se le brinde protección policial especial) se garantiza la seguridad del testigo, o de sus allegados, durante el desarrollo del proceso e, incluso, después de la audiencia. Esta medida debería completarse con la autorización para cambiar de nombre y posiblemente con la elaboración de un programa de protección de testigos dotado de una cierta cobertura presupuestaria.

Desde el punto de vista del proceso, la ocultación de la identidad del testigo plantea problemas especiales, porque puede introducir quiebras sustanciales en el derecho de defensa. Sin duda alguna su aplicación expresa un conflicto de intereses: el del Estado en facilitar la persecución y el castigo del culpable; el del testigo en poder declarar con plena libertad, sin verse sometido a presiones que puedan recaer sobre su persona o la de sus familiares; y, en último lugar, el interés del imputado en poder ejercer plenamente el derecho de defensa, sin que se vea afectada la contradicción y el principio de igualdad de armas.

Si en el momento mismo de su primera comparecencia el testigo debe revelar su identidad, así como manifestar la relación que mantiene con el imputado y con las otras partes de la causa es, precisamente, para permitir al imputado poner en duda la credibilidad de su declaración. La ocultación de estos datos provoca una situación de desventaja para la defensa, pues, si ignora la identidad del testigo, se ve privada de la posibilidad de acceder a las informaciones necesarias para controlar la credibilidad del testimonio de cargo. Una declaración inculpativa puede, muy bien, constituir una mentira o resultar de un simple error, pero al defensa difícilmente podrá demostrarlo si no posee las informaciones necesarias para controlar la credibilidad e las declaraciones o arrojara dudas sobre ellas.

81

Por ello, se impone una aplicación moderada de estas medidas de protección, especialmente de la ocultación de la identidad, sólo en la medida que resulte imprescindible y evitando, en lo posible, que resulten afectados los derechos de la defensa. A ello se refiere expresamente la regulación legal que impone como límite infranqueable a la aplicación de estas medidas que no resulte afectada la contradicción que asiste a la defensa del procesado (art. 210-D CPP) Esto significa, a nuestro juicio, que debe excluirse la ocultación de la identidad de las declaraciones que se realizan en el juicio oral, sin perjuicio de preservar su imagen y sin que el testimonio pueda prestarse de forma totalmente anónima, pues en este caso la limitación de los derechos de la defensa resulta totalmente exorbitante.

III. JURISPRUDENCIA

Derechos de la víctima en caso de abandono de la querrela. “Uno de los derechos de la víctima es intervenir en el procedimiento penal conforme lo establecido en el Código Procesal Penal, esto se refiere a poder intervenir en el concepto de parte querellante. De allí que, al constituirse en parte querellante la víctima, por sí o mediante abogado, está obligada a someterse al cumplimiento de las reglas que rigen para todas las partes, y de acuerdo a su particular calidad. En ese sentido si se quebrantan esas reglas de participación, corresponde la sanción que haya previsto la ley. En el caso del querellante, se sanciona el abandono de la querrela con la imposibilidad de toda persecución posterior contra el imputado por el mismo hecho. Sin embargo, no deben confundirse ni mezclarse los derechos que la ley confiere a la víctima por sí, con los que le otorga en su calidad de querellante. Cuando la Cámara confirma el abandono de la querrela declarado por el juez a quo, la víctima ya no puede participar en el proceso en la calidad de parte querellante, pero sí en su carácter de víctima, pues si bien es cierto la víctima en su calidad de querellante deja de ser sujeto procesal, ello no le impide conservar los derechos que le confiere el artículo 13 del Código Procesal Penal, porque su calidad de víctima no se le otorga por sí mediante una figura procesal; esa condición se la da, la circunstancia de ser sujeto pasivo en el hecho en el hecho ilícito, cierto o no, que se le atribuye al imputado. En tal sentido, mientras la víctima conserve dentro del proceso la calidad de tal, la posibilidad de ejercer los derechos establecidos en el citado artículo, no puede ser impedida por ninguna de las partes acreditadas en el proceso y menos por la parte defensora. El procedimiento del artículo 420 inciso 2° del Código Procesal Penal, que permite a las partes ofrecer prueba en esta instancia, está reservado para las partes acreditadas en el procedimiento, pero cuando la víctima deja de ser parte procesal desde el momento en que quedo firme la resolución que declaró abandonada la querrela, su derecho se limita a interponer la impugnación que le causa agravio, nada más” (*Cámara Primera de lo Penal San Salvador, 30-05-01*).

82

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Los derechos de la víctima tienen íntima vinculación con el proceso constitucionalmente configurado. La administración de justicia debe dedicar todos los recursos necesarios para orientar su quehacer a la realización de una investigación de carácter objetiva, para luego someter el resultado de la misma ante un tribunal completamente independiente e imparcial que establezca si ha existido o no violación de un derecho, identifique a los responsables de la afectación e imponga las sanciones pertinentes. Así, para que las víctimas puedan obtener una reparación por el daño sufrido, lo que les permita el restablecimiento a la situación anterior. Los derechos de la víctima, en un Estado democrático, en ningún momento significan cercenar los derechos de las personas acusadas, porque de ser así el Estado estaría faltando a su deber de tutela de la sociedad en general.

14

IGUALDAD

Los fiscales, el imputado, su defensor, el querellante, sus representantes y los demás intervinientes, tendrán la misma posibilidad de ejercer durante el procedimiento las facultades y derechos previstos en la Constitución de la República, en este Código y demás leyes.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 241.9, 242, 254 270, 273, 313, 316 y 319

II. COMENTARIO

El derecho a la igualdad de armas se concreta en el derecho que asiste a la defensa de tener las mismas posibilidades que la acusación, en particular el derecho a ser oído y a intervenir en la prueba en las mismas condiciones que la acusación. Por ello, se dice que un aspecto que incorpora la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio es el derecho que se reconoce al imputado en relación con la producción de la prueba, como derecho a probar y a controlar la prueba del adversario, que indudablemente se vincula con el carácter contradictorio del proceso.

El principio de contradicción es una consecuencia de la configuración del proceso como un proceso de partes, que se extiende a todas las fases del procedimiento, es decir, tanto a la instrucción como al juicio oral, aunque sea en este último donde encuentra su ámbito natural de desenvolvimiento. Responde, además, a la exigencia de preservar el principio de igualdad de armas dentro del proceso, reconociendo a cada una de las partes, acusación y defensa, las mismas oportunidades de alegar y probar con que cuenta la parte contraria. De esta forma, se trata de reducir al mínimo el desequilibrio real que en el proceso penal existe entre quien acusa y quien soporta la acusación, dotando al imputado de facultades equivalentes a las de los órganos encargados de la persecución penal para defenderse de la imputación. Por ello, frente a cada alegato, prueba o en general actividad procesal desarrollada por una de las partes debe reconocerse a la contraria la posibilidad de desarrollar otra equivalente.

De esta forma se trata de igualar en el seno del proceso la posición de quien acusa y de quien es acusado, esencialmente inigualitarias, pues las posiciones jurídicas de quien acusa y se defiende son jurídicamente imposibles de equiparar. De ahí, la necesidad de corregir esta situación de desigualdad originaria, intentando acercarse, en la mayor medida posible, al ideal del proceso de partes, dotando al imputado de

facultades equivalentes a las de la acusación. A pesar de ello, la concreción de este principio es diferente, según la fase del proceso que se tome en consideración.

Si se trata de la investigación preliminar, no hay mas remedio que reconocer que el principio de igualdad no rige en toda su plenitud. La función primordial de este período procesal es averiguar las circunstancias que rodean la realización de un hecho punible y asegurar las pruebas. En este momento, es claro que los intereses del Estado vinculados a la eficacia en la persecución prevalecen frente a los intereses individuales del imputado, a cuyo favor, no obstante se reconocen ciertos derechos, sin los cuales no se podría afirmar el funcionamiento de un Estado de Derecho, pero que, en modo alguno, permiten afirmar la existencia de una auténtica igualdad de trato entre la autoridad estatal encargada de la investigación y la persona perseguida, sea cual sea la autoridad estatal encargada de promover la persecución de los delitos.

Por ello, sólo el art. 241.9 CPP, impone a los oficiales y agentes de la policía la obligación de asegurarse de la intervención del defensor, en los supuestos expresamente previstos, como sucede cuando se trate de recibir declaración al detenido (art. 242 CPP) o de asegurar las fuentes de prueba (art. 270 CPP).

84

Por el contrario, concluida la investigación, que se desarrolla de forma reservada, despliega su eficacia el principio de igualdad de armas. Las audiencias inicial y preliminar (arts. 254 y 313, 316 y 319 CPP), en las que se adoptan las decisiones más importantes que afectan a la continuación del proceso se desarrollan de forma totalmente contradictoria y, además, durante la instrucción se reconoce a las partes, de forma general, la facultad de solicitar la realización de cualquier diligencia de investigación (art. 273 CPP).

Por otra parte, es claro que en el juicio oral rige en toda su plenitud del principio de igualdad de armas. El juicio es el momento del proceso en el que acusador y acusado se enfrentan en plena situación de igualdad, a la manera de un auténtico proceso de partes, hasta el punto de que las facultades que se otorgan a uno son equivalentes a las otorgadas a la parte contraria: la acusación da lugar a la contestación de la defensa; ambos pueden probar los hechos en que fundan sus respectivas pretensiones, al tiempo que se les reconocen facultades para controlar la prueba del adversario; y ambos valoran la prueba realizada para orientar a su favor la decisión del tribunal.

También en los recursos la situación entre las partes es de absoluta igualdad, idéntica a la del proceso de partes. Incluso, rige el principio dispositivo, que limita la posibilidad de revisión a la existencia de una impugnación previa.

Por último, debe señalarse que si nos referimos al procedimiento para perseguir los delitos de acción privada, la asimilación al proceso de partes es todavía más profunda, como demuestra no sólo el que se haya prescindido del período de instrucción, sino

también que todo el procedimiento se reduzca al juicio, de corte marcadamente adversarial.

III. JURISPRUDENCIA

Implicaciones del principio de igualdad. “La igualdad en la formulación de la ley implica, en primer lugar, un tratamiento igual si no hay ninguna razón suficiente que habilite un tratamiento normativo desigual; y en segundo, que si dicha razón existe, se impone un tratamiento desigual. Una formulación de la ley que implique un tratamiento desigual solamente va estar justificada por la existencia de una razón deducida precisamente de la realidad, es decir, de las mismas diferencias fácticas que colocan a un sujeto fuera del rango de homogeneidad que puede ser susceptible de igual tratamiento. El principio de igualdad tiene dos perspectivas constitucionales: Conforme a la primera, frente a supuestos de hechos iguales, las consecuencias deben ser las mismas, evitando toda desigualdad arbitraria y no justificada. Según la segunda, cuya aplicación se hace en el ámbito judicial, las resoluciones judiciales deben ser las mismas al entrar al análisis de los mismos presupuestos de hecho, aunque sean órganos jurisdiccionales distintos los que entren en el conocimiento del asunto, evitando cualquier violación consistente en que un mismo precepto legal se aplique en casos iguales con evidente desigualdad” (*Amparo, 04-06-01*).

85

15

LEGALIDAD DE LA PRUEBA

Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código.

No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito. No obstante lo dispuesto en el presente inciso, cuando los elementos de prueba hayan sido obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente, podrán ser valorados por el Juez aplicando las reglas de la sana crítica. (9)

Se prohíbe toda especie de tormento, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona.

Todo lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

No obstante tratándose de operaciones encubiertas practicadas por la Policía Nacional Civil, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de detectar, investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado,

previa autorización por escrito del Fiscal General de la República. (9)

Igualmente podrá autorizarse dentro del desarrollo de la investigación y bajo estricta supervisión de la Fiscalía General de la República, la incitación o provocación de conductas a efecto de poder comprobar los hechos delictivos que se investigan. (9)

No obstante lo dispuesto en el inciso primero del presente artículo, si el vicio de la prueba consiste en no haber sido incorporada al proceso con las formalidades prescritas por este Código, la misma podrá ser valorada por el juez como indicio, aplicando las reglas de la sana crítica. (6)

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12.3
- CP, 22-A
- CPP, 16, 162, 221, 222, 224.6, 262, 263, 352

II. COMENTARIO

86

A) Prueba ilícita

En virtud del principio general de libertad, que rige en materia probatoria, consagrado en los arts. 162 y 352 CPP (“los hechos y circunstancias relacionados con el delito pueden ser probados por cualquier medio ... de prueba”; “el tribunal podrá ordenar ... la recepción de cualquier prueba”), se considera que en el proceso penal no existe una enumeración cerrada de los medios que pueden utilizarse para formar la convicción del juez sobre los hechos. En materia penal, todo hecho, elemento o circunstancia puede ser probado por cualquier medio, con una única limitación, la que resulta de la aplicación del principio de legalidad: “los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código”.

Se habla de prueba ilícita, en sentido amplio, para identificar aquéllas que violan las normas de garantía establecidas en favor del acusado, constituyendo todas las normas que disciplinan la actividad probatoria instrumentos de defensa para el imputado. Sin embargo, en sentido estricto, con la expresión prueba ilícita se designa, únicamente, la obtenida o practicada con violación de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

Esta última es la orientación dominante, que permite distinguir entre prueba ilícita, la realizada con vulneración de derechos fundamentales, y prueba irregular, la realizada con infracción de las formalidades legales establecidas en normas infraconstitucionales.

Como ha observado Casado Pérez, cualquier infracción de la legalidad no puede tener el mismo efecto invalidante de la prueba, porque una cosa es la realizada con vulneración de derechos fundamentales y otra, muy distinta, la irregularidad procesal que no provoque efectiva indefensión.

La violación de los derechos y garantías de la persona determina la nulidad absoluta del acto, resolución o diligencia que provoca la infracción constitucional, en virtud de lo establecido en el art. 224.6 CPP, que se sanciona con la ineficacia absoluta a todos los actos procesales que impliquen inobservancia de derechos y garantías fundamentales establecidos en la Constitución. El fundamento de la exclusión de las pruebas ilegales es doble: reside, por una parte, en el efecto disuasor frente a las conductas ilegales en la obtención de las fuentes de prueba; y, por otra, en la posición preferente que los derechos constitucionales ocupan en el ordenamiento jurídico, como garantías de libertad.

La consecuencia anulatoria de la prueba ilícita constituye la expresión más clara de la confluencia de dos lógicas antagonistas: la lógica de la seguridad y la lógica de los derechos. La primera expresa el interés de la sociedad en la persecución de los hechos delictivos; la segunda, el interés de los ciudadanos en que sus derechos fundamentales resulten suficientemente salvaguardados. Es más, toda la historia del proceso penal ha fluctuado entre ambos intereses y el cambio que trajo consigo el movimiento reformista del sistema penal, desarrollado en el siglo XIX por influencia de la Ilustración, se concreta en el compromiso entre la averiguación de la verdad, como fin último y primordial del proceso, y los límites inherentes a la dignidad de la persona, como barrera infranqueable frente al ejercicio del poder punitivo del Estado.

87

De la existencia de tal compromiso no existe un ejemplo más claro que los límites a la actividad probatoria: la averiguación de la verdad constituye una de las metas del proceso penal, pero ella cede, hasta tolerar la eventual ineficacia del procedimiento para alcanzarla, cuando los posibles caminos para lograrla son incompatibles con los principios que inspiran la idea del Estado de Derecho. Del principio del Estado de Derecho emana, por tanto, la obligación de averiguar la verdad, como presupuesto de una sentencia justa, con una eventual limitación: la verdad sólo puede ser objeto de averiguación de acuerdo con las propias reglas procesales.

Se trata, en suma, de convertir un principio absoluto, la averiguación de la verdad, en un principio relativo (la búsqueda de la verdad en el proceso no puede hacerse a cualquier precio), pues existen principios superiores que lo desvirtúan e, incluso lo anulan, cuando entran en conflicto con aquél.

No obstante, la reciente reforma de este precepto, adicionando un nuevo inciso al segundo párrafo, ha venido a introducir ciertas excepciones al principio general de

inutilizabilidad de la prueba ilícitamente obtenida, que se corresponden con los límites que la jurisprudencia norteamericana impone a la “exclusionary rule”.

En efecto, siendo originaria del proceso penal norteamericano la regla que impide admitir como prueba la que ha sido obtenida con violación de los derechos fundamentales del acusado, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha ponderado la aplicación de la regla de exclusión, limitando el efecto excluyente de la prueba ilícita en los casos en que la prueba ha sido adquirida de buena fe (US c. Leon (1984) 468 US 897). En realidad, no es más que la consecuencia de la finalidad disuasoria que se asigna a la regla de exclusión. Puesto que la “exclusionary rule” va a ser aplicada con fines preventivos, no se cumple esta finalidad si se aplica en aquellos casos en que la policía, al realizar el acto ilícito, para obtener la prueba, creía que lo hacía dentro la ley, obrando de buena fe. También en los casos de descubrimiento independiente, en cuya virtud una prueba es admisible si proviene de dos fuentes de las cuales sólo una se encuentra afectada por la ilicitud probatoria (US c. Crews (1980) 445 US 464). Resulta lógico, pues si la prueba no es consecuencia de la lesión del derecho fundamental, ningún impedimento existe para su utilización. Por último, la excepción del inevitable descubrimiento, en virtud de la cual la prueba derivada es admisible si el resultado hubiese sido el mismo de no haber existido la prueba inicial inválida (Nix c. Williams (1984) 467 US 431).

88

Sin embargo, para entender el alcance y fundamento de estas excepciones no debe perderse de vista que en los EE.UU. se excluyen las pruebas ilícitas porque resulta un medio adecuado de asegurar que la conducta policial respete los derechos fundamentales, es decir, sólo en la medida que resulte un mecanismo eficaz para prevenir conductas policiales contrarias a los mismos. Como estableció el Tribunal Supremo en el caso US c. Calandra, “la regla no es un derecho constitucional de la parte agraviada, sino un remedio judicial creado para salvaguardar los derechos de la Cuarta Enmienda a través de su efecto preventivo”. De ello resulta la necesidad de sopesar en cada caso el coste de la exclusión de la fuente de prueba, determinando en qué medida la exclusión resulta necesaria para atender a la protección del derecho fundamental afectado por la ilicitud. Se trata, en suma, de modular el alcance de la regla general de invalidez, atenuándola de acuerdo con los criterios del “balancing test”.

B) El imputado como fuente de prueba

El interrogatorio del imputado se ha erigido, tradicionalmente, en el punto crucial de la teoría de las pruebas, y ello se debe a dos razones fundamentales: por la indudable relevancia que puede tener la confesión, para la resolución del caso, y por la necesidad de que la adquisición de la misma esté rodeada de garantías, que impiden obtenerla prescindiendo de la libertad de la persona investigada o en contradicción con el respeto a la dignidad humana.

Por eso, en el proceso actual nadie puede ser obligado a proporcionar información sobre lo que conoce. Las autoridades encargadas de la persecución penal dependen de la voluntad del inculpaado, expresada libremente y sin coacción. Ello es lo que expresa claramente esta garantía constitucional: “Nadie puede ser obligado a acusarse a sí mismo” (art. 12.3 Cn).

Esto explica que el Código Procesal Penal contenga una regulación minuciosa de la forma de obtener las declaraciones, condicionando la validez de la confesión del inculpaado a que sea espontánea, si ha sido prestada ante la autoridad judicial (art. 221 CPP); y, si se trata de una confesión extrajudicial, a que sea voluntaria, es decir, a la comprobación de que en el momento de realizarla el imputado no fue objeto de violencia física o moral (art. 222.3 CPP). Además, para conseguir que la declaración esté exenta de errores se establecen exigencias en cuanto al contenido de las preguntas que se realizan, prohibiendo las preguntas capciosas, es decir, las formuladas con engaño, y las preguntas sugestivas, esto es, las que inducen la respuesta (art. 263 CPP). También existen otras garantías adicionales, como la asistencia de un defensor, de un intérprete, la judicialidad de la declaración y el conocimiento previo de la imputación.

Para que la declaración del imputado represente la realización práctica del derecho a ser oído, la Constitución y las leyes prohíben cualquier forma de coerción que elimine la voluntad del imputado en el momento de declarar o restrinja su libertad sobre lo que le conviene o no expresar. El art. 262 CPP es tajante al disponer que “en ningún caso se le requerirá al imputado juramento o promesa, ni será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o se le obligará a declarar contra su voluntad, ni se harán cargos o reconvencciones tendentes a obtener su confesión”. Así pues, el interrogatorio del imputado debe producirse respetando su dignidad personal, encontrándose prohibidos los métodos de interrogatorio que puedan menoscabarla, como las violencias corporales, la tortura, la administración de psicofármacos y, en general, cualquier medida coactiva que coarte la libertad de decisión del imputado. El mismo art. 262 CPP dispone, en este sentido, que “toda medida que menoscabe la libertad de decisión del imputado, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos será prohibida, tales como los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, las violencias corporales, la tortura u otros tratos inhumanos o degradantes, el engaño, la administración de psicofármacos, los sueros de la verdad, el polígrafo, la hipnosis”

Completa el sistema de derechos establecidos a favor del inculpaado para proteger su libertad de decisión en el momento de la declaración, reconocerle la facultad de abstenerse de declarar, sin que el silencio del inculpaado pueda ser considerado prueba de culpabilidad, ni tan siquiera indicio de culpabilidad. En el procedimiento penal se trata siempre de la imputación de un comportamiento humano, propio del imputado, acerca del cual nadie mejor que él conoce si la afirmación es cierta o incierta. Sin embargo, no es posible obligarle a proporcionar información sobre lo que conoce, dependemos de su voluntad, expresada libremente y sin coacción.

Este es el auténtico significado del derecho a no ser obligado a declarar contra sí, del que resultan varias consecuencias indiscutidas: la facultad del imputado de abstenerse de declarar, la voluntariedad de la declaración del imputado y la libertad de decisión durante su declaración, que no puede ser coartada por cualquier medio ilegítimo. También es clara la consecuencia de la vulneración de tales garantías: la imposibilidad de tener en cuenta el contenido de la declaración obtenida ilegítimamente, como elemento de convicción, al tratarse de una prueba de valoración prohibida, con la única excepción de que el acto, objetivamente favorezca al imputado, y ello en virtud de la regla de que ninguna norma de garantía opera en perjuicio de su propio titular (art. 16 CPP).

Así pues, sólo la declaración obtenida en un procedimiento respetuoso con estas reglas puede ser admitida en el proceso y valorada en el mismo como fundamento de la convicción del tribunal. Se refiere a ello este precepto, al establecer: “No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito”. A lo que se añade: “Se prohíbe toda especie de tormento, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona”.

No obstante, es preciso realizar algunas observaciones:

90

La enumeración que contiene este precepto no es taxativa y, de acuerdo con ello, todo menoscabo de la libertad de declarar debe ser considerado inadmisibles. De acuerdo con ello, el consentimiento del imputado ha de ser considerado irrelevante para convalidar métodos de investigación prohibidos. No sólo los medios de coerción tradicionales, como el ejercicio ilegítimo de la coacción, respecto de los cuales no se reconoce efecto alguno al consentimiento del inculcado, sino también cuando se trata del empleo de medios científicos o técnicos, como la aplicación del “suero de la verdad” o del detector de mentiras, que deben considerarse, en todos los casos sin exclusión, un atentado a la dignidad de la persona, y, por tanto, inadmisibles, aunque se intente utilizarlos en favor del propio imputado.

Determinar cuándo existe fatiga inadmisibles puede resultar difícil de establecer. En tal sentido, aunque la realización del interrogatorio durante la noche no está prohibida de modo general, debe tenerse en cuenta, en el caso concreto, si el imputado está tan cansado que es de temer un menoscabo de la libre voluntad o si el estado de fatiga ha sido provocado para favorecer su confesión.

Maltrato es ocasionar dolores que actúan preponderantemente en el cuerpo; tormento es ocasionar dolores preponderantemente psíquico, de duración más prolongada. ROXIN cita la sentencia BGHst 15, 187: un padre sospechoso del asesinato de su hijo fue conducido, luego de reiteradas amenazas, ante el cadáver de su hijo; allí se quebró en llanto y realizó una confesión. El BGH afirmó la existencia de tormento.

La amenaza debe ser entendida como medidas contrarias al ordenamiento procesal, por lo que en alguna ocasión se ha admitido la amenaza con una detención provisional lícita. Sin embargo, utilizar la detención de un modo ilegítimo, con la exclusiva finalidad de obtener la confesión del sospechoso, constituye una atentado a la libertad personal que provoca la prohibición de utilizar la declaración así realizada.

La interpretación del concepto de engaño es uno de los que mayores problemas suscita. De acuerdo con ROXIN, el concepto de engaño debe ser interpretado restringidamente. El mero ardid, por lo general, es admisible. En cambio, la mentira consciente debe ser considerada inadmisibles. Así, por ejemplo, se trata de mentira consciente cuando el funcionario que lleva a cabo el interrogatorio induce al imputado a confesar a través de la afirmación de que existían pruebas contundentes en su contra. En cambio, las informaciones jurídicas erróneas, por descuido, que inducen al acusado a confesar no constituyen un supuesto de inadmisibilidad.

C) Intervención del agente encubierto e incitación al delito

El crimen organizado reviste, hoy en día, una importancia capital. Se buscaría en vano un país que, de una u otra forma, ignore esta forma de delincuencia. Sus actividades se extienden al tráfico de drogas, la falsificación de documentos, moneda y tarjetas de crédito, el fraude, el blanqueo de capitales, el tráfico de armas y explosivos, la receptación, el robo con fuerza, la sustracción de vehículos de lujo, la inmigración ilegal, la extorsión, el secuestro, el contrabando..., etc.

91

Precisamente, una de las mayores dificultades para abarcar, conceptualmente, el fenómeno del crimen organizado reside en la tecnología flexible del delito y en la variedad de los medios para delinquir. Las formas modernas del delito organizado alcanzan desde la extorsión hasta la criminalidad económica, sin olvidar el tráfico de drogas, la falsificación de moneda, el robo de objetos de arte, antigüedades, bienes de gran valor, así como la introducción clandestina y colocación ilegal de extranjeros.

Aunque las legislaciones difieren al concretar el fenómeno del crimen organizado, pueden considerarse las siguientes características básicas: asociación duradera de una pluralidad de personas; estructura organizativa jerarquizada; actuación planificada y con división de funciones; realización de negocios ilegales adaptados en cada momento a las necesidades de la población; tecnología flexible del delito y variedad de medios para delinquir; aspiración a posiciones de poder económico o político; e internacionalización de su actividad.

Simplificando, se entiende por criminalidad organizada las actividades ejecutadas por todo grupo de al menos tres personas, vinculadas entre sí por relaciones jerárquicas o personales, que permiten a sus jefes enriquecerse, controlar territorios o mercados, interiores o extranjeros, gracias a la violencia, la intimidación o la corrupción, tanto

serviéndose de una actividad criminal como infiltrándose en la economía legal. En definitiva, si algo caracteriza al crimen organizado es la magnitud, la sofisticación y la complejidad de su organización, a lo que no es ajena su capacidad para disponer de grandes sumas de dinero.

A esta caracterización responde la definición legal del crimen organizado que se contiene en el art. 22-A CP: “Se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un conjunto de personas dedicadas a mantener una estructura jerarquizada, con el propósito de planificar y ejecutar hechos antijurídicos con la finalidad de lucrarse con bienes y servicios ilegales o realizar actividades de terrorismo” y añade: “También se considerará crimen organizado aquellas conductas que por sí o unidas a otras, cometidas por dos o más personas tienen como fin o resultado cometer los delitos de homicidio, homicidio agravado, privación de libertad, secuestro, robo, robo agravado, extorsión, asociaciones ilícitas, falsificación o alteración de moneda, actos de terrorismo, comercio de personas, contrabando, lavado de dinero y activos, tráfico, fabricación y comercio ilegal de armas de fuego, y los comprendidos en el Capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas”.

92

En todos estos casos, la existencia de una estructura organizada de poder, constituida con una vocación de permanencia, supone un incremento significativo de los peligros contra bienes jurídicos esenciales de la convivencia y esto explica que, para incrementar la eficacia en la persecución de los delitos realizados por el crimen organizado, exista una tendencia, común a todas las legislaciones, a crear formas excepcionales de investigación, las más características la intervención de agentes encubiertos y la provocación del delito.

Al examinar la actuación del agente encubierto, hemos de partir de un doble presupuesto: por un lado, no es posible renunciar a la intervención de funcionarios policiales como agentes encubiertos; por otro, es preciso evitar cualquier forma de abuso o arbitrariedad.

El agente encubierto es un funcionario policial que investiga durante un tiempo prolongado bajo una identidad alterada (ROXIN). No obstante, hay que advertir que en la denominación genérica “operación encubierta” se incluyen una gran variedad de supuestos, que no afectan, con la misma intensidad, a los derechos de las personas investigadas.

En efecto, la policía, para combatir la delincuencia organizada, recurre a muy variadas formas de infiltración, como por ejemplo la falsa compra y la falsa venta de drogas, en las que el agente encubierto se presenta al sospechoso, según los casos, como un comprador o vendedor potencial, en ocasiones incluso exhibiendo fugazmente importantes sumas de dinero —flash-roll—; las entregas vigiladas y controladas, que consisten en permitir la circulación de mercancías prohibidas, aunque bajo la vigilancia

de los agentes, que pueden tener una intervención más activa colaborando en el proceso de entrega, transportando o guardando los géneros prohibidos; o la infiltración en redes y grupos criminales, que presenta un carácter permanente, puesto que la actuación policial, a diferencia de las anteriores, no tiene como objetivo una transacción determinada, sino que persigue un fin mucho menos preciso, obtener información sobre los delitos cometidos o en preparación. Así pues, según los casos, la infiltración policial puede ser de corta o larga duración, el contacto entre el agente y el autor potencial más o menos intenso y la participación de aquél en el hecho delictivo más o menos directa.

No obstante, a pesar de su variedad, todas las operaciones de infiltración presentan algunas características comunes: la disimulación, es decir, la ocultación de la condición de agente oficial y de sus verdaderas intenciones; el engaño, puesto que toda operación de infiltración se apoya en una puesta en escena que permite al agente obtener la confianza del sospechoso; y, finalmente, la interacción, es decir, la existencia de una relación directa y personal entre el agente encubierto y el autor potencial.

La validez de estas actuaciones policiales no debe examinarse, como por lo demás es frecuente, únicamente desde la perspectiva de la existencia o no de provocación delictiva, sino que, además, es preciso tener en cuenta que su admisibilidad obliga a considerar si los agentes infiltrados, en su actuación, han respetado las limitaciones que resultan del respeto a los derechos fundamentales de las personas investigadas. La intervención de un agente encubierto, a diferencia de otras formas de investigación, permite abarcar numerosos aspectos de la vida privada de la persona y, por ello, afecta intensamente a la intimidad del investigado.

93

Sin embargo, su impacto en este ámbito varía según la clase de infiltración. Es lógico pensar que la intensidad de la injerencia es menor en el supuesto de una falsa adquisición de droga, donde el contacto que se establece entre el supuesto comprador y la persona que busca concluir la transacción presenta un carácter momentáneo, se basa en relaciones episódicas y generalmente de muy corta duración. Pero, en el caso de las denominadas entregas controladas, o cuando se trata de la infiltración en redes organizadas, se requiere una intervención más activa del agente, que debe recurrir a engaños muy elaborados para sorprender la confianza de las personas investigadas. Además, en estos casos, a diferencia de lo que sucede con las simples operaciones de compra y venta, suele tratarse de operaciones de muy larga duración, por lo que el riesgo de que el agente obtenga informaciones extrañas al objeto de la investigación es todavía mayor.

Por ello, estas modalidades de infiltración policial, que constituyen una injerencia especialmente intensa en la esfera individual deben ser objeto de una regulación legal específica, que consagre el principio de reserva jurisdiccional en el control de su aplicación y, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, la limite a los casos de criminalidad grave, siempre que no produzcan la consecuencia de aumentar la amplitud

del delito o su gravedad y sólo se pongan en práctica cuando los medios tradicionales de investigación resultan insuficientes.

Este es el sentido de algunas legislaciones que condicionan la aplicación de estas medidas de investigación a que se obtenga una autorización judicial previa, que sólo podrá concederse cuando existan indicios serios de que el delito está a punto de ser cometido; a que pueda suponerse razonablemente que los medios normales de investigación no tendrían éxito; a que se trate de la investigación de un delitos graves, relacionados con la actuación de grupos organizados; y sólo cuando la aplicación de estas medidas de investigación no provoque el incremento de la amplitud del delito o su gravedad. Además, cuando la actuación policial tiene por objeto una persona determinada, o el agente ha de penetrar en una habitación no accesible al público, resulta necesaria la autorización judicial y se le obliga a advertir de su presencia a las personas ajenas a la investigación, siempre que con ello no se comprometa su seguridad o el éxito de la operación.

94

Cumplidos estos requisitos derivados de la exigencia de proporcionalidad, la validez de las pruebas obtenidas se subordina a que las autoridades, con su actuación, no hayan provocado la realización de la actividad delictiva. La policía, cuya tarea principal es luchar contra la delincuencia, no puede contribuir a la realización del delito induciendo al sospechoso a ejecutar la infracción. En su actuación, ha de limitarse a crear la ocasión adecuada para que el delito se cometa en condiciones tales que sea posible constatar su realización e identificar a sus autores, pero en ningún caso incitar a su comisión, haciendo nacer en el provocado la resolución criminal. Lo decisivo es, pues, que el designio criminal haya surgido en el autor libremente, sin ninguna intervención del agente de policía. Por tanto, no toda provocación policial ha de considerarse cubierta por este precepto que, únicamente, admite la validez de la “provocación o incitación de conductas a efecto de poder comprobar los hechos delictivos que se investigan” y, por tanto, cuya comisión no es originada, directamente, por la actuación del agente encubierto.

No obstante, distinguir entre provocación delictiva inadmisibles y la mera infiltración lícita no es, ni mucho menos, una tarea sencilla, sobre todo cuando en el momento de producirse la intervención policial todavía no existen elementos objetivos que permitan establecer que la ejecución de la actividad criminal ya ha comenzado. No es extraño, por tanto, que la doctrina y la jurisprudencia de todos los países hayan realizado un importante esfuerzo en concretar las condiciones de admisibilidad de las operaciones policiales de infiltración. Tanto en el Derecho angloamericano como en el continental, se ha desarrollado a favor del acusado un sistema de protección contra la provocación delictiva, con el que se pretende evitar que ciudadanos inocentes se vean forzados a delinquir por la actuación abusiva de los agentes encubiertos.

La regla general es condicionar la licitud de estas intervenciones a que los agentes no provoquen directamente la infracción, admitiendo que puede declararse la

responsabilidad del incitado únicamente en aquellos casos en que el designio de cometer el delito ha surgido sin intervención de la policía, es decir, cuando la provocación no persigue producir el hecho delictivo, sino descubrir los cauces por los que venía fluyendo la actividad criminal. En estos casos, la responsabilidad se exige al autor teniendo en cuenta que el hecho criminal no ha surgido a estímulos del provocador, sino que existiendo con anterioridad, aunque de manera oculta, la intervención policial se limita a poner al descubierto las anteriores actividades delictivas.

Esta doctrina, que parte de la distinción entre el delito provocado y la actividad delictiva preexistente descubierta por la intervención del agente encubierto, es la actualmente dominante en el Derecho comparado.

En el Derecho norteamericano, aunque se acepta pacíficamente que la policía puede dar facilidades para la comisión del delito, proporcionando una ocasión adecuada para su ejecución, no se admite que el agente incite su comisión, haciendo surgir en el individuo la resolución criminal. Se distingue entre una actividad encaminada a procurar una oportunidad para ejecutar el delito, que es considerada lícita, y otra, ilegal, dirigida a originar en el sospechoso la intención delictiva. Si se sobrepasa este límite y la actuación policial hace nacer la decisión de cometer la infracción, que de otro modo no se habría traducido en el hecho delictivo, cabe que el provocado sea absuelto.

95

En su concepción tradicional, los Tribunales norteamericanos han venido aplicando la doctrina de la doctrina de la “entrapment defense” desde una óptica subjetiva, considerando por un lado que en el origen de la intención delictiva se encuentre la intervención del agente provocador y, por otro, que en el provocado no existiese una predisposición para delinquir. Así, pues, en un primer nivel se examina si el designio criminal ha sido originado por la acción de la policía, es decir, si ésta con su comportamiento ha incitado a la realización del delito; posteriormente, se considera si el sospechoso se encontraba o no predispuesto a cometer la infracción. De tal modo que si existió incitación por la policía, y la acusación no logra demostrar que existiese tal predisposición en el sospechoso, el acusado será absuelto.

Estos criterios fueron aplicados, por vez primera, en el caso *Sorrells c. United States* (287 U.S. 435 (1932)), referido a un supuesto de suministro de alcohol en la época de la prohibición. Un agente de policía, ocultando que actuaba oficialmente, realizó una visita al sospechoso, con quien había servido en la misma división durante la Primera Guerra Mundial. El agente invocó esta circunstancia para ganarse su confianza y pedirle que le proporcionase alcohol. A pesar de ello, en un primer momento rehusó proporcionárselo. Sólo después de reiterar la petición, insistiendo en ella de manera persistente terminó por aceptar y le entregó medio galón. Para el Tribunal Supremo el acusado había sido incitado y provocado por un agente de policía a cometer un delito, para el que no tenía predisposición. La segunda decisión importante en esta materia es la dictada en el caso *Sherman c. United States* (356 U.S. 369 (1958)). Los

antecedentes de este asunto se refieren a un policía que estableció contacto con el acusado en la consulta de un doctor, especializado en el tratamiento de la toxicomanía. El agente se dirigió al sospechoso y le pidió droga. El acusado, en un primer momento, rehusó proporcionársela, pero ante la insistencia del policía terminó accediendo. El Tribunal Supremo consideró que se había producido una provocación ilegal, puesto que no existía prueba de que el acusado estuviese vinculado al tráfico ilegal de la droga.

Por el contrario, en el caso *United States c. Russell* (411 U.S. 423 (1973)) el Tribunal Supremo anuló la absolución pronunciada por un Tribunal de Apelación. El agente encubierto había establecido contacto con el acusado, de quien se sospechaba que se encontraba involucrado en la fabricación y venta de estupefacientes. El agente colaboró con el sospechoso y, antes de detenerle, le proporcionó un producto esencial para la fabricación de la droga. Para el Tribunal de Apelación, que había absuelto al acusado, la actuación del agente encubierto resultaba inaceptable y contraria a los principios del proceso debido. En cambio, para el Tribunal Supremo la existencia de predisposición excluía la ilicitud de la provocación. También en el caso *Hampton c. United States* (425 U.S. 484 (1976)) el Tribunal Supremo de los Estados Unidos rechazó la invocación de la cláusula del proceso debido en relación con una condena por venta de droga a un agente del gobierno, examinando la solución del caso desde la perspectiva tradicional de la incitación y la predisposición al delito.

96

La doctrina norteamericana ha criticado enérgicamente la aplicación del “test subjetivo” para determinar si existe una provocación ilegal, por las facilidades que se conceden a la acusación para demostrar la existencia de una predisposición al delito. La consecuencia es que la policía, una vez tiene la certeza de poder acreditar la predisposición del provocado, puede recurrir a toda clase de maniobras para demostrar la culpabilidad del autor, sin el riesgo de ver censurada su actuación. Por ello, se propugna la sustitución del test subjetivo por otro de carácter objetivo basado en el control de la acción policial, en lugar de centrarse, como hasta ahora, en la eventual predisposición del acusado. El fundamento de la exclusión de la punibilidad residiría, entonces, en la consideración de que los poderes públicos, en su actuación, están obligados a respetar ciertas reglas mínimas, para no inducir a una persona, que normalmente observa las leyes, a cometer una infracción, que no se habría realizado de no haberse producido la intervención policial. De acuerdo con ello, un comportamiento de la policía que hubiera de estimarse objetivamente intolerable determinaría, sin más, la absolución del provocado.

La aplicación del test objetivo para determinar si la intervención del agente infiltrado se ha mantenido dentro de los límites marcados por la cláusula del proceso debido exige atender, por una parte, a la licitud del fin propuesto y, por otra, de los medios empleados para conseguirlo.

Atendiendo al fin perseguido por la actuación policial, la admisibilidad de este medio de investigación se condiciona a que se dirija contra un sospechoso, suficientemente individualizado, sin que sea lícito hacer objeto de investigación a personas tomadas al azar. Además, se consideran ilícitas las intervenciones que se concentran en una persona determinada, acosándola hasta conseguir hacerla delinquir. Las investigaciones deben tener por objeto la persecución de una actividad delictiva y no dirigirse contra una persona, a la que se selecciona deliberadamente por sus condiciones, particularmente, propicias para obtener la condena.

Atendiendo a la licitud de los medios empleados, se considera que la incitación no debe ser utilizada más que como un recurso excepcional, que obliga a agotar, previamente y sin resultado, otras vías convencionales de investigación. Se admite que el agente infiltrado, dentro de ciertos límites, pueda verse obligado a realizar actividades estrechamente relacionadas con el hecho delictivo, como por ejemplo vender, comprar, transportar o fabricar estupefaciente, pero la cláusula del proceso debido se considera violada cuando se ejecutan actos susceptibles de causar un grave daño a la sociedad. La minimización de los riesgos es, por tanto, un principio esencial para discernir entre las conductas autorizadas y las conductas no permitidas a los agentes de policía. Se consideran inadmisibles las peticiones reiteradas, las promesas de carácter sentimental, las ofertas de ganancias excepcionales, o la invocación a los sentimientos, como la camaradería, la piedad o el pretexto de padecer un sufrimiento intolerable. Por último, si la incitación conlleva la violación de los derechos constitucionales también es inadmisibile.

97

A una conclusión semejante se llega en el Derecho alemán. Señala ROXIN que en tanto el agente provocador se limite a “provocar” a los sospechosos, su actuación podrá considerarse cubierta por el art. 163 CPP. Distinto es el caso en el que se actúa contra una persona que no es sospechosa y siempre que el agente provocador ejerza una presión especial; pues en el primer supuesto faltan los requisitos de atribución de competencia, mientras que en el segundo supuesto la improcedencia del agente provocador policial resulta de la lesión del principio de proporcionalidad que domina todo el Derecho público. Esta concepción coincide con la sostenida por el BGH que ha reconocido la posibilidad de extinción de la pretensión penal pública contra imputados que habían sido inducidos a cometer hechos punibles en forma contraria al Estado de Derecho. La diferencia, sin embargo, reside en que los casos de actuación inadmisibile de agentes provocadores deben ser tratados como un motivo de exclusión de la pena de Derecho material; dado que el comportamiento contrario al Estado de Derecho no afecta al proceso, sino al acaecimiento del hecho, impide, por ello, el nacimiento de la pretensión penal.

En España, la jurisprudencia tradicional ha excluido la punibilidad en los casos de delito provocado, concebido como el resultado de la incitación del agente provocador, cuya actividad está guiada por el objetivo de formular denuncia contra el provocado, lo

que de entrada excluye cualquier posibilidad de que se pueda alcanzar el resultado desaprobado por la norma. La consecuencia para el Tribunal Supremo es la exclusión de la punibilidad, dada la ausencia de voluntariedad en la acción delictiva y la falta de auténtica materia digna de reprobación penal. La irresponsabilidad se afirma tanto respecto del provocado como del provocador, pues repudia la idea de que pueda adoptarse una solución diferente para cada uno de ellos (SSTS 22 junio 1950, 15 junio 1956, 27 junio 1967). Con posterioridad, ante el progresivo incremento de los casos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, se ha producido un cambio orientación jurisprudencial, que persigue declarar la responsabilidad del incitado cuando el designio de cometer el delito ha surgido sin ninguna intervención de la policía, es decir, cuando la provocación no persigue producir el hecho delictivo, sino descubrir los cauces por los que venía fluyendo la actividad criminal. La responsabilidad se exige al autor teniendo en cuenta que el hecho criminal no ha surgido a estímulos del provocador, sino que existiendo con anterioridad, aunque de manera oculta, la intervención policial se limita a poner al descubierto las anteriores actividades delictivas, por ejemplo la tenencia de droga destinada al tráfico.

98

Esta doctrina, sustancialmente idéntica a la mantenida en los EUA y Alemania, parte de la distinción entre el delito provocado y la actividad delictiva preexistente descubierta por la intervención del agente encubierto y como en estos países tiende a situar el fundamento de la exclusión de la responsabilidad y, por lo tanto, los límites en la actuación del agente provocador en la noción de proceso equitativo y en el principio del Estado de derecho.

III. JURISPRUDENCIA

Actuación del agente encubierto. “Los elementos de prueba obtenidos por el agente encubierto permiten deducir al juez ordinario la responsabilidad del imputado en el hecho investigado y por otro lado, posibilitan a la Sala de lo Constitucional poder determinar si las autoridades demandadas han obtenido esos elementos probatorios en quebrantamiento o no de derechos fundamentales. La figura del agente encubierto no puede ser considerada *per se* inconstitucional, ni por el contrario puede afirmarse de manera general, que esté revestida de total constitucionalidad, ya que dependerá en cada caso de cómo se haya desarrollado la actuación policial. Si el agente encubierto se infiltra en una organización criminal, no encuentra resistencia a la comisión de hechos con toda certeza conocidos como punibles y el imputado actúa con libertad y espontaneidad y si bien los hechos surgen a raíz del contacto que impulsa el agente encubierto, debe tenerse en cuenta que la decisión última queda reservada al sujeto investigado; por lo que no sería adecuado reconocer hay violación a sus derechos” (*Hábeas Corpus*, 15-03-01).

“Prueba prohibida”. “Cuando la recolección e ingreso de prueba en un proceso penal, no ha cumplido con las exigencias previstas en la Constitución específicamente

el respeto a derechos fundamentales, nos encontramos frente a un caso claro de prueba prohibida. El autor Juan Antonio Durán Ramírez expresa en su obra “La Prueba Prohibida en el Proceso Penal Salvadoreño”, que la obtención de prueba mediante quebrantamiento de derechos fundamentales y de garantías constitucionales, así como su utilización, no únicamente puede producir la ineficacia de la prueba dentro del proceso penal, sino que además produce efectos respecto del sujeto que infringe tales derechos. La doctrina expuesta, nos lleva a considerar que la recolección de prueba realizada sin la presencia de defensor, supone efectivamente una lesión al derecho fundamental consagrado en el Art. 12 de la Constitución de la República, convirtiéndose ésta en una prueba prohibida, sin que los órganos judiciales estén autorizados a otorgar validez probatoria alguna a los resultados derivados de la misma; y que, por consiguiente, al fundamentar la restricción al derecho de libertad en tales resultados (con afectación al derecho de defensa), es decir, infringiendo el derecho de defensa del favorecido, trae como consecuencia violación a su derecho de libertad” (*Hábeas Corpus*, 29-10-01).

Agente provocador y agente encubierto. “El agente provocador se diferencia del agente encubierto en razón de la actividad que realiza, ya que el último es una modalidad del primero; pues el primero induce o instiga a la comisión de un ilícito, en cambio el segundo en ningún momento realiza tales funciones, en tal sentido el tratadista Juan Muñoz Sánchez en su obra ‘El Agente Provocador’, dice que agente encubierto, son funcionarios de la Policía, que actúan en la clandestinidad, generalmente con otra identidad, desempeñando sus tareas de represión o prevención del crimen, generalmente se trata de policías infiltrados en el ambiente criminal cuya actividad se dirige a descubrir a las personas que dirigen una organización criminal, es decir, que los Agentes Encubiertos, sus funciones pueden perfilarse básicamente a observar determinadas personas, pero sin provocar hechos delictivos o sea que su tarea es la de castigar al autor”. (*TS. Ciudad Delgado*, 22-11-99).

99

Agente encubierto. “El agente encubierto consiste en infiltrarse en una organización dedicada al crimen, sea o no organizado, haciéndolo en forma clandestina o secreta para los miembros de dicha organización, enquistándose en sus estructuras, controlando sus actividades, para obtener información y posteriormente recolectar evidencias, para luego declarar contra los acusados” (*TS. San Vicente*, 01-11-99).

Excepción de la buena fe. “... En el caso que nos ocupa la policía inicia un procedimiento de detención y estando privados ya los imputados de libertad por la imputación de un delito en flagrancia, los presenta a los testigos para que los reconozcan como autores de los hechos. Tal proceder no puede estimarse de buena fe, puesto que se están transgrediendo los mismos derechos que los policías dicen informar a los imputados. Básicamente el derecho a contar con un defensor. Se transgrede así las normas que prescriben: 87 N°3 y 241 N° 9 CPP que garantiza el aseguramiento de la defensa. Y se abroga la policía facultades que no le establecen positivamente los artículos 241 y 243 CCP en cuanto ordenar o permitir el reconocimiento de una persona que es

una facultad exclusiva de la jurisdicción, artículo 211 CPP. En tal sentido ante tales infracciones no puede estimarse que los agentes de policía hayan procedido de buena fe y al no ser de recibo esta excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita, esta misma debe ser desestimada para efectos de valoración por ser ilícita y lesionadora de la garantía fundamental de defensa” (TS 3° San Salvador, 01-02-02).

16

INOBSERVANCIA DE LAS GARANTÍAS

La inobservancia de una regla de garantía establecida en este Código no se hará valer en perjuicio de aquel a quien ampara, salvo en los casos contemplados en el Artículo anterior. (9)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 15

100

II. COMENTARIO

Como ha aclarado MAIER, “si, a pesar del vicio en la obtención de un medio de prueba, el acto, objetivamente, favorece al imputado y, como consecuencia, la decisión ha de serle favorable, la valoración es inobjetable, cualquier que sea la consecuencia jurídica aplicable a quien utilizó el medio prohibido (...) pues ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador”.

Por tanto, la regla general de prohibición de valoración de la prueba ilícita tiene una única excepción en aquellos supuestos en que los resultados obtenidos con la misma sean favorables al imputado, es decir, se trata de reconocer a la prueba ilícita una eficacia “in bonam partem”, en los casos en que la misma aporte elementos de descargo para el imputado.

Aunque ésta no es una cuestión pacífica en la doctrina, la solución requiere una adecuada ponderación de los intereses en juego que asegure en todo caso que ningún inocente será condenado. Es decir, no se trata de reconocer plena eficacia a la prueba de descargo ilícita, sino de otorgarle una eficacia limitada para declarar la inocencia del inculpado o encaminada a desvirtuar el resultado de las pruebas de cargo practicadas en el proceso.

El único límite a este reconocimiento de eficacia se encontraría en aquellos supuestos en que de la prueba ilícita resultasen tanto datos incriminatorios como datos de descargo. Tales casos, ciertamente, requerirán una solución única que evite el desmembramiento de la prueba, admitiendo la parte favorable y rechazando la parte perjudicial, por las dificultades de su aplicación, resultando entonces preferible optar por la ineficacia total.

17

INTERPRETACIÓN

Se interpretarán restrictivamente todas las disposiciones legales que coarten la libertad personal, que limiten el ejercicio de un derecho o facultad conferida a los sujetos procesales o que establezcan sanciones disciplinarias.

La interpretación extensiva y la analógica quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 5

II. COMENTARIO

La actuación de la ley procesal, como la de cualquier otra norma jurídica, precisa su interpretación. A primera vista, parecería que la norma procesal ha de estar sometida a los mismos principios de interpretación que rigen para el Derecho penal material y, en este sentido, suele afirmarse que, en cuanto restrictivas de la libertad, las normas del proceso penal no son susceptibles de interpretación extensiva o analógica.

Más exactamente este precepto impone la interpretación restrictiva de las reglas que coarten la libertad personal, limitan el ejercicio de un derecho o facultad procesal o establecen sanciones disciplinarias. En realidad, el mandato legal no es más que la fiel transposición al Derecho procesal de las reglas de interpretación del Derecho penal material y, en rigor, significa que la interpretación de la norma procesal ha de tener como límite la interpretación literal, a no ser que favorezca al imputado o al ejercicio de sus facultades procesales, en cuyo caso sí se encuentra permitida la interpretación analógica y extensiva.

La exclusión de la interpretación analógica y extensiva en el Derecho penal material es una manifestación del principio de legalidad, en cuya virtud la aplicación del precepto penal debe tener por condición y por límites las palabras expresas de la ley. Lo que el legislador no ha dicho expresamente no se considera jamás que lo haya querido decir. No hay indagación posible acerca de cuál sea el espíritu general de la ley para acomodar el precepto a un supuesto de hecho que no ha sido legalmente previsto.

Si la regulación procesal no tiene por objeto delimitar las conductas prohibidas, sino descubrir hechos, resulta difícil entender que la aplicación del Derecho procesal haya de ceñirse necesariamente a la “lex stricta”.

Ahora bien, en el curso del proceso pueden causarse limitaciones efectivas a los derechos del inculpaado y, en tales casos, debe entenderse prohibido el recurso a la integración analógica de las leyes procesales penales, a no ser, claro está, que dé lugar a una norma más favorable para el reo.

102 En estos casos, debe tenerse en cuenta que, en virtud del principio general de libertad, que la Constitución incorpora en el art. 1, resulta que sólo por ley es posible imponer restricciones a los derechos individuales en ella garantizados. La misma Constitución contiene previsiones específicas, vinculando la privación individual de determinados derechos a la existencia de una previsión legislativa, es decir, nunca otorgando apoderamientos abiertos e incondicionados. Es el caso, por ejemplo, de la fórmula con que la Constitución admite las privaciones a la libertad personal “ex art. 13” (“ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley”) o de residencia “ex art. 5” (“nadie puede ser obligado a cambiar de domicilio o residencia, sino por mandato de la autoridad judicial, en los casos especiales y mediante los requisitos que la ley señale”).

Establecida la existencia de una reserva legal como exigencia constitucional, el juez, como garante del derecho, actúa como una especie de mediador entre la Constitución y la ley, que sólo puede ser interpretada y aplicada en términos compatibles con la Constitución. Se viene así a consagrar una regla de interpretación característica de las normas constitucionales, la “regla de la interpretación conforme”, que no es precisamente un criterio de interpretación tradicional, sino una especie de directriz para seleccionar, de entre los varios entendimientos de un precepto legal, aquel que mejor se ajusta a las exigencias constitucionales.

Con este nuevo perfil, que incorpora la eficacia directa de la norma constitucional, es como debe entenderse el alcance de la norma contenida en este precepto, el cual, consiguientemente, más que consagrar la exigencia de la “lex stricta”, ha venido consagrar la regla del “favor libertatis”, cuando se trata de la aplicación judicial de normas procesales coercitivas y, en suma, privativas de derechos.

Lo que en cualquier caso es seguro es que en la interpretación de las normas procesales no rige el principio tradicional del proceso penal “in dubio pro reo”, establecido en el art. 5 CPP. La razón es clara: en el proceso no se trata, como al aplicar el Derecho material en la sentencia, de rigor o benevolencia, por lo que resulta equivocado entender este principio en función de la interpretación de la ley procesal penal.

En realidad, lo que aquí se propone como “interpretación favorable al reo” no es algo diferente de lo que se conoce como interpretación restrictiva, que obliga a elegir, tratándose del ejercicio de la coerción estatal, la opción menos gravosa para el imputado. En definitiva, nada radicalmente distinto de la regla “favor libertatis”.

18

GENERALIDAD

Las garantías y principios previstos en este Código serán observados en todo procedimiento a consecuencia del cual se pueda aplicar una sanción penal o cualquier disposición restrictiva de la libertad, aun cuando se trate de medidas respecto de menores de edad.

103

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 35
- LMI, 5, 46 a 49
- CDN, 1, 3, 37 y 40

II. COMENTARIO

Los principios y garantías examinados rigen no sólo en el proceso penal, sino en todos los procesos sancionadores, como el militar, el administrativo sancionador o el de menores, al que de forma especial se refiere este precepto.

En cuanto a este último, en particular, hemos de señalar que, al igual que el proceso de adultos, se estructura como un auténtico proceso acusatorio, en el que la investigación se encuentra en manos de la fiscalía, correspondiendo al juez de menores determinar la existencia de la infracción y la aplicación de las medidas correspondientes.

Rige, en toda su plenitud, el principio del juicio previo, que se corresponde con los principios de jurisdiccionalidad y de legalidad del proceso, así como principio de inocencia

y el de defensa, en el que se inspira el carácter contradictorio del procedimiento y la vigencia de la igualdad de armas.

La vigencia de estos principios encuentra su fundamento en la consagración del principio del debido proceso, al que se refiere el art. 5 de la Ley del menor infractor, al reconocerle el derecho a que en el enjuiciamiento de menores se observen las reglas del debido proceso.

La Ley del menor también consagra el principio de inocencia, en el sentido de que ninguna sanción penal o equivalente le será impuesta al menor, si no es una vez que su culpabilidad haya sido establecida según la ley, es decir, en el seno de un proceso contradictorio en el que se beneficiará, sin restricciones, del derecho de defensa.

Además, del principio de inocencia resultan importantes limitaciones en lo que se refiere a la aplicación de la prisión o el internamiento provisional a los menores de edad. Según disponen los arts. 5 y 15 de la ley, el internamiento es una medida excepcional, que sólo debe ser aplicada como último recurso y por el menor tiempo posible.

104 Completa el sistema de garantías el principio de inviolabilidad de la defensa en juicio, del que resulta, por una parte, la configuración del proceso penal de menores como un proceso contradictorio y, por otra, la obligación de proveer al menor de un defensor tan pronto resulte necesario, según el estado del procedimiento y, en todo caso, cuando el niño se ve privado de su libertad.

De acuerdo con ello, en el art. 5 de la Ley del menor se establece que el menor tiene derecho a ser asistido por un defensor desde el principio de la investigación, a ser informado del motivo de su detención y de la autoridad responsable de la misma, a solicitar la presencia de sus padres, tutores o responsables, a no ser obligado a prestar testimonio, ni a declarar contra sí mismo y a ser asistido por un intérprete cuando no comprenda o no hable el idioma castellano.

Por la especificidad propia del proceso de menores, el derecho de defensa se amplía, en cuanto que se reconoce al menor el derecho a ser representado, a ser oído, a proponer pruebas y a interponer recursos (art. 46) y se faculta a los padres y tutores a intervenir en el procedimiento (art. 47). Además, se impone la asistencia de un defensor, que podrá ser designado por sus padres, tutores o responsables, además de por el menor mismo (art. 48) y, de no existir defensor designado, su defensa la asumirá el Procurador de la República (art. 49) y en su defecto se le designará un defensor de oficio.

También en el proceso de menores se permite la intervención de la víctima, aunque con facultades limitadas, en razón de la finalidad educativa que es propia de este proceso.

Por ello, sólo se le permite intervenir para conciliar, desistir o presenciar la vista de la causa.

Hemos de destacar que revisten especial importancia las limitaciones a la publicidad procesal que se imponen en este proceso, en aras a salvaguardar los intereses del menor infractor. Su intimidad será siempre respetada y no se publicará información alguna que permita identificarle. Esta prohibición general se completa con un régimen especial de publicidad para las audiencias procesales, sumamente restrictivo y el carácter estrictamente confidencial de los registros antecedentes.

Por último, en materia de menores hay que tener en cuenta, además de la Ley del Menor Infractor (LMI), la Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor (LVCEMMI), la Ley del Instituto salvadoreño de Protección al Menor (LISPM) y el Reglamento General de los Centros de Internamientos de los Menores Infractores (RGCIMI). Toda esa legislación data de mediados de los noventa y es modélica en su género, siendo un desarrollo a nivel secundario del art. 35 Cn, que impone al Estado la obligación de proteger a los menores, y de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Dicha convención, que fue ratificada por EL Salvador por DL 487/1990, de 27 de abril (DO 9/5/ 1990), entiende por niño a los menores de dieciocho años, y les otorga, en sus arts. 37 y 40, prácticamente los mismos derechos y garantías que establece el Código para los imputados mayores de edad.

TÍTULO II

ACCIONES

CAPÍTULO I

ACCIÓN PENAL

SECCIÓN 1a.

EJERCICIO

19

EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

106

La acción penal se ejercitará de los siguientes modos:

- 1) Acción pública;
- 2) Acción pública, previa instancia particular; y,
- 3) Acción privada.

Corresponde a la Fiscalía General de la República ejercer la acción penal pública, para la persecución de oficio de los delitos en los casos determinados por este Código; asimismo, cuando la persecución deba hacerse a instancia previa de los particulares.

Corresponde a los particulares en los casos determinados en la ley, el ejercicio de la acción penal privada.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 14, 172, 193 2º 3º, 4º y 5º
- CPP, 13, 26, 2, 28, 31.8, 40, 41, 83, 95, 99, 224.3, 229, 232, 235, 237, 238, 239, 246, 253, 254, 257, 269, 270, 271, 273, 313, 321, 325, 400

II. COMENTARIO

Los estudios que los procesalistas han efectuado sobre la acción son una constante en la evolución de esta disciplina. En este sentido, ALCALA ZAMORA (*“Veinticinco años de evolución del derecho procesal, 1940-1965”*. México, 1968, p.141) consideraba el “tema eterno de la acción” como uno de los “preferidos” en las últimas décadas, habiendo producido una bibliografía desbordante, a la que también se refería CALAMANDREI (*“La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina”*, en *“Opere giuridiche”*, I, Nápoles, 1965, p.514), manifestando que la “teoría de la acción que, como la noche de la leyenda, son mil y una, y todas maravillosas”. PEKELIS (*Ver la voz Azione, en el Nuevo Digesto Italiano, II, Torino, 1938, p.91*) ponía de manifiesto la multitud de acepciones en que se usa jurídicamente el término acción, y es igualmente conocido el retruécano de REDENTI (*Diritto processuale civile, Milán, 1949. T. I, p.31*) cuando señala que “con la acción (actividad procesal) se propone al juez la acción (pretensión) y el Juez decidirá si la acción (derecho) existe”.

El Derecho romano no era un sistema de derechos subjetivos sino un sistema de acciones, de modo que cuando los juriconsultos trataban de describir una relación jurídica lo hacían desde el punto de vista de la acción, o dicho en palabras más sencillas, un ciudadano romano no se preguntaba, ante una determinada situación, que derecho subjetivo tenía, sino que acción podía ejercitar. Esta identificación entre derecho material y acción (teoría monista), continuó por influjo de los tratadistas del Pandectas. Así durante mucho tiempo, como advierte CASTÁN (*“Derecho civil español, común y foral”*, T. I, Vol. II; Madrid, 1971, p.63), venía predominando entre los civilistas la opinión de que la acción es el derecho mismo o un elemento esencial de él. Consecuentemente con ello, no existía, como escribía GÓMEZ ORBANEJA (*“Derecho Procesal Civil”*, vol. I, Madrid, 1976, p.226), una ciencia del derecho procesal propiamente dicha, bastándole al procesalista realizar la descripción formal de los actos del proceso. Así, según frase célebre de DEGENKOLB, el procesalista vivía del crédito que le abría el civilista, con lo que se consideraba la acción como la forma especial que adopta el derecho cuando se le lesiona, o dicho en palabras de PUCHTA, el derecho subjetivo en pie de guerra.

La rotura de la visión monista del concepto de acción se inicia a partir del s. XIX, como resultado de la polémica entre WINSCHIED y MÜLLER (1856-1857), comenzándose a distinguir entre derecho subjetivo por un lado y la acción por otro, siendo éste el derecho a obtener la tutela judicial por parte del Estado. Existirá, pues, una multiplicidad de derechos subjetivos o materiales, pero la acción será solamente una, consistente en la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que se pronuncien sobre una pretensión.

A partir de entonces, de nuevo, los estudios sobre la naturaleza jurídica de la acción van a discurrir por dos distintas líneas doctrinales, dando lugar a las denominadas teorías concreta y abstracta. Los partidarios de la primera de ellas, iniciada por WACH,

consideraban a la acción como un derecho por sí, independiente y distinto del derecho material, dirigido contra el Estado, pero tendente a obtener frente al demandado el acto de tutela jurídica, consistente en una sentencia favorable de contenido determinado.

Frente a esta concepción concreta de la acción, se alzan las teorías abstractas, que se inician con DEGENKOLB y PLOSZ, denominadas de esta forma, porque se limitan a identificar la acción con la actividad jurisdiccional, independientemente del resultado del proceso, y, por lo tanto, que el mismo sea o no favorable a quien lo promueve. Desde este punto de vista, COUTURE (*"Fundamentos de Derecho Procesal Civil"*, p.57) definía la acción como "el poder jurídico, que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión", y FAIRÉN (*"La acción, el derecho procesal y el derecho político"*, en *"estudios de Derecho Procesal"*, Madrid, 1955, p.75), como "el derecho de excitar la actividad jurisdiccional del Estado", tratándose de un derecho público subjetivo procesal, de un derecho cívico, comprendido entre los derechos de la personalidad.

108

Hoy en día estamos asistiendo al fenómeno de la constitucionalización del derecho de la acción, ya COUTURE había puesto de manifiesto las conexiones existentes entre el Derecho Procesal y el Constitucional. En este sentido, es especialmente significativo, el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1958, según el cual "toda persona tiene derecho en régimen de igualdad a que su causa sea oída equitativa y públicamente por un tribunal independiente e imparcial, que decidirá ya de sus derechos y obligaciones, ya del fundamento de toda acusación dirigida contra aquélla en materia penal". Desde esta perspectiva, destacan CAPPELETTI y VIGORITI (*I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano"*, *Revista de Derecho Procesal*, 1971, p. 622) el derecho de acción y defensa como la más importante de las garantías constitucionales de las partes, garantía que prohíbe al legislador privar a los ciudadanos de los derechos materiales o sustantivos, negando a sus titulares el derecho de acceso a los tribunales de justicia.

La acción penal no puede identificarse con el derecho a una tutela judicial concreta, esto es a la imposición de una determinada sanción punitiva, favorable a la tesis acusatoria, ni tan siquiera a que se dicte por parte de los órganos jurisdiccionales una sentencia de fondo que decida sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, pues la acción penal cumple su cometido aún cuando el proceso finalice con una resolución judicial de sobreseimiento u otra clase, que cierre el paso al juicio oral. Así los supuestos de salida anticipada del proceso, a los que se refiere el nuevo CPP en diversos preceptos, como la desestimación (art. 249), el sobreseimiento (arts. 308 y 309), la conciliación (art. 32), el juego de los principios de oportunidad (art. 20) o la suspensión condicional del procedimiento (art. 22).

La acción penal se configura, pues, como un *ius ut procedatur*, o como actividad procesal de constatación de un hecho que, *prima facie*, reviste las características de

una infracción penal, para cuya comprobación se abre el procedimiento criminal, sin que éste necesariamente haya de finalizar con sentencia.

No ofrece duda, pues, que es la concepción abstracta de la acción la que corresponde al proceso penal, sin que podamos confundirla con la pretensión punitiva que, en este ámbito jurisdiccional, se identifica con el *ius puniendi*, que es monopolio exclusivo del Estado, una vez abolida la venganza privada como medio de reacción de los individuos ante la violación de la Ley. Por lo tanto, si el Ministerio Fiscal o el querellante no son titulares del derecho de penar, la acción criminal no puede concebirse como la pretensión de obtener una concreta sentencia condenatoria, sino simplemente de poner en marcha la máquina de la justicia para comprobar la verdad material del hecho imputado, y si en el mismo concurren los requisitos precisos a los efectos de imposición de una pena. La acción penal implica, pues, un “*ius ut procedatur*”, o derecho a la iniciación del proceso, realizándose la actividad precisa para descubrir los hechos y su autor (arts. 238 y 239 del CPP), la cual igualmente queda satisfecha cuando el mismo finaliza sin declaración de responsabilidad.

En este sentido se expresa FENECH (“*Curso elemental del Derecho Procesal Penal*”, Barcelona, 1945, p.389), cuando indicaba que “con la acción penal no se hace valer el derecho de castigar del Estado ni una pretensión punitiva, sino la pretensión meramente procesal, para que, mediante la intervención y decisión del órgano jurisdiccional, se declaren las circunstancias a que se ha hecho referencia y se establezcan los correspondientes efectos jurídicos, de tal manera que el interés quede satisfecho, incluso cuando fundado en resultados negativos, el tribunal absuelva al imputado”.

109

En definitiva, el “*ius puniendi*” corresponde exclusivamente al Estado, que es el único que lo puede ejercitar a través de los órganos jurisdiccionales. Lo que significa que los ciudadanos no disponen del derecho de penar, y que, por lo tanto, queda totalmente prohibida la autotutela privada, que sólo es permitida en los supuestos excepcionales en los que el Estado no puede dispensar protección a sus ciudadanos, como es el caso de la legítima defensa, que como causa de justificación se encuentra prevista en el art. 27.2 del CP. Por otra parte, la pena no es disponible para los particulares, pues una vez cometido el hecho ilícito, la sanción punitiva es la prevista en el CP, sin que la misma se pueda incrementar, rebajar o extinguir por acuerdo entre autor y víctima, aunque si caben supuestos excepcionales de disposición negativa como sucede en las infracciones penales dependientes de instancia particular (art. 26) o de acción privada, en los que la prosecución del proceso penal está subordinada a la excitación del particular afectado, y cabe la revocación de la misma (arts. 28 y 31.8).

Es igualmente obvio, que el “*ius puniendi*”, que corresponde al Estado, sólo puede ser ejercitado a través de los órganos jurisdiccionales, así lo establece el art. 14 de la Constitución de la República, cuando dispone que “corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas”, y siempre a través de una concreta actividad

que es el proceso penal, así se señala en el art. 1 del CPP que “nadie podrá ser condenado o sometido a una medida de seguridad sino mediante una sentencia firme, dictada luego de probar los hechos en un juicio oral y público...”.

Pues bien, a los efectos de que el Estado ejercite el “ius puniendi”, a través de los órganos jurisdiccionales, es necesario que se promueva la actuación de los mismos por medio del ejercicio de la acción penal, que corresponde a un órgano distinto e independiente de aquellos, que es el Ministerio Fiscal, el cual con la colaboración o no de un querellante, tiene la función de proceder a la investigación de los delitos y promover la acción penal ante los jueces y tribunales (art. 83).

Por todo ello, no cabe confundir la pretensión punitiva con la acción penal. Por el poder punitivo el Estado debe proceder a castigar los hechos delictivos, y por el poder de la acción pone en marcha el mecanismo del proceso a los efectos de comprobar la perpetración del ilícito penal y sus circunstancias, y, en su caso, instar la eventual imposición de la pena. Rige, pues, en el proceso criminal el principio “ne procedat iudex sine actore”, y es precisamente la acción penal, en sus diversas modalidades reconocidas en el art. 19 del CPP, el mecanismo para la consecución de tan legítimo fin.

110 Como dice CARNELUTTI (*Teoría del delito*, p.12), los tres términos delito, pena y proceso, son rigurosamente complementarios, excluido uno no pueden subsistir los otros dos: no hay delito sin pena y proceso, ni pena sin delito y proceso, ni proceso penal sino para determinar el delito y actuar la pena. En tal esquema, la acción penal es el mecanismo para que los órganos jurisdiccionales inicien el proceso a tal fin.

La acción penal es definida, desde este punto de vista, por SERRANO, RODRÍGUEZ, CAMPOS y TREJO como “la actividad encaminada a requerir la decisión justa del órgano jurisdiccional sobre una noticia de delito, para que se declare en un caso concreto, la existencia o inexistencia del derecho de penar o poder punitivo del Estado” (*Manual de Derecho Procesal Penal*, PNUD, p. 232, El Salvador, 1998).

En el CPP derogado, aún se confundía la acción con la pretensión punitiva, cuando en el art. 85 del CPP de 1974 se indicaba que de “todo delito o falta da lugar a una acción penal para el esclarecimiento del hecho y la aplicación de las sanciones que correspondan a quien o quienes resultaren responsables”, sin embargo en el nuevo texto legal se indica que la finalidad de la acción penal es la persecución de los delitos (art. 19), y que corresponderá a la Fiscalía General de la República la investigación de los delitos y promover la acción penal ante los jueces y tribunales.

En el sistema procesal de El Salvador el ejercicio de la acción penal, excepto en los delitos de acción privada (art. 28 del CPP), corresponde a un órgano distinto e independiente de los órganos jurisdiccionales que es el Ministerio Público, a quien le compete, conforme al art. 193.4º de la Constitución de la República “promover la acción

penal de oficio o a petición de parte”. Obligación que igualmente recuerda el art. 83 del CPP, cuando norma que “corresponderá a la Fiscalía General de la República dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal ante los jueces y tribunales”, y en este mismo sentido se expresa el art. 19 de dicha disposición legal. Es cierto que cabe la posibilidad de que la víctima o incluso, con carácter general, todos los ciudadanos o asociaciones de ciudadanos, cuando se trata, en este último caso, de delitos de especial trascendencia, puedan querellarse (arts. 13.1 y 95 del CPP); sin embargo la formulación del requerimiento fiscal, presupuesto de la audiencia inicial, es monopolio del Ministerio Público (art. 253), al cual, a tal efecto, se le remitirán las denuncias, querellas e informes de la Policía (arts. 235 y 237), debiéndose efectuar la solicitud de constitución como querellante a partir de la presentación de dicho requerimiento y hasta por lo menos quince días antes de la audiencia preliminar, sin que tal personamiento sea viable vencido dicho plazo (art. 99).

En definitiva, sin requerimiento fiscal ante el Juez de Paz, éste no está facultado para pronunciarse sobre el supuesto hecho delictivo. No obstante, cuando se acuerde por el Ministerio Público el archivo de las actuaciones, por no ser posible atribuir la comisión del hecho investigado a ninguna persona y no existen posibilidades razonables de hacerlo, dicha resolución podrá ser impugnada por la víctima, ante el fiscal superior, indicando los medios de prueba practicables que permitan establecer la identidad del imputado. Si el superior da la razón al fiscal inferior, las diligencias serán archivadas, caso contrario se ordenará continuar la investigación y formular requerimiento fiscal (art. 246).

111

El querellante podrá intervenir en el procedimiento, participar en la audiencia inicial (art. 254), interponer recurso de apelación contra las resoluciones del Juez de Paz en los casos de desistimiento, sobreseimiento definitivo, cuando se decrete la detención provisional o el embargo (art. 257). Durante la fase de instrucción podrá asistir a la declaración indagatoria del imputado (art. 269), requerir la realización de prueba anticipada, interviniendo en la misma (art. 270), así como en los registros, reconocimientos, reconstrucciones, exámenes periciales e inspecciones (art. 271), proponer diligencias de investigación (art. 273). Podrá, igualmente, intervenir en la audiencia preliminar, formulando la acusación o solicitando cualquiera otra de las resoluciones a las que se refieren los arts. 313 y ss., así como participar, como parte acusadora, en el juicio oral (art. 325).

En definitiva, podemos concluir que existe un órgano fundamental a quien compete el ejercicio de la acción penal, tratándose de los delitos públicos perseguibles de oficio o a instancia particular, que es el Ministerio Público. En segundo término, un órgano secundario de acusación que es el querellante particular, que se corresponde con la víctima del delito. Y, por último, la ley regula una acción popular constituida por la acusación o querrela ciudadana. De esta forma se garantiza un principio esencial del derecho procesal, cual es el recogido en la fórmula latina “nemo iudex, sine actore”,

que imposibilita la iniciación o prosecución del proceso sin la existencia de una parte acusadora que ejercite la acción criminal, al tiempo que, atribuyendo la investigación de los hechos delictivos al Ministerio Fiscal, se preserva la imparcialidad del Juez; pues que duda cabe que la misma se refuerza, si éste pierde su iniciativa en la fase de investigación criminal en manos de las partes acusadoras: Ministerio Fiscal y querellante particular o popular. En este sentido se ha escrito que para que “el inculpado tenga plena confianza en el Juez, deberá éste ser sólo Juez, pero no al mismo tiempo un perseguidor como es el Juez de Instrucción” (ZAFRA: “Posición del Ministerio Fiscal en el futuro proceso penal”; *Revista de Derecho Procesal*, 1961, nº 4, p.67).

Como caracteres de la acción penal podemos citar los siguientes:

A) *Publicidad*. La acción penal es pública, dado que una vez que el Estado prohíbe la tutela privada, asume la función de averiguar y perseguir los delitos, lo que hace a través de un órgano especializado a tal fin, que es el Ministerio Público, que promueve el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales para conseguir la actuación de la ley penal, contra aquéllas personas a las que se imputa la comisión de una o varias infracciones criminales tipificadas.

112 B) *Oficialidad*. Característica que viene a significar que, cometido un delito público, el Ministerio Fiscal tiene la misión de investigarlo y promover la acción de la justicia, sin necesidad de requerimiento de clase alguna, por parte de los particulares afectados por la infracción penal, en tanto en cuanto existe un indiscutible interés social de que el Estado ejercite el “ius puniendi”, frente a quienes atentan contra la convivencia ciudadana, o contra los derechos o valores fundamentales recogidos en el texto constitucional, conculcando la Ley Penal. Esta característica no es incompatible con la circunstancia de que existan determinados delitos para los que la apertura del proceso penal venga condicionada a la instancia del particular afectado (art. 26).

La oficiosidad en el ejercicio de la acción penal corresponde en los ordenamientos modernos al Ministerio Fiscal, y no a los órganos jurisdiccionales, e igualmente significa que la investigación de los hechos delictivos, por su complejidad y dificultad, no puede ni debe dejarse en manos de los ciudadanos, y es, por ello, que el art. 19 del CPP señala que “corresponde a la Fiscalía General de la República ejercer la acción penal pública, para la persecución de oficio de los delitos en los casos determinados por este Código, asimismo, cuando la persecución deba hacerse a instancia previa de los particulares”.

C) *La obligatoriedad*. Se dice que un sistema procesal se rige por el principio de legalidad o obligatoriedad, cuando el proceso ha de incoarse necesariamente ante la sospecha de la comisión de cualesquiera delito, sin que el Ministerio Fiscal esté autorizado a solicitar el sobreseimiento, ni el órgano jurisdiccional a acordarlo, en tanto subsistan los presupuestos materiales que lo han provocado y se haya descubierto el

presunto autor (VICENTE GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal, T. II, Proceso Penal, Valencia, 1990, p. 62*). LEONE (*“Tratado de Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, p. 141*) se refiere a la obligatoriedad en los términos siguientes: “Obligatoriedad significa que el Ministerio Público, tan pronto como ha llegado a él la “notitia criminis”, después de practicar las eventuales indagaciones preliminares, debe iniciar la acción penal y no puede, una vez iniciada, dejar de cumplir todos los actos consiguientes a la promoción de la acción penal”. Lo contrario, escribe GÓMEZ ORBANEJA (*Derecho Procesal Penal, Madrid, 1975, p. 79*) es dejar la acusación al arbitrio del que monopoliza la función (principio de oportunidad), con ello el Ministerio Fiscal, podrá eximir de la pena a cualquier acto punible por la sola razón de que la persecución le parezca inoportuna o intrascendente; y el Derecho Penal quedará mediatizado por consideraciones y reservas que no son las suyas propias.

Ahora bien, el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal no elimina toda determinación extrajurídica del Ministerio Fiscal, en cuanto que el mismo deberá valorar en cada caso si se dan los presupuestos fácticos y jurídicos para reputar al hecho procesal como constitutivo de delito, así como si puede aportar al proceso elementos de prueba bastantes para atribuir racionalmente a una persona su comisión; pues, en caso contrario, deberá de abstenerse del ejercicio de la acción penal, so pena del desprestigio y demérito que una acción infundada produce en la causa pública. Existe, pues, un cierto margen de discrecionalidad en manos del Ministerio Fiscal, en tanto en cuanto le corresponde decidir si cuenta con elementos bastantes para entablar la acción penal. Ahora bien, comoquiera que una valoración equivocada por su parte generaría la imposibilidad de la apertura o prosecución del procedimiento criminal, la Ley establece una serie de garantías al respecto, cuales son la atribución del ejercicio de la acción penal a la víctima del delito o a los ciudadanos, y la posibilidad del Juez de disentir del criterio del Fiscal, remitiendo las actuaciones a su superior jerárquico (arts. 13.1, 21-II, 95, 254, 257, 258, 313, 321, 325, etc.).

113

En el CPP rige también este principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal (arts. 83, 235, 238), si bien es cierto que, como excepción, a petición del Ministerio Fiscal, y con aprobación judicial, se reconoce la posibilidad de que entre en juego el principio de oportunidad reglada (art. 20), conforme al cual en la acciones públicas, el fiscal podrá solicitar al juez que se prescinda de la persecución penal de uno o varios hechos imputados, respecto de uno o algunos de los partícipes o se limite a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles, en los concretos casos que enumera (discrecionalidad reglada).

D) Irrevocabilidad. Con éste término se hace referencia a la característica de la acción penal, consistente en que una vez que la misma es ejercitada no puede quedar sin efecto, suspendiéndose, interrumpiéndose o extinguiéndose, sino en los casos expresamente establecidos en la Ley; no obstante, como excepción, se admite la

revocatoria de la instancia particular, en los casos de los delitos que dependan de ella (arts. 31.8 y 40).

E) Indivisibilidad. Significa que la acción penal ha de ejercitarse con-tra todos los copartícipes en el hecho delictivo, sin que quepa la exclusión de alguno de ellos. En este sentido, el art. 27 del CPP señala que “la instancia particular permitirá la persecución de todos los partícipes, sin limitación alguna”. La circunstancia de que la querrela se dirija contra una sola persona, no impide que el proceso se siga contra otros copartícipes en el hecho delictivo.

F) Como consecuencia de la indivisibilidad algunos autores añaden a la acción penal, la característica de *unicidad*, según el cual y como señalan BEATRIZ QUINTERO y EUGENIO PRIETO (*“Teoría General del Proceso”*, Bogotá, 1992, p. 262), el proceso se inicia a raíz de una acción penal “conglobante”, indivisible, no múltiple, única para todos los delitos y para todos los imputados.

VELÉZ MARICONDE (*“Derecho Procesal Penal”*, T. I, 1981, p.277) clasifica las acciones penales en públicas y privadas, subdividiendo las públicas en acciones promovibles de oficio y acciones promovibles a instancia de parte.

114 Esto no significa, sin embargo, que la acción penal, como antes hemos señalado, no sea siempre pública, sino que hace referencia a los requisitos de procedibilidad que condicionan la apertura y prosecución del proceso penal, pues en determinados ilícitos, so pena de nulidad, el ejercicio de la acción penal exige la previa instancia particular o acción privada (arts. 26 y 28 del CPP).

En este sentido, el art. 224.3 del CPP señala que el proceso es nulo absolutamente en los casos de “falta de acusación o falta de capacidad de acusar en los delitos de acción privada, y la falta de solicitud de instancia particular en los delitos perseguibles por acción pública dependiente de instancia particular, salvo los casos de excepción que se expresan en este Código”.

Con arreglo al art. 19 del CPP, la acción penal se ejercitará de los siguientes modos: 1) Acción publica; 2) Acción Pública, previa instancia particular, y 3) Acción Privada.

1) *La acción pública* es la regla general, corresponde a la Fiscalía de la República, tratándose de los delitos perseguibles de oficio (art. 19), y constituye indeclinable obligación legal, tan pronto como tenga conocimiento de un hecho punible de tales características (art. 238). Por otra parte, constituye también obligación legal de cualquier ciudadano la de poner en conocimiento de la Fiscalía General de la República, de la policía o del Juez de Paz, la perpetración de cualquier delito de acción pública, que presenciare (art. 229 y 232). La denuncia no es lógicamente obligatoria, en virtud del

principio de no exigibilidad de otra conducta, si razonablemente arriesga la persecución penal propia, del cónyuge o de ascendientes, descendientes, hermanos o del compañero de vida o conviviente (art. 232, último párrafo).

La policía, por iniciativa propia, por denuncia o por orden del fiscal, procederá a investigar los delitos de acción pública; por el contrario, si el delito es de acción privada, no procederá salvo orden del Juez y en los límites de esa orden; y cuando se trate de un delito de instancia particular, sólo actuará cuando exista expresa solicitud de la persona facultada para instar la acción, o de oficio, en los límites absolutamente necesarios para interrumpir la comisión del delito, prestar auxilio a la víctima o realizar actos urgentes de investigación (art. 239).

La propia naturaleza de los ilícitos perseguibles de oficio determina que el Estado, como consecuencia del indiscutible interés público que conlleva la persecución y castigo de estos ilícitos, por ser los que más gravemente atentan a los valores en los que se asienta la convivencia social, no deja en manos de los particulares la posibilidad de desencadenar los mecanismos que ponen en marcha la maquinaria de la justicia penal.

2) Existe otra clase de ilícitos, cuales son *los perseguibles previa instancia particular*, en los que, por confluir intereses de tal naturaleza, o para evitar una victimización secundaria, el Legislador condiciona a la concurrencia de dicho requisito de perseguibilidad la apertura del proceso penal. En esta clase de infracciones el particular afectado tiene, en sus manos, la facultad preprocesal de provocar la promoción de la acción penal. Es tajante, al respecto, el art. 26 del CPP, cuando indica que no se perseguirá penalmente sino por petición de la víctima, o, en caso de incapacidad, por quien ejerza su representación legal o por el guardador.

115

Una vez desaparece dicho obstáculo procesal, la Fiscalía instará la persecución del delito, ejercitando la acción penal (art. 19). Sin embargo, en atención a un principio de protección penal de la víctima, la Fiscalía General de la República ejercerá la acción penal cuando el delito haya sido contra un menor que no tenga padres ni tutor, contra un incapaz que no tenga tutor, o cuando el delito fue cometido por uno de sus ascendientes o tutor, cuando haya perjudicado bienes del Estado, o cuando la víctima esté imposibilitada física o mentalmente para solicitar la investigación (art. 26 último párrafo).

La instancia particular se da en los siguientes delitos o faltas, descritos en el art. 26: 1) Lesiones comprendidas en el art. 142 del Código Penal. 2) Lesiones culposas. 3) Amenazas. 4) Inseminación artificial y experimentación. 5) Apropiación o retención indebidas y administración fraudulentas. 6) Hurto de uso. 7) Usurpaciones. 8) Daños. 9) Delitos relativos a la propiedad intelectual. 10) Delitos relativos a la propiedad industrial.

Señalar, por último, que la instancia particular permitirá la persecución de todos los partícipes, sin limitación alguna (art. 27).

3) En tercer lugar, debemos hacer referencia a *los delitos perseguibles en virtud de acción privada*, en estos casos corresponde exclusivamente a los particulares el ejercicio de la acción penal (arts. 19 y 28). Por ello, la Ley únicamente protege a las personas cuando éstas se consideran ofendidas por el delito, y la acción penal se extingue por la renuncia o abandono de la acusación (art. 31.9 y 41). La policía no procederá salvo orden del Juez y en los límites de esa orden (art. 239-II).

El art. 28 del CPP enumera las infracciones perseguibles por acción privada, que son las siguientes: 1) Delitos relativos al honor y a la intimidad. 2) Hurto impropio. 3) Competencia desleal y desviación fraudulenta de clientela. 4) Cheques sin provisión de fondos.

En estos casos se procederá únicamente por acusación de la víctima, conforme al procedimiento especial regulado en este Código. La acusación se debe presentar, por sí o mediante apoderado especial, directamente ante el tribunal de sentencia, cumpliendo con los requisitos previstos en este Código para la acusación (art. 400).

116 El CPP contempla, pues, en los arts. 400 y ss., un procedimiento especial para los delitos de acción privada, y por otra parte la Ley prevé, en el art. 29, la posibilidad de conversión de las acciones públicas en privadas.

III. JURISPRUDENCIA

Oficiosidad de la acción. “Las condiciones o presupuestos exigidos para la iniciación de la investigación oficial varían según la naturaleza del delito objeto de la misma, siendo que, ante un delito de acción pública o perseguible de oficio, basta con que cualquier órgano competente para su investigación oficial adquiera, por cualquier medio, conocimiento de su posible comisión, siendo así que la Fiscalía General de la República está constitucional y legalmente obligada a abrir la investigación oficial del mismo, a efecto de proteger el libre ejercicio de los derechos y las garantías de seguridad ciudadana, en tal sentido y en el curso de cualquier actividad policial o cuerpo de seguridad, puede producirse la adquisición de la *notitia criminis* mediante el descubrimiento de un hecho delictivo; de lo cual el proceso iniciado bajo tales circunstancias, no pende de la voluntad de la persona agraviada directamente, ya que el trasfondo de tal investigación radica en llevar a cabo un control social en forma general, garantizando así la persecución de nuevos hechos delictivos que perjudiquen a un conglomerado de personas” (*Cámara Primera de lo Penal, San Salvador, 05-06-01*).

20

OPORTUNIDAD DE LA ACCIÓN PÚBLICA

En las acciones públicas, el fiscal podrá solicitar al juez que se prescinda de la persecución penal de uno o varios de los hechos imputados, respecto de uno o algunos de los partícipes o se limite a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles, en los casos siguientes:

- 1) Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte el interés público;
- 2) Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave;
- 3) Cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o síquico, grave o irreparable que le incapacite para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias o cuando tratándose de un delito culposo haya sufrido un daño moral de difícil superación; y,
- 4) Cuando la pena que corresponde por el hecho o calificación jurídica de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a la pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones, o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

117

Si el juez, considera conveniente la aplicación de alguno de estos criterios, o tratándose del numeral primero de este artículo y su aplicación haya sido pedida por el querellante se solicitará la opinión del fiscal, quien dictaminará dentro de los tres días siguientes. El juez no aplicará un criterio de oportunidad sin el acuerdo del fiscal.

III. JURISPRUDENCIA

Etapas procesales para otorgar un criterio de oportunidad. “El Tribunal analizó que el CRITERIO DE OPORTUNIDAD no se encuentra restringido a una etapa anterior al juicio para su otorgamiento, ya que la norma no lo limita como lo hace en otras instituciones como sería el caso del Procedimiento Abreviado. Por ello carece de fundamento lo expuesto por la defensa en el sentido de que dicho criterio debió darse antes del juicio. Realmente el criterio de oportunidad corresponderá a una decisión voluntaria del imputado, quien libre de toda coacción decide contribuir al esclarecimiento del hecho, para lo cual debió tomarse el tiempo necesario sin presiones y por ello es que puede surgir esa decisión en cualquier momento incluso al momento del juicio que es el momento decisivo del proceso” (TS 3° San Salvador, 12-04-02).

Capacidad testifical de quien recibe un criterio de oportunidad. “Una persona a quien se le ha concedido un criterio de oportunidad, en virtud de lo que dispone nuestro Código Penal en el art. 162, válidamente puede ser ofrecida como testigo, ya que los hechos y circunstancias relacionados con el delito pueden ser probados por cualquier medio probatorio toda vez que se respeten las garantías fundamentales de las personas consagradas en la Constitución de la República. En nuestro sistema procesal ningún testigo, por tener una calidad particular, se le da credibilidad de forma automática. Asimismo no es posible descartar la información que aporta un testigo mecánicamente, sino que se vuelve imprescindible valorar en cada caso particular si es un testigo a quien el Tribunal le pueda dar fe o no. Lo anterior significa que el Tribunal debe ponderar al tener ante su presencia un testigo diversos aspectos como lo son el comportamiento del testigo ante el Tribunal, la forma de expresarse del testigo, la información que proporciona el testigo, la relación de esa información con otros elementos probatorios que vengán a coincidir o a discrepar con lo que éste haya aportado, en suma, debemos de considerar las normas de valoración de la sana crítica, las que están basadas en la lógica, la experiencia y la psicología, puesto que no ampararnos en ellas nos llevaría a aplicar la denominada prueba tasada, en la cual un testigo si era conteste y conforme en sus dichos ya tenía un valor predeterminado, lo cual conduce a decisiones alejadas de la realidad” (*TS 3° San Salvador, 07-06-02*).

118 Parámetros de valoración de la declaración de un coimputado. “... somos de opinión que lo declarado por una persona que ha sido imputada de cometer un delito, y que ha recibido un criterio de oportunidad en la persecución de su imputación a cambio de prestar declaración debe ser admitido como evidencia para medir su capacidad asertiva siempre que: I) Que sea posible un análisis crítico de dicha declaración; II) que dicho análisis no debe restringirse a la evaluación personal del sujeto y a los motivos que lo han movido a prestar declaración; III) que concurren de manera independiente a lo declarado por el partícipe del delito, otros elementos de prueba que puedan ser apreciados y confrontados con lo declarado por aquel; IV) que los imputados que resultarán afectados por la declaración tengan amplias facultades defensivas, que en nuestro caso se remiten a concretizar la garantía de un juicio justo y de inviolabilidad de la defensa, artículos 11 y 12 CN y de Pactos Internacionales –leyes de la República– como el artículo 14.3 (e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2. (f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; V) que en virtud del derecho de defensa y de confrontación de los testigos, hay una interdicción absoluta para que el llamado testigo de la Corona declare bajo cualquier mecanismo que distorsione o impida su completa identidad al momento de declarar. En estos casos de manera más aguda no pueden tener aplicación normas del régimen de protección de testigos, que pretendan ocultar la identidad física del declarante, como colocarles antifaz, o medios que dificulten su visión para quienes los interrogan en el juicio o pretender que declaren en zonas de exclusión...” (*TS 3° San Salvador, 07-06-02*).

21

EFFECTOS

La decisión que prescinde de la persecución penal extinguirá la acción pública en relación al imputado en cuyo favor se decida. No obstante, si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos se extenderán a todos los partícipes.

La extinción de la acción pública no impedirá la persecución del hecho por medio de la acción privada. No obstante, si dentro del plazo de tres meses contados desde la fecha de la resolución, quien esté facultado a querellar no propone su querrella, caducará toda acción penal.

Cuando se trate del caso contemplado en el numeral 2 del Artículo anterior, condicionará la extinción de la acción penal al cumplimiento de la colaboración o a la eficacia de la información, imponiéndose o manteniéndose, en su caso, cualquiera de las medidas reguladas en el Artículo 295, así como algunas de las medidas contempladas en el Capítulo VI Bis, relativo al Régimen de Protección para Testigos y Peritos. (9)

Sin embargo, en el caso del numeral 4 del artículo anterior, sólo se suspenderá el ejercicio de la acción pública hasta que se dicte la sentencia respectiva, momento en el que resolverá definitivamente sobre la prescindencia de la persecución penal. Si la sentencia no satisface las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la persecución, el fiscal solicitará la reanudación del trámite.

119

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 13.3, 29.3, 248.4, 252, 256.5, 258, 295, 313.3, 315, 316.8, 320.5, 321. CAPÍTULO VI-BIS
- CP, 29.4, 26, 71, 344 pf. II

II. COMENTARIO

A) Concepto y fundamento del principio de oportunidad.

Hemos dicho como en el proceso criminal rige el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, sin embargo, hoy en día, en los ordenamientos jurídicos modernos se introduce el principio de oportunidad como excepción consagrada. Ya en 1919 VON LISTZ, en la última edición de su LEHRBUCH, señalaba que nuestra legislación actual hace un uso exagerado de la pena como medio de lucha, cabría reflexionar sobre si el antiguo principio “mínima non cura praetor” no merecería incorporarse a

nuestro Derecho Penal, sea como principio procesal (quebrando el principio de legalidad), sea como regla del derecho material (no punibilidad de pequeñas lesiones).

En este sentido el Rapport por decriminalization, que resume el trabajo de los expertos del Consejo de Europa entre 1972 y 1978, aconsejaba la instauración del principio de oportunidad, otorgándole una especial relevancia. Y, en la Reunión de HELSINKI, de 1986, entre las recomendaciones efectuadas, en el punto tercero, se hacía constar que: 3 a) “El Ministerio público o “prosecutor” debe tener posibilidades de abstenerse de acusar en base a ciertas condiciones que vinculen al imputado de una infracción”; 3 b) “Deben desarrollarse normas legislativas y administrativas en orden a la fijación de las condiciones que puedan ser impuestas en la decisión de la abstención . . .”.

120

GIMENO SENDRA (*“Los procedimientos penales simplificados”, Rev. Poder Judicial, nº especial II, p.34*) define el principio de oportunidad como “la facultad, que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un determinado autor”. ARMENTA DEU (*“Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España”, PDU, 1991, p.193, not 599*) recoge la definición de ROXIN, en la doctrina alemana, según la cual tal principio “permite al Fiscal elegir entre accionar o archivar cuando la investigación ha puesto de manifiesto que el acusado ha delinquido con una probabilidad rayana en la certeza”.

El principio de oportunidad admite dos modalidades, una de ellas es la reglada o tasada, en la cual la Ley fija en qué concretos supuestos se puede aplicar la oportunidad, y la otra es la libre o discrecional, a la que responden los sistemas inglés y norteamericano, en los que queda la posibilidad de su aplicación al arbitrio de las partes acusadoras. A ella se refiere CONDE-PUMPIDO FERREIRO (*“Legalidad versus oportunidad como criterio de actuación de los Ministerios Públicos”, en Primeras Jornadas de Derecho Judicial, 1983, p.722*) señalando que en su ámbito “el Fiscal no sólo posee el monopolio de la acción y la decisión de su ejercicio, sino que puede ejercitarla sin acomodarse a los presupuestos legales exigidos por el caso y la verdad material”.

En efecto, en los Estados Unidos la mayor parte de los procesos penales se resuelven a través de confesión convenida, o solución negociada, que se denomina plea bargaining, en virtud de la cual, como escribe FRIEDMAN “la acusación se aviene a pedir una sentencia más benigna o a abandonar alguno de los cargos o a dar alguna otra ventaja al acusado a cambio de que se declare culpable, lo que evita tener que ir a juicio oral con jurado”. Existe un uso muy elevado del instituto, y así se sostiene que, en un 90% de los casos, los procedimientos finalizan sin llegar al trial, tal circunstancia ha generado un importante debate en Estados Unidos entre los detractores y partidarios de este sistema.

Siguiendo a BARONA VILAR (*“La conformidad en el proceso penal”*, Valencia, 1994, pp.62 a 64), podemos hablar de tres categorías de bargaining: A) *Sentence bargaining*, se trata de una situación en la que el órgano de la acusación se empeña en formular una recommendation particularmente benévola en la fase de sentencing, llegando a acordar con el juez el tipo de pena a aplicar. B) *Charge bargaining*, cuando el imputado se declara culpable de uno o más hechos delictivos a cambio de la promesa de que no se ejercitará la acción penal por otros delitos que le son imputados; C) *Forma mixta*, consiste en resolver el proceso con sentence y con el charge bargaining.

Se ha criticado el principio de oportunidad en el sentido de que mediante su consagración legislativa se daría carta blanca al Ministerio Fiscal para promover la acción penal, y, en definitiva, la persecución de los delitos podría verse mediatizada por consideraciones espúreas o de naturaleza política, que hicieran perder a los ciudadanos su confianza en la Justicia.

En definitiva, como escribía BELING (*“Derecho Procesal Penal”*, Barcelona, 1943, p.25) “aceptándose el principio de investigación oficial combinada con el de la acusación formal, se plantea la cuestión de si la autoridad encargada de la acusación puede o pudiera quedar facultada para omitir la persecución por no considerarla oportuna o conveniente, por ejemplo, por razón de nimiedad de la infracción (“mínima non cura praetor”) o por temor al escándalo público o a costos procesales considerables. El principio de legalidad niega tal facultad a la autoridad encargada de la acusación (coacción de persecución), mientras que, por el contrario, el principio de oportunidad se la concede”.

121

Manifiestamente en contra del principio de oportunidad se expresa ARMENTA DEU, que considera que sólo el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica, y que la expresión “oportunidad reglada” constituye una contradicción en sus propios términos, consistiendo en la importación de elaboraciones doctrinales del Derecho Administrativo.

También, compartiendo tal tesis, se expresa MANZANARES SAMANIEGO (*“Oportunidad y conformidad”*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, p.33), cuando afirma que “las pretendidas ventajas del principio de oportunidad en su ámbito genuino -el de la alternativa de ejercitar o no la acción penal- no pueden pasar por el sacrificio de los derechos fundamentales. De otro lado, la concesión de esa discrecionalidad al Ministerio Público supondría un grave retroceso en nuestro sistema de garantías, sobre todo mientras el Fiscal siga dependiendo del Poder Ejecutivo”.

Se ha señalado, también, que determinadas manifestaciones del principio de oportunidad restringen o eliminan la publicidad en el proceso penal, generando en definitiva una desconfianza en la Administración de Justicia, que se considera monopolio exclusivo de los operadores jurídicos: jueces, fiscales y abogados, privando al público del conocimiento y castigo de hechos delictivos, algunos incluso de trascendencia social,

lo que en el Derecho norteamericano se ha denominado “negociar a la sombra de la ley”.

Por otra parte, se sostiene, que el juego del principio de oportunidad supone una erosión al principio de seguridad jurídica, que exige, entre otros extremos, la confianza del ciudadano que percibe la igualdad en la aplicación del Derecho Penal, y así, en este sentido, se ha escrito, que dicho principio de oportunidad choca contra el de igualdad estricto sensu, pues si éste prohíbe la arbitrariedad subjetiva, menos puede concebirse que admita la arbitrariedad institucionalizada, y ello es lo que supondría la aceptación de desigualdades jurídicas establecidas (*PEDRAZ PENALVA, “Constitución, Jurisdicción y Proceso”, p.370*).

Sin embargo, legalidad y oportunidad no son términos que necesariamente se excluyan o sean incompatibles entre sí. En este sentido, determinado sector doctrinal sostiene que el principio de oportunidad reglada no solo no rompe con el principio de legalidad, sino que, incluso, es una manifestación del mismo. Desde esta perspectiva, RUIZ VADILLO indica que cuando la ley concede cierto arbitrio al fiscal o el juez, no se está, al hacer uso de ese arbitrio, en el terreno de la oportunidad sino haciendo uso de lo que la ley dispone; en tales casos “la oportunidad reglada se hace legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxa”.

122

En definitiva, podemos concluir con CONDE PUMPIDO-FERREIRO, que la oportunidad reglada, como una excepción más al principio de obligatoriedad de la acusación, no contradice la legalidad, siempre que sea la propia ley la que fije los supuestos en que puede ser utilizada y determine los criterios o condiciones para su aplicación. Otra cosa sería una oportunidad pura, que quedara a la exclusiva arbitrariedad de la parte acusadora el ejercicio o no de la acción penal. La admisibilidad del principio de oportunidad quedará, por consiguiente, condicionada, claro está, a que el Fiscal no pueda “disponer caprichosamente de su capacidad de acusar o no, sino que la opción venga ordinariamente determinada por razones legalmente preestablecidas... obedeciendo a un criterio axiológico que las haga prevalecer sobre el eventual beneficio del castigo del hecho concreto” (*“Legalidad versus oportunidad como criterios de actuación de los Ministerios Públicos”, en Primeras Jornadas de Derecho Judicial, p.717*).

No sin reservas PEDRAZ PENALVA (op. cit. supra, p.359), termina por admitir el principio de oportunidad, desde luego en su versión reglada o tasada, y en modo alguno el libre y discrecional, pues en tal caso no es totalmente negativo ni rechazable, mas sigue precisando que se trata de una aceptación a regañadientes y con todas las precauciones y matices que realiza.

El fundamento que justifica el juego del principio de oportunidad es plural, sin que el mismo, en una buena entendida regulación, se halle en la lenidad o arbitrariedad, sino en razones de utilidad pública e interés social que lo justifican. GOLDSCHMIDT,

agudamente para su época, ya estudiaba la justificación del principio de oportunidad versus legalidad, cuando escribía: “frente a esto, el principio de oportunidad puede justificarse de dos modos completamente distintos, a saber: por un lado, partiendo de un enfoque que favorece un influjo político del Gobierno sobre la justicia penal; por otro lado, en el interés de la verificación de la justicia material, en contraste con un formalismo legal. Al dominio del principio de oportunidad en el primer sentido se opuso la tendencia del Estado de Derecho de la segunda mitad del siglo XIX, mientras que hoy en día el principio de legalidad tiene que ceder ante un principio de oportunidad en el segundo sentido, es decir, en favor de la justicia material” (*“Problemas jurídicos y políticos del proceso penal”, Barcelona, 1935, p.73*).

Por otra parte, el principio de oportunidad posibilita evitar la abrumadora carga de trabajo que pesa sobre los órganos jurisdiccionales de la Justicia penal -de facto se efectúa ya una selección natural de casos-, y permite centrar los esfuerzos investigadores en los ilícitos que, por sus características, generan efectos más perniciosos en la convivencia ciudadana, quedando, no obstante, condicionada la bondad del principio a que se realice un uso legítimo de tal facultad legal por parte de la fiscalía, pues en otro caso el sistema se vería desvirtuado con perniciosas consecuencias sobre el crédito social de la Administración de Justicia.

En efecto, hay que dar la razón a KAISER (*Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen, Heidelberg-Karlsruhe, 1976, pp.114 y ss.*) y ZIPF (*Kriminalpolitik. Eine Einführung in die Grundlagen, Karlsruhe (1973), pp.82 y ss.*) que señalan que en el proceso penal operan una gran variedad de procesos de selección, antes y después de la apertura del proceso penal, y no siempre es controlable. Así ya inicialmente la propia víctima decide sobre si va a denunciar o no un hecho delictivo, existe una importante cifra negra de la justicia o delitos cometidos que no llegan a conocimiento de las Autoridades, ni forman parte de las estadísticas criminales, a veces esa selección propicia el propio legislador mediante la consagración de figuras tales como los delitos sólo perseguibles a instancia particular, la consagración de las revocatorias, o mediante la posibilidad del ejercicio de la gracia del indulto, etc., e incluso durante el proceso penal abierto, como por ejemplo en los supuestos de sobreseimiento por falta de autor conocido, en los que, ante la gran cantidad de asuntos criminales existentes, los operadores jurídicos hacen una selección de aquellos sobre los que han de centrar, por su mayor importancia y alarma social, sus investigaciones.

Es por ello, como escribe LOPEZ BARJA DE QUIROGA, que precisamente el reconocimiento de esta situación es “la que lleva a pensar que es mucho más adecuado racionalizar los criterios de selección (principio de oportunidad), y conseguir de esa manera que la selección se realice conforme a dichas pautas; pues en otro caso como la selección es inevitable, los criterios utilizados estarían ocultos y serían incontrolables, frente a ello la afirmación del principio de legalidad, entendido como medio de persecución absoluta y único defensor de la igualdad, constituye al menos una visión

altamente irrealista” (*Cuadernos de Derecho Judicial, monográfico sobre “Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales”, T. XXVIII, p.74*).

GIMENO SENDRA, realiza una exposición sistemática de los criterios utilizados que permiten entrar en juego a la oportunidad reglada: a) escasa lesión social producida por la comisión del delito, y falta de interés en la persecución penal; b) estímulo a la pronta reparación de la víctima; c) evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; d) obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación, a cuyo cumplimiento queda condicionado el sobreseimiento por razones de oportunidad; e) obtener la reinserción social de terroristas y una mejor información sobre las bandas armadas (*“Derecho Procesal II”, proceso penal, Op cit supra, pp.63 y 64*).

Más completa es la sistematización que efectúa CONDE-PUMPIDO FERREIRO (*“El principio de legalidad...”*, *Op cit supra, pp. 26 y 2*):

1º) *Causas relacionadas con la naturaleza del hecho*: a) carácter mínimo de la infracción; b) culpabilidad leve del infractor; c) contribución mínima al delito en los casos de participación criminal; d) delito de pequeña entidad conexo con otro de mayor gravedad, cuando se estime suficiente la pena del delito principal; e) antigüedad de la infracción; f) hecho al que el tribunal puede dejar de aplicar la pena, ya por perdón judicial, ya por remisión condicional haciendo estéril el proceso; g) delito fruto de un conflicto ideológico o social.

124

2º) *Causas relacionadas con el autor del hecho*: a) delincuente primario; b) edad juvenil o senil; c) infractor-víctima (causante de un accidente en el que resulta él también gravemente herido, y en el que fallecen familiares próximos creándole problemas de conciencia que la pena sólo acrecentaría); d) salud precaria; e) cambio positivo de comportamiento, tras una infracción menor; f) conveniencia de aplicarle una medida rehabilitadora en vez de la pena; g) sumisión a un tratamiento desintoxicador, cuando el delito se cometió bajo el influjo del alcohol o drogas.

3º) *Causas basadas en la relación entre el delincuente y su víctima*: a) parentesco próximo; b) reparación voluntaria del daño; c) restitución de la cosa; d) delito provocado por la víctima; e) acusación contraria a los intereses de ésta.

4º) *Causas basadas en el interés general*: a) interés de Estado; b) falta de interés nacional en el castigo; c) injusticia obvia (delito en vías de derogación); d) falta de contribución significativa para promover el respeto a la ley (castigo que contrastaría con la sensibilidad general); e) falta de contribución significativa para el sentido de la pena (autor de varios delitos que por efecto de las reglas penológicas sólo va a cumplir parte de las penas o condenado ya al máximo cumplimiento de las mismas).

En conclusión, podemos señalar que el principio de oportunidad, en su manifestación reglada o tasada, no tiene que suponer una violación de los principios y normas que rigen el proceso penal, siempre, claro está, bajo el indeclinable presupuesto de la adecuada selección y precisa descripción de los concretos casos en los que el mismo pueda entrar en juego, y en el establecimiento de una serie de mecanismos de control, judiciales y de la propia víctima del ilícito, para evitar la posibilidad real de un uso abusivo y desleal de tal institución, desviándola de la finalidad que la justifica.

En este sentido, señalaba HASSEMER que “un sistema orientado exclusivamente en una dirección moderna (oportunidad), amenaza con sortear las clásicas barreras del Derecho penal y convertirse en terrorismo de Estado... mientras un derecho penal albergue supuestos de oportunidad, el respeto del Estado de Derecho por parte del procedimiento, dependerá de sí los casos están determinados con absoluta precisión. Las reglas de oportunidad vagamente formuladas, destruyen por completo el principio de legalidad. La persecución penal oportunista se extiende entonces de forma epidémica: las decisiones de las autoridades instructoras de no perseguir un delito no pueden controlarse eficazmente y, por tanto, no pueden limitarse” (*La persecución penal: legalidad y oportunidad*”).

Pues bien, sin más preámbulos, abordemos la regulación normativa del principio de oportunidad, que introduce el CPP de 1998 en la legislación salvadoreña. Y, al respecto, es necesario señalar, con carácter previo, que sigue vigente en toda su significación el principio de legalidad proclamado por el texto constitucional. Así, el art. 193-2º de la Carta Magna indica que corresponde al Fiscal General de la República “promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad”, siendo manifestación de tal mandato constitucional los arts. 19, 83 y 235 del CPP, que lo ratifican. Ahora bien, con carácter excepcional, se admite una oportunidad reglada, o regulada por la Ley, según la cual, y conforme al art. 20 del CPP, “*en las acciones públicas, el fiscal podrá solicitar al juez que se prescinda de la persecución penal de uno o varios de los hechos imputados, respecto de uno o algunos de los partícipes o se limite a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles*” en los casos que enumera, en sus cuatro apartados.

Interpretando tal precepto debemos concluir que la aplicación de un criterio de oportunidad está condicionado a que concurran los requisitos legalmente establecidos, y sujeto a una serie de valoraciones que deberán efectuarse por parte de la fiscalía, y que la propia ley señala expresamente. Nos hallamos, en consecuencia, en supuestos de oportunidad condicionada o pautada, y no libre o arbitraria, que exigen una interpretación racional y coherente de conceptos tales como “interés público”, “mínima culpabilidad” (art. 20-1), “contribución decisiva al esclarecimiento de los hechos” (art. 20.2), “daño moral de difícil superación” (20.3), “pena carente de importancia” (art. 20.4).

Es a la fiscalía a la que corresponde apreciar y proponer la aplicación del criterio de oportunidad, y no al órgano jurisdiccional, con la posibilidad, no obstante, de que la víctima se oponga instando la persecución del hecho por medio de acción privada (art. 21-II CPP). El art. 20, en su último párrafo, es tajante al respecto cuando señala que “el juez no aplicará un criterio de oportunidad sin el acuerdo del fiscal”.

El Ministerio Fiscal en el ejercicio de la oportunidad reglada ley puede utilizar, según las particularidades del caso, las siguientes opciones legales: A) prescindir de la persecución penal de uno o varios de los hechos imputados; B) hacerlo así con respecto de uno o algunos de los partícipes o C) limitar la acción penal a una a algunas de las calificaciones jurídicas posibles

B) Supuestos legales de aplicación del principio de oportunidad:

- 1) *Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte al interés público*

126

Este supuesto que posibilita la aplicación del criterio de oportunidad se encuentra previsto en otras legislaciones. Así en el párrafo 153 de la Ley Procesal Penal Alemana señala que “si el proceso tuviera como objeto un delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a un año, podrá la Fiscalía prescindir de la persecución, con la aprobación del Tribunal competente para la apertura del procedimiento principal, cuando la culpabilidad del autor fuera considerada ínfima, y no existiera interés público en la persecución. No se requerirá la aprobación del Tribunal, en caso de delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a un año, que no estuviera amenazado con una pena elevada al mínimo, y los daños causados por el hecho fueran insignificantes”.

En similar sentido, el párrafo 42 del Código Penal austríaco, que entró en vigor en 1975, señala que: “1. Si el hecho es perseguible de oficio y sólo está amenazado con pena de multa, pena privativa de la libertad no superior a un año o una pena privativa de libertad de esa magnitud y multa, no será punible si concurren las siguientes condiciones: 1) la culpabilidad del autor es pequeña; 2) el hecho no ha tenido consecuencias o éstas son insignificantes y, además, 3) la sanción no es necesaria para que el autor se abstenga de otras acciones o para disuadir a otros de la comisión de acciones punibles.

Por su parte, el art. 26.1 del Código Penal polaco señala que “un hecho cuya peligrosidad social es pequeña no constituye hecho punible”.

Realmente la aplicación de este criterio de oportunidad se fundamenta en la regla latina “mínima non cura praetor”, y hace referencia a la denominada criminalidad de

bagatela, que comprendería a los ilícitos penales de escasa reprochabilidad y menor entidad. En definitiva, son supuestos en los que existe un reducido desvalor de la acción y del resultado, con lesión mínima a los bienes jurídicos penalmente protegidos.

Ahora bien, advierte HULSMAN que “los comportamientos que se definen como criminalidad de bagatela, no son necesariamente menos dañosos e inquietantes para el afectado directamente por ellos, especialmente cuando tienen una frecuencia importante”. Por ello, el meritado precepto exige que se realice una ponderación del “interés público” para la aplicación de tal criterio, concepto jurídico indeterminado al que se refiere ARMENTA DEU diciendo que “existe interés público cuando la paz jurídica se ve perjudicada por encima del círculo vital del perjudicado y la persecución penal se constituye en un objetivo actual de la generalidad” (*Op cit supra*, p.36).

En definitiva, se podría negar la oportunidad en casos en los que, si bien el ilícito es de escasa entidad, la proliferación de casos semejantes desaconsejan que hechos de tal clase queden impunes. Ahora bien, una desmesurada interpretación de tal concepto (que duda cabe que el castigo de los delitos conforma un objetivo público) traería consigo la inaplicación de dicho criterio de oportunidad. La oportunidad en este caso se halla, pues, condicionada a que: a) se trate de un hecho insignificante; b) o de una exigua intervención del partícipe; c) o se dé una mínima culpabilidad; y d) siempre que no afecte al interés público.

127

Un ejemplo claro de la posibilidad de la aplicación de tal supuesto de oportunidad lo constituiría el delito del art. 279 del CP, que sanciona la introducción en la República de El Salvador de moneda falsa, pero sin indicación de la cuantía de la misma, con lo que cometería este ilícito criminal quien introdujere en el país moneda de tales características de muy escaso valor, con un beneficio económico prácticamente inexistente, que contrastaría con la severidad de la pena asignada a tal conducta, consistente en prisión de tres a diez años. Lo que ha llevado a determinado sector doctrinal a sostener (CORDOBA RODA, ORTS BERENQUER), que es necesario que la moneda falsificada tenga un cierto valor económico, ante el dislate que supondría, que la creación de una sola moneda, de reducido importe, llevara acarreada una penalidad tan importante como la señalada en la Ley para esta clase de ilícitos. La aplicación de este principio de oportunidad constituiría una adecuada respuesta penal a tales acciones.

- 2) *Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave*

En este supuesto de oportunidad reglada se contemplan dos casos distintos. Uno de ellos es el arrepentimiento activo, que posibilitaría prescindir de la persecución penal “cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución

del hecho”, mientras que, en el otro supuesto, se recoge un caso de colaboración con la Administración de Justicia, consistente en que el imputado “*haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave*”; de esta forma se pone en manos de la fiscalía un nuevo instrumento de lucha contra la criminalidad, a través del cual se podrían obtener pruebas, que habrán de ser decisivas por imperativo legal, para desarticular estructuras de delincuencia organizada, especialmente aquéllas difícilmente penetrables: narcotráfico, terrorismo, etc.

Como advierte TREJO ESCOBAR se aprecia en ambos casos la presencia de un interés contrapuesto por el que se logra una eficiencia del sistema. En efecto, de un lado se logra la evitación de un resultado dañoso y, de otro, el éxito de la persecución de otros partícipes del mismo hecho o de otro hecho valorado como considerablemente más grave (“*El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal*”, en la obra *Ensayos doctrinarios “Nuevo Código Procesal Penal*”, p.403).

128 No podemos tampoco olvidar con respecto al arrepentimiento activo que el Código Penal prevé en el art. 29.4, dentro de las causas que atenúan la responsabilidad criminal, la “disminución del daño”, que define como la conducta de “haber procurado espontánea y eficazmente evitar o atenuar las consecuencias dañosas del delito”. Igualmente se prevé el desistimiento en la tentativa, en el art. 26 CP, cuando señala que “no incurrirá en responsabilidad penal, el que desistiere voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito, o impidiere que el resultado se produzca, salvo que los actos de ejecución ya realizados sean constitutivos de otro delito consumado”, sin que se vea inconveniente para que en relación con éste último ilícito se aplique un criterio de oportunidad (arts. 20.1 y 2 del CPP). Por su parte, el art. 344-II del CP, dentro de los delitos contra la paz pública, y concretamente entre los de terrorismo, norma que están exentos de pena “los conspiradores que espontáneamente impidieren la realización del plan terrorista”.

Este criterio de oportunidad exige, como hemos señalado, que quien se vea beneficiado con su aplicación “*haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave*”, lo cual plantea dos problemas, que conviene tratar.

El primero es el relativo a las garantías de tal colaboración, pues cabe la posibilidad real de que el beneficiario, que inicialmente colaboró con la policía y fiscalía, en el momento del juicio oral se retracta de sus declaraciones, privando a la acusación pública de tal elemento de prueba, lo que puede ser especialmente grave si con anterioridad se le aplicó tal principio de oportunidad (en el momento del requerimiento fiscal, art. 248.4, o en la audiencia preliminar, art. 313.3), con lo que se vería frustrada la finalidad legal.

A tales efectos el art. 21-III del CPP permitía que se pudiera condicionar la extinción de la acción penal al cumplimiento de la colaboración o a la eficacia de la información (art. 21-II CPP), precepto que fue modificado por el Decreto No. 487, de 18 de julio de 2001, que ahora, en términos imperativos y no potestativos, señala que la extinción de la acción penal se condicionará al cumplimiento de la referida colaboración o a la eficacia de la información, constituyéndose pues en requisito o presupuesto necesario para el juego de tal principio de oportunidad.

En estos casos, se suspenderá la acción penal con respecto al imputado colaborador, condicionadamente beneficiado por la aplicación de este criterio de oportunidad, y si el mismo se retracta de su compromiso, el fiscal podrá entonces instar la reanudación del procedimiento criminal contra su persona. Constatada su colaboración decisiva en los términos legales, deberá dictarse resolución judicial de extinción definitiva de la acción penal, hasta entonces condicionada, que impida un ulterior enjuiciamiento criminal de su persona.

Mientras tanto, al sujeto colaborador se le impondrá o se mantendrá con respecto a su persona alguna de las medidas cautelares sustitutivas de la detención provisional a las que se refiere el art. 295 del CPP, pues carece de sentido la privación de libertad si luego se va a decretar la extinción definitiva de su responsabilidad criminal, pero por otra parte es preciso adoptar medidas de tal naturaleza a los efectos de evitar que se sustrajera a la acción de la justicia, antes de la operatividad de la colaboración ofrecida. Igualmente la Ley, y en garantía de la persona del imputado colaborador, también prevé que se adopten con tal fin las medidas de protección de testigos del capítulo VI Bis del CPP, cuando se aprecie un peligro grave para su persona, libertad o bienes o de su entorno familiar, en los términos del art. 210-B.

129

El segundo de los problemas anunciados, es el relativo al valor probatorio de las declaraciones de los coimputados. VÁZQUEZ SOTELO escribe, al respecto, que teniendo en cuenta las variadas y turbias razones que pueden mover a un delincuente a declarar respecto de otros, descubriendo su intervención en el delito que hasta entonces no era conocida, y que pueden ir desde su deseo de venganza, hasta su satisfacción de verlos a todos arrestados a su misma desgracia, o esperar el cumplimiento de una promesa de libertad o de pena reducida, no han faltado en el antiguo derecho disposiciones legales que señalaban “que no se oiga a un socio contra otro socio”, prohibiendo expresamente a los jueces en estos casos que “premiasen estas conductas” con penas reducidas o de otro modo, para lo cual se disponía que “a nadie que confiese su propio crimen se le interrogue acerca de la conciencia ajena”: *Nemo igitur de proprio crimine confitentem, super conscientia scrutetur aliena* (“Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal”, Barcelona, 1984, pp.164 y 165).

La valoración de las manifestaciones del arrepentido exige, pues, entrar en la consideración jurídica de las declaraciones inculpativas de los coprocesados, la

denominada “chiamata di correo” del derecho italiano. Esto es, el caso en que un imputado, en un determinado hecho delictivo, llama a otro como copartícipe en el mismo, implicándole en su ejecución. Figura de difícil caracterización jurídica, pues el correo no es propiamente un testigo, dado que éste es un tercero ajeno a los hechos que se enjuician, ni tampoco se trata de una confesión, ya que carece de la nota relevante de producir efectos contra la persona que la presta.

La falta de regulación expresa de la figura, en el Ordenamiento procesal español, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del Derecho Comparado, determinó que la misma haya sido objeto de tratamiento por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, que la ha venido admitiendo como medio de prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia de los inculpados, pero analizándola con las suficientes garantías y cautelas, dado que constituye un elemento de juicio impropio, extraño y especial.

130 En este sentido, se ha señalado que habrá de valorarse críticamente, ponderando una serie de circunstancias: a) personalidad del sujeto delator y sus relaciones que precedentemente mantuviese con el copartícipe; b) examen riguroso sobre la posible existencia de móviles turbios e inconfesables, tales como odio, venganza, resentimiento, soborno, promesas de obtención de determinadas ventajas a través de un tratamiento procesal más benigno etc., que conduzca a privar a tales declaraciones incriminatorias de importantes dosis de credibilidad; c) que no responda la coimputación a un móvil autoexculpatorio mediante la atribución del ilícito al correo (sentencias del Tribunal Supremo español de 16-12-1986, 5-4-1988, 5-5-1989, 29-10-1990, 4-12-1991, 20-2-1992, 11-3-1993, 12-3-1994 entre otras muchas).

Con posterioridad se ha producido un cambio en tal doctrina jurisprudencial, en el sentido, de exigirse, para la consistencia de la declaración del coimputado como medio hábil para desvirtuar la presunción de inocencia de otro copartícipe, la concurrencia de sendos requisitos: uno positivo y otro negativo, como hace la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1999, siguiendo la doctrina expresada por las sentencias del Tribunal Constitucional 153/97, 49/98 y, 115/98, de 1 de Junio, indicando ésta última que: “...la declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas...”: requiriendo, pues, un refrendo probatorio adicional, según el cual, y en palabras de dicha resolución: “...antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de injerencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demanda la presunción de inocencia...”. Doctrina que supone, pues, un salto cualitativo en relación con la inicial posición jurisprudencial, que ponía el acento exclusivamente en la inexistencia de intereses bastardos en lo declarado por el coimputado, a los efectos de darle validez para desvirtuar la presunción de inocencia del otro u otros inculpados (STS 877/96, de 21 de Noviembre), aunque ya una línea jurisprudencial venía proclamando, con antelación, la improcedencia de fundar

la condena “sic et simpliciter” en la mera acusación del coimputado (STS de 10 de Noviembre de 1994 y 15 de Febrero de 1996). A partir de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, y como recuerda la meritada sentencia de la Sala 2ª, de 22 de enero de 1999, esos otros apoyos o datos, no son “ex abundantia”, sino presupuesto necesario positivo para la consideración del testimonio del coimputado, como prueba de cargo; doctrina que, igualmente sigue la sentencia de dicho Alto Tribunal de 29 de Septiembre de 1997.

El requisito negativo está constituido por la ausencia de móviles o motivos que induzcan a deducir que el coimputado haya efectuado la heteroincrimación guiado por móviles de odio personal, obediencia a tercera persona, soborno, venganza o resentimiento, o bien por móviles tendentes a buscar la propia exculpación mediante la incriminación del otro.

Es de destacar, como escribe MENA ALVAREZ, que si bien es cierto que el mero hecho de que el móvil del testimonio del coimputado sea el afán de obtener una ventaja penal, y que una promesa de trato penal favorable puede restar credibilidad al testimonio, no deja de serlo también que si éste se acredita como veraz mediante otras pruebas que lo corroboren, la exigencia de atender su demostrada credibilidad es inexcusable (“*Tratamiento penal del partícipe arrepentido*”. *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la salud pública, nº XXI, 1993*).

131

En el Convenio de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, elaborado por la Conferencia de las Naciones Unidas, celebrada en dicha capital del 25 de noviembre a 20 de diciembre de 1988, se favorece la figura del delator y del arrepentido, mediante la posibilidad de trasladarse de uno a otro Estado firmante de la convención, con la imposibilidad de ser detenido en la nación requeriente por los hechos delictivos que tuvieran pendientes en él, salvo que con posterioridad a su intervención permanezca en el Estado requeriente más de quince días, o con posterioridad regrese espontáneamente al mismo.

- 3) *Cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o síquico, grave o irreparable que le incapacite para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias o cuando tratándose de un delito culposo haya sufrido un daño moral de difícil superación*

HASSEMER admitía que, en estos casos, se prescindiera de la reprensión penal, pues por haber alcanzado el imputado la poena naturalis, cabría desistir de la poena civiles (“*La renuncia a la Pena como instrumento Político Criminal*”, en *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal, Bogotá, 1982, p.217*). Pensemos, por ejemplo, en el conductor que por imprudencia propia mata a su mujer e hijo en un accidente de tráfico, o quien implicado en un delito de lesiones resulta con una invalidez (tetraplégico, por ejemplo) como consecuencia de la participación en la reyerta, por ejemplo que quede.

El daño sufrido puede ser tanto físico o psíquico, pero en él deben concurrir las características de que sea: a) grave o irreparable, y b) que incapacite al imputado para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias; bastando, sin embargo el daño moral, de difícil superación, si el delito es culposo.

- 4) *Cuando la pena que corresponde por el hecho o calificación jurídica de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a la pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones, o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero*

En este supuesto se incluiría el caso de quien castigado a penas tan elevadas no va a cumplir las impuestas en ulteriores procesos, por lo que con la prosecución de los otros delitos podría generar irrisión y desvalorización de la pena. Así, por ejemplo, en los casos de concurso real en los que la ley fija el límite de la pena en treinta años (art. 71 CP).

Ahora bien, en estos casos, sólo se suspenderá el ejercicio de la acción pública hasta que se dicte la sentencia respectiva, momento en que se resolverá definitivamente sobre la prescindencia de la persecución penal. Si la sentencia no satisface las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la persecución, el fiscal solicitará la reanudación del trámite (art. 21-IV).

132

C) Procedimiento para aplicar el principio de oportunidad

Por lo que respecta al procedimiento para el ejercicio de la oportunidad reglada, en los casos a los que hace referencia el art. 20 del CPP, la misma podrá instarse por el Ministerio Fiscal, en el momento del requerimiento fiscal ante el Juez de Paz, solicitando se prescinda de la persecución penal (art. 248.4), o bien por el fiscal y el querellante hasta diez días antes de la fecha fijada para la audiencia preliminar (art. 313.3), o por el fiscal, querellante o defensor, dentro de los cinco días previstos en el art. 315, según dispone el 316.8.

Durante la audiencia inicial, el Juez de Paz, luego de escuchar a las partes, y, en su caso, de recibir la declaración indagatoria, resolverá las cuestiones planteadas y, según corresponda prescindirá de la persecución penal, cuando proceda la aplicación de un principio de oportunidad, suspendiendo o archivando las actuaciones (art. 256.5). Es necesario, para que el juez lo pueda acordar de tal manera, que el fiscal lo hubiera solicitado a la hora de formular el requerimiento.

El Juez de Instrucción, por su parte, resolverá sobre la aplicación de un criterio de oportunidad inmediatamente después de finalizar la audiencia preliminar (art. 320.5 CPP).

Es necesario destacar que no existe inconveniente alguno a que el fiscal, mediante el escrito correspondiente, solicite, en cualquier momento de la instrucción, la aplicación de un criterio de oportunidad, instando la celebración de una audiencia al respecto, que el juez señalará sin dilaciones.

El Juez podrá discrepar de la aplicación del criterio de oportunidad, en cuyo caso remitirá el procedimiento al fiscal superior para que decida sobre el ejercicio o no de la acción penal dentro de los tres días siguientes (arts. 258 y 321).

Si es el propio Juez, quien considera conveniente la aplicación de alguno de estos criterios, o tratándose del numeral primero del art. 20 CPP y su aplicación ha sido pedida por el querellante, solicitará la opinión del fiscal, quien dictaminará dentro de los tres días siguientes, pero, en cualquier caso, el juez no aplicará un criterio de oportunidad sin el acuerdo del fiscal (art. 20, último párrafo).

Por otra parte, es derecho de la víctima el de ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que ella lo solicite (art. 13.3).

D) Efectos de la aplicación de los criterios de oportunidad

133

Por lo que respecta a los efectos de la aplicación de la oportunidad son:

a) La extinción de la acción pública en relación al imputado en cuyo favor se decida; no obstante si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos se extenderán a todos los partícipes. La extinción de la acción pública no impedirá la persecución del hecho por medio de la acción privada, no obstante si dentro del plazo de tres meses contados desde la fecha de la resolución, quien esté facultado a querellar no propone su querrela, caducará toda la acción penal (art. 21-I y II).

b) La suspensión de la persecución penal condicionada o no, procederá, como hemos visto, en los casos del art. 20.2 y 4, en relación con el art. 21-III y IV, es decir “cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más”, en cuyo caso se podrá condicionar la extinción de la acción penal, al cumplimiento de la colaboración o a la eficacia de la información, lo que conforma una potestad no una exigencia preceptiva, a los efectos de evitar la posibilidad de fraude que viera frustrada la finalidad de política criminal de dicho principio reglado de oportunidad; y en el supuesto 4º del art. 20 del CPP: “cuando la pena que corresponde por el hecho o calificación jurídica de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a la pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones, o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero”, en el que sólo se suspenderá el ejercicio de

la acción pública hasta que se dicte la sentencia respectiva, momento en el que se resolverá definitivamente sobre la prescindencia de la persecución penal, si ésta no satisface a los intereses de la justicia o fuera por ejemplo absolutoria, el fiscal podrá solicitar la reanudación del procedimiento penal.

c) La conversión de la acción pública en privada a petición de la víctima, siempre que la Fiscalía General de la República lo autorice, porque no exista un interés público gravemente comprometido, cuando se prescinda de la acción pública en razón de la insignificancia, la mínima contribución o la mínima culpabilidad del autor o partícipe (art. 29.3). Para que la víctima pueda presentar su acusación privada dispone de tres meses contados desde la fecha de la resolución, pues en otro caso, a tenor del art. 21 pf. 2º, caducará la acción penal.

La aplicación de un criterio de oportunidad no eximirá a la Fiscalía General de la República de la obligación de realizar las diligencias que permitan asegurar los elementos de prueba imprescindibles (art. 252).

22

134

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO

En los casos en que proceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena, las partes podrán solicitar también la suspensión condicional del procedimiento penal.

La solicitud señalará las reglas de conducta convenientes.

Si el imputado presta conformidad con la suspensión y admite los hechos que se le imputan, el juez o tribunal podrá disponer la suspensión condicional del procedimiento, siempre que el imputado haya reparado los daños causados por el delito, o asumido formalmente la obligación de reparar el daño en la medida de sus posibilidades, incluso mediante acuerdos con la víctima.

Si el juez o tribunal rechaza la solicitud, la admisión de los hechos por parte del imputado, carecerá de valor probatorio.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 248.5, 252, 313.4, 315, 316.5, 324, pf. 2º
- CP, 18 y 77 y ss.

II. COMENTARIO

El CPP introduce en el ordenamiento jurídico salvadoreño una institución nueva, carente como tal de antecedentes normativos, que es la suspensión del procedimiento penal.

Las formas de suspensión de la condena han gozado de diversas manifestaciones en el ámbito del Derecho Comparado, que fundamentalmente las podemos sistematizar en dos grandes grupos, que pasaremos a analizar sucintamente.

Uno de ellos es el constituido por el sistema continental europeo, que recoge el instituto de la *sursis* del derecho francobelga, que exige un pronunciamiento de culpabilidad en una sentencia judicial, cuya ejecución queda sometida a la condición resolutoria de que el condenado no vuelva a cometer otro delito en los plazos que se le señalan, y que si es respetada genera la remisión definitiva de la condena impuesta.

Las características básicas de este modelo serían las siguientes, siguiendo a POZA CISNEROS ("Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad", en Cuadernos de Derecho Judicial, 1996, T. XXIV, p.201, publicaciones CGPJ): a) afecta sólo a la ejecución de la pena y no a su pronunciamiento; b) tal pena ha de tener una duración corta o media; c) el beneficiario ha de ser delincuente primario o rehabilitado; d) la suspensión se limita a un tiempo determinado, transcurrido el cual, si el penado cumple las condiciones, normalmente tan solo la de no delinquir, la pena se entenderá cumplida o remitida; por el contrario, si la condición (o condiciones) son transgredidas, el condenado deberá cumplir la pena suspendida.

135

El otro sistema es el anglosajón de la *probation*, en el cual, tras el reconocimiento de su culpabilidad por el imputado, no se llega a continuar el proceso criminal, ni se dicta sentencia condenatoria (*sentencing*), sino que lo que se suspende es el procedimiento, a cambio de ello el imputado asume el compromiso de observar las condiciones o reglas de vida que le son impuestas, bajo el control y vigilancia de determinados funcionarios (*probation officier*). Su quebrantamiento, dentro del plazo de prueba, que en los delitos federales no excederá de cinco años, determina la revocación del beneficio obtenido. El éxito del sistema exige una cuidadosa selección y estudio previo de las circunstancias del individuo al que se le va a aplicar este instituto.

Con este sistema se consigue, como señala JESCHECK, no sólo la limitación del empleo de la pena privativa de libertad, sino también, incluso, la evitación del proceso penal, pues a los ojos del mundo circundante una de las cargas aparentemente más ofensivas para los conciudadanos puede encontrarse ahí, en el hecho de haber comparecido ante un tribunal como inculpado, por eso el autor es extraído de la justicia penal y sometido a un tratamiento ambulatorio o una intervención resolutoria del conflicto.

DATRICOURT se refiere al sistema de la puesta a prueba diciendo que “es la pena de la socialización activa en la comunidad donde el individuo está llamado a vivir”, se habla así de socialización activa en la medida de que “se trata menos de socializar al sujeto bajo una presión autoritaria, que de ponerlo en las condiciones más favorables para que pueda, si lo quiere, socializarse él mismo” (“Probation y Política correccional”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, enero-abril de 1980, pp. 40-41).

Otra ventaja generada por tal sistema, que tampoco hay que olvidar, es la importante reducción de costos materiales que esta medida representa para el Estado, en contraste con los instrumentos que se desarrollan en medio cerrado, que en los estudios más recientes oscilan entre 1/8 y 1/10 con respecto a aquellos.

En el informe de la ONU sobre la probation se señala que el valor de la misma “depende necesariamente de la calidad del trabajo realizado por el agente de probation. Es un campo en el que las reglas tienen relativamente poca importancia, mientras que la personalidad lo es todo. Los agentes deben ser hombres y mujeres dotados no sólo de inteligencia y de celo sino todavía más de tacto, comprensión y firmeza. El éxito o fracaso del sistema descansa sobre la personalidad individual del agente. La probation vale lo que vale el agente encargado de aplicarla”.

136 Claro está que las diferencias entre uno y otro instituto se han ido difuminando a través de figuras mixtas, que combinan elementos de ambos sistemas. Así por ejemplo en Francia se introduce el sistema de “*sursis avec mise à l'épreuve*”, que si bien exige un pronunciamiento condenatorio, establece medidas de vigilancia y comités de “probation”, que supervisan la observancia de aquéllas, con funciones también asistenciales. En Italia se incorpora el “*affidamento in prova al servizio sociale*”, que exige una observación previa al menos de tres meses en institución penitenciaria. En España, el CP de 1995 establece la suspensión de condena, condicionada igualmente a la observancia de reglas de conducta. Por su parte, en el Reino Unido, además de la probation, se introducen fórmulas similares a la condena condicional como la *suspended sentence*, que presupone el pronunciamiento de una pena.

Por su parte, en la regulación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en el nuevo CP de la República de El Salvador, concedida la misma, el juez o tribunal especificará las condiciones a que estará sometida la libertad del favorecido durante el periodo de prueba (art. 79 a 81).

En cualquier caso, escribía FRAGOLA, pese a sus notables diferencias de orden sustancial, en el plano formal, probation y suspensión condicional de la pena, “se han desarrollado bajo el estímulo de un idéntica instancia político criminal, la constatación de la inutilidad y la ineficacia de la pena de detención de breve duración” (“La suspensioe condizionale della pena”, Roma, 1970, p.10).

La suspensión condicional del procedimiento se encuentra regulada en el CPP en los arts. 22 y ss., y la podemos definir como aquél instituto en el que el Juez, con la conformidad del acusado, que admite los hechos que se le imputan, se somete voluntariamente a unas reglas de conducta y a dar satisfacción a la víctima, a cambio de que se suspenda el procedimiento durante determinado tiempo, condicionado a la observancia, por su parte, de tales reglas con finalidad de resocialización.

Los presupuestos para la aplicación de tal instituto son los siguientes:

A) Que concurren los requisitos establecidos en el art. 77 del CP para la aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Por consiguiente, es necesario que la pena de prisión correspondiente al delito cuyo procedimiento se suspende no exceda de tres años, es decir que nos encontremos ante un delito menos grave (art. 18 del CP). No creemos que pueda aplicarse a los casos en los que la pena correspondiente al delito abstractamente consideraba sobrepase dicha pena de prisión, aunque su límite inferior no supere dicha extensión, puesto que la pena únicamente se fija, tras el juicio oral, en la sentencia condenatoria, que precisamente este instituto evita mediante la suspensión del procedimiento, salvo en aquellos supuestos en los que, por el juego del grado de ejecución de la infracción penal u otras circunstancias objetivas concurrentes, es seguro que la pena nunca podrá exceder del referido límite cuantitativo.

B) Solicitud de alguna de las partes con señalamiento de las reglas de conducta. A diferencia de otros supuestos de oportunidad la aplicación de la suspensión del procedimiento no requiere la aprobación de la Fiscalía. Podrá ser instada por cualquiera de las partes: el fiscal, el defensor particular, el defensor público, el querellante e incluso la propia víctima. La solicitud podrá efectuarse en el requerimiento fiscal ante el Juez de Paz (art. 248.5), en el dictamen de la audiencia preliminar (art. 313.4), o en el plazo de los cinco días al que se refiere el art. 315, en relación con el 316.5 CPP, ante el Juez de Instrucción, y CHICAS BAUTISTA admite la posibilidad de su planteamiento ante el Tribunal de Sentencia por vía de excepción sobre la base de una interpretación amplia del art. 324. inciso 2º, si bien reconoce que si nos abocamos a la literalidad del legislador no procede la suspensión ya que tal precepto nos habla de excepciones (arts. 277 y ss. del CPP) y recusaciones (art. 78), no de solicitudes de las partes, por lo que, concluye, apegándose a la taxatividad de la norma no sería posible dicha solicitud (“Suspensión condicional del procedimiento”, en Ensayos doctrinarios; Nuevo Código Procesal Penal, pp. 444 y 445).

La suspensión condicional del procedimiento no eximirá a la Fiscalía General de la República de la obligación de realizar las diligencias que permitan asegurar los elementos de prueba imprescindibles (art. 252), previsión que no puede ser más lógica ante la eventual revocatoria del beneficio, y consiguiente reanudación del procedimiento.

C) Conformidad del imputado con la suspensión, el cual ha de admitir los hechos que se le imputan, haber reparado los daños causados por el delito, o asumido formalmente la obligación de reparar el daño en la medida de sus posibilidades, incluso mediante acuerdos con la víctima.

D) Resolución judicial admitiendo la suspensión; si, por el contrario, el Juez o tribunal la rechaza, la admisión de los hechos por el imputado carecerá de valor.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La suspensión condicional del procedimiento no debe reducirse en su aplicación a los delitos menos graves, porque ello constituye una interpretación restrictiva que no favorece la libertad del imputado, ni contribuye a descongestionar el sistema penal que en su origen ha sido concebido para únicamente llevar a juicio los casos de mayor gravedad.

Restringir la suspensión condicional del procedimiento a los delitos menos graves trae como consecuencia un desgaste innecesario a la administración de justicia cuando de antemano se sabe por las condiciones del caso y los sujetos que intervienen como víctima e imputado, que la pena privativa de libertad lejos de contribuir con la socialización del indiciado y la reparación del daño a la víctima, produce un efecto totalmente disociador que al final de cuentas resulta insatisfactorio para todos. Por ello no debe cerrarse esta vía de solución para aquellos casos en los cuales la pena mínima es de tres años de prisión aunque la máxima exceda dicha cantidad.

138

23

REGLAS

Al resolver la suspensión, el juez o tribunal someterá al imputado a una evaluación para el tratamiento correspondiente fijando un plazo de prueba, que no será inferior a un año ni superior a cuatro y, determinará una o varias de las reglas que cumplirá el imputado, de entre las siguientes:

- 1) Residir en un lugar determinado o someterse a la vigilancia que determine el juez;**
- 2) La prohibición de frecuentar determinados lugares o personas;**
- 3) Abstenerse del uso de drogas ilícitas;**

4) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del uso indebido de drogas lícitas;

5) Comenzar y finalizar la escolaridad primaria, si no la tiene cumplida, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en la institución que determine el juez;

6) Prestar trabajo de utilidad pública a favor del Estado o instituciones de beneficencia, fuera de sus horarios habituales de labor;

7) Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia;

8) La prohibición de tener o portar armas; y,

9) La prohibición de conducir vehículos.

La suspensión del procedimiento se notificará al imputado en persona y por el juez o tribunal, con expresa advertencia sobre las reglas de conducta, así como sobre las consecuencias de su inobservancia.

El juez de vigilancia correspondiente controlará el cumplimiento de las reglas de conducta.

139

La suspensión del procedimiento será inapelable, salvo para el imputado, cuando las reglas sean ilegítimas, afecten su dignidad o sean excesivas.

El juez o tribunal no podrá imponer condiciones cuyo cumplimiento sea vejatorio para el imputado o susceptibles de ofender su dignidad o estima.

Las reglas de conducta, no podrán afectar el ámbito de privacidad del imputado, ni contrariar sus creencias religiosas, políticas o sus normas de conducta no directamente relacionadas con el hecho cometido.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 2, 6, 10, 20, 24, 25
- CPP, 31.7, 256.6, 320.4
- LP, 30, 37, 46 y ss.

II. COMENTARIO

La aplicación de la suspensión del procedimiento requerirá la correspondiente decisión judicial. Así, durante la audiencia inicial, el Juez de Paz, luego de escuchar a las partes, y, en su caso, de recibir la declaración indagatoria, resolverá las cuestiones

planteadas, y, según corresponda suspenderá condicionalmente el procedimiento (art. 256. 6 CPP). El Juez de Instrucción, por su parte, resolverá sobre la suspensión inmediatamente después de finalizar la audiencia preliminar (art. 320.4 CPP).

Sobre la posibilidad de que sea el Tribunal de Sentencia el que autorice la suspensión condicional del procedimiento, además de lo que ya hemos indicado al comentar el art. anterior, fue admitida por el Tribunal de Sentencia de San Vicente, en su decisión de 15 de enero de 1999, conociendo de las cuestiones incidentales, en un supuesto en el que el fiscal y defensor informaron que habían llegado a un acuerdo conciliatorio entre la víctima y el imputado que, sin embargo, no reunía los requisitos legales para ser aprobado.

La resolución judicial que acuerde la suspensión ha de estar sometida a los requisitos siguientes:

A) La indicación concreta de la regla o reglas de conducta a las que quedará obligado el imputado, a tal efecto será sometido a una evaluación previa para determinar el tratamiento correspondiente.

140 B) En ningún caso, dichas condiciones podrán ser vejatorias o susceptibles de ofender su dignidad o estima, ni tampoco podrán afectar el ámbito de su privacidad, ni contrariar sus creencias religiosas, políticas o sus normas de conducta no directamente relacionadas con el hecho cometido. Es decir, que la determinación de las mismas deberá respetar, como no podía ser de otra forma, los derechos fundamentales del imputado, a su intimidad (art. 2, 20, 24 Cn), a su dignidad (art. 10 Cn), o a su libertad ideológica (art. 6 y 25 Cn).

C) Las concretas reglas de conducta, que podrán ser impuestas por el Juez, serán las comprendidas en los nueve números del art. 23 CPP, las cuales podemos sistematizar de la forma siguiente:

a) *Condiciones de control*, que suponen el sometimiento del imputado a vigilancia institucional, y en evitación de ciertos lugares o ambientes que se muestran proclives a favorecer la actividad delictiva del imputado, pretendiéndose, en consecuencia, apartarlo de los mismos por su incidencia negativa en su persona: “Residir en un lugar determinado o someterse a la vigilancia que determine el juez” (art. 23.1); “La prohibición de frecuentar determinados lugares o personas” (art. 23.2).

b) *Condiciones de deshabitación*, cuya esencia radica en apartar al sujeto del consumo de determinadas sustancias relacionadas con la comisión del ilícito penal por el que se le persigue criminalmente, por su evidente naturaleza criminógena: “Abstenerse del uso de drogas ilícitas” (art. 23.3); “Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del uso indebido de drogas ilícitas” (art. 23.4).

c) *Condiciones reeducadoras*, cuya finalidad consiste en suplir un déficit de formación o socialización del imputado: “Comenzar y finalizar la escolaridad primaria, si no la tiene cumplida, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en la institución que determine el juez” (art. 23.5); “Prestar trabajo de utilidad pública a favor del Estado o instituciones de beneficencia, fuera de sus horarios habituales de labor” (art. 23.6); “Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia” (art. 23.7).

d) *Condiciones restrictivas de determinados derechos*, toda vez que la manipulación de ciertos instrumentos puede potenciar la eventual comisión por parte del imputado de hechos delictivos: “La prohibición de tener o portar armas” (art. 23. 8); “La prohibición de conducir vehículos” (art. 23.9).

En consideración al informe de los especialistas correspondientes, y teniendo en cuenta el hecho delictivo cuya comisión fue reconocida por el imputado, así como sus concretas circunstancias personales, el Juez determinará la regla o reglas de conducta a imponer.

D) La fijación del plazo de prueba, que no será inferior a un año ni superior a cuatro, cuya extensión temporal el juez igualmente fijará conforme a los parámetros expuestos.

141

La suspensión del procedimiento se notificará personalmente al imputado, por el juez o tribunal, con expresa advertencia sobre las reglas de conducta, así como las consecuencias de su inobservancia, las cuales quedarán bajo el control del juez de vigilancia, al cual, a tal efecto, se le comunicará la decisión adoptando la suspensión del procedimiento con las reglas de conducta impuestas.

En congruencia con tal precepto, el art. 37.12 de la Ley Penitenciaria señala, entre las funciones del Juez de Vigilancia, “controlar el cumplimiento de las condiciones o reglas impuestas en la suspensión condicional del procedimiento penal, y tramitar los incidentes que se susciten de conformidad con las normas del Código Procesal Penal” (ver art. 46 y ss LP).

Para facilitar dicha labor de control del cumplimiento de las condiciones o reglas de conducta impuestas, se ha creado el Departamento de Prueba y Libertad Vigilada, que estará constituido por un grupo de inspectores, nombrados por la Corte Suprema de Justicia, que estarán al servicio de los Jueces de vigilancia penitenciaria, los cuales deberán de ser Abogados y Asistentes, Licenciados en Trabajo Social, y podrán desplazarse a cualquier lugar del territorio nacional, cuando el ejercicio de sus funciones así lo requiera (art. 30 LP).

La suspensión del procedimiento será inapelable, salvo para el imputado, cuando las reglas sean ilegítimas, afecten a su dignidad o sean excesivas (art. 23).

El efecto de la suspensión del procedimiento consiste en extinguir la acción penal, cuando se haya cumplido el plazo de prueba, y observado las condiciones impuestas (art. 31.7 CPP).

24

REVOCATORIA

Si el imputado se aparta considerablemente, en forma injustificada, de las reglas impuestas, comete un nuevo delito o incumple los acuerdos sobre la reparación, se revocará la suspensión y el procedimiento continuará su curso. En el primer caso, el juez de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena podrá ampliar el plazo de prueba hasta el límite de cinco años.

La revocación de la suspensión del procedimiento no impedirá la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

142

La revocación y los incidentes que ocurran durante el plazo de cumplimiento de las reglas de conducta serán competencia del juez de vigilancia correspondiente.
(2)

I. CONCORDANCIAS

- CP, 77 y ss.
- LP, 46 y ss., y 53

II. COMENTARIO

La revocatoria del beneficio se produce, conforme al art. 24, en los casos siguientes:

A) Si el imputado se aparta considerablemente, en forma injustificada, de las reglas impuestas, es decir, deberá de tratarse de un incumplimiento trascendente, importante, no meramente aislado u ocasional, y además carente de alguna causa que lo explique o justifique.

B) Por la comisión de un nuevo delito, entendemos que deberá existir una condena penal, en tanto en cuanto ínterin el imputado goza de su presunción de inocencia.

C) Incumplimiento de los acuerdos sobre la reparación, toda vez que conforma un requisito para la aplicación de dicho beneficio que el imputado haya reparado el daño o asumido formalmente la obligación de hacerlo en la medida de sus posibilidades, incluso mediante acuerdos con la víctima.

Los efectos de la revocación son los siguientes:

A) El procedimiento continuará su curso.

B) Ahora bien, en el primer caso, “si el imputado se aparta considerablemente, en forma injustificada, de las reglas de conducta”, el Juez de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena podrá ampliar el plazo de prueba, sin revocatoria, hasta el límite de cinco años.

C) El reconocimiento de los hechos efectuado por el imputado carecerá de valor probatorio.

D) La revocación de la suspensión del procedimiento no impedirá la suspensión condicional de ejecución de la pena, siempre, claro está, que concurren los requisitos previstos (art. 77 y ss. del CP).

La revocación, y los incidentes que ocurran durante el plazo del cumplimiento de las reglas de conducta, serán competencia del Juez de vigilancia correspondiente, y se tramitarán, conforme al art. 53 LP, por el procedimiento y los recursos señalados en los arts. 46 y siguientes de dicha Ley, es decir convocando a las partes a una audiencia, en la cual decidirá el Juez de Vigilancia, en resolución susceptible de ser apelada por las normas establecidas en los art. 48 y siguientes de dicha disposición general.

143

25

SUSPENSIÓN DEL PLAZO DE PRUEBA

El plazo de prueba se suspenderá mientras el imputado se encuentre privado de su libertad en otro procedimiento.

Cuando el imputado esté sometido a otro procedimiento y no se le haya privado de su libertad, el plazo seguirá corriendo, pero se suspenderá la declaración de extinción de la acción penal hasta que quede firme la resolución que lo sobresee, absuelva o haga cesar indefinidamente a su respecto el otro procedimiento.

I. COMENTARIO

Por último, señalar que el plazo de prueba se suspenderá mientras el imputado se encuentre privado de libertad en otro procedimiento, pues interín difícilmente puede cumplir las reglas de conducta que le fueron impuestas.

Con respecto a lo normado en el párrafo segundo de este precepto, parece lógico que debe tratarse de un procedimiento abierto por hechos acaecidos con posterioridad a la concesión de la suspensión, pues si son por hechos anteriores no se puede decir que el imputado haya cometido un “nuevo delito” (art. 24), y, por consiguiente, incumplido los requisitos para que proceda la extinción de su responsabilidad por tal causa.

26

ACCIONES PÚBLICAS DEPENDIENTES DE INSTANCIA PARTICULAR

Para su persecución dependerán de instancia particular, los delitos siguientes:

144

- 1) Lesiones comprendidas en el Art. 142 del Código Penal;
- 2) Lesiones culposas;
- 3) Amenazas;
- 4) Inseminación artificial y experimentación;
- 5) Apropiación o retención indebidas y administración fraudulenta;
- 6) Hurto de uso;
- 7) Usurpaciones;
- 8) Delitos relativos a la propiedad intelectual; (10)
- 9) Delitos relativos a la propiedad industrial; (10)

En estos casos no se perseguirá penalmente sino por petición de la víctima, o en caso de incapacidad, por quien ejerza su representación legal o por el guardador.

Sin embargo, la Fiscalía General de la República ejercerá la acción penal cuando el delito haya sido cometido contra un menor que no tenga padres ni tutor, contra un incapaz que no tenga tutor o cuando el delito fue cometido por uno de sus ascendientes o tutor, cuando haya perjudicado bienes del Estado, o cuando la víctima esté imposibilitada física o mentalmente para solicitar la investigación. (2)

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 193.2 y 4
- CP, 142, 146, 154, 155, 156, 157, 210, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 226, 227, 228, 229, 230 y 231
- CPP, 12.1 y 3, 19, 27, 31.8, 40, 229 pf. II, 239 pf. II

II. COMENTARIO

La regla general es que los delitos son perseguibles de oficio, correspondiendo a la Fiscalía General de la República ejercer la acción penal (arts. 19 CPP y 193.2 y 4 de la Cn), dado el indiscutible interés social de que las infracciones más graves a la convivencia ciudadana, cuales son los delitos, sean objeto de la correspondiente sanción criminal. No obstante, en ciertos casos, el Estado cede la posibilidad de iniciar la persecución penal de determinados hechos delictivos en manos de las personas ofendidas por los mismos, en atención a la naturaleza del bien jurídico lesionado por su comisión, y a los efectos de evitar una suerte de victimización secundaria, que dichas personas pudieran sufrir.

Como escribe WASHINGTON ÁBALOS en esta clase de ilícitos, el ofendido se encuentra autorizado por la ley para juzgar la conveniencia o inconveniencia de provocar el proceso penal a través de una manifestación de voluntad. Se trata de un acondicionamiento a la potestad represiva del Estado, pues de no obtenerse la manifestación de voluntad del particular, aquél debe abstenerse de ejercer su potestad (*Derecho Procesal Penal, T. I, p.348*).

145

En relación con su naturaleza jurídica, se ha discutido si la instancia particular constituye un elemento del propio delito, una condición objetiva de punibilidad o un requisito de procedibilidad, siendo ésta la posición más sólida, en tanto en cuanto la apertura del proceso criminal se encuentra bajo la condición de que medie la instancia o solicitud en tal sentido del particular ofendido por el delito, en virtud de las facultades dispositivas que, al respecto, le confiere la Ley.

Legitimado activamente para promover la persecución de estos ilícitos está la víctima de la infracción, entendiéndose por tal, conforme al art. 12.1 y 3 del CPP, la persona directamente ofendida por el delito, y los socios, respecto a los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren o controlen, o sus gerentes, o por quienes dirijan o administren una sociedad controlada, controlante o vinculada.

En los casos de incapacidad de la víctima, podrá promover la instancia la persona quien ejerza su representación legal o el guardador.

Sin embargo, la Ley atribuye igualmente legitimación a la Fiscalía General de la República, atendiendo a razones de interés social y de protección a la víctima desvalida, cuando el delito haya sido ejecutado “contra un menor que no tenga padres ni tutor, contra un incapaz que no tenga tutor o cuando el delito fue cometido por uno de sus ascendientes o tutor, cuando haya perjudicado bienes del Estado, o cuando la víctima esté imposibilitada física o mentalmente para solicitar la investigación”.

La forma en que se puede promover la instancia particular tanto puede ser por querrela como por denuncia, mientras tanto no se perseguirán penalmente tales hechos, y en este sentido, es categórico el art. 239 CPP, pf. II, al indicar que en los supuestos de delitos de instancia particular sólo actuará la policía “cuando exista expresa solicitud de la persona facultada para instar la acción, o de oficio, en los límites absolutamente necesarios para interrumpir la comisión del delito, prestar auxilio a la víctima o realizar actos urgentes de investigación”. En el mismo sentido, se expresa el art. 229 pf. II del CPP, al normar que “si se trata de un delito que depende de instancia particular, no se puede proceder sin ella, salvo los actos urgentes de investigación”.

146 Ahora bien, una vez que media la correspondiente solicitud de persecución penal, cumplido el requisito de procedibilidad, el Ministerio Fiscal ejercerá la acción penal para el castigo del culpable o culpables de dicha clase de ilícitos. VÉLEZ MARICONDE sostiene que se trata de una facultad “singularísima”, que se agota con su ejercicio, pues una vez expresada a favor del inicio de la acción su poder original muere definitivamente, asumiendo el Estado su potestad de reprimir, o dicho en otras palabras “la instancia privada es irrevocable”, sin embargo en el CPP de El Salvador la víctima no pierde su poder de disposición sobre la acción penal, que permanece latente; toda vez que conserva dentro de sus facultades la posibilidad de instar la revocación de la instancia particular, siempre que se haga antes de la vista pública (art. 31.8 y 40 del CPP), lo que conforma un caso legítimo de extinción de la acción penal.

La ley hace una enumeración, *numerus clausus*, de los delitos perseguibles a instancia particular, la cual merece sendos comentarios, por una parte que, a diferencia del CP de 1974, que hacía depender de la instancia particular los delitos contra la libertad sexual, el CPP los excluye de la enumeración del art. 26, y en segundo lugar, que el referido precepto, con buen criterio, fue reformado por Decreto n° 418 de la Asamblea Legislativa, dado el 24 de septiembre de 1998 (DO, n° 198, de 23 de octubre), puesto que dentro del catálogo de estos delitos figuraban las lesiones dolosas, pese al indiscutible interés público en la persecución de esta clase de infracciones punibles; situación que podría verse agravada por la hipertrofia de la revocatoria de la instancia particular en esta clase de infracciones, como causa de extinción de acción penal hasta el momento anterior a la vista pública (arts. 31.8 y 40), que posibilitaba los actos de extorsión sobre la persona agraviada o sobre sus familiares, generando una victimización secundaria, amen de la ya producida por el delito cometido. Sin embargo, tras la meritada reforma, el n° 1 del art. 26, queda circunscrito a las lesiones del art. 142 del CP, es decir

aquéllas de menor gravedad, que hubieran producido “incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias o enfermedades por un periodo de diez a veinte días, habiendo sido necesaria asistencia médica o quirúrgica”, que son sancionadas con pena de uno a tres años, resultando, pues, excluidas de la instancia particular las lesiones graves del art. 143 y las muy graves del art. 144 del referido texto legal, lo que merece una crítica positiva.

27

ALCANCE

La instancia particular permitirá la persecución de todos los partícipes, sin limitación alguna.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 19, 26

II. COMENTARIO

La instancia particular es divisible en relación a su objeto, en tanto en cuanto únicamente posibilita la apertura del proceso criminal con respecto al concreto hecho delictivo a la que la misma se refiere, sin que resulte extensible de oficio a otros hechos de igual naturaleza, que no hayan sido objeto de dicha instancia, es decir que cometidas dos infracciones criminales de tales características únicamente cabe la persecución penal de aquélla y sólo aquélla sobre la que se exteriorizó la voluntad del ofendido de proceder criminalmente; por el contrario, desde el punto de vista subjetivo, la instancia particular es indivisible, pues se extiende contra todas las personas que participaran en la comisión de un ilícito de la referida clase, sin que, por consiguiente, la voluntad del ofendido tenga la disposición de limitar la imputación subjetiva, y a esta regla responde lo normado en el art. 27 del CPP, que comentamos, al establecer que “la instancia particular permitirá la persecución de todos los partícipes, sin limitación alguna”.

28

ACCIÓN PRIVADA

Serán perseguibles sólo por acción privada los delitos siguientes:

- 1) Los relativos al honor y a la intimidad;
- 2) Hurto impropio;
- 3) Competencia desleal y desviación fraudulenta de clientela; y,
- 4) Cheques sin provisión de fondos.

En estos casos se procederá únicamente por acusación de la víctima, conforme al procedimiento especial regulado en este Código.

I. CONCORDANCIAS

148

- CP, 177 y ss., 184 y ss., 209, 238, 239, 243
- CPP, 19, 31.9, 41, 239 pf. II, 400 y ss.

II. COMENTARIO

La Ley recoge, por último, los delitos perseguibles únicamente a través de acción privada (arts. 19 último pf., 28 y 400 CPP), en atención a los bienes jurídicos lesionados afectantes a intereses predominantemente personales, y por razones de política criminal, en evitación de que una divulgación de estas infracciones criminales, a través de su persecución judicial, sea susceptible de incrementar el daño causado por el delito.

Por ello, con base en tales consideraciones, el Código Penal sólo protege a las personas cuando éstas se consideran ofendidas por el delito; se establece una conciliación previa (art. 402) que finalizada con avenencia finiquita el proceso criminal; la acción se extingue por la renuncia o abandono de la acusación (arts. 31.9, 41 y 405), por perdón o retractación (art. 405); la policía no procederá salvo orden del Juez y en los límites de esa orden, siempre y cuando además sea requerido el auxilio judicial por el acusador particular (arts. 239-II y 401).

En esta categoría de ilícitos, el Estado deja, pues, en manos de los particulares la persecución de los delitos de tal clase, en tanto en cuanto el “ius puniendi” no se ejercita sino cuando la víctima se considera ofendida por el delito.

No obstante lo cual, excepcionalmente, atendiendo a la condición del sujeto pasivo del delito e interés público en la salvaguardia del buen nombre de las instituciones, si se trata delitos contra el honor y la víctima fuera un funcionario público, autoridad pública, jefes de estado extranjeros o representantes diplomáticos acreditados en el país, la acción penal deberá ser ejercida por la Fiscalía General de la República (art. 400 pf. II CPP).

Las infracciones penales perseguibles por acción privada son las siguientes:

A) *Delitos contra el honor e intimidad del Título VI del Libro II del CP*: 1) capítulo I: calumnia, injuria y difamación (art. 177 y ss.); 2) delitos relativos a la intimidad, capítulo II (art. 184 y ss.): violación de comunicaciones privadas, captación de comunicaciones, revelación de secreto profesional, allanamiento de morada, allanamiento de lugar de trabajo o establecimiento abierto al público, utilización de imagen o nombre de otro.

B) *Hurto impropio* (art. 209 del CP).

C) *Competencia desleal y desviación fraudulenta de clientela* (arts. 238 y 239 CP).

D) *Cheque sin provisión de fondos* (art. 243).

149

Como requisito de procedibilidad para la iniciación de este procedimiento especial se requiere la presentación de escrito de acusación por la persona física o jurídica ofendida por el delito, bien directamente o por medio de apoderado especial (art. 400 CPP).

La acción privada es, pues: a) potestativa en lo que respecta a su ejercicio por el particular afectado, que es enteramente libre de promoverla o no; b) dispositiva, en cuanto entra dentro de las facultades del ofendido no sólo la promoción de la misma sino también su extinción; y c) taxativa o *numerus clausus*, puesto que la ley señala la concreta clase de ilícitos con respecto a los cuales la posibilidad de ser perseguidos se condiciona únicamente a la acción privada, si bien es cierto que, en los supuestos contemplados en el art. 29 del CPP, cabe la conversión de determinadas acciones públicas en privadas, pero ello sólo es así en los casos específicos contemplados en dicho precepto.

Se plantea el problema de si la acción privada es indivisible con respecto a todas las personas que hayan participado en un ilícito de tal naturaleza, o si por el contrario el particular ofendido podrá dirigir la misma contra una persona determinada prescindiendo de los demás copartícipes. La cuestión no es pacífica a nivel doctrinal, así CLARÍA OLMEDO contesta negativamente a ella, partiendo del carácter indivisible del poder de la acción

del Estado, que pone límite a la disponibilidad de su ejercicio por el particular; sin embargo, en el Derecho salvadoreño, si tenemos en cuenta que el art. 400, en relación con el art. 314 numeral 1º exige hacer constar los datos personales del imputado, y que el art. 41 de dicho texto legal señala que “la renuncia o desistimiento sólo aprovechará a aquellos partícipes a quienes se refiere expresamente” podemos concluir que, en los delitos privados, el particular ofendido puede delimitar objetiva y subjetivamente la acción penal, sin que, al respecto, exista un precepto como el art. 27 del CPP, relativo a los delitos perseguibles previa instancia particular.

29

CONVERSIÓN

Las acciones públicas podrán ser transformadas en acciones privadas a petición de la víctima, siempre que la Fiscalía General de la República lo autorice, porque no exista un interés público gravemente comprometido, en los casos siguientes:

1) Cuando se trate de un delito que requiera instancia particular;

150 2) En cualquier delito contra la propiedad. Si en un mismo hecho hay pluralidad de víctimas, será necesario el consentimiento de todas ellas, aunque sólo una asuma la persecución penal; y,

3) Cuando se prescinda de la acción pública en razón de la insignificancia, la mínima contribución o la mínima culpabilidad del autor o partícipe.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 12, 21 pf. II

II. COMENTARIO

Como una institución novedosa se introduce en el CPP de El Salvador la posibilidad de conversión de la acción pública en privada, para lo cual es necesario que concurren determinados requisitos, cuales son:

A) En primer término, solicitud efectuada por la víctima, entendiendo por tal las personas a las que se refiere el art. 12 del CPP.

B) En segundo lugar, la conformidad del Ministerio Público, que sólo podrá negarse a otorgarla, en los casos en los que “exista un interés público gravemente comprometido”.

C) Y, en tercer lugar, que nos encontremos en alguno de los supuestos numerus clausus que se recoge en dicho precepto. El último de los cuales (art. 29.3 CPP) se encuentra en relación con el art. 21 pf. II del CPP, que indica que cuando se extinga la acción penal por aplicación de un criterio de oportunidad “no se impedirá la persecución del hecho por medio de la acción privada; no obstante, si dentro del plazo de tres meses contados desde la fecha de la resolución, quien esté facultado a querellar no propone su querrela, caducará toda acción penal”.

La conversión convierte la acción pública en privada, sometiéndola al régimen jurídico legal de ésta última.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La transformación de una acción pública en privada significa que ya no le corresponderá al ente fiscal la promoción y continuación del proceso, sino que el particular va seguirlo como en los delitos de acción privada del artículo 28 y con el procedimiento regulado por el artículo 400 CPP. Esto en realidad nunca sucede, porque cuando la víctima hace la solicitud de conversión, ya ha existido algún mecanismo de reparación al daño causado o una conciliación extrajudicial. Ello demuestra que deben mantenerse algunas instituciones que permitan a las víctimas la posibilidad de obtener la reparación del daño de una manera más efectiva, porque ella, al sólo obtener el enjuiciamiento de una persona, no siempre será satisfecha en sus derechos.

151

La conversión de la acción se ha utilizado en la práctica como un mecanismo procesal que ha permitido una salida alternativa al proceso, que optimiza los recursos del estado, puesto que ha permitido a las partes procesales y al órgano jurisdiccional dirigir sus esfuerzos hacia otros casos que demandan una mayor atención. Se ha utilizado esta figura en defecto de la conciliación y de la reparación del daño que antes era posible en los delitos contra el patrimonio, los cuales constituyen los casos más comunes que conocen los tribunales del país. Ha tenido como limitante que siempre debe existir la autorización de la Fiscalía, situación que no era necesaria en la conciliación, ni en la reparación integral de daño (excepto en aquellos casos en los cuales a la fiscalía le correspondía la admisión de ella). Dicha autorización es un mecanismo de control que manejado objetivamente por el ente fiscal puede determinar que las víctimas no sean objeto de presiones indebidas para lograr dicha petición de la conversión. De ahí que es recomendable que el ente fiscal tenga parámetros claros y específicos sobre en qué casos puede autorizar la conversión solicitada por la víctima y no dejarse al arbitrio de cada fiscal en qué ocasión se autorice y en cuáles no.

30

OBSTÁCULOS

Si el ejercicio de la acción penal depende de una cuestión prejudicial o de la resolución de un antejuicio, se suspenderá su ejercicio hasta que desaparezca el obstáculo conforme lo establecido en la Constitución de la República y demás leyes.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 193 a 196
- CP, 193. pf II, 251
- CPP, 381 y ss.

II. COMENTARIO

152

En ciertos casos, el Estado puede iniciar válidamente la acción penal, pero se puede ver obligado a detenerla, cuando concurren determinadas circunstancias cuya justificación se encuentra, en ocasiones, en la tutela de intereses de naturaleza jurídica pública, que retardan la actividad jurisdiccional, en tanto en cuanto no concurren los requisitos habilitantes para su continuación. Ello sucede así, por ejemplo, en el caso de los altos funcionarios que integran los poderes del Estado (aforados), a los que se refieren los arts. 236 a 239 de la Cn, con relación a los cuales, y para proceder contra los mismos, es necesario promover previamente antejuicio en la Asamblea Legislativa o ante la Corte Suprema de Justicia (art. 381 y ss. del CPP), señalando, al respecto, el art. 389 del referido texto legal, que: “Cuando en la investigación de algún delito de acción pública, el juez o fiscal descubra que el imputado goza de privilegio constitucional, practicadas las diligencias indispensables para la comprobación de la existencia del delito, se abstendrá de todo ulterior procedimiento y remitirá las actuaciones a la Asamblea Legislativa o a la Corte Suprema de Justicia según el caso para que decidan si ha lugar a formación de causa. La misma regla se aplicará cuando de un mismo proceso apareciere que uno o varios imputados gozan de privilegio constitucional y otro u otros no. Si se declara que no ha lugar a formación de causa contra él o los imputados que gozaren de privilegio constitucional, se remitirán las diligencias al juez competente para que continúe el procedimiento contra los demás”.

En otras ocasiones, el ejercicio de la acción penal puede depender de una cuestión prejudicial, suspendiéndose el curso de aquélla, en tanto en cuanto no decida otra jurisdicción a la que le corresponde, con carácter previo y condicionante, resolver al respecto.

En efecto, en la redacción de los tipos penales no siempre cabe la posibilidad de limitarse a describir hechos, sino que, en determinadas ocasiones, para definir la conducta punible, es imprescindible hacer alusión a ciertos conceptos jurídicos, tales como, por ejemplo, en el delito de hurto del art. 207 del CP, como objeto del mismo, a “cosa mueble total o parcialmente ajena”. De ordinario estas cuestiones no se plantean en el juicio criminal, así siguiendo el ejemplo indicado, normalmente en los delitos contra el patrimonio no se discute la titularidad del bien sustraído, pero ello no sucede así en todos los casos enjuiciados, planteándose entonces una cuestión prejudicial, que la podemos definir como aquella que estando en íntima y directa relación con el objeto del proceso penal, está atribuido, en principio, su conocimiento a un orden jurisdiccional distinto (civil, administrativo, laboral etc.).

Suscitada, pues, una cuestión de tal naturaleza, los criterios para su resolución motivan que las cuestiones prejudiciales puedan clasificarse en dos grandes grupos, cuales son devolutivas o no devolutivas. Con respecto a éstas últimas, el órgano penal las decidirá en el proceso criminal, y así se podrá decidir en un juicio de tal naturaleza si la cosa pertenece o no al imputado. Ahora bien, en otros casos, la cuestión prejudicial es devolutiva, lo que requiere la decisión previa, al respecto, por un orden jurisdiccional distinto, así sucede en el caso del art. 251 del CP, en relación con los delitos relativos a la Hacienda Pública, en los que la determinación de la suma defraudada compete a la esfera administrativa, sin que quepa proceder al respecto mientras existieran juicios o recursos pendientes de tal naturaleza en dicha vía. Igualmente en el delito de bigamia la determinación de si el matrimonio anterior es o no nulo corresponderá al orden jurisdiccional civil (art. 193 pf. II CP). En estos casos, y siempre que el ejercicio de la acción penal dependa de una cuestión prejudicial, se suspenderá su ejercicio hasta que desaparezca dicho obstáculo.

153

En cualquier caso, el Juez o tribunal decidirá si la cuestión prejudicial es seria, fundada y verosímil, y lo suficientemente compleja para que no pueda ser resuelta por el orden jurisdiccional criminal, y corresponder su decisión, conforme a la legalidad vigente, a un orden jurisdiccional diferente.

III. JURISPRUDENCIA

Cuestiones prejudiciales y condiciones objetivas de procesabilidad. “En el ámbito del derecho penal adjetivo las cuestiones prejudiciales constituyen objetos procesales de carácter accesorio que importan la necesidad de un juicio previo al juzgamiento del objeto principal que se debate en el proceso penal. Dichas cuestiones se relacionan con uno o varios de los elementos constitutivos del delito y pueden ser resueltas por el mismo juez penal o por otro órgano no jurisdiccional dependiendo si la prejudicialidad pertenece o no al orden penal. En tal sentido, para nuestra legislación procesal penal las únicas cuestiones prejudiciales que en sentido estricto constituyen verdaderos obstáculos materiales para el ejercicio de la acción penal, son las referentes

a la determinación del estado familiar de las personas y del derecho de propiedad en el caso de usurpación, artículo 48 inciso 4 CPP., cuyo efecto jurídico cuando se presenta una cuestión de esta clase, según lo expresa EUGENIO FLORIAN en su obra "ELEMENTOS DEL DERECHO PPROCESAL PENAL" debe remitirse a un tribunal extra penal competente para que la resuelva, mientras el procedimiento penal queda en suspenso; los demás incidentes que se susciten en el curso del procedimiento, aunque no pertenezcan al orden penal, serán resueltos por el juez penal que conoce del asunto principal, art. 389 inciso 3 CPP., descartándose desde ya que el artículo 63 inc. 3 de la Ley de Telecomunicaciones contemple una cuestión prejudicial de las establecidas en el artículo 30 CPP. Por otra parte, las condiciones objetivas de procesabilidad, son aquellas especiales condiciones que importan un impedimento formal al libre ejercicio de la acción penal, sin cuya concurrencia no es posible ejercerla. Al respecto se advierte, que tales condiciones no guardan relación con los elementos del tipo y como ejemplos pueden citarse la instancia particular en los delitos cuya persecución depende de ella, art. 26 inciso 2 CPP.; la acusación de la víctima en los delitos de acción privada, art. 28 inciso 2 CPP.; y otros. Así mismo, el efecto jurídico que conlleva la no concurrencia de una condición de este tipo es la suspensión del proceso hasta remover el obstáculo formal, el que una vez superado permite la continuación del proceso" (*Casación, 18-06-99*).

SECCIÓN 2a.

EXTINCIÓN

31

MOTIVOS

La acción penal se extinguirá;

1) Por la muerte del imputado;

2) Por la conciliación;

3) Por la amnistía;

4) Por la prescripción;

5) Por el pago del máximo previsto para la pena de multa, en el caso de delitos sancionados sólo con esa clase de pena;

155

6) Por la aplicación de un criterio de oportunidad, en los casos y formas previstas en este Código;

7) Por el cumplimiento del plazo de prueba, en los casos de suspensión condicional del procedimiento;

8) Por la revocación de la instancia particular, en los casos de delitos que dependen de ella;

9) Por la renuncia o por el abandono de la acusación, respecto de los delitos de acción privada o que hayan sido transformados en delitos de acción privada;

10) Por la muerte de la víctima en los casos de delitos de acción privada, salvo que la acción ya iniciada por ella sea continuada por sus herederos o sucesores conforme lo previsto en este Código;

11) Por la reparación integral del daño particular o social causado, admitida por la víctima o la Fiscalía General de la República, según el caso, y realizada antes de la vista pública, en los delitos relativos al patrimonio o de contenido patrimonial y a la libertad individual, excepto en los casos de hurto agravado, robo, robo agravado, extorsión, privación de libertad y secuestro; (8)

12) Por el perdón de la víctima cuando esté expresamente autorizado; y,

13) Cuando luego de dictado el sobreseimiento provisional, no se haya reabierto la investigación dentro del plazo de un año.**I. CONCORDANCIAS**

- Cn, 131.26, 242
- CP, 96, 104, 105, 107
- CPP, 20, 21, 23, 24, 26, 28, 29, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 44, 45.2 c, 46, 104, 106, 238, 239, 246, 277.3, 309, 310, 313.1, 314, 315, 320.9, 322, 325 pf. 4º; 404, 405
- LP, 37.12
- Ley Especial de Ocurros de Gracia, 3, 8.4, 9 y 28

II. COMENTARIO

156

GÓMEZ ORBANEJA (*"Derecho Procesal Penal"*, p.84) se planteaba la cuestión general, que ni el derecho positivo, ni la misma ciencia penal resuelven de modo concluyente, de distinguir entre extinción de la acción penal y extinción del delito, o dicho en otras palabras ¿cuándo puede decirse que no cabe penar porque no cabe proceder, y cuándo el proceso se excluye porque el hecho -o la persona por el hecho- ha dejado de ser punible? Las mismas causas que se prevén en el art. 31 del CPP de extinción de la acción (muerte del imputado, prescripción, amnistía, perdón de la víctima), son contempladas en el art. 96 del CP, como supuestos de extinción de la responsabilidad criminal (muerte del condenado, prescripción, amnistía, perdón del ofendido).

Por su parte, dentro de la ciencia del Derecho penal, el maestro ANTON ONECA (*"Derecho Penal"*, segunda edición, Madrid, 1986, p.604) señalaba que más arduo es todavía encontrar los caracteres distintivos entre las precitadas causas de extinción de la responsabilidad penal y las condiciones de procedibilidad, señalando que podrían las causas de extinción dividirse en tres grupos, desde el punto de vista del momento en que surten sus efectos: las primeras actúan antes de la condena, haciendo imposible el nacimiento del proceso o interrumpiéndolo, como la prescripción del delito; las segundas requieren la condena, y su eficacia es impedir o interrumpir su ejecución (prescripción de la pena o indulto), mientras las terceras tienen aplicación antes o después de la imposición de la pena (perdón del ofendido o amnistía). Se ha pensado que las del primer grupo tendrían carácter procesal; las del segundo sustantivo, y las del tercero mixto. El fundamento sería que las causas extintivas, anteriores a la condena, son obstáculo a la pretensión punitiva y tienen eficacia contra el proceso aunque hubiera de terminar en sobreseimiento o absolución, o sea aunque el delito no hubiera tenido realidad, pues para promover el procedimiento no hace falta delito real, basta el supuesto.

Por otra parte, se ha señalado, con acierto, que realmente la acción penal no es la que se extingue sino la pretensión punitiva del Estado. Así, pese a que en el art. 31.4 del CPP se indique que aquélla se extingue por la prescripción, realmente ésta no exime de la obligación de investigar en el proceso si se dan los supuestos fácticos para su aplicación, e incluso, acogida la misma, el proceso podría continuar en una fase de impugnación, si una parte acusadora discrepa de su apreciación, e insta la continuación del procedimiento ante un tribunal superior. Por ello, señalaba que la única verdadera causa de extinción de la acción penal es la sentencia irrevocable LEONE (*“Tratado de Derecho Procesal Penal”*, Buenos Aires, p.142).

No cabe confundir las causas de extinción con las eximentes de responsabilidad criminal del art. 27 del CP, distinguiéndose ambas, en que éstas últimas suprimen un elemento necesario para que el delito exista como tal, mientras que las primeras presuponen o se fundamentan en la comisión de un delito, aunque su existencia no haya sido declarada judicialmente. Unas y otras se asemejan en sus efectos excluyentes de la punición, por lo que BATTAGLINI (*“Diritto Penale”*, pp.199 y ss.) ha intentado sin éxito su asimilación, duramente criticada por la doctrina. Así advierte ONECA, que todas las eximentes son obstáculos para la existencia del delito, mientras que las extintivas suponen un delito que ha tenido realidad y a cuya punición renuncia el Estado en un momento posterior.

157

La diferencia entre las causas de extinción de la responsabilidad criminal del art. 96 del CP y las señaladas como de extinción de la acción del art. 31 del CPP habrá de encontrarse en que en las primeras se ha declarado la responsabilidad criminal en virtud de sentencia firme (art. 1 del CPP), de ahí que tal precepto se refiera al cumplimiento de la condena, muerte del condenado, prescripción de la pena, al indulto, mientras que el art. 31, por el contrario, contempla la muerte del imputado, la prescripción del delito, no se refiere al indulto (extinción de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada dejando subsistente la responsabilidad civil, art. 105 CP), y sí a la amnistía, toda vez que esta causa de extinción puede operar antes y después de sentencia (el art. 104 del CP señala que la amnistía extingue la acción penal y hace cesar la ejecución de la condena y todas las consecuencias penales de la misma), lo mismo que sucede con el perdón de ofendido (art. 107 del CP y art. 405 del CPP).

Las causas de extinción de la responsabilidad criminal se regulan en el art. 31 del CPP, y son las siguientes:

1) *Por la muerte del imputado*

El imputado es la parte pasiva necesaria contra la que se dirige el procedimiento criminal. Este puede y debe abrirse aún cuando sea desconocida la persona que perpetró el hecho delictivo objeto de investigación (art. 238), por ello una de las finalidades primordiales de las diligencias iniciales de investigación radica en identificar y aprehender

a los autores y partícipes de la infracción criminal (art. 239), y cuando no es posible atribuir la comisión del hecho investigado a ninguna persona, y no existen posibilidades razonables de hacerlo, el fiscal podrá ordenar, mediante resolución fundamentada, el archivo de las actuaciones (art. 246).

El auto de apertura del juicio oral exige, por otra parte, la existencia de un imputado contra el que se dirija la acusación (arts. 313.1, 314 y 322). Por consiguiente, la presencia de un imputado es presupuesto indeclinable del proceso penal, por lo que sólo cabe sostener, en lógica y racional conclusión con lo expuesto, que su muerte genera la extinción de la acción penal, cuya continuación carece de sentido, dado que en el Derecho penal moderno reina el principio de la personalidad de la penas, superando estadios antiguos en el que se imponían sanciones de tal naturaleza a los cadáveres, y trascendían ciertas responsabilidades graves a los familiares más inmediatos.

Ahora bien, la extinción de la acción penal por esta causa, no extingue la responsabilidad civil que se hará efectiva contra el patrimonio del difunto o sus herederos (art. 45.2-c, en relación con el art. 46 del CPP).

2) *Por la conciliación*

158 Nos referiremos a la misma al comentar los arts. 32 y 33 CPP.

3) *Por la amnistía*

La amnistía junto con el indulto son las dos manifestaciones del derecho de gracia, a través de las cuales el Estado renuncia al “ius puniendi” que le corresponde, o si ya ha sido impuesta la pena a exigir su cumplimiento. Según VIVES ANTÓN la amnistía y el indulto general no son más que expresión aguda de la mala conciencia en la legislación y justicia penales, y, en este sentido, constituyen la más flagrante negación del Derecho Penal vigente, constituyendo un atentado frontal al principio más importante de todo el Derecho Penal, cual es el principio de legalidad de los delitos y las penas. Por eso, una política de indultos generales y amnistías nos sitúa en épocas pretéritas, en las que dicho principio no regía o lo que es lo mismo, no podía afirmarse la vigencia del Estado de Derecho, y el Derecho Penal era sinónimo de arbitrariedad criminal (*“Derecho Penal”, parte general, 1984, pp.812 y 813*).

LANDROVE DÍAZ señala que el derecho de gracia supone la pervivencia de facultades que en momentos históricos muy anteriores se atribuyeron al Soberano absoluto, que podía renunciar a su capricho a la acción penal cuya titularidad ostentaba, sin embargo, en la actualidad, supone, en no escasa medida, un atentado al principio de separación de poderes, característico del Estado de Derecho, ya que significa una intromisión del ejecutivo en el poder judicial; si bien se trata de fundamentarlo, al margen de su trayectoria histórica, en consideraciones de justicia o de conveniencia social (*“Las consecuencias jurídicas del delito”, 1976, p.144*).

Otro juicio, sin embargo, ha de merecer el indulto particular, a través del cual en determinados delitos y con referencia a determinadas personas constituye un instrumento adecuado para garantizar el principio de la proporcionalidad de las penas, cuando éstas son o pueden ser excesivas con respecto a las particularidades de un caso, así como permite asegurar el principio de necesidad de la pena, tratándose de procesos criminales que terminan en sentencia condenatoria pronunciada varios años después de los hechos en personas rehabilitadas, o reparar las consecuencias negativas de los errores judiciales. De ahí que se haya afirmado, por ejemplo por GRACIA MARTÍN, que el indulto particular encuentra su fundamento en razones de justicia, de equidad, de utilidad y necesidad político criminales. Para BUSTO RAMÍREZ responde a la idea político criminal de humanizar y concretar en la ejecución de la pena el sentido y función del derecho penal.

ANTÓN ONECA indicaba, por su parte, que el derecho de gracia desempeña todavía importantes misiones y no sería acertado suprimirlo, sin perjuicio de que deban condenarse sus abusos, y así señala que: 1) El derecho de gracia cumple un fin de política general. No se debe olvidar que el derecho penal es en parte defensa política. Las amnistías e indultos son armisticios en la lucha o concesiones generosas que prestigian al poder suficientemente fuerte para manifestarse benévolo. 2) Cumple un fin de política criminal, pues las leyes no pueden ser modificadas todos los días, y el indulto es un instrumento a través del cual se van manifestando nuevas tendencias, incluso como ensayos. Así ha ocurrido con respecto a la abolición de la pena de muerte o perpetuas, que ha sido precedida de periodos de desuso gracias al indulto. 3) Los indultos tiene una misión correctiva de la función juzgadora; y 4) Pueden tener valor penitenciario, que permita la disminución de las penas en quienes ofrezcan garantías de corrección o contraigan méritos extraordinarios (*op. cit. supra, p.609*).

159

BUSTOS RAMÍREZ escribe que la amnistía y el indulto sólo pueden basarse en la necesidad de la pena. La renuncia a la persecución penal o a la pena sólo puede justificarse en cuanto una y otra aparezcan como innecesarias. En relación con la amnistía, las precisiones sobre la necesidad de la pena requieren una diferenciación según se trate de delitos políticos cometidos con ocasión de una guerra, o bien, de delitos comunes. Para los primeros, la innecesariedad surge fundamentalmente de la idea de reconciliación social y política. Su persecución o aplicación de la pena significaría una perturbación de la paz social y de la vigencia del ordenamiento jurídico, lo cual entraría en contradicción con el sentido y función del derecho penal. Por lo tanto, y en atención a la fundamentación de la amnistía, ésta se extiende a la acción penal y a la pena. En cambio, en relación con delitos comunes, la innecesariedad de la pena sólo puede estar vinculada con transformaciones profundas de la economía y de la sociedad. La alteración de las condiciones que hicieron surgir determinados hechos delictivos deja sin sentido el mantenimiento de la persecución penal o el mantenimiento de la pena. En este sentido la amnistía se convierte en la anticipación de una reforma de

derogación de dichos tipos penales (*“Control social y sistema penal”*, Barcelona, 1987, p.367).

La amnistía es un perdón u olvido total del delito. JUAN DEL ROSAL y RODRÍGUEZ RAMOS la definen como un acto gracioso del poder soberano que, por razones de alta política, anula la relevancia penal de ciertos hechos y, consecuentemente, extingue por completo la pena y todos sus efectos. Distinguiéndose dos clases de amnistía: la propia, que se otorga antes de agotar la indagación jurisdiccional del delito, y la impropia, que se da con posterioridad a la sentencia firme (*“Compendio de Derecho Penal Español”, parte general, 1974, p.365*). La amnistía, según el art. 104-II del CP, puede ser absoluta o restringida, ésta última deja subsistente la responsabilidad civil.

160 El indulto, a diferencia de la amnistía, exige siempre la existencia de una condena penal impuesta, y no supone el olvido total del delito, o dicho en otras palabras no supone la extinción total de los efectos de la pena, en concreto subsisten los antecedentes penales, y la responsabilidad civil dimanante del delito (art. 105). El indulto admite dos modalidades, puede ser general, cuando afecta a una pluralidad de personas, está próximo a la amnistía, y particular cuando se refiere a un individuo concreto. También pueden ser totales y parciales, según supongan la remisión total (indulto total) o parcial de las penas impuestas o su sustitución por otras de naturaleza distinta (indulto parcial). La Ley Especial de Ocurros de Gracia se refiere a la conmutación, conforme a la cual la pena principal impuesta por sentencia ejecutoriada puede sustituirse por otra menor (art. 28).

EL CP regula a ambos institutos en los artículos 104 y 105. Así se señala, en el primero de ellos, que “la amnistía extingue la acción penal y hace cesar la ejecución de la condena y todas las consecuencias penales de la misma”, y en el segundo se indica que “el indulto es la extinción de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada dejando subsistente la responsabilidad civil.

Es necesario tener en cuenta la aprobación reciente por la Asamblea Legislativa de la Ley Especial de Ocurros de Gracia (Decreto No. 436, de 8 de octubre de 1998) reguladora de la amnistía, el indulto y la conmutación de la pena. En tal disposición normativa se norma, con respecto a la amnistía, que en los casos de imputados con causas pendientes, el juez o tribunal competente, a solicitud de parte o de cualquier persona y en cualquier estado del proceso, decretará el sobreseimiento sin restricciones a favor de los procesados, por extinción de la acción penal, ordenando la inmediata libertad de los mismos o el levantamiento de las órdenes de detención, en su caso (art. 8.4º). Y si se tratare de personas que aún no han sido sometidas a proceso alguno, el decreto de concesión de la gracia les servirá para que en cualquier momento en que se inicie el proceso en su contra por el delito comprendido en la amnistía, puedan oponer la excepción de extinción de la acción penal y solicitar el sobreseimiento que corresponda (art. 9).

Según el art. 131.26 de la Constitución de la República corresponde a la Asamblea Legislativa conceder la “amnistía por delitos políticos o comunes conexos con éstos, o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte; y conceder indultos, previo informe favorable de la Corte Suprema de Justicia”. Por su parte, el art. 244 de la referida Disposición señala que “las responsabilidades civiles o penales que incurran los funcionarios públicos, civiles o militares, con tal motivo, no admitirán amnistía, conmutación o indulto, durante el periodo presidencial dentro del cual se cometieron”.

Según el art. 3 de la Ley de Ocurros de Gracia sólo podrá ordenarse la amnistía por: 1º) delitos políticos; 2º) por delitos conexos con delitos políticos, 3º) por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte.

4) *La prescripción*

Consiste en la imposibilidad de realizar la persecución penal de un hecho delictivo por el transcurso de determinados plazos señalados en la Ley a partir de su comisión, durante los cuales el procedimiento no se ha seguido contra el culpable, o cuando dirigido contra una persona determinada se ha paralizado por el tiempo igualmente señalado en la Ley (arts. 34 del CPP). DEL TORO afirma que la prescripción consiste esencialmente en la invalidación por el transcurso del tiempo de la valoración penal de aquellas acciones y omisiones que hallándose penadas por la ley, comparecen en la realidad social y jurídica.

161

Se ha discutido la naturaleza jurídica de la prescripción como perteneciente al derecho penal o al derecho procesal. No parece ofrecer duda que si hablamos de la prescripción de la pena es más seguro concluir que dicho instituto pertenecería al ámbito del derecho sustantivo, pues lo que prescribe es el derecho del Estado a la ejecución de la pena impuesta en sentencia firme, tras un proceso jurisdiccional concluso. Sin embargo, cuando hablamos de la prescripción de un delito aún no juzgado, parece más correcto concluir que lo que prescribe es la acción penal para continuar con su persecución. Es este el criterio de la legislación salvadoreña que regula el instituto de la prescripción del delito en el CPP, mientras que la prescripción de la pena, como causa de extinción de la responsabilidad criminal, se regula en los arts. 96, 99, 100, 101, 102 y 103 del CP.

No obstante, hay quienes se manifiestan contrarios a este parecer, al entender que la prescripción del delito no excluye el proceso penal, precisamente a los efectos de constatar los soportes fácticos en los que la misma se asienta, que serán entonces el tema del proceso, y si éste concluye contra la posibilidad de ejercicio de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, no, por ello, el proceso penal hasta entonces ha dejado de ser perfectamente válido.

El fundamento de la prescripción, instituto basado en el transcurso del tiempo, es múltiple. Así se puede encontrar en el principio de la necesidad de la pena, ante la eventualidad de enjuiciarse la conducta pretérita de un sujeto resocializado, que no ha vuelto a delinquir, con lo que quebrarían los principios de prevención general y especial que justifican la imposición de la pena, que se convertiría, entonces, en improcedente con respecto a un individuo que llevara muchos años haciendo vida honrada en libertad, y demostrando con ello su arrepentimiento y carencia de peligrosidad social.

Por otro lado, desde una perspectiva estrictamente procesal, a medida que el tiempo transcurre se hace más difícil la búsqueda de las pruebas para demostrar la participación del imputado en un hecho criminal, e incluso para que éste prepare adecuadamente su derecho de defensa. El tiempo transforma a la persona y a la estructura social, por lo que parece lógico que se contemple por el legislador como causa de extinción de la acción penal o de la pena impuesta. Su fundamento escribía ANTÓN ONECA “está en una causa natural: el efecto destructor del tiempo” y RODRÍGUEZ DEVESA señalaba que “el paso del tiempo borra todo en la memoria de los hombres, por lo que la ley no hace más que consagrar ese olvido real cuando le reconoce efectos extintivos”.

162 En definitiva, desaparecida la alarma social que ha generado el delito y contemplando igualmente su gravedad (la ley señala unos y otros plazos de prescripción según la entidad y desvalor del hecho delictivo cometido), el mantenimiento del “ius puniendi” solo tendría una consideración meramente retribucionista, carente de la consistencia precisa para ser mantenida como justificación de la reacción penal.

MORALES PRATS sistematiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre el fundamento de la prescripción en los siguientes grupos: a) fundamentaciones de corte político-criminal, así la STS de 22 de septiembre de 1995 se refiere “a poderosas razones de política criminal y utilidad social, cuales son el aquietamiento que el transcurso del tiempo produce en la conciencia ciudadana, la aminoración, cuando no la eliminación, de la alarma social producida, el palidecimiento de la resonancia antijurídica del hecho ante el efecto invalidador del tiempo sobre los acontecimiento humanos”; b) fundamentaciones preventivo especiales (finalidad reeducativo-rehabilitadora de la pena), la sentencia de 18 de junio de 1992, indica que “transcurrido un tiempo razonable desde la comisión del delito, la pena ya no cumple sus finalidades e incide contraproducentemente en la resocialización o rehabilitación del sujeto”; c) fundamentaciones preventivas generales y especiales, así la sentencia de 26 de mayo de 1994 pone de manifiesto que “es obvio que transcurrido un tiempo razonable desde la comisión del delito, la pena ya no cumple finalidades de prevención general y especial”, y d) fundamentaciones procesales, la sentencia de 22 de septiembre de 1995, señala, desde este punto de vista, las “dificultades de acumulación y reproducción del material probatorio y hasta el grave impedimento del acusado para hacer posible “su justificación”,

que produce el inexorable y dilatado transcurso del tiempo” (“Comentarios al nuevo Código Penal”, Pamplona, 1996, pp.640 y 641).

El CPP establece los plazos de prescripción (art. 34), regulando también cuándo han de comenzar a computarse los mismos (art. 35), la suspensión (art. 37), interrupción (art. 38) y los efectos de la prescripción (art. 39), que serán objeto del correspondiente comentario en su lugar correspondiente.

- 5) *Por el pago del máximo previsto para la pena de multa, en el caso de delitos sancionados sólo con esa clase de pena*

Es necesario, en este caso, que concurren dos requisitos para que opere la extinción de la acción penal por dicha causa: a) que nos hallemos ante un delito sancionado exclusivamente con la pena de multa; y b) que se abone por el imputado el máximo previsto en la ley para la misma. En este caso, continuar con la acción penal carece de sentido.

- 6) *Por la aplicación de un criterio de oportunidad, en los casos y formas previstas en este Código*

Nos remitimos al comentario de los arts. 20 y 21 del CPP.

163

- 7) *Por el cumplimiento del plazo de prueba, en los casos de suspensión condicional del procedimiento*

Al acordar la suspensión condicional del procedimiento, el juez o tribunal someterá al imputado a una evaluación para el tratamiento correspondiente fijando un plazo de prueba, que no será inferior a un año ni superior a cuatro, y determinará una o varias de las reglas que cumplirá el imputado de las que figuran en la relación contenida en el art. 23 CPP. El juez de vigilancia correspondiente se encargará de controlar el cumplimiento de las reglas impuestas (art. 37.12 de la Ley Penitenciaria). Pues bien, si durante el periodo de prueba el imputado no se aparta considerablemente, salvo causa justificada, de las reglas impuestas, no comete un nuevo delito y no incumple los acuerdos sobre la reparación, operará esta causa de extinción de la responsabilidad criminal, dado que, en otro caso, procedería la revocatoria de la suspensión y el procedimiento continuaría su curso (art. 24 CPP).

- 8) *Por la revocación de la instancia particular, en los casos de delitos que dependan de ella*

Los delitos que figuran en la relación contenida en el art. 26 del CPP sólo pueden ser perseguidos, -salvo los supuestos excepcionales contemplados en el último inciso de tal precepto, en el que se permite el ejercicio de la acción penal por parte de la

Fiscalía General de la República-, a petición de la víctima o en caso de incapacidad de la misma por quien ejerza su representación legal o guardador; pues bien la revocatoria de la instancia particular, expresamente manifestada, acarreará la operatividad de esta causa de extinción de la acción penal, sin embargo si la misma procede del representante o tutor del menor o incapaz se requiere además autorización judicial (art. 40 del CPP).

Conforme al art. 224.3 del CPP, la falta de solicitud de instancia particular, en los delitos perseguibles por acción pública dependiente de la misma, salvo los casos de excepción que se expresan en este Código, traerá consigo la nulidad del proceso penal, lo cual igualmente ocurrirá si pese a la revocatoria de la misma se continúa con el procedimiento, a excepción de los supuestos en que ello sea factible con arreglo a la ley, como por ejemplo si la revocatoria del tutor o representante de un menor o incapaz no es aprobada por el Juez.

9) *Por la renuncia o por el abandono de la acusación, respecto de los delitos de acción privada o que hayan sido transformados en delitos de acción privada*

164

Con respecto a los delitos perseguibles por acción privada (art. 28), o que hayan sido transformados en delitos de acción privada (art. 29), la Ley contempla como causa de extinción de la acción penal la renuncia o abandono de la acusación. La renuncia ha de ser a través de manifestación expresa, salvo el supuesto del art. 44 del CPP, y el abandono de la acción puede deducirse tácitamente por la no realización de determinados actos procesales, así el art. 404 del CPP señala que, además de los casos previstos, se considerará abandonada la acusación y se debe sobreseer el procedimiento a favor del acusado, cuando: 1) La víctima o su mandatario no concurren a la audiencia de conciliación, sin justa causa. 2) Si muerta o incapacitada la víctima, no concurren a proseguir el procedimiento sus herederos o representantes legales, dentro de los sesenta días siguientes, a la muerte o incapacidad, siempre que éstos conozcan la muerte o la incapacidad de la víctima y la existencia del juicio...”. Existe, pues, una redundancia con el numeral 10 del art. 31, que, de nuevo, vuelve a contemplar esta causa de extinción de la acción penal, cuando sostiene que se extingue la misma “por la muerte de la víctima en los casos de delitos de acción privada, salvo que la acción ya iniciada por ella sea continuada por sus herederos o sucesores conforme lo previsto en este Código”.

El art. 104 del CPP se refiere a los supuestos en los que se considera abandonada la querrela, que también son de aplicación para los delitos de acción privada, sin perjuicio de sus reglas especiales, como señala el art. 106 del referido texto legal.

Igualmente hay que tener en cuenta que si la víctima de un delito de acción privada acude sólo a la vía civil o mercantil para ejercer la acción civil se le tendrá por renunciada a la acción penal, conforme al art. 44 del CPP.

Por su parte, el art. 325 pf. 4º del CPP señala que si el querellante no concurre a la audiencia, o se aleja de ella, se tendrá por abandonada la querrela.

Por último, aunque no contemplado expresamente en este precepto, existe otra causa de extinción de la acción penal por caducidad, cuando extinguida la acción pública por aplicación de un criterio de oportunidad en el plazo de tres meses quien esté facultado para ello no propone querrela por medio de acción privada (art. 21 pf. 2º CPP).

Los efectos de la renuncia o desistimiento de la acción privada se contemplan en el art. 41 del CPP.

- 10) *Por la muerte de la víctima en los casos de delitos de acción privada, salvo que la acción ya iniciada por ella sea continuada por sus herederos o sucesores conforme lo previsto en este Código*

Este precepto hay que ponerlo en relación con el art. 404.2 del CPP que indica que además de los casos previstos, se considerará abandonada la acusación y se debe sobreseer en el procedimiento a favor del acusado cuando: “si muerta o incapacitada la víctima, no concurren a proseguir el procedimiento sus herederos o representantes legales, dentro de los sesenta días siguientes, a la muerte o incapacidad, siempre que estos conozcan la muerte o la incapacidad de la víctima y la existencia del juicio. Caso contrario, el plazo comenzará a correr a partir de este conocimiento o de la notificación que el tribunal les haga sobre estos extremos. En este caso, cuando no se conozca quiénes son los herederos o se desconozcan su residencia, el acusado puede pedir al tribunal la notificación por edictos; publicado el último edicto comienza a correr el plazo establecido. Transcurrido dicho plazo se tendrá por extinguida la acción penal.

- 11) *Por la reparación integral del daño particular o social causado, admitida por la víctima o la Fiscalía General de la República, según el caso, y realizada antes de la vista pública, en los delitos relativos al patrimonio o del contenido patrimonial y a la libertad individual, excepto en los casos de hurto agravado, robo, robo agravado, extorsión, privación de libertad y secuestro*

El precepto que comentamos ha sido objeto de una importante reforma por el Decreto 281 de la Asamblea Legislativa de la República, de 8 de febrero de 2001, en un doble aspecto, en uno en que amplía los hechos delictivos susceptibles de extinción de la acción penal por esta causa a los delitos contra la libertad individual si bien con excepciones; y por otro lado, en cuanto restringe los delitos contra el patrimonio susceptibles de posibilitar la aplicación de dicho supuesto extintivo de la acción criminal.

En efecto, el Libro II, título III del CP se refiere a los delitos relativos a la libertad, y dentro de ellos el capítulo I regula los delitos relativos a la libertad individual (art. 148 a 152), pues bien si tenemos en cuenta que el precepto reformado se refiere a la

posibilidad de aplicar a los ilícitos de este último capítulo la reparación integral del daño como causa de extinción de la acción penal, con las excepciones de los delitos de privación de libertad (art. 148) y secuestro (art. 149), siendo el resto de las infracciones punibles de dicho capítulo figuras agravadas o atenuadas de tales ilícitos, fácil es concluir que solamente se refiere la reforma al art. 152, relativo a la detención por particular, otra cosa sería a que el legislador hiciera referencia a los “delitos relativos a la libertad”, pero no lo hace así, sino que expresamente circunscribe su reforma a los delitos contra la libertad individual, por lo que tampoco cabe incluir en este supuesto extintivo las infracciones punibles de los capítulos II del precitado título, referente a los “delitos relativos a la autonomía personal”, y capítulo III “de la inseminación artificial y experimentación”.

En cuanto a los delitos contra el patrimonio no cabe aplicar el art. 31.11 a los casos de hurto agravado (art. 208); robo (art. 212); robo agravado (art. 213) y extorsión (art. 214).

166 Esta causa de extinción, cuando se trate de ilícitos patrimoniales y contra la libertad individual, que causen perjuicios concretos a un particular, directamente ofendido por el delito, puede superponerse con la conciliación, prevista igualmente como causa de extinción de la acción penal en el art. 31.2, en cuanto ésta exige también el consentimiento de la víctima en forma de acuerdo o convenio (conciliación) y la reparación del daño (art. 32).

Ahora bien, se diferencian en que el art. 31.11 requiere siempre la reparación integral del daño particular causado, mientras que la conciliación admite también la posibilidad de señalar un plazo para dicha reparación, por lo que ésta última quedaría sometida a la condición de observancia del compromiso asumido, so pena de continuar el procedimiento criminal (art. 33).

Por otro lado, la conciliación se refiere exclusivamente a una víctima privada, mientras que la causa prevista en el art. 31.11 puede consistir en la reparación integral de un daño social, en cuyo caso se requerirá que así lo admita la Fiscalía General de la República, como representante que es de los intereses públicos.

Y, por último, señalar que la causa de extinción de la acción penal del art. 31.11 del CPP es más amplia que la conciliación, en tanto en cuanto no limita su aplicación a los delincuentes reincidentes, habituales o que hubieran conciliado delitos dolosos en los últimos cinco años (art. 32).

Con respecto a la importancia creciente y consecuencias de la reparación del perjuicio en el Derecho Penal, señala QUINTERO OLIVARES que es necesario superar la idea de que el objeto del derecho penal es exclusivamente contribuir dentro de un límite derivado del principio de intervención mínima, a facilitar la convivencia reprimiendo

con penas y medidas los más graves ataques dolosos o culposos contra los más valorados bienes jurídicos. El supuesto pragmatismo de la reparación no se ha de oponer a los “elevados ideales éticos del derecho penal” -cosa que se hace con frecuencia, como si cualquier arreglo de un conflicto a través de medios materiales fuera necesariamente “indigno”-, pues la primera falacia es admitir que el derecho penal, a estas alturas del siglo, ha de conculcar ideales éticos, en lugar de conformarse con ayudar a sentar las bases de la convivencia, dejando la ética, la honestidad, la bonhomía, la solidaridad etc., para el dominio de lo personal (*“Justicia penal en España”, Pamplona, 1998, pp.238 a 240*).

Con la posibilidad de admitir estas causas de extinción de la acción penal, que incentiva la reparación de la víctima, se está atribuyendo a ésta, a través lógicamente de una adecuada selección de tipos penales, un papel de protagonista en el proceso penal, pues no podemos, por menos, que dar la razón a GARCÍA PABLOS, cuando señala que “la víctima del delito sólo despierta, paradójicamente, compasión en la sociedad del bienestar. Es objeto del más lamentable desprecio y abandono, tanto por parte del ordenamiento jurídico -del sistema legal- como de la ciencia criminológica. El Derecho Penal sólo se preocupa del castigo del autor del delito. Contemplado el proceso penal desde esa óptica represiva la víctima aparece como mero sujeto pasivo de la infracción. La efectiva reparación del daño padecido por el protagonista indefenso e inocente del hecho criminal apenas interesan, ya que priman los intereses vindicativos, retributivos, sobre los sociales y asistenciales” (*“Manual de Criminología”, Madrid, 1988, pp. 693 y 694*).

167

12) *Por el perdón de la víctima cuando esté expresamente autorizado*

Son supuestos en los que prima el interés privado de la víctima sobre el público de persecución de los hechos delictivos, con respecto a los cuales goza de una especial disponibilidad sobre determinada clase de ilícitos, de manera tal que aquélla pueda decidir libremente si desea la intervención de los Tribunales, y una vez que ésta se ha producido la continuación del proceso, e incluso la ejecución de la pena. LANDROVE DÍAZ reputa a esta modalidad extintiva como una especie de “gracia privada”.

BUSTOS RAMÍREZ crítica esta concepción señalando que “es incorrecto justificar el perdón del ofendido en la titularidad de la acción, como lo es cuando se afirma tal aseveración respecto del Estado tratándose de los delitos de acción pública. Los objetos de protección del derecho penal, los bienes jurídicos, no están en función de un individuo determinado ni del Estado, sino en relación con el sistema en su conjunto, ya sea respecto de sus bases de existencia (vida, salud individual, honor) o bien respecto de su funcionamiento (fe pública, medio ambiente, calidad del consumo). La principal característica de los objetos de protección del derecho penal es su carácter público. Luego, cuando se habla de delitos de acción privada, en caso alguno se puede estar mentando que el delito es privado; una afirmación de esa índole significaría contradecir

el sentido y función del Derecho Penal. Lo único que se quiere significar con esa expresión es un determinado condicionamiento en cuanto a su persecución. Se trata más que un problema penal propiamente tal, de una cuestión de carácter procesal” (*op. cit. supra*, pp.369 y 370).

El art. 405 del CPP regula el perdón, con respecto a los delitos perseguibles por acción privada, cuando norma que “la víctima, sus herederos o representantes legales en su caso, podrán perdonar expresamente al imputado, durante el procedimiento y hasta antes de la vista pública, en cuyo caso se extinguirá la acción penal y el juez sobreseerá”.

El art. 96 n°s 6 y 7 del CP se refiere al perdón del ofendido y al perdón judicial como causas de extinción de la responsabilidad penal. Operando el primero en los delitos de acción privada o de acción pública previa instancia particular, en los casos determinados en la ley, y con respecto al segundo se estará a lo dispuesto en los arts. 82 y 372 (art. 107 del CP).

168

Por último, señalar que el art. 405 pf. 2° del CPP regula, también, como causa de extinción de la acción penal la retractación del acusado aceptada por la víctima, lo que hace en los términos siguientes: “en los delitos contra el honor el acusado podrá retractarse de una manera pública del delito que hubiere dado lugar a la acusación hasta antes de la vista pública, y si la retractación fuere aceptada expresamente por la víctima, sus herederos o representantes legales en su caso, se extinguirá la acción penal y el juez sobreseerá”.

13) *Cuando luego de dictado sobreseimiento provisional, no se haya reabierto la investigación dentro del plazo de un año*

Esta causa de extinción de la acción penal habrá que ponerla en relación con los arts. 309 y 310 del CPP. Así, conforme, al primero de ellos, procederá el sobreseimiento provisional “cuando los elementos de convicción obtenidos hasta ese momento sean insuficientes para fundar la acusación, pero exista la probabilidad de que puedan incorporarse otros elementos de convicción. La resolución mencionará concretamente los elementos de convicción sobre la participación del imputado que la Fiscalía General de la República ofrece incorporar”. Si dentro del plazo de un año, a partir de la fecha en que se dicte la resolución de sobreseimiento provisional, surgen nuevos elementos de prueba sobre la participación que tornen viable la reapertura de la instrucción, el Juez, a petición de la Fiscalía General de la República, la decretará (art. 315). Por el contrario, si transcurre dicho plazo sin que se haya instado la reapertura del procedimiento, o instándola los elementos de prueba ofrecidos por la acusación pública nada nuevo aportan al proceso a los efectos de justificar la perpetración por el imputado del ilícito criminal a que dio lugar la formación de la causa, la acción penal se extingue por el transcurso de dicho plazo (art. 31.13).

Es necesario señalar que el sobreseimiento provisional supone una insuficiencia de elementos de convicción sobre la participación del imputado en el ilícito criminal, pero con respecto al cual existe la probabilidad de que se puedan incorporar otros para conseguir dicha justificación, de manera tal que si se trata de un delito en relación con el cual no se sospeche quien puede ser su autor, la extinción de la acción penal operaría a través del instituto de la prescripción del delito, y no por medio de esta causa de extinción de la acción penal.

32

CONCILIACIÓN

La conciliación entre el imputado y la víctima extinguirá la acción penal, cuando se trate de los delitos siguientes:

- 1) Delitos contra el patrimonio o de contenido patrimonial;**
- 2) Homicidio culposo;**
- 3) Lesiones, comprendidas en los artículos 142 y 146 del Código Penal;**
- 4) Delitos de acción pública previa instancia particular;**
- 5) Delitos sancionados con pena no privativa de libertad; y**
- 6) Delitos menos graves.**

169

No podrán conciliarse los delitos cometidos por reincidentes, habituales, de agrupaciones ilícitas tales como las pandillas denominadas maras o de alguno de sus miembros, o los que hayan conciliado delitos dolosos de los que trata el presente artículo durante los últimos cinco años. Tampoco podrán conciliarse los delitos de hurto agravado, robo, robo agravado, extorsión, privación de libertad y secuestro. (8) (10)

En cualquier momento del proceso, pero antes de que se clausuren los debates en la vista pública, la víctima comunicará el acuerdo al tribunal. Esta comunicación será personal, consignándose su contenido mediante acta, conforme a las previsiones de este Código.

En el acta de conciliación se determinarán las obligaciones pactadas, entre las cuales se comprenderá la reparación del daño a la víctima o al ofendido; y en su caso se señalará un plazo para su cumplimiento.

La certificación del acta de conciliación, tendrá fuerza ejecutiva.

La víctima y el imputado podrán nombrar apoderados especiales para conciliar en su representación. También podrán simplemente designar de palabra o por escrito, ante el juez o la Fiscalía General de la República a una persona que las represente para tales efectos. (6)

33

INCUMPLIMIENTO DE LA CONCILIACIÓN

Cuando el imputado incumpliere dentro del plazo sin justa causa las obligaciones pactadas en el acta de conciliación, el procedimiento continuará como si no se hubiere conciliado.

I. CONCORDANCIAS

- CP, 18, 30.16, 132, 142 y 146, 207 y ss.
- CPP, 31.2, 248.7, 313.7, 319

170 II. COMENTARIO

El Derecho Penal clásico ha visto el delito como un conflicto entre dos únicos sujetos: el Estado, por un lado, que pretende hacer efectiva su pretensión punitiva, y en el otro, el delincuente, transgresor de la ley penal. En este esquema la víctima del delito era la gran olvidada, ocupando un papel totalmente secundario que, en el mejor de los casos para ella, poco frecuentes en la práctica, terminaba con un extemporáneo resarcimiento económico del daño sufrido. Es cierto que en manos de la víctima queda, en no pocos casos, la apertura del procedimiento penal, y, por ende, la persecución del delito, pero una vez puesta en marcha la maquinaria de la justicia se encuentra sometida a los órganos de la Administración pública encargados de la represión del delito, sin que aparentemente obtenga a cambio de ello contrapartidas. Es especialmente gráfica, al respecto, la afirmación de NILS CHRISTIE de que “a la víctima se le roba el conflicto”.

Es precisamente, tras la Segunda Guerra Mundial, cuando comienza a desarrollarse la Victimología, que pone de manifiesto que es necesario igualmente que el Derecho Penal contemple, dentro de sus mecanismos de reacción, a la víctima y su problemática, buscando dentro de sus fines la reparación del mal sufrido por ésta, dándole el protagonismo que merece en el proceso criminal. Así escribía GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, que “el delito no enfrenta simbólicamente al infractor y al Estado, sino que expresa un conflicto entre tres protagonistas: delincuente, víctima y comunidad”. “La víctima no puede seguir siendo mero objeto de la investigación judicial, sino un partícipe activo de ésta, un sujeto de derechos, informado, atento, colaborador y responsable de

su marcha” (*“El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria”, en Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, monográfico sobre la Victimología, p.311, Madrid, 1993*).

Este movimiento de atención a la víctima va unido a nuevas concepciones del Derecho Penal, que no conciben la pena como único instrumento de reacción del mismo ante la conculcación de la ley, ni como instrumento exclusivo de política criminal. En este sentido, señala QUINTERO OLIVARES, que no se puede llegar “hasta el punto de que sin pena no podamos explicar el derecho penal, o, dicho de otro modo, temer que un derecho penal que no condujera a la imposición de una pena no sería tal derecho penal” (*“La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena”, en Estudios Penales en memoria del Prof. Fernández Albor, 1989, p.594 y 595*).

Inciendo en estas últimas ideas, BUSTOS señala que “el Estado no sólo tiene que considerar como expectativa la imposición de una pena, sino además posibilitar que en el proceso penal se den formas diferentes de su terminación; esto es, suspensión o no inicio y, por tanto, la no imposición de una pena, en razón de la comunicación establecida entre las partes” (*Manual de Derecho Penal, parte general, p.61, 1994*), por ello entiende que debe considerarse dentro del proceso penal, como forma de mediación, la conciliación entre delincuente y víctima, en la que el juez tiene la posición de un juez de garantías.

171

MIR PUIG estima, por su parte, correcta la posición de “contemplar la reparación económica del daño causado como una de las exigencias que impone una adecuada consideración de la víctima -y no sólo el delincuente- como uno de los protagonistas centrales del delito” (*“Derecho Penal-Parte General, Fundamentos y Teoría del delito, Barcelona, 1990, pp. 14-16*) y VARELA CASTRO postula la necesidad de buscar fórmulas de reencuentro autor-víctima, mediante la instauración de servicios de mediación, a cargo de profesionales especializados.

Surgen de esta forma, a partir de los años 70, en Estados Unidos y en Canadá, una proliferación de experiencias en el ámbito de la conciliación y reparación del delito, lo que ha llevado a afirmar a FREHSEE, en el año 1987, no sin cierto optimismo, a que nos encontrábamos ante un “renacimiento del pensamiento de reparación”, y ZIPF considera que la conciliación entre autor y víctima constituye uno de los temas centrales de la política-criminal internacional, cuya “fascinación reside en que a casi cualquier posición político criminal fundamental, desde el abolicionismo hasta el movimiento por un derecho penal neoclásico, salen aspectos susceptibles de aprobación”.

Estos programas de mediación entre el delincuente y la víctima representan una forma de resolución extraprocésal de los litigios judiciales, más conocidos, en Estados Unidos, por sus siglas ADR: *“alternative dispute resolution”*. Los programas más antiguos de mediación entre delincuente y víctima vienen asociados generalmente a centros de

justicia vecinal. El primer programa de esta clase tuvo lugar en Columbus, Ohio, en 1969, en donde ante la gran cantidad de causas pendientes, la Fiscalía decide someter a mediación los delitos de menor entidad, los cuales dado el gran volumen de asuntos pendientes no serían, por otra parte, debidamente tratados. El éxito de tal programa condujo a que, en 1977, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos crease otros centros de justicia vecinal en Atlanta, Kansas City y Los Angeles (*ver el artículo "La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación" de MARIA CARRASCO ANDINO, en Revista de Jueces para la Democracia, marzo, 1999, n° 34, p.75*).

172 PÉREZ SANZBERRO se refiere a la conciliación, definiéndola, y destacando su importancia, en los términos siguientes: "la idea de conciliación implica el acuerdo entre sujetos que parten, en principio, de posturas discrepantes o posiciones de intereses enfrentadas..., el concepto tiene dos dimensiones igualmente importantes: por un lado, la que hace referencia al logro de un resultado, el acuerdo, que normalmente tendrá por objeto la reparación del daño; por otro, importa también en cuanto a procedimiento, ya que supone el protagonismo de sujetos directamente implicados en el delito (infractor y víctima), en su tratamiento y en la regulación de sus consecuencias, a través del proceso comunicativo caracterizado por la horizontalidad y la superación de los estrechos límites que imponen las definiciones jurídicas, aunque éstas influyan en dicha comunicación" (*"Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?"*, Granada, 1999, p.22).

Las tres características del sistema serían: 1) la participación de los directamente implicados (autor y víctima); 2) la atención a las consecuencias lesivas del delito; 3) la intervención de una instancia mediadora que facilite la comunicación entre los sujetos enfrentados con el fin de llegar a una solución pacificadora.

ROXIN destacaba que, a través de la reparación, en cualquier caso, respecto a ciertos delitos y hasta determinada gravedad, se pueden obtener resultados, desde el punto de vista de la prevención especial. En efecto, "con el deber de reparar se provoca que el autor se enfrente a los daños ocasionados y a la persona de la víctima de un modo totalmente distinto a como lo haría de resultar ésta más o menos abstracta y anónima. Esto puede afectar internamente, favoreciendo así la resocialización" (*Wiedergutmachung, 1987, pp.49 y ss.*) "Si sobre la base del compromiso entre delincuente y víctima se le exime de las consecuencias nocivas y socialmente discriminatorias de la privación de libertad y se le da la impresión de volver a ser aceptado por la sociedad, con ello se hace probablemente más por su resocialización que con una costosa ejecución del tratamiento" (*"La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones"*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, "Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania", Madrid, 1991, p.21).

Pero es que también, desde la perspectiva de la prevención general, la conciliación tiene similar importancia, puesto que, hoy en día, se viene distinguiendo en este campo, entre una prevención general negativa y otra positiva. La primera consiste en la intimidación que la pena, anudada a la comisión del delito, ofrece al conjunto de ciudadanos, si bien la misma encuentra su debilidad en la consideración cierta de que los delitos se comenten con la esperanza de no ser descubiertos; por lo que adquiere mayor importancia la denominada prevención general positiva, que consiste en facilitar al ciudadano una actitud favorable frente al orden jurídico.

Esto ocurre, según enseña ROXIN, de tres formas: por el efecto didáctico que se produce cuando los preceptos penales son interpretados públicamente en la vista y en la sentencia; por el efecto de confianza que se logra cuando la población ve que el Derecho se impone; y por el efecto de la satisfacción que se alcanza cuando la comunidad percibe que se ha eliminado la perturbación social ocasionada por el delito; y es precisamente este último aspecto el que sale reforzado a través de los mecanismos de la conciliación, de la reparación del daño causado por la ejecución del hecho delictivo. Así estudios realizados en América, Japón y Alemania, han revelado que la víctima y la comunidad consideran más importante una reparación amplia, en los delitos de pequeña y media gravedad, que el castigo al delincuente (ROXIN, *op. cit. supra*, p.22). Hay que romper, pues, con la idea de la víctima punitiva que lo único que le importa es el castigo, cuanto más severo mejor, de la persona que le causó el mal que todo delito conlleva.

173

Frente a esta posición se han levantado también opiniones críticas, como la sostenida por BARNETT, al indicar que, en tales casos, a quien no se restituye es a la sociedad por el daño que el delito ha provocado (quebrantamiento de la paz social y del orden jurídico), lo que convertiría a la reparación en una manifestación de la debilidad del sistema, más que un medio de reforzamiento de éste (*"Restitution a new paradigm of criminal justice"*, en Barnett, RE. / Hagel, J (Ed.): *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process*, Harvard University, 1977, p. 376). No obstante, como señala SILVA SÁNCHEZ es evidente, "que cuanto menos se sienta lesionada la colectividad por un determinado hecho, tanto más fácil será que su confianza se vea restablecida por la reparación (o el intento de reparación) a la víctima actual, así como con la reafirmación simbólica de la norma vulnerada. Esto ya pone de relieve la necesidad de limitar la "tercera vía" a delitos de poca gravedad" (*"Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación"*, en *Revista del Poder Judicial*, n° 45, primer trimestre de 1997, editada por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p.200).

Por otra parte, frente al argumento de la ausencia de contenido intimidativo que para el delincuente tiene el hecho de que, en el caso de ser descubierto, la reacción penal se limitaría a la restitución de la cosa y/o reparación del daño, hay que tener igualmente en cuenta que, sin perjuicio de una adecuada selección de los delitos susceptibles de recibir tal tratamiento penal, no se puede despreciar la fuerza intimidativa

que implica el sometimiento al proceso penal, y la declaración de su culpabilidad por el imputado, unido al esfuerzo personal y patrimonial que implica la reparación, que por otra parte no es automática, sino que exige una conciliación o una aprobación judicial de la misma, por lo que el individuo que delinque no tendrá la certeza o garantía de su aplicación.

En otro orden de cosas, se ha destacado la importancia (LARRAURI) que encierra el enfrentamiento entre víctima e infractor. “Así puede ser de interés que el delincuente se confronte con el sufrimiento causado, del mismo modo que puede ser útil para la víctima el ver el lado humano de la persona que sólo ha conocido como energúmeno, esto es eliminar la imagen hostil. En síntesis se realza el valor terapéutico del proceso, que permite establecer el diálogo como una vía de solución antes que las soluciones autoritarias, jerárquicas e impuestas. Finalmente se recuerda que las necesidades de la víctima no son sólo económicas; a la víctima le queda normalmente un estado de perplejidad -¿por qué a mí?- y de temor, que es necesario solucionar porque ello afectara a la calidad de su vida futura” (*“Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?”*, en *Revista de Jueces para la Democracia*, nº 15, Madrid. 1/1992, p.28).

174 GALAWAY señala como formas que puede revestir la reparación, las siguientes: a) *Una cantidad dineraria dirigida directamente a favor de la víctima*; b) *Una suma de dinero dirigida a organizaciones de carácter social*, especialmente apta para los casos en los que la víctima no es localizada o no quiere participar en el proceso de mediación, o, por ejemplo, que no hay daños concretos que reparar, porque se trata de uno de los denominados delitos sin víctima; c) *Prestaciones en favor de la víctima*, cuando la naturaleza de la infracción punitiva permita la reparación en especie, o cuando el autor del delito es insolvente, careciendo, por lo tanto, de la capacidad económica suficiente para satisfacer una concreta cantidad de dinero, a los efectos de reparación del mal causado por el delito; d) *Prestaciones a favor de la comunidad* (*“Restitution as an integrative punishment”*, en Barnett, RE./Hagel, J (Ed.): *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process*, Harvard University, 1977, p.340).

HUBER, por su parte, indica que “... estamos ante algo más que el mero pago de una deuda civil. Reparación supone compensación de las consecuencias del hecho con el fin de restituir la paz jurídica. Para ello son tan apropiadas las prestaciones monetarias, como los regalos, las disculpas, los encuentros de reconciliación o la prestación de servicios. También las cargas simbólicas, que pueden alcanzar a instituciones de interés general, valen como reparación. Además también entran en consideración las contribuciones dinerarias a fondos de compensación de víctimas o a fondos para las víctimas de accidentes, una fórmula especialmente aplicable cuando el hecho ha quedado en grado de tentativa y no se han producido daños” (*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, III, pp.170 y 171).

Pero, tras esta breve introducción, entremos en la regulación de esta causa de extinción de la acción penal en el nuevo CPP de El Salvador. Señalando que, con base en la regulación normativa de dicho instituto, podemos definir la conciliación, como un acuerdo de autocomposición entre imputado y víctima, previo a la finalización de los debates en la vista pública, que motiva, en los casos taxativamente señalados en la ley, la suspensión del procedimiento, y conlleva la extinción de la acción penal, si el imputado cumpliere lo que se hubiere comprometido con aquélla, dentro del plazo pactado, entre cuyas condiciones se comprenderá la reparación del daño a la víctima o al ofendido por el delito.

La conciliación sólo operará cuando se trate de los delitos siguientes: 1) delitos contra el patrimonio o de contenido patrimonial, 2) homicidio culposo; 3) lesiones comprendidas en los artículos 142 y 146 del Código Penal; 4) delitos de acción pública previa instancia particular; 5) delitos sancionados con pena no privativa de libertad; y 6) delitos menos graves (art. 32).

Por delitos menos graves hay que entender, de acuerdo con el art. 18 del CP, aquellos sancionados con pena de prisión que no exceda de tres años y multa cuyo límite máximo no sobrepase los doscientos días multa.

No obstante, no podrán conciliarse los delitos cometidos por reincidentes, habituales o los que hayan conciliado delitos dolosos de los que trata el mentado art. 32 durante los últimos cinco años. Dentro de los delitos patrimoniales tampoco podrán conciliarse los delitos de hurto agravado (art. 208 CP) robo (art. 212 CP), robo agravado (art. 213); ni tampoco los delitos de privación de libertad (art. 148) y secuestro (art. 149).

175

A los efectos de determinar el concepto legal de reincidente y delincuente habitual habrá de estarse lo normado en el art. 30.16 del CP, según redacción dada por Decreto 703 (Diario Oficial de 4 de octubre de 1999).

Por lo que respecta al procedimiento, la conciliación deberá comunicarse personalmente por la víctima, podrá hacerse ante el Juez de Paz (art. 248.7), ante el Juez de Instrucción (arts. 313.7 y 319) y ante el Tribunal de Sentencia, si se hace antes de que se clausuren los debates en la vista pública (art. 32).

La víctima y el imputado podrán nombrar apoderados especiales para conciliar en su representación. También podrán simplemente designar de palabra o por escrito, ante el juez o la Fiscalía General de la República a una persona que las represente para tales efectos. Se consignará el contenido de la conciliación en acta, en la que se determinarán las obligaciones pactadas, entre las cuales se comprenderá la reparación del daño de la víctima o al ofendido, y, en su caso, se señalará un plazo para su cumplimiento. La certificación de la conciliación tendrá fuerza ejecutiva.

Cuando el imputado incumpliere, dentro del plazo, sin justa causa, las obligaciones pactadas, el procedimiento continuará, como si no se hubiere conciliado (art. 33).

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Existe claridad con respecto a que los delitos contra el patrimonio son conciliables con excepción a los que la misma norma expresamente excluye. Esto es así porque basta con ubicarnos en el Libro Segundo, Título Séptimo del Código Penal que prescribe: “delitos relativos al patrimonio”. Sin embargo, con relación a los delitos de contenido patrimonial no se tiene esa sistemática, ante lo cual se ha interpretado que son delitos de contenido patrimonial aquellos que pueden ser valubles económicamente y que no se encuentran específicamente regulados en el título antes referido como delitos relativos al patrimonio. Por ejemplo, los delitos relativos a la hacienda pública, en los que se ve afectado el erario público que es esencial para dirigir la actividad financiera del Estado y que es posible cuantificar económicamente el monto que ha dejado de percibir ante la evasión tributaria.

176 Con relación al incumplimiento del acuerdo conciliatorio, éste da lugar a la denominada audiencia de justa causa, en la que concurrirán las partes procesales y en especial el imputado, quien deberá manifestar ante el juez cuales son las razones por las que no ha cumplido los compromisos asumidos en la conciliación. Dicha audiencia deberá realizarse con las prescripciones que señala el artículo 153 CPP., y luego de haber escuchado de manera breve a las partes el juez deberá evaluar ponderadamente si las razones dadas por el imputado son válidas y justificadas para no haber cumplido, porque es probable de que no haya necesidad de continuar con el procedimiento, debido a que el incumplimiento ha sido provocado por circunstancias ajenas a la disposición del imputado. Pero en caso de que las razones dadas no tengan justificación racional deberá continuarse con el procedimiento como si nunca se ha conciliado.

34

PRESCRIPCIÓN

La acción penal prescribirá:

1) Después de transcurrido un plazo igual al máximo previsto, en los delitos sancionados con pena privativa de libertad; pero en ningún caso, el plazo excederá de diez años, ni será inferior a tres años;

2) A los tres años en los delitos sancionados sólo con penas no privativas de libertad;
y,

3) Al año en las faltas.

La prescripción se regirá por la pena principal y extinguirá la acción aún respecto de cualquier consecuencia penal accesoria.

No prescribe la acción penal en los casos siguientes: tortura, actos de terrorismo, secuestro, genocidio, violación de las leyes o costumbres de guerra, desaparición forzada de personas, persecución política, ideológica, racial, por sexo o religión, siempre que se trate de hechos cuyo inicio de ejecución fuese con posterioridad a la vigencia del presente Código. (5)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 31.4, 34 a 38 (prescripción de la acción penal)
- CP, 12 (tiempo y lugar de realización del hecho punible), 96.3 (prescripción de la responsabilidad penal), 99 a 102 (prescripción de la pena), 103 (prescripción de las medidas de seguridad)

II. COMENTARIO

El artículo que comentamos establece los plazos de prescripción de la acción penal, tras la comisión de un hecho delictivo, realizando al respecto una clasificación entre delitos susceptibles de prescribir y otros que, por la especial naturaleza del bien jurídico lesionado con su ejecución, son imprescriptibles.

177

Dentro de la primera categoría tenemos que distinguir, a su vez, tres clases de plazos, según la naturaleza de la pena anudada a su comisión y la gravedad de la misma:

- A) Delitos castigados con pena privativa de libertad, en cuyo caso prescriben en un plazo igual al máximo previsto en cada tipo, con un mínimo de tres años y un máximo de diez años.
- B) Delitos sancionados con penas no privativas de libertad: tres años.
- C) Las faltas prescribirán al año.

La prescripción se regirá por la pena principal (art. 45 del CP) y extinguirá la acción respecto de cualquier consecuencia penal accesoria (art. 46 del CP).

No obstante, teniendo en cuenta la gravedad y naturaleza de determinados hechos delictivos, que por ello merecen una protección criminal más severa, el Estado no renuncia, con respecto a los mismos, al “ius puniendi”, y, por lo tanto, no prescribe la

acción penal en los casos siguientes: tortura, actos terroristas, secuestro, genocidio, violación de las leyes o costumbres de guerra, desaparición forzada de personas, persecución política, ideológica, racial, por sexo o religión, siempre que se tratare de hechos cuyo inicio de ejecución fuese con posterioridad a la vigencia del Código Procesal Penal de 1998 (art. 34, último párrafo).

En estos supuestos, nos encontramos ante delitos que atentan con-tra la expresión más elemental de los derechos fundamentales. Por ello, en relación con los mismos, señala BUSTOS RAMÍREZ, que la pena siempre aparece como necesaria, ya que necesidad es en función no de un individuo, sino de la humanidad y de la historia de todo un pueblo (*op. cit. supra*, p.372).

35

COMIENZO DE LA PRESCRIPCIÓN

El tiempo de la prescripción de la acción penal comenzará a contarse:

178

- 1) Para los delitos perfectos o consumados, desde el día de su consumación;
- 2) Para los delitos imperfectos o tentados, desde el día en que se realizó el último acto de ejecución;
- 3) Para los delitos continuados, desde el día en que se realizó la última acción u omisión delictuosa; y,
- 4) Para los delitos permanentes, desde el día en que cese la ejecución.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 31.4, 34 a 38 (prescripción de la acción penal)
- CP, 12 (tiempo y lugar de realización del hecho punible), 96.3 (prescripción de la responsabilidad penal), 99 a 102 (prescripción de la pena), 103 (prescripción de las medidas de seguridad)

II. COMENTARIO

El artículo que comentamos establece la forma de computar el plazo de prescripción de la acción penal, distinguiendo al respecto si nos encontramos ante un delito consumado, imperfecto o tentado, continuado o permanente.

En principio, parece obvio que tal cómputo se iniciará desde el momento en que el delito se ha cometido. Ahora bien, existen sendas teorías sobre el momento en que se debe considerar ejecutada la infracción criminal, una es la teoría de la acción y otra la del resultado, siendo la primera de ellas la seguida por el CP de El Salvador, cuando establece, en su art. 12 del CP, que el hecho punible se considera realizado en el momento de la acción o de la omisión, aún cuando sea otro el tiempo del resultado. La omisión se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida.

A los efectos de realizar el cómputo de la prescripción debemos de tener en cuenta que delito consumado o perfecto es el que se ejecuta hasta la realización del resultado típico, con plena sujeción a la hipótesis legal; mientras que si el imputado realiza actos que entran dentro del núcleo de dicha acción típica, pero no llega a realizar todos los necesarios para producción del resultado, por causas independientes a su voluntad, nos encontraremos ante una infracción tentada o imperfecta. El art. 24 del CP señala que “hay delito imperfecto o tentado, cuando el agente, con el fin de perpetrar un delito, da comienzo o practica todos los actos tendentes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y ésta no se produce por causas extrañas al agente”.

Pues bien, en el caso de los delitos consumados, el plazo de prescripción se contará desde su consumación, y en el caso de los delitos imperfectos o tentados, desde el día que se realizó el último acto de ejecución.

179

El art. 42 del CP indica que “hay delito continuado cuando con dos o más acciones u omisiones reveladoras del mismo propósito criminal y aprovechándose el agente de condiciones semejantes de tiempo, lugar y manera de ejecución, se cometen varias infracciones de la misma disposición legal que protege un mismo bien jurídico, aún cuando fueren de distinta gravedad”, sin que quepa tal forma delictuosa en los delitos de homicidio y lesiones. Pues bien, en los casos de delito continuado el cómputo, a los efectos de prescripción, se realizará desde el día en que se cometió la última acción u omisión delictuosa, toda vez que, por su esencia, tal forma delictiva conforma una unidad de resolución compuesta por una pluralidad de acciones u omisiones con cierta conexión temporal, a las que jurídicamente se les da un tratamiento unitario, de ahí que sea lógico que el cómputo prescriptivo se inicie desde la ejecución de la última de dichas acciones u omisiones, que no son otra cosa que manifestación de un mismo propósito criminal, que programa su idea delictuosa a través de la ejecución de una pluralidad de actos.

Por último, delito permanente es aquél que prolonga la lesión del bien jurídico protegido en el tiempo, hasta que la misma cesa por un acto contrario de voluntad del sujeto activo; siendo paradigmático de esta clase de ilícitos el delito de privación de libertad del art. 148 del CP. En estas infracciones criminales el cómputo de prescripción de la acción penal se iniciará desde el día que cesa la ejecución, pues mientras tanto el

delito sigue produciendo los efectos prohibidos en el Código, vulnerando el bien jurídico que justifica la tipificación penal de la conducta ilícita.

36

PRESCRIPCIÓN DURANTE EL PROCEDIMIENTO

DEROGADO. (5)

37

SUSPENSIÓN

El término de la prescripción se suspenderá:

1) Cuando en virtud de una disposición constitucional o legal, la persecución penal no pueda ser promovida o proseguida; esta disposición no regirá cuando el hecho no pueda ser perseguido porque falta la instancia particular;

180

2) En los casos de delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso de su función, mientras cualquiera de quienes hayan participado siga desempeñando la función pública;

3) En los delitos relativos al sistema constitucional, cuando haya ruptura del orden institucional, hasta su restablecimiento;

4) Mientras dure, en el extranjero, el trámite de extradición;

5) Durante el plazo de prueba cuando se suspenda la persecución penal;

6) Cuando se haya suspendido la persecución penal en los casos del Art. 20 del presente Código; y,

7) Cuando se haya suspendido la persecución penal por incapacidad sobreviniente.

Terminada la causa de la suspensión, la prescripción seguirá su curso.

38

INTERRUPCIÓN

La prescripción se interrumpirá:

- 1) Por la declaratoria de rebeldía del imputado; y,**
- 2) Por la sentencia condenatoria aún no firme y que se haya recurrido en casación.**

Desaparecida la causa de interrupción, el plazo comenzará a correr íntegramente.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 236 a 242
- CPP, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 31.4, 90, 91, 92, 93, 94, 333, 334, 362, 377, 381 y ss., 421 y ss.
- CP, 9.3, 12 (tiempo y lugar de realización del hecho punible), 96.3 (prescripción de la responsabilidad penal), 99 a 102 (prescripción de la pena), 103 (prescripción de las medidas de seguridad), 320 y ss., 340 y ss.

181

II. COMENTARIO

EL CPP regula, con respecto a la prescripción, los supuestos de suspensión de la misma y los casos de interrupción, cuyas consecuencias son evidentemente distintas; pues en el primer caso “terminada la causa de la suspensión, la prescripción seguirá su curso”, es decir que el tiempo transcurrido no se pierde, simplemente se paraliza; mientras que, en el segundo de los supuestos, desaparecida la causa de interrupción, el plazo comenzará a correr íntegramente.

Las causas de suspensión son las siguientes:

- 1) *Cuando en virtud de una disposición constitucional o legal, la persecución penal no pueda ser promovida o perseguida; esta disposición no regirá cuando el hecho no pueda ser perseguido por que falta la instancia particular*

En ciertos casos, el Estado, que puede iniciar válidamente la acción penal, se puede ver obligado a detenerla, cuando concurren determinadas circunstancias cuya justificación se encuentra, en ocasiones, en la tutela de intereses de naturaleza jurídica pública, que retardan la actividad jurisdiccional, en tanto en cuanto no concurren los requisitos habilitantes para su continuación. Ello sucede así, por ejemplo, en el caso de

los altos funcionarios que integran los poderes del Estado (aforados), a los que se refieren los arts. 236 a 239 de la Cn, con relación a los cuales, y para proceder contra los mismos, es necesario promover previamente antejuicio en la Asamblea Legislativa o ante la Corte Suprema de Justicia (art. 381 y ss. del CPP), señalando, al respecto, el art. 389 del referido texto legal, que: “Cuando en la investigación de algún delito de acción pública, el juez o fiscal descubra que el imputado goza de privilegio constitucional, practicadas las diligencias indispensables para la comprobación de la existencia del delito, se abstendrá de todo ulterior procedimiento y remitirá las actuaciones a la Asamblea Legislativa o a la Corte Suprema de Justicia según el caso para que decidan si ha lugar a formación de causa. La misma regla se aplicará cuando de un mismo proceso apareciere que uno o varios imputados gozan de privilegio constitucional y otro u otros no. Si se declara que no ha lugar a formación de causa contra él o los imputados que gozaren de privilegio constitucional, se remitirán las diligencias al juez competente para que continúe el procedimiento contra los demás”.

Pues bien, nos encontramos ante un caso de suspensión de la prescripción, toda vez que se produce una paralización legal del procedimiento, terminada la cual éste seguirá su curso, y con ello el plazo de prescripción. No obstante esta causa no opera en los supuestos de delitos perseguibles previa instancia particular a los que se refiere el art. 26 del CPP.

182

- 2) *En los casos de delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso de su función, mientras cualquiera de quienes hayan participado siga desempeñando la función pública*

Precepto que se encuentra en evidente congruencia con el art. 242 de la Cn, que señala, al respecto, que “la prescripción de los delitos o faltas oficiales se regirá por las reglas generales, y comenzará a contarse desde que el funcionario culpable haya cesado en sus funciones”.

- 3) *En los delitos relativos al sistema constitucional, cuando haya ruptura del orden institucional, hasta su restablecimiento*

El CP tipifica en los arts. 340 a 342, dentro del capítulo I, del Título XVII del Libro Segundo, los delitos relativos al sistema constitucional, en dos concretos tipos delictivos: la rebelión y la sedición, que conforman conductas consistentes en la acción de levantarse, de forma violenta, con la finalidad de romper con la sumisión a las leyes y a las autoridades legítimas, de manera tal que si, a consecuencia de dichas acciones, se rompe el orden institucional se produce la suspensión del plazo de la prescripción hasta el restablecimiento del mismo, pues ínterin la persecución de dichas infracciones no sería factible, y no es lógico que los imputados se vieran favorecidos por una situación por ellos propiciada.

4) *Mientras dure, en el extranjero, el trámite de extradición*

Nos encontramos ante un caso de extradición activa, en que las autoridades de la República reclaman la transferencia del imputado del país en que se encuentra a los efectos de ser sometido a proceso en El Salvador. El art. 9 del CP fija la extraterritorialidad de la ley salvadoreña incluso con respecto a delitos cometidos en el extranjero.

Esta causa de suspensión de la prescripción tiene su razón de ser en que, en tanto en cuanto el imputado no se encuentre a disposición de las autoridades judiciales, no cabe que el procedimiento prosiga contra su persona a los efectos de someterle al juicio justo.

5) *Durante el plazo de prueba cuando se suspenda la persecución penal*

La suspensión del procedimiento, en el caso previsto en los art. 22 y ss del CPP, se encuentra condicionada a que se cumpla con las reglas de conducta impuestas, a que no se cometa un nuevo delito y a que se observen los acuerdos de reparación asumidos frente a la víctima, pues, en otro caso, procedería su revocación y el procedimiento continuará su curso (art. 24). El plazo de suspensión será de uno a cuatro años (art. 23), con lo que sería factible que, de no preverse esta causa de paralización de la prescripción, el delito prescribiera durante el plazo de suspensión condicional, toda vez que los plazos consignados en el art. 34, relativos a la prescripción de la acción penal, pueden ser inferiores a los fijados judicialmente como de suspensión condicional del procedimiento, con lo que la revocatoria de este beneficio carecería de todo tipo eficacia, generándose un auténtico dislate legal, para cuya evitación se ha recogido este supuesto de suspensión de la prescripción. Igualmente debemos de tener en cuenta que, con arreglo al art. 25 del CPP, el plazo de prueba se suspenderá mientras el imputado se encuentre privado de su libertad en otro procedimiento.

183

6) *Cuando se haya suspendido la persecución penal en los casos del Art. 20 del presente Código*

Este precepto habrá que ponerlo en relación con el art. 21 del CPP, que señala, en su inciso tercero, que “cuando se trate del caso contemplado en el numeral 2 del artículo anterior, se podrá condicionar la extinción de la acción penal al cumplimiento de la colaboración o a la eficacia de la información”, y añade, que, “sin embargo, en el caso del numeral 4 del artículo anterior, sólo se suspenderá el ejercicio de la acción pública hasta que se dicte la sentencia respectiva, momento en el que resolverá definitivamente sobre la prescindencia de la persecución penal. Si la sentencia no satisface las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la persecución, el fiscal solicitará la reanudación del trámite”. Pues bien, mientras no se decida definitivamente sobre la extinción de la acción penal por alguna de dichas causas se produce la suspensión del plazo de la prescripción.

7) *Cuando se haya suspendido la persecución penal por incapacidad sobreviviente*

Esta causa de suspensión debe relacionarse con el art. 90 del CPP que señala que. “si durante el procedimiento sobreviene una enfermedad mental, que excluya la capacidad de entender o de querer del imputado, el juez o tribunal previo dictamen pericial, ordenará la suspensión del trámite hasta que desaparezca la incapacidad. Esta suspensión impedirá la declaración indagatoria y el juicio, pero no que se investigue el hecho o que continúe el procedimiento con respecto a coimputados. El juez o tribunal solicitará un informe semestral sobre la salud mental del imputado. Si concurren los requisitos de la internación provisional se dispondrá el internamiento del incapaz en un establecimiento adecuado. En este caso el enfermo será examinado trimestralmente por el perito que el juez o tribunal designe.

Si tal incapacidad sobreviene en el momento del juicio se suspenderá el mismo por un plazo de diez días, sin perjuicio de ordenarse la separación de juicios y continuarse el trámite con los otros imputados (art. 333.5 CPP); si prosigue la incapacidad en el undécimo día será preciso esperar a que desaparezca la causa de suspensión (art. 334).

184 No cabe, en estos casos, el procedimiento para la aplicación de medidas de seguridad de los arts. 397 y ss, que queda circunscrito a los casos en los que el delito se cometió en estado de inimputabilidad (art. 27.4 del CP), no cuando la incapacidad sobreviene con posterioridad a su comisión.

Como causas de interrupción de la prescripción, se regulan en el art. 38, las dos siguientes:

1) *Por la declaratoria de rebeldía del imputado*

El proceso requiere la presencia de la persona contra la que se dirija el procedimiento criminal, por ello la Ley indica que será considerado rebelde el imputado que, sin justa causa, no comparezca a la citación judicial, se fugue del establecimiento o lugar en que se halle detenido, o se ausente del lugar asignado para su residencia. Transcurrido el término de la citación o comprobada la fuga o la ausencia, el juez declarará la rebeldía y expedirá orden de captura. La declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la instrucción, y si es declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes. Declarada la rebeldía, se archivarán las actuaciones, instrumentos y piezas de convicción (art. 91 y ss. CPP).

La declaración de rebeldía del imputado se configura como una causa de interrupción de la prescripción hasta que se presente o sea habido.

- 2) *Por la sentencia condenatoria aún no firme y que se haya recurrido en casación*

La Ley se refiere a la sentencia penal, que ponga fin al juicio, que sea de naturaleza condenatoria, y que no haya alcanzado el status de cosa juzgada por hallarse pendiente de la resolución del recurso de casación contra la misma interpuesto (arts. 362, 377, 421 y ss. del CPP).

39

EFECTOS

La prescripción correrá, se suspenderá o interrumpirá en forma individualizada para cada uno de los partícipes en el delito.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 31.4, 34 a 38 (prescripción de la acción penal), 330.3 (lectura de declaraciones de coimputados) y 341 (varios imputados)
- CP, 12 (tiempo y lugar de realización del hecho punible), 96.3 (prescripción de la responsabilidad penal), 99 a 102 (prescripción de la pena), 103 (prescripción de las medidas de seguridad)

185

II. COMENTARIO

La prescripción de la acción penal (art. 31.4 CPP) y la prescripción de la responsabilidad penal (art. 96.3 CP) o, lo que es lo mismo, la prescripción del delito y de la pena, solo son predicables respecto de una persona individualizada y perfectamente identificada. La prescripción del delito es consecuencia del transcurso de un determinado plazo tras la comisión del mismo, sin que sea juzgado; la prescripción de la pena exige también “el transcurso de cierto tiempo tras la imposición de la pena, o tras una interrupción de su cumplimiento, sin que se cumpla” (MIR PUIG).

La prescripción de la acción penal o prescripción del delito, que es a la que se refieren los arts. 34 a 39 CPP, *empieza a correr* desde un determinado momento (arts. 35 CPP y 12 CP), salvo para aquellos delitos que no prescriben nunca (art. 34, último inciso, CPP); *se suspende* por las causas que se relacionan en el art. 37 CPP (extradición, suspensión del procedimiento a prueba, por incapacidad del imputado, etc.), siguiendo su curso la prescripción cuando desaparece el motivo de la suspensión; y *se interrumpe*

por las causas del art. 38 CPP (rebeldía, recurso de casación contra una sentencia condenatoria), debiendo comenzar el plazo íntegramente cuando así sucede.

Como señala el art. 39 que comentamos, dichas situaciones referidas a la prescripción de la acción penal —aunque lo mismo sucedería con las de la prescripción de la pena— rigen de forma individualizada e independiente para cada uno de los partícipes en el delito.

La alusión a los partícipes del delito implica lógicamente que, en el proceso penal, puede existir una *pluralidad de partes*, tanto entre los que ejercen la acusación (fiscal y querellante), como entre quienes son objeto de la misma (parte acusada). También en el ejercicio de la acción civil cabe la existencia de una pluralidad de partes demandantes (fiscal, querellante) y demandadas (responsables directos y responsables subsidiarios: arts. 116, 118 a 125 CP).

Refiriéndonos exclusivamente a la *parte acusada* de la acción penal, pueden darse fenómenos de coautoría, cuando sean dos o más los penalmente responsables de un delito o falta, en concepto de autores o partícipes —instigadores o cómplices— (art. 32 a 37 CP); o situaciones de conexidad entre delitos (art. 63 CPP), que dan lugar a la acumulación de los procesos (art. 64 CPP).

186

Pues bien, de la misma manera que la prescripción o cualquier otra causa de extinción de la acción penal y de la pena (arts. 31 CPP y 96 CP) deben actuar de forma independiente para cada uno de los imputados, la sentencia —condenatoria o absolutoria— que se dicte debe contener pronunciamientos y fundamentación diferenciada para cada uno de los diversos imputados.

Por último, como reflejo de esa individualización material del tratamiento procesal en caso de pluralidad de acusados, el art. 330.3 CPP permite la incorporación al juicio, mediante su lectura, de las “declaraciones de coimputados rebeldes o ya sentenciados, si aparecen como partícipes del delito que se investiga u otro conexo”. Por su parte, el inciso primero del art. 93 CPP dispone que “la declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la instrucción. Si es declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes”, previsión normativa que es coherente con lo establecido en el art. 39 CPP, que hemos comentado.

40

REVOCATORIA DE LA INSTANCIA PARTICULAR

La instancia particular podrá ser revocada por la víctima, su representante legal o tutor, hasta antes de la vista pública.

El representante o tutor de un menor o incapaz no revocará la instancia sin autorización del juez.

La revocación de la instancia particular se extenderá a todos los partícipes en el hecho punible.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 26, 31.8., 224.3

II. COMENTARIO

Podemos definir a la revocatoria como el acto jurídico de la víctima, su representante o tutor que deja sin efecto, por mor de la voluntad del otorgante, la instancia particular precisa para la prosecución de las infracciones punibles a las que se refiere el art. 26 del CPP.

187

La instancia particular es requisito sine qua non para la persecución de los delitos que figuran en la relación contenida en el art. 26 del CPP, salvo los supuestos excepcionales, contemplados en el último inciso de tal precepto, en el que se permite el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la República, en otro caso si se iniciara el procedimiento sin la concurrencia de la misma se produciría un supuesto legal de nulidad al amparo del art. 224.3 del CPP.

La revocatoria de la instancia particular, expresamente manifestada, acarreará la operatividad de esta causa de extinción de la acción penal, sin embargo la misma ha de ser exteriorizada, como momento preclusivo, hasta la vista pública.

Por otra parte, y en aras de la protección de la víctima, que se encuentra en determinada situación de inferioridad: menores e incapaces, la revocatoria, procedente del representante o tutor de éstos, requiere, para su eficacia, la autorización judicial (art. 40 del CPP), que ponderará los intereses en juego a la hora de aprobarla o no.

La revocatoria produce un efecto extensivo a todos los partícipes en el hecho delictivo, sin que, por consiguiente, sea susceptible de ser individualizada en un imputado concreto.

41

RENUNCIA Y ABANDONO DE LA ACCIÓN PRIVADA

La renuncia o desistimiento de la acción privada sólo aprovechará a aquellos partícipes respecto de quienes ella se refiere expresamente. Si no menciona a persona alguna, se debe entender que se extenderá a todos los partícipes en el hecho punible.

El abandono de la acusación extinguirá la acción respecto de todos los imputados que hayan participado del procedimiento.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 21, pf. 2º, 28, 29, 31.9, 44, 104, 106, 325, pf.4º, 404

II. COMENTARIO

Véase al respecto el comentario al arts. 31.9 y 10 del CPP sobre los supuestos de renuncia y abandono a la acción penal en los delitos privados. En el precepto que comentamos se regulan los efectos de estos motivos de extinción de la acción penal. Así la renuncia o desistimiento afectará únicamente a aquellos partícipes respecto a quienes se refiere expresamente; pero, sin embargo, si no menciona a persona alguna, se debe entender que se extenderá a todos los partícipes en el hecho punible. Por el contrario, y como es lógico, dado que el abandono lo es a la acción, que por naturaleza es indivisible, extinguirá la misma respecto de todos los imputados que hayan participado en el procedimiento.

CAPÍTULO II

ACCIÓN CIVIL

42

ACCIÓN CIVIL

La acción civil se ejercerá por regla general dentro del proceso penal, contra los partícipes del delito y en su caso contra el civilmente responsable.

Civilmente responsable será la persona que de acuerdo con el Código Penal deba responder por el imputado de los daños y perjuicios causados por el delito.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 43, 45, 46, 47, 247, 313 y 314
- CP, 114 a 125, 174
- CC, 1308, 2035, 2065, 2068, 2074 y 2079

189

II. COMENTARIO

A) Introducción: acumulación de las acciones civiles y penales en el proceso criminal

La reparación del daño causado por un hecho imputable a un sujeto es una constante en el derecho histórico, y en este sentido escribía gráficamente ANGEL YAGÜEZ que “el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana, no en vano los juristas romanos la incluyeron entre las tres grandes máximas del comportamiento social, junto al vivir honesto y al dar a cada uno lo suyo” (*Tratado de Responsabilidad Civil, Madrid, 1993, primer párrafo de la obra*).

El art. 1308 del Código Civil señala que “las obligaciones nacen de los contratos, cuasicontratos, delitos o cuasidelitos, faltas y de la ley”, y el art. 2035 del referido texto legal indica que: “si el hecho es ilícito y cometido con la intención de dañar, constituye un delito o una falta”, mientras que “si el hecho es culpable, pero cometido sin la intención de dañar, constituye un cuasidelito”; por último el art. 2065 de la mentada Disposición General proclama, en congruencia con lo normado en el CP, que el que “ha cometido un delito, cuasidelito o falta, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena

que le impongan las leyes por el hecho cometido”. En el caso de que “un delito, cuasidelito o falta, ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2074 y 2079” (art. 2068 Código Civil).

Por consiguiente, de las infracciones criminales, como hechos ilícitos susceptibles de producir daños y perjuicios a las personas víctimas de los mismos, nace el derecho a la obtención del resarcimiento del mal causado a costa del patrimonio del autor de tales conductas ilícitas. No es de extrañar, entonces, que el CP regule en el Título VI de su Libro I, dentro de las consecuencias civiles del hecho punible, la responsabilidad civil dimanante del delito, y así señala en el art. 114 que la “ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta, origina la obligación civil en los términos previstos en este Código”, y, por su parte, el art. 116 norma que “toda persona responsable penalmente de un delito o falta, lo es también civilmente, si del hecho se derivan daños o perjuicios, ya sean éstos de carácter moral o material”.

190 El delito entra, pues, como hemos visto, dentro de la categoría de actos ilícitos, susceptibles de generar daños que deben ser resarcidos al perjudicado u ofendido que los sufre, de ahí que en el proceso criminal se autoriza la acumulación de la acción penal y civil dimanantes de la infracción punitiva. Se produce, por lo tanto, como señala GOMEZ ORBANEJA, una acumulación de objetos procesales heterogéneos dentro del procedimiento criminal, en virtud de la conexión (unidad del hecho) que existe entre la responsabilidad penal y civil. Y como, a consecuencia de tal acumulación, al juez del delito se le atribuye competencia derivada para actuar unas normas no penales, éstas, a pesar de que tienen una naturaleza y se rigen por principios totalmente diferentes, han pasado a alojarse en el Código Penal (“*Derecho Procesal Penal*”, *op cit supra*, p.76).

Ahora bien, pese a tal posibilidad de ejercicio conjunto de ambas clases de acciones, no por ello las mismas pierden su sustantividad propia, sino que se rigen por principios distintos. Así la acción penal corresponde al Estado, titular exclusivo del *ius puniendi*, que debe ser articulada necesariamente a través del proceso penal; mientras que la acción civil corresponde al perjudicado, se encuentra dentro de su esfera dispositiva, y, por consiguiente, puede renunciar a la misma, así como es susceptible de satisfacción extraprocésal, mediante resarcimiento fuera del proceso; la responsabilidad penal es intransferible, no así la responsabilidad civil (art. 115.3 del CP), y sin que la extinción de la primera de ellas lleve consigo la extinción de ésta última (art. 125 del CP). Por otro lado, no es preciso que exista daño alguno para que nazca la responsabilidad penal, así ésta existe en los delitos cometidos en grado de tentativa o en otras infracciones, como la tenencia ilícita de armas o en los delitos de omisión pura, que no precisan para constituir ilícito criminal punible la producción de daños materiales. En el campo de la responsabilidad civil no entra en juego el principio

de retroactividad de la norma más favorable al reo, sino que rige, por el contrario, la vigente a la fecha de los hechos (principio de irretroactividad).

Como escribe VÁZQUEZ SOTELO (*“El ejercicio de la acción civil en el proceso penal, en Cuadernos de Derecho Judicial, nº XVIII, 1994, CGPJ*) que el resarcimiento pueda reclamarse en el proceso penal depende de cual sea el sistema procesal vigente; pero en todo caso esa circunstancia en nada cambia ni la fuente de la obligación de resarcir o indemnizar (que es un hecho lesivo civilmente ilícito) ni su objeto (que no puede ser más que la reparación del perjuicio) ni su contenido (que sólo puede ser una reparación civil patrimonial).

La acción civil surgida del delito abarca tres posibilidades de pronunciamiento jurisdiccional, expresamente previstas en el art. 115 del CP: 1) La restitución de las cosas, como consecuencia de la realización del hecho punible o, en su defecto, el pago del respectivo valor. 2) La reparación del daño que se haya causado. 3) La indemnización a la víctima o a su familia por los perjuicios causados por daños materiales o morales. Por consiguiente, no cabría acumular en un proceso penal una acción encaminada a obtener la separación matrimonial de la víctima, por ejemplo, en un caso de un homicidio intentado, por parte de su cónyuge.

B) Presupuestos del nacimiento de la acción civil proveniente del delito

191

Ahora bien, es igualmente necesario destacar que de todo delito o falta no siempre nace una responsabilidad civil, habida cuenta que existen determinadas clases de ilícitos criminales que, por su propia naturaleza, no generan daños o perjuicios susceptibles de ser resarcidos económicamente, pues no todas las actuaciones penales son daños. Así la responsabilidad civil es propia de los delitos de lesión, en los que se exige la producción de un resultado dañoso, sin embargo suele faltar en los delitos formales o de peligro.

El nacimiento, pues, de la acción civil en el proceso penal exige necesariamente la concurrencia de los requisitos siguientes, que pasaremos a analizar:

1) *La existencia de una infracción penal punible, ya sea ésta un delito o una falta* (art. 116 CP), que haya dado lugar a la formación de una causa criminal. La acción civil se encuentra condicionada, con carácter general, como requisito preciso para su viabilidad, dada su naturaleza accesoria, a la previa comisión de un ilícito criminal por parte del imputado, en este sentido el Juez de lo criminal adquiere una competencia *secundum eventum litis*, es decir que podrá conocer y resolver sobre la acción civil acumulada, en tanto en cuanto sea competente para conocer de la acción penal. Manifestación de tal regla es la recogida en la fórmula latina: *“iudex criminalis non potest expresse absolvere a criminalitate et eudem civilite condemnari”*; no obstante tendencias legislativas modernas, en aras a garantizar la protección de la víctima, y por

razones de economía procesal, vienen admitiendo la posibilidad de que el juez penal se manifieste sobre la responsabilidad civil, incluso aunque se sobresea el procedimiento o se dicte sentencia absolutoria, y esta posición es adoptada por el legislador salvadoreño (art. 45.2, 46 y 47 del CPP), preceptos que serán objeto del correspondiente comentario.

2) *La producción de un daño o perjuicio, susceptible de resarcimiento patrimonial.*

a) *Concepto de daño y perjuicio*

El daño es un elemento esencial, pues para que nazca el derecho subjetivo al resarcimiento es preciso la producción de un menoscabo en la esfera jurídica del perjudicado por el hecho delictivo. ESSER basa el daño en tres elementos fundamentales: ha de causar un perjuicio, pérdida o menoscabo; ha de recaer sobre bienes jurídicos de una persona; y ha de ser, de alguna forma, susceptible de resarcimiento.

192

VICENTE DOMINGO (*Los daños corporales: tipología y valoración*) distingue junto a los *daños patrimoniales*, que son los recaen sobre los bienes y derechos que constituyen el patrimonio, los *daños no patrimoniales*, que carecen de connotaciones pecuniarias. Dentro de éstos hay *daños no patrimoniales no personales* (como los causados a una persona jurídica) y *daños no patrimoniales personales*, que incluirían los *daños corporales*, que serían los causados en la integridad física y psíquica de una persona, y los *daños morales*, que serían los producidos en la esfera espiritual de la misma, como los sufridos en su honor o intimidad.

YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*) señala que comoquiera que los daños corporales pueden tener consecuencias pecuniarias (gastos médicos, de rehabilitación, pérdida de ganancias y hasta de oportunidades) y no pecuniarias (dolor físico o pretium doloris, perjuicio estético, perjuicio sexual, pérdida de agrado, pretium affectionis de los terceros perjudicados por las lesiones o la muerte de una persona, etc.) considera que es factible reducir la clasificación de los daños a las categorías de *daños materiales o patrimoniales*, y *daños morales*, y dentro de los primeros se podría hablar de *daño patrimonial directo*, que es el que se infiere en el patrimonio de la víctima, e *indirecto*, que recayendo en bienes extrapatrimoniales, se traduce de manera mediata en un daño patrimonial (campaña calumniosa que determina la pérdida de clientela de un comerciante).

SÁNCHEZ ROMÁN señalaba que por daño hemos de entender, el valor de la pérdida que uno ha experimentado, y por perjuicio, el valor o importe de la ganancia, utilidad o interés que uno ha dejado de percibir (*Estudios de Derecho Civil, Tomo IV, p.317*). Por su parte, señala WASHINGTON ABALOS, que el daño material se subdivide en “daño emergente”, es decir el perjuicio realmente sufrido, y lucro cesante que es lo que se dejó de ganar por el evento dañoso, comprendiendo también el daño moral (*op. cit. supra, p.155*).

Es obvio que la cuantificación del lucro cesante no es sencilla, y exige un esfuerzo importante a la hora de determinar su alcance, mas como escribe DEL VECCHIO “las dificultades que nos salgan al paso, a fin de hallar una justa regulación, no remiten ni anulan la exigencia imperiosa de intentarla, con objeto de conseguir, ya que no la exactitud perfecta, si, al menos, una aproximación conveniente” (“*Acerca del resarcimiento del daño en relación con la pena*”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, marzo de 1951, p.264).

b) *Requisitos del perjuicio indemnizable*

La posibilidad de indemnizar los perjuicios causados se haya condicionada a la concurrencia de una serie de requisitos.

1) En primer lugar, que el perjuicio sea *posible*, es decir susceptible de generarse, pues es indudable que no cabría fijarlo por la sustracción de una máquina inservible, o que por quedar técnicamente desfasada ha sido sustituida por otra, y que, por lo tanto, con su sustracción ninguna ganancia ha dejado de ganar su titular.

2) En segundo lugar, que sea *necesario*, esto es que el perjuicio se produzca inexorablemente a consecuencia mediata o inmediata de la infracción delictiva, de esta forma si producida una sustracción, y conocida ésta por el dueño de la cosa, no adopta medidas precisas para proteger sus bienes, dejando conscientemente la cerradura sin reparar, no se le podrá reclamar al imputado de la primera sustracción los perjuicios causados por las otras posteriores de las que no es responsable. Es decir, debe existir una relación de causalidad entre la conducta del imputado y el resultado dañoso producido.

3) En tercer lugar, que sea *real, verdadero, cierto, debidamente acreditado*, sin que se base en meras conjeturas o probabilidades, o dicho en otras palabras ha de ser daño efectivamente causado; pues como escribe REYES MONTERREAL “hay que convencer al juzgador de la realidad de aquel perjuicio posible y necesario, porque, si no hay más que una apariencia, una sospecha infundada de que se ha de experimentar, conviene dejarlo antes que ir más allá de las consecuencias queridas por la ley misma” (“*Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*”, 1956, p.257). El daño ha de ser, pues, real en su existencia y cuantía, correspondiendo a quien reclama la prueba sobre tales extremos. Es evidente, por otra parte, también, que la indemnización de los daños jamás ha de acarrear un enriquecimiento injusto a favor de quien ejercita la acción civil resarcitoria, es decir debe indemnizarse el daño, pero nunca en extensión mayor a la correspondiente al hecho ilícito si éste no se hubiera causado.

El art. 361 pf. tercero del CPP habrá de interpretarse en el sentido de que constituye obligación del tribunal la de pronunciarse sobre la acción civil derivada del delito en la sentencia que pone fin al juicio, sin que pueda demorar tal decisión para ulterior momento,

o reservarla de oficio para su ejercicio ante la jurisdicción civil, sin embargo ello no implica que quepa estimar la misma si al tribunal no le consta la realidad del daño o perjuicio sufrido, que se configura como requisito imprescindible para que un pronunciamiento de tal clase sea factible. En este caso, el tribunal no sería incongruente, en tanto en cuanto resolvería sobre la acción civil, en un sentido negativo, al no dar por justificado el perjuicio, y por consiguiente negando el nacimiento del derecho subjetivo al resarcimiento. En cualquier caso, lo que no ofrece duda alguna es que la resolución del tribunal sobre la responsabilidad civil, estimándola o rechazándola, así como, en su caso, cuantificando el daño o perjuicio habrá de estar debidamente motivada por exigencia normativa del art. 130 del CPP.

c) La problemática de los daños morales

194

La indemnización a la víctima o a su familia comprende, como hemos señalado, tanto los daños materiales como morales. Siendo éstos últimos uno de los problemas más graves y apasionantes que se han planteado en el ámbito del Derecho de la Responsabilidad Civil. Así la reticencia a la indemnización de dichos daños no patrimoniales provino de las dificultades de cuantificar en dinero bienes espirituales ajenos a toda consideración económica, al no producir un perjuicio patrimonial stricto sensu, como los disgustos, los dolores físicos, el resentimiento, las precauciones, el malestar psíquico, máxime cuando es muy difícil su cuantificación objetiva al ser propios o íntimos de la persona que los sufre y vivencia subjetivamente; y, además, se razonaba que su estimación supondría una confusión entre pena e indemnización, pues la dificultad para determinar las bases de valoración del perjuicio obligaba a los tribunales a acudir a conceptos tales como la gravedad del hecho y la intensidad de la culpa, que sirven y fundamentan la individualización judicial de la pena.

Así, dentro de la doctrina PACCHIONI, haciéndose eco de una importante corriente de opinión al respecto, entendía que dichos daños no debían ser indemnizados, dado que no pueden ser valorables en dinero, y, por ende, no son susceptibles de reparación, dando lugar ello a que lo que se resarza sean las consecuencias patrimoniales dolosas.

No obstante todos los argumentos en contra, hoy en día se puede considerar aceptado, de modo definitivo, el principio de reparación del perjuicio moral, y en este sentido es tajante el art. 116 del CP, cuando indica que “toda persona responsable penalmente de un delito o falta, lo es también civilmente, si del hecho se derivan daños o perjuicios, ya sean éstos de carácter moral o material”, y el art. 115 del referido texto legal dentro de la reparación del daño figura la afección del agraviado.

GÓMEZ ORBANEJA señala que es daño moral “todo aquel que no consista en una disminución del patrimonio, que no sea patrimonial; es decir, que no recaiga, directa o indirectamente, sobre cualquier bien susceptible de clasificarse en orden de la riqueza material, tradicionalmente valorable en dinero, cuya función natural es la medida de los

valores económicos” (*Acción civil del delito, Revista de Derecho Privado, nº 384*). Por su parte, ORIOL RICO define el daño moral como la lesión producida en los sentimientos del hombre que por su espiritualidad no son susceptibles de valoración económica (*Los daños morales” en Rev. De Derecho Español y Americano, Madrid año III, nº 12, pp.141-160*).

Es cierto, pues, que excluida la cuantificación económica del daño moral, no por ello dejan dichos daños de ser susceptibles de alguna forma de resarcimiento, ya en una cantidad de dinero o de otra manera, que permita experimentar al sujeto que los sufra una sensación placentera o de bienestar que de cierto modo los compensen, devolviéndole, en la medida posible, el optimismo a su existencia.

Estos daños morales pueden ser de diversa índole, ya que pueden surgir al margen de todo tipo de consideración patrimonial, como la muerte de un hijo menor para los padres; el dolor físico por una lesión, enfermedad o secuela (pecunia doloris); pueden afectar a derechos de la personalidad como los provenientes de la lesión al honor o por la privación de libertad, etc.; o incluso los derivados indirectamente de daños patrimoniales como el valor de afección (sustracción de una joya perteneciente a la familia desde generaciones, etc.), pudiéndose definir la afección como el valor que un bien u objeto representa para los sentimientos individuales de una persona por la especial consideración subjetiva que para el mismo tiene.

195

Especialmente importante es la valoración del daño moral en el caso de muerte de las personas. Así en etapas pretéritas se consideró escandalosamente inmoral, desde una visión estrictamente patrimonialista del daño, considerar a los perjuicios morales como indemnizables. En definitiva, se entendía que en tales supuestos la muerte del ser querido no generaba ningún detrimento en el patrimonio pecuniario del perjudicado, a lo que se añadía las extremas dificultades de valorar, dentro del llamado patrimonio espiritual, bien tan inestimable, como es la vida humana.

Así no es de extrañar que el resarcimiento por el daño moral fue negado por el Derecho Romano, cuya posición negativa se puede condensar en la máxima latina “nulla corporis aestimatio fieri potest” (DIGESTO, IX, I, III), doctrina que se continuó con la Glosa que de manera simple limitaba el quantum indemnizatorio a los gastos de curación y por trabajos que el difunto había dejado de prestar a causa de su muerte. En el Derecho precodificado europeo la concepción romanista pervive. Y ya, sobrevenida la codificación, el BGB alemán, en sus arts. 844 y 845, limita la indemnización a los gastos de sepelio, a los alimentos debidos o que el difunto hubiera podido estar obligado a prestar, y similares disposiciones se recogen en los Códigos civiles austríaco y suizo.

Es, sin embargo, la jurisprudencia la que, a lo largo del siglo XX, va a considerar el patrimonio moral como susceptible de valoración económica, aunque entendiendo que, en estos casos, el dinero no cumple una función de resarcimiento, sino de

compensación. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo español de 7 de febrero de 1962 señala “el dinero no puede cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material..., pero gracias a él puede la víctima del perjuicio moral, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables que vendrán a compensar las dolorosas desagradables”, teniendo su fundamento en el dolor por la pérdida del ser querido (sentencias del Tribunal Supremo español 7-11-1985, 15-2-1994), o, en otros términos, por el impacto y sufrimiento psíquico o espiritual que tal separación física produce (STS 25-6-1984), con total abstracción de su incidencia o repercusión económica, como pone de manifiesto la sentencia de dicho Tribunal de 25-2-1992.

Para la valoración del referido daño moral, es preciso ponderar las circunstancias concurrentes, entre las que se encuentran: a) La proximidad de relaciones de parentesco y afectividad entre la víctima y el actor civil; b) la convivencia bajo el mismo techo, en cuanto elemento discriminatorio, pues robustece el afecto la relación diaria de convivencia; c) el impacto psicológico que la muerte del ser querido genera, dado que, al lado de la natural sensación dolorosa que tal situación provoca en toda persona humana, la manera de reacción ante tan desagradable sensación no es genéricamente extrapolable, sino específica de cada individuo, pudiendo incluso revestir formas patológicas.

196

d) Criterios de valoración del daño corporal

En relación con la indemnización correspondiente al daño corporal derivado de un hecho delictivo sufrido por la víctima es necesario ponderar igualmente las secuelas que le han quedado, las cuales las podemos definir siguiendo a PÉREZ PINEDA y GARCÍA BLÁZQUEZ (*Manual de Valoración y Baremación del Daño Corporal*) como “...toda manifestación a nivel anatómico, funcional, estético, psíquico o moral que menoscabe o modifique el patrimonio biológico del individuo, o se derive extracorpóreamente a cosas o personas, como resultado de una lesión física o psíquica no susceptible de mejoría o tratamiento, sin importantes riesgos sobreañadidos”, clasificando a las mismas en:

- a) Anatómicas.
- b) Funcionales.
- c) Estéticas.
- d) Psíquicas.
- e) Morales, especificadas en el dolor físico, dolor moral, reposo obligado, internamiento hospitalario, separación del medio familiar, pérdida o disminución de la relación social e impedimentos para el ocio, y

- f) Extracorpóreas: sufrimiento moral de familiares, interrupción de la vida conyugal en su caso, interrupción de la función educativa, en su caso, y abandono de funciones laborales extracontractuales.

Sintéticamente, por su parte, BOROBIA FERNÁNDEZ diferencia, a los efectos de proceder a la valoración de los perjuicios derivados del daño corporal:

- a) *Perjuicio patrimonial*, que comprendería: 1) gastos médicos, 2) gastos paramédicos (ambulancias, taxis, medicamentos); 3) incapacidad temporal de la víctima para su trabajo temporal, teniendo en cuenta la disminución de los recursos de su trabajo individual y la imposibilidad de realizar trabajo en el hogar; 4) la incapacidad permanente, es decir la que inhabilita al lesionado para cualquier profesión u oficio; o permanente total, aquélla que le inhabilita al lesionado para la realización de todas o las fundamentales tareas de su profesión o actividad habitual (es decir la desempeñada antes de sufrir el daño procedente del delito), siempre que pueda dedicarse a otra distinta.
- b) *Perjuicio extrapatrimonial* que comprende: 1) perjuicio fisiológico, que es el que sufre una persona al efectuar su vida normal; 2) perjuicio de ocio, también denominado de agrado, de la distracción, del recreo, del placer, es el que sufre una persona por no poder realizar las actividades de ocio o deporte a las que se dedicaba con antelación, comprendiéndose aquí sufrimientos físicos generadores de diversos trastornos y disgustos, como malestares, insomnios, sentimiento de inferioridad, disminuciones de placeres de la vida, etc.
- c) *Perjuicio estético*, que afee a la víctima (cicatrices, deformaciones, mutilaciones, prótesis, muletas...), cuya importancia dependerá de su localización, visibilidad, características, sexo, edad y aspecto físico anterior de la víctima. De ser posible su tratamiento reparador habrá que ponderar variantes tales como sus riesgos, coste y pronóstico de su resultado.

197

En relación con los criterios de determinación del pretium doloris (el sufrimiento físico padecido por la víctima del delito), refiriéndose a las incapacidades permanentes CHARTIER (*La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*) habla de los siguientes perjuicios susceptibles de ser ponderados a la hora de proceder a fijar la correspondiente indemnización:

- a) *Perjuicio de placer* o privación de satisfacciones diversas de orden social, mundano, deportivo de las que se debería beneficiar normalmente un hombre de la edad y cultura de la víctima.

b) *Perjuicio sexual*, esto es la imposibilidad o simplemente disminución de oportunidades de procrear.

c) *Perjuicio estético*, de alcance moral y material, y en el que juegan papel importante la edad de la víctima, el sexo, la localización de la fealdad, la belleza anterior del perjudicado y el sexo de éste.

d) *Perjuicio juvenil* o reducción a la vez potencial y no específica de la capacidad de trabajo de un niño o un joven.

e) *Perjuicio de sufrimiento* (el tradicional *pretium doloris*) entendido como daño físico o moral duradero y posterior (es decir, no el propio del proceso de atención sanitaria hasta que la lesión se consolida o se produce el alta médica).

Por último, es necesario, igualmente, señalar que, en la parte especial del CP, se contemplan otros supuestos de resarcimiento de naturaleza civil, así por ejemplo en el art. 174, indemnizaciones especiales en el caso de los delitos contra la libertad sexual.

198 3) *Por último, es preciso la existencia de un sujeto responsable: el imputado o un tercero responsable civil, y un pretensor*, que no es otro que el perjudicado u ofendido, titular del derecho subjetivo a la obtención del resarcimiento proveniente de la infracción criminal sufrida (art. 43, 47, 247 último pf., 313 último pf., 314 último pf.), sin que el Juez pueda pronunciarse al respecto de oficio sin petición de parte, aunque la Ley otorgue una suerte de legitimación extraordinaria al Ministerio Fiscal para el ejercicio conjunto de ambas clases de acciones penal y civil, tratándose de los delitos públicos.

C) Características de la acción civil ex delicto

Como características propias de la acción por responsabilidad civil ex delicto podemos citar las siguientes:

a) *Es accesoria*, en tanto requiere la previa existencia de un proceso penal, que es el que habilita al Juez de lo criminal a pronunciarse sobre la misma.

b) *Es de contenido patrimonial*, pues así como la pena tiende al castigo del culpable, la acción civil pretende la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios. El delito atenta con-tra los principios básicos que rigen la convivencia de una comunidad política en un momento determinado, y de ahí que a las conductas típicas, que lesionen dichos bienes jurídicos, se les sancione con una pena; pero al mismo tiempo el delito es susceptible de lesionar bienes jurídicos particulares, y los titulares de los mismos es lógico que soliciten el resarcimiento del daño causado ya sea éste material o moral a través de la correspondiente acción civil.

c) *Es privada*, en tanto en cuanto es el particular lesionado por el delito quien tiene la posibilidad de reclamar o no el daño causado, entrando dentro de su esfera dispositiva la facultad de renunciar a su ejercicio. Así La fiscalía deberá ejercitar, en los delitos de acción pública, junto con la acción penal la civil, salvo que ésta última hubiera sido renunciada por el querellante (art. 43 pf. 2º), y la acción civil se extingue por la renuncia expresa del ofendido o su representante legal (art. 45.1). El hecho de que la Ley establezca la obligación del Fiscal de ejercitar en los delitos públicos junto con la acción penal la civil (art. 43 CPP) no por ello ésta pierde su naturaleza privada para convertirse en pública.

d) *Como consecuencia de lo que hemos indicado la acción civil es de ejercicio potestativo por su titular*, ahora bien si la misma no es expresamente renunciada, y tratándose de los delitos de acción pública, el Ministerio Fiscal tiene la obligación de ejercer conjuntamente con la acción penal la civil dimanante del delito (art. 43), disposición que parece responder al propósito de que por la simple inactividad o ignorancia del perjudicado no quedaran sin resarcimiento éstas importantes consecuencias del ilícito penal.

e) *La acción civil es transmisible*. Así lo establece el art. 122 del CP, cuando señala que “la obligación de reparación civil recae sobre la sucesión del deudor y grava los bienes sucesorales, transmitiendo la misma a sus herederos en cuanto a los bienes heredados; y el derecho de exigirla lo tendrán los herederos del ofendido, si éste hubiera fallecido”.

f) *La acción civil se extingue por sus propios medios*. En este sentido, se expresa el art. 125 del CP, al normar que “la extinción de la responsabilidad penal no lleva consigo la extinción de la civil, la cual se rige por las leyes civiles”, de esta forma sería perfectamente factible que la responsabilidad civil dimanante del ilícito penal pudiera extinguirse por el pago (art. 1439 CC), la novación (art. 1498 CC); la remisión o condonación de la deuda (art. 1522 CC), la compensación (art. 1525 CC), etc.

La acción civil se ejercerá por regla general dentro del proceso penal, contra los partícipes del delito y en su caso contra el civilmente responsable.

D) Las partes en la acción civil proveniente del ilícito criminal

El titular del derecho subjetivo a la reparación del daño causado por el delito es el ofendido o perjudicado por el mismo. El primero es el titular del bien jurídico lesionado por el delito, mientras que el segundo es, quien sin ser ofendido por el mismo, sufra, a consecuencia de su perpetración, un daño ya sea éste material o moral. Normalmente ambos conceptos coinciden en la misma persona, por ejemplo en el que es víctima de un robo, mas esto no sucede siempre así; por ejemplo, en un delito de homicidio ofendido por el delito es el muerto, que pierde el bien jurídico de la vida, mientras que perjudicados

serían las personas patrimonial o moralmente afectadas por su fallecimiento, como pudieran ser su mujer e hijos, que conviven con él y a sus expensas. Estos se pueden personar en el procedimiento como querellantes para ejercitar la acción penal y civil dimanantes del delito.

Legitimados pasivamente para sufrir la carga de la acción civil ex delicto son los partícipes en su ejecución y los responsables civiles. En este sentido, señala el art. 118 del CP, que la responsabilidad civil derivada del delito o falta, tendrá carácter solidario entre los declarados penalmente responsables como autores o partícipes; señalando, por su parte, el art. 32 de dicho texto legal que incurrir en responsabilidad penal por el delito cometido los autores, los instigadores y los cómplices.

Civilmente responsable será la persona que de acuerdo con el Código Penal deba responder por el imputado de los daños y perjuicios causados por el delito, dentro de cuya categoría estarán:

A) Las personas civilmente responsables a las que se refiere el art. 116 pf. II, entre las que sin duda se encuentran las entidades aseguradoras hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada y sin perjuicio del derecho de repetición;

200

B) Los otros responsables en los casos de exención de responsabilidad previstos en el art. 27.3, 4 y 5 del CP, a los que se refiere el art. 117 del CPP.

C) Los responsables civiles subsidiarios de los arts. 119 y ss.; con responsabilidad subsidiaria común en los casos de personas naturales (art. 120 del CP), y con responsabilidad subsidiaria especial en el supuesto de las personas jurídicas, Estado o cualquiera de sus entes autónomos (art. 121 del mentado Código).

En los casos de responsabilidad civil subsidiaria, una persona es responsable penal y civilmente, y otra natural o jurídica sólo civilmente, en el caso de insolvencia del obligado principal. Para distinguir estos sujetos JIMÉNEZ ASENJO habla de partes pasivas principales, que son las que sólo pueden ser acusadas como responsables principales de un delito o falta a título de autores o de cómplices, títulos que se nos dan delimitados por la ley y doctrina penal material; y partes pasivas secundarias o de segundo grado, que son los responsables civiles subsidiarios, cuyo concepto o titularidad se nos entrega elaborado por el derecho material, y así son todas aquellas personas, naturales y jurídicas, de quienes dependen los responsables principales por razón de servicio o vínculo familiar.

A tales personas habrá de dárseles la posibilidad de intervenir en el procedimiento, so pena de condenarles sin ser oídas, y, por consiguiente, generándoles una evidente, como vedada, indefensión (art. 353 pf. primero del CPP).

En todos estos casos, como resulta de lo normado en el art. 124 del CP, queda a salvo el derecho de repetición que conceda la ley a quien haya pagado.

43

FORMAS DE EJERCITARLA

En los delitos de acción pública, la acción civil contra los partícipes del delito será ejercida conjuntamente con la acción penal. Sin perjuicio de que pueda intentarse ante los tribunales civiles o mercantiles, pero no se podrá promover simultáneamente en ambas competencias.

La Fiscalía General de la República ejercerá la acción civil en el respectivo requerimiento; pero si el ofendido o su representante legal ejerciere la acción penal por medio de querrela, se entenderá que también ejerce la acción civil a menos que expresamente renunciare a ella. En el caso de renuncia expresa de la acción civil por el querellante sólo se podrá ejercer la acción penal.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 45.3, 95, 247.5, 313 último pf., 314, último pf, 353 pf.1

II. COMENTARIO

En relación con el ejercicio de la acción civil derivada del delito existen fundamentalmente dos sistemas en el ámbito del derecho comparado:

A) El sistema de separación absoluta de la acción penal y civil dimanantes del delito. Es el propio de los países anglo-norteamericanos, en los que ambas acciones no son susceptibles de ejercicio conjunto en el proceso criminal, sino que cada una de ellas ha de plantearse y sustanciarse en la esfera jurisdiccional que le es propia y por separado. Las ventajas de este sistema es que no se complica el proceso criminal con pretensiones de naturaleza resarcitoria.

B) El sistema de acumulación o ejercicio conjunto de la acción penal y civil derivada del ilícito criminal. En este caso, el objeto del proceso se amplía mediante el ejercicio combinado, en el proceso penal, de ambas clases de acciones. Ello no significa que la acción civil, dada su naturaleza privada, no se rija por sus propias reglas, y entre ellas la posibilidad de disponer sobre la misma a través de la renuncia, transacción etc. Las ventajas del sistema devienen obvias, en cuanto se garantiza una mayor protección a

la víctima, a la que no se le exige el planteamiento de un nuevo proceso para ser resarcida de los daños y perjuicios derivados del delito.

Este sistema admite, a su vez, tres manifestaciones fundamentales:

a) *La del proceso civil adhesivo*, que es el más extendido por Europa. En estos casos es factible que, en el proceso penal, se ejercite acumuladamente la acción civil, pero para ello es necesario que el perjudicado se constituya en el mismo como parte, manifestando expresamente su interés de resarcimiento de las consecuencias civiles del delito.

b) El de la denominada *delegación de la acción civil*, en el cual para que el Ministerio Público pueda ejercitar ésta última es preciso que el titular de la misma le delegue expresamente su ejercicio, o se trate de un incapaz carente de representación legal, en cuyo caso quedaría justificada su intervención de oficio. La delegación de la acción civil es contemplada en los arts. 92 y 243 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

202 c) *Ejercicio automático y preceptivo de la acción civil y penal en los delitos perseguibles de oficio*, en los cuales el Ministerio Fiscal no sólo tiene la posibilidad sino también la obligación de ejercitar la acción civil que nazca del delito, salvo que exista, claro está, un acto excluyente por parte de su titular, por ejemplo a través de su renuncia o reserva. Este es el caso del sistema español, que ha sido igualmente compartido por el CPP de El Salvador.

Las ventajas de este último sistema son evidentes, en tanto en cuanto al perjudicado se le evitan los gastos derivados del ejercicio, a su costa, de la acción civil nacida del delito, máxime si su situación económica es precaria; pero existen también desventajas surgidas de la circunstancia de que el Ministerio Fiscal desconozca la entidad real del daño causado, de ahí que, a los efectos de obviar tan negativa consecuencia, la necesidad de extender la investigación al respecto, entrevistándose con la víctima, o recabando informes a consultores técnicos.

También se ha dicho de este sistema que implica un reforzamiento del carácter autoritario del proceso penal, y, en definitiva, una expropiación del ejercicio de la acción civil, que únicamente corresponde a la víctima, si bien esta crítica se puede obviar mediante la comunicación al perjudicado de sus derechos al resarcimiento civil, a renunciar a los mismos, a personarse como querellante, ejercitando la acción penal o civil dimanante del delito, así como la de contactar con el Ministerio Público, advirtiéndole expresamente que éste ejercerá ambas clases de acciones. En el ordenamiento jurídico español se prevé, en los art. 109, 110 y 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la obligación policial y judicial de informar a la víctima de tales derechos.

A los efectos de precisar la entidad del daño padecido y, en consecuencia, el montante indemnizatorio, en el estudio sobre la labor del Fiscal en el nuevo proceso penal, elaborado por la Fiscalía General de la República, se señala, dentro de las funciones de los representantes del Ministerio Público, con respecto al ejercicio de la acción civil en el requerimiento, la de fundamentar la petición incorporando toda la información relacionada con el caso, la cual puede ser generalmente documental para el supuesto de facturas, informes de auditorías, informes estadísticos etc. Lo importante, se dice, es que logre convencer al juez en el sentido de que se pronuncie por la reparación del daño o resarcimiento civil, y que establezca éste de manera justa, en relación al perjuicio o el daño sufrido por el ofendido o la víctima.

La Ley establece, pues, la obligación del Ministerio Fiscal de ejercitar la acción civil junto con la penal, tratándose de los delitos de acción pública, salvo que el perjudicado se hubiera reservado su ejercicio en la vía civil o mercantil o hubiera renunciado a la misma. El requerimiento fiscal, conforme al art. 247.5 del CPP, habrá de contener: "Todo lo que se considere pertinente para el ejercicio efectivo de la acción civil, cuando se trate de un delito de acción pública". Por otra parte, dentro de los requisitos de la acusación, conforme al art. 314 último párrafo del CPP, "el fiscal deberá solicitar, si fuere procedente, el pronunciamiento del tribunal de sentencia sobre el contenido de la reparación civil de los daños". La discusión final del debate se extenderá igualmente sobre la pretensión civil resarcitoria (art. 353 CPP).

203

Se ha discutido cual es la naturaleza jurídica de esa atribución al Ministerio Fiscal de la acción civil dentro del proceso criminal, cuando la misma no corresponde al Estado, sino al particular perjudicado. Así GÓMEZ ORBANEJA entiende que se trata de una subrogación, en la que el interés público se hace eventualmente cargo del interés privado. El acusador sería parte, pero sólo formal, ya que no dispone del derecho subrogado (*"Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal"*, Barcelona, 1951, Tomo II, vol 1, p.374).

Por su parte, MONTERO AROCA señala que resulta así que el Fiscal es, al mismo tiempo, parte penal acusadora y parte demandante civil, asumiendo papeles distintos, pero complementarios, en cada uno de los procesos acumulados. En el civil no es representante del titular del derecho subjetivo material, no estando sujeto a las posibles directivas de éste, no es tampoco sustituto procesal, pues el acreedor puede comparecer como parte civil, y desde luego no afirma ser titular de derecho civil alguno. Estamos ante un fenómeno muy especial de legitimación extraordinaria (*"Derecho Jurisdiccional"*, vol. III, *Proceso Penal*, op. cit. supra, p.90).

En definitiva bajo ambas opiniones subyace la consideración, como escribía VELEZ MARICONDE, de que "la reparación del daño causado por el delito debe ser considerada, no sólo como una obligación del delincuente... sino como una función social que el Estado debe cumplir en interés directo del perjudicado y en interés directo de la defensa

social” (*Derecho Procesal, tomo I, p.297*). En este sentido, GÓMEZ ORBANEJA precisaba que las indemnizaciones debidas a la víctima del delito responden exactamente, como la pena, a un interés público e indeclinable.

En el proceso criminal serán acumulables la acción penal y la civil dimanante del delito, sin que sea óbice, para ello, que igualmente la ejerza el perjudicado constituido como querellante particular (art. 95 y ss.), otra cosa distinta sería el hecho de que éste hubiera renunciado a su ejercicio, de forma expresa y voluntaria, y sin consentimiento viciado, en cuyo caso el Ministerio Público sólo podría ejercer la acción penal. No habría, en principio, inconveniente en admitir la concurrencia de un querellante adhesivo limitando su actuación a colaborar con el fiscal en la pretensión resarcitoria civil, participando de las conclusiones de éste. Por consiguiente, la regla general será el ejercicio conjunto, ahora bien, sin embargo, ello no impide que la acción civil pueda intentarse ante los tribunales civiles y mercantiles, lo que la ley, sin embargo, prohíbe es el ejercicio de la precitada acción civil en ambos órdenes jurisdiccionales a la vez.

204 No obstante, el CPP no resuelve problemas tales como si cabe elegida una vía abandonarla y regresar a la otra, o lo que es lo mismo, planteada la acción ante los tribunales civiles y mercantiles si podría el perjudicado desistir de éstos procedimientos para personarse en el penal como querellante, ejercitando tanto la acción criminal como la civil, como sucede, por ejemplo, en el art. 75.1 del Código de Procedimiento Penal italiano de 1988, que dispone, bajo el epígrafe “relaciones entre la acción civil y penal”, que “la acción civil interpuesta ante el Juez civil podrá ser reenviada al proceso penal hasta el momento que en sede civil recaiga sentencia en el fondo, aunque no sea firme. El ejercicio de esta facultad conlleva la renuncia a las actuaciones realizadas en el proceso civil; el Juez penal resolverá también sobre las costas del procedimiento civil. La acción civil proseguirá su curso en sede civil si no se trasladó al proceso penal, o no se ejercitó, con anterioridad al momento previsto para la constitución en parte el actor civil”.

La Ley prohíbe, por consiguiente, el ejercicio conjunto de la acción resarcitoria en la esfera jurisdiccional penal y civil al mismo tiempo, pero en tal caso no fija una regla concreta de preferencia entre ellas, aunque parece lógico pensar que, al no preverse el reenvío como sucede en el derecho italiano, tal preferencia sea temporal, es decir que prevalecerá la tramitación de la que se hubiera interpuesto antes; pero teniendo en cuenta que si se promovió primeramente la acción penal y el ofendido o su representante se constituyó como querellante se entiende también que ejerce la acción civil a menos que expresamente renunciare a ella (art. 43.2 CPP), por lo que en tal caso no cabría promover la misma en el orden jurisdiccional civil. Lo que es evidente es que si el perjudicado se reservó la acción resarcitoria para plantearla ulteriormente en el proceso civil, o finalizado el proceso criminal, en el que se ejercitaron ambas acciones, con sentencia absolutoria, ello no impedirá, en los casos del art. 45.3 del CPP, promover ulteriormente la acción civil ante los tribunales civiles y mercantiles, dado que éstos

valoran las pruebas conforme a postulados distintos que el Juez penal; de manera tal que absuelto el imputado, por aplicación del principio “in dubio pro reo”, no existe inconveniente alguno en que sea condenado en vía jurisdiccional civil.

III. JURISPRUDENCIA

Competencia para ejecutar una condena en responsabilidad civil. “En el caso de mérito esta Corte estima que, es necesario hacer ciertas consideraciones, la primera de ellas es aclarar que de acuerdo con lo prescrito en los Artículos 42 y 43 del Código Procesal Penal, “La acción civil se ejerce por regla general dentro del proceso penal... Sin perjuicio de que pueda intentarse ante los tribunales civiles o mercantiles, pero no se podrá promover simultáneamente en ambas competencias”, de lo que se concluye que, el interesado puede intentar hacer valer sus pretensiones perfectamente en sede civil, habida cuenta de las limitaciones antes mencionadas. La segunda de ellas, está referida a aclarar que, en el caso que nos ocupa, no se está discutiendo si se tiene o no competencia para declarar la responsabilidad civil, que dicho sea de paso, conforme las disposiciones legales antes referidas, los jueces de lo civil sí tienen competencia para pronunciarse sobre la misma, sino más bien a ejecutar una decisión jurisdiccional que lleva aparejada fuerza ejecutiva, pues, según los Artículos 587, Cuarta Clase, y 591, Ordinal Primero, del Código de Procedimientos Civiles, no cabe duda que, tratándose de una Sentencia que se quiere hacer valer por medio de una Acción Civil Ejecutiva, es competente para conocer de dicha acción el Juez de lo Civil de la referida localidad. La tercera de ellas, está referida a aclarar que en el Código Procesal penal no hay ninguna normativa que regule el procedimiento para la ejecución de la condena en responsabilidad civil, a diferencia del Código de Procedimientos Civiles que sí lo regula, por lo que consideramos que es contraproducente declarar competente al Tribunal de Sentencia de Zacatecoluca para hacer cumplir la resolución en comento. Finalmente, la cuarta de ellas está referida a establecer que, el procedimiento civil no puede aplicarse por los Jueces de lo Penal en aquellos procedimientos que son sometidos a su conocimiento, pues, el Código Procesal Penal no regula disposición alguna que permita la aplicación supletoria del Código Procesal Civil” (CSJ, 07-02-02).

205

44

EJERCICIO EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA

En los delitos de acción privada podrá ejercitarse la acción civil conjuntamente con la penal, o sólo aquella en la jurisdicción civil o mercantil. En el último caso la acción penal se tendrá por renunciada.

I. COMENTARIO

En los delitos de acción privada, la acción civil dimanante del delito sólo corresponde al perjudicado, al no ser parte en ellos el Ministerio Fiscal, en tales casos aquél la podrá ejercer en el proceso penal, pero si opta por plantearla ante la jurisdicción civil o mercantil se entiende, entonces, por ministerio de ley, renunciada la acción criminal.

45

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL

La acción civil se extingue:

- 1) Por renuncia expresa del ofendido o de su representante legal;
- 2) Por sobreseimiento definitivo salvo que éste se pronuncie por alguna de las siguientes causas:
 - a) Inimputabilidad;
 - b) Excusa absolutoria, cuando no se refiera a la responsabilidad civil;
 - c) Muerte del procesado;
 - d) Amnistía, cuando el decreto que la conceda deje subsistente la responsabilidad civil;
 - e) Prescripción de la acción penal;
 - f) Aplicación de un criterio de oportunidad; y,
 - g) Revocatoria de la instancia particular.
- 3) Por sentencia definitiva absolutoria, salvo en los casos siguientes:
 - a) Duda en la responsabilidad del imputado; y,
 - b) Cuando hubiere precedido veredicto absolutorio del jurado.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 20, 21, 31.1º, 4º y 6º; 34 y ss., 308, 360, 361, 376 Pf II
- CP, 27.4, 117, 122, 124, 206, 252, 263
- Ley de Ocurros de Gracia, 7 y 11
- CC, 1316 y 1322

II. COMENTARIO

La Ley regula las causas de extinción de la responsabilidad civil derivada del ilícito criminal, y lo hace señalando como supuestos de tal naturaleza los siguientes:

1) *Por renuncia expresa del ofendido o de su representante legal*

La acumulación heterogénea de las acciones penales y civiles que surgen del delito no traen consigo que cada una de ellas pierda su respectiva naturaleza jurídica, de ahí que el art. 125 del CP señala que la extinción de la responsabilidad penal no lleva consigo la extinción de la civil, la cual se rige por las leyes civiles.

La primera de las causas de extinción de la acción civil procedente del ilícito criminal es la renuncia. El diccionario de la Real Academia de la Lengua define el término renunciar “como hacer dejación voluntaria, dimisión o apartamiento de una cosa que se tiene o del derecho y acción que se puede tener”. En la doctrina civil se define la renuncia como abandono de un derecho por su titular sin intención de transmitírselo a otro (DE BUEN).

207

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica SANTOS BRIZ indica que la renuncia viene determinada por ser un acto jurídico, unilateral, abdicativo, abstracto e irrevocable.

A) Unilateral, en cuanto su existencia y eficacia no requiere más que la sola voluntad del renunciante, manifestada, en forma, por quien sea el titular de tal derecho, y teniendo en cuenta que ha de ostentar la capacidad de disposición sobre el mismo.

B) La renuncia es abdicativa de derechos, es decir, demostrativa de su abandono sin manifestar voluntad de transmitirlos a otra persona. En este sentido, señala ESPIN, que no es cierta la distinción que algunos establecen entre renuncia abdicativa y traslativa, pues ésta es una enajenación y no una renuncia.

C) La renuncia es un acto jurídico abstracto. Su causa es irrelevante exteriormente, en cuanto queda reducida a la motivación subjetiva del declarante y se confunde con esa motivación.

D) Como acto jurídico inter vivos participa del efecto general de la irrevocabilidad, salvo casos excepcionales (SANTOS BRIZ, “La responsabilidad civil”, Madrid, 1981, pp.914 y 915).

Los requisitos de la renuncia de la acción civil que surge del ilícito criminal son los siguientes:

a) La renuncia ha de ser personalísima, debiendo recaer sobre derechos propios del renunciante, según el aforismo romano “nemo dat quod non habet”, que significa que nadie puede renunciar a aquello que no tiene. Por consiguiente, sólo puede renunciar válidamente quien sea titular del derecho objeto de la misma, y en todo caso se referirá únicamente a un derecho actual del renunciante.

b) Quien renuncia ha de gozar de la capacidad legal necesaria para ello, es decir que ha de tener la plena disposición sobre el derecho renunciado, si careciere de la misma habrá de exteriorizarse a través del representante legal del titular del derecho.

c) La renuncia, desde el punto de vista formal, ha de ser expresa, o lo que es lo mismo, clara, explícita y terminante, sin que sea factible deducirla de expresiones de dudosa significación.

208

d) Ha de ser consciente y voluntaria, sin la existencia, por lo tanto, de vicios en su formación o exteriorización que la hagan ineficaz, como el error, la fuerza o el dolo (arts. 1316.2º y 1322 del Código Civil). La renuncia para su validez ha de ser consciente de sus consecuencias, con lo que de producirse, ulteriormente, una mutación extraordinaria de la circunstancias tenidas en cuenta al manifestarla, o se desconocían las mismas en tal momento, podría devenir inválida (por ejemplo secuelas que aparecen posteriormente no previsibles).

e) Es irrevocable, una vez manifestada en legal forma, sin que la misma, por lo tanto, quede ineficaz por retractación posterior infundada, so pena de infringir el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, y dar nueva vida a una acción ya extinguida por expresa declaración de su titular, lo que quebrantaría la estabilidad y firmeza de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de lo dispuesto en la ley.

f) La renuncia de la acción civil podrá efectuarse en cualquier momento durante la sustanciación del proceso criminal, siempre que se haga con anterioridad a la sentencia firme. La realizada después de ésta, ya no tendrá por efecto la renuncia a la acción civil, sino a la restitución de la cosa, la reparación del daño, y a la indemnización de los perjuicios correspondientes.

2) *Por sobreseimiento definitivo salvo que éste se pronuncie por alguna de las siguientes causas*

Conforme al art. 308 del CPP: “El juez podrá dictar el sobreseimiento definitivo en los casos siguientes: 1) Cuando resulte con certeza que el hecho no ha existido o no constituye delito o que el imputado no ha participado en él; 2) Cuando no sea posible fundamentar la acusación y no exista, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba; 3) Cuando el imputado se encuentre exento de responsabilidad penal por estar suficientemente probada cualquiera de las causas que excluyen ésta, salvo los casos en que corresponde el juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad; y, 4) Cuando se ha extinguido la responsabilidad penal o por la excepción de cosa juzgada”.

En todos estos casos, en principio se produciría la extinción de la acción civil dimanante del delito, salvo los supuestos excepcionales a los que se refiere dicho precepto, y que son los siguientes:

a) *Inimputabilidad*; es considerado inimputable, con arreglo al art. 27.4 del CP, quien en el momento de ejecutar el hecho, no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, por cualesquiera de los motivos siguientes: a) enajenación mental; b) grave perturbación de la conciencia; y c) desarrollo psíquico retardado o incompleto. En estos casos son responsables civiles subsidiarios, los que tengan a los autores o partícipes bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que exista de su parte culpa o negligencia (art. 117.2 CP), que normalmente será “in vigilando”. Esta última responsabilidad será subsidiaria, es decir, tras el intento de satisfacer infructuosamente, las responsabilidades civiles de la causa directamente contra el patrimonio de los inimputables.

b) *Excusa absolutoria, cuando no se refiera a la responsabilidad civil*; las excusas absolutorias son una serie de causas que, por motivos de política criminal y a pesar de la comisión de un hecho antijurídico y culpable, impiden la imposición de la pena. BUSTOS las denomina excusas legales, porque su único fundamento está en la decisión del legislador de dejar impune el hecho. En estos casos, como existe un hecho ilícito susceptible de dañar los bienes y derechos ajenos, la aplicación de dichas excusas no excluye la acción civil resarcitoria. Son casos de excusas absolutorias las contempladas en los arts. 206, 252 y 263 del CP.

c) *Muerte del procesado*; es evidente que la muerte del inculcado trae consigo la extinción de la acción penal, como resulta del art. 31.1 del CP. Sin embargo, ello no significa que lleve pareja la extinción de la acción civil. Las responsabilidades civiles, a diferencia de lo que sucede con las criminales, no tienen un carácter estrictamente personal, sino que las obligaciones resarcitorias son susceptibles de transmisión, como expresa el art. 122 del CP, al normar que “la obligación de la reparación civil recae

sobre la sucesión del deudor y grava los bienes sucesorales, transmitiendo la misma a sus herederos en cuanto a los bienes heredados”.

d) *Amnistía, cuando el decreto que la conceda deje subsistente la responsabilidad civil*; la amnistía regulada por la Ley Especial de Recursos de Gracia señala, en su art. 7, que la misma puede concederse de manera absoluta o con las condiciones y restricciones que la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen, entre las cuales podrá imponerse que subsista la responsabilidad civil en los casos de condenados. Respecto a los imputados o a aquellos a quienes no se ha instruido proceso, la extinción de la responsabilidad penal por la amnistía, lleva implícita la extinción de la responsabilidad civil en que pudieran ser condenados (art. 11 de dicha Ley).

e) *Prescripción de la acción penal*; constituye una causa de extinción de la acción penal con arreglo al art. 31.4 del CPP, pero no de la civil proveniente del hecho ilícito cometido.

f) *Aplicación de un criterio de oportunidad*; en estos casos el fiscal podrá solicitar al juez que se prescinda de la persecución penal de uno o varios de los hechos imputados, respecto de uno o algunos de los partícipes (art. 20 del CPP), lo que trae consigo la extinción de la acción penal pública, sin perjuicio de la persecución del hecho por medio de acción privada (arts. 21 y 31.6 del CPP)

210

g) *Revocatoria de la instancia particular*. Por último, el legislador considera, que la revocación de la instancia particular a la que se refiere el art. 40 del CPP no supone, tampoco, la extinción de la acción civil.

- 3) *Por sentencia definitiva absolutoria, salvo en los casos siguientes:*
- a) *Duda en la responsabilidad del imputado; y,*
 - b) *Cuando hubiere precedido veredicto absolutorio del jurado*

La sentencia definitiva dictada en el proceso penal ha de pronunciarse sobre la acción civil derivada del delito, conforme a lo normado en los art. 360 y 361 del CPP, so pena de incurrir en incongruencia. La sentencia condenatoria que contenga pronunciamientos civiles resuelve de forma definitiva las responsabilidades de tal clase derivadas de la infracción penal, y con ello la acción civil queda agotada o consumida sin que quepa un ulterior planteamiento de la misma ante la jurisdicción de lo civil o mercantil.

Igualmente la sentencia absolutoria extingue la acción civil, salvo los casos en los que la razón de tal absolución provenga de la existencia de dudas sobre la participación del imputado en el hecho criminal objeto de enjuiciamiento. En estos casos, una elemental aplicación de la regla latina, consustancial a la esfera criminal, del “in dubio pro reo”, normativamente consagrada en el art. 5 del CPP, trae consigo necesariamente

la absolución del imputado; mas no por ello se extingue la acción civil resarcitoria, toda vez que la existencia de tal duda no impide que recaiga un pronunciamiento condenatorio del Juez civil, ya que éste valora los hechos procesales conforme a criterios distintos que el Juez de lo criminal. En este sentido, la jurisprudencia española ha proclamado que los Tribunales de lo Civil tienen facultades no solamente para valorar y encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también para apreciar conjuntamente las pruebas obrantes en juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica.

Por último, indicar que el art. 376 pf. II del CPP, indica que “el veredicto absolutorio no impide que el juez en la sentencia se pronuncie sobre la acción civil, si fuere procedente”.

III. JURISPRUDENCIA

Inaplicabilidad del Art. 45, N°.3, letra a) CPP. “No obstante que el Código Procesal Penal se refiere a que cuando haya una sentencia absolutoria que se funde en duda sobre la responsabilidad del imputado, la acción civil no se extingue, este tribunal considera que dicha norma es contraria al principio de inocencia que establece la Constitución de la República, por lo que de conformidad al artículo 185 de la misma, se declara la inaplicabilidad del literal a) del número 3 del artículo 45 del Código Procesal Penal”. (*TS Usulután, 11-01-99*).

211

46

PROCEDENCIA EN CASO DE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

Cuando en la audiencia inicial o preliminar proceda el sobreseimiento definitivo, y se trate de los casos a que se refiere el Art. 45 número 2 de este Código, el juez antes de proceder al correspondiente auto, se pronunciará sobre la responsabilidad civil.

47

PROCEDENCIA ANTES DEL JUICIO

Cuando proceda el sobreseimiento definitivo en los casos a que se refiere el Art. 45 número 2 de este Código, y se deba pronunciar después de la audiencia preliminar y hasta antes del juicio, el tribunal de sentencia antes del pronunciamiento del respectivo auto convocará a todas las partes a una audiencia señalando el día y hora para su celebración, a fin de aportar la prueba para deducir la responsabilidad civil.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 43 pf. II, 45.2, 247.5 y penúltimo pf., 313 último pf., 314 último pf., 353, 360, 361, 376 pf. II
- CP, 114 a 124

II. COMENTARIO

Las víctimas de un delito o falta indiscutiblemente sienten un afán de justicia, pero como también es lógico y humano un deseo de pronto resarcimiento de las consecuencias patrimoniales y morales sufridas por mor de la comisión del ilícito criminal. De ahí, que el nuevo CPP posibilite el resarcimiento económico, en supuestos en los que, cometido un hecho ilícito, se haya extinguido la acción penal, y por ello, en principio, la eventualidad del pronunciamiento civil derivado (arts. 114 a 116 del CP). A los efectos de conseguir tal meta, los arts. 46 y 47 del referido texto legal proclaman que, en los casos de sobreseimiento definitivo, a los que se refiere el art. 45.2, el juez penal se pronunciará sobre las responsabilidades civiles.

212

Dicho pronunciamiento se efectuará en tres momentos concretos: a) en la audiencia inicial; b) en la audiencia preliminar y c) después de la audiencia preliminar y hasta antes del juicio, y en consecuencia con ello la resolución sobre las responsabilidades civiles del ilícito penal corresponderá, respectivamente, al juez de paz, al juez de instrucción o al tribunal de sentencia.

La circunstancia de que se empleen en diversos preceptos del CPP expresiones de naturaleza imperativa, tales como que el juez “se pronunciará sobre las responsabilidades civiles” (art. 46); o el art. 360 indicativo que en la sentencia absolutoria se ordenará lo relativo a la responsabilidad civil, o el art. 376.II, según el cual “el veredicto absolutorio no impide que el juez en la sentencia se pronuncie sobre la responsabilidad civil, si fuera procedente”, no significa que quepa un pronunciamiento judicial civil de oficio, sin la correspondiente petición de parte, y ello lo argumentamos con base en los razonamientos siguientes.

En primer término, el hecho de que en el proceso penal se autorice la acumulación de las acciones penales y civiles derivadas del ilícito criminal, no significa que cada una de ellas pierda su naturaleza jurídica, y que, por lo tanto, no se rijan por las normas que le son propias y específicas.

En segundo lugar, la posibilidad de que el juez se pronuncie de oficio sobre la acción civil, supondría la violación de una serie de principios o garantías que conforman el juicio justo, tales como la recogida en la fórmula latina “nemo iudex sine actore”, manifestación de la imparcialidad judicial, o la relativa a la proscripción de la indefensión, que se produciría si el imputado se ve sorprendido por una condena al resarcimiento

del mal causado por el delito sin tener la posibilidad de oponerse a ella ejercitando su derecho de defensa, y se violaría el principio de congruencia, al producirse una discrepancia “extra petita” entre lo solicitado al juez, que únicamente ha sido una resolución sobre la acción criminal deducida, y lo concedido en sentencia, cual es, además, una resolución sobre una acción resarcitoria no postulada. Si el principio acusatorio exige correlación entre la acción criminal y la sentencia (art. 359 II del CPP) con mayor razón dicha congruencia deberá existir entre ésta y la reparación civil, de evidente naturaleza privada.

En tercer lugar porque, del detenido análisis de los textos legales, consta como la voluntad del legislador es que la acción civil sea efectivamente ejercitada para que quepa el pronunciamiento judicial al respecto; pues fuera de tal caso difícilmente se explica como se establece la obligación del Ministerio Fiscal de ejercitar conjuntamente con la acción penal la civil en los delitos públicos (art. 43 pf. II), o que se norme dentro de los requisitos del requerimiento previo la petición de todo lo que se considere pertinente para el ejercicio efectivo de la acción civil (art. 247.5), así como que, en el caso de que se solicite el sobreseimiento y se trate de los supuestos del art. 45.2 o de aplicación del procedimiento abreviado, el fiscal podrá pedir, si fuera procedente, que el Juez de Paz se pronuncie sobre la reparación o resarcimiento civil (art. 247 penúltimo pf.); estableciéndose lo mismo, con respecto al fiscal y al querellante, en las peticiones a formular en la audiencia preliminar, a los efectos de que el Juez de Instrucción, en tales casos, se pronuncie sobre la reparación de los daños y perjuicios (art. 313 ultimo pf.); o que entre los requisitos de la acusación figure, en el último pf. del art. 314, que en ella “el fiscal deberá solicitar, si fuere procedente, el pronunciamiento del tribunal de sentencia sobre el contenido de la reparación civil de los daños”; o que, por ello, la discusión final del juicio oral (art. 353 del CPP) se extienda igualmente a las responsabilidades civiles, para lo cual se prevé expresamente que se concederá la palabra al responsable civil.

213

Por último, indicar que las previsiones normativas de los arts. 360, 361 y 376 no suponen que quepa condenas civiles de oficio, sino que el tribunal debe resolver el tema relativo a las responsabilidades civiles en sentencia, siempre y cuando dicha acción hubiera sido ejercitada, y tal pronunciamiento sea factible. Así en el caso de que la sentencia fuera absolutoria, por no probarse la intervención del acusado en el ilícito criminal, no será condenado tampoco civilmente (no se demostró cometiera el asesinato) o el hecho no existió (no hubo secuestro), en cuyo caso habría un pronunciamiento penal y civil absolutorio, ahora bien, si el imputado es absuelto, por apreciarse en sentencia que se trata de un inimputable, y se ejercitó la acción civil, el tribunal habrá de pronunciarse sobre ella. El art. 376 pf. II del CPP, en relación con el juicio de jurado, señala que el veredicto absolutorio no impide que el juez en la sentencia se pronuncie sobre la acción civil, pero añade, a continuación, “si fuere procedente”. Lo mismo cabría decir con respecto a las sentencias condenatorias, lo que veda el art. 361 pf. II es dejar para ejecución de sentencia la determinación del daño, al indicar que “si en el proceso

no hubiere podido determinarse con precisión la cuantía de las consecuencias civiles del delito, el tribunal las fijará tomando en cuenta la naturaleza del hecho, sus consecuencias y los demás elementos de juicio que hubiere podido recoger”.

El sobreseimiento definitivo del art. 45.2 no impedirá, por evidentes razones de economía procesal y protección del perjudicado por el delito, que el Juez penal se pronuncie sobre las responsabilidades civiles, suscitándose al respecto el correspondiente debate de las partes en la audiencia inicial, en la preliminar o en la convocada al respecto a la que se refiere el art. 47, con práctica de las pruebas pertinentes. Parece igualmente obvio que el Juez no podrá conceder mayor cantidad que la solicitada por el postulante civil y en la que funde su pretensión resarcitoria cuantificando el daño causado, so pena de caer en patente incongruencia.

TÍTULO III

SUJETOS PROCESALES

CAPÍTULO I

TRIBUNALES

SECCIÓN 1a.

COMPETENCIA

48

EXTENSIÓN

La competencia penal se ejercerá por los tribunales y jueces de la República y estarán sometidos a ella los nacionales y los extranjeros.

215

La competencia se extenderá:

- 1) Al conocimiento de los delitos y faltas cometidas en el territorio de la República, salvo las excepciones establecidas por la Constitución de la República y el Derecho Internacional; y,
- 2) Al conocimiento de los delitos cometidos fuera del territorio de la República conforme a lo establecido en el Código Penal.

El juez o tribunal con competencia para conocer de un delito o falta también podrá resolver todas las cuestiones incidentales que se susciten en el curso del procedimiento, aunque no pertenezcan al orden penal. La resolución sobre tales incidentes producirá efectos únicamente en el ámbito penal.

Se exceptúan las cuestiones referentes a la determinación del estado familiar de las personas y del derecho de propiedad en el caso de usurpación.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 3 (derecho de igualdad ante la ley), 83 (la soberanía), 86 (el poder público), 125 (inviolabilidad de los imputados), 172 (potestad jurisdiccional del Órgano Judicial), 236 al 239 (responsabilidad de los funcionarios públicos)
- CP, 1 (principio de legalidad), 8 (principio de territorialidad), 9 (principio personal o de nacionalidad), 10 (principio de universalidad) y 371 (reglas de aplicación)
- CPP, 2 (principio de legalidad del proceso), 381 (privilegio Constitucional) y ss.
- LOJ, 1 (potestad jurisdiccional de Órgano Judicial) y 2 (integración de la Corte Suprema de Justicia)
- CC, 14 (obligatoriedad de la ley para nacionales y extranjeros)
- CPC, 20 (la jurisdicción como poder de administrar justicia)
- Regla. Interno A. L. 47 al 51 (proceso de antejuicio)

II. COMENTARIO

216

La jurisdicción penal en El Salvador está formada por el conjunto de órganos integrantes del orden jurisdiccional penal que conocen de los asuntos penales, es decir, la jurisdicción que corresponde al juez de paz, al juez instrucción, a los jueces de sentencia, a los jueces de primera instancia, magistrados de segunda instancia y a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 172 de la Constitución de la República y a este Código.

La potestad de aplicar o declarar el derecho *juridietio o jurediciendo* o la potestad jurisdiccional, como lo denomina VÉLEZ MARICONDE (Derecho Procesal Penal, Tomo II, p.301) desde un ámbito subjetivo, pertenece al juez, quien forma parte del Órgano Judicial y éste a su vez del Estado. Esta relación orgánica es, según CARNELUTTI (Derecho Procesal Civil y Penal, 1994, p.314), la legitimación de dicha potestad. Existe un presupuesto de legitimación democrática anterior, establecido por la Constitución, que dice: “la soberanía reside en el pueblo”, “el poder público emana del pueblo” y “los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que los que expresamente les da la ley” (arts. 83, 86 y 172 Cn).

El juez tiene el monopolio de la actuación del derecho penal o del *ius puniendi*, lo que evita a toda costa la autotutela o justicia privada. El juez a su vez aplica el Derecho Penal, necesariamente por medio del proceso penal y con las garantías que impone la ley penal, y no de cualquier otra forma. Ello implica, obligatoriamente, la observancia del principio de legalidad en materia penal, consagrado en el artículo I CP y 2 de este Código, que según MONTERO AROCA (Derecho Jurisdiccional III, 1999, pp. 13 y 14) incluye

cuatro garantías: 1) Criminal o *nulum crimen sine legge*: 2) Penal o *nulla pena sine legge*: 3) Jurisdiccional o *nemodamnetur nisi per legale indicium* y 4) de Ejecución.

La jurisdicción es una función (BELING, Derecho Procesal Penal, 1943, p.30; MANZINI, Tratado de Derecho Procesal Penal, 1951, p.23) otorgada y reservada al juez, a quien se le ha dado poder para realizarla. Pero como un solo juez no podría cumplirla, la función jurisdiccional se atribuye a una multitud de jueces, entre los cuales es distribuida. Dicha división estará determinada, generalmente por razones territoriales, materiales o funcionales, es decir, mediante la determinación de una relación entre el juez y el acto (lugar donde ocurrió el delito), composición del juez (unipersonal o colegiado) y la materia de que sea el hecho (penal o civil), o por conocimiento del juicio por otro juez, etc.

La competencia es precisamente, un límite de la potestad atribuida a cada uno de los jueces; según CARNELUTTI (Derecho Procesal Civil y Penal, 1994, p.318), la competencia no es un poder, sino un límite a ese poder y, por tanto, una *ratio legitimationis*, es decir, legitimado en cuanto a que es juez y, además, en cuanto a la materia del juicio de su competencia. El mismo autor señala que la determinación de la competencia del juez implica la determinación de la competencia del Ministerio Público, lo que significa, desde este punto de vista, que la jurisdicción opera para hacer posible la acción. No es el fiscal el que acciona para que el juez pueda juzgar, sino que, por el contrario, el juez juzga para que el fiscal pueda ejercer la acción, por lo que, como se dijo, la jurisdicción pertenece exclusivamente al juez y no al Ministerio Público. El fiscal es un órgano administrativo con jurisdicción administrativa, que asume, en la fase jurisdiccional del proceso -con legitimación para obrar, conferida por la Constitución y la Ley-, posición de parte.

217

La competencia, de conformidad al artículo en comento, es ejercida por los tribunales y jueces de la República, y estarán sometidos a ellos los nacionales o extranjeros. Los tribunales y jueces deberán examinar de oficio su competencia, una vez acotado el carácter penal de la conducta; se ha considerado importante examinar si el presunto responsable de los hechos está o no sometido a la jurisdicción.

La competencia se extenderá:

- 1) *Al conocimiento de los delitos y faltas cometidas en el territorio de la República, salvo las excepciones establecidas por la Constitución de la República y el Derecho Internacional.*

En el artículo 3 inciso primero de la Constitución se establece que: “todas las personas son iguales ante la ley” y el artículo 14 del Código Civil dice que: “la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”, por lo que se deduce que la regla general es que están sometidos a la jurisdicción penal

salvadoreña tanto los nacionales como los extranjeros, por delitos y faltas que cometan dentro del territorio de la República.

Sin embargo, encontramos excepciones a la regla general cuando estamos ante la presencia de personas que, por su función o cargo, tienen algún tipo de privilegio e inmunidad para la aplicación de la norma sustantiva y determinados privilegios procesales.

A) Excepciones a la competencia judicial por causa de inmunidad de funcionarios públicos

Por lo que respecta a los nacionales, según los artículos 236 y 239 de la Constitución de la República, los funcionarios allí mencionados, así como los mencionados en el artículo 382 de este Código son inmunes durante el periodo de su mandato y solo podrán ser detenidos por flagrante delito e inculcados y procesados previa autorización de la Asamblea Legislativa y de la Corte Suprema de Justicia, según el caso. Este privilegio nunca habrá de considerarse como un privilegio de carácter personal, pues iría en contra de la justicia y la igualdad ante la ley (art. 3 Cn), sino más bien deberá considerarse que, lo que se protege es la función pública ante la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar funciones vitales del Estado.

218

El procedimiento especial para responder por delitos oficiales o comunes que cometan los funcionarios en ejercicio de su mandato está regulado en los artículos 381 y ss. CPP y artículos del 47 al 51 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa. Dicha regulación permite, incluso, que los diputados, sin necesidad de procedimiento especial, sean inculcados y procesados por delitos comunes menos graves y por las faltas; sin embargo, en estos casos, para no perturbar las funciones, no podrán ser detenidos o presos ni llamados a declarar, sino después de concluido su periodo de elección.

Para SARA ARAGONESES (Derecho Procesal Penal, 1999, pp. 85 y 86), estas excepciones o límites de la jurisdicción están fundados en causas objetivas y razonables (como puede ser, por ejemplo, la elevada función que realizan tales personas); es claro que deben ser interpretadas restrictivamente en cuanto constituyen excepciones al principio de igualdad, lo que obliga, además, a que dichas diferencias de tratamiento deben ser justificadas mediante fundamentos objetivos y razonables, respecto de personas que se encuentren en la misma situación.

Cabe mencionar que el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley no se vulnera cuando por razones objetivas, la ley dispone que algunas personas reciban un trato distinto a la hora de ser juzgadas, pues de deducir su participación en el hecho, serán juzgadas del mismo modo y por el juez o tribunales establecidos en la ley. Mucho

menos entonces se vulnera el principio de igualdad de partes en el proceso, ya que en este caso se refiere al reconocimiento, por parte del juez y los tribunales, a todas las partes, de medios equitativos de ataque y defensa (MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional III, 1999, p.33), es decir, que todas han de disponer de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación.

B) Ausencia de competencia judicial por causa de inmunidad diplomática o asimilada

El Código Procesal Penal no contiene una norma suficientemente inequívoca sobre el carácter no absoluto de la competencia general de los juzgados y tribunales que conforma el Órgano Judicial; sin embargo, existen *supuestos de inmunidad de jurisdicción establecidos por las normas del Derecho Internacional Público*; es decir, por los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con Organismos internacionales. Dichos tratados constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de la propia Constitución (art. 144 Cn), que establece la preeminencia del tratado sobre la ley, que no podrá modificarlo ni derogarlo, y la prevalencia del primero sobre la segunda en caso de conflicto.

Por *inmunidad* debemos entender la “falta o ausencia del poder, o la necesidad de no ejercer ese poder o de suspender su ejercicio, lo que implica la no sujeción a la jurisdicción de las autoridades nacionales de un Estado territorial, tanto judiciales como administrativas” (LÓPEZ MARTÍN, ANA).

219

Por *jurisdicción*, en relación con el concepto de inmunidad, ha de entenderse la *ausencia de competencia judicial* y, en sentido amplio, administrativo (policía, fiscalía, otros órganos administrativos) para la incoación, instrucción, enjuiciamiento y ejecución de un proceso penal o de un procedimiento administrativo sancionador respecto de una persona que goza de inmunidad.

Las inmunidades históricamente tienen origen consuetudinario, predicándose, en una primera fase, solamente del *monarca o soberano (par in parem non habet jurisdictionem)*; posteriormente, *del Estado, sus bienes y sus representantes*; y, por último, de las *Organizaciones Internacionales y sus representantes y funcionarios*.

Existe, pues, una pluralidad de supuestos de inmunidad con rasgos singulares y regulación jurídica distinta, que pueden sistematizarse de la siguiente forma:

a) *Las inmunidades del Estado extranjero y sus bienes*, derivadas de los principios de soberanía, igualdad e independencia de cualquier Estado. En el Derecho comparado existen posiciones que sostienen la inmunidad absoluta de aquellos y tesis más restrictivas, que admiten, por ejemplo, la competencia de los tribunales nacionales

para resolver litigios relativos al despido de personal empleado en oficinas de embajadas o misiones diplomáticas extranjeras acreditadas en el país, que no sean nacionales de los Estados acreditados. La espinosa cuestión de la embargabilidad de bienes en fase de ejecución de sentencias laborales fue objeto de la STC español 1/07/92, recaída en recurso de amparo interpuesto por una norteamericana despedida de la embajada de Sudáfrica en Madrid.

b) *Las inmunidades de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores.*

Se trata de una inmunidad de carácter personal y consuetudinario, que se justifica por la necesidad de garantizar el desempeño de las relaciones exteriores.

c) *Los buques y aeronaves de guerra.*

220

Su régimen jurídico a los efectos considerados lo establecen, en el caso de estar ratificadas por El Salvador, la Convención de Bruselas para la unificación de ciertas reglas relativas a la inmunidad de los buques de Estado, de 10 de abril de 1926, y su Protocolo de 1934; las Convenciones Generales de Derecho Marítimo y Aéreo: Convención de Ginebra de 1958 sobre mar territorial y la Convención de Chicago sobre aviación civil internacional, de 7 de diciembre de 1944 (Publicado en el DO No. 95, Tomo No. 142 de fecha 6 de mayo de 1947), que distingue, a efectos de otorgar la inmunidad, entre aeronaves civiles y aeronaves de Estado (Militares, de aduanas, policiales); y el Convenio de Roma para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de aeronaves, de 29 de mayo de 1933. Sólo la Convención de Chicago a sido suscrita y ratificada por El Salvador, en cuanto a las demás convenciones mencionadas en este apartado no se tiene registro de que el Gobierno de El Salvador sea Estado ratificante o haya suscrito dichos documentos, no obstante, debe tomarse en cuenta, como se dijo anteriormente, el carácter consuetudinario de las inmunidades.

Es interesante reseñar el *estatuto en puerto* de los buques extranjeros en relación con la legislación penal: tratándose de *buque mercante*, el Estado del puerto será competente para sancionar las infracciones penales cometidas a bordo del mismo que alteren el orden público o atenten contra la seguridad de dicho Estado; las infracciones que afecten exclusivamente al orden interno del buque serán competencia del capitán. En cambio, “el estatuto en puerto de los *buques de guerra* es diferente, pues se considera que la autorización concedida por el ribereño para la entrada del buque implica la renuncia tácita de ese Estado para conocer y sancionar los hechos punibles ocurridos dentro del buque, aunque eso no implica la imposibilidad de tomar medidas de protección fuera del mismo” (LÓPEZ MARTÍN, ANA GENA: las inmunidades del Derecho Internacional: su aplicación en España. Cuadernos de Derecho Público. INAP, Enero-abril, 1999, Madrid, España).

El inciso 4º del art. 60 CPP salvadoreño dispone que “en los delitos cometidos a bordo de naves o de aeronaves comerciales o privadas, cuando naveguen en aguas territoriales o en el espacio aéreo nacional, será competente el juez del lugar donde arribe la nave o aeronave. Cuando la nave o aeronave no arribe en territorio nacional, será competente el Juez de la capital de la República que se encontraba de turno al momento de cometerse el hecho”.

d) *Las fuerzas armadas extranjeras en territorio salvadoreño*

Habrá que estar a lo que establezcan eventualmente los tratados de alianzas o de acuerdos internacionales de cooperación en materia militar firmados entre El Salvador y otros Estados extranjeros.

e) *Inmunidades diplomáticas, que se extienden, en sentido amplio, a las siguientes personas:*

1) *Los agentes diplomáticos permanentes, personal administrativo, personal de servicio y familia del agente diplomático.*

Dichas inmunidades, de carácter consuetudinario, se codifican en la *Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961* (Publicado en el DO No. 198 de fecha 28 de octubre de 1965), según el cual los diplomáticos y el personal administrativo y técnico de la misión gozan de inmunidad de jurisdicción penal absoluta (arts. 31 y 37). El personal de servicio goza de inmunidad penal *en el ejercicio de sus funciones*, siempre que no tenga la nacionalidad del Estado acreditante (art. 37). Este último sistema de inmunidad se extiende a los miembros de la familia del agente diplomático y al personal administrativo y técnico de su residencia que no sean nacionales del Estado acreditando.

221

2) *Los agentes consulares, el personal administrativo y técnico del consulado y los miembros de sus respectivas familias.*

Su grado de inmunidad es menor que el de los agentes diplomáticos “*stricto sensu*”, ya que, al contrario que estos, la inmunidad del cónsul no es personal sino funcional y, por tanto, no es absoluta sino excepcional, según se infiere del art. 43 del *Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963* (Publicado en el DO No. 214, Tomo No. 237 de fecha 17 de noviembre de 1972).

3) *Los miembros de misiones especiales* (diplomacia ad-hoc) que asistan a conferencias diplomáticas o reuniones de Organismos Internacionales celebradas en El Salvador.

Lo habitual es que existan acuerdos bilaterales específicos con el Organismo Internacional que organice la conferencia o reunión internacional.

- 4) *Los funcionarios internacionales establecidos en El Salvador*, por último, tendrán el grado de inmunidad que establezcan los convenios generales de Naciones Unidas y de sus Organismos especializados (PNUD, por ejemplo), así como los llamados “acuerdos de sede” como el acuerdo del SICA de la integración centroamericana.

Los acuerdos y convenios sobre inmunidades diplomáticas suscritos por El Salvador en esta materia son los siguientes:

1. Acuerdo Sede de la SICA. Publicado en El Diario Oficial No. 154, Tomo 324, del 23 de agosto de 1994.
2. Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas. P.D.O. No. 100, T. 142, 12 de mayo 1947.
3. Acuerdo entre el Gobierno de El Salvador y el PNUD. P.D.O. No. 89, T. 247, 16 de mayo 1975.
4. Protocolo sobre los Privilegios, Exenciones e Inmunidades de INTELSAT. P.D.O. No. 161, T. 264, 31 de agosto 1979.
5. Acuerdo Básico entre el Gobierno de la República de El Salvador y el Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas de la OEA, sobre Privilegios e Inmunidades del Instituto. P.D.O. No. 16, T. 238, 24 de enero 1973.
6. Convenio entre el Gobierno de la República de El Salvador y el BID Privilegio e Inmunidades para el personal del Banco en El Salvador). P.D.O. No. 159. T. 236, 29 de agosto de 1972.
7. Acuerdo Básico entre el Gobierno de la República y el OIRSA sobre relaciones institucionales. Privilegios e Inmunidades. P.D.O. No. 51, T. 314, 16 de marzo 1992.
8. Acuerdo entre el Gobierno de El Salvador y la Organización de Estados Iberoamericanos sobre la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI) para el establecimiento de la Sede y sus privilegios e Inmunidades. P.D.O. No. 190, T. 345, 13 de octubre 1999.
9. Acuerdo entre el Gobierno de la República de El Salvador y la Secretaria General de la OEA sobre funcionamiento de la Oficina de la Unión Panamericana en El Salvador. P. D. O. No. 82, T. 219, 6 de mayo 1968.

En términos generales, existen tres niveles en la concesión de inmunidades a dichos funcionarios internacionales: “*el más elevado* se concede a los funcionarios de alto rango, Secretarios, Vicesecretarios Generales, que gozan del *status* de los jefes de misión diplomática; en *un segundo tramo* se incluye a la mayoría de los restantes funcionarios internacionales, que se asimilan a los agentes diplomáticos; *por último*, en el tramo más bajo se sitúan los funcionarios de nacionalidad española o con residencia permanente en España

antes de desempeñar sus funciones, que disfrutaban del mismo estatuto que el personal administrativo y de servicio de las misiones diplomáticas” (LÓPEZ MARTÍN, ANA GENA: las inmunidades del Derecho Internacional: su aplicación en España. Cuadernos de Derecho Público. INAP, Enero-abril 1999, Madrid, España).

El principal problema de estas regulaciones consiste en determinar lo que debe entenderse *por actos oficiales*, a efectos de aplicarles inmunidad; será cada OI la que califique como oficiales o no los actos desarrollados por sus funcionarios.

- 2) *Al conocimiento de los delitos cometidos fuera del territorio de la República conforme a lo establecido en el Código Penal*

Por regla general los jueces y tribunales tienen competencia para conocer de los delitos cometidos en todo el territorio de la República.

El territorio está compuesto por: tierra firme, aguas interiores, mar territorial, espacio aéreo situado sobre dicha tierra y aguas, y los buques y aeronaves que navegan bajo bandera del Estado. Lo anterior tienen su concordancia constitucional en el artículo 84, el cual hace referencia a que el Estado ejerce soberanía en el espacio insular, territorio marítimo y aéreo. Sin embargo, la competencia se extiende fuera del territorio en los supuestos mencionados en los artículos 9, 10, 11 y 12 del Código Penal.

223

Se trata de evitar a toda costa la impunidad cuando:

- 1- Ciudadanos de nuestro país cometan delitos fuera del territorio nacional, sobre todo, si estas personas gozan de inmunidad diplomática de acuerdo al derecho internacional;
- 2- Ciudadanos salvadoreños cometan delitos sin que la soberanía del Estado en que cometieron el hecho este ejerciendo su jurisdicción por tales hechos, es decir, por la no-actuación del derecho punitivo de ese Estado sobre el infractor;
- 3- Se deniegue la extradición solicitada en razón de su nacionalidad;
- 4- El delito sea cometido por extranjeros contra bienes jurídicos de salvadoreños:
y,
- 5- El delito sea cometido por cualquier persona, siempre que afecte bienes protegidos internacionalmente por pactos específicos o normas del derecho

internacional, o impliquen una grave afectación a los derechos humanos reconocidos universalmente.

En el supuesto mencionado en el número 4, a diferencia de los anteriores, se trata de evitar la impunidad de un extranjero y de proteger bienes jurídicos del ciudadano salvadoreño donde sea que se encuentren; de esta forma, la jurisdicción salvadoreña se extiende hasta estas personas, no importando su nacionalidad, siempre y cuando sea posible de forma directa o cuando su extradición sea concedida. Depende en todo caso de convenios de cooperación recíproca o de tratados internacionales vigentes para el Estado de El Salvador.

En el último supuesto, dice FRANCISCO MORENO (Código Penal de El Salvador Comentado, 1999, p.27) que debe existir un adecuado funcionamiento de los mecanismos de cooperación internacional, ya que el sujeto deber entregarse al Estado que más convenga para ejercer la jurisdicción, bien por ser nacional del mismo, bien por haberse cometido el hecho en su territorio, bien por haberse visto afectados sus nacionales por la actuación delictiva, de forma que el Estado salvadoreño puede arrogarse la competencia, cuando una vez excluida la propia competencia por aplicación de las normas oportunas, se corra el riesgo de la impunidad de la conducta tratada.

224 Los tratados de Derechos Humanos vigentes para El Salvador y aplicables para este último supuesto son:

- 1- Declaración Universal de los Derechos Humanos suscrita el 10 de diciembre de 1948.
- 2- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos. Ratificado por Decreto 27 de la Junta Revolucionaria de Gobierno el 23 de noviembre de 1979. Publicado en el Diario Oficial No. 218 del 23 de noviembre de 1979.
- 3- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ratificado por Decreto 27 de la Junta Revolucionaria de Gobierno el 23 de noviembre de 1979. Publicado en el Diario Oficial No. 218 del 23 de noviembre de 1979.
- 4- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ratificado por Decreto 27 de la Junta Revolucionaria de Gobierno el 23 de noviembre de 1979. Publicado en el Diario Oficial No. 218 del 23 de noviembre de 1979.
- 5- Protocolo II. Protocolo Adicional a los convenios de Ginebra del 16 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas en lo Conflictos Armados de Carácter Internacional, ratificado por Decreto Legislativo No. 12 del 4 de julio de 1978, publicado en el Diario Oficial No. 158 del 28 de agosto de 1978.
- 6- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia 1948.
- 7- Convención Americana sobre Derechos Humanos Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia 1948. Ratificada por Decreto Legislativo 5, del 15 de junio de 1978, publicado en el Diario Oficial No. 113, del 19 de junio de 1978.
- 8- Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, suscrita el 24 de junio de 1953 y ratificada por D.L. No. 754 del 15 de diciembre de 1993.

- 9- Convención sobre los Derechos del Niño suscrito el día 26 de enero de 1990 y ratificada por D.L. No. 487 del 27 de abril de 1990.

Con relación a otros bienes protegidos internacionalmente por normas del derecho internacional, no debemos olvidar las llamadas normas del “*jus cogens*” o sea, las normas imperativas de derecho internacional aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto y que gobiernan el orden público internacional (MONROY CABRA, Derecho de Los Tratados, 1995, p.24), siendo superiores a los Tratados y en su mayoría recogidas en los artículos iniciales de la Carta de las Naciones Unidas.

En cuanto a otros bienes protegidos internacionalmente por pactos específicos, El Salvador ha participado en muchas convenciones en materia relativa a la tortura, como por ejemplo: la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, suscrita por nuestro país en Nueva York el 10 de diciembre de 1994, pero que hasta la fecha no ha sido ratificada. Así podríamos mencionar otros en materia de corrupción, como la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita por los países miembros de la Organización de Estados Americanos y nuestro país el 29 de marzo de 1996 en Caracas Venezuela y ratificada por D.L. No. 351 del día 9 de julio de 1998, la cual crea tipos de delitos y obligaciones de los Estados miembros en cuanto a la extradición por este tipo de delitos. Como estas Convenciones, hay muchas en materia de terrorismo y de piratería, entre otras, que quedan como meras declaraciones internacionales de buena voluntad y pocas concluyen en la celebración de tratados internacionales; en todo caso, se puede afirmar que, a la fecha, no se conocen otros tratados de esta naturaleza ratificados por El Salvador, que puedan vincular al juez nacional a la hora de juzgar y aplicar la ley penal a nacionales y extranjeros.

225

Por último, en el caso de las faltas, la ley penal, sólo se aplica a las cometidas en el territorio nacional, de conformidad al artículo 371 No. 1 CP, por lo que en estos casos el principio de territorialidad del Código Penal es exclusivo al territorio y no se extiende por ningún motivo.

El juez o tribunal con competencia para conocer de un delito o falta también podrá resolver todas las cuestiones incidentales que se susciten en el curso del procedimiento, aunque no pertenezcan al orden penal. La resolución sobre tales incidentes producirá efectos únicamente en el ámbito penal.

Se exceptúan las cuestiones referentes a la determinación del estado familiar de las personas y del derecho de propiedad en el caso de usurpación.

Incidente es un litigio accesorio suscitado con ocasión de un juicio, normalmente sobre circunstancias de índole procesal y que se decide mediante una sentencia interlocutoria (COUTURE). Como incidentes típicos de todo proceso podemos mencionar las excepciones, las medidas cautelares, acumulación de autos, entre otros. La ley procesal expresamente faculta al juez para resolver estos incidentes en la misma

instancia. Por ello, BRAILOVSKY define incidente como una cuestión accesoria que se plantea dentro del proceso, pero siempre en el curso de la instancia (citado por MANUEL OSORIO en Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales, Buenos Aires, 1997).

En cuanto al procedimiento, GUASP (Derecho Procesal Civil, Madrid, 1968, Tomo I, p.296) afirma que éste es un conjunto de actos característicamente coordinados de modo que cada uno de ellos es presupuesto de admisibilidad de los siguientes y condición de eficacia de los anteriores, definición que nos ayuda a justificar la facultad concedida al juez, por el legislador, de resolver los incidentes aunque no sean de carácter penal.

Todo juez o tribunal debe procurar la unidad, concentración y economía en cada proceso, con el fin de lograr una finalización pronta y eficaz del mismo. Por ello es conveniente que el juez o tribunal que conoce del mismo resuelva cualquier situación incidental que se le presente, ya sea de carácter penal o de otra índole.

En la práctica tribunalicia se han presentado incidentes de carácter civil, como por ejemplo: la determinación de la edad media de un testigo o de una víctima; la identificación de un testigo o víctima; la falsedad de un documento público o privado; la determinación del ofendido, cuando la víctima ha fallecido, de acuerdo a normas civiles de ascendencia, etc.

226

Estos incidentes tienen como único objeto validar formalmente la realización de diligencias judiciales necesarias para la comprobación del delito, por lo que los efectos jurídicos de la resolución de dichos incidentes tendrán valor sólo en esa sede jurisdiccional y no en otras, como la civil o familiar, pues dichas competencias materiales están reservadas a tribunales especiales a efecto de obtener una resolución declarativa de un estado o de un derecho, según sea el caso.

No obstante, existen excepciones a esta regla, puesto que el inciso final del artículo en comento, prohíbe claramente que no se puede determinar, por medio de un incidente, el estado familiar de las personas y del derecho de propiedad en el caso de usurpación, ya que se trata de proteger especialmente dichos estados y derechos mediante la aplicación de procedimientos especiales, así como del conocimiento de jueces y tribunales especiales cuya competencia es reservada.

III. JURISPRUDENCIA.

Competencia. “Desde el punto de vista técnico - jurídico y con carácter orgánico, el concepto de atribución o competencia puede entenderse como la capacidad concreta que tiene un determinado ente estatal; y desde un carácter sistemático, la atribución de competencia consiste en la enumeración de una serie de posibilidades de actuación

dadas a un órgano por razón de los asuntos que están atribuidos de un modo específico” (*Inconstitucionalidad*, 31-08-01).

49

CASO ESPECIAL DE PARTÍCIPIES

Los partícipes estarán sometidos al mismo juez que juzgue a los actores, y si alguno de ellos goza de privilegio constitucional, el procedimiento continuará respecto de los demás. Si se autoriza la formación de causa todos los imputados serán juzgados por los tribunales previstos en este Código.

No obstante tendrán valor únicamente las diligencias practicadas por otros funcionarios para establecer la existencia del delito en aquellos que dejan señales.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 236 (responsabilidad de los funcionarios públicos)
- CP, 33 (autores directos o coautores), 34 (autores mediatos), 35 (instigadores) y 36 (cómplices)
- CPP, 51 No. 3 (Cámaras de Segunda Instancia), 270 (anticipo de prueba) y 381 (privilegio constitucional) y ss., 389 (caso especial de partícipes)
- LOJ, 57 No.3 (competencia de las Cámaras de Segunda Instancia)
- Regla. Interno A. L. 47 al 51 (procedimiento de antejuicio)

227

II. COMENTARIO

Por regla general, los delitos contenidos en el Código Penal se refieren a la realización del hecho punible por una sola persona, a quien se refiere cada descripción legal con su locución impersonal “el que...”. Sin embargo, en la materialización de un solo hecho o supuesto hipotético de la norma penal, se pueden ver involucradas varias personas cuya participación en el hecho no es igual, de aquí que unos sean considerados autores y otros partícipes.

Autoría es la conducta que puede ser subsumida directamente en el tipo, quedando como autores los directos o coautores y los autores mediatos, de conformidad a lo establecido en los artículos 33 y 34 del Código Penal.

El autor realiza el tipo del delito descrito en la ley expresamente y el partícipe no. Podría haber autor sin partícipe, pero no partícipe sin autor. La participación es un

concepto de referencia que supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho punible, quedando como partícipes los instigadores y los cómplices, necesarios o no, establecidos en el Código Penal en los artículos 35 y 36 CP.

Esta relación accesoria o de dependencia de los partícipes con respecto al autor es la base fundamental del por qué el mismo juez que conoce del autor deberá conocer de los partícipes, tomando en cuenta necesariamente las reglas especiales sobre la responsabilidad penal de unos u otros en cada caso concreto.

Cuando se trata de un solo imputado y éste goza de privilegio constitucional, los fiscales, la policía y el juez están obligados a practicar las diligencias indispensables para la comprobación de la existencia del delito, absteniéndose de todo ulterior procedimiento, debiendo remitir las actuaciones a la Asamblea Legislativa o a la Corte Suprema de Justicia, según sea el caso, de conformidad al artículo 389 CPP.

228 Si hay varios partícipes y alguno de ellos tiene algún privilegio constitucional, se continuará el procedimiento con los demás, mientras se establezca formación de causa por la Asamblea Legislativa o la Corte Suprema de Justicia, según el caso, lo cual, como se dijo anteriormente, no debe considerarse como un privilegio de carácter personal sino más bien se trata de proteger funciones vitales del Estado por la elevada función que realizan.

Si hay lugar a formación de causa o al deducir participación en el hecho delictivo, los partícipes o autores con privilegio constitucional serán juzgados de la misma manera, pero conocerá en primera instancia una Cámara de Segunda Instancia, Sala de lo Penal o Corte en Pleno, según sea el caso, de conformidad a los artículos 47 al 51 del Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa y artículos 381 y ss. del CPP.

El problema es que, cuando hay autor o partícipe con privilegio constitucional, su procesamiento es más lento, pues antes de que sea procesado, debe haber sido decretada la formación de causa, como requisito de procesabilidad; esto puede tardar meses, pues es sometido a una discusión política compleja además de la investigación de su participación en el hecho, por lo que el proceso para los otros autores y partícipes que no tienen tal privilegio continúa, y es seguro que el funcionario que conoce de estos efectúe una gran cantidad de diligencias para la comprobación del delito, sobre todo las llamadas pruebas anticipadas o preconstituidas al juicio, como una inspección del lugar de los hechos, un reconocimiento de sangre, una prueba científica de parafina o de trayectoria de disparo, etc.

Esta prueba, realizada por un funcionario que conoce del proceso de los otros autores y partícipes que no tienen privilegio constitucional, será válida en el proceso

que se seguirá con posterioridad en otro tribunal para el autor o partícipe que sí tiene privilegio constitucional.

Por supuesto, dicha prueba será válida, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 270 CPP, para este tipo de pruebas.

Sin embargo, el segundo párrafo del artículo limita la validez de dichas pruebas a aquellas en que se trate de comprobar el cuerpo del delito, en aquellos que dejan señales de su perpetración, lo cual, desde nuestro punto de vista, restringe posibilidades de aportación de prueba anticipada pertinente y necesaria para la comprobación de la participación delictiva, como podría ser la declaración de un testigo que está a punto de morir, como parte de la comprobación de la participación del hecho, tanto para delitos que dejan señales de su perpetración como para aquellos que no las dejan.

Si la intención del legislador fue la de tratar a toda costa de evitar la impunidad y de tener un sistema penal eficaz, me parece que esta norma lo limita, ya que, con validar esta prueba testifical, se estarían asegurando datos objetivos, legales y posiblemente irreproducibles, necesarios para la comprobación de los delitos y la condena de las personas que los realizaron.

50

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y SALA DE LO PENAL

La Corte Suprema de Justicia conocerá:

- 1) De los procesos para deducir responsabilidad a funcionarios públicos en los casos determinados por la Constitución de la República y este Código;**
- 2) De los conflictos de competencia que se susciten entre jueces y tribunales penales;**
- 3) Del recurso de casación cuando la Sala de lo Penal conozca en segunda instancia;**
- 4) Del recurso de revisión cuando haya pronunciado el fallo que lo motiva; y,**
- 5) De los demás asuntos que determine este Código y otras leyes.**

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia conocerá:

- 1) Del recurso de casación penal;**
- 2) Del recurso de apelación contra sentencias pronunciadas por las cámaras de segunda instancia cuando conozcan en primera instancia;**

3) Del recurso de revisión cuando haya pronunciado el fallo que lo motiva; y,

4) De los demás casos establecidos en este Código y otras leyes.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 172 inc. 3 (independencia de los jueces), 176 (requisitos para ser Magistrado), 182 No. 1 y 3 (atribuciones de la Corte Suprema de Justicia), 186 inc. 2 (elección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia)
- CPP, 68 (tribunal competente), 161 (denuncia por demora en el trámite), 382 (privilegio constitucional para otros funcionarios), 386 (procedimiento de antejuicio ante la CSJ), 421 (motivos), 422 (resoluciones recurribles), 431 (procedencia), 433 (interposición)
- LOJ, 4 (Organización de la Corte Suprema de Justicia), 14 (conformación de la voluntad de la Sala de lo Constitucional), 50 (atribuciones de la Corte Plena), 51 No 1, 6, 9, 15,16 y 19 (competencias de la Corte Plena), 55 No. 1 y 2 (competencias de la Sala de lo Penal)
- LCNJ, 49 (formación de lista de candidatos) y 50 (registro de abogados autorizados)

230

II. COMENTARIO

El Órgano Judicial en El Salvador tiene encomendadas amplias funciones que se pueden agrupar de la siguiente manera:

- a) La función administrativa: la cual incorpora a su vez cuatro competencias: 1) El gerenciamiento administrativo de la institución misma y de los despachos judiciales; 2) El nombramiento, juramentación y control de los abogados y notarios; 3) La creación y modificación de la organización judicial; y 4) Procedimiento de selección y sanción de funcionarios judiciales.
- b) La función jurisdiccional: por medio de la cual le corresponde la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso administrativo, así como otras materias que determine la ley. Para ello, como se dijo en el comentario del art. 48, dicha jurisdicción está formada por la Corte Suprema de Justicia, la Sala de lo Penal, las Cámaras de Segunda Instancia, los Juzgados de Primera Instancia, los Jueces de Sentencia, los Jueces de Instrucción y los Jueces de Paz, de acuerdo a la organización material, territorial y funcional determinada por la Ley Orgánica Judicial y otras leyes.

Por ello, cabe discriminar aquí algún comentario al primer grupo de competencias y referirse únicamente a la competencia principal del Órgano Judicial, de tal forma que al hablar de la Corte Suprema de Justicia se deberá entender el Tribunal de Justicia, es decir, en su función eminentemente jurisdiccional y, específicamente, en su función jurisdiccional penal asignada por este Código y demás leyes penales.

Para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia se requiere: ser salvadoreño por nacimiento, de estado seglar, mayor de cuarenta años, abogado de la República, de moralidad y competencia notorias, haber desempeñado una magistratura de segunda instancia por seis años, o haber obtenido la autorización para ejercer como abogado por lo menos diez años antes de su elección, representar una relevante corriente del pensamiento jurídico, gozar de independencia, tener un elevado nivel de experiencia profesional y académica, honorabilidad, cultura y méritos civiles, entre otros requisitos señalados en los arts. 172 inc. 3, 176 y 186 inc. 2 Cn.; 49 y 50 LCNJ.

La Corte Suprema de Justicia es un tribunal colegiado integrado por 15 magistrados que, reunidos en Corte Plena, expresan su voluntad mediante el sistema de voto simple.

De conformidad al artículo 50 LOJ, para poder deliberar y resolver el tribunal deberá integrarse por el Presidente o por quien haga sus veces y siete magistrados por lo menos; para que haya resolución se necesita el número mínimo de 8 votos conformes, y en caso de empate el voto del Presidente será de calidad.

231

En caso de que la Corte Plena conozca como Tribunal de Casación queda excluidos los tres magistrados de la Sala de lo Penal que conocieron como Tribunal de Segunda Instancia y siempre se necesitarán por lo menos 8 votos conformes para resolver, por lo que se trata de una mayoría cualificada, pues de 12 votos se necesitan 8 conformes.

También el legislador optó por el sistema del consenso, cuando permite al Presidente del Tribunal que, por excepción, la abstención, de otro magistrado, considerada voto negativo en principio, pueda considerarla, por la naturaleza del asunto, como adherida a la mayoría de magistrados, es decir, como dicho voto no fue a favor o en contra, se entiende que consiente la decisión.

El artículo 182 Cn establece atribuciones constitucionales a la Corte Suprema de Justicia, algunas de las cuales son de carácter jurisdiccional penal, por lo que a continuación vale la pena hacer un desarrollo de las mismas como parte de las competencias de dicho órgano.

Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia la de ordenar suplicatorios (art. 182 No.2 Cn), conocer la extradición (art. 182 No.2) y conocer de la causa de presas, esta última se refiere a los casos de apresamiento de naves o del contenido de las mismas en aguas territoriales.

El país suscribió y ratificó el Código de Bustamante, que regula la aplicación de leyes nacionales en caso de abordaje culpable de naves en aguas territoriales (art. 291); no existiendo procedimiento alguno, la Corte Suprema será la encargada de definir el apresamiento, de acuerdo a los tratados internacionales suscritos por El Salvador, por incumplimiento de normas internacionales o la costumbre internacional reconocida por nuestro país.

Por último, establece también, en el No. 4 del mismo artículo 182 Cn, que la Corte Suprema de Justicia puede conceder el permiso para ejecutar una sentencia pronunciada por tribunales extranjeros conforme a la ley y cuando fuere necesario.

La Corte Suprema de Justicia conocerá:

- 1) *De los procesos para deducir responsabilidad a funcionarios públicos en los casos determinados por la Constitución de la República y este Código*

Se refiere específicamente al conocimiento del procedimiento establecido para los delitos oficiales cometidos por jueces de primera instancia, jueces de paz y los gobernadores departamentales, quienes gozan de privilegio constitucional de conformidad a los arts. 239 Cn. y 382 CPP.

232

Entre los jueces de primera instancia con competencia penal debe entenderse incorporados a los jueces de paz, instrucción y sentencia. Así como los jueces de primera instancia con competencia mixta que conocen como jueces de instrucción en los municipios donde no existen tales jueces.

En estos casos, la Corte Suprema de Justicia tendrá que realizar el procedimiento establecido en el art. 386 CPP y deberá decidir si hay lugar o no a formación de causa, definiendo de inmediato, los juzgados y tribunales competentes en cada caso concreto, de acuerdo a este Código y a la Ley Orgánica Judicial.

Cabe destacar nuevamente, que esta competencia objetiva *ratione personae* se tiene en virtud del cargo, oficio o función pública, para garantizar el desarrollo libre e independiente de esos cometidos públicos considerados esenciales (GARCÍA, op. cit.).

- 2) *De los conflictos de competencia que se susciten entre jueces y tribunales penales*

Los conflictos de competencia son tratados en la sección quinta de este mismo capítulo como cuestiones de competencia, en el cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 68 CPP, el tribunal competente para conocer de cualquier cuestión de competencia es la Corte Suprema de Justicia.

Estas cuestiones pueden plantearse entre jueces penales, o bien entre estos y jueces de otra competencia penal especial, como podría ser la de menores, tránsito o militar.

3) *Del recurso de casación cuando la Sala de lo Penal conozca en segunda instancia*

Las Cámaras de lo Penal conocen en primera instancia cuando el imputado es uno de los funcionarios a los que se refiere el artículo 236 de la Constitución.

La Sala de lo Penal conocerá en segunda instancia y la Corte Suprema de Justicia en pleno conocerá en casación, de conformidad al art. 51, 15ª de la LOJ. En todo caso, al conocer en pleno, queda excluida la Sala de lo Penal que actuó como tribunal de segunda instancia.

La casación siempre tendrá como fin fiscalizar la adecuada aplicación de la ley que hicieran los tribunales de instancia y velar por la uniforme aplicación de las normas legales, para garantizar los principios de seguridad e igualdad jurídica.

Los motivos y las resoluciones que pueden ser recurribles están establecidos en los artículos 421 y 422 CPP.

233

4) *Del recurso de revisión cuando haya pronunciado el fallo que lo motiva*

La revisión es un instrumento de impugnación que procede contra toda sentencia condenatoria firme, en todo tiempo y únicamente a favor del imputado, en los casos que señala el artículo 431 CPP.

El recurso de revisión se interpone ante el tribunal que pronunció la sentencia (433 CPP), por lo que la Corte Suprema será competente para conocer de dicha impugnación la de sus propias sentencias.

Debe recordarse aquí que, contrariamente, el Código Procesal Penal tipo para Iberoamérica sugiere que la revisión sea promovida ante la secretaría de un tribunal de casación o de la Corte Suprema de justicia.

El legislador salvadoreño, como afirma SEOANE, JOSÉ LUIS, (Derecho Procesal Penal salvadoreño, 1999) opta por la solución viable, dado que la revisión, en principio, no se funda en error alguno del juzgador, puesto que no se le pide que repita una operación sobre la que ha errado y en la que podría volver a equivocarse, sino que valore nuevos hechos y circunstancias no tenidas en cuenta, como las señaladas en el art. 431 CPP.

5) *De los demás asuntos que determine este Código y otras leyes*

Pueden mencionarse aquí las establecidas en la Ley Orgánica Judicial, con carácter jurisdiccional penal, como las mencionadas en el artículo 51 números 9 y 16, relativas, la primera, al conocimiento de las recusaciones, impedimentos y excusas de los magistrados propietarios y suplentes de la Corte y de los conjuces, en su caso; y la segunda, a ejercer la suprema vigilancia de las cárceles.

Especial mención merece la competencia que señala el mismo artículo 51 No. 19, cuando establece que la Corte debe ordenar, en aquellos lugares en que varios jueces de primera instancia puedan conocer a prevención, que determinados juicios o diligencias pasen a un juez distinto al que está conociendo, para que continúe su tramitación, ya sea por razón de acumulación de trabajo no imputable al funcionario, o por estar recargado algún tribunal de asuntos que hubieren producido grave escándalo social, o por otras causas que la Corte Suprema estimare convenientes, con el fin de lograr una pronta y cumplida justicia.

234

En opinión de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia pronunciada el día 30 de marzo de 2000, el Código Procesal Penal vigente no contempla la figura procesal de cambio de radicación de la causa, ya que dicha institución procesal vulnera una de las garantías fundamentales que caracterizan a los procesos penales democráticos, como lo es la del juez natural, garantía de la que se deriva a su vez el principio *locus delicti commise*, cuya referencia se encuentra en la exposición de motivos del Código Procesal Penal y por medio del cual los juicios deben seguirse en el lugar en que fue cometido el delito, según lo establecido en el artículo 59 inciso 1 CPP.

Por lo que se establece, en la misma sentencia, que el artículo 59 ordinal 19 de la Ley Orgánica esta tácitamente derogado, pues, constituye un cuerpo normativo anterior al Código Procesal Penal.

La LOJ faculta a la Corte Suprema de Justicia, a remitir iniciativas a la Asamblea Legislativa relativas a la jurisdicción y competencia de los tribunales y organización de los mismos, a su creación, unión, separación, conversión, supresión y demás que se requieran para una pronta y cumplida justicia (art. 51 No. 6). La anterior regla de competencia es importante a la hora de que la Corte Suprema de Justicia tome decisiones que ayuden a la eficaz administración de justicia.

Por último, puede mencionarse la competencia que establece el artículo 161 CPP, que regula la “denuncia por demora en el trámite”, la cual consiste en la posibilidad de pedir pronto despacho ante la Corte Suprema de Justicia, si la demora en dictar una resolución es imputable a la Sala de lo Penal. Como es lógico, conocería la Corte en pleno con excepción de la Sala de lo Penal. En el Código Procesal Penal anterior y la

Ley Orgánica Judicial, se regulaba como recurso extraordinario de queja en los artículos 553 y 55 No. 2, respectivamente.

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia conocerá:

La Sala de lo Penal es un tribunal colegiado integrado por un magistrado Presidente y dos vocales, que conforman su voluntad mediante el sistema de voto (art. 4 LOJ).

De conformidad al artículo 14 LOJ, para dictar sentencia definitiva o interlocutoria se necesita la unanimidad o tres votos favorables.

1) *Del recurso de casación penal*

Los tribunales y jueces de primera instancia penal conocen, por regla general, la mayor parte de delitos.

Las Cámaras de lo Penal conocerán en segunda instancia y la Sala de lo Penal conocerá en casación, de conformidad al art. 55, No. 1 de la LOJ.

Como se dijo anteriormente la casación siempre tendrá como fin fiscalizar la adecuada aplicación de la ley y velar por la uniforme aplicación de las normas legales, para garantizar los principios de seguridad e igualdad jurídica.

235

Los motivos y las resoluciones que pueden ser recurribles están establecidas en los artículos 421 y 422 CPP.

2) *Del recurso de apelación contra sentencias pronunciadas por las cámaras de segunda instancia cuando conozcan en primera instancia*

Las Cámaras de lo Penal conocen en primera instancia cuando el imputado es uno de los funcionarios a los que se refiere el artículo 236 de la Constitución.

La Sala de lo Penal conocerá, como tribunal de segunda instancia, del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Cámaras de segunda instancia, cuando estas hayan conocido en primera instancia (art.51 No. 1 LOJ); además, conocerán de la interposición de hecho del recurso de apelación, en los mismos casos (art.55, No. 2 LOJ).

3) *Del recurso de revisión cuando haya pronunciado el fallo que lo motiva*

Como se dijo en el comentario anterior, la revisión es un instrumento de impugnación que procede contra toda sentencia condenatoria firme, en todo tiempo y únicamente a favor del imputado, en los casos que señala el artículo 431 CPP.

El recurso de revisión se interpone ante el tribunal que pronunció la sentencia (433 CPP), por lo que la Sala de lo Penal será competente para conocer de dicha impugnación la de sus propias sentencias.

4) *De los demás casos establecidos en este Código y otras leyes*

El artículo 55 No. 2 LOJ atribuye como competencia de la Sala de lo Penal, el conocimiento del recurso extraordinario de queja por retardación de justicia regulado en el Código Procesal Penal de 1974 en los artículos del 563 al 566, hoy derogado por la nueva legislación.

El nuevo Código Procesal Penal vigente desde el 20 de abril de 1998, regula en el artículo 161 la “denuncia por demora en el trámite”, que consiste en la posibilidad de pedir pronto despacho ante la Sala de lo penal, si la demora en dictar una resolución es imputable a alguna de las Cámaras de Segunda Instancia.

Por último se puede mencionar que es competente de conocer de las recusaciones de los magistrados propietarios y suplentes de las Cámaras de Segunda Instancia y conocer de los impedimentos y excusas de los funcionarios mencionados.

236

51

CÁMARAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Las Cámaras de Segunda Instancia con competencia penal conocerán:

- 1) Del recurso de apelación;**
- 2) Del recurso de revisión cuando hayan pronunciado el fallo que lo motiva;**
- 3) De los casos especiales en que actúan como tribunales de primera instancia; y,**
- 4) De los demás asuntos que determine este Código y otras leyes.**

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 236 (responsabilidad de los funcionarios públicos)
- CPP, 161 (denuncia por demora en el trámite), 431 (procedencia), 433 (interposición)
- LOJ, 5 (integración de las Cámaras de Segunda Instancia), 57 No.1 C y 2 (competencias de las Cámaras de Segunda Instancia)

- LCNJ, 60 (registro de abogados) y 62 (temas para Magistrados)
- LP, 134 (función provisional de las Cámaras con competencia en materia de la Ley Penitenciaria)

II. COMENTARIO

Las Cámaras de lo Penal o tribunales de segunda instancia, son tribunales colegiados integrados por un magistrado Presidente y un segundo magistrado, que conforman su voluntad mediante el sistema de voto (art. 5 LOJ).

Para ser magistrado de cámara se requiere, entre otros requisitos señalados en el art. 177 Cn, 60 y 62 LCNJ, ser mayor de treinta y cinco años, abogado de la República, de moralidad y competencia notoria; haber servido una judicatura de primera instancia durante seis años o haber obtenido la autorización para ejercer la profesión de abogado por lo menos ocho años antes de su elección.

De conformidad al artículo 14 LOJ, para dictar sentencia definitiva o interlocutoria se necesita la unanimidad o dos votos favorables.

En nuestra organización judicial, de conformidad al artículo 146 LOJ, existen 5 Cámaras de lo Penal y 7 Cámaras con competencia mixta, distribuidas en todos los departamentos del país de la siguiente manera:

237

Cámaras de lo Penal: San Salvador 3; San Miguel 1 y Santa Ana 1.

Cámaras con competencia mixta: Nueva San Salvador 1, Ahuachapán 1; Sonsonate 1, Cojutepeque 1, San Vicente 1, San Miguel 1 y Usulután 1.

1) *Del recurso de apelación*

Las Cámaras conocerán de la apelación de los procesos que conozcan los jueces de primera instancia, ya sean estos de la jurisdicción penal común (sentencia, instrucción, paz y vigilancia penitenciaria) o de las jurisdicciones privativas de tránsito y militar.

La apelación, como recurso ordinario de naturaleza devolutiva, interpuesta ante un tribunal de primera instancia, posibilita a la parte impugnante que se considera agraviada, someter la decisión a la Cámara de Segunda Instancia, para que revise si existe algún vicio o defecto, ya sea de derecho penal o procesal, y en tal caso, lo anule o revoque de forma total o parcial (para profundizar, véase SEOANE, JOSÉ LUIS. Derecho Procesal Penal salvadoreño, 1999).

Excepcionalmente, se interpondrá un recurso de apelación ante la Sala de lo Penal, pues será sólo en los casos en que la Cámara conozca en primera instancia de los delitos cometidos por funcionarios públicos, a los que antes se hizo referencia.

2) *Del recurso de revisión cuando hayan pronunciado el fallo que lo motiva*

Como se dijo brevemente en apartados anteriores, la revisión es un instrumento de impugnación que procede contra toda sentencia condenatoria firme, en todo tiempo y únicamente a favor del imputado, en los casos que señala el artículo 431 CPP.

El recurso de revisión se interpone ante el tribunal que pronunció la sentencia (433 CPP), por lo que las Cámaras serán competentes para conocer de dicha impugnación de sus propias sentencias.

3) *De los casos especiales en que actúan como tribunales de primera instancia*

Se refiere a los casos de competencia objetiva *ratione personae* establecida en la Constitución, Ley procesal y Reglamento interno de la Asamblea Legislativa, por medio de la cual un funcionario tiene, en virtud del cargo, oficio o función pública, fuero constitucional para garantizar el desarrollo libre e independiente de esos cometidos públicos considerados esenciales.

238

En caso de aforamientos, cumplido el requisito preprocesal de haber lugar a formación de causa por la Asamblea Legislativa o la Corte Suprema de Justicia, según el caso, tanto en los funcionarios determinados por el artículo 236 Cn como cuando se trata de jueces de primera instancia, jueces de paz y gobernadores departamentales (art. 382 CPP), se remitirán las diligencias a la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro para que conozca de la instrucción, y a la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro para que conozca del juicio (arts. 385 y 386 CPP).

4) *De los demás asuntos que determine este Código y otras leyes*

Pueden mencionarse las competencias establecidas en la Ley Orgánica Judicial, con carácter jurisdiccional penal, en el artículo 57 números 1 C y 2, relativas, la primera, al conocimiento de la consulta, ahora derogada; y la segunda, al conocimiento del recurso de queja por retardación de justicia y por atentado, ambos derogados.

El conocimiento del recurso extraordinario de queja por retardación de justicia, regulado en el Código Procesal Penal de 1974 en los artículos del 563 al 566, fue derogado por la nueva legislación.

El artículo 161 CPP regula la “denuncia por demora en el trámite”, la cual consiste en la posibilidad de pedir pronto despacho ante la Cámara de Segunda Instancia, si la demora en dictar una resolución es imputable a un juez de primera instancia.

52

TRIBUNAL DEL JURADO

Corresponderá al tribunal del jurado el juzgamiento, en vista pública de todos los delitos, salvo aquellos en que sea competente el tribunal de sentencia.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 172 (potestad jurisdiccional del Órgano Judicial), 189 (constitucionalidad del jurado)
- CPP, 53 (tribunales de sentencia), 366 (integración), 374 (votación)

II. COMENTARIO

239

El tribunal del jurado se integra con un total de cinco personas, sorteadas de las nóminas del Registro Electoral (art.366 CPP). El sistema de conformación de voluntad es el sistema del voto, mediante el cual cada uno de los jurados declara culpable o inocente al acusado (art. 374 CPP). El voto es verbal y no puede haber abstenciones, las cuales, en todo caso, se considerarán como voto absolutorio.

De conformidad al artículo 53 CPP, corresponde a uno de los jueces que conforman el tribunal de sentencia celebrar la vista pública con el tribunal del jurado. La designación dependerá de un sistema de reparto acordado por ellos mismos. El procedimiento aplicable a la vista pública está regulado de los artículos 366 al 378 CPP.

Una de las cuestiones más debatidas en la organización de la jurisdicción penal es la de si el juzgador ha de ser un jurista profesional o si, por el contrario, ha de compartir su función con sujetos legos no profesionales. SARA ARAGONESES (op. cit. p.88) establece que “a favor de la institución del jurado se esgrimen, entre otros argumentos, razones de carácter político -que postulan una mayor participación del pueblo en la administración de la justicia- y de carácter técnico -según las cuales los ciudadanos puede valorar las cuestiones de hecho sin los prejuicios que los jueces profesionales pueden tener-”. En España, la instalación del tribunal del jurado es de reciente creación; en nuestro país, ha existido desde el siglo pasado; no obstante, la anterior regulación viene desde 1974 y continúa con la nueva legislación vigente desde el 20 de abril de

1998. La experiencia en nuestro país no fue grata por la mora judicial que provocó la suspensión de audiencias por diferentes causas, lo cual no elimina, por supuesto, la validez de los argumentos expresados por dicha autora.

La redacción del presente precepto es sumamente escueta en cuanto a que no establece claramente la competencia objetiva del tribunal del jurado, pues para definirla hay que acudir a la interpretación del artículo 53 CPP.

Dicho artículo enumera los delitos que son del conocimiento del tribunal de sentencia: los delitos graves, los delitos menos graves, los delitos de acción privada, los delitos sancionados con pena no privativa de libertad y, por último, los delitos conexos señalados en el mismo artículo.

Los delitos graves son los castigados con pena que superen los tres años de prisión o los doscientos días multa, los delitos menos graves son todos los demás; la diferencia es meramente formal y cuantitativa de acuerdo a la gravedad de su punición.

Si descontamos todos los delitos del conocimiento del tribunal de sentencia, pronto se advierte que el legislador ha querido dejar poca participación al tribunal del jurado en el juzgamiento de los delitos, ya que se descuentan el hurto (art. 207 CP), robo (art. 212 CP), defraudaciones (art. 215 CP), delitos relativos a las drogas, entre otros, que en la vida cotidiana de los tribunales más ingreso de causas tienen en el sistema.

Entre los criterios que el legislador pudo haber tomado en cuenta para definir tal competencia, podrían mencionarse los siguientes:

- 1- Las dificultades y costos que requiere la instalación de vistas públicas con tribunal del jurado. Cada audiencia implica citar a los jurados, darles transporte, comida, etc. Además, como experiencia del sistema penal anterior, la falta de civismo y conciencia pública hace difícil la asistencia de los mismos, lo que implica la suspensión de muchas vistas públicas y, por lo tanto, una grave mora judicial;
- 2- La gravedad del hecho es otro criterio importante a la hora de definir la competencia, ya que el tribunal del Jurado conoce sólo de delitos graves, los que generalmente son repudiados por la sociedad salvadoreña, como es el caso de las lesiones graves (art. 143 CP), tortura (art. 297 CP), prevaricato (art. 310 CP), entre otros, lo cual ayuda a generar en la sociedad un sentimiento de justicia ante los hechos ilícitos cometidos; y,
- 3- Dar cumplimiento al mandato constitucional establecido en el artículo 189 Cn, que exige la existencia del tribunal del jurado, como característica de un

Estado democrático, ya que actúa en representación de la sociedad jurídicamente organizada.

Cabe aclarar que ambos Tribunales conocen de delitos graves: *el tribunal del jurado* sólo conoce de delitos graves y *el tribunal de sentencia* conoce de delitos graves y menos graves, aunque estos últimos de forma unipersonal. Debe advertirse una clara intención del legislador de hacer una distribución de los delitos graves en ambos órganos jurisdiccionales.

Por último deben excluirse del conocimiento del tribunal del jurado las faltas, cuya competencia está reservadas exclusivamente a los jueces de paz (art. 55 No. 2 CPP).

Por fines eminentemente clarificativos los delitos del conocimiento del tribunal del jurado son los siguientes:

Art. 130 Homicidio piadoso; Art. 131 Inducción o ayuda al suicidio; Art. 132 Homicidio culposo; Art. 133 Aborto consentido y propio; Art. 134 Aborto sin consentimiento; Art. 135 Aborto agravado; Art. 136 Inducción o ayuda al aborto; Art. 138 Lesiones en el no nacido; Art. 140 inc. 1 y 2 Manipulación genética; Art. 143 Lesiones graves; Art. 144 Lesiones muy graves; Art. 147-B Tráfico y tenencia ilegal de órganos y tejidos humanos; Art. 147-C Manipulación de información; Art. 153 inc. 2 Coacción; Art. 156 Inseminación artificial no consentida; Art. 159 Violación en menor o incapaz; Art. 161 Agresión sexual en menor e incapaz; Art. 162 Violación y agresión sexual agravada; Art. 163 inc. 2 Estupro; Art. 164 Estupro por prevalimiento; Art. 167 Corrupción de menores e incapaces; Art. 168 Corrupción agravada; Art. 169 Inducción, promoción y favorecimiento de la prostitución; Art. 170 inc. 3 Determinación a la prostitución; Art. 195 Suposición u ocultación de estado familiar; Art. 196 Suplantación y alteración de estado familiar; Art. 198 inc. 2 Alteración de filiación; Art. 215 Estafa; Art. 216 Estafa agravada; Art. 217 Apropriación o retención indebidas; Art. 218 Administración fraudulenta; Art. 264 inc. 1 Liberación de energía; Art. 265 Incendio; Art. 266 Estragos; Art. 268 Delitos de peligro común agravados; Art. 274 Alteración de sustancias medicinales; Art. 275 Fabricación y comercio de alimentos nocivos; Art. 276 Envenenamiento, contaminación o adulteración de aguas y sustancias alimenticias; Art. 290 Privación de libertad por funcionario público o empleado público, agente de la autoridad o autoridad pública; Art. 291 inc. 2 Limitaciones indebidas de la libertad individual; Art. 293 Atentados relativos a la libertad de expresión; Art. 297 Tortura; Art. 302 Interferencia e intervención de comunicaciones telefónicas; Art. 305 Falso testimonio; Art. 307 Soborno; Art. 310 inc. 1, 2 y 6 Prevaricato; Art. 311 Omisión de investigación; Art. 313 inc. 2 Desobediencia a mandato judicial; Art. 316 Destrucción, inutilización u ocultamiento de documento por abogado o mandatario; Art. 317 Evasión; Art. 318 Favorecimiento de la evasión; Art. 320 Actos arbitrarios; Art. 325 Peculado; Art. 327 Concusión; Art. 328 Negociaciones ilícitas; Art. 330 Cohecho propio; Art. 331 Cohecho impropio; Art. 333 Enriquecimiento ilícito; Art. 334 Infidelidad en la custodia de registros o documentos públicos; Art. 335 Cohecho activo; Art. 340 Rebelión; Art. 341 Sedición; Art. 350 Atentados contra la integridad y existencia del Estado; Art. 351 Atentados contra la unidad nacional; Art. 353 Inteligencia con Estado extranjero; Art. 354 Provocación de guerra, represalias o enemistad internacional; Art. 355 Revelación de secretos de Estado; Art. 356 Espionaje; Art. 357 Sabotaje; Art. 360 Violación de inmunidades diplomáticas; Art. 361 Genocidio; Art. 362 Violación de las leyes o costumbres

de guerra; Art. 363 Violación de los deberes de humanidad; Art. 364 Desaparición forzada de personas; Art. 365 Desaparición forzada cometida por particular; Art. 366 Desaparición de personas permitida culposamente; Art. 367 Comercio de personas; Art. 368 Piratería; Art. 369 Piratería aérea; Art. 370 Organizaciones internacionales delictivas.

53

TRIBUNALES DE SENTENCIA

Los Tribunales de Sentencia estarán integrados por tres Jueces de Primera Instancia y conocerán de la etapa plenaria de todos los delitos y de la vista pública de las causas instruidas por la comisión de los delitos siguientes:

- 1) Homicidio simple y agravado;
- 2) Delitos relativos a la Libertad Individual;
- 3) Violación y otras agresiones sexuales;
- 4) Delitos relativos al medio ambiente;
- 5) Delitos relativos al honor y la intimidad;
- 6) Delitos relativos al patrimonio;
- 7) Delitos relativos al orden socioeconómico;
- 8) Delitos previstos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, Ley de Bancos;
- 9) Delitos relacionados con el crimen organizado;
- 10) Delitos relativos a la fe pública;
- 11) Delitos relativos a la paz pública;
- 12) Delitos menos graves;
- 13) Delitos sancionados sólo con pena no privativa de libertad;
- 14) Delitos de acción privada; y
- 15) Delitos conexos con los señalados en los numerales anteriores. (9)

Los jueces de sentencia también conocerán del recurso de revisión respecto de los

fallos que pronuncien.

La vista pública será presidida por uno de los jueces del tribunal de sentencia, en los casos siguientes:

- a) **En las causas instruidas por la comisión de delitos menos graves;**
- b) **Cuando el delito que se investiga esté sancionado sólo con pena no privativa de libertad; y,**
- c) **Cuando en la vista pública tiene intervención el tribunal del jurado.**

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 172 (potestad jurisdiccional del Órgano Judicial)
- CPP, 431 (procedencia), 433 (interposición)

II. COMENTARIO

Corresponde al tribunal de sentencia realizar la fase final del procedimiento penal. Dicha fase está compuesta por: a) la determinación del objeto del juicio (conocer el auto de apertura a juicio, excepciones, acusación, orientación de la defensa, etc.); b) la producción de prueba; c) la alegación o contradicción de la prueba y d) la emisión de la sentencia definitiva.

243

Su competencia funcional, según la definición comentada anteriormente, consiste, principalmente, en dirigir el desarrollo del juicio, tener contacto con la prueba (principio de inmediación) y dar una sentencia apegada a derecho.

El juicio oral permite, en todos los casos, la inmediación, la publicidad, la concentración, continuidad y la contradicción, entre otras virtudes y ventajas. Además, no habiendo conocido de la instrucción, se trata de un tribunal no contaminado.

Es un tribunal colegiado formado por tres jueces que conocen de de-recho, por lo que el legislador atribuyó a dicho tribunal el conocimiento de la mayor parte de delitos.

Un tribunal colegiado tiene tres ventajas importantes:

1. Es un sistema de conformación de voluntad basado en el sistema de voto, del cual puede resultar la unanimidad o la mayoría simple; no se requiere el consenso de todos para tomar una decisión condenatoria o absolutoria, lo que implica: primero, más seguridad en la decisión que se habrá de tomar; segundo, más seguridad en la interpretación legal de la norma; y tercero, la

posibilidad de tomar decisiones efectivas aun en contra de la opinión de un solo juez.

2. Por ser personas que conocen de derecho, se logra la aplicación correcta y efectiva del derecho punitivo penal; y,
3. Se disminuye la posibilidad de que el resultado penda del engaño o buena dramatización de las partes que, por lo general, conllevan los sistemas orales, respecto a los cuales el Tribunal del Jurado se encuentra más indefenso.

En nuestra organización judicial existen actualmente 21 tribunales de sentencia distribuidos en todos los departamentos del país, de la siguiente manera:

San Salvador 6; Santa Ana 2; San Miguel 2; La Libertad 1; Chalatenango 1; Ahuachapán 1; Sonsonate 1; Cuscatlán 1; Cabañas 1; La Paz 1; San Vicente 1; Usulután 1; Morazán 1; La Unión 1.

Los delitos que conoce un tribunal de sentencia son:

1) *Homicidio simple y agravado*

Arts. 128 y 129 CP. Además, deberá incluirse la proposición y conspiración del homicidio agravado del artículo 129-A, pues se sanciona con igual pena que el delito agravado.

2) *Delitos relativos a la libertad individual*

Art. 148 privación de libertad; Art. 149 Secuestro; Art. 149-A Proposición y conspiración en los delitos de privación de libertad y secuestro; Art. 150 Atentados contra la libertad individual agravados; Art. 151 Atentados contra la libertad individual atenuados; Art. 152 detención por particular.

3) *Violación y otras agresiones sexuales*

Arts. 158 y 160 CP

4) *Defraudaciones*

Art. 255 Contaminación ambiental; Art. 256 Contaminación ambiental agravada; Art. 258 Depredación de bosques; Art. 261 Depredación de fauna protegida; Art. 262-B Comercio y transporte de sustancias peligrosas.

5) *Delitos relativos al honor y la intimidad*

Art. 177 Calumnia; Art. 178 Difamación; Art. 179 Injuria; Art. 184 Violación de las comunicaciones privadas; Art. 185 Violación agravada de comunicaciones; Art. 186 Captación de comunicaciones; Art. 187 Revelación del secreto profesional; Art. 188 Allanamiento de morada; Art. 189 Allanamiento de lugar de trabajo o establecimiento al público; Art. 190 Utilización de la imagen o nombre de otro.

6) *Delitos contra el patrimonio*

Art. 207 Hurto; Art. 208 Hurto agravado; Art.209 Hurto impropio; Art. 210 Hurto de uso; Art. 211 Hurto de energía o fluidos; Art. 212 Robo; Art.213 Robo agravado; Art. 214 extorsión; Art.214-A Receptación; Art.214-B Conducción de mercaderías de dudosa procedencia; Art. 214-C Proposición y conspiración; Art. 215 Estafa; Art.216 Estafa agravada; Art.217 Apropiación o retención indebidas; Art. 218 Administración Fraudulenta; Art. 219 Usurpaciones de inmuebles; Art. 219-A Remoción o alteración de linderos; Art. 219-B Usurpación de aguas; Art. 220 Perturbación violenta de la posesión; Art. 221 Daños; Art. 222 Daños Agravados; Art.223 Infracción a las medidas de registro, control, circulación y protección de bienes culturales; Art. 224 Tráfico ilícito de patrimonio cultural; Art. 225 Hallazgo histórico; Art. 226 Violación de derechos de autor y derechos conexos; Art. 227 Violación agravada de derechos de autor y de derechos conexos.

7) *Delitos relativos al orden socioeconómico*

Arts. 228 Violación de privilegios de invención; Art. 229 Violación de distintivos comerciales; Art. 230 Infidelidad comercial; Art. 231 Revelación o divulgación de secreto industrial; Art. 232 Monopolio; Art. 233 Acaparamiento; Art. 234 Venta a precio superior; Art. 235 Uso de pesas o medidas alteradas; Art.236 Agiotaje; Art. 237 Propalación falsa; Art. 238 Competencia desleal; Art. 238-A Fraude de comunicaciones; Art. 240 Ventas ilícitas; Art. 241 Alzamiento de bienes; Art. 242 Quiebra dolosa; Art. 244 Infracción de las condiciones laborales o de seguridad; Art. 245 Retención de cuotas laborales; Art. 246 Discriminación laboral; Art. 247 Coacción al ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga; Art. 248 Obstáculos a la libre contratación; Art. 249 Evasión de impuestos y Art. 250 Otras defraudaciones.

245

8) *Delitos previstos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, Ley de Bancos*

a) *Delitos previstos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas*

Art. 34 Siembra y cultivo; Art.35 Fabricación o transformación; Art.36 Comercio, tráfico y almacenamiento ilícito; Art. 37 Posesión y tenencia; Art. 38 Promoción y fomento; Art. 39 Facilidad de medios; Art.40 Facilitación de locales, inmuebles y establecimientos; Art. 41 Prescripción y suministro; Art. 42 Alteración de medicamento; Art. 43 Expendio de sustancias medicinales; Art. 44 Administración de drogas; Art. 45 Alteración o falsificación de recetas; Art.46 Transacciones derivadas de delitos relativos a las drogas; Art. 47 Encubrimiento real; Art.48 Encubrimiento personal; Art. 49 Propaganda sobre uso de drogas; Art.50 Exhibición intencional; Art. 51 Instigación, inducción o ayuda al consumo de drogas; Art.52 Obtención ilícita de drogas; Art.53 Cooperación en el tráfico de drogas, Art. 54 Intermediación en la distribución; Art. 55 Actividades ilícitas en centros de enseñanza; Art. 56 Asociaciones delictivas; Art.57 Omisión de denuncia o aviso; Art. 58 Delitos calificados por el resultado Y Art. 59 Actos preparatorios, proposición y conspiración.

b) *Ley contra el Lavado de Dinero y Activos*

Art.4 Lavado de dinero y activos; Art.5 Casos especiales de lavado de dinero y activos; Art.6 Otros delitos generadores de lavado de dinero y activos; Art.7 Casos especiales del delito de encubrimiento; Art. 8 Encubrimiento culposo.

c) *Ley de Bancos*

Art. 184 y ss. *Captación ilegal de fondos públicos (Artículos del CP relacionados: Art. 240-A Defraudación a la economía pública; Art. 309 Omisión del deber de poner en conocimiento determinados delitos; Art. 322 Desobediencia) .*

Art. 201 y ss. *Responsabilidad por daños y perjuicios de directores, funcionarios y empleados.*

Art. 210 y ss. *Delitos por administración bancaria fraudulenta (Artículos del CP relacionados: Art. 215 Estafa; Art. 240-A Defraudación a la economía pública; Art. 242 Quiebra dolosa; Art. 286 Supresión, destrucción u ocultación de documentos verdaderos; Art. 283 Falsedad material) .*

9) *Delitos relacionados con el crimen organizado*

La redacción de este numeral es confusa, pues mediante una interpretación literal surgen dos preguntas, la primera es si ¿el delito de crimen organizado, establecido en el artículo 22 del Código Penal, es del conocimiento del Tribunal de Sentencia? ya que, hace referencia únicamente a que el tribunal de sentencia conocerá de los delitos relacionados con esa figura típica y no de la figura típica en sí, y la segunda, ¿a que delitos relacionados se refiere? tomando en cuenta que el artículo 22-A inc.2 prevé otras conductas que se consideran crimen organizado.

Debe entenderse que el delito de crimen organizado es del conocimiento del Tribunal de Sentencia, ya que aunque no lo dice, es imposible conocer de los delitos relacionados con el delito de crimen organizado sin conocer del delito del cual penden los demás.

246

En cuanto a los delitos relacionados con el crimen organizado debe entenderse que se refiere a aquellas conductas señaladas en el inciso segundo del artículo- 22 A del delito de crimen organizado. En el que se establece que también se considera crimen organizado aquellas conductas que por sí o unidas con otras, cometidas por dos o más personas, tienen como fin o resultado cometer los delitos de: homicidio, homicidio agravado, privación de libertad, secuestro, robo, robo agravado, extorsión, asociaciones ilícitas, falsificación o alteración de moneda, actos de terrorismo, comercio de personas, contrabando, lavado de dinero y activos, tráfico, fabricación y comercio ilegal de armas de fuego, y los comprendidos en el Capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, ya que, para el cometimiento de varias conductas delictivas están establecidas las reglas de concurso de delitos correspondientes.

10) *Delitos relativos a la fe pública*

Art. 279 Falsificación de moneda; Art. 280 Falsificación de especies fiscales o billetes de lotería; Art. 281 Venta o circulación de moneda, estampilla o especies fiscales falsificadas; Art. 282 Valores equiparados a moneda; Art. 283 Falsedad material; Art. 284 Falsedad ideológica; Art. 285 Falsedad documental agravada; Art. 286 Supresión, destrucción u ocultación de documentos verdaderos; Art. 287 Uso de documentos falsos; Art. 288 Uso falso de documento de identidad y Art. 289 Ejercicio ilegal de profesión.

11) *Delitos relativos a la paz pública*

Art. 343 Actos de terrorismo; Art. 344 Proposición y conspiración para actos de terrorismo; Art. 345 Asociaciones ilícitas; Art. 346 Tenencia, portación o conducción de armas de guerra; Art. 346-A Fabricación, portación, tenencia o comercio ilegal de armas de fuego o explosivos

caseros o artesanales; Art. 346-B Tenencia, portación o conducción ilegal de armas de fuego; Art. 347 Comercio ilegal y depósito de armas; Art. 348 desordenes públicos y Art. 349 Apología del delito.

12) Delitos menos graves

De conformidad al Art. 18 CP los siguientes:

Art. 137 Aborto culposo; Art. 139 Lesiones culposas en el no nacido; Art. 140 inc. 3 Manipulación genética; Art. 141 Manipulación genética culposa; Art. 142 Lesiones; Art. 146 Lesiones culposas; Art. 147-A Disparo de arma de fuego; Art. 152 Detención por particular; Art. 153 inc. 1 Coacción; Art. 154 Amenazas; Art. 157 Inseminación fraudulenta; Art. 163 inc. 1 Estupro; Art. 165 Acoso sexual; Art. 166 Acto sexual diverso; Art. 170 inc. 1 Determinación a la prostitución; Art. 171 Exhibiciones obscenas; Art. 172 Pornografía; Art. 173 Utilización de menores con fines pornográficos y exhibicionistas; Art. 175 Omisión del deber de socorro; Art. 176 Denegación de auxilio sanitario; Art. 177 Calumnia; Art. 178 Difamación; Art. 179 Injuria; Art. 184 Violación de comunicaciones privadas; Art. 186 Captación de comunicaciones; Art. 187 Revelación de secreto profesional; Art. 188 Allanamiento de morada; Art. 189 Allanamiento de lugar de trabajo o establecimiento abierto al público; Art. 190 Utilización de la imagen o nombre de otro; Art. 192 Matrimonios ilegales; Art. 193 Bigamia; Art. 194 Celebración de matrimonio ilegal; Art. 197 Simulación de embarazo o parto; Art. 198 inc. 1 Alteración de filiación; Art. 199 Abandono y desamparo de persona; Art. 200 Violencia intrafamiliar; Art. 201 Incumplimiento de los deberes de asistencia económica; Art. 202 Separación indebida de menor o incapaz; Art. 203 Inducción al abandono; Art. 204 Abuso del derecho de corrección; Art. 205 Explotación de la mendicidad; Art. 228 Violación de privilegios de invención; Art. 229 Violación de distintivos comerciales; Art. 230 Infidelidad comercial; Art. 231 Revelación o divulgación de secreto industrial; Art. 233 Acaparamiento; Art. 234 Venta a precio superior; Art. 235 Uso de pesas o medidas alteradas; Art. 236 Agiotaje; Art. 237 Propalación falsa; Art. 238 Competencia desleal; Art. 239 Desviación fraudulenta de clientela; Art. 240 Ventas ilícitas; Art. 241 Alzamiento de bienes; Art. 243 Cheque sin provisión de fondos; Art. 244 Infracción de las condiciones laborales o de seguridad social; Art. 246 Discriminación laboral; Art. 247 Coacción al ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga; Art. 248 Obstáculos a la libre contratación; Art. 249 Evasión de impuestos; Art. 253 Construcciones no autorizadas; Art. 257 Contaminación ambiental culposa; Art. 259 Depredación de flora protegida; Art. 260 Depredación de fauna; Art. 262 inc. 1 Responsabilidad de funcionarios y empleados públicos; Art. 264 inc. 2 Liberación de energía; Art. 267 Infracción de reglas de seguridad; Art. 269 Delitos culposos de peligro común; Art. 270 Responsabilidad de funcionarios o empleados públicos; Art. 271 Elaboración y comercio de productos químicos y sustancias nocivas; Art. 272 Tráfico de productos químicos y sustancias nocivas; Art. 273 Despacho o comercio indebido de medicinas; Art. 277 Delitos culposos contra la salud pública; Art. 278 Infracción de medidas de seguridad e higiene; Art. 281 Venta o circulación de moneda, estampilla o especies fiscales falsificadas; Art. 286 Supresión, destrucción u ocultación de documentos verdaderos; Art. 288 Uso falso de documento de identidad; Art. 288-A inc. 2 Tenencia y uso indebido de traje o uniforme; Art. 289 Ejercicio ilegal de profesión; Art. 291 inc. 1 Limitaciones indebidas de la libertad individual; Art. 292 Atentados relativos al derecho de igualdad; Art. 294 Atentados relativos al derecho de asociación y reunión; Art. 295 Fraude electoral; Art. 296 Atentados relativos a la libertad de religión; Art. 298 Atentados relativos al derecho de defensa; Art. 299 Registro y pesquisas ilegales; Art. 300 Allanamiento sin autorización

legal; Art. 301 Inviolabilidad de correspondencia; Art. 303 Denuncia o acusación calumniosa; Art. 304 Simulación de delitos; Art. 306 Fraude procesal; Art. 308 Encubrimiento; Art. 309 Omisión del deber de poner en conocimiento de determinados delitos; Art. 310 inc. 4 y 5 Prevaricato; Art. 312 Omisión de aviso; Art. 313 Desobediencia a mandato judicial; Art. 314 Patrocinio infiel; Art. 315 Simulación de influencia; Art. 318-A Favorecimiento culposo a la evasión; Art. 319 Ejercicio violento del derecho; Art. 321 Incumplimiento de deberes; Art. 322 Desobediencia; Art. 323 Denegación de auxilio; Art. 324 Revelación de hechos, actuaciones o documentos secretos por empleado oficial; Art. 326 Peculado por culpa; Art. 329 Exacción; Art. 332 Malversación; Art. 336 Tráfico de influencias; Art. 337 Resistencia; Art. 338 Desobediencia de particulares; Art. 339 Desacato; Art. 342 inc. 1 Proposición, conspiración y apología para cometer rebelión o sedición; Art. 358 Infidelidad en negocios de Estado; Art. 359 Violación de tratados, treguas, armisticios o salvoconductos.

13) Delitos sancionados sólo con pena no privativa de libertad

*Art. 201 Incumplimiento de los deberes de asistencia económica; Art. 205 inc.1 Explotación de la mendicidad; Art. 254 Responsabilidad de funcionarios o empleados públicos en construcciones no autorizadas
Se omiten en esta enumeración, lo delitos menos graves sancionados con pena de multa que también son del conocimiento del mismo Tribunal.*

14) Delitos de acción privada

Conforme al artículo 28 CPP, los siguientes: Los delitos relativos al honor y a la intimidad transcritos en el número cinco; Art. 209 Hurto impropio; Art. 238 Competencia desleal; Art. 239 Desviación Fraudulenta de clientela y Art. 243 Cheque sin provisión de fondos.

15) Delitos conexos con los señalados en los numerales anteriores

Para la determinación de los casos de conexión deberán observarse, en cada caso concreto, las reglas establecidas en el artículo 63 CPP.

Los jueces de sentencia también conocerán del recurso de revisión respecto de los fallos que pronuncien

El recurso de revisión, de conformidad al art.431 CPP, es un instrumento de impugnación que procede contra toda sentencia condenatoria firme, que se interpone ante el tribunal que pronunció la sentencia (433 CPP), por lo que los Tribunales de Sentencia serán competentes para conocer de los fallos que pronuncien.

La vista pública será presidida por uno de los jueces del tribunal de sentencia, en los casos siguientes:

- a) En las causas instruidas por la comisión de delitos menos graves;*
- b) Cuando el delito que se investiga esté sancionado sólo con pena no privativa de libertad; y*

c) *Cuando en la vista pública tiene intervención el tribunal del jurado.*

Del esfuerzo descriptivo realizado tanto en el artículo anterior, como en el presente, es fácil deducir cuáles delitos son del conocimiento de uno de los jueces del tribunal de sentencia.

Cuando un juez de forma unipersonal presida la audiencia de un delito sometido al conocimiento del tribunal del jurado, le corresponderá llevar a cabo la audiencia que permitirá al tribunal del jurado recibir las pruebas de la acusación y las de la defensa del imputado. Una vez emitido el veredicto, el juez será el responsable de adecuar e individualizar la pena de acuerdo a las circunstancias específicas de cada caso concreto.

La decisión del legislador de dejar a cargo a un solo juez, es acertada, primero, por que en estos casos no recae en el juez la tarea de condenar o absolver al imputado (responsabilidad que si tiene el tribunal colegiado en delitos graves) pues lo hará de acuerdo con el veredicto del jurado, y segundo, por que es suficiente un solo juez para realizar la audiencia y para medir la pena a imponer en cada caso concreto. La participación de los tres jueces de sentencia estaría de mas, pues basta que uno de ellos conozca derecho para que fundamente la sentencia que habrá de pronunciar.

El segundo de los argumentos expuestos es también válido para asegurar la acertada decisión del legislador de dejar a cargo de un solo juez el conocimiento de los delitos menos graves y de aquellos que están sancionados sólo con pena no privativa de libertad.

249

Puede deducirse que el criterio general que adoptó el legislador, para definir los delitos que de forma unipersonal conocerán los jueces de sentencia, están sujetos a la menor gravedad del hecho, además de un criterio puramente formal -organizacional-: agilizar los juicios en un mayor número de casos, pues son tres jueces de primera instancia los que pueden conocer a la vez en audiencia pública.

En la práctica tribunalicia, ha resultado complicado agilizar una mayor cantidad de audiencias por la cantidad de casos que llegan a juicio y por limitantes meramente materiales, como lo son la falta de salas para audiencia y la falta de varios secretarios que puedan instalarlas a la vez.

Por último, tanto el tribunal del jurado como el tribunal de sentencia (de acuerdo al tipo de delito) son competentes en los casos en que se siga un procedimiento especial por causa de la inimputabilidad del imputado, la cual deberá ser declarada en juicio, bajo las pruebas científicas correspondientes y se aplicarán, al igual que para imponer una pena, una vez se haya demostrado en el juicio la participación del procesado y la excluyente de responsabilidad que señala el artículo 27 No 4 del Código Penal. Con ello, según NOUBLEAU (Libro de Derecho Procesal Penal, El Salvador 2000) se evita caer

en las anquilosadas teorías del peligrosismo y la seguridad social que propugnaban la imposición de medidas de éste tipo una vez se reunían las calidades, aceptadas como peligrosas, en las personas; por ello, bajo ninguna circunstancia podrán aplicarse medidas de seguridad, con la sola comprobación de un estado mental anormal.

III. JURISPRUDENCIA

250

Interpretación del Art. 53 N°.3 CPP. “Durante el proceso en mención, la disposición legal en referencia fue reformada mediante decreto número 487 de fecha 18 de julio del año dos mil uno, publicado en el Diario Oficial número 144 de fecha 31 de julio del citado año, que establece la competencia de los tribunales de sentencia y que el número 3, comprende los delitos de “Violación y de Otras Agresiones Sexuales”, dicha norma entró en vigencia el día 8 de agosto del citado año. A las dieciséis horas del día veintidós de febrero del año dos mil dos, estando ya en vigencia dicha disposición, el juzgado primero de instrucción de San Miguel dictó el auto de apertura a juicio en el proceso en mención y remitió las actuaciones al tribunal primero de sentencia de esta ciudad, quien en base a los artículos 160, 162 n° 3 y 165 Pn., ordenó día y hora para la realización de la vista pública de la causa, con intervención del tribunal en pleno, basándose en el artículo 53 n° 3 Pr. Pn., reformado. Si bien es cierto, el proceso instruido se inició antes de que se diera la reforma al Art. 53 Pr. Pn., el día que se decretó la apertura del juicio como ya estaba en vigencia la reforma citada, la causa se sometió a conocimiento del tribunal de sentencia en pleno por el delito de otras agresiones sexuales, artículo 160 Pn., con la agravante tipificada en el Art. 162 n° 3 Pn., debido a que los artículos 158 al 162 están comprendidos todos dentro del título IV, capítulo I, DE LA VIOLACIÓN Y DE OTRAS AGRESIONES SEXUALES, de manera que la enunciación del capítulo en referencia es clara.” (*Casación, 30-06-03*)

Competencia en caso de Violación agravada. “Toda norma jurídica, aún aparezca clara, necesita ser interpretada al momento de ser aplicada, a efecto de reducir su abstracción al caso concreto y así determinar el sentido actual de la ley. Nuestro Código Procesal Penal suministra pautas de cómo trata diferenciadamente delitos comprendidos en un mismo capítulo, criterios que no se pueden desconocer, para determinar el alcance, en este caso del art. 53 Pr. Pn., en lo relativo a quien es competente en el caso del delito de Violación Agravada. Para determinar el sentido de la norma del artículo antes citado, podemos partir en un primer nivel de la interpretación gramatical, claro que si se va analizar la norma en ese sentido deberá imperiosamente en su totalidad con ese método gramatical, pues no puede bajo ningún pretexto hacerse en forma fraccionada dicho análisis, es decir aplicarle la interpretación gramatical a unos numerales de esa norma y a otros aplicarles otro método, esto no es permitido [...] la disposición del Art. 53 Pr. Pn., sufre una reforma por Decreto Legislativo número 487, de fecha dieciocho de julio del dos mil uno, el cual fue publicado en el Diario Oficial número 353 T 144, de fecha treinta y uno del julio de dos mil uno e incluye dentro de la competencia del Tribunal de Sentencia Colegiado en su numeral tres la disposición en comentario a los

delitos de violación y de otras agresiones sexuales, es decir, desde una interpretación literal solo incluye única y exclusivamente dos delitos regulados en los Arts. 158 y 160 ambos del Código Penal. Pues desde esa interpretación la ley solo hizo referencia a dos delitos ya antes mencionados, lógicamente no se quiso referir a todos los de ese capítulo; y es que *a contrario sensu*, cuando esa misma norma del art. 53 se ha querido incluir varios o todos los delitos de un mismo capítulo expresamente así lo ha dicho, como sería la situación de algunos numerales del mismo art. 53 Pr. Pn., pues en algunos casos ha incluido todos los delitos de un capítulos en forma completa, verbi gracia, art. 53 N° 2 que comprende “Delitos Relativos a la Libertad Individual” y 4 “Delitos Relativos al Medio Ambiente” Pr. Pn., es decir ha ido el legislador distinguiendo en cada numeral de la norma en comento qué delitos están comprendidos y cuáles no (TS 3°. de San Salvador, 22-07-02).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La Constitución de la República en el artículo 189 dispone que “se establece el jurado para el juzgamiento de los delitos comunes que determine la ley”. Dicho precepto ha motivado a que el legislador ordinario cada vez vaya reduciendo el campo de acción de esta institución, con las constantes reformas que hace a la ley secundaria. No obstante que de la letra del artículo 52 se entiende que por regla general las vistas públicas serán del conocimiento del jurado, esta regla se convierte en excepción, puesto que el catálogo de delitos que le corresponde al tribunal colegiado es sumamente amplio. Precisamente al interpretar de que al jurado le corresponde conocer el juzgamiento de todos los delitos con excepción a los que se le determina al tribunal de sentencia colegiado ha dado lugar a que exista disparidad de opinión en la competencia para juzgar ciertos delitos, al grado tal que un mismo delito puede ser conocido por un tribunal colegiado en un tribunal, mientras que en otro sea sometido a la competencia del jurado.

251

Los casos más ejemplificativos son los delitos contra la libertad sexual, que se encuentran comprendidos en el libro segundo titulo cuarto del Código Penal, cuyo capítulo primero prescribe “De la violación y de otras agresiones sexuales”, porque en la reforma que se hizo al artículo 53 contenida en el decreto legislativo 487 del 18 de julio del 2001, se indicaba que en las causas instruidas por la comisión de los delitos de violación y otras agresiones sexuales conocerán los tribunales de sentencia de forma colegiada.

Si se repara en el titulo cuarto del Código Penal se notará que este tiene por nombre delitos contra la libertad sexual y que el capítulo primero se denomina de la violación y de otras agresiones sexuales, mientras en el contenido de este capítulo, entre los delitos que comprende, existen como delitos individualmente considerados los delitos de violación y otras agresiones sexuales. Por lo que haciendo una interpretación restringida, tal como lo determina el artículo 52 Pr. Pn., es fácil concluir que sólo los delitos de violación y de otras agresiones sexuales corresponden al conocimiento del tribunal colegiado, porque el legislador debió haber dicho que serán

del conocimiento del tribunal de sentencia los delitos relativos a la libertad sexual. No obstante lo antes apuntado, la Sala de lo Penal, aunque no se ha referido de manera específica a este punto, ha expresado que existe claridad en que el legislador no solo se refiere a los delitos de violación y de otras agresiones sexuales sino a todo el capítulo, es decir que el tribunal colegiado también conocerá de los delitos de violación en menor o incapaz, agresión sexual en menor e incapaz, violación agresión sexual agravada. Dado que las decisiones de la Sala, cuando resuelven el Recurso de Casación, tienen como principal propósito la unificación de la jurisprudencia, los Tribunales de Sentencia no deben desconocer dichas resoluciones para producir seguridad jurídica.

54

JUECES DE INSTRUCCIÓN

Los Jueces de Primera Instancia de Instrucción conocerán:

- 1) De la instrucción formal en todos los delitos de acción pública;**
- 2) De la apelación de las sentencias dictadas en los juicios de faltas; y,**
- 3) De los demás asuntos que determine este Código y otras leyes.**

252

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 172 (potestad jurisdiccional del Órgano Judicial), 179 (requisitos para ser juez de Primera Instancia)
- CPP, 28 (acción privada), 265 (finalidad), 267 (función del juez de instrucción), 320 (resolución), 391 (solicitud)
- LOJ, 59 (de los Juzgados de Primera Instancia), 146 (distribución administrativa de los Juzgados de Primera Instancia)
- LMI, 130 (competencia especial en material de menores)

II. COMENTARIO

Para ser juez de instrucción deben reunirse los requisitos establecidos para los jueces de primera instancia en el artículo 179 Cn y 59 LOJ.

En nuestra organización judicial existen 46 Juzgados de Instrucción y 26 Juzgados de Primera Instancia con competencia mixta, que tienen a cargo la instrucción en los

municipios donde no hay jueces de instrucción, los cuales están distribuidos según criterios territoriales y poblacionales de la manera siguiente:

Juzgados de Instrucción: San Salvador 17; Santa Ana 5; San Miguel 4; La Libertad 3; La Paz 3; La Unión 3; Ahuachapán 2, Sonsonate 2; Cuscatlán 2; San Vicente 2; Usulután 2 y Morazán 1.

Juzgados de Primera Instancia Mixta: San Salvador 1; La Libertad 2; Chalatenango 3; Ahuachapán 1; Sonsonate 3; Cuscatlán 1; Cabañas 2; La Paz 1; San Vicente 1; San Miguel 2; Usulután 4; Morazán 2 y La Unión 8.

Las actuaciones previas al juicio tienen una gran importancia en el proceso penal, pues constituyen en la fase del procedimiento toda una ordenación procesal. El que comete un delito muy probablemente habrá tomado con anterioridad precauciones para sustraerse de la acción de la Justicia. Precisamente en razón de los bienes jurídicos que se ventilan en un Proceso Penal, tanto de la sociedad como de los perjudicados u ofendidos y de los inculpados por la comisión de hechos delictivos, se hace necesaria una investigación oficial que exige en muchos casos la adopción de medidas limitativas a derechos fundamentales o la práctica de diligencias que así mismo conlleve restricciones a los mismos. El acusador ha de conocer con exactitud cuáles serán los hechos en que fundamentará su pretensión y, sobre todo, de los medios probatorios de cargo de que podrá valerse para destruir la presunción de inocencia. El acusado, por su parte, podrá preparar en esta fase una adecuada defensa, interviniendo en las diligencias que se practiquen y proponiendo, a su vez, las que considere conducentes. Moreno Catena (op. cit. p.113).

253

En correspondencia con la opinión transcrita anteriormente, el legislador estableció para el juez de instrucción la competencia funcional consistente en preparar la vista pública, mediante la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal o del querellante y preparar la defensa del imputado (art. 265 CPP).

La actividad del Juez Instructor no sólo va encaminada a preparar la vista pública, sino también a otros destinos diferentes a la vista pública, como por ejemplo sobreseer, autorizar conciliaciones, dictar sentencia definitiva en procedimiento abreviado, etc., de lo contrario, si sólo se tratara de preparar el juicio, en todos los casos tendría que admitir la acusación como vía única de acceder al juicio.

Por lo que se puede afirmar que esta fase tiene dos partes esenciales:

- a) La de investigación, por medio de la cual los sujetos procesales realizan labores de investigación.
- b) La contradictoria, que se da durante la audiencia preliminar, donde se entabla ineludiblemente la contradicción de los elementos probatorios que

eventualmente conllevan al fiscal a reafirmar la acusación y al defensor pretender la absolución o sobreseimiento.

El juez de instrucción tendrá tres días, después de recibidas las actuaciones del juzgado de paz, para dictar auto de instrucción; posteriormente, coordinará la investigación del hecho contenido en el requerimiento, procurando la mayor colaboración posible entre la Fiscalía General de la República, la policía, las partes y las autoridades judiciales (art. 267 CPP).

No se debe dictar sobreseimiento al momento de recibir las diligencias del juez de paz, aunque en ese momento no sean suficientes los elementos de prueba que se hayan recabado, pues debe dársele la oportunidad al fiscal que investigue hasta que se celebre la audiencia preliminar, donde con más seguridad, se dictará sobreseimiento o se ordenará el juicio.

La misma norma establece que, cuando sea necesario realizar actos irreproducibles fuera del área de competencia del juez, él se podrá constituir en cualquier lugar del territorio nacional, y si ello no es posible, encomendárselos a la autoridad judicial correspondiente. La extensión de competencia a la que hace referencia este precepto es territorial, a la cual nos referiremos en el capítulo correspondiente.

254

Como se dijo, las funciones del Juez de Instrucción son muchas y puede durante la instrucción, recibir declaración indagatoria o su ampliación, conocer de excepciones planteadas, adoptar las medidas cautelares, sustituir la detención provisional y, por último, celebrar la audiencia preliminar donde deberá resolver las cuestiones establecidas en el artículo 320 CPP.

1) *De la instrucción formal en todos los delitos de acción pública*

El juez de instrucción conoce de todos los delitos, incluyendo los delitos de acción penal pública, como los delitos dependientes de instancia particular, excepto de los de acción privada establecidos en el artículo 28 CPP, de los que conoce el juez de sentencia, y de las faltas, establecidas de los arts. 371 al 403, de las que conoce el juez de paz. Además le corresponde instruir los delitos contenidos en la Ley de Lavado de Dinero, Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y Ley del Contrabando de Mercaderías y de la Defraudación de la Renta de Aduanas.

2) *De la apelación de las sentencias dictadas en los juicios de faltas*

El juicio de faltas establecido en los artículos 391 al 396 es realizado por el juez de paz; su resolución es apelable para ante el juez de instrucción, quien resolverá por mérito de autos de conformidad al artículo 395 CPP.

La tramitación de la apelación en estos casos tiene sus propias singularidades, pues el plazo se reduce a tres días; no se emplaza al apelado y no se permite el ofrecimiento de prueba.

3) *De los demás asuntos que determine este Código y otras leyes*

Como se dijo anteriormente, durante la instrucción el juez podrá recibir declaración indagatoria (art. 269 CPP) o su ampliación, anticipo de prueba (art.270 CPP), conocer de excepciones planteadas (art. 277 CPP), determinación o revisión de medidas cautelares (art. 306 CPP), entre otras facultades decisorias.

Además, nuestro Código establece puntuales competencias, así por ejemplo: a) ordenar la reapertura de un proceso cerrado por el juez de paz dictando sobreseimiento o archivo, mediando solicitud del interesado directamente al juez instructor, art. 257 inciso tercero. b) conocer por delegación de la Corte Suprema de la investigación de hechos cuando el imputado es Juez de Paz y se instruye antejuicio, art. 386 inciso primero parte final. c) conocer de excusas o recusaciones planteadas contra un juez de paz, art. 75 inciso segundo. d) es el único que puede (a petición o de oficio) solicitar prórroga del plazo de instrucción a la Cámara respectiva, art.275 y e) conoce de las denuncias por demora en trámite instadas contra un juez de paz, art. 161 inciso primero.

255

Otra competencia del juez de instrucción es que, en los lugares donde no hubiere dependencias de la Fiscalía General de la República, mientras estos no se crean, tendrán competencia especial para practicar las primeras diligencias de investigación en los delitos cometidos por personas sujetas a la Ley del Menor Infractor, en un plazo no mayor de setenta y dos horas, dentro del cual las deberán enviar al juez de menores competente, quien dará aviso a la Fiscalía General de la República para que continúe la investigación (art. 130 Ley del Menor Infractor).

El procedimiento especial de menores tiene como fin comprobar el actuar antijurídico de los menores para el único efecto de imponer medidas educativas, que permitan la reinserción social de los mismos.

Para cumplir dicho cometido, existe ya un derecho, principios, normas, leyes de procedimiento y ejecución, convenciones internacionales, así como jueces y tribunales con competencia especial y reservada en estas materias, por lo que la participación del juez de paz y de instrucción, encomendada en el art. 130 de la Ley del Menor Infractor, deberá entenderse, como mero auxilio judicial, y no deberá tomarse como competencia de carácter penal, aunque la actuación de estos jueces sea tendiente a comprobar la actuación antijurídica del menor, pues lo hará eventualmente a falta de la Fiscalía General de la República y bajo la estricta observancia del derecho de menores.

En estos casos sólo se tienen setenta y dos horas para emitir resolución, tiempo que resulta difícil cumplir cuando, por lo general, los menores no portan documento de identidad que acredite su minoría de edad para determinar si efectivamente es una de las personas sujetas a régimen especial, por lo que deberá ordenarse al Instituto de Medicina Legal practique peritaje de edad media o presumirla de conformidad con lo establecido en el artículo 7 LMI. Deberá asimismo librar los oficios correspondientes a la Fiscalía General de la República, a la Procuraduría General de la República, a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y principalmente resolver sobre el resguardo o entrega del menor.

55

JUECES DE PAZ

Los Jueces de Paz conocerán:

1) Del control de las diligencias iniciales de investigación y la realización de la audiencia inicial;

256 2) Del juzgamiento por faltas; y,

3) De los demás asuntos que determine este Código y otras leyes.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 172 inc.1 (potestad jurisdiccional del Órgano Judicial), 175 (constitucionalidad de los Juzgados de Paz), 180 (requisitos para ser juez de paz), 182 No.9 (nombramiento de los jueces de paz), 187 inc.1 (propuesta de candidatos a jueces de paz), 239 inc.2 (responsabilidad por delitos oficiales)
- CP, 200 (violencia intrafamiliar), 338-A (desobediencia en caso de violencia intrafamiliar), 373-403 (faltas relativas a la vida, a la integridad y a la libertad personal, al patrimonio, a la familia, buenas costumbres y al decoro público, al orden y tranquilidad pública, al respeto de los difuntos)
- CPP, 256 (resolución), 267 (función del juez de instrucción), 270 (anticipo de prueba), 379 (prueba y resolución), 391-396 (del juzgamiento por faltas)
- LOJ, 22 (distribución administrativa de los jueces de paz), y 146 (división territorial de los juzgados de paz)
- CPC, 27 (práctica de diligencias judiciales fuera del territorio del tribunal)
- LMI, 130 (competencia especial en material de menores)

- LVI, 5 (competencia especial del juez de paz en materia de violencia intrafamiliar), 7 (medidas de protección), 16 (aportación de pruebas en procedimientos penales) y 20 (competencia en materia de violencia intrafamiliar)
- DECRETO 771 de 1999, 1, 2, 5, 6 y 8 (competencia del juez de paz en materia de tránsito)
- LRARD, 66 (diligencias de decomiso, destrucción y revisión de drogas), 67 (destrucción judicial de drogas), 68 (comiso) y 69 (disposición judicial de bienes)
- LCLDA, 24 (secreto bancario), 25 (incautación de documentos bancarios financieros o mercantiles)

II. COMENTARIO

Para ser juez de paz deben reunirse los requisitos establecidos en los artículos 180 Cn y 43 LOJ, en los que principalmente destaca el requisito de ser abogado de la República. Sólo en casos excepcionales el Consejo Nacional de la Judicatura podrá proponer para el cargo de Juez de Paz, a personas que no sean abogados, pero en estos casos el período de sus funciones será de un año.

La Corte Suprema de Justicia es la que determina el número de jueces de paz que habrá en los diferentes municipios de la República, a la fecha son 322 jueces de paz en toda la República. De conformidad al artículo 146 LOJ, los Juzgados de Paz están distribuidos de la siguiente forma:

San Salvador 41; Chalatenango 47; Usulután 29; Morazán 27; La Libertad 26; San Miguel 25; La Paz 23; La Unión 20; Cuscatlán 18; Santa Ana 18; Sonsonate 17; San Vicente 16; Ahuachapán 14 y Cabañas 11,

Cuando en un municipio hay igual número de jueces de paz y jueces de primera instancia que conocen de lo penal (hoy de instrucción y algunos de Primera Instancia con competencia mixta), los jueces de paz remitirán los procesos a aquel que tenga el mismo número (art. 22 LOJ).

En el caso de los Juzgados de Paz en que por el número que le corresponda no tuviere juzgado de primera instancia con número igual, la remisión la harán a los juzgados de primera instancia del Ramo penal comenzando por el primero, y así ordenadamente según el ingreso de recibo de la causa en el tribunal (art. 22 LOJ).

Conforme a la nueva normativa penal, los jueces de instrucción son jueces de primera instancia penal; no obstante, donde no hay juez de instrucción le corresponde conocer a los jueces de primera instancia con competencia mixta.

El juez de paz es un juez de primera instancia que tiene como competencia funcional conocer de la fase Inicial del proceso en todos los delitos de acción penal pública y de instancia particular determinados en el Código Penal y en las leyes especiales como la Ley de Lavado de Dinero y Activos, la Ley Reguladora de la Actividades Relativas a las Drogas y la Ley contra el Contrabando de Mercaderías y de la Defraudación de la Renta de Aduanas, según se explicará posteriormente cuando se desarrolle el tema de la competencia material.

Además, tiene la competencia funcional de sentenciar de forma definitiva en el caso de aplicarse los supuestos del procedimiento abreviado de acuerdo con el artículo 379 CPP.

Los jueces de paz conocerán:

1) *Del control de las diligencias iniciales de investigación y la realización de la audiencia inicial*

- A) Se refiere al control que debe realizar el juez de paz de las diligencias iniciales de investigación por parte de la Fiscalía General de la República y la Policía Nacional Civil, ya que, por un lado, dichas diligencias fundamentan el contenido del requerimiento fiscal y, por el otro, se debe verificar que en dichas diligencias se cumplan las garantías procesales y los derechos fundamentales del imputado.
- B) El juez de paz debe realizar, principalmente, las funciones siguientes:
- a) Participar en la realización de prueba anticipada según lo prescrito por el artículo 270 CPP;
 - b) Convocar y dirigir el desarrollo de la audiencia inicial; y,
 - c) Resolver el contenido del requerimiento conforme al artículo 256 CPP.

258

Funciones que no se explican a profundidad en este capítulo por ser materia de fundamental desarrollo en el capítulo correspondiente a la fase inicial del proceso.

Especial consideración merece la interpretación del artículo 239 de la Constitución que establece: “por los delitos oficiales o comunes que cometan los miembros de los Consejos Municipales, responderán ante los jueces de Primera Instancia correspondientes” bajo una interpretación literal de este artículo, el Juez de Paz sería incompetente para controlar las primeras diligencias de investigación y la realización de la audiencia inicial conforme al artículo 254 CPP. No obstante, como se dijo anteriormente, el juez de paz en la nueva normativa penal, es un juez de primera instancia y por lo tanto, en estos casos, también es competente para conocer de la fase inicial antes enunciada.

En este mismo sentido se ha expresado la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias por conflictos de competencia negativa suscitados entre el Juez de Paz e Instrucción de San Luis Talpa en el procesamiento de un Alcalde Municipal por el delito de Actos Arbitrarios en perjuicio de varios ofendidos, como la del 14 de enero dos mil, y las sentencias emitidas a la nueve y a las diez horas del día 24 de febrero del mismo año.

Acertada es la interpretación de dicho tribunal y por la importancia de lo resuelto para todos los jueces, se transcribe:

“D.- En síntesis, puede colegirse que, la interpretación constitucional no se encuentra únicamente vinculada por elementos normativos sino también por los condicionamientos sociales, económicos, culturales y políticos de una determinada comunidad y en un determinado tiempo, de los cuales el interprete no puede sustraerse. Es por ello que, la interpretación constitucional constituye una labor sumamente creativa, a través de la cual se logra la plena y efectiva adecuación de la Constitución a tales realidades. La interpretación constitucional, pues, no es una labor retórica sino un instrumento que actualiza y vitaliza la Constitución, que por encima de la mera indagación del contenido de preceptos es - ocupando una frase de Hesse- una “empresa para hacer justicia al tiempo histórico, y a las diferencias sobrevenidas en las condiciones de la vida.”

Habiéndose señalado que la interpretación que se haga de las normas constitucionales necesariamente tiene que lograrse siempre en función del estudio de las realidades concretas a las cuales se van a aplicar las normas, resulta indispensable realizar algunas acotaciones acerca de la realidad penal, específicamente en lo relativo a la estructura del órgano jurisdiccional y régimen de la acción, a efecto que la interpretación que haga este Tribunal de la disposición en cuestión se acomode a tal realidad...

259

En cuanto al Órgano jurisdiccional, es necesario precisar que su estatuto recibe en la Constitución una conformación especial, tomando en cuenta que los tribunales que integran el Órgano Judicial cumplen una función peculiar y propia: la aplicación del derecho con criterio técnico-jurídico a la solución de conflictos mediante resoluciones que ostentan la nota de irrevocabilidad por los otros órganos estatales.

Dicho estatuto está constituido, entre otros, por el principio de independencia e imparcialidad regulados en los incisos 3º del artículo 172 y 5º del artículo 186 de la Constitución, y que son a su vez, regulados por el artículo 4 del Código Procesal Penal. Precisamente, la independencia y la imparcialidad constituyen las notas insoslayables que legitiman la actividad judicial en el moderno Estado de Derecho y sin las cuales no podría hablarse de una verdadera jurisdicción; ya que -como expresa Juan Montero Aroca en su *Introducción al Derecho Procesal*- “un órgano (judicial) no independiente, no ejerce jurisdicción.”

Ciertamente, sólo la ausencia de subordinación del juez o magistrado a otro poder jurídico o social que no sea la Constitución y las leyes -entendiendo por “leyes” no cualesquiera disposiciones infraconstitucionales, sino sólo aquellas que resulten conformes

con la Constitución como consecuencia del examen de constitucionalidad al que sean sometidas según el artículo 185 de la Constitución- puede asegurar la pureza de los criterios técnicos-jurídicos que van a resolver los conflictos.

De tal suerte puede indicarse que, la única manera en que la jurisdicción puede cumplir con la misión que le es propia, la de interpretar y aplicar el derecho a los casos concretos, es si los miembros que integran el Órgano Judicial son independientes e imparciales. En otras palabras, la Constitución concibe que la justicia sólo puede lograrse si los encargados de administrarla son independientes e imparciales, ya que tal como lo sostiene Alexander Hamilton: “una vez destruida la independencia de los jueces, la constitución se esfuma. Es letra muerta” (Remarks on the Repeal of the Judiciary Act.)

En aras a garantizar jueces independientes e imparciales en el proceso penal se prevé la participación de tres distintos funcionarios judiciales en la primera instancia. Así pues, se regula la distribución de las diversas etapas del proceso penal, asignándole al Juez de Paz el control de las diligencias iniciales de investigación y el conocimiento del requerimiento fiscal en la audiencia inicial (arts. 55, 353 y ss. CPP), la función de dirigir la instrucción y el control del resultado de la investigación mediante la instauración de la audiencia preliminar, a cargo del Juez de Instrucción (arts. 54, 315 y 55 CPP) y la de enjuiciamiento y decisión, a los Jueces de Sentencia o en su caso del Tribunal del Jurado (arts. 52 y 53 CPP).

260

En ese marco, a fin de evitar el prejuiciamiento y que el imputado sea juzgado por un órgano falto de imparcialidad, se pretende que al juez que instruya le esté vedada la posibilidad de conocer del juicio oral...

Teniendo presente las apreciaciones técnico-jurídicas expuestas en los acápites que anteceden, corresponde ahora clarificar el sentido actual del inciso 20 del artículo 239 de la Constitución, el cual a la letra reza así: “ Los Jueces de Primera Instancia, los Gobernadores Departamentales, los Jueces de Paz y demás funcionarios que determine la ley, serán juzgados por los delitos oficiales que cometan por los tribunales comunes, previa declaratoria de que hay lugar a formación de causa, hecha por la Corte Suprema de Justicia. Los antedichos funcionarios estarán sujetos a los procedimientos ordinarios por los delitos y faltas comunes que cometan.— *Por los delitos oficiales o comunes que cometan los miembros de los Consejos Municipales, responderán ante los Jueces de Primera Instancia correspondientes.*”

La debida comprensión de la disposición en cuestión obliga a este Tribunal a recurrir a sus antecedentes históricos. En las versiones taquigráficas de las discusiones de la Comisión de Estudio del Proyecto del Proyecto de Constitución de 1983 aparece que la incorporación del inciso segundo del artículo 239 -que era el artículo 213 al momento de la discusión en el seno de la mencionada comisión- se justificó como una regla especial de competencia territorial en materia procesal penal para el procesamiento de los miembros de los Consejos Municipales en atención a que -como lo expusieron los constituyentes Héctor Tulio Flores, Julio Adolfo Rey Prendes, y Manuel Mártir Noguera- tales miembros son funcionarios de elección popular.

En efecto, se deduce claramente que era intención de los diputados constituyentes otorgar lo que ellos denominaban un *fuero especial* a los miembros de los Consejos Municipales, con el propósito de evitar que el Juez de Paz de un municipio conociera de los delitos cometidos por los miembros del Consejo Municipal de ese municipio, ya que -a decir del diputado constituyente Mártir Noguera- algunas veces se instrumentalizaba al Juez de Paz para denunciar o acusar a los miembros del Consejo Municipal.

Al respecto, son bien ilustrativas las palabras del constituyente Mártir Noguera quien manifiesta: "...yo creo que si podremos darle un fuero especial, más que todo en los delitos comunes que generalmente en las ligas políticas surgen entre los Jueces de Paz de un pueblo y los alcaldes o la persona que ha salido electa como Alcalde o miembro del Consejo Municipal, y en ese sentido me permito proponerles a ustedes que podríamos incluir en el segundo inciso en el 213, manifestando que los miembros de los Consejos Municipales estarán sujetos a los procedimientos ordinales de los delitos que cometan, cuyas primeras diligencias esencialmente tendrán que ser iniciadas por el Juez de Primera Instancia respectivo o competente; es decir, quitarle, precisamente, la iniciación de un procedimiento de oficio al Juez de Paz cuando se refiera a los miembros del Consejo Municipal de ese municipio."

En perspectiva con lo anterior, puede afirmarse que con tal regla de competencia territorial se pretendía que el Juez de Paz no conociera de los delitos comunes cometidos por los miembros de los Consejos Municipales de ese municipio; quedando su competencia circunscrita a realizar las primeras diligencias de investigación a solicitud del Juez de Primera Instancia. Y es que, como puede desprenderse de tales documentos, en la realidad penal de aquél momento, por una parte, los Jueces de Paz podían iniciar de oficio la acción penal y, por otra, tales funcionarios no eran legos en derecho. Así pues, esta regla especial de competencia territorial se justificó por tales realidades imperantes al momento en que los diputados constituyentes sancionaron la vigente Constitución de la República...

261

En tal sentido, corresponde determinar el significado actual de la expresión *Jueces de Primera Instancia*, contenida en el inciso 20 del artículo 239 de la Constitución, a partir de la reforma penal a la que se ha hecho referencia en los párrafos que anteceden.

Partiendo de la idea que la primera instancia en el proceso penal, está configurada de tal manera que en la misma intervienen tres funcionarios judiciales en sus correspondientes etapas procesales, fácilmente puede inferirse que la expresión "Jueces de Primera Instancia", hace referencia a todos los funcionarios judiciales que participan en el desarrollo de la misma. En otras palabras tal acepción se refiere tanto a los Jueces de Paz, como a los de Instrucción y a los de Sentencia, por cuanto todos éstos forman parte de la primera instancia. Así pues, siendo que el Juez de Paz forma parte de la primera instancia, es dicho funcionario a quien legalmente le compete conocer y pronunciarse sobre el requerimiento fiscal, ya sea mediante la realización de audiencia inicial o mediante resolución con vista de requerimiento en los casos previstos en el inciso 20 del artículo 239 de la Constitución".

2) *Del juzgamiento por faltas*

Las faltas son las establecidas en el Código Penal, del artículo 373 al 403, y son de competencia exclusiva del juez de paz.

La ley penal sólo se aplica a las faltas cometidas al territorio nacional (art. 371 CPP No. 1), por lo que los criterios de extensión explicados en el artículo 48 CPP no son válidos para las faltas.

El procedimiento que el juez de paz tiene que aplicar en el caso de las faltas es el establecido en los artículos 391 al 396.

Las faltas solo se sancionarán si fueren consumadas, art. 371 No. 2 CP, lo cual implica que, bajo ninguna circunstancia se admiten las faltas en grado de tentativa conforme a la regla prevista en el art. 24 CP.

De las faltas solo responderán los autores, es decir, que de los grados de autoría regulados en el art. 32 y ss. CP, no pueden responder por falta los instigadores y cómplices.

262 La resolución del juez de paz es apelable y conocerá en segunda instancia el juez de instrucción competente. Esta posibilidad de que conozca en segunda instancia el juez de instrucción no lo convierte en un juez jerárquicamente superior al de paz, ya que en el conocimiento de delitos, el juez de paz es constitucionalmente independiente de realizar su función encomendada como un juez de primera instancia, pero de la fase inicial. La validez de sus actuaciones en el proceso así lo determinan, pues del recurso de apelación conoce un tribunal de segunda instancia.

3) *De los demás asuntos que determine este Código y otras leyes*

A) Competencia por Ley del Menor Infractor

En materia de menores, la intervención del juez de paz resulta ser excepcional, ya que en los lugares donde no hay dependencia de la Fiscalía General de la República, mientras éstas no se crean, compete a dicho funcionario realizar las primeras diligencias de investigación, en un plazo no mayor de setenta y dos horas, dentro del cual las deberá enviar al juez de menores competente, quién dará aviso a la Fiscalía General de la República para que continúe la investigación (art. 130 LMI).

Como se dijo en el comentario de las competencias del juez de instrucción, la participación del juez de paz y de instrucción, encomendadas en el art. 130 de la Ley del Menor Infractor, deberá entenderse como mero auxilio judicial, y no deberá tomarse

como competencia de carácter penal, aunque la actuación de estos jueces sea tendiente a comprobar la actuación antijurídica del menor, pues lo hará eventualmente a falta de la Fiscalía General de la República y bajo la estricta observancia del derecho de menores.

B) Competencia por Ley de Violencia Intrafamiliar

Aunque no es una ley de carácter penal, es importante mencionar la Ley de Violencia Intrafamiliar, ya que en los artículos 5 y 20 establece que su aplicación corresponde al juez de familia y al juez de paz.

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley, las medidas de protección pueden ser emitidas por un juez de paz para prevenir, sancionar y erradicar diferentes formas de violencia intrafamiliar, ordenándole a la persona agresora que se abstenga de hostigar, perseguir, provocar, intimidar, amenazar o realizar formas de maltrato en contra de las víctimas de violencia intrafamiliar, entre otras. Si el hecho constituyere delito y se hubiere detenido a una persona en flagrancia, deberá ponerse a la orden del tribunal correspondiente, el juez de paz tendrá que detenerlo por el término de inquirir y pedirle a la Fiscalía General de la República que presente el respectivo Requerimiento Fiscal, para iniciar el respectivo procedimiento penal.

Si en el transcurso del procedimiento de violencia intrafamiliar, el juez de paz estableciera que se trata de un delito de violencia intrafamiliar, determinado en el art. 200 CP, o de desobediencia establecido en el artículo 338-A CP, u otro delito, deberá suspender el procedimiento y certificar lo realizado a la Fiscalía General de la República para que ésta presente el requerimiento fiscal correspondiente.

263

La Fiscalía General de la República tiene obligación de investigar y aportar pruebas en los procedimientos penales que se inicien en los Juzgados de Paz correspondientes (art. 16 LVI).

C) Competencia en auxilio judicial

Además, de conformidad con lo establecido en los artículos 27 CPC y 267 CPP, al juez de paz pueden delegársele diligencias por otro juez; primero: por un juez superior o igual que necesite cualquier diligencia fuera del territorio para el cual es competente, por provisión o requisitoria, respectivamente, lo cual es una norma de carácter supletorio, vigente en el Código de Procedimientos Civiles y no regulada en el Código Procesal Penal; y segundo: por el juez de instrucción, cuando a este no le sea posible trasladarse al lugar que está fuera del área de su competencia, donde habrá de realizar actos irreproducibles, por lo que, en la práctica judicial, algunos jueces opinan que no deben realizar las diligencias que le delegue otro juez de la misma jurisdicción, sino sólo cuando se trata de una jurisdicción distinta.

D) Competencia en materia de tránsito

Mediante Decreto Legislativo número No. 771 del 24 de noviembre de 1999, a partir del primero de enero del año dos mil, de conformidad con los artículos 1 y 2, si se tratare de deducir acciones penales, los jueces de paz tienen competencia de conocer de la audiencia inicial.

Los procesos penales iniciados a partir del 20 de abril de 1998, que a la vigencia de este decreto estén siendo tramitados por los juzgados de paz, continuarán siendo conocidos por ellos mismos hasta su terminación, siguiendo el procedimiento establecido en la ley con la que se iniciaron.

Los procesos derivados de accidentes de tránsito, iniciados antes del veinte de abril de 1998, continúan siendo tramitados por el tribunal que conocían en ese entonces, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley Especial de Accidentes de Tránsito.

E) Competencia por Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas

264 La ley relativa a las drogas es una ley penal especial, que tipifica delitos y establece procedimientos especiales para regular las actividades ilícitas relacionadas con las drogas.

El conocimiento de los delitos por el juez de paz esta condicionado a las reglas del procedimiento común establecido en el Código Procesal Penal, no obstante el juez de paz que conoce de las diligencias iniciales de investigación, principalmente, debe observar reglas especiales de su competencia establecidas en la Ley de drogas, como son las diligencias de decomiso, destrucción y remisión de las drogas establecidas en los artículos 66, 67, 68 y 69 de dicha Ley.

En cuanto a la destrucción de la droga, muchos jueces han optado por no destruirla, pues, por el poco espacio de tiempo que dura la fase inicial en los juzgados de paz, es difícil que las pericias sobre calidad y cantidad estén de forma rápida, por lo que lo ideal en estos casos es que sean los jueces de instrucción los que ordenen la destrucción de las mismas.

Muchas veces la droga es requerida en juicio por los jueces y tribunales de sentencia, con el objeto de cumplir con el principio de inmediación de la prueba, por lo que es facultativo del juez de paz o de instrucción su eventual destrucción, dependiendo de la seguridad y la conservación de las drogas, pues puede tratarse de bienes percederos o simplemente contaminantes; en todo caso, tendrán que cumplirse los requisitos de prueba anticipada, establecidos en el art. 270 CPP, para la introducción de elementos probatorios en juicio.

F) Competencia por Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos

Esta ley es una ley penal especial, que tipifica delitos y establece procedimientos especiales para prevenir, detectar, sancionar y erradicar el delito de lavado de dinero y activos, así como su encubrimiento.

El conocimiento de los delitos por el juez de paz está condicionado a las reglas del procedimiento común establecido en el Código Procesal Penal; no obstante, el juez de paz que conoce de las diligencias iniciales de investigación, principalmente, debe observar, reglas especiales de su competencia establecidas en dicha ley, como son las de solicitar información bancaria, incautar o requerir la presentación de documentos u ordenar el congelamiento de cuentas bancarias; el secuestro preventivo de los bienes del imputado, mientras transcurre la investigación o proceso respectivo, de conformidad con lo establecido en los artículos 24 y 25 de dicha Ley.

G) Competencia por Ley del Contrabando de Mercancías y de la Defraudación de la Renta de Aduanas

Esta ley es una ley penal especial que tipifica delitos y faltas, así como procedimientos especiales para reprimir las acciones u omisiones por las cuales la importación o exportación de mercaderías escapan a la correspondiente intervención aduanera, causando o pudiendo producir perjuicios económicos a la Hacienda Pública.

265

El conocimiento de los delitos por el juez de paz está condicionado a las reglas del procedimiento común establecido en el Código Procesal Penal; no obstante, el juez de paz que conoce de las diligencias iniciales de investigación, principalmente, debe adecuar la interpretación de dicha ley promulgada en agosto de 1961 a la Constitución de 1983 y a la nueva normativa penal vigente a partir del 20 de abril de 1998.

Por último, no debe olvidarse que el juez de paz, por Ley Orgánica Judicial, tiene competencias civiles y mercantiles de menor cuantía. Además, conoce de las conciliaciones civiles y familiares determinadas en el Código de Procedimientos Civiles y la Ley de procedimientos familiares, pero, por escapar de la competencia penal, no se hace un desarrollo de las mismas.

55-A

JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Y DE EJECUCIÓN DE LA PENA

Corresponde a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena:

- 1) **Vigilar y garantizar el estricto cumplimiento de las normas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad;**
- 2) **Vigilar y garantizar el respeto de los derechos de toda persona mientras se mantenga privada de libertad por cualquier causa; y,**
- 3) **Cumplir con las atribuciones que le señala la Ley Penitenciaria. (2)**

I. CONCORDANCIAS

266

- Cn, 172 (potestad jurisdiccional del Órgano Judicial), 179 (requisitos para ser juez de Primera Instancia)
- CPP, 22 (suspensión condicional del procedimiento), 23 (reglas), 24 (revocatoria), 25 (suspensión del plazo de prueba)
- CP, 27 No. 4) y 5) (excluyentes de responsabilidad), 37 (principio y alcance de la responsabilidad de los partícipes), 47-61 (de las penas en particular y adecuación de las penas, 77 (suspensión condicional de la ejecución de la pena), 84 (suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena), 85 (libertad condicional), 93-95 (medidas de seguridad) y 109 (concepto y trámite)
- LP, 35 (competencia de los jueces de vigilancia Penitencia), 36 (creación y organización de juzgados penitenciarios), 37 (atribuciones del juez de vigilancia penitenciaria), 44 (cómputo), 45 (quejas judiciales), 46 (incidentes) y 129 1º, 2º, 3º (medidas disciplinarias)
- LOJ, 59 (de los Juzgados de Primera Instancia), y 146 (división territorial de juzgados de primera instancia)
- D.L. 260 de 1998 1-7 (creación de juzgados de primera instancia penal)
- D.L. 262 de 1998 1 7 (creación de juzgados y tribunales)

II. COMENTARIO

Los juzgados de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena son juzgados unipersonales de primera instancia, constituidos por un juez que debe reunir los requisitos que se exigen para ser juez de primera instancia (arts. 179 Cn y 59 LOJ).

El juez de vigilancia penitenciaria tiene carácter jurisdiccional y como uno de sus cometidos esenciales tiene la protección y tutela de los derechos fundamentales de los internos, debiendo impedir, en todo momento, el sometimiento de los mismos a actividades y sanciones prohibidas por la ley.

También participa durante toda la vigencia de la relación jurídica penitenciaria.

Su competencia material es propia y exclusiva, es decir, no es delegada por otro tribunal o juez que haya dictado sentencia, sino es una potestad jurisdiccional y soberana concedida por ley, mediante la cual le corresponde ejecutar la pena impuesta.

De conformidad al artículo 36 de la Ley Penitenciaria y 146 de la ley Orgánica Judicial, existen 10 jueces de vigilancia penitenciaria y ejecución de la pena distribuidos de acuerdo a la existencia de centros penales en los diferentes municipios del territorio de la República, de la siguiente forma:

San Salvador 2; Santa Ana 2; San Miguel 2; La Libertad 1; Cuscatlán 1; San Vicente 1 y Usulután 1. D.L. No. 261 del 26 de marzo de 1998. P.D.O. No. 62 Tomo No. 338 del 31 de Marzo de 1998.

La competencia de dichos jueces también está definida de acuerdo a los asuntos de su competencia que hayan sido tramitados en determinados tribunales, es decir, por el origen de la sentencia que se deba ejecutar, según la determinación territorial regulada por los decretos legislativos No. 261 y 262 de marzo de 1998, publicados en el Diario Oficial No. 62 Tomo 338 del 31 de marzo de 1998.

267

- 1) *Vigilar y garantizar el estricto cumplimiento de las normas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad*

Esta es una competencia objetiva esencial, con carácter general.

Con respecto a las penas, se refiere a las penas en general, incluyendo las principales y accesorias establecidas en los artículos 58 al 61 y 47 al 57 CP, respectivamente, así como al control de las sanciones penales que no impliquen privación de libertad (art. 37 CP).

En cuanto a las medidas de seguridad, se refiere a las establecidas en los artículos 93 al 95 CP.

La legislación salvadoreña solo contempla tres medidas de seguridad: internación, tratamiento médico ambulatorio y vigilancia, incluyendo esta última la restricción domiciliaria y la imposición de normas de conducta o controles periódicos.

Las medidas de seguridad pueden imponerse, aunque es potestativo del juez, a las personas a quienes se les apliquen las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal No. 4) y 5) del art. 27 del CP.

Si procede alguna de las medidas de seguridad, al juez de vigilancia penitenciaria le corresponderá imponer reglas de conducta, controles periódicos o restricción domiciliaria, según el caso; y según su desarrollo, concederá la suspensión de la medida o su salida del centro asistencial.

- 2) *Vigilar y garantizar el respeto de los derechos de toda persona mientras se mantenga privada de libertad por cualquier causa*

Esta es otra competencia objetiva esencial, con carácter general.

El juez de vigilancia penitenciaria deberá observar el cumplimiento del *principio de afectación mínima*, establecido en el artículo 8 LP, que consiste en que las medidas disciplinarias no contendrán más restricciones que las necesarias para conservar la armonía, la seguridad y la vida interna del centro.

268 Además de los derechos establecidos en la Constitución, deberán asegurarse los derechos de los internos, establecidos en los artículos 9, 10, 11 y 12 LP.

Si el interno está sometido a detención provisional, conservará los derechos y facultades constitucionales y los previstos en la LP; en consecuencia, no es posible obligarlo a realizar otras actividades penitenciarias que aquellas tendientes a preservar la finalidad de su detención.

- 3) *Cumplir con las atribuciones que le señala la Ley Penitenciaria*

El art. 37 de la Ley Penitenciaria amplía las competencias que el CP atribuye al juez de vigilancia penitenciaria, de las cuales se pueden mencionar las siguientes:

- a) Conceder y revocar la libertad condicional, imponiendo las condiciones y normas de conducta de la misma (arts. 85 y ss. CP).
- b) Conocer de los incidentes de rehabilitación de los penados por delito (art. 109 CP).
- c) Realizar el cómputo de las penas (art.44 LP, 48 CP).
- d) Resolver las quejas o incidentes que formulen los internos sobre las materias determinadas por la Ley (arts. 45, 46 y 129 1º, 2º, y 3º LP).

De conformidad al art. 46 LP el juez de vigilancia penitenciaria debe acordar la suspensión de la ejecución de la pena (arts. 77 y 84 CP) o controlar las condiciones del procedimiento (arts. 22, 23 y 24 CPP; 77 CP).

Además, puede convertir la pena de multa e imponer sanciones administrativas consistentes en internamiento en celda individual bajo las limitantes y requisitos establecidos por la Ley.

- e) Decretar la extinción de la pena (art. 95 y 96 CP) y, en su caso, ordenar la excarcelación o la salida del centro correspondiente si se tratare de medidas de seguridad.
- f) Ordenar la excarcelación para los periodos de prueba cuando se trata de suspensión de la pena.

Existen otras obligaciones como las de visitar periódicamente los centros, hablar con los reos y asegurarse de que no existan personas retenidas ilegalmente, entre otras.

Por último, es importante señalar que aunque el CPP no lo establezca, la LP establece que habrá Cámaras de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, las cuales se limitan a conocer de los recursos de apelación que se formulen contra las resoluciones de los jueces de vigilancia penitenciaria. Según Decreto Legislativo No. 262, antes citado, las Cámaras de lo Penal allí señaladas son las competentes de conocer de las impugnaciones contra las decisiones de los jueces de vigilancia y de ejecución de la pena.

56

NULIDAD

La inobservancia de las reglas sobre la competencia por razón de la materia producirá la nulidad de los actos, excepto los que sea imposible repetir.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 15 (derecho al juez predeterminado por la ley), 172 (potestad jurisdiccional del Órgano Judicial)
- CPP, 2 (principio de legalidad del proceso), 61 (incompetencia), 62 (nulidad), 224 No.1 (causas de nulidad absoluta)

II. COMENTARIO

Es presupuesto de validez del proceso el que este se desarrolle ante el juez competente determinado por la Ley (art. 15 Cn y art. 2 CPP). Esto significa que la facultad que tiene un juez para aplicar el derecho en un caso concreto, según una

distribución material o territorial, debe estar determinada por la ley antes del hecho que motivó el juicio.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 224 No. 1 CPP, el proceso es nulo absolutamente cuando el juez carece de competencia por razón de la materia, en los términos señalados por este Código y salvo las excepciones establecidas en el mismo.

La primera excepción a la regla de nulidad absoluta establecida por el artículo 224 No. 1 es la planteada por este artículo en comento, pues no son nulos los actos que sean imposibles de reproducir, la cual se refiere a la prueba irreproducible, que en todo caso deberá cumplir con lo preceptuado por el artículo 270 CPP, para la validez de la misma; esto quiere decir que no todas las actuaciones realizadas por el juez incompetente son nulas.

El desarrollo puntual que se ha realizado en los artículos 50, 51, 52, 53, 54, 55 y 55-A CPP, sobre las competencias materiales y funcionales, nos hace reflexionar sobre la forma como el legislador finalizó la Sección Primera del Capítulo I sobre la competencia, ya que, en el artículo 56 se hizo referencia únicamente a la nulidad por falta de competencia en razón de la materia, sin pronunciarse con respecto a la nulidad y sus efectos, en caso de incompetencia funcional.

270

Es importante, entonces, facilitar una interpretación sobre la nulidad y los efectos que trae consigo la falta de competencia funcional.

Se ha dicho con anterioridad que en el desarrollo del proceso penal intervienen varios funcionarios judiciales: en la fase inicial o instructoria participan el Juez de Paz y el Juez de Instrucción; en la fase del juicio participan los Jueces y Tribunales de Sentencia. En otras palabras, la competencia funcional establece qué órgano judicial debe intervenir en cada una de las fases del proceso en una misma instancia.

La competencia otorgada a un tribunal de segunda instancia como las Cámaras y la competencia otorgada a la Sala como tribunal de Casación son competencias materiales u objetivas. De tal suerte que, en el caso de invadir instancia, resulta más fácil aplicar la nulidad del art. 224 No. 1, ya que, si la Sala de lo Penal conoce de la apelación en un juicio ordinario, que corresponde a una Cámara de lo Penal, produciría la nulidad absoluta; lo mismo sucedería si una Cámara se arrogare la competencia de conocer en Casación.

Lo importante es determinar si en caso de invasión entre órganos se afectaría o no al juez predeterminado por la ley con la fuerza que prescribe este artículo 224 No. 1 CPP, ya que, según Ley Orgánica, los jueces que intervienen en la fase de instrucción y sentencia son todos jueces de primera instancia.

Según desarrollo jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia pronunciada el día 3 de mayo de 1999 en el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Quinto de Instrucción y un tribunal de segunda instancia, ambos de San Salvador, define la competencia funcional como aquella que se determina, a partir de las diferentes atribuciones que el ordenamiento jurídico otorga a cada tribunal en una misma instancia procesal; en tal sentido, las disposiciones legales que dan base a la misma no son otras que las previstas para la competencia material; de esa forma, al juez de paz le corresponde controlar las diligencias iniciales de investigación y realizar la audiencia inicial; al juez de instrucción, la instrucción formal y la audiencia preliminar; y el juicio plenario, al tribunal de sentencia.

Además, en la misma sentencia se dijo que, no obstante no estar expresamente regulado el reenvío de un tribunal a otro en una misma instancia, esto se deduce de la misma dinámica del procedimiento y de la referida competencia funcional, que es la ley la que ordena reponer los actos declarados nulos y no el tribunal que los declaró como tales.

Muchos conflictos de carácter funcional se han originado en la práctica tribunalicia; Cámaras que ordenan la apertura a juicio; jueces de sentencia que no están de acuerdo que sea un tribunal de segunda instancia el que ordene la apertura a juicio por ser competencia funcional del juez de instrucción; jueces de instrucción que no están de acuerdo en repetir la apertura a juicio cuando ya lo ha ordenado una Cámara, etc. En definitiva, lo único que ha implicado este tipo de conflictos y reenvíos es un grave daño a los intereses de las partes, por significar esto un grave retraso en la consecución del procedimiento y su resultado. La solución más aceptable en todo caso es que el legislador hubiera dicho expresamente que los actos realizados por un juez o tribunal con incompetencia funcional, constituyen nulidad absoluta, ya que de esta forma se estarían ahorrando una serie de conflictos de carácter funcional y de reenvíos sin ninguna ganancia para el sistema.

Según JOSÉ LUIS ANTÓN BLANCO y JOSÉ MANUEL MARCOS COS (Libro de Derecho Procesal Penal, El Salvador, año 2000, p.494), la incompetencia funcional debe tener virtualidad anulatoria absoluta, bien por entenderse integrada en el artículo 224 No. 1 CPP, siquiera por vía analógica o bien, tal vez con mejor criterio jurídico, por considerar que tal clase de incompetencia, a falta expresa de tipificación como causa de nulidad, constituye una palmaria violación de normas esenciales del proceso que (puesto que el procedimiento penal debe ser la articulación de un sistema de garantías en la administración de justicia criminal) sería susceptible de reconducción al apartado 6 del mismo artículo 224 CPP, por inobservancia de derechos y garantías fundamentales, por lo que no sería necesario, según el criterio de los autores, que la nulidad absoluta esté regulada expresamente, pues se entiende incluida en el artículo 224 No. 1 CPP.

SECCIÓN 2a.

COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA

57

ORGANISMOS

Son organismos ordinarios comunes que ejercen permanentemente competencia penal: La Corte Suprema de Justicia, la Sala de lo Penal de la misma, las Cámaras de Segunda Instancia y los Jueces de Primera Instancia a los que la ley dé tal competencia, y los Jueces de Paz.

Son organismos ordinarios especiales que ejercen competencia penal los tribunales y jueces militares.

I. CONCORDANCIAS

272

- Cn, 172 (potestad jurisdiccional del Órgano Judicial), y 216 (constitucionalidad de la jurisdicción militar)
- CPP, 50 al 55-A (corte suprema de justicia y sala de lo penal, cámaras de segunda instancia, tribunal del jurado, tribunales de sentencia, jueces de instrucción, jueces de paz y jueces de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena)
- CJM 44,183,189-193, 351 y ss. (organismos ordinarios especiales de la jurisdicción militar y sus competencias funcionales y objetivas)

II. COMENTARIO

La Constitución de la República, en el artículo 172, establece que integran el Órgano Judicial la Corte Suprema de Justicia, Las Cámaras de Segunda Instancia, y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias. Además, establece que corresponde a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en material penal, materia especial que nos ocupa.

El CPP establece cuáles son los órganos judiciales que habrán de cumplir la ya señalada función constitucional. En los artículos anteriores se han desarrollado puntualmente las competencias materiales y funcionales de cada uno de los órganos judiciales, incluso la de los jueces de primera instancia, incluido entre ellos el juez de paz.

La denominación dada por el legislador sobre “competencia material” en esta sección puede llevarnos a confusión al interpretar que se está refiriendo a las diversas ramas del derecho que regulan o protegen diversos intereses en materia civil, penal, familia, etc., lo cual vendría a perjudicar el verdadero sentido de la norma, ya que es claro que los órganos penales conocen de materia penal y no de otra materia, incluso la materia militar a la que se refiere el párrafo siguiente de este artículo en comento es también materia penal.

Por ello, muchos autores la llaman “competencia objetiva o material” por ser la competencia establecida por la ley para cada órgano judicial, es decir, la materia sobre la cual debe de actuar. Para MORENO CATENA, la competencia objetiva es la distribución que hace el legislador entre los distintos tipos de órganos jurisdiccionales integrados en el orden penal para el enjuiciamiento en única o primera instancia de los hechos delictivos por los que se procede. Precisamente, este artículo establece los órganos que habrán de realizar dicha competencia, y los artículos antes comentados desarrollan las competencias objetivas y funcionales de cada uno de ellos.

Existen dos criterios importantes de dicha competencia: por un lado, el que se refiere a la cualidad de la persona imputada (aforado) y, por el otro, el cualitativo relativo, primero: a la naturaleza de la infracción (delito o falta); segundo, en cuanto a la gravedad de la pena que imponer en caso de delitos, y tercero, a la naturaleza de dicha pena.

273

A estos criterios, como establece MELLADO (Derecho Procesal Penal, Valencia. 1998, pp.36 y 37), han de sumarse los relativos al procedimiento aplicable y, concretamente, si se está en presencia de una falta que da lugar a la incoación de un juicio de faltas, de un delito que da lugar a la tramitación de un juicio ordinario y, por último, de delitos que competen al tribunal del jurado.

La competencia objetiva *ratione personae*, establecida en la Constitución, Ley procesal y Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa, se tiene en virtud del cargo, oficio o función pública desempeñada por el inculpado para garantizar el desarrollo libre e independiente de esos cometidos públicos considerados esenciales (ANTONIO DEL MORAL GARCÍA, Enjuiciamiento Criminal de CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO, España, 1998, p.291).

En caso de aforamientos, la ley establece tribunales específicos para el conocimiento en primera instancia, como se verá al analizar cada una de las competencias objetivas y funcionales de cada órgano jurisdiccional.

La competencia funcional es la atribución de las distintas fases procesales a juzgados o tribunales; nuestro Código regula la tramitación de un proceso penal en manos de distintos órganos jurisdiccionales.

Para MORENO CATENA, las normas sobre competencia funcional establecen cuáles serán los tribunales que han de intervenir en cada fase del procedimiento o en cada concreto acto procesal que se lleve a efecto, desde las primeras diligencias, pasando por la investigación de los hechos, por el acto del juicio, los recursos, las distintas cuestiones que a lo largo del todo el procedimiento puedan plantearse, hasta la ejecución de la sentencia.

La dualidad de órganos jurisdiccionales en primera instancia está dada, como característica especial de todo procedimiento, a una dualidad de órganos jurisdiccionales, a los que se encomienda la fase de instrucción (sumario, diligencias previas, audiencia inicial y preliminar), y la del juicio oral (enjuiciamiento y fallo) a otro.

La competencia funcional tiene un carácter derivado de cuál sea el tribunal que resulte territorial y objetivamente competente para conocer de un delito.

Es importante establecer que “ley penal”, no sólo evoca al Código Penal, sino también las leyes especiales que establecen procedimientos y tipifican delitos, como las ya mencionadas Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y Ley Represiva del Contrabando de Mercancías y Defraudación de la renta de Aduanas, las cuales son observadas y ejecutadas por los organismos ordinarios comunes que ejercen competencia penal.

274

De manera especial cabe mencionar aquí al juez de tránsito, aunque no incluido en este título como un juez penal, es un juez instructor con competencia penal de los delitos surgidos como consecuencia de los accidentes de tránsito.

Luego que el juez de paz ha controlado las diligencias iniciales de investigación y desarrollado la audiencia inicial, el juez de tránsito instruye y celebra la audiencia preliminar para remitirlo, según el caso, a juicio de los jueces y tribunales de sentencia determinados en la Ley.

Son organismos ordinarios especiales que ejercen competencia penal los tribunales y jueces militares

La jurisdicción militar se establece para el juzgamiento de delitos y faltas puramente militares.

La jurisdicción militar es un régimen excepcional a la unidad de justicia reducida, como se dijo, al conocimiento de delitos y faltas de servicio puramente militares, entendiéndose por tales los que afectan de modo exclusivo un interés jurídico estrictamente militar (art. 216 Cn).

De conformidad al art. 238 del Código Justicia Militar, cuando una persona sujeta a la jurisdicción militar cometa dos o más infracciones penales que, por su naturaleza o circunstancias, sean del conocimiento de los tribunales militares y de los ordinarios comunes, juzgarán primero a quienes compete la aplicación de la pena más grave.

Del artículo 238 al 241 del Código de Justicia Militar se regulan reglas específicas de competencia militar y del 242 y ss. Las reglas de acumulación de los procesos penales militares.

Gozan de fuero militar por disposición constitucional (art. 216 Cn) los miembros de la Fuerza Armada en servicio activo, por delitos y faltas puramente militares. El fuero, al que se refiere la Constitución es el privilegio que tienen los militares de poder ser juzgados por tribunales militares y no por tribunales comunes.

De conformidad a lo establecido en los artículos 44, 183, 189 al 193, 351 y ss., todos del Código de Justicia Militar, los organismos ordinarios especiales de la jurisdicción militar y sus competencias funcionales y objetivas son:

- a) Los jueces militares de instrucción, a quienes les corresponde la instrucción;
- b) Los jueces de primera instancia militar, a quienes les compete el plenario de los delitos que no superan los diez años de prisión y que fueron instruidos por los jueces militares de Instrucción. En la actualidad, existe un solo Juzgado en San Salvador con competencia en toda la República, formado por un solo juez nombrado por la Corte Suprema de Justicia, pero propuesto por el Consejo Nacional de la Judicatura, el cual goza, además, de estabilidad en su cargo (art. 200 CJM);
- c) Las Cortes Marciales, las cuales se clasifican en ordinarias, extraordinarias y de urgencia.
 - 1- A las ordinarias, les compete el juzgamiento de delitos que superan los diez años de prisión y que fueron cometidos por oficiales en dos categorías: Sub-Tenientes hasta Capitanes, y Mayor hasta Coronel. El CJM establece una Corte Marcial Ordinaria para toda la República y está integrada por cinco miembros militares, tres jefes y dos oficiales.
 - 2- Las Cortes Marciales extraordinarias conocen en primera instancia de los delitos cometidos por oficiales cuyos grados son: Generales y Almirantes.
Las Cortes Marciales extraordinarias se instalan para cada causa y se integran por siete miembros: cinco Jefes y dos Oficiales, pudiendo el Ministerio de Defensa Nacional, si lo creyere conveniente, sustituir a un miembro militar por un abogado.

- 3- A las Cortes Marciales de urgencia, les compete conocer en primera instancia de todos los delitos, pero sólo en circunstancias de guerra internacional.
- d) Las Cámaras de Segunda Instancia determinadas por la Ley Orgánica Judicial conocen del recurso de apelación de las resoluciones pronunciadas por los Jueces de Primera Instancia Militar.
- e) Al Comandante General de la Fuerza Armada, le compete conocer del recurso de apelación de las resoluciones pronunciadas por las Cortes Marciales ordinarias o extraordinarias.
- f) A la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala de lo Penal, le compete conocer del recurso de casación de las resoluciones pronunciadas por las Cámaras de Segunda Instancia.

276

En opinión del DR. MARROQUÍN PONCE, Juez Primero de lo Militar y quien me brindó información valiosa concerniente a este tema mediante su trabajo inédito sobre el “Sistema Judicial Militar Salvadoreño”, la existencia de un Juez de Primera Instancia Militar, las Cámaras de lo Penal y la Corte Suprema de Justicia, en el que hacer jurisdiccional militar, se debe a que el único facultado para imponer penas, de conformidad con el artículo 14 de la Constitución, es el Órgano Judicial, siendo esta la razón jurídica para participar en este quehacer jurisdiccional, no siendo entonces competencia de ninguna autoridad militar el decidir en juicio la imposición de alguna pena derivada de una ley que rige la materia.

III. JURISPRUDENCIA

Competencia por razón de la materia en el proceso penal. “Ahora bien, es preciso tomar en cuenta que la competencia constituye un límite de la jurisdicción, el cual viene por razones territoriales, materiales y funcionales. Pero siendo la jurisdicción única, tampoco significa que la limitante excluya por completo a la jurisdicción; lo que acontece con la competencia es que permite organizadamente el ejercicio de la jurisdicción a través de una regulación que la crea, legislación que en nuestro país es la Ley Orgánica Judicial. Es de suma importancia señalar que la competencia material en el proceso penal no se refiere a la competencia por razón de la materia, haciendo referencia a las diversas ramas del Derecho (civil, penal laboral, mercantil y familia, etc.) sino que su determinación esta dada por la naturaleza de los delitos sometidos a la jurisdicción. La competencia material no es más que la distribución que hace el legislador entre los distintos tipos de órganos jurisdiccionales, integrados en el orden penal para el enjuiciamiento en única o primera instancia de los hechos delictivos por los que se procede. Esta distribución legislativa se manifiesta por medio del Código Procesal Penal que crea competencia para el conocimiento de los asuntos penales,

organizando la intervención de cada uno de los Tribunales como sujetos procesales y estableciendo la manera de realizar dicha comisión” (*Cámara Tercera de lo Penal de San Salvador, 22-05-02*).

58

INCOMPETENCIA

La incompetencia por razón de la materia será declarada en cualquier estado del procedimiento. El juez que la declare remitirá las actuaciones al que considere competente y pondrá a su disposición a los detenidos.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, cuando se trate de una falta, una vez iniciada la vista pública, el tribunal estará obligado a realizar el juicio.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 15 (derecho al juez predeterminado por la ley), 172 (potestad jurisdiccional del Órgano Judicial)
- CPP, 224 No. 1 (causas de nulidad absoluta)

277

II. COMENTARIO

Habrà de entenderse que, si puede ser declarada en cualquier estado del procedimiento, tal defecto se dispone como insubsanable, de tal modo que puede ser solicitada, contemplada y declarada en cualquier momento de la causa, con la posibilidad de tener un efecto invalidante “*ex tunc*” (JOSÉ MANUEL MARCOS COS y JOSÉ LUIS ANTÓN BLANCO, op. cit. p.494). En concordancia con este criterio, el artículo 224 No. 1 establece que la falta de competencia en razón de la materia produce nulidad absoluta.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, cuando se trate de una falta, una vez iniciada la vista pública, el Tribunal estará obligado a realizar el juicio

En los supuestos de enjuiciamiento de hechos constitutivos de falta, una vez iniciada la vista, el tribunal incompetente estará obligado a celebrar el juicio.

Lo anterior significa una excepción a la exclusividad de jurisdicción que tiene el juez de paz sobre el conocimiento de las faltas, habilitando la competencia de un juez

incompetente (instrucción o sentencia) para que en estos supuestos celebre el juicio de faltas.

Debe recordarse que las faltas son actos que la ley ha sancionado con mucha menor gravedad que los delitos y, siendo los juzgados de instrucción y sentencia competentes para conocer de actos u omisiones tipificados como delitos sancionados con penas graves, entiéndase comparado con la gravedad de las faltas, se valida su competencia, ya que, aunque el legislador quería que no se dedicaran a ello, para lo cual designó la competencia material u objetiva a los jueces de paz, se justifica por razones de agilidad y economía procesal.

SECCIÓN 3a.

COMPETENCIA POR TERRITORIO

59

REGLAS GENERALES

Será competente para juzgar al imputado el juez del lugar en que el hecho punible se hubiere cometido.

En caso de delito imperfecto o tentado, será competente tanto el juez del lugar en donde se inició el hecho como el del lugar en donde se realizó el último acto de ejecución.

En caso de delito continuado o permanente, el de aquél donde cesó la continuación o permanencia.

En los casos en que se advierta que el hecho punible responde al modo de operar propio del crimen organizado o asociado, conocerán los jueces de las cabeceras Departamentales, a solicitud de la representación fiscal. (8)

279

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 15 (derecho al juez predeterminado por la ley)
- CPP, 2 (principio de legalidad del proceso), 56 (nulidad), 224 No. 1 (causas de nulidad absoluta por falta de competencia)
- CP, 24 (delito imperfecto o tentado), 42 (delito continuado), 22-A (crimen organizado)

II. COMENTARIO

Como se dijo en el comentario del artículo 56 CPP, es presupuesto de validez del proceso el que este se desarrolle ante el juez competente determinado por la Ley (art. 15 Cn y art. 2 CPP). Esto significa que la facultad que tiene un juez para aplicar el Derecho en un caso concreto, según una distribución material o territorial, debe estar determinada por la ley antes del hecho que motivó el juicio.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 224 No. 1 CPP, el proceso es nulo absolutamente cuando el juez carece de competencia por razón del territorio, en los términos señalados por este Código y salvo las excepciones establecidas en el mismo.

Para SARA ARAGONESES (op. cit. p.114), la competencia territorial consiste en la atribución de competencia a un órgano jurisdiccional concreto de entre los del mismo grado. Hay órganos jurisdiccionales únicos como la Corte en Pleno y la Sala de lo Penal, y como es lógico, hay órganos jurisdiccionales múltiples cuando la función jurisdiccional tiene que ser distribuida en muchos jueces para ser realizada; así, en una misma comprensión territorial, puede existir un número de jueces del mismo tipo, por ejemplo: 4 jueces de paz de San Miguel, dos de instrucción, etc.

Como explica MORENO CATENA (op. cit. p.124), los criterios para adscribir territorialmente el conocimiento de un proceso a un concreto órgano jurisdiccional se denominan *fueros* y ponen en relación a un determinado juzgado o tribunal con los hechos delictivos por los que se procede.

El lugar donde se cometió el delito *forum commissi delicti* es el criterio determinante y la regla general que nos ayuda a determinar la competencia territorial en cada caso concreto; no obstante, en cumplimiento al principio del juez predeterminado por la ley, dicho criterio no es dispositivo, ya que las partes no pueden modificarlo.

280 Tampoco resulta fácil establecer, en todos los casos y desde un principio, el lugar en el que el delito se hubiera cometido. Asegura MORENO CATENA (op. cit. p.124) que dicho lugar aparece como un dato más de la investigación, el cuál habrá de tomarse con carácter provisional y a los solos efectos de fijar la competencia por razón del territorio, sin que se llegue a prejuzgar cual sea el órgano jurisdiccional competente.

Como se dijo anteriormente, determinar el lugar de comisión del delito puede ser otro dato que investigar, pues en cierta clase de hechos será difícil determinarlo. Para resolver tal problema, ASENCIO MELLADO, SARA ARAGONESES, MORENO CATENA, entre otros, explican tres teorías útiles: la de la actividad, la del resultado y la de la ubicuidad.

Por medio de la teoría de la actividad, el juez deberá tomar en cuenta, para saber si es competente, el lugar donde aparezca o se exteriorice la voluntad delictiva.

Según la teoría del resultado, el juez deberá tomar en cuenta el lugar donde se ha consumado el delito (que es la regla general antes aludida).

Y por último, según la teoría de la ubicuidad o unitaria, el delito se comete tanto en el lugar donde se realizaron los actos de la ejecución como en el lugar donde se produce el resultado, debiéndose apreciar la estructura, naturaleza y presupuestos dinámicos y jurídicos de la infracción.

Para establecer la competencia territorial en cada caso concreto, es necesario acudir al desarrollo que hace de la misma el artículo 146 de la Ley Orgánica Judicial, donde se establece la división territorial de los jueces con competencia penal; si con esto no resulta fácil establecer la competencia, entonces puede utilizarse los tres criterios

señalados por la doctrina, así como los criterios o reglas subsidiarias o especiales establecidas en el art. 60 CPP.

En caso de delito imperfecto o tentado, será competente tanto el juez del lugar en donde se inició el hecho como el del lugar en donde se realizó el último acto de ejecución

Esta excepción a la regla general establecida en el párrafo primero de este mismo artículo, se refiere de los llamados delitos a distancia, que se ajustan a la teoría de la unidad, puesto que será competente tanto el juez del lugar donde se inició el delito como el del lugar donde se realizó el último acto de ejecución. Debe recordarse que aunque no existe consumación, el agente, con el fin de perpetrar un delito, da comienzo a todos los actos tendientes a su ejecución por medio de actos directos o apropiados para lograr su consumación (art. 24 CP). Estos actos son los determinantes para saber cuál será el juez competente.

En caso de delito continuado o permanente, el de aquél donde cesó la continuación o permanencia

El delito continuado es un delito consumado, mediante el cual el agente (art. 42 CP) realiza dos o más acciones u omisiones reveladoras del mismo propósito criminal y se aprovecha de condiciones semejantes de tiempo, lugar y manera de ejecución para cometer varias infracciones de la misma disposición legal que protege un mismo bien jurídico, aun cuando fueren de distinta gravedad. En este caso puede aplicarse la teoría del resultado, ya que el legislador establece que será competente el juez del lugar donde cesó la continuación o permanencia, es decir, la última acción u omisión que materializa la disposición legal delictual.

281

En los casos en que se advierta que el hecho punible responde al modo de operar propio del crimen organizado o asociado, conocerán los jueces de las cabeceras Departamentales, a solicitud de la representación fiscal

Este último inciso del artículo en comento fue agregado recientemente por Decreto Legislativo N° 281 del día 8 de febrero de 2001 y publicado en el Diario Oficial de fecha 13 de febrero Número 32 del Tomo 350, como una respuesta preventiva normativa del Estado en contra de la delincuencia organizada.

El profesor WINFRIED HASSEMER, Magistrado del Tribunal Constitucional Alemán, en su artículo "Límites del Estado de Derecho para el Combate contra la Criminalidad Organizada", opina que antes de combatir a la criminalidad organizada mediante la prevención normativa, por medio del desmontaje de derechos y la ampliación de las facultades para los ataques del Estado, debe realizarse una prevención técnica, por

medio de la cual se le planteen al delito obstáculos de orden fáctico o económico, que descarguen y sustituyan, en parte, la prevención normativa.

El principio de proporcionalidad demanda el examen constante de si no existen por lo menos medios técnicos igualmente adecuados de prevención que hagan renunciable la prevención normativa.

El fin de esta limitación no es otro que el de mantener el Estado de Derecho, en tanto en cuanto las nuevas decisiones no agudicen el derecho penal mediante restricciones a derechos fundamentales. Deberá existir en estas condiciones un aseguramiento confiable y fidedigno de las consecuencias deseadas y de los efectos colaterales no deseados de las medidas que ya antes y con el mismo fin hayan sido introducidas.

Debe entenderse entonces que el Estado ha adoptado ambos tipos de prevención y que la prevención normativa es un esfuerzo paralelo e igualitario a la de la prevención técnica, además, al restringir esferas de libertad del ciudadano, el Estado asumirá al mismo tiempo la obligación de dejarse controlar, corregir y reprender, de lo contrario, interpretando a HASSEMER, sería el nacimiento de una nueva GESTAPO.

282 A) La primer interrogante en torno a esta disposición es ¿qué debemos entender por formas de operar del crimen organizado o asociado?

a) Según el Código Penal

El art. 22-A del Código Penal establece que se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un conjunto de personas dedicadas a mantener una estructura jerarquizada, con el propósito de planificar y ejecutar hechos antijurídicos con la finalidad de lucrarse con bienes y servicios ilegales o realizar actividades de terrorismo.

El segundo inciso de dicho artículo establece que también se considerará crimen organizado aquellas conductas que por sí o unidas a otras, cometidas por dos o más personas, tienen como fin o resultado cometer los delitos de homicidio, homicidio agravado, privación de libertad, secuestro, robo, robo agravado, extorsión, asociaciones ilícitas, falsificación o alteración de moneda, actos de terrorismo, comercio de personas, contrabando, lavado de dinero y activos, tráfico, fabricación y comercio ilegal de armas de fuego, y los comprendidos en el Capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.

Debemos entender entonces que cuando el artículo 59 CPP hace referencia a “formas de operar del crimen organizado o asociado”, sé esta refiriendo aquellas características o elementos del tipo establecidos en el artículo 22 del Código Penal.

La respuesta aparentemente resulta fácil, pues de conformidad al inciso primero del artículo 22 las formas de operar del crimen organizado resultarían ser:

- 1- La existencia de un grupo de personas dedicadas a mantener una estructura jerarquizada;
- 2- Que tengan como fin la ejecución y planificación de hechos antijurídicos;
- 3- Que tengan como propósito lucrarse con bienes y servicios ilegales o que tengan como propósito realizar actividades de terrorismo.

Es claro que para la tipificación del delito es absolutamente necesario que todos los elementos establecidos en este primer inciso, concurra cumulativamente, el asunto se torna complicado cuando en el segundo inciso agrega otras características o formas de operar del crimen organizado:

- 1- Puede tratarse de una o varias conductas delictivas;
- 2- Realizado por dos o más personas; y,
- 3- Que tengan como fin o resultado cometer los delitos allí descritos.

Este segundo inciso ofrece un contenido muy amplio de criminalidad organizada, pues no basta cometer uno o varios delitos de los allí mencionados para considerar que la ejecución de un hecho de esta clase, por dos o más personas, constituye un delito de crimen organizado, pues según CHOCLÁN MONTALVO, ello sólo es insuficiente para diferenciarlo de la coautoría como forma ordinaria de participación del delito. Por ello el jurista en mención, opina que es necesario añadir al párrafo segundo alguna de las notas que se contienen en el primer párrafo, es decir, el ánimo de lucro de la organización, la existencia de la estructura jerarquizada como notas características que definen a una organización criminal.

283

En cuanto a los propósitos de la actividad delictiva el precepto legal distingue dos acepciones de crimen organizado:

a) Criminalidad Organizada Común:

Aquí se alude a aquellas organizaciones cuya actividad criminal persigue fundamentalmente un lucro económico, presentándose los delitos concretos sólo como mero instrumento para la consecución de ese objetivo principal.

b) Criminalidad Organizada del Terrorismo

En este campo son organizaciones que están animadas por una finalidad política subversiva, contraria al sistema constitucional establecido, desarrollando su actividad delictiva con el fin último de producir, no la mera dominación, sino la modificación del sistema político.

Acepciones que, según CHOCLÁN, impiden llegar a un concepto común de la criminalidad organizada.

No obstante, aunque la Política Criminal Internacional tenga como uno de sus cometidos primordiales el ataque a la criminalidad organizada, no siempre se tiene una aproximación acabada cuando se utiliza ese concepto, por lo que a continuación se desarrollaran algunas acepciones doctrinarias de criminalidad organizada que de alguna forma nos llevaran a tener una idea mas completa de dicho fenómeno, pero que no pretenden llevarnos a la obtención de un concepto común.

b) Según especialistas del Derecho

1. Raúl Cervini

Raúl Cervini en su Análisis Criminológico del Fenómeno del Delito Organizado publicado en Doctrina Penal de RICARDO C. NÚÑEZ (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987) realiza una aproximación conceptual del crimen organizado, no obstante advierte sobre la inutilidad de dicho esfuerzo por ser un fenómeno tan complejo.

Su aproximación la realiza en cuatro niveles de análisis, entre los que destacan, desde mi punto de vista los siguientes: el de la amenaza, el de la agresividad y el de la red.

284 a) La amenaza

Por tal se entienden el estudio y evaluación de lo que el delito organizado y sus actividades cuestan a la colectividad, directa o indirectamente y la identificación de aquellas operativas que encierran mayor grado de dañosidad material y social potencial. Como ejemplo señala el autor el caso de los fastuosos ingresos derivados del negocio de estupefacientes y el daño social y económico que toca esferas privadas y públicas.

b) La agresividad

Aquí se evalúa el espíritu innovador y las tendencias expansionistas de los diferentes grupos de delincuentes. Bajo este análisis se destacan dos aspectos importantes: el primero, el uso de la alta tecnología, enumerando a vía de ejemplo los siguientes: interceptores de comunicaciones en línea; micrófonos parabólicos de escucha a distancia; captosres clandestinos de emisiones de T.V. por cable; fotocopias de color de alta resolución(que pueden ser usados para alterar el contenido de documentos); microimpresas de precisión(empleadas para falsificar cheques, travelers, tarjetas de crédito, etc.); laboratorios portátiles para el procesamiento de alucinógenos naturales y sintéticos; termos de conservación para el transporte de órganos y tejidos hurtados; micro descifrador negativo (que descifra el circuito computado de individualización en plásticos falsificados) etc. Y el segundo, la criminalidad

practicada con sistemas computarizados, enumerando a vía de ejemplo varias modalidades: fraudes computarizados; sustracción de archivos con información confidencial, uso extorsivo de ellos, fraudes financieros de tipo tradicional, hurto de bienes, pago de proveedores inexistentes, hurto de sistemas y programas propiedad de terceros; uso y venta no autorizada de servicios y equipos; y fundamentalmente el suministro de información errónea a centros de control y archivo de datos como medio de facilitar fraudes de inmensas proporciones, como los cometidos en tarjetas de crédito, etc.

c) La Red

Se refiere a los enlaces, asociaciones, posiciones e interacciones de todos los miembros conocidos de las organizaciones de delinquentes de un sector dado, así como los esquemas de conexión de cada grupo con otros grupos y otras actividades en el mismo sector o en otro. Bajo esta tendencia de la criminalidad organizada se analiza a su vez dos aspectos: el primero, sobre la coordinación de actividades, entendida como la existencia de una organización, es decir, la existencia de una relación entre las diferentes ramas que integran al grupo criminal, donde la relación de subordinación o coordinación se traduce en unidad de decisión y estrategia global de grupo aun cuando eventualmente diversificada según las regiones o sectores. Y el segundo, sobre la internacionalización o transnacionalización del delito organizado. Fenómeno social en el que se desarrollan conductas criminales que sobrepasan fronteras nacionales.

285

Para este autor la transnacionalización es uno de los aspectos más importantes de la criminalidad organizada, aunque deberá advertirse que no necesariamente el delito tiene que trascender fronteras para constituir un delito de crimen organizado, es decir, puede haber delito organizado aunque no trascienda de las fronteras nacionales.

La transnacionalización también puede verse como un medio o instrumento para el cometimiento del delito de crimen organizado, pues es utilizada deliberadamente para sus fines, ya que la policía, como el derecho penal, está limitados por el principio de territorialidad y por lo tanto, su límite de acción termina en la frontera del país donde desarrolla su actividad, y toda intromisión policial o judicial foránea está implícitamente rechazada por la propia definición de estado soberano (CERVINI, 1987).

Un ejemplo de esta actividad criminal transnacional es el Soborno Transnacional. Delito que consiste en el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, persona que tenga residencia habitual en su territorio y

empresas domiciliadas en él. Cualquier objeto de valor pecuniario o beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Como se puede observar este es un delito que trasciende fronteras pero que puede ser cometido por una sola persona, que sin vínculos directos o indirectos con una organización, no podría tipificarse como un delito de crimen organizado, pero que actuando como una rama de una organización criminal sí se estaría ante la presencia de un delito de Crimen Organizado.

La criminalidad transnacional ha venido siendo reprimida internacionalmente. El Salvador ha suscrito dos convenciones internacionales:

1. La Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas Venezuela el 29 de marzo de 1996 y ratificada por El Salvador el 9 de julio de 1998 como una iniciativa de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

En la Convención se tipifican delitos como el soborno transnacional y el enriquecimiento ilícito; y,

2. La Convención de Las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscrita por El Salvador el día 15 de noviembre de 2000 y aún en proceso de ratificación.

Dicha Convención tiene como propósito promover la coo-peración para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional, definiendo en la misma conceptos de importancia como lo son: “grupo delictivo organizado”, “delito grave”, “grupo estructurado”, entre otros.

2.- *Choclán Montalvo*

Según CHOCLAN MONTALVO, para constituir una organización criminal en sentido jurídico penal se requiere, que pueda comprobarse la existencia de una empresa criminal en la que concurren los siguientes caracteres:

- a) La existencia de un centro de poder donde se toman las decisiones, lo que representa específicos problemas a la teoría de la autoría, en atención a la distancia espacio-temporal entre toma de decisión y ejecución material del delito;

- b) Actuación a distintos niveles jerárquicos, de modo tal que los órganos ejecutivos, en su individualidad desconocen el plan global, conociendo solo la parte del plan asumida;
- c) Aplicación de tecnología y logística, actuando sus componentes con estricta profesionalidad;
- d) Fungibilidad o intercambialidad de los miembros de la empresa criminal que actúan en los niveles inferiores;
- e) Sometimiento a las a las decisiones que emanan del centro del poder, con pérdida de moral individual o férrea disciplina;
- f) Movilidad internacional frecuente; y,
- g) Apariencia de legalidad y presencia de los mercados como medio de transformación de los ilícitos beneficios.

Coincidiendo con CHOCLÁN, no es necesario que concurren todos estos elementos cumulativamente. Pero, para dicho autor, sí debe existir férrea jerarquización, sustituibilidad de los distintos intervinientes (como en una empresa, en la que el despido de un trabajador no paraliza la actividad empresarial) y fundamentalmente móvil de lucro económico, apareciendo los concretos delitos como medios instrumentales para obtener esa finalidad primaria.

287

c) *Según la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada*

De acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada debe entenderse por “grupo delictivo organizado”:

A un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

El mismo artículo define qué deberá entenderse por “grupo estructurado” así: Se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Según el art. 3 de la Convención un delito será de carácter transnacional cuando:

- a) *Se comete en más de un Estado.*
- b) *Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro estado.*
- c) *Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o*
- d) *Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.*

Las definiciones transcritas son muy útiles a la hora de interpretar y comprender las formas de operar del crimen organizado, pues como dice CERVINI, la transnacionalización de los delitos es una de las formas esenciales de operar del crimen organizado, precisamente por que se convierte en un instrumento útil para realizar los fines delictivos y más aún, cuando las policías nacionales como la normatividad de un país se ven limitadas o vulneradas por las soberanías nacionales. Pero debe advertirse, insisto, que no todo delito transnacional es necesariamente un delito de crimen organizado, ni un delito de crimen organizado cometido en el territorio de un Estado necesariamente trasciende fronteras nacionales.

288

En conclusión y después de haber realizado un desarrollo doctrinario, así como el de la Política Penal Internacional, merece la pena reconocer que la disposición del delito de crimen organizado es un precepto positivo, pues esta acorde a los lineamientos de la política criminal internacional y es necesario que, para su tipificación, se tomen en cuenta muchas de las formas de operar del crimen organizado, aunque, como se dijo, no concurren cumulativamente, pero sí que concurren, por lo menos, tres: 1- La participación de dos o más personas; 2- La jerarquización de las personas intervinientes; y 3- El móvil de lucro económico o fines subversivos, según el caso.

B) La segunda interrogante se nos presenta a la hora de respondernos las siguientes preguntas: ¿Quiénes son los jueces de cabecera departamental? y ¿Por qué se les a dado dicha competencia?

Lo primero que desconcierta es que en ninguna ley procesal u orgánica, existe la figura del “Juez de cabecera departamental”

Por lo que debemos advertir cierta dificultad para interpretar la decisión del legislador.

En el contexto de la realidad nacional se puede advertir que los juzgados y tribunales de las cabeceras departamentales están mejor equipados y cuentan con más medios técnicos y humanos para la realización de sus funciones, sean estos Juzgados de Paz, Instrucción y Sentencia. Por lo que las buenas intenciones del legislador deben estar encaminadas a dar mayor eficiencia y seguridad a este tipo de procesos.

Tomando en cuenta la garantía del juez predeterminado por la Ley y específicamente la organización judicial de primera instancia establecida en el Código Procesal Penal, debemos entender por juez de cabecera departamental, al juez de primera instancia de la cabecera departamental de donde se cometió el delito de crimen organizado.

Entendido como juez de primera instancia; el Juez de Paz en su fase inicial, el Juez de Instrucción en su fase de instrucción y el Juez o Tribunal de Sentencia en la fase del juicio, criterio de competencia funcional sostenido por la Honorable Corte Suprema de Justicia el día 14 de enero del dos mil en el conflicto de competencia negativa suscitado entre el Juez de Paz e Instrucción de San Luis Talpa y al que anteriormente se ha hecho referencia.

60

REGLAS SUBSIDIARIAS

Si es desconocido o dudoso el lugar donde se cometió el hecho, conocerá el juez a prevención.

289

Si la ejecución del delito se inició en territorio nacional y se consumó en territorio extranjero, o viceversa, será competente el juez del lugar donde se inició la acción u omisión o, en su defecto, el juez del lugar donde se produjo el resultado o sus efectos.

En caso de extraterritorialidad de la ley penal, será competente el juez de la capital de la República que se encontraba de turno al momento de cometerse el hecho.

En los delitos cometidos a bordo de naves o de aeronaves comerciales o privadas, cuando naveguen en aguas jurisdiccionales o en el espacio aéreo nacional, será competente el juez del lugar donde arribe la nave o aeronave. Cuando la nave o aeronave no arribe en territorio nacional, será competente el juez de la capital de la República que se encontraba de turno al momento de cometerse el hecho.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 48 (extensión de competencia)
- CP, 9 (principio personal o de nacionalidad), 10 (principio de universalidad) 11 (favorabilidad extraterritorial), 12 (tiempo y lugar de realización del hecho punible)

II. COMENTARIO

El *forum preventionis* opera para los casos en que se desconozca o se dude del lugar de comisión de un delito, en los cuales será competente el juez que prevenga competencia, es decir, de varios jueces competentes por razón del territorio, será competente el primero que conozca del hecho, esto es, el que realice actos de control de las diligencias de instrucción, una vez presentado el requerimiento fiscal.

En la doctrina existen otras reglas de carácter subsidiario que no están desarrolladas por nuestro sistema, como por ejemplo, serán competentes: 1) el órgano jurisdiccional de la circunscripción donde se hayan descubierto pruebas materiales del delito; 2) el de la circunscripción donde el presunto reo haya sido aprehendido; 3) el de la residencia del presunto reo y 4) cualquier órgano jurisdiccional que hubiese tenido noticias del delito. No obstante, nuestro código prefiere establecer únicamente el criterio de prevención como regla subsidiaria general y señalar tres criterios más que tienen que ver con la extraterritorialidad de la ley penal, el tracto sucesivo y el de los delitos realizados en buques o aeronaves que a continuación se detallan.

290

Si la ejecución del delito se inició en territorio nacional y se consumó en territorio extranjero, o viceversa, será competente el juez del lugar donde se inició la acción u omisión o, en su defecto, el juez del lugar donde se produjo el resultado o sus efectos

El criterio llamado por la doctrina “*tracto sucesivo*” es también un criterio que se ajusta a la teoría de la unidad o ubicuidad antes explicada. La opción en cuanto al lugar es amplia, pues comprende la actividad y el resultado como factores determinantes de competencia jurisdiccional, lo cual viene, en definitiva, a evitar la impunidad en el sistema penal.

En caso de extraterritorialidad de la ley penal, será competente el juez de la capital de la República que se encontraba de turno al momento de cometerse el hecho

Para definir la competencia en estos casos, necesariamente deben ser tomadas en cuenta el principio personal o de nacionalidad, el principio de universalidad, el de favorecer a la extraterritorialidad y el de tiempo y lugar de la realización del hecho punible, establecidos en el Código Penal en los artículos 9, 10 11 y 12 comentados en el artículo 48 CPP referido a la extensión de competencia.

En los delitos cometidos a bordo de naves o de aeronaves comerciales o privadas, cuando naveguen en aguas territoriales o en el espacio aéreo nacional, será competente el juez del lugar donde arribe la nave o aeronave. Cuando la nave o aeronave no arribe en territorio nacional, será competente el juez de la capital de la República que se encontraba de turno al momento de cometerse el hecho

Por el llamado principio de “*Bandera*” (Convenio de Tokio de 1948), en los delitos cometidos en naves y aeronaves, en aguas territoriales o en el espacio aéreo nacional, el juez competente será el del territorio de la República en donde arribe la nave o aeronave; caso contrario, cuando se cometa en naves o aeronaves, pero fuera de aguas territoriales y del espacio aéreo nacional, el juez competente será el que se encontrara de turno al momento de la comisión del hecho (LIZANDRO QUINTANILLA. Derecho Procesal Penal salvadoreño. Editorial Justicia de Paz, 2000).

En el comentario del artículo 48 CPP se hace una enumeración y explicación de cada uno de los supuestos de inmunidad, específicamente la de buques y aeronaves, donde se expone algún criterio básico de competencia, en estos casos.

61

INCOMPETENCIA

En cualquier estado del procedimiento, el juez que reconozca su incompetencia territorial remitirá las actuaciones al competente y pondrá a su disposición los detenidos, sin perjuicio de realizar los actos urgentes de investigación.

291

Sin embargo, la competencia territorial de los tribunales de sentencia o del jurado no podrá ser objetada, ni modificada de oficio, una vez iniciada la vista pública.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 15,172
- CPP, 224 No.1 (causas de nulidad absoluta) y 281 (falta de competencia)

II. COMENTARIO

También debe considerarse otra excepción a la nulidad absoluta prescrita en el artículo 224 No. 1 CPP, ya que no invalida todas las actuaciones realizadas por el órgano incompetente, incluso lo faculta a realizar los actos urgentes de investigación, aun cuando ya se ha determinado su incompetencia. Puede aquí fundamentarse que dicho precepto lleva consigo fines de efectividad penal y de justicia penal, pues se trata a todas luces de no perder datos probatorios importantes para fundamentar la acusación o ayudar a la defensa en juicio.

El artículo 281 CPP prevé la misma regla, al establecer que, cuando un juez admita la falta de competencia, remitirá las actuaciones al competente y pondrá a su disposición a los detenidos, sin perjuicio de realizar los actos de instrucción que considere urgentes.

Sin embargo, la competencia territorial de los tribunales de sentencia o del jurado no podrá ser objetada, ni modificada de oficio, una vez iniciada la vista pública

También debe verse como una excepción a la regla e la nulidad absoluta prescrita en el artículo 224 No. 1, ya que los actos procesales anteriores y futuros, realizados por un juez incompetente en los casos de incompetencia territorial de los tribunales de sentencia y del jurado, no podrán ser objetados, ni modificados de oficio, una vez iniciada la vista, lo que supone, como se dijo, la validez de todos los actos procesales anteriores o futuros realizados por el órgano incompetente.

62

NULIDAD

292 La inobservancia de las reglas sobre competencia territorial sólo producirá la nulidad de los actos de investigación cumplidos después de que se haya declarado la incompetencia.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 15 (derecho al juez predeterminado por la ley), 172 (potestad jurisdiccional del Órgano Judicial)
- CPP, 61 (incompetencia), 224 No.1 (causas de nulidad absoluta)

II. COMENTARIO

De acuerdo con lo establecido en el artículo 224 No. 1 CPP, el proceso es nulo absolutamente cuando el juez carece de competencia por razón del territorio, en los términos señalados por este Código y salvo las excepciones establecidas en el mismo. El mismo artículo, en su párrafo final, establece que dicha nulidad producirá la invalidez de todo el proceso.

Las excepciones a la regla prescrita en el 224 No 1 CPP son muchas, por lo que, con justificación, puede dudarse de que la invalidez de todo el proceso, como efecto de la nulidad absoluta, sea la regla general.

El mismo artículo 62 comentado prescribe que, en caso de incompetencia en razón del territorio, producirán nulidad los actos de investigación realizados después de que se haya declarado la incompetencia, por lo que lo realizado hasta ese momento se considera válido con todos sus efectos; en otras palabras, no son nulos todos los actos realizados por el órgano judicial incompetente.

SECCIÓN 4a.

COMPETENCIA POR CONEXIÓN

63

CASOS DE CONEXIÓN

Los procedimientos serán conexos:

- 1) Si los hechos imputados han sido cometidos simultáneamente por varias personas reunidas; o, aunque hayan sido cometidos en distintos lugares o tiempos, cuando ha mediado acuerdo entre ellas;
- 2) Si un hecho ha sido cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro, o para procurar al culpable o a otros, el provecho o la impunidad; y,
- 3) Cuando a una persona se le imputen varios hechos, aun cuando hayan sido cometidos en diferentes lugares o sean de distinta gravedad, siempre que no se trate de un hecho de competencia privativa.

294

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 320 No. 1 (resolución)
- CP, 40 (concurso ideal) y 41 (concurso real)

II. COMENTARIO

La conexidad constituye un criterio determinante de la competencia y puede definirse como un enlace o vínculo objetivo entre hechos diversos.

La regla general es que, para cada delito que conozca la autoridad judicial, debe existir un proceso. La conexidad es un criterio que opera como excepción a esta regla, ya que, si se dan los supuestos de conexidad establecidos en este artículo, corresponderá a la autoridad judicial hacer de varias causas un sólo proceso.

ASENCIO MELLADO (op. cit. p.43) establece que, si se da conexidad, la misma es preferente, y no es posible proceder a enjuiciar conductas o sujetos de modo separado. De hacerse así, se puede producir una evidente indefensión del imputado por causa de toda suerte de manipulaciones que pueden poner en peligro la propia imparcialidad judicial.

De lo anterior se puede asegurar que la conexidad no sólo se fundamenta por una economía procesal, sino, principalmente, para preservar el derecho de defensa y la imparcialidad del juez.

La aplicación de criterios de conexidad se justifica sólo si cumple con los siguientes fundamentos:

- 1- Permite la economía procesal;
- 2- Evita sentencias contradictorias;
- 3- Evita la eventual destrucción de la continencia de la causa
- 4- Preserva el derecho de defensa; y,
- 5- Garantiza la imparcialidad del juez.

Existen dos cuestiones importantes de definir: si la conexidad es aplicable sólo a los delitos o también a las faltas y si la enumeración legal, contenida en este artículo, tiene carácter o no de *numerus clausus*. En cuanto a la primera, es mayoritaria la posición de la doctrina que establece que son aplicables las reglas de conexidad a las faltas; en cuanto a la segunda, se podría asegurar que, de acuerdo a la construcción vinculante de la norma cuando dice “los procedimientos serán”, el desarrollo legal es de carácter excluyente y no meramente ejemplificativo. Por tanto, aun cuando puedan o no agotarse los casos de conexidad en las previsiones expresas en la ley, queda excluido cualquier otro tipo de dichas cosas.

295

En teoría existen tres clases de conexidad: la subjetiva, la objetiva y la mixta.

1- *Conexidad subjetiva*

En la conexidad subjetiva lo que importa es la intencionalidad criminal única (CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO, op. cit. p.345) para cometer los delitos.

En el No. 1 de este artículo, se establecen dos supuestos de conexidad subjetiva de la siguiente forma:

- a) “Cuando los hechos imputados han sido cometidos simultáneamente por varias personas reunidas” se exige, para que exista conexidad, la realización de una pluralidad de delitos en idénticas coordenadas de lugar y tiempo, realizados por varias personas que formen un grupo, pero sin necesidad de concierto previo.
- b) “Cuando los hechos han sido cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos y si hubiera precedido acuerdo entre ellos” se exige, para que exista conexidad, la realización de una pluralidad de delitos por varias personas que lo han concertado previamente, pero se realiza en diferentes lugares o momentos distintos.

2- *Conexidad objetiva*

De acuerdo a los mismos autores, el punto de conexión, en estos casos, es la relación de medio a fin entre los diversos delitos.

En el No. 2 de este artículo, se establecen dos supuestos de conexidad objetiva:

- a) “Cuando un hecho ha sido cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro”, se exige, para que exista conexidad, la realización de un delito como medio para perpetrar o facilitar la comisión de otro.
- b) “Cuando un hecho ha sido cometido para procurar al culpable o a otros”, se exige, para que exista conexidad, la realización de un delito como medio para conseguir el provecho o la impunidad con el que queda anexado.

3- *Conexidad mixta*

De acuerdo al No 3 de este artículo, el punto de conexión vendría determinado por dos requisitos:

- 296**
- 1- “Que a la persona se le imputen varios hechos en diferentes lugares o de distinta gravedad”. Aspecto subjetivo, referido a la intencionalidad criminal no importando su gravedad, ni el lugar o tiempo de realización; y
 - 2- “Siempre que no se trate de un hecho de competencia privativa”. Aspecto material, referido a que habrá conexidad sólo si se trata de delitos de acción penal pública y de acción penal previa instancia particular, eliminando la posibilidad de conexidad con delitos de acción penal privada.

64

EFFECTOS DE LA CONEXIÓN

Cuando se sustancien procedimientos conexos por delitos de acción pública, se acumularán y será competente:

- 1) El juez que conozca del hecho más grave;**
- 2) Si los hechos están sancionados con la misma pena, el juez del lugar en que se cometió el primero; y,**

3) Si los hechos son simultáneos o no consta debidamente cuál se cometió primero, el juez que haya prevenido.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 320 No. 11 (resolución)

II. COMENTARIO

Cuando un mismo órgano judicial es competente para conocer de todas las infracciones por enlazar, no es necesario aplicar las reglas de conexidad. Incluso, cuando en un mismo partido judicial existen diferentes órganos competentes, el asunto se resuelve mediante las normas de reparto determinadas en la LOJ o en acuerdos emanados por el Órgano Judicial.

La cuestión se complica cuando los distintos delitos se cometen en demarcaciones distintas "*forus conexitatis*", por lo que el precepto en comento pretende regular esos casos mediante criterios que le ayuden al juez a acumular dichos procesos.

En primer lugar debe atribuirse la competencia al juez del territorio donde se conozca el hecho más grave, es decir, el que esté sancionado con la pena mayor.

297

En segundo lugar, si ambos tienen igual pena, será competente el juez del lugar en que se cometió el primero.

Y en tercer lugar, si los hechos fueron simultáneos o no consta debidamente cuál se cometió primero, el juez que haya prevenido "*forus preventionis*", es decir, el que primero conoce de la causa o el que primero realice actos de control de las diligencias de instrucción.

65

EXCEPCIÓN DE ACUMULACIÓN

La acumulación no será ordenada cuando pueda producir un grave retardo en alguno de los procedimientos, sin perjuicio del conocimiento de un único juez.

No se acumularán procedimientos por delitos de acción pública con procedimientos por delitos de acción privada.

66

UNIÓN Y SEPARACIÓN DE JUICIOS

Si por el mismo hecho punible atribuido a varios imputados se han formulado diversas acusaciones, el tribunal podrá ordenar la acumulación. Siempre que ello no ocasione un grave retardo del procedimiento.

Si la acusación se refiere a varios hechos punibles, el tribunal podrá disponer que las vistas públicas se lleven a cabo separadamente.

En los dos incisos anteriores podrá hacerse la unión y separación de juicios siempre que con ello no ocasione grave retardo del procedimiento.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 320 No. 11 (resolución)

II. COMENTARIO

298

Como se dijo, el efecto más importante de la conexidad es la necesidad del enjuiciamiento en un solo proceso; no obstante, esto puede generar un conjunto de problemas de tipo procesal.

Si la conexidad implica un retraso injustificado o inútil de la tramitación de la causa, aunque legalmente proceda conexidad, no debe ser aplicada por el juez, pues está obligado a analizar si se cumplen las finalidades de esta institución.

Precisamente, los dos artículos regulan esa necesidad de previsión del juez o tribunal a la hora de aplicar estos criterios de conexión de los procedimientos, exigiéndole que no aplique conexidad cuando resulte un grave retraso a la causa.

Además, el juez no debe aplicar estos criterios cuando se trate de delitos de acción penal pública (incluidos aquí los de instancia particular) con delitos de acción penal privada. La razón fundamental de esta prohibición es que se trata de procedimientos totalmente diferentes.

La última previsión de carácter procesal regulada en el artículo 66 estará sujeta también, a la inaplicación de la unión de las acusaciones o separación de los juicios, si esto implica un grave retraso para el procedimiento. Es decir, se justifica la unión de las acusaciones si se cumplen los fundamentos de la conexidad antes mencionados y se

justifica la separación de las vistas públicas si esto no ocasiona un grave retraso al procedimiento.

III. JURISPRUDENCIA

Efectos de la separación de juicios sobre actuaciones relevantes. “Cuando las diligencias extrajudiciales o de investigación realizadas al imputado por la representación Fiscal corren agregadas a otro proceso, en razón de la separación de procesos, no se pueden tener por incorporadas al proceso que interesa, no importando su íntima relación en cuanto a ciertas circunstancias, pues al hacer la separación de procesos cada uno tiene que contar con sus propias diligencias, ya que las resoluciones tienen que ser por aparte y cada una de ellas tiene que contar con sus propios elementos de convicción, por lo que es obligación o responsabilidad de la representación Fiscal que al constatar que en el proceso no existen tales diligencias, solicitar las respectivas diligencias donde corresponde, para así hacerlas llegar al expediente” (*Cámara Primera de lo Penal de San Salvador, 07-05-01*).

SECCIÓN 5a.

CUESTIONES DE COMPETENCIA

67

IMPRORROGABILIDAD Y PRELACIÓN

La competencia de los tribunales será improrrogable.

Si por un mismo hecho son competentes un tribunal ordinario y otro de conocimiento privativo, prevalecerá la competencia ordinaria.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 57 (organismos), 58 inciso 2º (incompetencia) y 61 inciso 2º (incompetencia)
- CPC, 20, 23 y 24 (de la jurisdicción y de los jueces competentes) y 32 (prórroga de la competencia)

300

II. COMENTARIO

La competencia -según el diccionario de la Real Academia Española- es, la “atribución legítima a un juez u otra actividad para el conocimiento o resolución de un asunto”.

Como se dijo en el comentario inicial del artículo 48 CPP la competencia delimita la aptitud legal de los jueces para actuar en ejercicio de la función jurisdiccional, y la delimita atendiendo criterios de orden político jurídico, como el territorio, la materia y la función.

Siguiendo a GUASP, la jurisdicción como potestad de administrar justicia es única, pero los órganos por los cuales se ejerce son varios; a estos órganos representados por jueces se les atribuye una idoneidad legal para conocer en concreto sobre determinados casos. Esa idoneidad legal es la competencia.

Cuando un juez o tribunal penal carece de competencia, por regla general, no puede conocer del conflicto jurídico de relevancia penal que se le presenta, en atención a la eficacia de la misma competencia.

Esta regla despliega sus efectos especialmente en materia de excepciones procesales, donde se manifiesta en el sentido de impedir el saneamiento de la excepción de incompetencia, cuando se alega ha existido el consentimiento expreso o tácito de someterse a juez incompetente.

Diferente sucede en el Código de Procedimiento Civiles, que en su artículo 32 autoriza, a las partes procesales, a modificar las reglas de competencia, de forma expresa o tácita, para convertir en competente a un determinado juez que originalmente no lo es. Esto se llama prórroga de la competencia.

Sin embargo, sí existen casos excepcionales regulados en el Código Procesal Penal, que autorizan la modificación de las reglas de competencia alterando su eficacia por vía distinta a la prórroga o autorización de las partes procesales; ejemplos de ello son: el artículo 58 inciso segundo y el artículo 61 inciso segundo.

El inciso segundo del art. 67 CPP, establece una regla para solucionar la concurrencia de competencias legales de varios jueces para conocer en un mismo caso.

Según el artículo 23 del Código de Procedimientos Civiles, la jurisdicción ordinaria, que debe entenderse competencia ordinaria, se ejerce sobre todas las personas y cosas que no están sujetas a una jurisdicción privativa.

301

El artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles dice que se ejerce la jurisdicción privativa (nuevamente debe entenderse competencia) sobre las personas, cosas u objetos especialmente determinados por las leyes.

El modo de remediar el conflicto entre competencias ordinarias y privativas es otorgando preferencia en el conocimiento del caso, al juez que posee la competencia ordinaria; de ahí la palabra “prelación”.

68

TRIBUNAL COMPETENTE

Si dos jueces se declaran contradictoriamente competentes o incompetentes para conocer un hecho, el conflicto será resuelto por la Corte Suprema de Justicia, según las reglas de competencia.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 182 No. 2 (atribución de la Corte Suprema de Justicia en conflicto de competencia)
- CPP, 48 (extensión), 61 (incompetencia), 410 (efecto extensivo), 411 (efecto suspensivo), 413 (competencia. Reformatio in pejus)
- CPC, 1193 y ss. (del conflicto de competencias)

II. COMENTARIO

El órgano jurisdiccional debe examinar y controlar de oficio su competencia territorial, objetiva y funcional, aunque no hubiere precedido instancia de parte, lo que supone para GIMENO SENDRA (op. cit. p.117) que también el órgano jurisdiccional que se considere competente ha de promover de oficio, la competencia.

Las cuestiones de competencia en el Órgano Judicial, y referidas al ámbito de los procedimientos penales, se pueden motivar entre dos o más jueces o tribunales, que plantean una controversia sobre a quién de ellos corresponde el conocimiento judicial de un hecho de relevancia jurídico penal.

302 Los conflictos de competencia descritos se pueden fundamentar en oposiciones por el territorio, materia y funciones. En estos conflictos se distinguen oposiciones positivas y negativas.

Los conflictos positivos se dan cuando dos o más tribunales pretenden intervenir en el conocimiento del caso.

Los conflictos negativos se dan cuando dos o más tribunales advierten no tener facultad legal alguna para intervenir en el conocimiento del caso.

Según el artículo 182 Numeral 2º de la Constitución de la República, le corresponde a la Corte Suprema de Justicia dirimir las cuestiones que se susciten entre los tribunales de cualquier fuero y naturaleza.

Los procedimientos aplicables se encuentran regulados en los artículos 1193 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles.

Para determinar el ámbito de competencia de un juez o tribunal penal se deben conocer:

- a) Las causas que pueden ser sometidas a su conocimiento; y,
- b) Las facultades de que dispone el juez o tribunal para sustanciarlas y resolverlas.

El juez o tribunal está obligado a determinar estos dos aspectos básicos y, además, conocer las reglas de competencias y sus excepciones prescritas en los artículos 48 y siguientes, a fin de no afectar obligaciones o derechos de las partes intervinientes.

El criterio de competencia que aplicar en cada caso concreto dependerá de la correcta interpretación y aplicación de cada una de las normas de competencia establecidas en los artículos 48 y siguientes del Código Procesal Penal.

69

PROMOCIÓN

Sólo a partir del auto de instrucción y hasta la audiencia preliminar las partes podrán interponer la excepción de incompetencia ante el juez que conozca el asunto.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 58 (incompetencia), 277 No. 1º (enumeración), 281 (falta de competencia)
- CC, 13 (interpretación de la ley)

303

II. COMENTARIO

También las partes pueden denunciar la falta de competencia, utilizando los mecanismos señalados para tal efecto en el proceso penal, para el caso: las excepciones procesales, mediante las cuales, interpuestas en el tiempo y en la forma señalada por la ley, pueden promover una cuestión de competencia.

Este artículo se ha convertido en otro caso excepcional que autoriza la modificación de las reglas de competencia, alterando su eficacia, por vía distinta a la prorrogación o autorización de las partes procesales.

Aparentemente, no está claro en qué momento del procedimiento común habrá de interponerse la excepción de incompetencia, debido a una aparente incongruencia entre los artículos 69 y 277 del Código Procesal Penal; la primera disposición indica que solo será a partir del auto de instrucción, y la segunda indica que es a partir de la audiencia inicial.

La incongruencia entre ambas disposiciones se resuelve aplicando las reglas de interpretación general del Código Civil, para el caso, el artículo 13: entre ambas

disposiciones, el artículo 69 del Código Procesal Penal es de carácter especial, pues se refiere exclusivamente a la excepción de incompetencia que solo se puede oponer a partir del auto de instrucción; por el contrario, el artículo 277 se debe entender en sentido general referido al resto de excepciones procesales, las cuales son oponibles desde la audiencia inicial.

70

DECLINATORIA

La incompetencia se sustanciará en la forma establecida para las excepciones de previo y especial pronunciamiento.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 277 y ss. (excepciones)

II. COMENTARIO

304

Cuando la cuestión de competencia se promueve ante el juez al que se considera incompetente, se está ante una cuestión de competencia por declinatoria; y cuando la cuestión de competencia se promueve ante un juez distinto de aquél que en ese momento está conociendo del proceso, se está ante una cuestión de competencia por inhibitoria.

El epígrafe del artículo en comento se refiere a la cuestión de competencia por declinatoria, en el sentido de que su trámite se sustanciará en la forma establecida para las excepciones de previo y especial pronunciamiento, pues estas se promueven ante el juez al que se considera incompetente, pero que a su vez conoce del proceso y se rehúsa a declinar por considerarse competente.

Las excepciones constituyen un poder jurídico para reclamar al Órgano Jurisdiccional la satisfacción de pretensiones; para el caso, una pretensión relacionada con la vigencia del principio del juez predeterminado por la ley y con carácter general, la defensa del imputado.

Las excepciones denominadas de previo y especial pronunciamiento en el Código Procesal Penal proceden:

- Por incompetencia;
- Por falta de acción, ya sea, cuando ésta no se pudo promover o cuando no fue iniciada legalmente o cuando no debe proseguir;

- c) Por extinción de la acción penal; y,
- d) Por cosa juzgada.

Según sus efectos, estas excepciones se pueden clasificar así:

- 1) Excepciones perentorias, que tienen por efecto el sobreseimiento, o el cesamiento de la detención u otra medida cautelar;
- 2) Excepciones dilatorias, que tienen por efecto suspender el proceso, cesar la detención o las medidas cautelares impuestas, y declarar nulidades.

El artículo 70 reafirma lo dicho por los artículos 277 y siguientes, que determinan la regla general para sustanciar las excepciones de previo y especial pronunciamiento, entre las cuales se encuentra la fundada en la incompetencia.

Las excepciones opuestas oralmente, se resuelven en el momento, salvo que necesiten de prueba, entonces se resuelven en el plazo de tres días.

Cuando son opuestas por escrito, el incidente se resuelve por separado, otorgándose tres días para oír a las partes, tres días de prueba si proceden, y finalmente hay tres días para resolver.

71

EFFECTOS

Las cuestiones de competencia no suspenderán la instrucción ni la audiencia preliminar. Si se produce durante la audiencia, la cuestión será resuelta de inmediato, sin suspender el acto, salvo que sea indispensable para realizar una investigación sumaria.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 279 inciso 2º (prueba y resolución)

II. COMENTARIO

Por lo general, la excepción de incompetencia interpuesta por escrito durante la instrucción debe resolverse cumpliendo los plazos indicados en el artículo 278 CPP, no siendo posible diferir su solución hasta la audiencia preliminar.

Existen casos excepcionales, como el contemplado en el artículo 279 inciso 2, donde se autoriza al juez a resolver la excepción, cuando se han ofrecido pruebas, hasta la celebración de la audiencia preliminar, siempre que sea posible y no cause un agravio irreparable a alguna de las partes o retrase inconvenientemente el procedimiento.

Por lo general, la excepción de incompetencia producida verbalmente en la audiencia debe resolverse de inmediato, sin suspender el acto. Por excepción, puede suspenderse si se trata de realizar una investigación sumaria relativa a probar la incompetencia.

72

VALIDEZ DE LOS ACTOS

Al resolver el conflicto se determinarán las actuaciones del juez incompetente que conservan validez, sin perjuicio de la ampliación por el competente.

306

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 224 numeral 1º (causas de nulidad absoluta), 225 inciso 1º (efectos de las nulidades absolutas)

II. COMENTARIO

Existen varias formas para rectificar la actuación de las autoridades judiciales, tales como los recursos, la reclamación de nulidad de actuaciones, algunas de las cuestiones de competencia, la demanda impugnativa, la aclaración y adición, entre otras.

Todas persiguen reparar la actuación defectuosa judicial, a fin de enmendar los errores que pudieran existir.

La naturaleza especial de las providencias judiciales requiere de certeza, para lo cual se exige se declare de una vez por todas cuál es el estado de cosas que se reconoce como válido.

Las cuestiones de competencia permiten reparar los vicios de aptitud legal del juzgador, los cuales, con el andar del proceso, pueden causar un daño irreparable a la sentencia, asegurando que el Derecho sea aplicado por los canales especialmente dispuestos al efecto.

En ese sentido, la oposición a la competencia de un juez se vincula a la necesidad de asegurar la realización de ciertos valores que inspiran todo el ordenamiento procesal; de tal suerte que podemos considerar las cuestiones de competencia como instrumentos ligados a la seguridad jurídica, que evita los errores judiciales en un caso concreto.

Con carácter general, el art. 224 No. 1 CPP establece que la incompetencia genera la nulidad absoluta de todo lo actuado, salvo las excepciones que establece el mismo código, que, como se dijo, en realidad son la regla general, pues son muchos los casos en que se ha dispuesto la validez de las actuaciones por el incompetente.

El artículo en comento también plantea otra excepción a la nulidad de todos los actos, puesto que aun en el caso de actos realizados por juez materialmente incompetente, si se ha llegado a plantear la cuestión de competencia, la Corte Suprema de Justicia, al resolver el conflicto, deberá determinar qué actuaciones del juez considerado incompetente habrán de tenerse como válidas, sin perjuicio de la ampliación de las mismas por parte del juez competente. Es decir, eventualmente el juez competente puede declarar como válidas las actuaciones del juez considerado incompetente por la Corte Suprema de Justicia.

SECCIÓN 6a.

IMPEDIMENTOS

73

MOTIVO DE IMPEDIMENTO

El juez estará impedido de conocer en una causa:

- 1) Cuando en el mismo procedimiento haya pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia, o haya intervenido como fiscal, defensor, mandatario, denunciante, querellante o acusador, o haya actuado como perito o conozca el hecho como testigo;
- 2) Si es cónyuge, compañero de vida o conviviente, hijo o padre adoptivo o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de algún interesado, o éste vive o ha vivido a su cargo;
- 308 3) Cuando él, su cónyuge, compañero de vida o conviviente, hijo o padre adoptivo o algunos de sus parientes en los grados preindicados tenga interés en el procedimiento;
- 4) Si es o ha sido tutor o ha estado bajo tutela de alguno de los interesados;
- 5) Cuando él, su cónyuge, compañero de vida o conviviente, hijo o padre adoptivo o sus parientes, dentro de los grados referidos, tengan juicio pendiente iniciado con anterioridad, o sociedad o comunidad con algunos de los interesados, salvo la sociedad anónima;
- 6) Si él, su cónyuge, compañero de vida o conviviente, padres o hijos adoptivos u otras personas que vivan a su cargo, han recibido o recibiere beneficios de importancia de algunos de los interesados, o si después de iniciado el procedimiento han recibido presentes o dádivas aunque sean de poco valor;
- 7) Si él, su cónyuge, compañero de vida o conviviente, padres o hijos adoptivos, u otras personas que vivan a su cargo, son acreedores, deudores o fiadores de algunos de los interesados, salvo que se trate de instituciones bancarias o financieras;
- 8) Cuando antes de comenzar el procedimiento haya sido denunciante o acusador de algunos de los interesados, o denunciado o acusado por ellos, salvo que circunstancias posteriores demuestren armonía entre ambos;
- 9) Si ha dado consejos o manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el procedimiento;

10) Cuando tenga amistad íntima o enemistad capital entre el juez o cualquiera de las partes o si ha habido entre cualquiera de ellos y el juez agresión o amenazas graves o escritas;

11) Cuando en la causa ha intervenido o intervenga como juez algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, el cónyuge y el compañero de vida o conviviente.

A los fines de este artículo, se considerarán interesados el imputado y la víctima, aunque esta última no se haya constituido en parte, lo mismo que sus representantes, defensores y mandatarios.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 16, (imposibilidad del Juez de actuar en diversas instancias), 172. (potestad jurisdiccional, independencia de magistrados y Jueces)
- CPC, 113, (necesidad de poder especial en el Procurador para recusar), 1157 (expresión de las causas de recusación)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 8.1 (competencia, independencia e imparcialidad judicial)
- CP, 310 (prevaricación)

309

II. COMENTARIO

A) Introducción

Se regula en este precepto, primero de los que componen la sección 6ª del Título III, del Libro I del Código Procesal Penal, dentro del epígrafe “impedimentos”, aquellos motivos o circunstancias que, enumeradas en los once apartados que se contienen en la norma, impedirán al Juez conocer en una causa determinada.

La propia Asamblea Legislativa define la voz “impedimento” como: obstáculo o estorbo de índole jurídica de imposibilidad a Magistrados, Jueces, Fiscales y Jurados para conocer o intervenir en determinado proceso penal, bajo pena de nulidad.

Y en la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal tras expresarse que la Constitución requiere jueces y magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley, se dice que ello forma parte del debido proceso, en donde el órgano jurisdiccional asegure al individuo la imparcialidad; se distinguen los ámbitos de la independencia, interna, externa, y administrativa, y se manifiesta que para garantizar la independencia existen los impedimentos, así como que un Juez es independiente “cuando goza de libertad de decisión sobre los asuntos

que a él se someten, cuando puede resolver un conflicto o controversia jurídica dentro de un marco de derecho preestablecido por la ley, sin atender a influencias o presiones, órdenes o intromisiones de ningún sector ni por ningún motivo, fundamentando sus conclusiones en bases legales y con imparcialidad”. Para remarcar aun más la importancia de lo expuesto se otorga a la independencia e imparcialidad judicial la categoría de...“derechos humanos de primer orden que todos los ciudadanos tienen frente a sus Estados”.

Sin duda cualquier jurista podría suscribir estas palabras, pronunciadas también por los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando establecen el derecho que a todos asiste a ser juzgados por un “tribunal independiente e imparcial”.

Y es este precisamente el marco desde el que examinar el artículo que nos ocupa.

B) El derecho a un Juez imparcial incluido dentro del derecho al proceso debido

310

Sin que se pretenda abordar ahora la cuestión relativa a la inclusión de la imparcialidad dentro del derecho citado, o incluido antes bien en el derecho al juez natural predeterminado por la ley, juez legal o juez natural, es lo cierto que ambos derechos fundamentales están claramente relacionados, y que si bien es en el derecho a un proceso debido o proceso con todas las garantías donde más modernamente se incluye el derecho al juez imparcial, no cabe duda de que también dentro del juez legal se incluye el que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente, garantizándose la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes; así lo ha expresado el Tribunal Constitucional español, que no obstante ha incluido el derecho al juez imparcial dentro del derecho a un proceso con todas las garantías, puesto que, en definitiva la imparcialidad afecta al juez-persona, en tanto que el derecho al juez legal afecta al juez-órgano.

C) El significado de la imparcialidad, y sus consecuencias

En la terminología del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia PIER-SACK, o DE CUBBER), se utiliza la distinción entre imparcialidad subjetiva y objetiva, entendiéndose que el aspecto subjetivo “trata de averiguar la convicción personal de un Juez determinado en un caso concreto”, en tanto el objetivo, “se refiere a si el Juez ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto”.

En la doctrina procesal tradicional se distinguiría entre los impedimentos, o causas de abstención y recusación, subjetivas y objetivas, incluyendo entre las primeras aquellas que se refieren a las relaciones entre el Juez y las partes, y aquellas que derivarían de las relaciones entre el juez con el objeto del proceso; y aun desde otro punto de vista que atañe al ámbito de convencimiento del juzgador, se habla de imparcialidad “subjetiva” para referirse a la imparcialidad real del Juez o capacidad de su ánimo de actuar imparcialmente, sin dejarse influir por ninguna circunstancia externa, e imparcialidad “objetiva” a la inexistencia de motivos que racionalmente puedan generar en el justiciable desconfianza sobre su imparcialidad.

No puede olvidarse en este punto, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el propio Tribunal Constitucional español, STC 145/1988, “la importancia que en esta materia tienen las apariencias, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables”.

La consecuencia de la garantía de la imparcialidad resulta ser la necesidad de ofrecer a los jueces, y a los interesados en el proceso, los medios adecuados para prevenir y evitar la eventual vulneración de su derecho, razón que justifica la existencia de los impedimentos que permiten la excusa del Juez, o su recusación, como instrumentos procesales dirigidos a garantizar el derecho fundamental a un juicio imparcial, en definitiva a un proceso debido, a un juicio justo.

311

D) La determinación de los impedimentos

Dado que lo que pretende garantizarse en cualquier caso es la imparcialidad de quien ha de desarrollar la labor de juzgar, en sus diversas manifestaciones, y toda vez que en definitiva el que un juez se sienta influido o vinculado en mayor o menor medida por su relación con las partes o con el objeto del proceso en el que actúa es cuestión afectante a su ánimo, y por tanto difícilmente valorable, el legislador salvadoreño ha optado por establecer una enumeración de cuales sean los impedimentos que puedan tenerse en cuenta a estos fines, pues ni es razonable que el juez pudiera excusarse por apreciación personal de cualquier tipo de circunstancia, ni mucho menos que las partes pudieran, a su libre voluntad, recusar al juez por cualquier causa, lo que les permitiría por esta vía seleccionar a aquel que considerasen más favorable o proclive a sus tesis en el proceso.

Precisamente para evitar estas situaciones indeseables, que lejos de garantizar la imparcialidad pondrían en entredicho el principio del juez legal, se recogen en el precepto que ahora comentamos los supuestos que impiden al juez conocer de una causa, objetivándose aquellas situaciones que, por reglas de experiencia, se estima que suponen una indudable influencia sobre el ánimo de las personas.

Como señala MONTERO AROCA “la regulación de la imparcialidad... no puede atender a descubrir el ánimo de cada juzgador y en cada proceso, lo que sería manifiestamente imposible, sino que se conforma con establecer unas situaciones taxativamente enunciadas y constatables objetivamente, que son las causas de abstención y recusación, concluyendo que si algún juez se encuentra en una de ellas cuando conoce de un proceso, el juez debe apartarse del conocimiento del asunto o puede ser apartado del mismo”.

El sistema adoptado es el de establecer una lista de impedimentos de manera cerrada, es decir, concebida a modo de “numerus clausus”, a fin de otorgar seguridad jurídica a esta materia tan imbuida de elementos subjetivos que, como antes se expresó, el legislador ha objetivado.

De este modo sólo las causas o impedimentos reseñados en el precepto son causas legítimas de excusa o recusación, de modo que si concurre alguna de ellas el juez habrá de excusarse o podrá ser recusado, y no deberá hacerlo si no se da tal concurrencia.

312 Habrá de plantearse no obstante si habrá de hacerse una interpretación restrictiva o extensiva de la norma, y si cabe una aplicación analógica de la misma; debe tenerse en cuenta cual es la finalidad o “ratio” de los impedimentos, lo que se pretende con los mismos, y su relación con el fundamental derecho al juez imparcial integrado en el debido proceso, siendo esta vinculación con tan fundamentales derechos la que deberá proporcionar una respuesta flexible a la consideración de taxatividad de la norma, de modo que en presencia de una causa análoga a las enunciadas y ante una fundada sospecha de pérdida de imparcialidad habrá de prevalecer el derecho fundamental que se protege y ampara.

E) Breve referencia a los impedimentos establecidos por la ley

Con carácter general y previo ha de hacerse constar que el artículo 73 a que venimos aludiendo solventa la polémica existente en lo que atañe a la extensión de las personas cuya vinculación con el juez supone esa quiebra objetivada de la confianza en la imparcialidad de que debe gozar, refiriéndose el precepto en todo momento a los “interesados”, e incluyendo expresamente entre los mismos, en su último párrafo y para definirlos, al imputado y su víctima, y asimismo a los profesionales que los defienden y representan dentro del proceso, “representantes, defensores y mandatarios”, dice la norma, si bien esta extensión no se produce en todo caso pues hay supuestos en que el artículo se refiere a las partes, no utilizando por tanto el extensivo concepto de interesados, (impedimento número 10).

La inclusión de la víctima en el concepto de interesado resulta al margen de que se haya o no constituido en parte, lo que resulta lógico desde el momento en que se

trata de evitar el conocimiento por un juez vinculado personalmente con esa persona, de forma familiar u otra de las que indica el artículo, y esa vinculación se refiere en todo caso a la esfera personal y es independiente de su conceptualización como parte en el proceso que resulta irrelevante a estos fines, aunque no a otros como más adelante veremos con la problemática que ello conlleva.

1. *La intervención distinta a la judicial*

En el número 1 del precepto se relaciona como impedimento para el Juez la previa intervención en el procedimiento como fiscal, defensor, mandatario, denunciante, querellante o acusador, o su actuación como perito o su conocimiento del hecho como testigo, o el haber pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia.

Se trata de la expresión de muy distintas causas, todas ellas unidas por un mismo vínculo relativo a la actuación en el proceso con anterioridad y consiguiente toma de conocimiento del mismo desde una posición distinta a la judicial, o que le haya dado una previa visión que haga dudar que su imparcialidad está intacta, poniendo en entredicho la misma.

En el supuesto de que el impedimento consista en haber pronunciado o concurrido a dictar sentencia surge de la razonable impresión de que el previo contacto con la causa puede conllevar prejuicios y prevenciones en el juzgador que haga quebrar la imparcialidad objetiva, siendo en todo caso difícil para la opinión pública y para el propio acusado evitar la impresión de que no se acomete la función de juzgar con la plena imparcialidad inherente a un proceso con todas las garantías.

313

La regla general es por tanto que la acumulación de funciones en un mismo procedimiento puede determinar la generación en el ánimo del Juez de una postura o juicio de valor sobre extremos esenciales que habrán de debatirse en el proceso y a los que habría de enfrentarse desde la absoluta imparcialidad, ausencia subjetiva de prejuicios, que se trata de amparar por esta vía; y esto justifica igualmente la existencia del impedimento en cuanto se refiere a la intervención del Juez como fiscal, defensor, o mandatario, debe entenderse del acusado.

Al respecto el TEDH en el caso PIERSACK, sentencia de 1 de octubre de 1982, ha declarado que el que un miembro del Tribunal sentenciador hubiese ejercido previamente funciones de investigación en el mismo asunto, como funcionario del Ministerio Público (fiscal) le incapacitaba para formar parte de un Tribunal imparcial en términos que permitieran descartar cualquier duda legítima sobre su imparcialidad.

Más claramente se concibe la pérdida de la imparcialidad en supuestos en que la intervención del juez venga precedida de su actuar como denunciante, querellante o

acusador, por implicar estas situaciones una clara toma de postura incompatible con las exigencias del proceso debido tal y como lo venimos concibiendo.

Su actuación como perito o el conocimiento del hecho como testigo sitúan asimismo al Juez ante una cierta visión de la realidad que constituye la base fáctica o de hecho de aquello que rodea la acusación y la materia propia de lo que ha de decidir el enjuiciamiento penal, contaminando esta visión de la realidad la labor judicial en modo que no permite transmitir a la sociedad la idea de imparcialidad que es fundamento de la existencia del impedimento.

2. *La relación familiar o de parentesco*

Se refiere la causa segunda del artículo que comentamos al vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable (compañero de vida o conviviente), a ser el juez hijo o padre adoptivo, o pariente por consanguinidad dentro del cuarto grado y por afinidad dentro del segundo grado, de algún interesado, o bien si éste vive o ha vivido a su cargo.

314 Obviamente los vínculos referidos, por su intensidad, impiden al juez desarrollar su labor de forma imparcial. Como señala en la doctrina Aguilera de Paz, con mejores palabras de las que nosotros pudiéramos emplear ahora, “el parentesco de consanguinidad o de afinidad... ha sido reconocido en todos los tiempos y en todas las legislaciones como motivo bastante para la recusación en su doble aspecto, es decir, con relación al interesado en la causa y con referencia al letrado de alguna de las partes que intervengan en ella, sin que jamás haya sido puesta en duda la pertinencia y virtualidad de dicho motivo fundado en el influjo que los vínculos derivados del parentesco pueden tener en las determinaciones del juicio del que ha de conocer del asunto, o en los dictados de su conciencia o de su imparcialidad”.

Se utiliza en este número una fórmula de gran amplitud, pues ni siquiera se diferencia un distinto grado de parentesco para los profesionales que representan o defienden a las partes en relación con las propias partes, cual ocurre en otros ordenamientos bajo la consideración de que será menor para el juez la afectación o el interés por su vinculación con dichos profesionales que la resultante de los vínculos de parentesco con las partes propiamente dichas.

Y se añade asimismo como impedimento el hecho de vivir o haber vivido a cargo del Juez algún interesado, fórmula que pretende abarcar también aquellas situaciones de *cuasi* parentesco en el entendimiento sin duda de que, aun faltando la relación familiar, la convivencia puede generar vínculos asimilables, y situaciones de dependencia que no son compatibles con la idea de imparcialidad que venimos sosteniendo.

3. *El interés en el procedimiento*

No se define cual sea este interés en el procedimiento que para constituirse en impedimento ha de concurrir en el juez o en algunos de los parientes que se mencionan en el número primero antes comentado.

En cualquier caso ha de tenerse en cuenta que el interés es la oposición de la imparcialidad, pues no cabe duda de que para el juez el único interés que puede dirigirle es el de hacer eficaz la administración de la justicia, garantizando un proceso con todas las garantías, y cualquier otro interés, de la índole que sea, personal, económico o de otra naturaleza, supone una intromisión inaceptable en su función constitucional, alejándole de la equidistancia que debe mantener entre las posiciones de las partes y de la ecuanimidad que debe presidir su actuar.

4. *Ser tutor o haber estado bajo tutela de algún interesado*

La causa se fundamenta en la idea de que los vínculos derivados de las relaciones propias de la institución de la tutela, se asemejan a los vínculos familiares, aplicándose el impedimento sea el Juez tutor o pupilo tutelado, u aun cuando la situación de tutela ya haya desaparecido, lo que refuerza aun más la relación cuasifamiliar que se concibe como motivo que impide al juez conocer de alguna causa.

315

Ténganse en cuenta las exigencias que impone la tutela en los artículos 272 y siguientes del Código de Familia, otorgando el artículo 314 al tutor respecto del pupilo, "...las mismas facultades y deberes que la ley otorga e impone a los padres en relación a sus hijos, con las modificaciones y limitaciones legales. El pupilo debe respeto y obediencia al tutor".

Basta la expresión de esta norma, y la evidente vinculación patrimonial que la tutela supone, para justificar sobradamente el impedimento que nos ocupa.

5. *La existencia de juicio pendiente o comunidad*

La causa contempla dos supuestos distintos, el tener juicio pendiente el juez, o alguno de sus parientes relacionados en el número 1, y el formar sociedad o comunidad con alguno de los interesados, excepto la sociedad anónima.

La pendencia de juicio, respecto del que no se especifica ni siquiera que haya de tratarse de un juicio penal, sitúa el supuesto en la relación de enfrentamiento entre el juez o sus parientes y alguno de los interesados, bien por ser el juez o sus parientes denunciado o querellado por algún interesado (ya que de ser denunciante o querellante sería de aplicación la causa primera), o por tener algún litigio pendiente con los mismos.

No cabe duda de que este impedimento es tan necesario como cuidadoso debe ser el intérprete jurídico en su estimación cuando proceda, pues por la vía de denunciar a juez puede lograrse, abusivamente y fuera de la real finalidad de la norma, el objetivo fraudulento de apartar a dicho juez del conocimiento de un cierto litigio por móviles interesados y en cualquier caso espurios.

Por lo demás el litigio pendiente, sea cual sea su naturaleza, supone un real conflicto de intereses incompatible a todas luces con el desarrollo de la labor judicial en las condiciones que debe realizarse para satisfacer los principios constitucionales.

Otro tanto cabe predicar del hecho de que exista comunidad o sociedad entre alguno de los interesados y el juez o sus parientes, pues la comunidad de intereses que supone la integración personal societaria supone que la decisión que se adopte en el proceso pueda incluso afectar el patrimonio del juez o sus parientes, y en estas condiciones no cabe duda de que falta la necesaria equidistancia entre la labor judicial y el hecho justiciable o las personas que intervienen en el proceso desde sus distintas posiciones.

316 Si se deja a salvo de la aplicación de la norma la sociedad anónima ha de ser sólo por su carácter no personalista, al ser paradigmática sociedad de capital, pero en todo caso si se quiere hacer triunfar, desde una interpretación finalista y teleológica de la norma, la imparcialidad en su vertiente incluso de mera apariencia y como transmisión de idea a los ciudadanos, habrá de valorarse en cada caso concreto cual pueda ser la real vinculación societaria de quienes intervienen en el proceso, y cual la realidad societaria que formalmente se estructure como sociedad anónima, ya que a menudo y al amparo de estas estructuras societarias se esconden únicamente apariencias en el tráfico jurídico con la finalidad de eludir responsabilidades personales que doctrinas como la del levantamiento del velo pueden poner de manifiesto.

6. La recepción de beneficios o dádivas

En este número se contemplan dos supuestos perfectamente diferenciados con un denominador común, la recepción por el juez o sus parientes de beneficios o regalos, y un hecho diferencial, que ello tenga lugar antes o después de iniciado el procedimiento.

En el precepto la relación de parientes del juez que se ven afectados por la extensión subjetiva del impedimento no se remite a los parientes reseñados en el número 2 del artículo, sino que se limita al cónyuge o conviviente, padres o hijos adoptivos, u otras personas que vivan a su cargo, sin referencia a los parientes por consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad hasta el segundo grado, limitación que no tiene una clara explicación en el fin que la norma pretende.

La recepción de beneficios puede referirse tanto antes del procedimiento como durante el mismo, a tenor de los verbos utilizados en el precepto, “han recibido o recibiere”, pareciendo que la norma alude a beneficios económicos como será lo usual pero sin que puedan descartarse otros, ya que en definitiva lo que se pretende es evitar que el juicio íntimo del juez pueda verse influido por la percepción pasada o presente de dichos beneficios que le harán tener una opinión ciertamente interesada de la persona de la que los hubiera recibido.

El ámbito de racionalidad de la norma lo establece la consideración de que los beneficios hayan sido “de importancia”, lo que implica una clara indeterminación que, a mi juicio, y por lo expuesto anteriormente, deberá resolverse en caso de recusación favor de la misma para mantener incólume el principio de la imparcialidad como lo venimos entendiendo en estos comentarios.

La segunda de las cuestiones reguladas en el número es la recepción de presentes o dádivas una vez iniciado el procedimiento.

Ha de entenderse, aunque no se exprese así en el sentido literal de la norma, que tal recepción habrá de provenir de alguno de los interesados, aunque también sería aplicable si se hiciese efectiva por terceros pero a instancia de algún interesado.

317

El impedimento parte de la sospecha de parcialidad que puede afectar a quien recibe presentes o dádivas ya iniciado el proceso, por más que no se esté en presencia de una actividad prevaricadora o de un cohecho, pues el impedimento no está concebido para dudar de la imparcialidad subjetiva del juez, que puede mantener íntegra su moralidad y no sentirse en absoluto condicionado en sus decisiones, sino sobre todo para preservar ante la sociedad y ante las propias partes la prístina apariencia de imparcialidad que se protege y ampara.

7. *Ser acreedor, deudor, o fiador*

También en este supuesto se limita el ámbito subjetivo del precepto al juez, su cónyuge o conviviente, padres o hijos adoptivos, u otras personas que vivan a su cargo.

Está fuera de cualquier duda que las relaciones obligacionales entre el juez y sus parientes y los interesados, bien como acreedor, o como deudor o fiador, por su contenido económico, suponen un claro interés que interfiere en la idea de imparcialidad.

Únicamente se exceptúa del supuesto el hecho de que se esté ante instituciones bancarias o financieras, pues en tal caso no se excede del ámbito de la normalidad de las relaciones, sin mayor vinculación personal que es lo que se trata de evitar.

8. *Ser denunciante o denunciado antes del procedimiento*

El ámbito subjetivo de la norma se limita en este caso al juez, y no a sus parientes, salvo, claro está, que pueda aplicarse el contenido de la norma contenida en el ordinal 5 con la que guarda una evidente similitud, y a cuyo comentario, al menos en parte, debemos remitirnos.

Se trata de precaver que relaciones enconadas o de enfrentamiento producidas antes del procedimiento, y que se hubieran judicializado mediante la interposición de la correspondiente denuncia, y también querella, hubiera sido el juez denunciante o denunciado, permitan entender que persiste alguna situación que ponga en entredicho la imparcialidad del juzgador.

El precepto contiene una salvedad a la aplicación de este impedimento y es que circunstancias posteriores demuestren armonía entre ambos; ello sólo será posible ante litigios previos ya finalizados, debiendo demostrarse la existencia de la referida armonía con la dificultad que ello conlleva, pues si el juez se excusa es que no considerará que hay tal, y si no lo hace y es recusado, la misma recusación será muestra de la inexistencia de la armonía referida.

318

9. *Los consejos o la manifestación de la opinión*

Ambos supuestos establecidos en este número 9 del precepto están íntimamente relacionados y vienen a reforzar la imparcialidad del juzgador desde el punto de vista de la opinión pública, impidiéndole el conocimiento de una causa respecto de la que su conocimiento vaya más allá del estrictamente profesional, o sobre la que haya emitido consejos, ha de entenderse que a los interesados en el pleito, o manifestado su opinión, revelando así un criterio formado que pueda inducir a determinar cual haya de ser su resolución respecto del fondo de la cuestión debatida, en lo que aquí nos interesa, en lo relativo a la autoría o circunstancias concurrentes en un enjuiciamiento penal.

Debe tenerse muy presente que ha de evitarse por todos los medios el que las partes del proceso penal padezcan un juicio paralelo en los medios de comunicación, algo a menudo difícilmente evitable por la notoriedad del suceso enjuiciado, o por la personalidad de los interesados, víctima o acusado, pues no cabe duda de que la sociedad tiene derecho a estar informada, y de ahí la publicidad de los procesos, de aquellas cuestiones que, por su gravedad acceden a los tribunales.

Lo que no es lícito, y esta es la explicación del impedimento, es que sea el propio órgano judicial el que revele cuestiones relativas al proceso o genere con sus manifestaciones un cierto estado de opinión, especialmente cualificado por la fuente de su procedencia, pues ello le sitúa de inmediato fuera del criterio de imparcialidad que ha de presidir su actuación.

Es por ello que el TEDH ha insistido en que la protección frente a declaraciones en los medios de comunicación sobre los procesos en curso, que es sin duda el supuesto más relevante que entra dentro de la protección de la norma, se debe no sólo a que se pueda así influir en el prestigio de los tribunales sino muy especialmente en que se puede llegar a menoscabar la imparcialidad o apariencia de imparcialidad de los jueces.

No implica lo anterior que todo comentario o manifestación, aisladamente considerado, deba conducir a la eficacia del impedimento, pues ello sería tanto como objetivar absolutamente la norma en forma acaso excesivamente rigurosa; no puede obviarse que en una sociedad democrática es esencial valor y principio insoslayable la libertad de expresión, que alcanza a la Administración de Justicia, de modo que también el TEDH ha reconocido en sus resoluciones que la salvaguarda de la imparcialidad no significa que haya de limitarse todas las formas de debate público sobre asuntos pendientes ante los Tribunales,(Sentencia de 29 de agosto de 1997, caso *WORM*).

En el caso español el Tribunal Constitucional, 2ª, STC 27-9-99 entendió vulnerado el derecho a un juez imparcial en un supuesto en que, en cuanto ahora nos interesa, las declaraciones del Presidente de la Sala que había de juzgar al acusado dieron lugar a su recusación, que fue rechazada, llegando finalmente la cuestión al Tribunal Constitucional por vía del recurso de amparo; entendió el Alto Tribunal que, pese a que aquellas declaraciones eran réplica a las previas manifestaciones del acusado, la global descalificación de éste pocos días antes de su enjuiciamiento no situaba al Tribunal en las mejores condiciones para garantizar que su veredicto final gozara de la confianza del público en general y mucho menos de la del acusado.

319

Expresó el TC en esa ocasión que la imparcialidad de los jueces y magistrados les impone... “un específico deber de reserva que tanto les impide utilizar como argumento el propio objeto de enjuiciamiento para reaccionar frente a los ataques verbales, como anticipar cualquier veredicto sobre la culpabilidad del acusado o sobrepasar el límite que les haga aparecer, a los ojos del acusado o de los ciudadanos en general, incursos en un enfrentamiento personal con aquél distinto y superior al que estructuralmente se establece entre quienes han de decidir sobre el fundamento de una acusación penal y quien es objeto de la misma”.

10. La amistad íntima o la enemistad capital; las agresiones y amenazas

Respecto a la existencia de agresiones entre el juez y cualquiera de las partes obvia resulta la razón de ser de la norma que establece tal conducta como generadora de un impedimento, pues difícil es mantener la libertad de criterio y la ausencia de toda animadversión ante el agresor de uno mismo.

La ley sólo refiere el término agresión, pero no parece con ello que se limite el ámbito de aplicación de la norma al delito de lesiones de los artículos 142 y siguientes

del Código Penal, cuando habría una clara identidad en la finalidad y espíritu del precepto por el ataque a otros bienes ajenos a la integridad física del sujeto.

En cuanto a las amenazas igualmente clara resulta la explicación del impedimento, aunque se limita su aplicación a las amenazas graves, las contempladas en los artículos 154 y 155 del Código Penal, quedando fuera del supuesto las amenazas leves del artículo 376 del propio texto legal, salvo que fueran proferidas por escrito en cuyo caso alcanzan mayor relevancia.

Por lo que atañe a la amistad o enemistad, se exige que la primera sea íntima y la segunda capital, a fin de dotar a una y otra situación de una entidad o importancia que descarte los meros conocimientos, o trato de cortesía u otros que no afecten a la imparcialidad de quien ha de juzgar.

Debe tenerse en cuenta que del tenor literal de la norma se extrae el hecho de que la relación de amistad o enemistad del juez debe ser con las partes para que suponga la existencia del impedimento, pues tal es el término que emplea el legislador, en lugar del de interesados que se contiene en otros números del artículo, excluyéndose por tanto, en principio, que el impedimento concorra cuando la relación personal del juez lo sea con los representantes o defensores de las partes.

320

De la amistad dice el Diccionario de la Lengua que es “afecto personal, puro y desinteresado, ordinariamente recíproco, que nace y se fortalece con el trato, y aparece caracterizado por la nota de la intimidad cuando penetra y se sitúa en la zona espiritual y reservada de la persona”.

El concepto, como el de enemistad, es ciertamente indeterminado, y habrá de examinarse en cada caso en particular si concurre o no con las notas que el precepto exige, pues la invalidación de un juez desde la perspectiva de su imparcialidad no se producirá por cualquier relación de amistad o enemistad, sino sólo por aquellas que alcancen la relevancia que la intimidad, o la manifiesta y grave concurrencia, suponen en la relación entre dos personas.

11. La intervención de algún pariente del juez

En el intento de agotar en lo posible aquellas causas que pudieran afectar a la libertad de criterio del juez ante un determinado procedimiento, poniendo en entredicho su imparcialidad, al margen de su real vinculación subjetiva, se articula este último impedimento referido a las situaciones en que no existiendo relación alguna, ni personal ni patrimonial, entre el juez y los interesados, ni con el objeto del proceso, la intervención como juez en el mismo de uno de los parientes que la norma establece, exige que deba evitarse la cierta comunidad de intereses que podría existir por esta concurrencia.

III. JURISPRUDENCIA

Alcance de la expresión “interesado”. “Si bien es cierto que el inciso final de esta disposición prescribe que se consideran interesados únicamente al imputado, a la víctima, lo mismo que a sus representantes, defensores y mandatarios, y por consiguiente se puede estimar que el padre del encausado no figura como interesado; también es verdad, por una parte, que nadie se atrevería a dudar, mucho menos de esta Cámara, que el señor Serrano Gómez es interesado en la causa por la condición de padre del inculcado y el consiguiente afecto íntimo y familiar que lo vincula a Serrano Monterrosa; y que si también es cierto que ha sido el señor Serrano Gómez y no directamente el encausado, quien ha presentado las denuncias relacionadas, pero tampoco puede haber duda de que para la interposición de éstas en contra de los titulares del Tribunal Primero de Sentencia en cita, lo han sido por parte de Serrano Gómez contando con el aval y el consentimiento de Serrano Monterrosa, tan es así, que en el acto de la suspendida vista pública, éste hizo suyas tales denuncias al fundarse en las mismas para la interposición de la recusación, y por tanto la única e intrascendente diferencia en el caso de autos, es que las denuncias fueron instauradas por interpósita persona, que es indudablemente el medio del que el encausado se ha valido para ejercer las acciones que fuera del proceso y de su privación de libertad le permitan defenderse públicamente ante las autoridades y la sociedad de las acusaciones que se le han hecho y que estima él ser injustas. Situación que no constituye óbice alguno para que esta Cámara vele por el respeto de los derechos y garantías fundamentales de la persona a fin de que se observe a plenitud la legitimidad del procedimiento y una sana y transparente administración de justicia” (*Cámara Primera de lo Penal de San Salvador, 27-05-03*).

321

73-A

RECUSACIONES PERENTORIAS

Las partes, luego de interrogar a los jurados seleccionados, sin perjuicio de las causas de impedimentos que señale el artículo anterior, podrán excluir a un número máximo de tres personas, sin necesidad de exponer y fundamentar la petición. (9)

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 189 (establecimiento del Jurado)
- CPP, 53 (competencia del Jurado), 73 (motivos de impedimentos del juez), 74 (excusa), 79 (trámites de la recusación), 81 (efectos de la declaración de la excusa ó la aceptación de la recusación), 368 (incapacidad para ser jurado), 369 (formación del tribunal del jurado)

II. COMENTARIO

El artículo 73-A del Código Procesal Penal, que regula las llamadas “recusaciones perentorias”, ha sido introducido por la modificación operada por el Decreto núm. 487, de 18 de julio de 2001.

Exclusivo objeto de la normativa que se contiene en este precepto es el Tribunal del Jurado y, al igual que otras reformas contenidas en el mismo Decreto 487, afectantes también al Jurado (p.ej. la introducción en el art. 367 CPP de un apartado 4º, que exige estudios de educación media como mínimo como requisito para ser jurado), pretende mejorar el funcionamiento en la práctica de la institución, tan controvertida en ocasiones, alejando el riesgo de los llamados “veredictos extravagantes” que en ocasiones se producen y que tanto daño hacen al prestigio de la Administración de Justicia.

Es discutible el acierto, desde el punto de vista sistemático, de la ubicación de la regulación de las recusaciones sin causa de los jurados entre la disciplina de los impedimentos, excusas y recusaciones de los jueces técnicos, que sólo pueden basarse en motivos tasados por la ley y tienden a garantizar la llamada imparcialidad objetiva del juzgador. Mientras que las recusaciones perentorias que pueden formularse en la formación del tribunal del Jurado son propias y exclusivas de esta institución de enjuiciamiento por legos y no han de fundamentarse en motivo legalmente previsto, a lo que cabe añadir que ni siquiera la parte recusante debe alegar causa alguna de su rechazo al formular la recusación.

322

Por lo dicho, tal vez hubiera sido mas adecuada su ubicación, desde una perspectiva sistemática, entre la concreta y peculiar disciplina legal del Tribunal del Jurado y, concretamente, como un inciso en el artículo 369 CPP, que trata de la formación del Jurado. La recusación perentoria en el proceso de formación del Jurado y selección de sus miembros, también llamada recusación sin causa, es un mecanismo de honda raigambre en el Derecho comparado. Se encuentra prevista en la regulación del juicio por jurados en USA donde, tras el interrogatorio que formulan a los seleccionados como candidatos, las partes pueden formular recusaciones con causa (ó por prejuicio actual), o sin causa (perentorias). En Portugal, el Fiscal y la defensa pueden recusar sin causa a dos jurados y a uno la acusación particular. En España se puede recusar sin motivo determinado hasta cuatro de los candidatos a jurado por parte de las acusaciones y otros cuatro por las defensas, si bien se precisa por la Ley reguladora que “Si hubiere varios acusadores y acusados, deberán actuar de mutuo acuerdo para indicar los candidatos a jurado que recusan sin alegación de causa. De no mediar acuerdo, se decidirá por sorteo el orden en que las partes acusadoras o acusadas pueden formular la recusación, hasta que se agote el cupo de recusables”.

La recusación perentoria se fundamenta en la idea originaria de que el juicio por Jurado, o juicio por sus iguales, es un derecho esencial del imputado, de forma que

permite a éste “depurar” el tribunal para ser efectivamente juzgado por sus pares, aunque frente a ello se argumenta que hoy en día, y de acuerdo con la configuración constitucional de la institución (art. 189 Cn), el Jurado es un derecho del ciudadano a participar en el ejercicio de la jurisdicción, no un derecho o garantía del imputado a ser juzgado por aquel.

Las recusaciones perentorias se formulan una vez que las partes han sometido a los candidatos a jurado al interrogatorio a que la Ley les faculta. Mediante sus preguntas, cada parte ha de pretender conocer y comprobar la imparcialidad de los posibles jurados, así como su real capacidad de comprensión de los hechos que van a ser objeto de debate en el juicio, como también el conocimiento que puedan tener de los hechos objeto del proceso por los medios de comunicación o por otra causa y los posibles prejuicios que hayan adquirido. Por ello, no ha de haber limitación alguna en cuanto al contenido de las preguntas salvo la declaración de pertinencia de las mismas por el juez que ha de presidir el juicio y dirige el proceso de selección. Del contenido de las respuestas que den los seleccionados dependerá que se produzca o no su recusación perentoria.

Es ésta una fase decisiva en la constitución del Jurado. El mayor o menor acierto del veredicto que se dicte vendrá condicionado por la debida elección de los miembros que van a integrar el tribunal.

323

Es comprensible que las preguntas que se hagan a los posibles jurados a fin de detectar sentimientos o prejuicios en favor o en contra del imputado puedan ser especialmente delicadas e incluso afectar a parcelas reservadas o pertenecientes a la intimidad de las personas interrogadas, por lo que en estos casos deberá ponderarse, según cuál haya de ser el tenor del interrogatorio, la conveniencia de que el mismo tenga lugar en privado, con la sola presencia del juez y las partes, pero no de los restantes seleccionados.

Pese a que el interrogatorio de los jurados seleccionados con carácter previo tiene lugar una vez que se ha procedido a la previa depuración de los mismos, mediante la comprobación de su idoneidad genérica y de la concurrencia, o ausencia, de impedimentos, requisitos ó motivos de incapacidad, es fundamental el contenido del interrogatorio previo a la recusación perentoria, puesto que del mismo y de la elección de los candidatos a recusar dependerá la definitiva composición del Jurado. Por este motivo, hay quien aconseja que se formule con el asesoramiento de sicólogos y atendiendo tanto a la personalidad del jurado interrogado, como a la del acusado, así como a la naturaleza y circunstancias del hecho objeto de la acusación y del enjuiciamiento. Y, dada su importancia, no es extraño que en algunos casos suceda que se prolonga más en el tiempo la fase de selección del jurado que el propio juicio, como a veces acaece en los Estados Unidos de Norteamérica.

Piéñese, abundando en lo que acaba de decirse y siquiera sea a modo de ejemplo, que en un caso en el que el acusado sea extranjero, o perteneciente a determinado grupo étnico, social o religioso, no serán indiferentes a las partes los sentimientos generales de simpatía o animadversión que los posibles jurados alberguen respecto de quienes sean integrantes de dichos grupos. Como también será de gran importancia verificar si, tal vez por haber sido en el pasado víctima de algún hecho delictivo similar al que se va a juzgar, algún candidato alberga prejuicios negativos respecto de quienes sean acusados por hechos de la misma naturaleza, ó quizá es partidario de castigar tal tipo de delitos con especial dureza.

Como observa GÓMEZ COLOMER, el trámite de recusación perentoria o sin causa constituye la última oportunidad de garantizar el principio de imparcialidad y la proporcionalidad en la composición del Jurado. Mediante el mismo se trata de asegurar una composición equilibrada y homogénea del tribunal.

324 Ahora bien, si somos realistas, no podemos ignorar que este propósito legal de garantizar mediante las recusaciones perentorias la imparcialidad de los miembros del Jurado puede pervertirse mediante la utilización del trámite de que se trata precisamente para el fin contrario, procurando excluir del tribunal a aquellos previamente seleccionados de los que alguna de las partes sospeche, a tenor del resultado del interrogatorio, que no son proclives a respaldar las posiciones y las pretensiones del recusante. Claro es que si esta última fase de la selección se utiliza con esta torcida finalidad, ya no se estará propiciando la formación de un Jurado imparcial, sino favorable a la parte, lo que ha de ser evitado a favor de la buena administración de Justicia.

Es por lo tanto fundamental tanto la orientación del interrogatorio que las partes han de formular, como la decisión que adopte cada una acerca de la elección de los aspirantes a jurado a recusar sin motivo expreso, sobre todo teniendo en cuenta que la facultad de recusación perentoria no es ilimitada, puesto que, como dice expresamente el artículo que se comenta, cada una de las partes puede excluir a un máximo de tres personas.

74

EXCUSA Y EXCEPCIÓN

El juez deberá excusarse en cuanto conozca alguno de los motivos que prevé el artículo anterior, aunque haya intervenido antes en el procedimiento.

Los interesados, de común acuerdo, podrán solicitarle que siga conociendo, siempre que el motivo indicado no esté previsto en alguno de los seis primeros números del

artículo anterior. En este caso, resolverá dentro de las veinticuatro horas, declarándose hábil y su decisión será irrecurrible.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 129 (resoluciones), 130 (fundamentación), 131 (firma), 133 (resolución auténtica)

II. COMENTARIO

A) La excusa

La “excusa” del juez sirve, tal y como venimos comentando, al propósito de conjurar todo riesgo de que la función de juzgar pueda verse empañada por la interferencia de sentimientos o pasiones capaces de turbar su ánimo aun de modo inconsciente, privándole o restándole la objetividad y neutralidad decisorias, a la vez que se elimina toda sospecha o recelo por los justiciables, y en general por el medio social.

Lo primero que ha de indicarse es que la excusa es para el juez una obligación que le impone la ley, así resulta sin género de dudas de la utilización del imperativo “deberá” que utiliza el precepto, estándose en presencia de un derecho-deber que constituye un instrumento de naturaleza procesal constituido con la finalidad de lograr que se haga efectivo el derecho fundamental al proceso debido, en el que se integra el derecho a un juez imparcial.

325

No existe un plazo preclusivo para que el juez pueda excusarse en un procedimiento determinado, sino que lo que se prevé es que tal excusa se produzca tan pronto como el juez conozca la concurrencia de algún impedimento, sin que el hecho de que venga conociendo del proceso sin excusarse, por la razón que fuere, no supone impedimento alguno para el planteamiento en forma de la excusa en cualquier momento posterior.

Respecto a la forma de la resolución que haya de dictar el juez que se excuse, ha de entenderse que ésta será la de un auto, de acuerdo con lo que establece el artículo 129 del Código Procesal Penal, pues no se trata de una decisión de mero trámite, siendo necesario en todo caso la adecuada motivación o fundamentación de la resolución, artículo 130 del mismo Código, con expresión del impedimento concurrente y fundamento de la decisión tomada.

Como es natural la resolución será notificada a las partes de acuerdo a la regla general del artículo 143 CPP, sin que la ley prevea, ni parezca que la naturaleza del acto lo exija, la notificación personal a las partes, por lo que habrá de hacerse a sus

defensores o mandatarios tal y como establece expresamente el artículo 146 del antes aludido Código.

B) La excepción a la excusa

Establece sin embargo la ley una excepción a la validez o eficacia de la excusa, con introducción en esta materia estrictamente procesal de un principio dispositivo que, vinculado a la naturaleza de algunos de los impedimentos, permite a las partes, aunque la ley habla de interesados ha de entenderse que se refiere en este supuesto a la consideración de quienes sean parte en el proceso, determinar, de común acuerdo, que el juez siga conociendo del procedimiento respecto del que se ha excusado, y ello aun partiendo de la certeza del impedimento.

Los únicos requisitos que establece la ley al respecto es que los interesados actúen de común acuerdo, y que el impedimento alegado por el juzgador en su resolución como motivo de su excusa no sea uno de los contemplados en los seis primeros números del artículo 73.

326 El primero de los requisitos referidos atiende a la consideración de que el proceso quede definitivamente constituido sin sombra alguna de oposición de ninguna de las partes a la imparcialidad del juez, de modo que no sólo se solicita la petición o manifestación en tal sentido de la parte afectada por el motivo de impedimento, sino que se va más allá y se pide también la conformidad de la otra parte con la intervención del juez.

El segundo requisito supone distinguir por este motivo los impedimentos contemplados en la ley, otorgando distinta eficacia y alcance a los seis primeros y a los demás, pues sólo éstos permiten el pacto o acuerdo de voluntades entre las partes para la continuación de un juez tras su excusa. El fundamento de esta distinción estriba en la distinta implicación de las cuestiones de orden público que subyacen en esta materia que, ya insistimos antes, no trata tanto de precaver la imparcialidad subjetiva del juez sino garantizar la existencia de un proceso debido o con todas las garantías, cuestión no sometida como es evidente al interés o disponibilidad de las partes.

Quedan fuera de la posibilidad de pedir al juez que siga conociendo del proceso los supuestos de relaciones de parentesco o tutela con los interesados (números 2 y 4), intervención en el proceso con otro carácter (numero 1), interés en el procedimiento (número 3), pendencia o comunidad (número 5), y percepción de beneficios o dádivas (número 6), que son los supuestos más objetivados en la norma.

Y cabe la solicitud ante situaciones de créditos o deudas (número 7); denuncias previas (número 8), pues el acuerdo acreditaría la armonía que es excepción al impedimento; manifestación de la opinión (número 9), ya que en tal caso el acuerdo

que la solicitud comporta equivale a la consideración de la falta de trascendencia de aquella actitud; amistad o enemistad (número 10), al aceptarse la falta de incidencia de estas situaciones por aquel a quien afectan y por la otra parte; e intervención como juez de algún pariente (número 11).

En todos los casos la solicitud significa la confianza de las partes sobre la rectitud del juez, aceptando su intervención desde esta confianza de que no existirá duda de parcialidad, queriéndose que sea tal juez el que conozca del asunto.

Entendemos que en el caso de que las partes actuaran de este modo no podrían luego recusar al juez sino por causas sobrevenidas, y en ningún caso por aquel impedimento que motivó la excusa.

Presentada la solicitud deberá resolver el Juez dentro del plazo de veinticuatro horas, no pudiendo sino declararse hábil para continuar en el procedimiento, pues no cabe la posibilidad de que rechace tal pronunciamiento, ya que su interés no puede ir más allá del de las partes en esta materia, siendo irrecurrible su decisión, lógica consecuencia de que la misma resulta del acuerdo de todos los interesados y que por tanto estos carecerían de gravamen para recurrir, primer requisito del acceso a cualquier recurso.

327

75

TRIBUNAL COMPETENTE

Corresponderá al tribunal inmediato superior, si se trata de jueces unipersonales o de un tribunal en pleno y a los restantes miembros, cuando el afectado sea uno sólo de los jueces de un tribunal colegiado, resolver sobre la excusa o recusación de los jueces y magistrados.

El Juez de Instrucción resolverá la de los Jueces de Paz dentro del área territorial de su competencia.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 172 (Órgano Judicial)
- CPP, 57 (organismos ordinarios comunes que ejercen permanentemente competencia penal), 50 (competencia de la Corte Suprema de Justicia y Sala de lo Penal), 51 (competencia de las Cámaras de Segunda Instancia), 53 (competencia de los Tribunales de Sentencia), 54 (competencia de los Jueces de Instrucción), 55 (competencia de los Jueces de Paz)

II. COMENTARIO

Se regula exclusivamente en este artículo la atribución de competencias para resolver tanto la excusa como la recusación que pueda deducirse en un proceso, expresando la ley, pues rige claramente en esta materia el principio de legalidad tanto en lo relativo a las causas de impedimento ya relacionadas, como en lo atinente al procedimiento a seguir para hacer efectiva la excusa o, en su caso, la recusación, pues coincide la forma de actuar en ambos casos con las salvedades que más adelante veremos.

Lo primero que ha de constatarse de la atribución competencial es que la ley otorga a la tramitación de la excusa y de la recusación un carácter netamente jurisdiccional, y no por tanto gubernativo.

328 Será el Juez de Instrucción quien haya de resolver la excusa o recusación de los Jueces de Paz dentro de su competencia territorial, ya que es éste el criterio legal de atribución; en otros casos la competencia se atribuye al tribunal inmediato superior tratándose de un Juez unipersonal o tribunal en pleno, es decir, cuando se abstenga o se recuse a todos los miembros de un tribunal colegiado, ya que si sólo afecta la excusa o la recusación a uno de sus miembros serán los demás miembros los que hayan de resolver. Se acepta así en principio la atribución legal de competencia a quien tuviera competencia funcional para conocer de los recursos contra decisiones jurisdiccionales del órgano abstenido o recusado.

A diferencia de otros ordenamientos, como el español, el CPP de El Salvador no diferencia en dos fases la instrucción y la resolución o decisión del incidente a que da lugar la excusa o la recusación, sino que es el mismo y único órgano que la ley establece según lo expuesto anteriormente el que debe resolver el incidente previos los trámites legales.

76

TRÁMITE DE LA EXCUSA

El juez que se considere impedido solicitará, por resolución fundada, su reemplazante para que tome conocimiento de la causa inmediateamente y prosiga su curso.

Si el reemplazante estima que el impedimento no tiene fundamento, elevará los antecedentes a la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia para que resuelva sobre el impedimento.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 50 (competencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia)

II. COMENTARIO

Se regula en el precepto la forma y consecuencias que tiene la apreciación por el juez de algún impedimento que le inhabilite para conocer de un determinado asunto y, consecuentemente, su excusa en forma del mismo y solicitud de que su reemplazante siga en dicho conocimiento.

De este modo se establece un filtro a la excusa del juez consistente en que otro juez, el que debe reemplazarle y a quien se habrá comunicado la excusa y su necesidad de intervenir a partir de ese momento en el proceso ya iniciado, se pronuncie sobre la procedencia o fundamento del impedimento, quedando a su criterio la aceptación de la excusa, o su rechazo, en cuyo caso habrá de remitir a la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia los antecedentes necesarios para la resolución que proceda y que habrá de determinar si la excusa está o no justificada.

Entendemos que en las circunstancias no objetivas de las que contempla el artículo 73, será lo habitual la aceptación de la excusa (enemistad, amistad, interés...) en cuanto que supone la expresión por el juez de un criterio de afectación subjetiva difícilmente de eludir en cuanto concurren los requisitos legales y no se acredite la existencia de un motivo espurio en la manifestación.

329

Se excepciona el artículo 75 antes comentado, toda vez que es lo cierto que si bien aquel se refiere tanto a la excusa como a la recusación, sin embargo para el supuesto de que ésta se produzca y el reemplazante no estime fundada la causa, la competencia corresponde a la Sala de lo Penal antes referida como órgano máximo que deberá resolver lo que se convierte así en un conflicto planteado entre dos órganos jurisdiccionales.

La ley no especifica el trámite a seguir para llegar a esta resolución por lo que parece que la Sala habrá de resolver de plano y a la vista de los autos por los que se acuerde la excusa y por el que se estime ésta infundada, a la vista por tanto de la motivación contenida en dichos autos y sin más trámites.

Parece inevitable en este supuesto la paralización o suspensión del procedimiento en tanto se resuelve el incidente así generado, suspensión que siempre supone un mal en el desarrollo del proceso, dilatándolo, pero que previene la posible nulidad de lo actuado de otro modo en un momento de interinidad en la función jurisdiccional en la defensa de la imparcialidad del juzgador.

Tampoco se expresa en modo alguno cual sea la función o posibilidades de las partes en el proceso una vez dictada resolución declarando la existencia de un impedimento y excusándose el juez de seguir conociendo, o de conocer “ab initio”. Es evidente que la excusa tiene como función la garantía de la imparcialidad y que por ello no puede sino beneficiar a las partes, como tampoco cabe duda de que éstas, al igual que el juez reemplazante, pueden considerar que no existe fundamento para la excusa, no aceptándola, supuesto no contemplado a efectos de su audiencia en el incidente que no tiene sentido se resuelva a sus espaldas si se considera que no se está en presencia de una misión gubernativa de la Sala de lo Penal sino de una función, como ya se apuntó, estrictamente jurisdiccional en la que no cabe preterir a las partes procesales.

77

RECUSANTES

Bastará la existencia de uno de los motivos previstos en esta sección para que las partes, sus defensores y mandatarios puedan recusar al juez.

330

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 73 (impedimentos o causas de recusación), 95 (querellante), 107 (nombramiento de defensor)

II. COMENTARIO

El precepto contiene en verdad dos normas diferenciadas, a saber, la determinación de la legitimación activa para recusar, y la expresión de necesidad de una sola causa para ello.

A) La legitimación para recusar

La legitimación activa para poder recusar a un juez o magistrado en un determinado proceso no corresponde a aquellos que en el artículo 73 se reputan como interesados a efectos de la expresión de los impedimentos, pues es necesario la constitución formal en parte para poder ejercer este derecho que también ampara a los defensores y mandatarios de las referidas partes.

Se adopta así un criterio amplio pero no omnicompreensivo en la determinación de quienes pueden recusar, pues la formal constitución como parte excluye a quienes en la condición por ejemplo de denunciantes no han adquirido tal cualidad.

Como señalaba en la doctrina AGUILERA DE PAZ "...generalmente se ha entendido que el derecho de recusar corresponde y debe ser concedido a todos los que pueden tener interés en la resolución del juicio, sin que a ninguno de ellos deba privarse de dicha garantía, porque todos pueden sufrir perjuicio por la parcialidad de los jueces...".

En cualquier caso la taxatividad de la norma que a nuestro juicio no permite la extensión en materia tan vinculada, como todas las cuestiones procesales, al principio de legalidad, no permitirá a los fiscales la recusación en aquellos supuestos en que por tratarse del ejercicio de acciones privadas de las reconocidas en el artículo 28, por sí mismas o por su conversión de acuerdo con el tenor del artículo 29, no intervendrá como parte acusadora.

B) La necesidad de una sola causa

El contenido del precepto informa bien a las claras de que la lista cerrada de impedimentos que contiene la ley en el artículo 73, no exige sino la concurrencia de uno de ellos para que pueda plantearse con éxito la recusación, lógica previsión si se tiene en cuenta cual es la finalidad de la norma y qué es lo que se pretende con la misma, de manera que la existencia de más de una causa de recusación no haría sino añadir una mayor posibilidad de parcialidad en el desempeño de la función judicial, pero no alteraría la necesidad del apartamiento del juez del conocimiento de un asunto que la sola concurrencia de un impedimento ya presupone como postulado de defensa de un proceso pleno de garantías.

331

78

TIEMPO Y FORMA DE RECUSAR

La recusación será interpuesta, bajo pena de inadmisibilidad, por escrito que indique los motivos en que se basa y los elementos de prueba, en las oportunidades siguientes:

- 1) Si se trata del Juez de Paz, en la audiencia inicial;**
- 2) Si se trata del juez de instrucción, hasta veinte días antes de la audiencia preliminar;**
- 3) Si se trata de un juez de tribunal de Sentencia, dentro de los cinco días después de notificada la fecha para la vista pública; y,**

4) Si se trata de un magistrado, en el término del emplazamiento del recurso o al deducir el de revisión.

5) Si se trata de un Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, en la audiencia para resolver una queja o un incidente.

Sin embargo, la recusación que se fundamente en una causa producida o conocida después de los plazos señalados, podrá deducirse dentro de las veinticuatro horas a contar de la producción o del conocimiento. (2)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 118 (idioma de los actos procesales), 155 (regla general sobre los términos), 156 (cómputo de los términos), 158 (improrrogabilidad), 254 (convocatoria para la audiencia inicial), 315 (audiencia preliminar), 324 (preparación de la vista pública), 419 (emplazamiento en el recurso de apelación), 426 (emplazamiento en el recurso de casación), 433 (interposición del recurso de revisión)
- LP, 45 (audiencia en caso de quejas judiciales), 46 (audiencia en el supuesto de incidentes)

332

II. COMENTARIO

A) El tiempo para recusar

Se regula en el artículo que ahora comentamos cuándo debe procederse, por quienes tienen legitimación activa para ello según lo establecido en el artículo anterior, a ejercer el derecho a recusar a algún juez o magistrado por concurrencia de alguna de las causas legales que, bajo la expresión de impedimentos, señala el artículo 73 que inicia la Sección.

Se enfrentan en esta materia el principio de la imparcialidad que ha de ser protegido, y la rapidez y eficacia del proceso, de manera que se puede dejar la recusación sin plazo alguno, dando absoluta preeminencia al primer principio invocado, o por el contrario, establecer un plazo más o menos amplio o estricto para garantizar el adecuado uso de este remedio procesal que se establece para las partes que sientan que pueda estar afectada la imparcialidad del juzgador.

Este último es el criterio que sigue el Código Procesal Penal que, aunque de forma minuciosa determina con precisión el momento en que debe realizarse la recusación, en realidad viene a imponer que ésta se haga valer por aquel que así lo

pretenda en los primeros trámites en que conozca la concreción personal del juez o magistrado que va a conocer, en sus distintas fases, de su causa o proceso.

Por lo demás se prevén dos supuestos distintos: -si la causa o impedimento se conoce por la parte antes del inicio del proceso, o al tomar conocimiento del juez o magistrado que haya de conocer de aquél, la recusación habrá de intentarse en el tiempo expresamente señalado por la norma, (audiencia inicial, audiencia preliminar...); y, -si el impedimento surge o se conoce tras el transcurso de estos plazos habrá de formularse la recusación inmediatamente, dentro de las veinticuatro horas a su producción o a su conocimiento.

La norma es por tanto que no puede demorarse la interposición de la recusación permitiendo que se sucedan los trámites procesales, pues ello atenta al deber de lealtad dentro del proceso, y con la fijación de un momento preclusivo, aun a costa de la imparcialidad, se trata de evitar que el recusante pueda subvertir su finalidad con la tardía alegación de la existencia del impedimento voluntariamente silenciado en el tiempo que la ley otorga para su manifestación.

En supuesto juzgado bajo la ley española no obstante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó, en la sentencia CASTILLO-ALGAR de 28 de octubre de 1998, que el hecho de no haber formulado oportunamente recusación no impide la apreciación de una violación del derecho a un juicio imparcial. Dicho sea ello como motivo de reflexión cuya utilidad siempre excede de la pura dogmática.

333

Debe indicarse finalmente que la sanción que la ley prevé para la interposición extemporánea de la recusación es la de su inadmisibilidad, de manera que no se dará trámite a la misma, por lo que esta cuestión habrá de ser necesariamente examinada de oficio por el juez o magistrado ante quien se plantee la recusación; obviamente el rechazo de la admisión a trámite, por las graves consecuencias que comporta al privar a la parte del ejercicio de un derecho, sólo procederá cuando el defecto temporal sea manifiesto, en supuestos de causas producidas o que se digan conocidas tras los plazos ordinarios, pues de lo contrario la cautela y el intento de otorgar a las partes las más amplias posibilidades en la defensa de sus intereses, harán precisa la tramitación del incidente.

Y aún es posible pensar si la recusación rechazada por intentarse fuera de plazo no podría dar lugar a la excusa del juez que a hasta ese momento no haya considerado esa posibilidad, pues ha de insistirse en que lo que importa es que el impedimento sea real y la imparcialidad pueda resultar afectada por la intervención de un determinado juez o magistrado.

B) La forma de la recusación

De la regulación legal resulta únicamente por, lo que a la forma de la recusación se refiere, que la misma ha de interponerse mediante escrito, sin que quepan por tanto recusaciones meramente orales, aun cuando se realizaran en momento en el que pudiera levantarse acta por el Secretario, siendo aplicables por tanto las normas generales sobre presentación de escritos ante el juez o tribunal.

Además se especifica que el escrito en cuestión debe contener los motivos en que se basa, y los elementos de prueba, de manera que se determine tanto el impedimento concreto que al amparo del artículo 73 CPP se estime concurrente, como la motivación de por qué se considera necesaria la recusación y consiguiente apartamiento del juez del conocimiento de un asunto; no se cubre por lo tanto la exigencia legal, a nuestro entender, con la mera expresión de la causa de recusación sino que es preciso fundar fáctica y jurídicamente la misma pues sólo así se podrá evitar que mediante la formulación de recusaciones infundadas o absurdas se logre el apartamiento de un juez o magistrado del conocimiento de la causa.

334 La infracción de esta cuestión se sanciona también con la inadmisibilidad de la recusación, lógica consecuencia de la protección del proceso y presunción de imparcialidad en la actuación judicial; la inadmisión o rechazo “a limine” del incidente procederá por tanto en aquellos casos en los que se incumpla la prevención legal por no alegarse el impedimento en que se funda la recusación, o por no establecerse los hechos que la sirvan de fundamento, ya que tanto la falta de designación de una causa legal como su designación arbitraria supone una postura en fraude de ley proscrita por el ordenamiento y que debe ser rechazada con contundencia por quienes deben velar por la pureza del proceso.

No podrá sin embargo darse lugar a este rechazo preliminar cuando la tarea sea interpretativa respecto del encaje de los hechos y el impedimento alegado, pues ello ya exige la sustanciación del incidente como medio de conocer la certeza de la causa invocada.

En cuanto a la necesidad de expresar los elementos de prueba de que el recusante quiera valerse, ello debe ponerse en relación con el tenor del artículo 79.2 que permite la celebración de prueba en la audiencia del incidente, de manera que se exige que se anticipe la prueba de que quiera valerse la parte en la misma para el caso de que ello sea de su interés.

La necesidad de aportación del principio de prueba de que se quiera valer el recusante abunda en el intento de dotar de seriedad al incidente evitando intentos meramente dilatorios, al tiempo que se precave la realización de pruebas sorpresivas, pero lo cierto es que la ley no determina expresamente que sólo pueda practicarse en

el incidente la prueba anteriormente propuesta, por lo que so riesgo de realizar una interpretación rigurosa sobre este punto, y opuesta al favorecimiento de los medios de prueba y posibilidades de defensa que ha de ser el criterio general, habrá de entenderse que cabría la realización de pruebas no anunciadas en el escrito de interposición siempre que tales pruebas, generalmente documentales, puedan ser aportadas en el acto o, en cualquier caso, realizadas dentro del tiempo legal para ello.

79

TRÁMITE DE LA RECUSACIÓN

Si el juez admite la recusación, procederá como en el caso de excusa; en caso contrario, remitirá el escrito de recusación y su informe al juez o tribunal competente para su resolución.

El juez o tribunal competente resolverá el incidente previa audiencia oral en la que se puede producir prueba, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. La decisión es irrecurrible.

I. CONCORDANCIAS

335

- Cn,172 (Órgano Judicial)
- CPP, 50 (competencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia), 57 (organismos ordinarios comunes que ejercen permanentemente competencia penal), 50 (competencia de la Corte Suprema de Justicia y Sala de lo Penal), 51 (competencia de las Cámaras de Segunda Instancia), 53 (competencia de los Tribunales de Sentencia), 54 (competencia de los Jueces de Instrucción), 55 (competencia de los Jueces de Paz), 448 (condena en costas), 449 (criterio de la imposición de costas), 255 (audiencia)

II. COMENTARIO

La Ley se ofrece como tremendamente parca en la regulación de la tramitación de la recusación pues únicamente se dedica este artículo a la referida cuestión, no indicándose ni siquiera que haya de darse traslado del escrito de recusación a las demás partes personadas, pero estimándose que ello será una adecuada garantía del derecho de todas las partes al proceso debido, no siéndoles indiferente la persona del juez, o la composición del tribunal que va a intervenir en el proceso, debiendo garantizarse el derecho de audiencia y contradicción.

Se prevén dos supuestos diferentes, a saber, que el juez acepte la recusación o que se oponga a ella, no admitiendo la concurrencia de la causa en que se funde la misma.

Se establecen tres fases en la tramitación de la recusación, la fase de interposición a la que ya hemos aludido, la de admisión del incidente, y la de sustanciación y decisión del mismo, interviniendo en estas fases únicamente el órgano recusado y el competente para resolver sobre la recusación; ello no obstante ha de matizarse en función precisamente del hecho de que se admita o no la recusación por parte del juez o magistrado recusado.

A) La aceptación de la recusación

Lo único que establece la ley para este supuesto, cuando ante el escrito presentado el juez acepte la recusación interesada por estimarla procedente aun cuando no hubiera considerado necesario excusarse del conocimiento del proceso, es que en tal caso se procederá de igual modo que en caso de excusa.

336 Lo procedente por tanto será que dicte una resolución motivada, con forma de auto, por la que admita la causa de recusación y solicite su reemplazante, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 76, para que éste continúe en el conocimiento de la causa o procedimiento; nada más se indica.

Ocurre sin embargo que a diferencia de lo que ocurre con la excusa, en la que si el reemplazante no la encuentra fundada se produce una controversia entre dos órganos jurisdiccionales que debe resolver la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de recusación que ahora nos ocupa tal solución, a la que parece abocar la norma, que ninguna otra concreción ofrece, no resulta adecuada a la naturaleza de la recusación como acto procesal de parte, acto de petición en la terminología de la doctrina tradicional sobre los actos de parte, que ha de tener una respuesta limitada al ámbito de la controversia según la petición deducida.

No parece razonable que el juez reemplazante por mor de la interposición temporánea y fundada de una recusación aceptada por el recusado, pueda sustituir el interés de la parte en el sostenimiento de un conflicto definitivamente resuelto, a nuestro juicio, con la resolución en la que el recusado motive su aceptación o admisión de la recusación ejercitada.

En todo caso la norma parte de que se haya admitido el incidente de recusación por cumplirse con los requisitos del artículo 78, debiendo tenerse en cuenta que es el propio juez recusado quien ha de valorar la admisibilidad del incidente y que si la rechaza dictará auto declarándolo así de forma motivada; bien cierto es también que de aceptarse la causa de recusación será intrascendente valorar la concurrencia o no de los requisitos

de tiempo y forma, pues de hacerse así, y en detrimento de la economía de medios, habría de fundarse la inadmisión y a continuación podría dictarse resolución excusándose el juez, lo que se conoce en la doctrina como la abstención o excusa “diferida” .

B) La no aceptación de la recusación

En el supuesto de que el juez no acepte la causa de recusación, y por tanto no admita su apartamiento del conocimiento del asunto, dispone la ley que habrá de remitir el escrito de recusación y su informe a quien debe resolver el incidente, para lo que habrá de estarse al tenor del artículo 75 anteriormente comentado.

Si la remisión del escrito en que se proponga la recusación resulta de todo punto lógica, la remisión al informe a que alude la ley no lo es tanto si entendemos que el rechazo por el juez de la recusación habrá de hacerse por resolución motivada en forma de auto, de manera que bastaría la remisión de éste para completar aquello que debe ser conocido por el órgano de ha de resolver el incidente. En cualquier caso entendemos que la referencia al susodicho informe no evita que se remita no sólo el escrito de interposición de la recusación sino también el auto dictado al efecto por el recusado que no acepta tal recusación, y los eventuales escritos que pudieran haber presentado las demás partes en cumplimiento del principio de audiencia que ha de presidir toda actuación procesal de la que se derivan consecuencias como las que nos ocupan que afectan a todos los intervinientes en el proceso.

337

El informe en todo caso habrá de recoger el sucinto fundamento de la no aceptación de la recusación, y podrá expresar también aquellas circunstancias acaso no plasmadas en el auto dictado, pero que en el criterio del recusado pudieran orientar al órgano superior de circunstancias que expliquen la recusación, la mala fe del recusante, o datos que se consideren de interés.

Recibidos por el tribunal competente para la resolución los antecedentes necesarios, y sin suspensión del procedimiento como resulta del artículo 80, se establece la celebración de una audiencia oral en el brevísimo plazo de las cuarenta y ocho horas siguientes, pudiéndose allí practicar prueba.

La premura del plazo establecido es consecuencia lógica de los graves efectos que sobre el procedimiento puede tener la resolución de la recusación ante una eventual estimación, y a fin de que no se demore la decisión.

En cuanto a la posibilidad de practicar prueba lo normal será que se limite la misma a aquella propuesta oportunamente por quien efectúa la recusación y alegada en su escrito conforme al artículo 78, aunque ya anunciamos que nos parecía posible que también pudiera aceptarse la prueba propuesta en la propia audiencia oral, pues

no hay norma que se oponga a ello expresamente, siempre lógicamente que se estime pertinente la misma y *quem* pueda llevarse a cabo en la propia audiencia, toda vez que la ley no prevé la posibilidad de continuar la audiencia en sucesivos días para facilitar la práctica de pruebas, sino que más bien ha de pensarse en la necesidad de actuar en unidad de acto.

Habrá de ser el órgano que deba resolver el que determine la procedencia de toda la prueba y prevea su práctica, en su caso, en la audiencia, adoptando las disposiciones necesarias para ello.

Concluida la audiencia, con o sin la práctica de prueba, deberá resolverse la cuestión planteada mediante resolución, que entendemos habrá de adoptar la forma de auto necesariamente motivado, y sin que quepa recurso alguno contra la referida decisión, cualquiera que sea su signo, por expresarlo así la ley.

Consecuencia de la decisión será, de estimarse la recusación, el apartamiento definitivo del juez o magistrado del conocimiento del asunto en que se produce, y en caso contrario, la continuación ordinaria de tal procedimiento.

338

Nada se indica en el precepto sobre la condena en costas, de manera que habrá de estarse ante la norma general del artículo 448 que establece la necesidad de que la resolución que resuelva un incidente contenga la condena al pago de las costas, imponiéndose conforme al criterio objetivo del vencimiento del artículo 449 y salvo que se estime la existencia de razón suficiente para la interposición del incidente, lo que se nos antoja que difícilmente ocurrirá en materia tantas veces guiada por motivos ajenos a la razonable defensa de la imparcialidad de los órganos judiciales.

80

RECUSACIÓN NO ADMITIDA

Si el juez o tribunal a quien se le atribuyere un impedimento no admitiere la existencia del motivo que se invoca continuará con el procedimiento, aún durante el trámite del incidente; pero si en el incidente se estableciere la existencia del motivo, los actos realizados durante el trámite del mismo serán declarados nulos siempre que el recusante lo pida en el término de veinticuatro horas contadas desde que se resuelva el incidente.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 223 (declaración y efectos de la nulidad), 224 a 228 (causas y efectos de nulidades absolutas y relativas)

II. COMENTARIO

Establece el precepto que ocurre en el proceso en el caso de que el recusado no acepte la causa de recusación, pues en caso de aceptarla la remisión a los trámites de la excusa resuelve la cuestión en el sentido de la continuación por el reemplazante, es decir, qué efectos produce la interposición, y debe entenderse que admisión a trámite por concurrencia de los requisitos legales, del incidente de recusación cuando no es admitida la causa por el recusado.

La regla general en la materia estudiada es que el incidente no tenga efectos suspensivos sobre el procedimiento, a fin de evitar que el planteamiento de la recusación tenga un efecto dilatorio indeseado en el desarrollo del proceso, regla que se sigue sin limitación alguna en la norma comentada; ello se mantiene al margen de cual sea el desarrollo del proceso o la fase en la que se encuentre, y de cual sea el órgano recusado, y todo ello sin que pase el conocimiento al juez sustituto o reemplazante, sino que es el propio juez recusado el que continuará en el procedimiento.

339

Se elige de este modo el mal menor de no sacrificar la economía procesal y el buen orden del proceso, a la vez que se intenta evitar la interposición de incidentes meramente dilatorios, asumiéndose el riesgo que existe por la estimación de la recusación, que haría que lo actuado lo hubiera sido bajo la autoridad de quien estaba incurso en una causa que hacía poner en entredicho su imparcialidad.

De hecho se prevé que la sanción en este supuesto será la de la declaración de nulidad de todo lo actuado, sin excepción alguna, durante la tramitación del incidente, de modo que la interposición del mismo será el momento inicial a partir del cual deberá extenderse la nulidad, no a los actos anteriores por tanto, si bien tal nulidad sólo se declarará a instancia del recusante dentro del perentorio plazo de las veinticuatro horas desde la resolución del incidente, (debe entenderse que desde su notificación).

Supone lo anterior que no se está ante una causa de nulidad absoluta o radical como las enunciadas en el artículo 224 del Código Procesal Penal, pues respecto de las mismas, y por su propia naturaleza, rige lo dispuesto en el artículo 225.1. de modo que... “no podrán cubrirse ni aun con expreso consentimiento de las partes y deberán declararse a pedimento de éstas o de oficio, en cualquier estado o grado del proceso”; antes bien la fórmula empleada en el supuesto de actuaciones realizadas por quien finalmente es recusado están únicamente afectas de nulidad relativa, y por tanto quedarán subsanadas con el asentimiento de la parte que invocaba la supuesta

imparcialidad, de acuerdo a la norma general contenida en los párrafos 1) y 2) del artículo 228 CPP.

81

EFFECTOS

Declarada la excusa o aceptada la recusación, el juez o tribunal no realizará en el procedimiento ningún acto, bajo pena de nulidad.

La intervención de los nuevos funcionarios será definitiva, aunque posteriormente desaparezcan los motivos determinantes de la recusación.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 223 (declaración y efectos de la nulidad), 224 a 228 (causas y efectos de nulidades absolutas y relativas)

340 II. COMENTARIO

A) La nulidad de los actos posteriores a la excusa o a la recusación

Si durante la tramitación del incidente de recusación la ley ha elegido que sea el propio juez recusado el que siga en el conocimiento del procedimiento es porque se apuesta decididamente por el buen criterio judicial ante una cuestión en la que el propio órgano no ha considerado necesario excusarse. Las palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 10 de junio de 1996, caso PULLAR, son muy ilustrativas de lo que queremos decir “El principio según el cual se debe presumir que un tribunal está exento de prejuicio o de parcialidad refleja un elemento importante de la preeminencia del Derecho, a saber: que el veredicto de un tribunal es definitivo y con fuerza obligatoria a no ser que sea revocado por una jurisdicción superior por vicios de procedimiento o de fondo”.

Ya hemos visto que la decisión del legislador no esta exenta de problemas pues la contrapartida a esta confianza puede ser la declaración de nulidad de lo actuado en el que podemos llamar “tiempo de la sospecha”, hasta que se resuelve el incidente, pero en cualquier caso determina la ley como efecto inmediato de la decisión estimatoria de la recusación, o de la declaración de la excusa, la imposibilidad del recusado o excusado de seguir actuando, es decir, su apartamiento del procedimiento.

El incumplimiento de este mandato se sanciona con la pena de nulidad, no estableciendo la ley si se trata de una nulidad absoluta o relativa.

a) La tesis de la nulidad relativa

Pudiera pensarse que no diciendo nada la ley, y visto el régimen establecido para el supuesto de la nulidad durante la tramitación del incidente, se estaría también aquí ante una nulidad relativa, pero puede entonces oponerse que no se prevé la posibilidad de la declaración a instancia del recusante, ni tampoco su convalidación por medio alguno, no pareciéndonos adecuado aplicar a este supuesto el párrafo final del artículo 80 antes visto en aplicación analógica que la ley no permite en supuesto en el que rige expresamente el principio de legalidad que reseña el artículo 223 para las causas de nulidad.

b) La tesis de la nulidad absoluta

Más bien entendemos que se está en este caso en presencia de una causa de nulidad absoluta pues el juez excusado o recusado pierde, por estas decisiones fundadas, la posibilidad de seguir conociendo de un proceso, como su perdiera su competencia, aunque no se trate de una cuestión de competencia técnicamente considerada al no afectarse al juez-órgano sino al juez-persona, y el supuesto podría incardinarse sin mayor esfuerzo en la causa sexta del artículo 224 en el que se reseñan los supuestos de nulidad absoluta:

341

“Cuando el acto implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en este Código”, con la declaración de nulidad sólo del acto en que se hubiere cometido la infracción, como se expresa en el propio artículo 81 y también en el párrafo final del 224, pues no cabe duda de que el principio de imparcialidad está constitucionalmente protegido y se habría visto vulnerado por la infracción de la previsión legal con agravio para la parte recusante, lo que cumple a su vez la premisa de toda nulidad conforme al párrafo primero del artículo 223.

B) La definitiva intervención de los reemplazantes

El párrafo segundo del artículo 81 se limita a establecer la definitiva intervención de quienes reemplacen al excusado o recusado, y ello aunque después de estas declaraciones desaparezca la causa que provocó una u otra, y por tanto cesase la situación de duda de imparcialidad que se trata de precever.

La explicación de esta norma es de toda lógica a fin de dotar de seguridad jurídica al proceso que no puede estar al albur del cambio de situaciones respecto de las personas que sirven a la justicia, de manera que una vez apartado el juez o magistrado

de un proceso no podrá volver ya a él por alteración de sus circunstancias que extienden sus efectos en el tiempo a todo el procedimiento, sus incidencias y, en su caso, su ejecución.

82

EXCUSA Y RECUSACIÓN DE SECRETARIOS

Los secretarios estarán obligados a excusarse y podrán ser recusados por los motivos expresados en esta sección. El juez o tribunal ante quien se promueva el incidente, procederá conforme a los trámites establecidos en esta Sección.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 73 a 81(excusa y recusación de jueces y magistrados)

II. COMENTARIO

342

En principio la imparcialidad de los Secretarios, o en su caso de otros miembros de la oficina judicial, no está incluida en el amparo que los tratados internacionales otorgan a la imparcialidad de jueces y tribunales, ni parece que pudiera entenderse incluida dentro del derecho al proceso debido o con todas las garantías, pero no es menos cierto que tradicionalmente se viene regulando el deber de abstención y recusación de estas personas con una perspectiva eminentemente práctica que parte de la consideración de que es aconsejable apartar del proceso al Secretario cuya imparcialidad pueda verse afectada por sus relaciones con el objeto del proceso o con las partes.

La regulación legal establecida para la abstención y recusación de los Secretarios es la misma que la establecida para los jueces, a la que se remite íntegramente y sin especialidad alguna, debiendo abstenerse el Secretario por concurrencia de alguna de las causas del artículo 73 en cuanto sean aplicables, o presentándose ante el titular del órgano judicial el escrito de recusación a fin de que el mismo proceda conforme a los artículos 78 y siguientes ya comentados.

CAPÍTULO II

FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

83

FUNCIÓN

Corresponderá a la Fiscalía General de la República dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal ante los jueces y tribunales.

Los fiscales formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones; en la audiencia inicial, en la audiencia preliminar, la vista pública y las demás audiencias que convoquen los jueces, en forma oral; en los demás casos, por escrito.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 191 a 193 (FGR); 159, inciso 2º. y 168, ordinal 17º. (PNC)
- LOMP, 1 a 19 (Parte Primera)
- LOPNC, 2, 4, 13 y 23
- Reglamento relativo a la dirección funcional del FGR en la PNC (Decreto No. 53/1994, de 21 de abril)
- CPP, 2, 3, incisos 2º. y 5º., y 4 (principios); 19, 20, 22, 26 y 29 (ejercicio de la acción); 84, 85, 235 (plazo para formular el requerimiento), 238 y 240 (atribuciones de investigación); 247 a 249 (requerimiento fiscal) y 259 (disconformidad del juez); 268 (participación en la instrucción); 313, 314, 316 y 321 (acusación); 343 (ampliación de la acusación), 353 (conclusiones finales en el juicio plenario), 453-A (fiscales no letrados)
- CP, 298 (atentados al derecho de defensa), 299 a 302 (obtención de pruebas con vulneración de derechos fundamentales), 311 (omisión de investigación), 314 (patrocinio infiel), 315 (simulación de influencia), 316 (destrucción, inutilización y ocultamiento de documentos)

II. COMENTARIO

A) Configuración constitucional del FGR

El llamado por la Constitución Ministerio Público se ejerce por el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y los demás funcionarios que determine la ley (art. 191 Cn).

El Fiscal General de la República (FGR) es un órgano unipersonal del Estado elegido por la Asamblea Legislativa por mayoría calificada de dos tercios de los Diputados electos, por un período de tres años, pudiendo ser reelegido. Para su destitución, que solamente procederá por las causas legalmente establecidas, también se requerirá el voto de los dos tercios de los Diputados electos.

La anterior configuración constitucional rompe con una tradición que hacía dependiente al FGR del Órgano Ejecutivo, habiéndose pretendido dar al mismo una mayor *independencia* en el ejercicio de sus funciones, para lo cual se confiere a la Asamblea Legislativa las facultades de su elección y de su destitución, que antes correspondía al Presidente de la República. Quedan así satisfechas muy razonablemente las exigencias del *principio democrático*, que requiere que quienes ejercen funciones de gobierno sean designados por la elección popular, directa o secundaria, siendo responsables por sus actuaciones.

344

La *responsabilidad* del FGR ante la Asamblea Legislativa se articula, entre otros mecanismos, a través de su obligación de “rendir el informe de labores y todos aquellos que dentro de sus atribuciones le sean requeridos por el Órgano Legislativo” (art. 3.23 LOMP). La exigencia de responsabilidad a los demás funcionarios de la Fiscalía, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones profesionales o de su falta de idoneidad para el cargo, corresponde al titular de la institución (FGR), que debe remover a los funcionarios y empleados de su dependencia por causa de ineptitud, mala conducta, negligencia en el desempeño de sus cargos o por cualquier otra causa que vaya en detrimento de las funciones de la institución (art. 82 LOMP). Si fuese necesario, el FGR ejercerá contra sus subordinados las acciones judiciales necesarias para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria.

Tanto la legitimación democrática del FGR, como su efectiva independencia y la correlativa responsabilidad por las actuaciones del conjunto de la Fiscalía son especialmente importantes, dado el inmenso poder que se otorga a la institución. Como señala J. GARCÍA MORILLO, “en una sociedad mediática como la nuestra, basta una acusación del Ministerio Fiscal adecuadamente difundida para, en el mejor de los casos, lesionar grave y quizá irremediamente reputaciones, relaciones familiares, afectivas y de amistad y carreras profesionales o trayectorias empresariales”. Ese considerable poder de la Fiscalía, en el caso concreto del ejercicio de la acción penal y de la dirección

de la investigación de los delitos, debe ir acompañado de un adecuado nivel de preparación deontológica y profesional, tanto del propio Fiscal General del Estado como de sus Agentes Auxiliares (art. 7 LOMP), con el fin de garantizar que la acción penal se ejerza con profesionalidad y uniformidad, con rigor y objetividad.

B) Competencias y estructura

Las *atribuciones constitucionales* del FGR exceden con mucho de las que se requieren para hacer posible el modelo de proceso que acoge el Código Procesal Penal, según podemos constatar con la lectura de los arts. 193 Cn y 3 LOMP, en los que se relacionan las atribuciones conferidas a la Fiscalía por la Constitución y la Ley Orgánica del Ministerio Público. Un examen somero de sus competencias nos pone de manifiesto que estamos en presencia de una figura polifacética, por cumplir funciones muy diversas en defensa del interés público, razón por la cual el último inciso del art. 3 LOMP, tras relacionar hasta un total de veinticinco atribuciones de la Fiscalía, reiterando las que por su parte expresa el art. 193 Cn (con diez numerales), manifiesta que la enumeración de las atribuciones no excluye otras que pueda ejercer el Fiscal General de la República en aras de la adecuada defensa del referido interés.

Ese conjunto diverso de competencias del FGR, cuyo campo de actuación principal, pero no único, es el relativo al ejercicio de las oportunas acciones procesales ante el Órgano Judicial, lo sintetiza la Constitución y la LOMP bajo las fórmulas genéricas de la *defensa de los intereses del Estado y de la sociedad* (art. 193.1 Cn) y de la *promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad* (arts. 193.2 y 3.1 LOMP). Ahora bien, tan amplias formulaciones competenciales se pueden concretizar, tras un análisis de la lista de competencias que recoge la Constitución y la ley, en los siguientes bloques de actividad:

345

- a) *Defensa de los derechos humanos y de las garantías constitucionales de los ciudadanos*, así como de la legalidad constitucional, a cuyo efecto se establece la intervención del FGR en defensa de la constitucionalidad en los procesos de inconstitucionalidad (art. 8 LPRCN), de amparo (art. 17 LPRCN) y de hábeas corpus o de exhibición personal (art. 41 LPRCN: El auto de exhibición personal puede pedirse..., por aquel cuya libertad esté indebidamente restringida o *por cualquier otra persona*....). Asimismo, el FGR es el *contralor del debido proceso*, por lo que deberá poner en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia las irregularidades de que tenga conocimiento en la tramitación de cualquier tipo de proceso judicial, a efecto de que se adopten las acciones disciplinarias correspondientes (art. 3.19 LOMP). En particular, velará por la independencia de los jueces y magistrados de la jurisdicción penal cuando interfiera en el ejercicio de sus funciones la Corte Suprema de Justicia, alguno de sus Magistrados o cualquier otro Tribunal (art. 3, último inciso, CPP).

- b) *Defensa de los intereses de la Hacienda Pública y de la Administración del Estado*, que son funciones que en España tienen atribuidas los abogados del estado, cuerpo funcional que en su origen (S.XIX) se segregó del cuerpo de fiscales. El Fiscal General de la República en El Salvador actúa en defensa y representación de los intereses del Estado o, por mejor decir, de la Administración del Estado y de las Instituciones de Derecho Público, accionando en toda clase de juicios en representación de aquellos, cuidando de que los fondos públicos no sufran menoscabo, velando por la regularidad de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos administrativos y de las concesiones de cualquier clase, suscribiendo los mismos y vigilando su ejecución y desarrollo según lo acordado, debiendo ejercer las acciones judiciales pertinentes a efecto de deducir las responsabilidades del caso. Asimismo, está obligado a ejercer las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal y administrativa o disciplinaria en que pudieran haber incurrido en el ejercicio de su cargo los funcionarios públicos, incluidos los municipales.
- c) *Defensa de la legalidad en materias residuales*, no atribuidas a la Procuraduría General de la República, pudiendo citarse, entre otras, la intervención en los expedientes de otorgamiento de la nacionalidad salvadoreña, y el ejercicio de acciones en específicas materias de carácter mercantil, así como la formulación de *recursos de casación ante cualquier jurisdicción en el solo interés de la ley* (aunque no hubiese intervenido como parte).
- d) *Defensa de la legalidad penal a través de su intervención en el proceso penal*, dirigiendo la investigación de los delitos y promoviendo la acción penal ante jueces y magistrados, cuestiones aludidas en el art. 83 CPP que a continuación se comentarán.

346

Por último, para el cumplimiento de sus atribuciones, la FGR está organizada conforme al siguiente *orden jerárquico*: 1º.) Fiscal General de la República, 2º.) Fiscal General Adjunto, 3º.) Fiscal General Adjunto para Derechos Humanos, 4º.) Secretario General, 5º.) Jefes de División, 6º.) Jefes de Regionales, 7º.) Jefes de Departamentos Y 8º.) Jefes de Sección.

Asimismo, la estructura funcional de la FGR cuenta, entre otras, con las siguientes unidades técnicas: a) División de Defensa de los Intereses de la Sociedad; b) División de Defensa de los Intereses del Estado y c) División de Fiscalías Regionales.

La División de Defensa de los Intereses de la Sociedad posee, por último, las siguientes unidades especializadas: Unidad de Delitos Especiales, Unidad de Delitos Relativos a la Vida e Integridad Física, Unidad de Delitos Relativos al Patrimonio Privado, Unidad de Hurto y Robo de Automotores, Unidad de Delitos de Medio Ambiente, Unidad

de Delitos Relativos a la Administración de Justicia y la Fe Pública y Unidad de Delitos contra el Menor y la Mujer.

C) Dirección de la investigación de los delitos

La Constitución de la República otorga al FGR la dirección de la investigación del delito “con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley” (art. 193.3 Cn).

Esto obliga a que en la práctica las relaciones entre la Fiscalía y la PNC sean muy intensas, y plantea un problema de articulación entre ambas instituciones, cuya solución, por el momento no totalmente satisfactoria, la encontramos en el Decreto No. 33/1994, de 21 de abril, que aprobó el “Reglamento Relativo a la Dirección funcional del FGR en la PNC”.

Dado que las funciones de la PNC son más amplias que las referidas a la investigación del delito (art. 23 LOPNC), la *dirección funcional* del FGR sobre la PNC solo afecta, en la forma que diremos al comentar el art. 84 CPP, a la investigación de hechos delictivos (art. 1 del Reglamento) y, en concreto, a las Divisiones de Investigación Criminal y Antinarcóticos o cualquier otra División cuando realicen labores de investigación delictiva.

347

La estructura operativa y normas de funcionamiento de la PNC vienen reflejadas en la Ley Orgánica de la PNC de 25 de junio de 1992, que ha sido objeto de modificación en lo referente al régimen disciplinario de los miembros de la PNC por Decreto Legislativo de 8 de junio de 2000.

Conforme a lo establecido en el art. 4, inciso 1º. de la LOPNC, “bajo la autoridad del Ministerio del Interior y de Seguridad Pública y del Viceministro de Seguridad Pública, el mando ordinario de la policía lo ejerce el Director General que es la máxima autoridad administrativa de la Policía Nacional Civil”. El Director General es asistido por el Subdirector General de Operaciones, de quien dependen las Divisiones Operativas y las Delegaciones Departamentales (art. 10, LOPNC).

Para el desarrollo de los servicios operativos, la Policía Nacional Civil cuenta con nueve divisiones: Seguridad Pública, Investigación Criminal, Antinarcóticos, Finanzas, Fronteras, Protección de Personalidades, Tránsito Terrestre, Armas y Explosivos y Medio Ambiente.

Existen además Delegaciones Departamentales, una por cada departamento, según la división política y administrativa del territorio nacional. Según la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil en su art. 21, la Delegación Metropolitana agrupará todas las dependencias del área metropolitana. A la fecha, existen dieciocho delegaciones,

incluyendo las de San Salvador. Los Departamentos y Secciones constituyen el desarrollo de cada una de las divisiones operativas que conforman la Policía Nacional Civil, cuyas funciones dependerán de la misión de cada división, de acuerdo a las necesidades de coordinación de los servicios.

D) Ejercicio de la acción penal

El ejercicio de la acción penal por una persona o institución ajena al Órgano Judicial es una *conditio sine que nom* del proceso, institución jurídica que se caracteriza por el hecho de que “ante un tercero imparcial comparecen dos partes parciales, situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, y plantean un conflicto para que aquel lo solucione actuando el Derecho objetivo” (MONTERO AROCA). De aquí que sea necesario, o cuanto menos muy conveniente, que el Estado instituya un órgano público, independiente del Órgano Judicial, que se encargue de impulsar el proceso mediante la formulación, en su caso, de las alegaciones inculpatorias y la aportación de las pruebas de los hechos constitutivos de delito (art. 4 CPP). Desde la perspectiva de las necesidades técnicas del proceso, resulta, pues, secundario que la parte acusadora, en nuestro caso la FGR, dirija o no a la policía, tenga o no en sus manos la dirección de la investigación del hecho delictivo, asuma o no, en definitiva, la responsabilidad de llevar a buen término la fase instructora del proceso, como ocurre en El Salvador, pero no así en otros países. Lo esencial, repetimos, para que exista al menos un verdadero proceso, es la imparcialidad en el juzgador, que conlleva la necesidad, en el ámbito penal, de que exista una parte acusadora enfrentada en igualdad de condiciones a otra parte defensora, sin que sea admisible que el juez sea al mismo tiempo acusador o que el imputado sea un mero objeto del proceso, en vez de protagonista ineludible del mismo, dada su condición de parte procesal.

348

Desde una perspectiva similar, la promoción de la acción penal por la Fiscalía General de la República es una consecuencia del derecho a la presunción de inocencia, del que forma parte el *in dubio pro reo*, y del *correlativo principio de que la carga de la prueba corresponde a los acusadores*. Dichas garantías vienen proclamadas en los arts. 12, inciso 1º., Cn, 4 y 5 CPP, así como en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por El Salvador (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención América de Derechos Humanos...), que tienen valor de ley secundaria, situándose en la jerarquía normativa inmediatamente después de la Constitución de la República (art. 144, 146 y 149 Cn).

La presunción de inocencia enlaza directamente con la tradición jurídica anglosajona, siendo obra, en concreto, de la Corte Suprema de EUA, que la hizo derivar de los conceptos de *due process* y de *fundamental fairness* que acoge la Quinta Enmienda de la Constitución norteamericana. Nokes (*An introduction to evidence*, Londres, 1956), citado por Vegas Torres (Presunción de Inocencia y prueba en el proceso

penal), explica la presunción de inocencia en los siguientes términos: “*There is a presumption of law that a person accused of a crime... is innocent; or, as it is sometimes said, he is presumed innocent until he is proved guilty... Yet on accusation another rule comes in operation, that is, he who asserts must prove; both rules cast the burden of proof upon the prosecution...*” Toda esa metodología del proceso ha de influir por fuerza en lo que podríamos denominar el estándar de la prueba (*standard of proof*) en los juicios penales, porque se requiere en ellos para la condena del imputado que la culpabilidad quede probada más allá de toda duda razonable (*beyond reasonable doubt*), lo que indudablemente tiene la ventaja de recordar a los jueces profesionales y a los miembros del jurado que no cabe identificar la sospecha con la evidencia, consistiendo el rol del fiscal, precisamente, en la conversión, por métodos legales, de una en otra.

Las referidas técnicas jurídicas y la correlativa necesidad procesal de que exista un acusador que asuma la tarea de alegar y probar los hechos en el proceso, conforme al *principio acusatorio*, hacen conveniente, más allá de la posibilidad legal del ejercicio de la acción penal por la víctima en los delitos de acción pública (art. 95 CPP), que exista un órgano estatal encargado de la persecución penal, habiéndose optado en El Salvador por atribuir al FGR, conforme a la tradición jurídica norteamericana, no solo la competencia para el ejercicio de la acción penal sino la responsabilidad de dirigir la investigación del delito, asumiendo, bajo control judicial, la fase de instrucción del proceso.

349

E) Los principios de actuación

En sentido amplio, se ha de afirmar que los fiscales están sometidos, como cualquier otro funcionario público, al *principio de legalidad*, en cuya virtud deberán actuar con sujeción a la Constitución de la República, a los tratados y convenciones internacionales suscritos por El Salvador, a las leyes secundarias y a demás normas que integran el ordenamiento jurídico salvadoreño. No obstante, cuando se habla de principio de legalidad la doctrina se refiere “al deber jurídico del Ministerio Público de procurar el esclarecimiento y eventual sanción del hecho punible promoviendo y ejerciendo la acción penal toda vez que tenga noticia de una infracción” (MAIER). Técnicamente, la referida obligación se concreta en verdaderas *potestades discrecionales*, porque la ley secundaria define algunas de las condiciones de ejercicio de las mismas (por ejemplo, el deber de formular requerimiento ante el juez de paz al recibir una denuncia o querrela, art. 235), pero deja otras a la estimación subjetiva de la Fiscalía (si procede o no la desestimación, el archivo, la aplicación de un criterio de oportunidad de la acción pública, etc.). Ahora bien, esa subjetividad en el proceso de aplicación de la legalidad está constreñida materialmente por el fin perseguido al otorgarse la potestad (interés público y social, por ejemplo, de la persecución penal) y, formalmente, por los controles establecidos para asegurarse que se cumpla dicho fin, que deviene así en un elemento reglado de la discrecionalidad. Esos controles incluyen, por ejemplo, la obligación de la Fiscalía, en todo caso, de formular requerimiento (art.

235), de fundamentar la solicitud de desestimación de la denuncia o querrela (art. 249), así como la necesidad de aceptación judicial de la solicitud del fiscal de que se suspenda condicionalmente el procedimiento o se aplique un criterio de oportunidad (art. 256), etc.

En la doctrina y en la propia configuración normativa salvadoreña de la Fiscalía General de la República, se destacan, en concreto, como *expresiones puntuales*, entre otras, *de ese genérico principio de legalidad*, los principios de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, de igualdad procesal, de independencia (aunque internamente la Fiscalía actúe como una unidad jerarquizada), de imparcialidad y objetividad y de responsabilidad.

350 El *principio de obligatoriedad*, como hemos visto (arts. 235 y 248), significa que el proceso ha de ser *iniciado necesariamente* por el FGR cuando llegue a su conocimiento la comisión de un hecho delictivo (con la excepción de los delitos perseguibles por acción privada) o reciba una denuncia o querrela de un particular. Tiene, pues, el FGR el deber jurídico de investigar los hechos delictivos y promover, en su caso, la correspondiente acción penal, estableciendo el Código determinados mecanismos de *control judicial de la legalidad* de la actuación del fiscal. No es contradictorio con lo anterior la aplicación, en determinados casos, de *criterios de oportunidad*, porque la propia ley fija con precisión los supuestos en que proceden, sometiendo la solicitud al respecto de la Fiscalía a las exigencias técnicas de la discrecionalidad y a la supervisión judicial. En cuanto al plazo para formular requerimiento, la reforma del art. 235 CPP (DL 281/2001, de 8 de febrero) mantiene el plazo de setenta y dos horas para formular requerimiento, si el imputado se encuentra detenido, no fijando plazo alguno si no lo está, limitándose a decir el precepto que se “formulará el requerimiento respectivo en el menor tiempo posible”, reforma que hemos criticado en el comentario al art. 235.

El *principio de igualdad procesal* obliga a que los fiscales, el imputado, su defensor, el querellante, sus representantes y los demás intervinientes, tengan las mismas posibilidades de ejercer durante el procedimiento las facultades y derechos previstos en la Constitución de la República, en el Código Procesal Penal y en las demás leyes que sean de aplicación (art. 14 CPP).

El *principio de independencia*, al que hemos hecho referencia en el apartado A), se predica solo del FGR, pero no de los fiscales y demás empleados de su dependencia, que tienen la condición de Agentes Auxiliares del titular de la institución (art. 7-A LOMP), es decir, de personas que han sido delegadas por el Fiscal General de la República para el cumplimiento de sus atribuciones. Existe así *una dependencia jerárquica* al interior de la Fiscalía, que actúa de manera unitaria en todo el territorio nacional, porque el FGR tiene poderes de dirección y decisión en lo relativo a la organización y realización de sus atribuciones, y una *independencia externa* del propio Fiscal General de la República, en relación con los demás órganos fundamentales del Estado.

Respecto al *principio jerárquico*, el inciso segundo del art. 5 LOMP señala que “los niveles de decisión de la Fiscalía General de la República tendrán el orden jerárquico siguiente: Fiscal General de la República, Fiscal General Adjunto y Fiscal Adjunto para Derechos Humanos, Secretario General, Jefes de División, Jefes de las Fiscalías Regionales, Jefes de Departamento y Jefes de Sección”. Se parte, pues, de la base de que los fiscales superiores pueden impartir instrucciones a los inferiores, pero estos deben examinar la juridicidad de las mismas, su legalidad y objetividad, en suma, ya que la obediencia a una orden antijurídica podría dar lugar a responsabilidades penales.

En cuanto a la *independencia ad extra*, el art. 10 LOMP establece que “la Fiscalía General de la República ejercerá sus funciones independientemente de los demás órganos del Estado, dentro de sus respectivas atribuciones y competencias que le establecen la Constitución y las leyes, pero estará obligada a prestar la necesaria colaboración en el ejercicio de la función pública. En consecuencia, el Fiscal General de la República no podrá ser impedido ni coartado por ninguna autoridad en el ejercicio de sus atribuciones”.

El *principio de imparcialidad y objetividad* impone, no solo a los jueces, sino a todas “las autoridades administrativas” con competencia en la materia, es decir, a la Policía y a la FGR, que desde que se inicie la investigación de un hecho delictivo establezcan en sus respectivas actuaciones las circunstancias que perjudican y las que favorecen al imputado (art. 3, inciso 3º., CPP). Podría objetarse que una parte procesal que sea imparcial es una contradicción irresoluble; sin embargo, debemos distinguir entre el rol del fiscal en la investigación del delito, donde la imparcialidad es más operativa, del rol del fiscal en el juicio oral, en el que psicológicamente es menos fácil ser imparcial, pero no imposible, resolviéndose técnicamente la cuestión acerca de la condición o no de parte procesal del FGR considerando a éste parte procesal en sentido formal, en cuanto que se opone al imputado en la actividad procesal. Debe advertirse que no son asimilables las categorías que al respecto utilizan el proceso civil y el proceso penal, porque en este último, salvo en los delitos solo perseguibles mediante acción pública dependiente de instancia particular (art. 26) y por acción privada (art. 28), las partes necesarias del proceso (FGR e imputado) no disponen en el juicio del objeto del mismo, al contrario de lo que ocurre siempre en el proceso civil.

Por último, el *principio de responsabilidad*, al que hemos aludido en el apartado A), es el contrapeso necesario del enorme poder del FGR, de las devastadoras consecuencias, como dice GIUSEPPE DI FEDERICO, que un “uso indebido, impropio o partidista de la acción penal puede acarrear sobre la protección de los derechos civiles, sobre la salvaguardia del *status* social, económico, familiar y político de los ciudadanos y sobre su igualdad ante la ley penal”. Por eso es esencial que en la FGR existan sistemas eficaces para inspeccionar el desempeño profesional de los fiscales y que, si hubiera lugar a ello, se adopten las medidas previstas en los arts. 80 a 82 LOMP. Dice al respecto el art. 80 de la referida ley que “El Fiscal General de la República... y sus

Agentes Auxiliares... que con abuso malicioso de su cargo o por negligencia o ignorancia inexcusable perjudicaren a sus patrocinados o faltaren a sus obligaciones en el desempeño de sus funciones incurrirán en las penas señaladas en el Código Penal y serán inmediatamente destituidos de sus cargos”.

En concreto, los delitos tipificados en el Código Penal más directamente relacionados con la actividad de los miembros de la Fiscalía son los referidos a atentados al derecho de defensa (art. 298 CP); obtención de pruebas con vulneración de derechos fundamentales, como allanamientos, escuchas telefónicas, interceptación de la correspondencia,... (299 a 302 CP); negativa a promover la investigación de un hecho delictivo y al ejercicio de la acción penal (art. 311 CPP); patrocinio infiel y simulación de influencia (arts. 314 y 315); destrucción, inutilización u ocultamiento de documentos (art. 316 CP), fraude procesal (art. 306 CP)...

F) El deber de motivación de los actos procesales del fiscal

352 El fiscal tiene el deber de *motivar específicamente* sus requerimientos y conclusiones (2º. inciso art. 83), estando establecido en el art. 3, final del inciso 3º., que las “autoridades administrativas” (concepto que incluye al FGR), desde que se inicie la investigación de un hecho delictivo, deberán establecer en sus respectivas actuaciones las circunstancias que perjudican y las que favorecen al imputado, *debiendo fundamentar* tales circunstancias y *las pruebas de cargo y de descargo*.

Dicha fundamentación se hará de *forma oral* en las audiencias inicial y preliminar o en cualquier otro tipo de audiencia que se convoque, así como en el juicio oral; y de *forma escrita*, en las demás ocasiones de relevancia procesal en que el fiscal intervenga.

En el caso concreto del requerimiento fiscal (arts. 247 y 248 CPP), no es admisible la práctica, afortunadamente ya superada, de no aportar al juez de paz copias autenticadas de los documentos que indiciariamente muestren la probable culpabilidad del imputado. Esa acreditación es consustancial al deber de fundamentación del requerimiento, que también existirá cuando el fiscal solicite la desestimación (art. 249), y absolutamente necesaria para que el juez de paz pueda decidir las peticiones que se le formulen (art. 248).

La motivación de las peticiones del FGR se realizará verbalmente en la audiencia inicial, preliminar y en la vista pública, al evacuar el trámite de conclusiones finales (art. 353). Serán de aplicación al respecto las reglas de la vista pública, adaptadas a la *sencillez* de la audiencia inicial y un poco mayor complejidad de la audiencia preliminar (arts. 255 y 319, inciso 5º.).

Por último, el inciso 2º. del art. 83 CPP establece el deber de los fiscales de *motivar específicamente* sus requerimientos y conclusiones; por consiguiente, el deber

de motivar afectará a todas y cada una de las peticiones que haga el fiscal al juez o tribunal para que las resuelva en la audiencia inicial (art. 248), preliminar (arts. 313 y 316) y en el juicio plenario (art. 314 y 343).

G) Los Auxiliares del Fiscal General de la República

Cuando nos referimos a ellos, nos estamos refiriendo a los fiscales que en la práctica judicial ordinaria ejercen la acción penal en nombre del Fiscal General de la República y en régimen de jerarquía al interior de la Fiscalía (art. 5 LOMP). Pues bien, a dichos auxiliares se refiere específicamente el criticable art. 453-A CPP, prorrogado por DL 158/2000, de 13 de octubre, a cuyo comentario nos remitimos.

84

ATRIBUCIONES DE INVESTIGACIÓN

Los fiscales dirigirán los actos iniciales de la investigación y los de la policía, velando por el estricto cumplimiento de la ley. Durante la instrucción cumplirán con las investigaciones que les encomiende el juez o tribunal, sin perjuicio de ampliar la investigación en procura de todos los elementos que les permitan fundamentar la acusación o pedir el sobreseimiento.

353

En todo caso actuarán bajo el control jurisdiccional.

I. CONCORDANCIAS

- Cn 159, incisos 2º. y 3º., 193.3
- LOPNC, 13, 23.4
- Reglamento relativo a la dirección funcional del FGR en la PNC
- CPP, 83, 142, 238 a 245, 267 y 268

II. COMENTARIO

El precepto se refiere a las atribuciones de la FGR en materia de investigación de hechos delictivos.

Dichas atribuciones, en apretada síntesis, se caracterizan por las siguientes notas:

- Amplia, pero no total, autonomía de la FGR, que debe velar por la legalidad del proceso.

- Dependencia funcional de la PNC respecto de la FGR, aunque también con cierta autonomía.
- Control jurisdiccional de ambas instituciones.

A) La autonomía de la FGR en la investigación del delito

El FGR posee autonomía para la investigación de los delitos, debiendo velar por el estricto cumplimiento de la legalidad, lo que implica el respeto a los principios de actuación que hemos examinado al comentar el anterior artículo 83 (apartado E), al que nos remitimos.

La ley le obliga a iniciar la investigación tan pronto tenga conocimiento fehaciente de un hecho punible, sea cual sea la fuente de dicho conocimiento (denuncia, querrela o cualquier otro medio), salvo los casos de excepción autorizados por la ley.

Una vez iniciada la investigación, la Fiscalía deberá actuar con objetividad e imparcialidad, debiendo extender su actuación tanto a las circunstancias favorables como a las desfavorables que afecten al imputado. El fiscal, en suma, está obligado a obtener las pruebas de cargo y las de descargo, y a atender las peticiones razonables que en tal sentido le sean solicitadas por el propio imputado y su defensor. Deberá también tomar las medidas oportunas para que las pruebas se obtengan conforme a las disposiciones del Código y de esa manera puedan ser consideradas válidas en su día por el tribunal sentenciador. Resulta, por último, muy importante que el fiscal realice los actos definitivos e irreproducibles que considere necesarios, solicitando en los primeros momentos, incluso del juez de paz, la aplicación del procedimiento de la prueba anticipada (art. 270).

354

Decimos que la autonomía de la Fiscalía es amplia pero no total porque, como señala el precepto que comentamos, durante la instrucción, los fiscales deberán cumplir con las investigaciones que les encomiende el juez o tribunal. La instrucción, a la que en sentido amplio se refiere la totalidad del libro segundo del CPP, empieza a estos efectos desde que existe conocimiento de la perpetración de un hecho delictivo, momento en el que deben comenzar las diligencias iniciales de investigación, previas al requerimiento fiscal y a la audiencia inicial.

Si se trata de un delito que depende de instancia particular, también está obligado el FGR a realizar los actos de investigación que considere urgentes, debiendo abstenerse de actuar cuando le conste fehacientemente que la víctima del mismo, o su representante legal si se trata de un menor e incapaz, han decidido consciente y voluntariamente la no persecución del delito. Si no existen tales representantes legales, el FGR está obligado a actuar.

En la investigación de los delitos perseguibles por acción privada (art. 28), el fiscal deberá colaborar cuando se lo solicite el tribunal de sentencia, que es el competente para recibir y tramitar la correspondiente acusación particular (art. 400). Esa es una de las razones por la que el art. 84 se refiere a la obligación del fiscal de llevar a cabo las investigaciones que les encomiende el juez o *tribunal*.

Si la investigación afectase a una persona con inmunidad diplomática o asimilada, deberá estarse a lo establecido en los respectivos tratados internacionales: Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961; Convención de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963; Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas de 13 de febrero de 1946; Acuerdo entre el Gobierno de El Salvador y el PNUD, ratificado por D.L. 261/75, de 8 de mayo; Convenio entre la República de El Salvador y el BID, ratificado por D.L. 78/1972, de 22 de agosto, etc.

Cuando el imputado sea un funcionario público salvadoreño con algún tipo de privilegio constitucional (arts. 236 y 239), antes de la declaratoria de formación de causa, contra el titular del privilegio no se podrán utilizar actos que impliquen una persecución personal y solo se podrán practicar los actos de investigación indispensables para fundar la denuncia del antejuicio.

355

B) La dirección funcional de la policía

El art. 3.3 LOMP, en desarrollo del art. 193.3 Cn, atribuye al FGR la dirección funcional de la PNC desde la etapa policial de la investigación de los hechos criminales y la tarea de recabar las pruebas que han de someterse a la jurisdicción penal, “*a fin de velar por el estricto cumplimiento de los procedimientos legales*”. En esta última expresión radica el fundamento de la supremacía jerárquica del fiscal respecto de la PNC, en materia exclusiva de la investigación de hechos delictivos, por lo que no parecen adecuadas las intromisiones del fiscal en lo que es pura técnica policial, máxime cuando se trata de una inspección técnico-policial de carácter estrictamente pericial.

El “Reglamento Relativo a la Dirección Funcional del FGR en la PNC”, aprobado por Decreto presidencial No. 33/1994, de 21 de abril, desarrolla el concepto de “dirección funcional”, pretendiendo con ello lograr una coordinación eficiente en la investigación del delito entre ambas instituciones.

Se entiende, a tal efecto, por dirección funcional, el ejercicio de las facultades que le corresponden al Fiscal General de la República en la investigación de los diferentes delitos. Del examen de las mismas, se infiere que existe una incontestable subordinación de los miembros de la PNC pertenecientes a las Divisiones encargadas de la investigación de los delitos, (Divisiones de Investigación Criminal y Antinarcóticos, en especial) al FGR y a sus Agentes Auxiliares (art. 5 Regto).

En concreto, las facultades del Fiscal General de la República en materia de investigación del delito son las siguientes:

- a) Promover y dirigir la investigación de los delitos de que tenga conocimiento, *girando instrucciones para que se dicten y ejecuten las providencias del caso* y se le informe oportunamente sobre el resultado de las mismas.
- b) *Supervisar* el desarrollo de las *investigaciones, pudiendo objetar, modificar, reorientar jurídicamente* las mismas, efectuando los señalamientos concretos y específicos que tenga por conveniente.
- c) *Participar activamente en el desarrollo de las investigaciones* sin perjuicio de las labores de coordinación y ordenamiento que en virtud de razones técnicas realicen los investigadores.
- d) *Designar o sustituir a los investigadores* para un determinado caso, por intermedio del Jefe de la División y con expresión de los motivos justificativos de la decisión.
- e) Ordenar reabrir la investigación ya cerrada, si a juicio del FGR fuese incompleta o jurídicamente deficiente.
- f) Decidir sobre la remisión de la investigación a los tribunales de justicia, a cuyo efecto el fiscal valorará jurídicamente el contenido de la misma.
- g) Fijar un plazo para la conclusión de la investigación (art. 240 CPP).

356

El art. 240 CPP no contradice la anterior regulación administrativa al establecer que los oficiales, agentes y auxiliares de la policía han de cumplir sus funciones, *en materia de investigación delictiva*, bajo el control de los fiscales, estando obligados a obedecer sus órdenes y las de los jueces.

Ahora bien, *la policía podrá por propia iniciativa iniciar la investigación de un delito perseguible de oficio* y practicar las diligencias urgentes que el caso requiera. No requiere para ello el previo requerimiento del FGR, pero deberá entregar al mismo de manera inmediata copia de las diligencias practicadas, con el fin de que el fiscal pueda dirigir, controlar y valorar gradualmente la investigación.

La policía está obligada, en definitiva, a mantener *permanentemente informado al FGR* de la existencia y desarrollo de una investigación y a cumplir sus instrucciones, estándole especialmente prohibido ocultar información al FGR y cerrar una investigación sin su consentimiento.

Por otra parte, los oficiales, agentes y auxiliares pertenecientes a las *Divisiones de la PNC* con competencias en la investigación del delito *son auxiliares de la administración de justicia*, por lo que deberán también cumplir las órdenes de jueces y tribunales en relación a un proceso determinado y remitir al juzgado las diligencias extrajudiciales que hayan practicado. En ambos casos, el FGR deberá estar informado de dichas actuaciones.

El incumplimiento de las atribuciones y obligaciones establecidas legal y reglamentariamente por parte de los oficiales, agentes y auxiliares de la policía podrá dar lugar a las debidas responsabilidades penales y disciplinarias (art. 245 CPP), en la forma que establezca el Código Penal y el estatuto policial (art. 34 LOPNC).

La anterior configuración de las relaciones entre la FGR y las Divisiones de la PNC encargadas de la investigación de los delitos pretende conseguir la eficacia dentro de la legalidad en la investigación criminal, a través de la coordinación directa y permanente entre ambas instituciones, estando establecido que en *caso de discrepancia entre el Director General de la PNC*, a quien corresponde el control administrativo de la PNC, y el FGR, responsable de la dirección funcional de algunas de las Divisiones de la PNC, prevalecerá el criterio del FGR (art. 15). Sería, por último, conveniente, para conseguir una mayor eficiencia, la ubicación física de policías y fiscales en un edificio común, con el fin de que la comunicación entre ellos fuese constante y enriquecedora, conforme a la exigencia de “*coordinación funcional directa y permanente*” en lo relativo a la investigación de delitos, según establece el art. 13 del Reglamento.

357

C) El control jurisdiccional

En todo caso, afirma contundentemente el último inciso del art. 84, los fiscales *actuarán bajo control jurisdiccional*. Por su parte, los oficiales y agentes policiales encargados de la investigación del delito *ejecutarán las órdenes* de fiscales y jueces (art. 240, final del inciso 1º. CPP).

El control jurisdiccional que expresan tales mandatos estará normalmente dirigido a la realización de actos de prueba definitivos e irreproducibles (arts. 237, 249, final, 252, final CPP), a la ejecución de medidas cautelares y a la realización de las diligencias de investigación que el juez de paz o de instrucción considere convenientes, entre otras.

Los arts. 267 y 268 CPP contienen prescripciones fundamentales sobre el control judicial de la actividad de investigación:

- El juez de instrucción coordinará la investigación del hecho contenido en el requerimiento, procurando la mayor colaboración posible entre la Fiscalía General de la República, la policía, las partes y las autoridades judiciales.

- El fiscal podrá examinar en cualquier momento las actuaciones, cumplirá con los encargos de investigación formulados por el juez de instrucción, sin perjuicio de realizar por su propia cuenta cualquier acto de investigación que sea útil *para fundamentar la acusación*.
- El Fiscal siempre actuará bajo *control judicial*, y si el juez de la causa ha expresado su propósito de asistir a un determinado acto procesal, será avisado, haciéndolo constar, pero el acto no se suspenderá ni se aplazará por su ausencia.
- Cuando el juez encomiende al fiscal la realización de diligencias de investigación, le fijará un plazo para que presente los resultados.

Pero donde el control judicial se hace absolutamente imprescindible, hasta el extremo de provocar normalmente su inexistencia la nulidad absoluta de las pruebas obtenidas y de las que de ellas deriven (arts. 224.6 y último inciso), es en relación con la *adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales* necesarias para la investigación delictiva.

358 En este sentido, son amplios los poderes de jueces y fiscales al servicio de la averiguación de los delitos graves. Si tenemos en cuenta que, salvo el derecho a la vida y a la integridad física (y en El Salvador el secreto de las comunicaciones), ningún otro derecho fundamental tiene carácter absoluto, resulta casi omnimodo el poder del juez y del fiscal, bajo el control de aquel, en el ámbito de la investigación criminal, con la salvedad de que la mayor o menor gravedad del acto delictivo legitimará en mayor o menor medida el ejercicio del poder legítimo de injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales, por exigencia del *principio de proporcionalidad* que ha de presidir la decisión interventora de la policía, del fiscal y del propio juez.

El control jurisdiccional sobre los fiscales y policías que intervengan en la investigación de los delitos, (a ambos se refiere el último inciso del art. 84), es debido al principio de *exclusividad jurisdiccional* en la adopción de las medidas, salvo supuestos taxativos y excepcionales de detención administrativa (arts. 85, 239, 241 a 243 CPP) u otros casos referidos a derechos individuales que merecen, por su configuración, un tratamiento diferenciado, como ocurre con la requisita personal y el registro de vehículos, muebles y compartimentos cerrados (arts. 178 y 178-A CPP). En principio, será el juez de instrucción o, por razones de urgencia, el de paz, quienes adopten, a petición del fiscal, motivada y expresamente, la correspondiente resolución autorizando o denegando la injerencia.

Cuestiones distintas, cuyo análisis corresponde a otros lugares de esta obra, son las relativas a la determinación de los *requisitos materiales* (idoneidad, necesidad,

proporcionalidad de la medida) y *formales* (reserva de ley, motivación o fundamentación) de la decisión judicial, así como las medidas legalmente previstas para hacer ineficaces las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales.

III. JURISPRUDENCIA

Grado del control jurisdiccional para aplicar detención provisional. “El Juez no se puede convertir en un receptor inerte frente a las afirmaciones del acusador, el principio acusatorio no significa tal cosa, pues el Juez no puede ser un mero otorgante del ‘pase’ de lo que expone el Fiscal, y puede añadirse en apoyo de lo anterior, que no basta lo que afirma el Fiscal, si esto no tiene un apoyo; pues si así fuera el mero relato sería eficaz para mantener en detención provisional una persona” (*Hábeas Corpus*, 13-04-00).

Control jurisdiccional y diligencias de investigación. “... 1) Que la obligación de consignar a todo detenido a la orden del juez competente, con las diligencias que se hubieren practicado, es una disposición constitucional que se encuentra determinada en el art. 13 Inc. 2° de la Constitución de la República, lo que esta Sala en su Jurisprudencia ha considerado como un ‘imperativo legal’, que obliga al Fiscal encargado del caso en concreto, a remitir a la persona detenida, con las diligencias ya realizadas. La situación planteada se ha sometido a análisis en diversas ocasiones por ser planteado en forma periódica a esta Sala, por lo que en cada caso se trata de perfeccionar el criterio y abonar a lo ya considerado, con el único fin de que el derecho fundamental de libertad no vaya a verse vulnerado a causa del incumplimiento o anormal desarrollo de esta exigencia; es así que, en el caso particular, debe estimarse que esa exigencia dirigida a los delegados del Fiscal General de la República en cada caso particular, debe tenerse como obligatoria, con el fin de cumplir con lo que en repetidas veces esta Sala ha manifestado ser tan importante e indispensable en un proceso penal, como es la necesidad y deber de fundamentación de las resoluciones judiciales, y en especial aquellas que limitan derechos fundamentales; ese es el caso de la resolución dictada luego de celebrar la audiencia inicial, ya que es el primer momento procesal en el que se puede decretar la detención provisional de un imputado, decisión que para ser adoptada por la autoridad judicial, ya debe ésta contar con una mínima actividad probatoria; es decir debe poseer por lo menos algunos elementos o indicios que consten en el proceso penal y que sean la base del ‘*fumus boni iuris*’ y el ‘*periculum in mora*’ por ser estos requisitos indispensables para poder proveer una medida cautelar restrictiva del derecho fundamental de libertad” (*Hábeas Corpus*, 25-04-00)

85

PODER COERCITIVO

En el ejercicio de sus funciones, los fiscales tendrán el poder de solicitar informaciones, requerir la colaboración de los funcionarios y empleados públicos, citar a testigos y, antes del requerimiento fiscal, ordenar la detención administrativa, cumpliendo estrictamente con las formalidades y plazos previstos en la Constitución de la República y demás leyes.

Para esos efectos, podrán requerir la intervención de la policía y disponer de todas las medidas que consideren necesarias.

I. CONCORDANCIAS

- Cn 13, incisos 1º. y 2º.
- LOMP 75, 76 y 77
- CPP, 84, 126, 285, 286, 289

360 II. COMENTARIO

El precepto debe entenderse referido exclusivamente a las funciones el fiscal en materia de investigación de los delitos, ya que, en lo referente a la actividad procesal *stricto sensu*, son los jueces y tribunales quienes adquieren el monopolio del ejercicio de las facultades de coerción que el proceso exija, estableciendo al respecto el art. 126 que “en el ejercicio de sus funciones, el juez o tribunal podrán requerir la intervención de la seguridad pública y disponer todas las medidas necesarias para el cumplimiento de los actos que ordenen”.

Poniendo ahora nuestra atención en los poderes coercitivos de la Fiscalía, procederemos a analizar las siguientes posibilidades de actuación de la misma, mencionadas en el primer inciso del artículo que comentamos:

- Solicitar informaciones.
- Requerir la colaboración de los funcionarios.
- Citar a testigos.
- Ordenar la detención administrativa del imputado.

A) La solicitud de información

Dado que el precepto alude específicamente a la colaboración de los empleados públicos, parece que la facultad de solicitar información afecta solamente a las personas

físicas y jurídicas de carácter privado, aunque no existe inconveniente en entender que el precepto también se refiere a la información que puedan facilitar los órganos e instituciones de la Administración Pública: central, periférica, local e institucional.

En relación con esa facultad, el art. 77 LOMP dispone: “la Fiscalía General de la República y la Procuraduría General de la República podrán requerir las certificaciones, transcripciones e informaciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus atribuciones. Los funcionarios y empleados estatales y de las demás entidades públicas o privadas, estarán en la obligación de proporcionarlas y no podrán negarse a ello bajo pretexto alguno. Tales certificaciones, transcripciones e informaciones no causarán impuesto alguno y deberán manejarse reservadamente para los fines que hayan sido solicitadas”.

Se pretende con esta facultad que la FGR pueda obtener fuentes de prueba documental, es decir, instrumentos escritos de procedencia extraprocesal, así como también cualquier tipo de soporte material (grabaciones audiovisuales, soportes informáticos, etc.) que exprese e incorpore información con relevancia jurídica para la causa objeto de investigación.

La obtención de dicha información podría hacer necesaria una orden judicial de entrada y registro (arts. 173 a 179 CPP) y el correlativo acto de *secuestro* de los documentos u objetos susceptibles de servir como elementos de prueba. No hay que olvidar que la ley impone a la FGR que, tan pronto tenga conocimiento de un hecho punible, recoja con urgencia los elementos de prueba cuya pérdida es de temer (art. 238 CPP). Por ello, en casos urgentes la medida de secuestro puede ser ordenada por la policía o la Fiscalía General de la República, con sometimiento del acto a ratificación judicial dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes (art. 180, inciso 2º. CPP).

361

Por último, la negativa a facilitar información al fiscal no pueda basarse en el *secreto bancario* ni en el *secreto tributario*, pudiendo solo fundamentarse en que la información solicitada afecta a un secreto de Estado.

En efecto, el CPP no incluye, entre los obligados a abstenerse de declarar como testigos o a actuar como peritos (arts. 187 y 198 CPP), a los directores o empleados de las entidades financieras ni a los funcionarios públicos de la administración tributaria, cuya declaración no puede en absoluto catalogarse como secreto de estado ni quedar limitados, a los efectos aquí considerados, por lo que establece el art. 31 de la Ley del Servicio Civil.

Por su parte, el art. 232 de la Ley de Bancos (Decreto 697/1999, de 2 de septiembre), dispone claramente que “*el secreto bancario no será obstáculo para esclarecer delitos, ni para pedir el embargo sobre bienes*”, por lo que se deberán facilitar “las informaciones que requieran los tribunales de justicia, la Fiscalía General de la

República y las demás autoridades en el ejercicio de sus atribuciones legales...” (art. 201).

La *legislación especial sobre drogas* reitera dicho mandato legal, estableciendo al respecto el art. 64 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (Decreto 728/1991, de 5 de marzo) que “*el secreto bancario y la discreción en materia tributaria*” nos operarán en la investigación de los delitos tipificados en la referida Ley. A tal efecto, se prevé la posibilidad de incautar y/o requerir, previa autorización judicial, cualquier clase de documentos bancarios, financieros o comerciales necesarios para la investigación y enjuiciamiento de la causa de que se trate.

Finalmente, la *Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos* (Decreto 498/1998, de 2 de diciembre) vuelve a reiterar en su art. 24 que *el secreto bancario y la reserva en materia tributaria* no operarán en la investigación de lavado de dinero y de activos, si bien, aclara, la información al respecto solo podrá ser utilizada “para efecto de prueba en dicha investigación” y solo podrá ser ordenada por el juez competente y el Fiscal General de la República.

B) La colaboración de los funcionarios públicos

362 La colaboración de los funcionarios públicos con el FGR es una exigencia del deber de todos de colaborar en la administración de la justicia, máxime de quienes han protestado bajo su palabra de honor ser fieles a la República y cumplir y hacer cumplir la Constitución (art. 235 Cn).

El deber se impone no solo a los integrantes del Órgano Ejecutivo, sino a los demás funcionarios y empleados públicos de los otros poderes del Estado, así como a los del Gobierno Local (Gobernaciones y Municipalidades) y de las demás instituciones jurídico-públicas.

En términos prácticos, la solicitud de colaboración de la FGR a los funcionarios y empleados públicos se puede concretar en la solicitud de dictámenes periciales y la entrega de documentación oficial. Cuando el funcionario público como tal (miembro de la PNC) ha sido testigo de un hecho presuntamente delictivo, se impondrá con mayor fuerza si cabe la exigencia de su colaboración con la FGR.

C) La citación de testigos

Los oficiales y agentes tienen entre sus obligaciones y atribuciones la de ordenar las medidas necesarias para que los testigos que estén presentes en el *lugar del hecho* no se alejen ni se comuniquen entre sí (arts. 241.5), CPP.) y la de interrogarlos, “resumiendo la entrevista en un acta sucinta” (art. 241.6), CPP), pudiendo incluso exigir la “comparecencia inmediata de cualquier otra” persona en el lugar del hecho (art.

166). Al margen de dicha diligencia, la policía puede citar en sede policial a testigos, pero estos no tienen obligación legal de comparecer, ya que dicho deber no parece inferirse de ningún precepto del Código Procesal Penal.

La anterior actividad policial puede hacerse por orden del fiscal del caso, que ostenta la dirección funcional de la investigación, o por propia iniciativa, informando al fiscal.

Independientemente de ello, los fiscales pueden tomar las declaraciones testificales que consideren oportunas en la propia sede de la Fiscalía, a cuyo efecto podrán cursar directamente citaciones a testigos y requerir la intervención de la policía en el supuesto de que alguno de ellos no quiera personarse. Del art. 85 CPP, que así lo establece, no se deduce la exigencia de orden judicial previa para imponer la comparecencia del testigo.

El art. 75 LOMP dice al respecto que “toda persona que sea citada por el Ministerio Público, deberá comparecer personalmente, pudiendo hacerse acompañar de su apoderado o abogado; y si fuere citada por segunda vez y no compareciere el día y hora señalados será obligada a comparecer por apremio, salvo en los casos de fuerza mayor”.

363

D) La detención administrativa

La garantía constitucional contra las detenciones ilegales se establece en el art. 13 (incisos 1º. y 2º.) de la Constitución de la República de la siguiente forma: “Ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley, y estas órdenes deberán ser siempre escritas. Cuando un delincuente sea sorprendido “in fraganti”, puede ser detenido por cualquier persona, para entregarlo inmediatamente a la autoridad competente (inciso 1º.). La detención administrativa no excederá de setenta y dos horas, dentro de las cuales deberá consignarse al detenido a la orden del juez competente, con las diligencias que hubiere practicado (inciso 2º.).

El desarrollo de las anteriores prescripciones constitucionales, en lo referente al FGR, lo encontramos en los arts. 289 y 290.2 CPP, a cuyo comentario nos remitimos.

E) Otros poderes del FGR

Sin pretender agotar las facultades coercitivas del FGR, el art. 64 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (Decreto 728/1991, 5 de mayo de marzo) prevé la inmovilización de las cuentas bancarias de los imputados, previa autorización judicial, si bien, por razones de urgencia, la medida puede ser adoptada

por el fiscal, quien deberá dar conocimiento en el plazo de tres días a la autoridad judicial correspondiente para la ratificación o no de la medida cautelar.

F) Instrumentos para la efectividad de los poderes de coerción del FGR y los límites de su actuación

Por último, el inciso 2º. del art. 85, que comentamos, alude a los instrumentos de que dispone el fiscal para hacer efectivas sus órdenes en materia de investigación de los delitos.

La PNC encargada de la investigación del delito está bajo la dependencia funcional del FGR, en los términos vistos al comentar el art. 84; por consiguiente, la Fiscalía puede emitir órdenes a la PNC para que realice las actividades materiales que la investigación requiera.

Si la policía incumpliere dichas órdenes, podría incurrir en responsabilidad penal y disciplinaria (art. 245), aunque cualquier miembro de la policía puede pedir la reconsideración de las mismas a través de su superior jerárquico e incluso negarse a ejecutarlas si son manifiestamente ilegales, so pena de incurrir en responsabilidad penal.

364 Además de requerir la intervención de la policía, los fiscales pueden disponer “de todas las medidas que consideren necesarias” (allanamientos, secuestro de objetos, solicitud de pruebas periciales a organismos oficiales... etc.), restando solo decir que cualquier medida que adopte el fiscal en la fase de investigación delictiva tendrá que gozar, normalmente, con la previa autorización judicial cuando suponga una restricción de los derechos fundamentales de las personas.

86

EXCUSA Y RECUSACIÓN

Los fiscales podrán excusarse o ser recusados por los mismos motivos establecidos respecto a los jueces.

La excusa o recusación será resuelta por el fiscal superior. En cuanto al trámite, serán aplicables, en lo posible, las disposiciones referentes a los jueces. Todo de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica respectiva.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 192 (inciso 3º.) y 177 (en relación art. 12 LOMP)

- LOMP, 5 (inciso 2º.), 7-A, 12, 13.1ª., 68 a 70 (derogados) y 76
- CPP, 73, 74, 76 a 81 (en lo que sean de aplicación)

II. COMENTARIO

El FGR y sus agentes auxiliares ejercen en todas las fases del proceso una función pública, por lo que les está prohibido adoptar una posición parcial en el mismo. La FGR, afirma GUNDEL (citado por GÓMEZ ORBANEJA), “es un órgano del Estado, a quien incumbe en todo momento -lo mismo cuando prepara la acusación que cuando la formula y sostiene- cometidos públicos. En sentido material nunca es parte, porque no ejercita derechos propios, sino ajenos. Pero formalmente lo es en el juicio oral. En la instrucción, tan solo cuando se trata de anticipar alguna prueba, por imposibilidad de practicarla en el juicio”, conforme a lo establecido en el art. 270 CPP.

Esta posición *sui generis* del FGR y de sus agentes es la que explica la posibilidad de excusa y recusación de los mismos, al igual que ocurre con cualquier otro funcionario público. El FGR ejerce sus funciones por delegación del Estado, titular de la acción penal y de las facultades relativas a la intervención de los delitos. El Estado es, por ello, la auténtica parte material de la relación jurídico-procesal, que se ve obligado a actuar, dada su condición de persona jurídica, por mediación de los representantes de la FGR, que deben considerarse como parte formal del proceso. Sería absurdo que una parte pudiera recusar a otra, pero no lo es la posibilidad de recusar a quien interviene en el proceso en virtud de una mera ficción jurídica y está sometido a un estatuto que le impone la imparcialidad y la objetividad (art. 3, inciso 3º. CPP) en el ejercicio de sus funciones.

Si somos consecuentes con ese deber de imparcialidad del fiscal, debemos aceptar para el mismo idéntico régimen de impedimentos que el que existe para jueces y magistrados (art. 73), también obligados a ser imparciales, e incluso para secretarios judiciales (art. 82).

Por tales razones, no merece objeción alguna el contenido del precepto comentado que, al contrario del art. 96 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española y del derogado art. 68 LOMP, admite la recusación de los representantes del Ministerio Público. En efecto, con anterioridad a la entrada en vigor del CPP, los arts. 68 a 70 LOMP regulaban el régimen de impedimentos, excusas e incompatibilidades de los funcionarios del Ministerio Público, estableciendo, entre otras determinaciones, la no recusación de los mismos, pero imponiendo su deber de abstenerse de conocer en los negocios en que interviniesen cuando existiese algunas de las causales contempladas en el art. 1157 del anterior Código Procesal Penal de 1973. Dichos preceptos han quedado sin efecto en virtud de la disposición derogatoria del nuevo Código Procesal Penal (art. 454), a excepción del inciso 2º. del art. 70 LOMP, en lo relativo al régimen de suplencias, en los

casos de excusa y recusación, en el interior de la FGR y de la PGR, que textualmente dice: “El Procurador General adjunto se tendrá como suplente del Procurador General de la República; y el Fiscal General adjunto, como suplente del Fiscal General de la República. Si fuere cualquier otro funcionario del Ministerio Público el que tuviere el *impedimento o excusa*, se tendrá como suplente a cualquier otro Agente Auxiliar del mismo lugar o del más inmediato”.

Establecida, pues, la justificación del contenido del art. 86 CPP, procede a referirnos a los motivos de impedimento de los fiscales y al trámite para hacer efectivas la excusa y recusación de los mismos.

En cuanto a las *causales de impedimento*, el precepto remite a las relacionadas en el art. 73 CPP, a cuyo comentario nos remitimos. Digamos, no obstante, para dar una idea general de la cuestión, que el art. 73 utiliza en ocasiones conceptos jurídicos indeterminados (interés en el procedimiento, beneficios de importancia, amistad íntima, enemistad capital), cuya concreción debe hacerse caso por caso en razón de las circunstancias, y que el conjunto de motivos de excusa y recusación que se prevén (hasta un total de once) pueden sintetizarse en los siguientes:

366

- 1) Incompatibilidad, en un mismo procedimiento, entre la condición de fiscal y la de cualquier otra de relevancia procesal (juez, defensor, denunciante, testigo, perito....).
- 2) El parentesco de consanguinidad o de afinidad dentro de determinado grado, la condición de tutor o ex-pupilo, adoptante o adoptado y la situación de convivencia del fiscal con los interesados (imputado, víctima, defensores...), como fuentes de impedimento: el parentesco en sí mismo, tener los parientes juicios pendientes con los interesados, haber recibido de ellos beneficios de importancia, presentes o dádivas...etc.
- 3) El interés directo o indirecto en la causa o en otra semejante, del propio fiscal o de sus familiares.
- 4) La amistad íntima o enemistad capital con las partes y demás interesados.
- 5) La apariencia extrajudicial de parcialidad (dar consejos, emitir opiniones).

De darse alguna causa legal de abstención y el perito no se excusa, procede su recusación por las partes, conforme al trámite incidental regulado en los artículos 74 a 81 del Código Procesal Penal, en lo que sean de aplicación, con el complemento de los pertinentes preceptos de la Ley Orgánica del Ministerio Público (arts. 5, inciso 2º., 7-A, 12, 13.1ª., 70, inciso 2º...).

Por último, deben *distinguirse* los *anteriores motivos de impedimento*, que incluyen verdaderas causas de incompatibilidad entre la condición de fiscal y otras funciones procesales (art. 73.1), *de otras causas de incompatibilidad* y de las *causas de incapacidad*, referidas a los requisitos legales para ser FGR y demás integrantes de la Fiscalía.

En cuanto a las incompatibilidades, los arts. 76, 85 y 89 LOMP las establecen para los Agentes Auxiliares (art. 7-A) respecto al desempeño de cualquier otro cargo oficial, la condición de tutor, curador, síndico, administrador... etc.; así como la incompatibilidad del FGR para ejercer la Abogacía y la Procuración. Como causa genérica de incompatibilidad, el art. 76 LOMP manifiesta que "ningún funcionario o empleado del Ministerio Público, podrá dirigir o representar a las personas que tengan asuntos pendientes en la Oficina, en conflictos distintos de aquellos en que intervinieren por razón de sus cargos".

En lo referente a los requisitos para ser FGR, Fiscal Adjunto o Fiscal Adjunto para Derechos Humanos, se requiere "ser salvadoreño, del estado seglar, mayor de treinta y cinco años, abogado de la República, de moralidad y competencia notorias; haber servido a una judicatura de Primera Instancia durante seis años o haber obtenido la autorización para ejercer la profesión de abogado por lo menos ocho años antes de su elección; estar en el goce de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los seis años anteriores al desempeño de su cargo" (arts. 177 Cn, en relación con el art. 12, inciso 3º., LOMP).

367

Para desempeñar el cargo de Agente Auxiliar del Fiscal General de la República (categoría de la que, a pesar de lo establecido en el art. 7-A LOMP, debemos excluir a estos efectos al Fiscal General Adjunto y al Fiscal Adjunto para Derechos Humanos), se requiere: ser salvadoreño, mayor de edad, Abogado de la República o estudiante de una Escuela de Derecho de cualquiera de las universidades autorizadas por el Estado que por lo menos haya aprobado la asignatura de Derecho Procesal Penal o su equivalente, de moralidad y competencia notorias" (art. 14 LOMP) Sin embargo en las poblaciones en que no hubiere abogado o estudiante de derecho que reúna las condiciones señaladas en dicha disposición, podrá ser nombrada cualquier otra persona que reúna los requisitos restantes" (art. 83, inciso 2º. LOMP).

Por último, la tramitación del incidente de excusa y recusación y la determinación de los efectos de la resolución que ponga fin al mismo viene regulada, como dijimos, en los arts. 74 a 81 CPP, complementados con los preceptos de la Ley Orgánica del Ministerio Público que sean de aplicación (arts. 12, 13.1º. 70, inciso 2º.), resultando así las siguientes particularidades:

A) Requisitos personales

El fiscal deberá excusarse en cuanto conozca alguno de los motivos que prevé el art. 73 CPP, aunque haya intervenido antes en el procedimiento.

Los interesados, de común acuerdo, podrán solicitarle que siga conociendo, siempre que el motivo indicado no esté previsto en alguno de los seis primeros números del art. 73. En este caso, el fiscal resolverá dentro de las veinticuatro horas declarándose hábil y su decisión será irrecurrible.

Salvo en el anterior supuesto, la excusa o recusación será resuelta por el fiscal superior, que será, según la categoría que tenga el recusado o abstenido, el que resulte del siguiente orden jerárquico: Fiscal General de la República, Fiscal General Adjunto y Fiscal Adjunto para Derechos Humanos, Secretario General, Jefes de División, Jefes de las Fiscalías Regionales, Jefes de Departamento y Jefes de Sección (ver estructura de la FGR en comentario al art. 83).

Por interesados han de entenderse el imputado y la víctima, aunque no se haya constituido en parte, así como sus representantes, defensores y mandatarios.

368

B) Requisitos temporales

Excusa: En el momento en que el fiscal conozca que incurre en un motivo de impedimento.

Recusación: Dado que el procedimiento pasa por diferentes fases (audiencia inicial, audiencia preliminar, vista pública, recursos), el plazo para recusar al fiscal, en el supuesto de que sea un fiscal diferente cada vez, son los siguientes: en la audiencia inicial; veinte días antes de la audiencia preliminar; dentro de los cinco días posteriores a la notificación de la fecha para la vista pública y en el término del emplazamiento del recurso o al deducir el de revisión. Si la recusación se fundamenta en una causa producida o conocida después de los referidos plazos, podrá deducirse dentro de las veinticuatro horas a contar de la producción o del conocimiento.

C) Requisitos formales

Excusa: El fiscal que considere que incurre en un motivo de impedimento solicitará, por resolución fundada, a su superior jerárquico, su reemplazante, para que tome conocimiento de la causa inmediatamente y prosiga su curso. Si el reemplazante estima que el impedimento no tiene fundamento, elevará los antecedentes a su superior jerárquico, para que resuelva sobre el impedimento (aplicación analógica del art. 78 LOMP).

Recusación: Los legitimados para recusar, que son los interesados en el procedimiento, deberán interponer la recusación, bajo pena de inadmisibilidad, por escrito que indique los motivos en que se basa y los elementos de prueba que justifica su petición. Si el fiscal superior admite la recusación, resolverá el incidente previa audiencia oral en la que se puede producir prueba, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. Su decisión es irrecurrible. Acto seguido, nombrará al reemplazante (art. 9, 2º. Inciso, 13.1º., 15 LOMP) para que tome conocimiento de la causa de forma inmediata y prosiga su curso. Por último, aunque estamos tratando de un incidente que se sustancia al interior de la FGR y que, por consiguiente, es de carácter extraprocesal, entendemos que debe aplicarse por analogía, en lo que sea de aplicación, lo establecido para las excepciones planteadas por escrito en los arts. 278 y 279 CPP.

D) Efectos

No admisión del impedimento invocado: el fiscal continuará con el procedimiento.

Admisión del motivo de impedimento: Declarada la excusa o aceptada la recusación, el fiscal afectado no realizará en el procedimiento ningún acto, bajo pena de nulidad. Por otra parte, se declararán nulos los actos en que haya intervenido el fiscal recusado, siempre que lo pida el recusante en el plazo de veinticuatro horas contados desde el momento de la notificación de la resolución que resuelva el incidente.

CAPÍTULO III

IMPUTADO

87

DERECHOS DEL IMPUTADO

El imputado tendrá derecho:

- 1) A ser informado de manera inmediata y comprensible de las razones de su detención y de la autoridad a cuya orden quedará detenido;
- 2) A designar la persona o entidad a la que debe comunicarse su captura y que la comunicación se haga en forma inmediata;
- 3) A ser asistido y defendido por el abogado que designe o por un defensor público, de acuerdo con este Código;
- 370 4) A ser llevado sin demora dentro del plazo legal ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales;
- 5) A abstenerse de declarar;
- 6) A que no se empleen contra él medios contrarios a su dignidad;
- 7) A no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad; y
- 8) A que no se empleen medios que impidan el movimiento indispensable de su persona en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia que en casos especiales y a su prudente arbitrio estime ordenar el juez o el fiscal.
- 9) A ser asistido por un intérprete cuando no comprenda el idioma castellano.

Estos derechos se le harán saber al imputado detenido de manera inmediata y comprensible, por parte de los fiscales, jueces o policías, quienes deberán hacerlo constar en acta bajo exclusiva responsabilidad del fiscal que dirige los actos iniciales de investigación o del juez en su caso. (2)

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12 y 13
- DADDH, 25 (derecho de protección contra la detención arbitraria)
- CADH, 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales) y 52 a 73 (Corte Interamericana de Derechos Humanos)
- PIDCP, 9 y 10 (derechos del detenido) y 11 (prisión por deudas)
- DUDH, 9 (derecho a no ser detenido arbitrariamente)
- CDN, 1 (ámbito: menores de 18 años), 16 (injerencias ilegales), 25 (internamiento) y 37 (privación de libertad)
- CPP, 4 y 5 (presunción de inocencia), 6 (privación de libertad), 8 (calidad de imputado), 9 y 10 (defensa material y técnica), 11 (intérprete), 14 (igualdad), 18 (generalidad), 88, 246, 247.1, 260, 211 a 215, 314.1 y 362.1 (identificación y reconocimientos), 89 y 90 (enfermedad mental), 91 a 94 (rebeldía), 107 a 114 (defensores), 222 (confesión extrajudicial), 223 final y 224.4 y 6 (nulidad detención), 241.9 a 243 (detención policial), 259 a 264 y 269 (declaración indagatoria), 285 a 293 y 297 (detención: preliminar, caso especial para inquirir, en flagrancia, por el FGR, otros casos, por el término de inquirir y detención provisional), 302 y 303 (internación provisional), 338 y 340 a 342 y 353, último inciso (declaración en audiencias, por analogía, y facultades)
- LMI, 5 (derechos y garantías fundamentales) y 52 a 58 (detención menor infractor)
- CP, 2 (dignidad humana), 152 (detención por particular), 290 (detención por funcionarios) y 291 (limitaciones indebidas a la libertad individual)
- CJM, 257, 259, 270 y 273 al 276

371

II. COMENTARIO

En el presente artículo del Código, se pone el énfasis en los derechos del imputado en el momento de la detención y en el deber de las autoridades administrativas y judiciales de facilitar al mismo información inmediata y comprensible sobre los referidos derechos.

La primera cuestión esencial es la referida a los requisitos materiales y formales de la detención, estableciendo al respecto al inciso 1o. del art. 13 Cn que, salvo en caso de detención infraganti por cualquier persona, para entregar al detenido inmediatamente a la autoridad competente, ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión, si no es de conformidad con la ley, y estas órdenes deberán ser siempre escritas.

En el Código Procesal Penal, los arts. 286 a 291 desarrollan los requisitos legitimadores de la detención, así como la autoridad policial, de la Fiscalía o judicial que puede acordarla.

Producida la misma, entran en juego las prescripciones del art. 87 que comentamos, que, en esencia, viene a establecer la ineludible obligación de facilitar al detenido determinada información sumaria y elemental, y de respetar los derechos que se mencionan. El referido deber obedece, por una parte, a razones humanitarias y, por otra, es una condición indispensable del ejercicio efectivo del derecho de defensa, tanto material como técnica, porque al imputado, entre otros extremos, se le informa de que tiene derecho a guardar silencio, de que no puede ser forzado a hablar y de que ha de ser asistido por un abogado defensor.

Los funcionarios obligados a hacer efectivos esos derechos son los policías, fiscales y jueces que tengan su primer contacto con el detenido, que serán normalmente los agentes de la PNC que efectúan la detención, el fiscal que dirige los actos iniciales de investigación y el juez de paz que toma la declaración indagatoria del imputado.

372 Al respecto, establece el art. 298 CP que el funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que *impidiere u obstaculizare el ejercicio del derecho de defensa o la asistencia de abogado al detenido* o procesado, procurare o favoreciere la renuncia del mismo o no informare de forma inmediata y de manera comprensible al detenido sobre sus derechos y las razones de su detención, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por igual tiempo (art. 298: atentados relativos al derecho de defensa).

Para acreditar formalmente el hecho de que el detenido ha recibido la información que establece el art. 87, se deberá levantar un acta de información de derechos, de conformidad a lo establecido en el art. 244 (incisos 2º. y 3º.), en relación a los arts. 123 a 125 CPP. El acta deberá ser firmada por la policía y, si están presentes, por el fiscal del caso y el correspondiente juez de paz, así como por el propio imputado, salvo que no pueda o no quiera firmar, en cuyo caso se hará mención de ello. Si existiesen testigos de actuación, también la firmarán (art. 125 CPP).

Ahora bien, el imputado goza de muchos más derechos que los que expresa el art. 87, razón por la cual, con el fin de dar una visión de conjunto de su estatuto jurídico, remitimos al lector al comentario del art. 8 del Código, cuyo complejo cuadro de concordancias reiteramos aquí.

Efectuada las anteriores aclaraciones, pasamos a analizar punto por punto los derechos específicos del detenido:

- 1) *A ser informado de manera inmediata y comprensible de las razones de su detención y de la autoridad a cuya orden quedará detenido; y*

- 2) *A designar la persona o entidad a la que debe comunicarse su captura y que la comunicación se haga en forma inmediata;*

De conformidad con lo establecido en el numeral 1) y último inciso del precepto, la persona detenida deberá recibir información, de manera inmediata y comprensible, de las razones de su detención, de la autoridad a cuya orden quedará detenida y de los demás derechos relacionados en el precepto, que serán comentados con posterioridad.

Cuando el detenido manifieste a qué persona o institución debe avisarse de su detención, la policía se pondrá en contacto inmediatamente con ella y le comunicará el hecho de la captura, el lugar de la detención y la autoridad a cuya orden se encuentra el detenido, a pesar de que los dos últimos datos no se mencionan en el numeral 2).

- 3) *A ser asistido y defendido por el abogado que designe o por un defensor público, de acuerdo con este Código;*

La Constitución garantiza al detenido la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales, en los términos que la ley establezca” (art. 12, final del inciso 2º., Cn).

En desarrollo del mandato constitucional, el Código establece, además de otras prescripciones, las siguientes:

373

- a) Posibilidad de que el imputado se defienda por sí mismo si fuera abogado (art. 10, inciso 3º.).
- b) Designación de un abogado de su confianza, bien por el propio imputado, bien por su representante legal y las personas señaladas en el art. 107(cónyuge, compañero de vida, determinados parientes... etc).
- c) En caso contrario, designación de un defensor público por la Procuraduría General de la República, el cual deberá apersonarse en el lugar de la detención dentro de las doce horas de recibida la solicitud en la PGR (art. 10, inciso 2º.).

Esta última obligación del defensor público debe exigirse también, por analogía, al defensor privado, quien, por tanto, si tras la solicitud de sus servicios profesionales asiente al pedido, deberá apersonarse en el lugar de la detención lo más rápidamente posible y, en cualquier caso, dentro de las primeras doce horas desde que fueron requeridos sus servicios y aceptó darlos. Debe tenerse en cuenta que el ejercicio del cargo de defensor es obligatorio para el abogado que lo acepte, salvo excusa atendible (art. 109), debiendo dejarse constancia expresa de dicha aceptación ante la autoridad a cuyo cargo se encuentre el detenido.

Por último, a pesar de la disposición de que si el imputado es abogado podrá defenderse por sí mismo (art. 10, inciso 3°.), entendemos que dicha posibilidad no debe admitirse en el momento de la detención, dadas las imaginables condiciones psicológicas y de falta de serenidad en que se encuentra cualquier persona detenida. Como prueba de ello, el numeral 3) que comentamos no menciona dicha facultad en el caso del detenido.

- 4) *A ser llevado sin demora dentro del plazo legal ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales;*

La *detención administrativa* no excederá de setenta y dos horas, dentro de las cuales deberá consignarse al detenido a la orden del juez competente, con las diligencias de que hubieren practicado. La *detención para inquirir* no pasará de setenta y dos horas y el tribunal correspondiente estará obligado a notificar el detenido en persona el motivo de su detención, a recibir su indagatoria y a decretar su libertad o detención provisional, dentro de dicho término (art. 13, inciso 2° y 3°. Cn).

374 El plazo legal de sesenta y dos horas que establece la Constitución y el Código (arts. 287, caso especial de detención para inquirir, art. 289, detención para la FGR, 291, detención por el término de inquirir) no significa que pueda arbitrariamente agotarse, porque cualquier tipo de detención, como medida cautelar que es, debe durar “el tiempo absolutamente imprescindible para cubrir la necesidad de su aplicación” (art. 285) o, dicho de otra manera, “no podrá durar más que el tiempo necesario para tomar las declaraciones y nunca más de setenta y dos horas” (art. 287).

Por carecer de sentido la existencia de plazo alguno, el Código ordena que el detenido por orden judicial (art. 286), en flagrancia (art. 288), por causa de fuga o por orden del fiscal (art. 290) deberá ser presentado inmediatamente a la autoridad judicial o a la Fiscalía General de la República.

Por último, la autoridad judicial no puede sobrepasar el límite de las setenta y dos horas, contadas desde el momento de la puesta a disposición del detenido, debiendo decretar la detención provisional o la libertad, dentro de dicho término.

¿Qué pasa, sin embargo, si se incumplen dichos plazos? La respuesta no es la puesta en libertad, por esa exclusiva razón, del detenido, como ha sucedido ocasionalmente en la práctica ante una cierta demora en la formulación del requerimiento fiscal, sino la deducción de responsabilidades penales y disciplinarias, según proceda, contra el agente judicial, el fiscal o el juez responsables del incumplimiento de tan importante garantía constitucional.

5) *A abstenerse de declarar;*

El derecho a no declarar y no declararse culpable se comentará más adelante con el numeral 7), que prohíbe la utilización de métodos o técnicas que induzcan o alteren la libre voluntad del imputado.

6) *A que no se empleen contra él medios contrarios a su dignidad;*

Por último, algunos de los métodos prohibidos por el art. 262 CPP no solo menoscaban “la libertad de decisión del imputado, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos”, sino que son afrentas evidentes a la dignidad de la persona, *concepto* jurídico y moral de difícil explicación pero de fácil comprensión por todos.

La Constitución de la República manifiesta que el respeto a la dignidad de la persona es el fundamento de la convivencia nacional (preámbulo) y reconoce, como muestra tangible de la dignidad, el derecho de toda persona a su integridad física, psíquica y moral (art. 2) y en particular de las personas detenidas, quienes tendrán derecho al hábeas corpus cuando cualquier autoridad atente contra su dignidad o contra las referidas integridades (art. 11).

375

En cuanto al Derecho Internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 alude en su preámbulo a la dignidad humana como base de la libertad, la justicia y la paz, reconociendo expresamente su art. 1º. la igualdad en dignidad de todos los seres humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama también el derecho de quien esté privado de libertad a ser tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art. 10.1), con expresa prohibición de los tratos inhumanos y degradantes (art. 7º.) y la Declaración y Convención Americanas sobre Derechos Humanos reiteran la protección contra las detenciones arbitrarias (art. 25 de ambas) y el respeto a los derechos a la integridad física, psíquica y moral, y a la dignidad de las personas inculpadas en un proceso penal (arts. 1º. y 5º. de la Declaración, art. 5º. y 11º. de la Convención).

El Código Penal, en fin, en su art. 2, reconoce el derecho del imputado “de ser tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, y el Código Procesal Penal contiene múltiples preceptos cuya última fundamentación radica en el respeto a la dignidad humana del imputado, máxime si se encuentra privado de libertad. La específica alusión a “métodos prohibidos de investigación” (art. 262) y los principios básicos de actuación de los oficiales o agentes de la policía (art. 243 CPP) configuran lo más esencial de ese cuadro normativo dirigido a garantizar la dignidad de los detenidos, debiendo ponerse énfasis en las siguientes obligaciones de la PNC: a) No infringir, instigar o tolerar ningún acto de tortura o tormento u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, tanto en el momento de la captura como durante el

tiempo de la detención; b) No presentar públicamente a los detenidos, en condiciones que menoscaben sus derechos fundamentales; c) Informar a la persona en el momento de la detención de todos sus derechos como imputado; y d) Comunicar de manera inmediata a los parientes u otras personas relacionadas con el detenido el establecimiento a donde será conducido.

Una específica manifestación del respeto a la dignidad personal es la prohibición de tratos inhumanos o degradantes. Por *trato inhumano* se ha de entender aquel que acarrea sufrimientos de una especial intensidad. Por *trato degradante*, el que provoca “una humillación o sensación de envejecimiento que alcance un nivel determinado” (STC 65/ 86, de 22 de mayo; Sentencias del Tribunal Europeo de 25 de abril de 1978, caso *Tyrer*, de 25 de febrero de 1982, caso *Campbell y Cosans*; y de 7 de julio de 1989, caso “*Soering*”, citadas por G-CUÉLLAR S.). Obligar a desnudarse, por ejemplo, completamente a la vista de todos (detenidos, policías, etc.) en unas dependencias de la PNC sería un caso típico de trato degradante. También atentaría a la dignidad personal la inspección vaginal de una mujer, cuando no exista motivo objetivo alguno para sospechar que porta drogas, o llevarla a cabo, existiendo motivos, por personas que no sean profesionales sanitarios. Permitir, en fin, que la prensa haga fotografías de detenidos semidesnudos y esposados constituye un ataque a la dignidad personal, independientemente del hecho en sí de la fotografía, cuya legalidad es cuestionable.

376

7) *A no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad;*

En el derecho a no declarar radica “la diferencia más decisiva entre el proceso moderno y el inquisitivo, que empleaba una serie de coacciones directas e indirectas (desde la tortura hasta las penas de falsedad) para arrancar al reo la declaración y la confesión del hecho. La declaración del inculpado implica hoy, en cambio, un acto voluntario y un derecho..., pero no un deber” (GÓMEZ ORBANEJA). Es un acto, añade dicho autor, mediante el cual no solo informa, como haría el testigo, sobre los hechos, sino que se toma posición frente a la acusación.

En coherencia con el derecho al silencio que tiene el imputado, el numeral 7) del precepto prohíbe que durante el interrogatorio se empleen técnicas o métodos que, alterando la libre voluntad del interrogado, le fuercen, física o moralmente, mediante coacción o sugestión, a decir lo que no quiere decir.

Con mayor detalle, el Código Procesal Penal establece que “en ningún caso se le requerirá al imputado juramento o promesa, ni será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza, o se utilizará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se harán cargos o reconvenções tendientes a obtener su confesión. Toda medida que menoscabe la libertad de decisión del imputado, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos será prohibida, tales

como los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, las violencias corporales, la tortura u otros tratos inhumanos o degradantes, el engaño, la administración de psicofármacos, los sueros de la verdad, el polígrafo y la hipnosis” (art. 262).

Entre los métodos prohibidos del interrogatorio hay que incluir el uso de preguntas capciosas, sugestivas, perentorias e impertinentes (art. 263). Dicho precepto, previsto para la declaración indagatoria pero aplicable para cualquier tipo de interrogatorio del imputado, establece que las preguntas han de ser claras y precisas y que si por la duración del acto, se notan signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado, la declaración será suspendida, hasta que ellos desaparezcan.

La sanción procesal a la obtención de una confesión utilizando los anteriores métodos es la falta de validez de la misma, así como de las pruebas que deriven, en relación de causa a efecto, de la ilícita confesión (art. 224.6 y último inciso, CPP).

La sanción penal se refleja en los arts. 290, 291, 297 del Código Penal, que tipifican, respectivamente, los delitos de detención ilegal (290 y 291) y de torturas (297), cometidos por funcionarios o empleados públicos, agente de autoridad o autoridad pública, conceptos que se definen en el art. 39 CP.

- 8) *A que no se empleen medios que impidan el movimiento indispensable de su persona en el lugar y durante la realización de un acto procesal.*

377

La facultad de movilidad del imputado durante las audiencias la refleja también el art. 326, inciso 1º. CPP, a cuyo tenor “el presidente del tribunal garantizará la libre movilidad del imputado durante la audiencia, pero deberá, en su caso, disponer las medidas necesarias para evitar la evasión o cualquier acto de violencia que pudiera producirse”.

Evidentemente, si el imputado se encuentre detenido, la única movilidad posible es quitarle las esposas y permitirle que se siente junto a su abogado, o incluso permanecer de pie, si fuera su deseo. Pero la eliminación de las esposas estará condicionada a que no existan serias razones de seguridad que aconsejen lo contrario. Por tal razón, el numeral 8) del artículo 87, que comentamos, aclara que la movilidad será “sin perjuicio de las medidas de vigilancia que en casos especiales y a su prudente arbitrio estime ordenar el juez o el fiscal”.

- 9) *A ser asistido por un intérprete cuando no comprenda el idioma castellano.*

El derecho a gozar de un intérprete o traductor es instrumental al derecho de defensa, aplicándose en la designación del mismo las mismas reglas que para el nombramiento de abogado defensor: 1) Nombramiento por el imputado de un intérprete o traductor de su confianza, 2) En caso contrario, designación de oficio desde el momento

de su detención (art. 11 CPP). 3) Carácter obligatorio del cargo desde su aceptación, salvo excusa atendible. 4) Obligación de personación en el lugar de la detención dentro de las doce horas siguientes a la de la solicitud, 5) Imposibilidad de efectuar el interrogatorio sin la presencia y actuación del traductor o intérprete.

88

IDENTIFICACIÓN

La identificación del imputado se practicará por sus datos personales, impresiones digitales, señas particulares o a través de cualquier otro medio. Si se niega a dar esos datos o los da falsamente, se procederá a la identificación por testigos, en la forma prescrita para los reconocimientos, o por otros medios que se estimen útiles.

Cuando exista certeza sobre la identidad física de la persona imputada, las dudas sobre los datos personales no alterarán el curso del procedimiento, sin perjuicio de que se rectifiquen en cualquier estado de las actuaciones, incluso durante la ejecución de la pena.

378

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 96.2 (identificación de personas querelladas), 211 a 215 (reconocimientos), 171 y 195, inciso 1º., (peritajes), 241.8 (identificación policial), 243.5 (identidad del detenido), 246 (archivo), 247.1 (datos personales en el requerimiento fiscal), 260 (interrogatorio de identificación), 286 (datos personales en citación y orden de detención), 296.1 (identificación en auto medidas cautelares), 311 (identificación en sobreseimiento), 314.1 (datos personales en escrito de acusación), 322.1 (datos personales en auto de apertura del juicio oral), 340 (identificación en el plenario), 351 (reconocimientos en el plenario), 357.1 (datos personales en la sentencia), 362.1 (insuficiente identificación como vicio de la sentencia), 363.3 (datos personales en el acta de la vista pública), 372 (aplicación normas juicio común al juicio por jurados), 380 (escrito solicitando procedimiento abreviado), 391.1 (datos personales en juicio por faltas), 397 (datos personales -en relación art. 314.1- en solicitud para juicio aplicación exclusiva medidas de seguridad), 401 y 403 (auxilio judicial para identificación y reglas del juicio común en delitos de acción privada)
- LMI, 26

II. COMENTARIO

A) Significación de las actuaciones de identificación

La determinación de un individuo concreto, diferenciándolo de los demás, resulta esencial para realizar un acto de tan graves consecuencias como es la imputación, razón por la cual las diligencias adquieren una importancia procesal extraordinaria, porque, en palabras textuales de ASENSIO MELLADO, “si la imputación es garantía de plenitud y respeto al derecho de defensa, no cabe duda de que la determinación del imputado constituye un acto previo cuya omisión puede generar investigaciones no dirigidas frente a nadie y por ello sin posibilitársele ejercer su derecho de defensa”.

La trascendencia de una correcta identificación del imputado se manifiesta en el hecho de que la insuficiente identificación del mismo constituye un expreso motivo para la casación (art. 362.1), estableciendo el art. 246 CPP que procede el archivo de las actuaciones por la Fiscalía si en la denuncia no ha sido individualizado el imputado y si después de recibidas todas las pruebas disponibles no ha sido posible atribuir la comisión del hecho investigado a ninguna persona y no existen posibilidades razonables de hacerlo. La resolución del archivo, añade el precepto, deberá ser fundada y podrá ser impugnada por la víctima ante el fiscal superior, indicando los medios de prueba practicables que permitan establecer la identidad del imputado. Cuando la víctima sea el denunciante o haya comparecido en el procedimiento, será instruida acerca de esta facultad. Si el superior da la razón al fiscal inferior, las diligencias serán archivadas; caso contrario, se ordenará continuar la investigación y formular el requerimiento fiscal, cuando se logre la identificación del imputado.

379

En este contexto, el precepto establece las actuaciones que se han de llevar a cabo por parte de fiscales, jueces y policías para cerciorarse de que la persona objeto de la imputación es con probabilidad el autor o partícipe del hecho delictivo.

El Código utiliza de forma equívoca el término identificación, que unas veces se refiere a las actuaciones para poder imputar un hecho delictivo a una determinada persona, y otras a la toma de datos personales del imputado que ha sido previamente identificado, empleando a veces el término individualización como sinónimo de identificación. Así, en el art. 246 se prevé el archivo por el fiscal de las actuaciones, cuando “no ha sido *individualizado* el imputado”. Se establece, asimismo, que cuando la policía detenga a una persona en calidad de imputado proceda como primera diligencia a su identificación “determinando sus generales, domicilio y residencia” (art. 241.8), y que en el momento de la detención del imputado se cerciore “de la identidad de la persona o personas contra quienes procedan, no estando facultados a capturar a persona distinta de aquélla a que se refiere la correspondiente orden de detención”, salvo en los casos de flagrancia, en que no se exigirá la identificación de la persona a detener (art. 243.5).

En consecuencia, por identificación se ha de entender tanto la realización de pruebas practicables para poder hacer recaer, con ciertas garantías de acierto, la imputación sobre una determinada persona, como la obtención de datos personales de quien ya es imputado para evitar, a lo largo del proceso, cualquier error o equivocación respecto de la persona contra quien se dirigen las actuaciones. De ambas cuestiones trataremos a continuación, con la advertencia de que el contenido del precepto que comentamos se refiere a la comprobación de la identidad de quien ya ha sido imputado en un proceso penal.

Como instrumentos legales puestos al servicio de la identificación del imputado, tenemos las diligencias de reconocimiento de personas (artículos 211 a 215 CPP) y una multiplicidad de pruebas periciales (artículos 195 a 210 CPP), que abarca campos tan dispares como el análisis de documentos, el estudio de cabellos, la toma de huellas dactilares o la determinación de la huella genética mediante el análisis del ADN.

B) Medios de prueba para la identificación del imputado

Son múltiples las posibilidades que se abren a la fiscalía y a la policía para intentar la identificación del imputado, cuestión que, en realidad, constituye, junto con la acreditación del hecho delictivo, la finalidad más importante de la actividad probatoria en el proceso penal.

380

A tales actividades procesales se refieren específicamente diversos preceptos del Código Procesal Penal (arts. 88, 124, 211 a 215, 260, etc.), aunque son de aplicación otros artículos reguladores de la prueba testifical y pericial.

Teniendo en cuenta todas las posibilidades de identificación del imputado y, en definitiva, de la prueba de su culpabilidad, podemos referirnos a las siguientes formas de identificación:

1.- Identificación por coimputados

La declaración del imputado recibe en la doctrina la denominación de testimonio impropio, por la diferencia sustancial que existe entre el *status* jurídico del mismo y el del testigo. El Código admite la validez de la identificación del autor del hecho por uno de los coimputados, como se infiere de la previsión de que pueden incorporarse al juicio por su lectura las declaraciones de los coimputados rebeldes o ya sentenciados (art. 330.3 CPP). Ahora bien, el referido medio de identificación debe verse con cautela, ya que la incriminación de un coimputado respecto de otro puede obedecer a una intención de propia exculpación o estar motivada por resentimiento, odio, deseo de revancha, promesa de ventajas procesales, soborno u otros motivos de índole similar.

2.- Identificación por testigos

Se incluye aquí la efectuada por la propia *víctima*, de tan esencial importancia en determinados delitos, siendo particularmente relevante, por la ventaja de su inmediatidad, la que realiza aquella ante la autoridad administrativa o judicial en los días posteriores a padecer el delito, siempre que se ratifique en el plenario.

El art. 211 CPP, que inicia el capítulo VII, del Título V, del Código, dedicados a los “reconocimientos”, faculta al juez o tribunal para ordenar que se practique el *reconocimiento de una persona* con el fin de establecer que quien la menciona o alude efectivamente la conoce o la ha visto. Por su parte, el art. 215 establece que cuando sea necesario reconocer a una persona que no esté presente ni pueda ser habida, se exhibirá su fotografía a quien efectúe el reconocimiento, junto con otras semejantes de distintas personas. Ambos preceptos (211 y 215) son objeto de sendos comentarios en esta obra, a los que nos remitimos. Los reconocimientos de personas como actos de prueba durante la vista pública se contemplan de forma expresa en el art. 348 (“los testigos podrán reconocer personas u objetos durante la audiencia”) y en el art. 351 (“los objetos y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos para su reconocimiento”), pudiendo ser aplicable el procedimiento de reconocimiento por fotografía al que se realiza mediante videofilmación.

381

Aparte de las formas ya vistas de identificación por *fotografías* o *en rueda*, cabe también realizar *careos* entre el imputado y la víctima o entre coimputados con la misma finalidad.

También puede ser válido el llamado *reconocimiento espontáneo* derivado del fortuito encuentro de la víctima con su agresor después de cometido el hecho.

En la fase de *plenario* existe la posibilidad de que al interrogar al testigo se *le pregunte si reconoce al imputado como autor* del hecho, aunque hay que tener en cuenta el efecto sobre la declaración del tiempo transcurrido y la coacción psicológica que supone contestar a aquella pregunta delante del acusado. Precisamente, la práctica de reconocimientos durante la instrucción como prueba anticipada permite obviar el cambio físico que pueda experimentar el imputado en el momento del juicio oral, lo que es frecuente en algunas ocasiones.

Los *testigos de referencia*, cuando no sea posible practicar la prueba directa, pueden también coadyuvar a la tarea de identificación, aunque la admisión de su testimonio exige determinadas cautelas.

Por último, la *identificación por testigos efectuada en el extranjero* es sumamente discutible, salvo que se haya realizado en presencia del tribunal y de las partes trasladadas al efecto fuera del país para recibir la declaración, lo que en la práctica es casi imposible.

3.- *Identificación por prueba científica.*

El reconocimiento indirecto del imputado es el que se realiza a través de pruebas médico-forenses sobre elementos corporales de una persona, que pueden tener una enorme virtualidad identificadora: la sangre y otros fluidos humanos, el cabello o cualquier otro rasgo biológico permiten determinar el ADN o la huella genética; o a través de técnicas criminalísticas, también de naturaleza pericial, como es el análisis de los trazos de la escritura o la identificación de la voz, sin olvidar la identificación por huellas dactilares, técnicas todas ellas que igualmente poseen una considerable utilidad para conocer al autor de determinados delitos.

La huella papilar es la que deja el contacto o el simple roce de las caras, palmar o plantar, de las extremidades distales de los miembros con una superficie lisa cualquiera, presentando el aspecto de un dibujo conformado por diferentes líneas curvadas, viniendo a estar constituida tal huella por pequeñas partículas de sudor que reproducen fielmente los surcos y salientes del tegumento.

382 En concreto, las *huellas dactilares* poseen una importancia capital por su *carácter inmutable, perenne y diversiforme*, y porque una vez descubiertas permiten su *impresión* (fotografía) y su clasificación u *ordenación* (sistemas dactiloscópicos). Pueden ser visibles y latentes u ocultas, según que exijan o no tratamientos físicos o químicos para su obtención. De ambas categorías, las huellas *latentes o no visibles a primera vista* son de máxima importancia en la investigación criminal, porque es muy difícil evitarlas por el delincuente y porque pueden existir en muy diversas superficies: madera no pulimentada, objetos de cerámica, cristal y cuero, papel, cartón, corcho sintético, plásticos de muchos tipos (bolsas de embalaje, maletas, envoltorios de yuca, cigarrillos, chocolates, bebidas, etc.), materiales sintéticos (PVC y derivados), etc.

C) La determinación de los datos personales del imputado

Cuando exista certeza sobre la identidad física de la persona imputada, se procederá a la averiguación de sus datos personales (nombre y apellidos, edad, estado civil, domicilio y residencia, profesión, señas particulares, huellas dactilares,...). Las dudas sobre los mismos no alterarán el curso del procedimiento, sin perjuicio de que se rectifiquen en cualquier estado de las actuaciones, incluso durante la ejecución de la pena.

A la referida diligencia, llamada de identificación por el Código Procesal Penal, también se refiere específicamente el precepto que comentamos, disponiendo que se practicará por sus *datos personales, impresiones digitales, señas particulares o a través de cualquier otro medio*.

Una vez identificado el imputado en la forma que expresa el precepto, se comprobarán sus datos personales con ocasión de la realización de todo acto procesal en que intervenga personalmente el mismo. Así, en la declaración indagatoria (art. 260), antes de la declaración sobre los hechos, el juez indagará la identidad del imputado preguntándole su nombre, apellido u otro dato que permita identificarlo, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, domicilio, principales lugares de residencia anterior y condiciones de vida, nombre de sus padres, cónyuge, compañero de vida o conviviente e hijos y de las personas con quienes vive, de las cuales depende o están bajo su tutela.

En las demás audiencias se acreditarán los datos personales del imputado, con el fin de contrastarlos con los que consten en las actuaciones.

Particular mención merece la acreditación de la *edad* del imputado, porque la misma es determinante para la aplicación de la ley penal ordinaria o del régimen especial establecido en la Ley del Menor Infractor y legislación complementaria (art. 17 CP). Al respecto, el art. 26 LMI dispone que la edad del menor se comprobará con la certificación de la partida de nacimiento, pero a falta de ésta, se estimará con base en el dictamen pericial, efectuado por un Médico Forense del Instituto de Medicina Legal, o por dos médicos en ejercicio de su profesión.

383

III. JURISPRUDENCIA

Efectos de la omisión del reconocimiento como anticipo de prueba. “Que en la acusación aparezca identificado el imputado, ello no significa identidad probada en el juicio respecto de los hechos, es decir que no significa que sea su autor para el caso, pues la presentación de la acusación es un acto procesal y no un medio de prueba y el fiscal que la presenta es un sujeto procesal y no un órgano de prueba, en tal sentido y no habiendo un anticipo de prueba sobre la identificación de la autoría respecto del acusado (art. 270 del Código Procesal Penal), tal circunstancia debe ser acreditada mediante la prueba testimonial aportada en el juicio y en el ínter del interrogatorio, nominal o físicamente, determinar los testigos que el acusado era la persona autora de esos hechos, solo ante esa situación se tendría por establecida la autoría del procesado, pues el testimonio debe referirse tanto a establecer los hechos percibidos (*elemento cognocendi*), como a establecer la identificación del autor de los hechos (*elemento identificandi*)” (TS 3°. de San salvador, 20-01-99).

89

ENFERMEDAD MENTAL

Cuando se presume la enfermedad mental del imputado, sus derechos serán ejercidos por un tutor, sin perjuicio de la intervención de sus defensores.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 37.7 (suspensión prescripción), 90 (incapacidad sobreviniente), 125 (incapacidad como testigos de actuación), 198 (incapacidad como peritos), 302 y 303 (internación provisional), 308.3 (sobreseimiento definitivo), 334 (suspensión de la audiencia), 397 a 399 (juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad)
- CP, 27.4 (eximente), 93 a 95 (medidas de seguridad)
- CF, 272 a 274, 277, 279... (sobre la tutela)

II. COMENTARIO

384

La enfermedad mental posee, desde el punto de vista procesal, que no sustantivo (sobreseimiento definitivo -art. 308.3 CPP- sentencia absolutoria por causa de exención de la responsabilidad -arts. 27.4 CP-), esta doble incidencia: 1) A los que presumiblemente, a juicio del fiscal o el querellante, sean *inimputables por razón de enfermedad mental en el momento de cometer el hecho delictivo*, se les aplicará, a petición de aquellos, el procedimiento especial para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad, regulado en los arts. 397 a 399 CPP. 2) Si *durante el procedimiento sobreviene una enfermedad mental*, que excluya la capacidad de entender o de querer del imputado, el juez o tribunal, previo dictamen pericial, ordenará la suspensión del trámite hasta que desaparezca la incapacidad, sin perjuicio de que se investigue el hecho o que continúe el procedimiento con respecto a coimputados.

Tanto en uno como en otro caso, es decir, tanto en el supuesto de inimputabilidad preexistente al hecho como de incapacidad sobrevinida por causa de enfermedad mental, se verá afectada la *capacidad procesal del imputado*, razón por la cual el Código establece que, cuando ello suceda, sus derechos serán ejercidos por un tutor, sin perjuicio de la intervención de sus defensores y de que el imputado presuntamente incapaz ejercite los derechos procesales que le permita su estado (art. 89 y 398.1 CPP).

El nombramiento de un tutor o representante es consecuencia del carácter inviolable de la defensa material en el procedimiento (art. 9 CPP), que, en caso de falta

de capacidad para entender o querer en el ámbito de la actividad procesal, exige, por ejemplo, que el tutor ejercite, entre otros, el derecho de recibir información de forma continuada de los actos procesales esenciales para la defensa del imputado incapaz (práctica de prueba anticipada, emplazamientos..) y de todos aquellos que van configurando la pretensión de la acusación en relación con el mismo; el derecho, también en su nombre, a no declararse culpable y a abstenerse de declarar (arts. 12, inc. 2º Cn.; art. 87, núm. 5, CPP; 14.1 g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); la facultad de intervenir en los actos definitivos e irreproducibles que aporten eventuales elementos de prueba y de declarar en su nombre lo que estime por conveniente, ejercitando incluso el derecho a la última palabra en el juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad. El representante legal del imputado incapaz podrá asumir también, como si fuera el imputado, el derecho a los recursos, cuando fuere necesario, en la forma establecida en el libro cuarto del Código Procesal Penal (arts. 406 a 440).

Independientemente de ello, resulta preceptiva la intervención del abogado defensor, dado el derecho del imputado a ser asistido por un defensor de libre elección o, en su defecto, proporcionado por el Estado. Se trata de un derecho fundamental de carácter irrenunciable que ha de hacerse efectivo no solo en el momento de la detención del imputado, sino con ocasión de cualquier acto procesal del que pueda derivarse algún perjuicio en su contra. El nacimiento del derecho de defensa coincide, por tanto, con el acto de imputación, y su desconocimiento dará lugar a la nulidad de pleno derecho de aquellas actuaciones procesales en las que haya intervenido el imputado o su representante, si fuese incapaz, sin estar asistido por un abogado defensor, siempre que la actuación provoque efectiva indefensión, como podría ser el caso de la realización de pruebas anticipadas o de la confesión extrajudicial realizada por el imputado no detenido (art. 222 CPP).

385

Los órganos auxiliares de la Administración de Justicia (Policía, Fiscalía) y los jueces y magistrados tienen la responsabilidad legal de hacer efectivo el derecho del imputado presuntamente enfermo mental a ser debidamente representado y de velar por la asistencia letrada al mismo en cualquier acto procesal que le afecte y que por su trascendencia requiera la asistencia técnica de un abogado, cuyas funciones se explicitan en el comentario al artículo 10 CPP.

La determinación de la existencia de una enfermedad mental que provoque la incapacidad procesal del imputado corresponde, a la postre, al juez, aunque será normalmente imprescindible la colaboración de un perito médico especializado en psiquiatría o en psicología forense. Al perito, como señala LÓPEZ ORTEGA, “le corresponde aportar al tribunal los hechos de naturaleza biológica, médica, psiquiátrica o psicológica. La respuesta a las cuestiones jurídicas es, sin embargo, responsabilidad exclusiva del tribunal”. La realización de un peritaje médico-psiquiátrico es absolutamente necesaria cuando se trate de emitir un juicio de culpabilidad o de dictar una resolución de sobreseimiento definitivo “por estar suficientemente probada”, señala el art. 308.3 CPP,

cualquiera de las causas que excluyen la responsabilidad penal, así como en el caso de suspensión del procedimiento por incapacidad sobrevenida (art. 90 CPP). Sin embargo, para decidir el nombramiento de un tutor por presunta enfermedad mental del imputado puede bastar la directa apreciación judicial, ya que, en realidad, se trata de una medida que viene a reforzar la no desaparecida capacidad de intervención directa del imputado, cuando esté en condiciones mentales de hacerlo, a pesar de estar asistido por un tutor. Ahora bien, la falta de designación de un tutor, cuando había razón para ello, deberá dar lugar a la nulidad absoluta de determinados actos procesales, por motivo de indefensión del imputado.

386 En cuanto a qué ha de entenderse por enfermedad mental, nos encontramos con un concepto de considerable amplitud, ya que incluye, entre sus manifestaciones clínicas más comunes, la oligofrenia o retraso mental de diversa intensidad (idioticia, imbecilidad, debilidad mental), la esquizofrenia (paranoide, hebefrénica, catatónica), otras psicosis o perturbaciones psíquicas patológicas, la paranoia, la neurósis y los llamados trastornos de la personalidad, (paranoide, esquizoide, antisocial o psicopatías, trastornos de los hábitos y del control de impulsos, trastornos de la inclinación sexual, etc.), que constituyen en la actualidad un grupo substancial de la psiquiatría, si bien en él se engloban cuadros clínicos muy diferentes sometidos a periódicas revisiones en las más importantes clasificaciones internacionales sobre las enfermedades mentales, que son las de la Organización Mundial de la Salud (OMS), conocida por las siglas I.C.D. (International Classification of Diseases), y las de la “American Psychiatric Association” (A.P.A.), denominada “Diagnostic and Statistical Manual” (D.S.M.).

Obviamente, cuando el precepto que comentamos utiliza el término enfermedad mental no se está refiriendo a cualquier tipo de enfermedad mental, sino a aquellas que provocan en el imputado de manera manifiesta y más o menos permanente déficits importantes de su capacidad de comprensión de lo que se decide en el proceso penal y de su capacidad de ejercitar el conjunto de derechos y facultades que conforman el contenido del derecho de defensa material o autodefensa en el procedimiento (art. 9 CPP): intervención personal en todos los actos que incorporen elementos de prueba, de formular peticiones y observaciones, de formular recursos, de conocer el sentido, y actuar en consecuencia, del derecho a abstenerse de declarar y no declararse culpable, etc.

A los posibles efectos de ese tipo de enfermedades se refiere el Código Penal, al tratar de las causas excluyentes de la responsabilidad criminal, utilizando al respecto las expresiones de enajenación mental, grave perturbación de la conciencia y desarrollo psíquico retardado o incompleto (art. 27.4 CP), que son en un lenguaje no técnico o vulgar los efectos o consecuencias ordinarias de las siguientes perturbaciones psíquicas de carácter crónico: esquizofrenia, parálisis progresiva, demencias maniaco-depresiva, demencial senil, paranoia, neurosis grave, oligofrenia no innata, lesiones cerebrales de origen traumático, oligofrenias innatas o adquiridas en la infancia, etc.

Finalmente, respecto al concepto, naturaleza y demás régimen jurídico del cargo de tutor, deberá ser tenido en cuenta lo establecido en arts. 272 y ss. del Código de Familia, debiendo el juez, de oficio o a solicitud de la Procuraduría General de la República o de la Fiscalía, en aplicación de los arts. 279 y 304 CF, dictar las providencias necesarias para que la representación procesal del imputado incapaz sea la más adecuada posible, en el supuesto de que no se le hubiese nombrado tutor o exista alguna causa de remoción del mismo, como sería el desempeño del cargo, en el caso particular del proceso que afecte a su pupilo, con negligencia, ineptitud o infidelidad.

90

INCAPACIDAD SOBREVINIENTE

Si durante el procedimiento sobreviene una enfermedad mental, que excluya la capacidad de entender o de querer del imputado, el juez o tribunal previo dictamen pericial, ordenará la suspensión del trámite hasta que desaparezca la incapacidad. Esta suspensión impedirá la declaración indagatoria y el juicio, pero no que se investigue el hecho o que continúe el procedimiento con respecto a coimputados.

El juez o tribunal solicitará un informe semestral sobre la salud mental del imputado.

387

Si concurren los requisitos de la internación provisional se dispondrá el internamiento del incapaz en un establecimiento adecuado. En este caso el enfermo será examinado trimestralmente por el perito que el juez o Tribunal designe.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 37.7 (suspensión prescripción), 90 (incapacidad sobreviniente), 125 (incapacidad como testigos de actuación), 198 (incapacidad como peritos), 302 y 303 (internación provisional), 308.3 (sobreseimiento definitivo), 334 (suspensión de la audiencia), 397 a 399 (juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad)
- CP, 27.4 (eximente), 93 a 95 (medidas de seguridad)

II. COMENTARIO

El fundamento de la suspensión del trámite procesal respecto al imputado que durante el procedimiento sufra una enfermedad mental radica en el carácter inviolable de la defensa material o autodefensa (art. 9 CPP), que tan solo puede ser ejercida por un tutor o representante del imputado que padezca una enfermedad mental (supuesto que contemplan los arts. 89 y 398.1 CPP) en el juicio para la aplicación exclusiva de

medidas de seguridad y en los actos procesales del procedimiento común susceptibles de realización sin la presencia física y consciente del imputado.

Tales actos incluyen lógicamente los necesarios para la determinación de si el imputado padece o no una enfermedad mental procesalmente invalidante y los relativos a la investigación del hecho delictivo, específicamente excluidos de la suspensión procesal que contempla el precepto que comentamos. En dicho precepto se mencionan actos (declaración indagatoria y audiencias) que no podrán efectuarse bajo ningún concepto sin la participación personal del imputado, debiendo exceptuarse el juzgamiento por faltas, procedimiento por delito de acción privada y el juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad. Sin embargo, los actos de instrucción definitivos e irreproducibles o las declaraciones testificales o periciales que presumiblemente no puedan realizarse durante la vista pública podrán llevarse a cabo en presencia del defensor elegido por el tutor del imputado o, en su defecto, de un defensor público, sin que esté presente el imputado incapaz, aunque deberá ser citado el tutor o representante del mismo, salvo que, por la naturaleza o urgencia del acto, la citación anticipada del tutor haga temer la pérdida de elementos de prueba. Así se infiere del inciso 4º. del art. 270 CPP, a pesar de no contemplar textualmente el precepto la posibilidad de realización de pruebas anticipadas en una situación caracterizada por la incapacidad mental del imputado.

388

La suspensión del trámite procesal, con las excepciones señaladas, obedece, como dijimos, a la inviolabilidad de la defensa material y al carácter materialmente insustituible del imputado en el ejercicio de la mayor parte de los derechos y facultades que le atribuye la ley procesal, cuya completa relación hicimos en la letra B) del comentario al art. 9 CPP. De esta “insustituibilidad” de la persona del imputado deriva la previsión legal de su obligada intimación para que concurra a la celebración de las audiencias a que sea convocado y muy en particular a la audiencia preliminar (art. 315) y al juicio plenario (arts. 322.7 y 324, inciso 3º. CPP), que no pueden celebrarse, salvo en los casos excepcionales reseñados, sin que el propio imputado esté presente y goce de la suficiente capacidad intelectual para conocer el sentido de aquellos y poder defenderse por sí mismo. En el juicio por faltas y en el procedimiento por acción privada, el imputado puede no asistir (faltas) o hacerlo a través de un representante (acción privada), pero en ambos casos se requerirá el nombramiento de un tutor, si se presume que sufre una enfermedad mental (art. 89 CPP), y la suspensión del procedimiento, si la enfermedad mental es sobrevenida.

Para acordar la suspensión del trámite por causa de incapacidad sobreviniente resulta preceptivo un previo *dictamen pericial*, que tendrá que ser necesariamente de carácter médico-psiquiátrico, aunque también pueden ser valorados los informes médicos previos al proceso y al hecho delictivo, que tendrán, por tanto, el carácter de prueba documental. Dada la trascendencia de la decisión de suspensión del proceso, el juez o tribunal pueden solicitar otros dictámenes periciales, si lo consideran necesario.

El dictamen pericial no es, sin embargo, determinante de la decisión judicial, debiendo distinguirse: a) El estado mental del imputado según el criterio médico: enajenación mental, grave perturbación de la conciencia, desarrollo psíquico retardado o incompleto; b) Las consecuencias de dicho estado desde el punto de vista de la capacidad de ejercer el derecho de defensa y comprender la significación de un proceso para la eventual imposición de una pena.

Pues bien, solo la primera de las comprobaciones es propia de la pericia médica, por exigir evidentes conocimientos científicos de los que el juez normalmente carecerá. La segunda comprobación, relativa a las consecuencias jurídicas del estado de salud, es de la exclusiva responsabilidad del juez o tribunal, a quienes corresponde la indelegable función de juzgar y la libre estimación de la pericia médica conforme a las reglas de la sana crítica.

Respecto al alcance del concepto de enfermedad médica a los efectos de lo establecido en el art. 90 CPP, nos remitimos a lo dicho en el comentario al artículo anterior, así como al comentario del art. 397 CPP.

Si el juez o tribunal acuerdan la suspensión del proceso por incapacidad sobreviniente, pueden acordar, en el mismo auto o de forma independiente, la medida cautelar de internación provisional, en un establecimiento asistencial que sea adecuado al padecimiento del imputado, para lo cual deberán concurrir, de acuerdo a lo establecido en los arts. 302 y 303 CPP, a cuyos comentarios nos remitimos, los siguientes requisitos:

- a) Comprobación de la existencia de un hecho tipificado como delito y de que existen elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe del mismo;
- b) Comprobación, por dictamen de perito, de que el imputado sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, que lo tornan peligroso para sí o para los demás; y,
- c) Existencia de razones suficientes para presumir que no se someterá al procedimiento u obstaculizará un acto concreto de investigación.

Acordado el internamiento, deberán realizarse informes periódicos sobre la evolución del estado mental del imputado, con la pretensión de evitar abusos en perjuicio del interés de la justicia, unas veces, o del propio imputado internado en un establecimiento asistencial, otras. La periodicidad de dichos informes médicos será de seis meses, si no se decretó el internamiento del incapaz, y de tres meses, si se acordó el mismo, pudiendo incurrir en responsabilidad el juez o tribunal que incumpla gravemente la indicada obligación de seguimiento de la situación personal del imputado.

Por último, la suspensión de la persecución penal por incapacidad sobreviniente dará lugar a la suspensión del término de prescripción de la acción penal (art. 37 núm. 7, en relación con el art. 31 núm. 4 del CPP). Terminada la incapacidad mental del imputado, la prescripción seguirá su curso.

91

REBELDÍA

Será considerado rebelde el imputado que sin justa causa no comparezca a la citación judicial, se fugue del establecimiento o lugar en que se halle detenido, o se ausente del lugar asignado para su residencia.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 38.1 (interrupción prescripción), 92 (declaración), 93 (efectos), 94 (justificación tras presentación), 152 y 286 (citación), 253, inciso 6°. (audiencia inicial), 293.1 (detención provisional), 300 (ejecución de medidas cautelares), 333.5 (suspensión juicio oral por enfermedad del imputado), 334 (rebeldía en audiencia)

390

II. COMENTARIO

El imputado tiene el deber de comparecer ante la fiscalía y el juez o tribunal que conozcan del proceso. El incumplimiento de dicho deber está sancionado con la detención, como lo reflejan los arts. 85 (poder coercitivo de los fiscales), 126 (poder coercitivo del juez o tribunal), 286 (citación o detención del imputado), 289 (detención administrativa), 325 y 326, inciso 2° (comparecencia en el juicio oral), y con la declaración de rebeldía, que también puede declararse sin necesidad de orden previa de detención, de la que tratan los arts. 91 a 94 del Código.

La rebeldía es el estado procesal de quien, siendo parte en un proceso penal en calidad de imputado, deja de acudir a la intimación judicial que se le hace, se fuga del establecimiento en que se encuentra en calidad de detenido o se ausenta del lugar asignado para su residencia.

En realidad, las tres situaciones descritas se reconducen a una actitud de desobediencia a la orden judicial de disponibilidad del imputado, cuya presencia en el procedimiento es necesaria no solo para realizar determinados actos de la instrucción y celebrar la audiencia preliminar y el juicio oral, sino para que las medidas cautelares

que se adopten o la sentencia de condena que se impongan sean realmente efectivas. La rebeldía y la detención serían, en consecuencia, en expresión reiterada por la jurisprudencia española, “la sanción al incumplimiento del deber del imputado de someterse personalmente al proceso penal en garantía del mejor esclarecimiento de los hechos y del cumplimiento coactivo de la pena que pueda imponerse”. Asimismo, la rebeldía por motivo de la no comparecencia al llamamiento judicial obedece a exigencias del derecho de contradicción o de audiencia bilateral, que en el proceso penal salvadoreño se encuentra garantizado al máximo, ya que, salvo excepciones, nadie puede ser juzgado y condenado sin ser oído (arts. 1 CPP y 11 Cn), siendo pues necesaria la presencia física del imputado durante las audiencias, aunque después de su declaración puede rehusarse a permanecer en la sala, pero deberá quedar custodiado en una próxima a disposición del tribunal (art. 325).

La situación legal de rebeldía, por otra parte, exige la oportuna declaración judicial, cuyos presupuestos fácticos son los siguientes:

- a) Si el imputado se encuentra en libertad, sin restricciones, deberá ser intimado en forma para que comparezca ante el juez o tribunal de la causa mediante la correspondiente citación judicial y deberá desobedecer el llamamiento, no compareciendo, salvo que exista justa causa para ello.

391

Efecto inmediato de esa actitud de falta de colaboración será la orden de detención provisional, que procederá, entre otros supuestos, “cuando el imputado no comparezca sin motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario” (art. 293.1 CPP).

La citación del imputado es el acto de comunicación (arts. 152 y 286 CPP) por el que se le hace saber la necesidad de su presencia para la celebración de un acto procesal de carácter personal, debiendo expresar: 1º.) el juez o tribunal que hubiese dictado la resolución, que revestirá por lo general la forma de decreto, la fecha de la misma y el procedimiento en que se hubiera dispuesto; 2º.) el nombre y apellidos, e incluso apodo, del imputado; 3º.) el objeto de la citación y el lugar, día y hora de la celebración del acto; 4º.) la necesidad de ser asistido por un abogado defensor, bien de su libre elección o designado por la Procuraduría General de la República (defensor público) y 5º.) la advertencia o intimación de que, si no obedece la orden de comparecencia, se declarará la rebeldía y se expedirá orden de captura.

Cuando el juez o tribunal sospeche que la citación provocará la fuga del imputado, ordenará su presentación o detención mediante orden escrita, que contenga los datos personales del mismo u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuye (art. 286).

El Código manifiesta claramente que la citación procederá cuando “sea necesaria la presencia de una persona” (arts. 152 y 286), por lo que habrá de evaluarse si el acto procesal a realizar exige inexcusablemente la presencia del imputado, y por tanto la citación con la intimación que contiene, o bien la presencia potestativa de aquel, y por consiguiente una notificación personal o citación sin apercibimiento alguno y con información sobre el carácter voluntario de la comparecencia.

Por lo general, la presencia del imputado será obligatoria en la audiencia inicial, en la audiencia preliminar y en el juicio oral, no existiendo posibilidad de juicios en su ausencia, como ocurre, en mayor o menor medida, en otras legislaciones (española, alemana, italiana...), en las que se establece un tratamiento procesal de la rebeldía, por razones de eficacia en la lucha contra la delincuencia, en el que el ejercicio por el rebelde del derecho de defensa se articula mediante recursos posteriores a la sentencia condenatoria, captura o voluntaria presentación del imputado rebelde (art. 797 LECRIM).

392

La regla general en El Salvador es, pues, la prohibición de audiencias sin que esté presente el imputado. No obstante, existen actos procesales (algunas pruebas anticipadas, reconstrucción del hecho, audiencia para la revisión de una medida cautelar...) en los que la presencia del imputado, que deberá siempre ser convocado, no es obligatoria, aunque sí la de su abogado defensor. Dicha convocatoria no será posible si el imputado se encuentra en rebeldía, sin que ello imposibilite la realización de anticipos de prueba, porque la declaración de rebeldía no suspende el curso de la instrucción (art. 93). Asimismo, la audiencia del juzgamiento por faltas no podrá ser suspendida, aunque el imputado convocado no comparezca (art. 394 CPP); en las causas por hechos punibles sancionados solo con pena no privativa de libertad o en los delitos de acción privada, el imputado podrá hacerse representar para todo efecto por un defensor con poder especial, quien lo sustituirá en todos los actos, salvo que el tribunal estime que para un acto en particular sea imprescindible su presencia (art. 112), y los juicios para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad se realizan a puerta cerrada, sin la presencia del inimputable, cuando a causa de su estado imposibilite la audiencia (art. 398.3).

Por otra parte, siendo la citación una forma de notificación intimatoria, serán de aplicación, en lo procedente, las reglas procesales que regulan los actos de notificación (arts. 143 a 154), con la advertencia de que, dadas las consecuencias del requerimiento, la notificación habrá de ser personal, sin que quepa la notificación por terceros.

Finalmente, por justa causa para la no comparecencia debe entenderse aquella que deriva de una enfermedad mental o física del propio imputado o de su cónyuge, compañero de vida o conviviente, ascendientes o descendientes y demás parientes que convivan con él, así como el fallecimiento de alguno de ellos. Las señaladas serán las causas de incomparecencia más usuales, que deberán ser debidamente acreditados (certificados médicos...), si bien es posible que existan otras circunstancias atendibles conforme a criterios de racional estimación judicial, debiendo el juez, si es razonable la petición y está debidamente acreditada, proceder a un cambio de fechas para la celebración del acto objeto de la citación. La necesidad de un certificado médico forense como medio de acreditar la enfermedad del imputado que le impida el no ejercicio del derecho de autodefensa en la audiencia, se infiere, por analogía, de lo establecido en el art. 333.5 CPP, referido a la suspensión de la audiencia por causa de enfermedad del imputado.

- b) Si el imputado se encuentra privado de libertad o se le ha designado un lugar para su residencia, la declaración de rebeldía procederá cuando se fugue del establecimiento en que se encuentre detenido o se ausente del lugar asignado como residencia.

393

La privación de libertad puede ser consecuencia de una medida cautelar (detención por la policía, por la FGR o detención provisional) o del cumplimiento de una pena privativa de libertad, incluyendo en esta el arresto domiciliario (art. 45.2 CP), que también puede darse como medida sustitutiva de la detención provisional (art. 295.1), y la pena de arresto de fin de semana (art. 45.2 CP).

En cuanto a la ausencia del imputado del lugar asignado para su residencia, la declaración de rebeldía procederá si el imputado, teniéndolo prohibido, sale del país, abandona el lugar de su residencia habitual o el ámbito territorial que hubiese fijado el juez también como límite de su libertad deambulatoria, medidas todas ellas sustitutivas de la detención provisional.

92

DECLARACIÓN

Transcurrido el término de la citación o comprobada la fuga o la ausencia, el juez declarará la rebeldía y expedirá orden de captura.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 91 a 94 (rebeldía), 150 (búsqueda por edictos), 152 (citación), 243 (obligaciones policiales en caso de captura), 254 (audiencia inicial antes de la captura), 289-A (trámite policial de las órdenes de captura), 290 (captura policial sin orden judicial), 293.1 (detención provisional por no comparecencia)
- LOPNC, 14 y 23.5 y 11

II. COMENTARIO

394

Estando relacionado este precepto con el anterior, se da por reproducido lo dicho respecto al concepto de rebeldía y a los presupuestos (citación judicial e incomparecencia sin justa causa) de la resolución judicial, en forma de auto, de declaración de rebeldía, que solo puede efectuarse por el juez o tribunal competente, según las reglas sobre competencia establecidas en los arts. 48 y ss. CPP.

El precepto que ahora comentamos exige para dicha declaración que haya transcurrido el término de la citación, si bien, con posterioridad al mismo y antes de que se haya dictado la declaración de rebeldía, el imputado que no hubiese comparecido podrá personarse en el juzgado para justificar su no comparecencia, justificación cuya veracidad y acreditación documental serán determinantes de la decisión judicial de mantener la libertad del mismo o decretar su detención para asegurar su disponibilidad procesal.

El concepto de justa causa para no atender la citación es de carácter indeterminado, por lo que, como dijimos, son potencialmente atendibles, en principio, diversas justificaciones ofrecidas por el imputado, aunque la más habitual será su enfermedad, que, por aplicación analógica de lo establecido para el juicio oral en el art. 333.5 CPP, exige que la misma no le impida participar activamente en el acto procesal para el que fue convocado y su acreditación mediante certificado médico forense, aunque serían válidos y suficientes, por ejemplo, incontestables informes médicos de intervención quirúrgica en un centro hospitalario.

La comprobación de la fuga del detenido o de la ausencia de su lugar de residencia podrá hacerse por comunicación escrita, dirigida al juez o tribunal a cuya disposición

se encuentre el imputado o condenado, por parte de la PNC, la Fiscalía General de la República, el juez de vigilancia penitenciaria o el director del centro penitenciario en que se encontrase interno el fugado.

Por otra parte, complemento indispensable de la declaración será la expedición de una orden de captura, que es el documento judicial que ordena a la PNC la búsqueda y detención de un imputado ausente en paradero desconocido, debiendo emitirse de forma inmediata tras la declaración de rebeldía.

El Código no expresa el contenido de dicha orden; no obstante, es razonable manifestar que deberá expresar las circunstancias siguientes del imputado: nombre, apellidos, otras señas de identificación incluyendo el apodo, género, estado, profesión u oficio, edad, señas personales y especiales, últimos domicilios, hecho delictivo que se le atribuye y causa o motivo de la orden de captura.

La orden de captura se debería remitir a la Fiscalía General de la República, al Director de la Policía Nacional Civil y a los demás jueces penales del país. En la PNC ha de incluirse en el registro general y en los especiales, si los hubiera (Narcotráfico, Investigación Criminal), y desde la PNC debe cursarse de inmediato la correspondiente información de busca y detención a todas las delegaciones policiales y aduanas del país (Aeropuerto, puertos, aduanas terrestres, etc.), con el fin de lograr la mayor efectividad en la operación de búsqueda y captura del rebelde, debiendo tenerse en cuenta que una función esencial de la Policía Nacional Civil es la de ejecutar las capturas en los casos previstos por la ley y custodiar todas las vías de comunicación terrestre, marítimas y aéreas, de fronteras, puertos y aeropuertos del país (art. 23.5 y 11 LOPNC).

395

También resulta preceptivo la búsqueda por edicto, cuyo original figurará en el proceso y de él se sacarán cuatro copias, que se fijarán una en el tablero del tribunal, dos en los lugares públicos más frecuentados de la localidad y la restante se mandará a publicar durante tres días consecutivos en uno de los diarios de circulación nacional (art. 150), debiendo procurarse que sean los de mayor difusión.

Expresemos, para finalizar, la necesidad de hacer más operativo el sistema de tratamiento de las órdenes de captura existente en la actualidad en El Salvador, debiendo procederse a una evaluación de sus deficiencias y a la promulgación de una disposición reglamentaria ad-hoc que haga más eficaz la búsqueda y captura de las personas en situación legal de rebeldía. En este sentido, ha sido un avance la reciente adición al Código del art. 289-A, de carácter meramente interpretativo, ya que era inadecuado el que la policía no procediese a la detención de una persona si no disponía el agente físicamente la orden escrita de captura o detención. Pues bien, el citado art. 289-A CPP establece que “la Policía Nacional Civil ejecutará las órdenes de detención libradas por el juez o el fiscal asignado a la investigación, bastando con que las mismas consten fehacientemente en los archivos de las delegaciones policiales”.

93

EFFECTOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO

La declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la instrucción. Si es declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes.

Declarada la rebeldía, se archivarán las actuaciones, instrumentos y piezas de convicción. Cuando el rebelde comparezca, la causa continuará según su estado.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 34, 37.4 y 38 (efectos sobre la prescripción), 91 a 94 (rebeldía), 180 a 184 (instrumentos y piezas de convicción), 254, incisos 6º. Y 7º. (efectos sobre la audiencia inicial), 265 (objeto de la instrucción), 290 (detención del fugado), 293.1 (detención provisional de quien no comparezca a citación judicial), 300 (pérdida de la fianza o caución), 319, inciso 4º. (efectos sobre la audiencia preliminar), 334, inciso 3º. (efectos sobre el juicio oral)

396

II. COMENTARIO**A) Los efectos de la declaración de rebeldía**

La declaración de rebeldía tiene efectos generales, sea cual sea el momento procesal en que se produzca la misma, y efectos específicos, según la fase del procedimiento en que se encuentre el proceso.

Son efectos generales: 1ª.) La expedición de una orden de captura del imputado y de detención provisional (art. 293.1), tal como hemos examinado en el artículo anterior; 2ª.) La interrupción de la prescripción de la acción penal (art. 38 en relación con el art. 34 CPP); 3º.) La extradición activa del imputado, si se encontrase fuera del país, que produce la suspensión del término de la prescripción mientras dure, en el extranjero, el trámite de la misma (art. 37.4 CPP) y 4º.) Pérdida de la fianza o caución establecida en sustitución de la detención provisional (arts. 295.7, 299 y 300 CPP).

Los efectos específicos de la declaración de rebeldía son distintos según el momento procesal en que tenga lugar y la existencia o no de coimputados:

1º.) Si el proceso se encontrase en la fase de diligencias iniciales de investigación o en la fase estricta de instrucción, la declaración de rebeldía no suspenderá el curso de las actuaciones policiales, fiscales y judiciales. En sentido amplio, la instrucción

comprende aquellas dos fases, teniendo por finalidad comprobar la existencia de un hecho delictivo, establecer las circunstancias jurídico-objetivas que rodean al mismo, individualizar y poner a disposición de la Justicia al supuesto culpable y recolectar todos los elementos de prueba que permitan fundar la acusación del fiscal o del querellante y preparar la defensa del imputado (arts. 238 y 265 CPP). Sería absurdo que toda esa actividad, requerida de máxima urgencia, quedase frustrada por la paralización del proceso; de aquí la prohibición taxativa de suspensión del curso de la instrucción en caso de declaración de rebeldía. Por ello, será necesario que, a pesar de la rebeldía, la FGR inicie la investigación y recoja con urgencia los elementos de prueba cuya pérdida es de temer, solicitando incluso del juez de paz competente, si fuese necesario, la realización de actos definitivos e irreproducibles, la práctica de peritajes y la toma de declaraciones que el paso del tiempo haría de imposible o difícil realización (arts. 238 y 270 CPP).

La rebeldía tampoco impedirá que se celebre la audiencia inicial, en el caso de que el imputado hubiese nombrado defensor. Si no lo hubiese nombrado, no se convocará, pero los autos seguirán su curso, debiendo dictar el juez de paz la resolución que procede a la vista del requerimiento fiscal (art. 254).

Sin embargo, la actividad instructiva acabará con anterioridad a celebración de la audiencia preliminar, que requiere la inexcusable la presencia del imputado (art. 319, inciso 4º., CPP). Llegado ese momento se paralizará el proceso y se archivarán las actuaciones, instrumentos y piezas de convicción, hasta que comparezca el rebelde, bien por voluntad propia o por captura policial. La referida resolución de archivo nada tiene que ver, en sus presupuestos y efectos, con el archivo por falta de individualización del imputado regulado en el art. 246 de la ley procesal.

397

Por otra parte, el precepto comentado obliga a la conservación de los instrumentos del delito y de las piezas de convicción, es decir, al secuestro de los mismos, que será sometido al régimen establecido en los arts. 180 a 184 del Código. No se menciona la conservación de los bienes u objetos sujetos a comiso, pero es obvio que se trata de un olvido que debe subsanarse mediante la aplicación analógica del art. 180 CPP, ya que la actitud rebelde del imputado no debe beneficiarle en caso de condena.

El Código es contundente al ordenar el secuestro de los instrumentos del delito y de las piezas de convicción. No obstante, hubiese sido más adecuado permitir la devolución a los dueños, que no resulten civil ni penalmente responsables del delito, de los citados objetos, si bien con la obligación del secretario de extender diligencia minuciosa de todo lo que se devuelve y de llevar a cabo las pruebas periciales que sean necesarias. Hubiese sido, en definitiva, deseable establecer para la rebeldía lo establecido en el art. 184 del Código, que prevé, como norma general, salvo especificaciones para determinados objetos (armas ilegales, objetos nocivos para la salud, de tenencia prohibida, peligrosa o de comercio no autorizado), la devolución de

los objetos secuestrados que no estén sometidos a comiso, restitución o embargo tan pronto como sea posible y conveniente, pudiendo ordenarse provisionalmente la devolución, en calidad de depósito, e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos o presentarlos cuando el tribunal así lo requiera.

Si procediese, por último, el ejercicio de alguna acción civil, no se ve inconveniente alguno para su ejercicio, siempre que estuviese fundamentada en un ilícito civil, que eventualmente pudiese devenir en delito cuando sea posible realizar el juicio penal. La rebeldía no paraliza el proceso civil, cuya culminación es posible en caso de incomparecencia del demandado, y la acción civil puede ejercitarse fuera del proceso penal contra los partícipes del delito y los que sean civilmente responsables (arts. 42 y 43 CPP).

2º.) Si el proceso estuviese pendiente de juicio oral en el momento de la declaración de rebeldía, se suspenderá el mismo con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados no rebeldes. Si el juicio oral hubiese comenzado, la rebeldía también interrumpirá la audiencia (art. 334, inciso 3º.), que continuará también para los demás coimputados.

398 La continuación del juicio oral contra los demás imputados es obligada, si nos atenemos a la literalidad del art. 93 del Código, mientras que si la causa de la suspensión del juicio se debe a la enfermedad del imputado no rebelde, la continuación de la audiencia es potestativa del tribunal, según se infiere del art. 333.5 CPP.

La suspensión, como vimos, también afectará a la audiencia preliminar (art. 319); en consecuencia, no podrán adoptarse ninguna de las resoluciones respecto de las cuestiones que se hubiesen planteado en la misma (art. 320 CPP), con la excepción de la realización de nuevos anticipos de prueba, si hay necesidad de ello.

Por último, la rebeldía en esta fase procesal tendrá también como consecuencia el archivo de las actuaciones y de los instrumentos y piezas de convicción, dejando por reproducidas las reflexiones que sobre el particular y el posible ejercicio de la acción civil se hicieron con anterioridad.

3º.) Si la declaración de rebeldía se produce después de notificada la sentencia condenatoria, entendemos que dicha circunstancia no debe impedir la sustanciación de los recursos contra la misma, aunque también es razonable entender que procederá la suspensión del procedimiento del recurso hasta que el rebelde sea hallado, con el efecto de la interrupción de la prescripción. El Código no prevé este supuesto, por lo que ambas posturas son defendibles, si bien la solución de la suspensión sería la más perjudicial para el rebelde, por el efecto de interrupción de la prescripción que tiene, cuyo plazo, desaparecida la rebeldía, habría de comenzar a correr íntegramente (art. 38 CPP).

B) Pérdida de la fianza o caución económica

Como sabemos, el imputado puede encontrarse en situación de libertad bajo fianza. Al respecto, la detención provisional puede sustituirse, en los casos previstos por la ley, por la prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas. Pues bien, en tal supuesto, si se declara la rebeldía, se fijará un plazo no menor de cinco días para que comparezca o cumpla la condena impuesta. De ello se notificará al imputado y al fiador, advirtiéndoles que, si aquel no comparece o no cumple la condena impuesta o no justifica estar impedido por fuerza mayor, la caución se ejecutará al término del plazo, conforme a lo previsto en el Código de Procedimientos Civiles.

C) Extinción de la rebeldía

Cuando el rebelde comparezca, la causa continuará según su estado, debiendo levantarse el auto de archivo y valorarse el comportamiento del imputado a efectos de la adopción de la medida cautelar de detención provisional (art. 293.1 CPP). A tal efecto, a pesar de la literalidad del último precepto mencionado, debería valorarse si la comparecencia fue voluntaria o no, además de otras circunstancias del caso.

D) Especial referencia a la extradición activa

La extradición “es el acto por el cual un Estado solicita de otro la entrega de un imputado o de un condenado u ofrece entregar éstos al Estado requirente para hacer posibles los fines del proceso penal declarativo o la ejecución de la sentencia, en su caso” (HERCE QUEMADA). Se trata, como dice ANTÓN ONECA, de un acto de asistencia jurídica internacional por el cual los Estados cooperan a la administración de justicia de los demás y al mismo tiempo se libran de los sujetos peligrosos donde quiera que se encuentren.

La extradición puede ser activa y pasiva. En la primera, el Estado salvadoreño actúa como requirente. En la segunda, el Estado salvadoreño interviene como requerido.

De ambas instituciones, la que aquí interesa es la extradición activa, porque, como señalábamos antes, al ser la orden de búsqueda y captura del imputado el efecto inmediato de la declaración de rebeldía, deberá iniciarse el procedimiento de extradición si el declarado rebelde se encuentra en otro país.

Para que pueda solicitarse la extradición, hará falta la existencia de una orden de detención provisional (293.1 CPP) o de una sentencia condenatoria firme, así como la consiguiente declaración de rebeldía.

Será competente para solicitarla el juez o tribunal que, en razón de las reglas de la competencia para la instrucción y enjuiciamiento, hubiese dictado la declaración de rebeldía y la orden de detención.

La extradición procederá en los casos que se determinen en el correspondiente tratado entre El Salvador y el país en que se encuentre la persona reclamada. Si no existiese tratado, su viabilidad dependerá de lo que se establezca en el Derecho del país requerido. En defecto de ambos supuestos, la extradición vendrá condicionada por el principio de reciprocidad.

Respecto al procedimiento para la extradición, no existe en el Código Procesal Penal referencia alguna, salvo normas genéricas sobre auxilio judicial internacional (arts. 139 y 140). En el anterior Código de 1973, sí se regulaba la extradición, pero fue derogado en su totalidad con la entrada en vigor del nuevo Código (art. 454). Por ello, deben tenerse en cuenta los supuestos, límites y procedimiento para la extradición previstos en los tratados internacionales sobre la materia formalizados por El Salvador, que en la actualidad son los siguientes:

- Convención de extradición con Italia suscrito el 29 de marzo de 1871, tomo I, pág. 29.
- Convención de extradición de reos con Bélgica D.O. No. 91, tomo 14, de fecha 20 de abril de 1881.
 - Ampliación a la Convención de extradición de reos con Bélgica suscrito el 31 de agosto de 1933, tomo II, pág. 117.
- Tratado de extradición de criminales con Gran Bretaña de 23 de junio de 1981, ratificado el 28 de febrero de 1882, con las siguientes adiciones:
 - Adición al tratado de extradición de criminales con Gran Bre-taña D.O. No. 73, tomo 110, de fecha 27 de marzo de 1931.
 - Adición al tratado de extradición de criminales con Gran Bretaña suscrito el 18 de octubre de 1932, tomo II, pág. 91.
 - Adición al tratado de extradición con el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, suscrito el 16 de junio de 1934.
 - Ampliación del tratado de extradición con Gran Bretaña, suscrito el 8 de abril de 1937.
- Convención sobre extradición recíproca de criminales con Suiza D.O. No. 108, Tomo 18, de fecha 8 de mayo de 1885.
- Tratado de extradición con los Estados Unidos de América D.O. No. 138, tomo 70, de fecha 17 de junio de 1911.

- Convención de extradición incluida en el Tratado General de Paz y Amistad con las Repúblicas Centroamericanas (Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica). D.O. No. 126, tomo 98, de fecha 4 de junio de 1925.
- Convención de extradición (Multilateral O.E.A.) D.O. No. 103, tomo 120, de fecha 11 de mayo de 1936.
- Tratado de extradición con España D.O. No. 236, tomo 337, de fecha 17 de diciembre de 1997.
- Tratado de extradición con el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos D.O. No. 236, tomo 337, de fecha 17 de diciembre de 1997.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta la existencia de otros tratados internacionales que establecen la universalidad de la competencia jurisdiccional de los Estados en el enjuiciamiento de determinados delitos, como por ejemplo el de tráfico internacional de drogas. Así, podemos citar, aunque no hemos podido confirmar su ratificación por El Salvador, el Convenio único sobre estupefacientes, hecho en Nueva York el 30 de marzo de 1961, y la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en Viena el 20 de diciembre de 1988.

401

Puede servir de modelo respecto al procedimiento aplicable a cualquier expediente de extradición lo establecido en el reciente “Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República de El Salvador” (diciembre de 1997), del que textualmente transcribimos el contenido de algunos de sus preceptos:

- *Órganos Competentes para la Ejecución del Tratado.* Los Órganos competentes para la ejecución del presente Tratado serán el Ministerio de Justicia del Reino de España y la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador. Dichos órganos se comunicarán entre sí, por vía diplomática.
- *Solicitud de extradición.* 1. La solicitud de extradición se formulará por escrito y tendrá el siguiente contenido: a) La designación de la Autoridad requirente. b) El nombre y apellidos de la persona cuya extradición se solicite, e información sobre su nacionalidad, lugar de residencia o paradero y otros datos pertinentes, así como, a ser posible, la descripción de su apariencia, una fotografía y sus huellas dactilares. c) Detalles sobre los hechos cometidos, sus consecuencias y, a ser posible, cuantificación de los daños materiales causados. d) Copia del texto o textos legales de la Parte requirente que califiquen los hechos cometidos como delito y prevean la pena aplicable al mismo. e) Los textos legales aplicables a la prescripción de la acción penal o de la pena.

2. La solicitud de extradición para procesamiento, además de la información especificada en el párrafo 1, deberá ir acompañada de una copia de la orden de detención o de la orden de arresto expedidas por la Autoridad correspondiente de la Parte requirente.

3. La solicitud de extradición para el cumplimiento de una sentencia, además de la información especificada en el párrafo 1, deberá ir acompañada de: a) La copia de la sentencia aplicable al caso, que tenga fuerza ejecutoria, y b) Información relativa a la persona a la que se haya notificado dicha sentencia.

4. Los documentos presentados por las Partes Contractuales en la aplicación del presente Tratado deberán estar firmados y sellados por las Autoridades correspondientes.

402

- *Información complementaria.* 1. Cuando la Parte requerida considere que es insuficiente la información presentada en apoyo de una solicitud de extradición, podrá establecer un plazo razonable para la recepción de información complementaria. 2. Si la persona cuya extradición se solicita se encuentra detenida y la información complementaria remitida no es suficiente, o si dicha información no se recibe dentro del plazo establecido por la Parte requerida, se pondrá en libertad a esa persona. Sin embargo, la puesta en libertad no impedirá a la Parte requirente presentar otra solicitud de extradición de la persona por el mismo o por otro delito.
- *Decisión sobre la solicitud.* 1. La Parte requerida tramitará la solicitud de extradición de conformidad con el procedimiento establecido en su legislación y comunicará sin demora a la Parte requirente la decisión que adopte al respecto. 2. La denegación total o parcial de la solicitud deberá ser motivada.
- *Detención preventiva.* 1. En caso de urgencia, la Parte requirente podrá pedir que se proceda a la detención preventiva de la persona reclamada hasta la presentación de la solicitud de extradición. La petición de detención preventiva se transmitirá a las Autoridades correspondientes de la Parte requerida, bien por conducto diplomático, bien directamente, por correo o telégrafo, a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), o por cualquier otro medio del que quede constancia escrita o que sea aceptado por la Parte requerida.
2. En la petición de detención preventiva figurarán la filiación de la persona reclamada, con indicación de que se solicitará su extradición; una declaración de que existe alguno de los documentos que han de acompañar a la solicitud de extradición que permiten la aprehensión de la persona (orden de detención, sentencia condenatoria); una declaración de la pena que se le pueda imponer o se le haya impuesto por el delito cometido, incluido el tiempo que quedé

por cumplir de la misma, y una breve descripción de la conducta constitutiva del presunto delito.

3. La Parte requerida resolverá sobre dicha petición de conformidad con su legislación y comunicará sin demora su decisión a la Parte requirente.

4. La persona detenida en virtud de esa petición será puesta en libertad si la Parte requirente no presenta la solicitud de extradición, acompañada de los documentos que se expresan en el art. 9 del Tratado, en el plazo de sesenta días a partir de la fecha de la detención.

5. La puesta en libertad de la persona de conformidad con lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá que sea nuevamente detenida ni que se emprendan actuaciones a fin de conceder su extradición en el caso de que se reciban posteriormente la solicitud de extradición y su documentación justificativa.

- *Procedimiento simplificado de extradición.* Si no lo impide su legislación, la Parte requerida podrá conceder la extradición una vez que haya recibido una petición de detención preventiva, siempre que la persona reclamada manifieste expresamente su consentimiento ante la Autoridad correspondiente.

Por último, ha sido norma generalizada en todos los ordenamientos la prohibición de la extradición de los propios nacionales (extradición pasiva), tal como se expresa en el inciso 2º. del art. 28 Cn. Sin embargo, dicho precepto ha sido objeto de una reforma reciente (2000) para permitir la misma, dentro de ciertas limitaciones y respetando siempre el principio de reciprocidad, reforma que se enmarca en la negociación del nuevo tratado de extradición con los Estados Unidos de América, donde residen unos dos millones de nacionales salvadoreños.

403

94

JUSTIFICACIÓN

Si el imputado se presenta con posterioridad a la declaración de su rebeldía y justifica que no concurrió debido a un grave y legítimo impedimento, se revocará de inmediato la orden de captura y se harán las comunicaciones correspondientes.

Si el imputado lo solicita, se le extenderá un certificado que acredite la revocación de la captura.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 91 a 93 (concepto, declaración y efectos de la rebeldía), 293.1 (detención provisional por no comparecencia)

II. COMENTARIO

El estado de *rebeldía finaliza* cuando el imputado es capturado y llevado a presencia judicial o cuando el propio rebelde se presenta ante el juez o tribunal que efectuó la declaración de la rebeldía y expidió la correspondiente orden de captura.

El precepto exige para revocar la orden de captura la *comparecencia* en el juzgado del imputado y la *justificación* por el mismo de que no concurrió al llamamiento judicial “debido a un grave y legítimo impedimento”. Sin embargo, la falta de justificación de la no comparecencia no puede evitar la revocación de la orden de captura, cuando el imputado haya comparecido voluntariamente o a la fuerza, porque ello constituiría un absurdo legal.

404 Por ello, una razonable explicación del contenido del precepto podría ser el efecto de la justificación sobre la medida cautelar de detención provisional que podría adoptarse cuando el imputado no comparezca sin motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario.

La expresión “grave y legítimo impedimento” equivale al concepto de justa causa utilizado por el art. 91, en el que hemos hecho algún comentario al respecto.

Se añade, asimismo, que la comparecencia voluntaria del imputado rebelde dará lugar a la inmediata revocación de la orden de captura, debiendo efectuarse las comunicaciones correspondientes. Lo mismo habrá de hacerse cuando el rebelde sea capturado por la policía y puesto a disposición judicial.

Las comunicaciones a efectuar sobre la revocación de la orden de captura estarán dirigidas a las mismas autoridades destinatarias en su día de la orden de captura, es decir, el Director de la PNC, el Fiscal General de la República y, en su caso, los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional penal.

Por último, en el supuesto de que se decrete la puesta en libertad del imputado, éste tendrá derecho a una certificación acreditativa de la revocación de la captura. Dicha certificación, que es expresión de la desconfianza en los efectos prácticos de la revocación de la captura al interior de la PNC, deberá ser firmada por el secretario judicial.

CAPÍTULO IV

QUERELLANTE

95

QUERELLANTE

En los delitos de acción pública, la víctima por medio de su representante, podrá intervenir en el proceso, con todos los derechos y facultades previstos en la Constitución de la República, en este Código y demás leyes.

Las asociaciones legalmente constituidas podrán nombrar apoderados especiales para que representen a la víctima en el ejercicio de sus derechos y facultades, previa petición de ésta. Sin perjuicio del derecho que les corresponde a los menores e incapaces.

También podrá querellar todo ciudadano o cualquier asociación de ciudadanos legalmente constituida, cuando se trate de delitos oficiales y delitos cometidos por funcionarios y empleados públicos, agentes de autoridad y autoridad pública que impliquen una grave y directa violación a los derechos humanos fundamentales, los que se cometan contra el ejercicio del sufragio, o cuando se trate de delitos que afecten intereses difusos o de la colectividad en su conjunto.

405

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 2, 3, 71, 194.II
- CPP, 14 (igualdad procesal), 21 (acción privada en caso de extinción acción pública), 42 y 43 (querrela y acción civil), 73 (motivos de impedimentos en relación con el querellante), 95 (legitimación), 96 (solicitud de querrela), 97 (acreditación facultad para querellar de las asociaciones), 98 (poder especial para querellar), 99 (plazo), 101 (límites), 102 (admisión o inadmisión), 103 (desistimiento), 104 (abandono), 105 (efectos desistimiento y abandono), 106, (delito de acción privada), 234 (presentación ante la Policía), 235 (presentación ante la FGR), 236 (información sobre la querrela en caso de presentación voluntaria), 237 (presentación ante el juez de paz), 248.2 (petición de desestimación de la querrela en requerimiento fiscal), 256.8 (admisión o inadmisión en audiencia inicial), 265 (finalidad instrucción), 313 y 314 (escrito acusación del querellante), 316 (contestación a las otras partes), 319 (desarrollo audiencia preliminar), 320 (resolución audiencia preliminar), 321 (falta de acusación del fiscal y querellante), 322 (auto apertura), 325 (no

- concurrencia a la vista pública), 338 (explicación de la acusación en vista pública), 343 (ampliación acusación), 347 (testigos del querellante), 353 (conclusiones finales), 379 (consentimiento en procedimiento abreviado), 380 (trámite procedimiento abreviado), 383 (legitimación para promover el antejuicio), 397 (procedencia juicio aplicación exclusiva de medidas de seguridad), 413 (reformatio in pejus)
- CP, 22 (delito oficial), 39 (concepto de funcionario...), 232 a 240 (delitos relativos al mercado, la libre competencia y la protección del consumidor), 253 y 254 (delitos relativos a la ordenación del territorio), 255 a 263 (delitos relativos a la naturaleza y el medio ambiente), 271 a 277 (delitos relativos a la salud pública), 290 a 302 (delitos relativos a los derechos y garantías fundamentales de la persona), 303 (denuncia o acusación calumniosa), 340 a 342 (delitos relativos al sistema constitucional), 262, 270, 310 a 312, 314, 315, 320 a 334, 340, 341... (delitos oficiales)
- LAF, 11, 64, 65 y 66

II. COMENTARIO

A) Concepto, naturaleza y clases

406

La querrela es el acto procesal consistente en una declaración de voluntad, formulada ante la Policía, la Fiscalía General de la República o el Juez de Paz, por el que el querellante, al mismo tiempo, pone en conocimiento de aquellos la comisión de un posible hecho delictivo (*notitia criminis*) y ejercita la acción penal.

La diferencia sustancial entre la denuncia y la querrela radica precisamente en el ejercicio de la acción penal, consustancial con la querrela, cuya interposición obliga al querellante a participar activamente en el proceso, interpretándose su pasividad procesal como tácito desistimiento de aquella (art. 104 CPP). La denuncia, por el contrario, señala HERCE QUEMADA, “una vez presentada, no requiere ningún otro acto del denunciante para surtir sus plenos efectos”, ya que, ejercitado el derecho o cumplido el deber (art. 229 a 232 CPP) de denunciar, “el denunciante queda desligado por completo del proceso, pues el hecho de que pueda ser llamado por el órgano jurisdiccional (o por la FGR o Policía) para aclarar algún extremo de su denuncia tan sólo significa que puede actuar como testigo (tercero en el proceso), mientras que la querrela exige actividades posteriores por parte del querellante, interpretándose su falta de gestión como abandono de aquella”.

El art. 233 CPP es la manifestación de la anterior idea en el proceso penal salvadoreño, al disponer que “el denunciante no será parte en el procedimiento ni incurrirá en responsabilidad alguna, excepto cuando las imputaciones sean falsas...”.

manifestación, esta última, que también es predicable de la querella (denuncia o acusación calumniosa del art. 303 CP).

Ahora bien, la víctima del delito, haya o no formulado denuncia o querella, tendrá derecho a ser informada de los resultados del procedimiento, a ser escuchada antes de la resolución de extinción o suspensión de la acción penal, a ser oída en la vista pública y a impugnar el sobreseimiento definitivo o la absolución (art. 13 CPP). Se configura así una situación procesal peculiar, que está a medio camino entre la del denunciante, que no es parte procesal, y la del querellante, que si lo es. Dicha peculiaridad obedece a la tendencia del proceso penal moderno de mejorar la protección de las víctimas del delito.

Por otro lado, el derecho al ejercicio a la acción penal que expresa la querella tiene naturaleza de derecho fundamental, por lo que su desconocimiento por parte de los órganos encargados de la admisión, tramitación y resolución de una querella, basándose en impedimentos artificiales, irrazonados o desproporcionados, puede dar lugar a la formulación de un recurso de amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Así cabe inferirlo de lo dispuesto en el art. 2, inciso 1º., Cn, que reconoce el derecho de toda persona “a ser protegida en la conservación y defensa” del derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo y a la propiedad y posesión. Ahora bien, la vulneración del derecho fundamental del querellante a la tutela judicial, según la llamada teoría abstracta del derecho de acción, ha de consistir en la inadmisión, archivo o sobreseimiento de la misma con irrespeto del principio de proporcionalidad y del deber de motivación de las resoluciones judiciales. Como afirma GIMENO SENDRA, “dicho derecho no conlleva el de exigir del órgano jurisdiccional la efectiva protección de un derecho subjetivo o, lo que es lo mismo, en el caso de la acción penal no se puede pretender un pronunciamiento de actuación del *ius puniendi*, sino tan solo la obtención de una resolución motivada, fundada y congruente, bien sobre su actuación, bien sobre la suspensión del proceso o sobre la declaración de la inocencia del acusado”.

407

La institución de la querella admite, por último, la *clasificación* binaria de querella privada y querella pública. A la primera se refiere el inciso primero del art. 95; a la querella pública, su inciso tercero. La querella privada es aquella que puede formular la víctima del delito (art. 12 CPP). La querella pública puede plantearse, respecto a determinados delitos, por cualquier ciudadano y asociación de ciudadanos legalmente constituida. Los apartados C) y D) del presente comentario analizarán las características de ambas. Debemos, por otra parte, asimilar el ejercicio de la acción privada a la querella privada, porque tienen el mismo régimen jurídico, sin perjuicio de las reglas especiales (art. 106).

Para finalizar, podríamos hacer otra dicotomía entre la querella del procedimiento común, que persigue en principio la imposición de una pena, y la querella cuya pretensión es la exclusiva aplicación de una medida de seguridad, en razón de la evidente

inimputabilidad del querellado. En ese supuesto, se aplicarán las reglas comunes del procedimiento, con las particularidades procesales establecidas en el art. 398 CPP.

B) Presupuestos procesales

Los *presupuestos procesales* de la querella son los de competencia jurisdiccional, capacidad, legitimación y representación procesal del querellante, en su caso.

408 El presupuesto de la competencia se analiza en los correspondientes preceptos del Código (arts. 57 a 72 CPP), dejando aquí expresado, como fundamental, que la competencia objetiva para el conocimiento de la querella la ostentan los juzgados de paz (art. 55, 235 y 237 CPP) y la territorial el juez de paz del lugar en que el hecho posible se hubiere cometido (art. 59). Deben tenerse en cuenta las reglas procesales para determinar la competencia por territorio en caso de delito imperfecto o tentado (art. 59, inciso segundo), delito continuado o permanente (art. 59, inciso tercero) y supuestos de conexión delictiva (arts. 63 y 64 CPP). Asimismo, los motivos de impedimento, que salvaguardan la independencia objetiva del juez, porque a los efectos de su aplicación (excusa y recusación) se considerarán interesados la víctima, se haya o no constituido en parte, así como sus representantes y mandatarios (art. 73, último inciso). El mismo criterio se ha de aplicar al querellante que no sea víctima del delito, en relación al ejercicio de la querella pública prevista en el último inciso del art. 95. Por último, en caso de personas querelladas con privilegio constitucional (arts. 236, 238 y 239 Cn), la admisión a trámite de la querella, en el supuesto de que la causa sea competencia de los tribunales comunes, vendrá condicionada a la promoción del antejuicio por parte de la FGR y a la correlativa declaración de la Asamblea Legislativa o, en su caso, de la Corte Suprema de Justicia, de haber lugar a formación de causa.

Respecto a la *capacidad*, hay que distinguir entre la *capacidad para ser parte* como querellante (personas físicas y determinadas personas jurídicas) y la *capacidad de comparecer* por sí mismo en el proceso, de la que carecen los menores de edad y los incapacitados. Las personas jurídicas tienen, respecto de las personas físicas, una mayor restricción de su capacidad para actuar como querellantes, según veremos en los apartados C) y D).

La *legitimación*, de la que trataremos también en los apartados C) y D), "implica un nexo del sujeto con el objeto, con arreglo al cual pueda decirse que tal persona, capaz para ser parte y para actuar válidamente, es justamente aquella a quien la ley atribuye el derecho de ejercitar la acción (penal o civil) por ese determinado hecho, o, en general, de ser sujeto de este concreto proceso" (GÓMEZ ORBANEJA). La *legitimación* se otorga, pues, en función de la relación que el presunto querellante tenga con el objeto del proceso, aunque a veces se confunden el presupuesto de la capacidad para formular una querella y el de legitimación activa para la misma, como en el caso de la acción popular (art. 95, inciso tercero).

Por último, en materia de *representación procesal*, nos encontramos con la *representación específica* que deben ostentar los menores de edad y los incapaces para formular una querrela en su condición de víctimas del delito, y la *representación genérica* del querellante, a la que se refiere el art. 98 CPP al decir que la querrela deberá ser iniciada y proseguida por un abogado de la República que actúe con poder especial para el caso. Como excepción, no se exigirá representación alguna cuando la víctima o el representante legal de la asociación querellante fuesen abogados de la República y decidiesen actuar en la querrela personalmente como tales.

El representante genérico del querellante puede ser nombrado directamente por este, supuesto contemplado en el primer inciso del precepto que comentamos, o, a petición del querellante, puede ser designado por una asociación legalmente constituida, como sería el caso, por poner un ejemplo, de IDHUCA, ANEP o ATP...

Por asociación hay que entender las personas jurídicas de derecho privado no lucrativas, constituidas por la agrupación de personas para desarrollar de forma permanente la actividad legal necesaria para el cumplimiento de su objeto o finalidad estatutaria.

La regulación de las mismas se encuentra en la “Ley de Asociaciones y Fundaciones sin fines de lucro”, de 27 de noviembre de 1996, que exige, para que la asociación se considere legalmente constituida (requisito para actuar como querellante), el reconocimiento de su personalidad y existencia jurídica y la aprobación, publicación e inscripción de sus estatutos por parte de Ministerio del Interior, salvo caso extraordinario de silencio positivo. Los arts. 64 y 66 de la ley disponen que la personalidad y existencia jurídica de las asociaciones constituidas de acuerdo a la mencionada ley se adquiere mediante la inscripción del instrumento constitutivo de la entidad en el Registro de Asociaciones y Fundaciones, previo Acuerdo Ejecutivo. La prueba de la legal constitución de la asociación se efectuará con el instrumento debidamente inscrito o con la certificación del mismo extendida por el Director General del mencionado registro, que radica en el Ministerio del Interior.

409

C) La querrela de la víctima del delito

El art. 95 CPP otorga legitimación para el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública a la víctima del delito y, en determinados delitos públicos, a “todo ciudadano o cualquier asociación de ciudadanos legalmente constituida”, supuesto que analizaremos con posterioridad.

En cuanto a la víctima del delito, pueden ser querellantes las personas físicas y jurídicas relacionadas en el art. 12 CPP que resulten afectadas en la forma que indica el citado precepto por un delito de acción pública y formulen debidamente la correspondiente solicitud de constitución como querellantes. De ser admitida la solicitud,

la víctima actuará en el proceso penal de que se trate conjuntamente con la FGR, aunque podrá sostener criterios distintos a la misma sobre los elementos constitutivos de la pretensión procesal: hechos, prueba, calificación jurídica, pena, responsabilidad civil, etc. Dentro del concepto de delito de acción pública deben incluirse también los delitos de acción pública dependientes de instancia particular (art. 26 CPP), porque el art. 95 no distingue entre las dos variedades de delitos de acción pública (art. 19.1 y 2), y la instancia particular no es más que una condición de procedibilidad que tanto puede cumplirse con la denuncia como con la querrela. Por otra parte, la decisión judicial de prescindir de la persecución penal por aplicación de un criterio de oportunidad no impide la interposición de una querrela, a pesar de quedar extinguida la acción pública (art. 21, inciso 2º). Si esto es así, sería absurdo admitir la querrela ante infracciones que por su insignificancia pueden dar lugar a que se prescinda de la persecución penal (art. 20) y no admitirla respecto a infracciones que potencialmente pueden tener enorme trascendencia para la víctima, como son la mayor parte de los delitos de acción pública dependientes de instancia particular (art. 26 CPP).

410

El art. 12 CPP establece casuísticamente quienes pueden considerarse víctimas y, por consiguiente, quienes pueden ejercer la acción penal como querellantes: 1) El directamente ofendido por el delito; 2) El cónyuge, el compañero de vida o conviviente, el hijo o padre adoptivo, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y el heredero testamentario, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido; 3) Los socios, respecto a los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren o controlen, o sus gerentes, o por quienes dirijan o administren una sociedad controlada, controlante o vinculada; y 4) Las asociaciones, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses.

Como vemos, el Código utiliza la expresión “*directamente ofendido por el delito*” como uno de los elementos definidores de la calidad de víctima, lo que plantea la cuestión del alcance de este concepto. Al respecto, debemos acudir a las categorías del Derecho Penal, mucho más precisas en este campo que las del Derecho Procesal Penal. Así, en la doctrina penal se entiende por ofendido al sujeto pasivo que es el “*titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencial del delito*” (ANTOLISEI), *pudiendo ser sujetos pasivos u ofendidos cualquier persona física, aunque sea incapaz, la persona jurídica, la sociedad y el Estado* (MIR PUIG). Todos ellos, pues, según el tipo penal de que se trate, pueden ser víctimas del delito, pero a efectos de legitimación para interponer una querrela, la ley salvadoreña solo se la otorga a las personas físicas y jurídicas que hayan sido “directamente ofendidas” por el delito. La defensa procesal de los intereses de Estado y de la sociedad, por el contrario, se otorga a la FGR y, en determinados tipos de delito, a cualquier ciudadano o asociación de ciudadanos, como veremos, que también se califica de víctima cuando defienda los intereses colectivos y difusos que constituyen su razón de ser (art. 12.4).

Por otra parte, como afirma MIR PUIG, el sujeto pasivo del delito puede o no coincidir con la *persona sobre la que recae materialmente la acción típica* y con el *perjudicado*, que puede serlo tanto el sujeto pasivo del delito como quienes soportan de una manera más o menos indirecta las consecuencias perjudiciales del mismo. En los delitos relativos a la vida, a la integridad personal, a la libertad, por ejemplo, coinciden el sujeto pasivo (titular del bien jurídico protegido) y la persona que sufre materialmente el hecho delictivo; pero en el delito de estafa, el engaño típico puede recaer en una persona distinta (*receptionista* de un hotel, *empleado* de una tienda) del verdadero sujeto pasivo, que es el dueño del negocio. En cuanto al perjudicado, en el homicidio, el muerto es el sujeto pasivo y su cónyuge y parientes (art. 12.2 CPP) son los perjudicados que pueden ostentar en el proceso pretensiones relativas a la responsabilidad civil derivada del delito.

La doctrina penal, advierte por su parte GIMENO SENDRA, “distingue, con razón, ambos conceptos. Por ofendido tan sólo cabe entender el titular del bien o interés tutelado por la norma penal transgredida o, dicho en menos palabras, el sujeto pasivo del delito, en tanto que el perjudicado es quien sufre en su esfera patrimonial los efectos nocivos de la acción delictuosa, convirtiéndose en acreedor o titular de la pretensión civil de resarcimiento”. En la inmensa generalidad de los casos, añade Gimeno, concurren ambas circunstancias legitimadoras. Pero, puede suceder que el ofendido y el perjudicado sean personas distintas. Así, por ejemplo, en los delitos con resultado de muerte, el ofendido es el muerto, mientras que los perjudicados son los allegados (cónyuge, hijos, padres, parientes, etc.) del ofendido; y en algunos delitos imprudentes (accidentes de tránsito), añadimos nosotros, el perjudicado puede ser el dueño del vehículo que no sea el conductor y la compañía aseguradora, en su caso. En estos supuestos, existirá legitimación activa del ofendido para ejercitar la acción penal y civil y del perjudicado para ejercer solamente la acción civil.

411

Pues bien, a tenor de lo dispuesto en el art. 12 CPP, al que se remite el primer inciso del art. 95 al utilizar la expresión víctima, solo el sujeto pasivo del delito (directamente ofendido) puede intervenir como querellante, con las tres excepciones siguientes: los perjudicados que cita el art. 12.2 cuando el delito provoque la muerte del ofendido, los socios, que también serían perjudicados, en los delitos societarios y las asociaciones, asimismo perjudicadas, en defensa de los intereses colectivos o difusos cuya defensa constituya el objeto o finalidad de las mismas.

La legitimación activa para constituirse en querellante se otorga también a los *menores de edad* y a los *incapaces*, cuando sean víctimas del delito, debiendo en tal supuesto decidir la interposición de la querrela los padres o tutor del menor y el tutor del incapaz, si los tuviesen; en caso contrario, sus intereses, además de ser defendidos por la Fiscalía General de la República, podrían serlo por la Procuraduría General de la República, en vista de las competencias constitucionales de esta institución (art. 194.II Cn). También debe admitirse la actuación como querellante de la PGR en nombre y

representación de personas de escasos recursos económicos, por la misma razón antes dicha.

D) La acción popular

El inciso 3º. del art. 95 viene a ampliar considerablemente el numeral cuarto del art. 12 CPP, ya que otorga la legitimación activa para formular querrela “a todo ciudadano o a cualquier asociación de ciudadanos legalmente constituida”, cuando se trate de:

- Delitos oficiales;
- Delitos cometidos por funcionarios y empleados públicos, agentes de autoridad y autoridad pública que violen grave y directamente un derecho fundamental;
- Delitos contra el ejercicio del derecho de sufragio; y
- Delitos que afecten intereses colectivos y difusos.

412 Antes de entrar en el análisis de las infracciones penales a incluir en las anteriores categorías, digamos, al objeto de perfilar el requisito procesal de la legitimación activa en esta suerte de acción pública o colectiva, que del análisis comparativo de los art. 12.4 y 95, inciso 3º., CPP, se deducen las siguientes conclusiones:

- 1) *Cualquier ciudadano* de la República, aunque no sea *stricto sensu* víctima del delito, es decir, aunque no haya sido *directamente* ofendido o perjudicado por el mismo, puede constituirse como querellante para instar la persecución penal de los anteriores delitos. No debemos incluir a los *extranjeros* dentro del concepto de ciudadano, ya que, para la Constitución de la República, solo son ciudadanos los salvadoreños mayores de dieciocho años (art. 71 Cn). Por la misma razón, los menores de edad no pueden ejercer la acción popular, porque aunque sean salvadoreños no concurre en ellos la edad requerida para ser ciudadanos.
- 2) Asimismo, cualquier *asociación de ciudadanos legalmente constituida*, sea cual sea su objeto asociativo, puede interponer querrela criminal para perseguir los delitos relacionados con anterioridad, con la excepción de los delitos que afecten intereses co-lectivos y difusos, ya que en este último supuesto será necesario que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses.

- 3) La conjunción disyuntiva que utiliza el precepto (“a todo ciudadano o a cualquier asociación...”) debe interpretarse como copulativa, por lo que será admisible que en un mismo proceso ejerzan la acción popular como querellantes independientes cualquier ciudadano y cualquier asociación de ciudadanos legalmente constituida.
- 4) Las demás personas jurídicas no son mencionadas en la ley procesal como sujetos legitimados para interponer querrela por los delitos mencionados en el art. 95, por lo que deben ser excluidas. Es claro que en el caso de que resulten directamente ofendidas o perjudicadas por el delito, tendrán legitimación para constituirse como querellantes (art. 12.1), pero en los supuestos contemplados en los arts. 12.4 (delitos que afecten intereses colectivos o difusos) y 95, inciso 3º (delitos oficiales y delitos graves de funcionarios públicos, en sentido amplio, con-tra los derechos fundamentales de las personas), el Código solamente hace referencia a las asociaciones, lo que demuestra que el legislador ha querido excluir del ejercicio de la acción popular a las otras categorías de personas jurídicas (sociedades mercantiles, fundaciones,...etc.).
- 5) La ley no establece prohibición alguna para ejercer la acción popular por parte de los que sufran enajenación mental, interdicción judicial, hayan sido condenados por delito o se encuentren en situaciones similares. Procedería, por ello, una modificación del Código para impedir el ejercicio de lo que, en definitiva, es un derecho cívico, de alcance similar a los derechos políticos que la Constitución reconoce a los ciudadanos de la República (art. 72 Cn). Podría existir, sin embargo, la posibilidad de entender, de manera un tanto forzada, que cuando concorra cualquier causa de suspensión o pérdida de los derechos de ciudadanía (arts. 74 y 75 Cn) queda también suspendido o extinguido el derecho a ejercitar la acción popular a que se refiere el inciso tercero del art. 95 CPP.

413

En lo referente a los delitos concretos origen de la legitimación procesal para intervenir como querellante, hemos de decir:

a) *Delitos oficiales*

Frente a los llamados delitos comunes, los delitos especiales se caracterizan porque solo pueden ser sujetos activos de los mismos quienes ostenten determinada condición establecida por la ley. Ese es el caso de los delitos oficiales, que son “aquellos cuya estructura típica requiere del sujeto activo la cualidad específica de ser funcionario o empleado público” (art. 22 CP). Teniendo en cuenta el contenido del art. 39 CP, que define, a efectos penales, el concepto de funcionario, empleado público y municipal, autoridad pública y agente de la autoridad, podemos plantearnos si los delitos oficiales

solo son los cometidos por funcionarios y empleados públicos (art. 39.1 y 3 CP), pero no los cometidos por una autoridad pública o por un agente de autoridad (art. 39.2 y 4 CP), dado que estas dos últimas categorías no se mencionan en la definición de delito oficial que hace el art. 22 CP.

MORENO CARRASCO, en el comentario a este último precepto (El Código Penal de El Salvador Comentado, CSJ-AECI), sostiene la tesis restrictiva, manifestando que, aunque hay una cierta confusión al respecto, “lo que es indudable es que este artículo (art. 22 CP) ha querido considerar exclusivamente como delitos oficiales” los cometidos por funcionario o empleado público, y no aquellos cuyo sujeto pasivo sea una autoridad pública o un agente de autoridad, que el art. 39.4 hace coincidir exclusivamente con los agentes de la Policía Nacional Civil.

414 Disintiendo del anterior criterio, consideramos que por delito oficial debe entenderse el cometido por cualquier persona que de forma directa o por delegación ejerza funciones públicas. Por tanto, los agentes de la PNC y las autoridades públicas son típicos sujetos activos de los delitos oficiales. También lo serían, por cierto, los notarios, en el caso, por ejemplo, de la celebración de matrimonio ilegal (art. 194 CP), porque el notariado es una función pública y el notario es un delegado del Estado, según manifiesta inequívocamente el art. 1 de la Ley de Notariado. Además, el propio art. 39.2 atribuye a las autoridades públicas la condición de “funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función o cargo o como miembros de un tribunal, ejercen jurisdicción propia”. Es cierto que, aunque en la mayoría de los delitos oficiales (arts. 290, 292, 294 a 302 CP) se describe al sujeto activo como “funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública”, existen tipos penales (arts. 262, 270, 291) en los que solo se menciona la autoría del “funcionario o empleado público”. Sin embargo, se trata solo de una imprecisión conceptual del Código o mera exigencia de la descripción del tipo penal (art. 291), porque carecería de sentido, por ejemplo, calificar de delito oficial cualquier atentado a los derechos y garantías de la persona (privación de libertad, tortura, allanamiento sin autorización judicial, violación de correspondencia...) cometido por un funcionario o empleado público y no el cometido por una autoridad pública o agente de la PNC.

Finalmente, la relación precisa, salvo error involuntario, de los delitos oficiales, cuya perpetración podría dar lugar al ejercicio de la acción popular, es la siguiente: celebración de matrimonio ilegal (art. 194); delitos urbanísticos (art. 254); delitos contra el medio ambiente, flora, fauna y recursos naturales (art. 262); delitos contra la seguridad colectiva (art. 270); privación de libertad por funcionario público o empleado público, agente de la autoridad o autoridad pública (art. 290); limitaciones indebidas de la libertad individual (art. 291); atentados relativos al derecho de igualdad (art. 292); a la libertad de expresión (art. 293); al derecho de asociación y reunión (art. 294); tortura (art. 297); atentados relativos al derecho de defensa (art. 298); registro y pesquisas ilegales (art. 299); allanamientos sin autorización legal (art. 300); inviolabilidad de correspondencia

(art. 301); interferencia e intervención de comunicaciones telefónicas (art. 302); omisión de investigación (art. 311); de aviso (art. 312); actos arbitrarios (art. 320); incumplimiento de deberes (art. 321); desobediencia (art. 322); denegación de auxilio (art. 323); revelación de hechos, actuaciones o documentos secretos por empleado oficial (art. 324); peculado (art. 325 y 326); concusión (art. 327); negociaciones ilícitas (art. 328); exacción ilegal de tributos (art. 329); cohecho propio e impropio (art. 330 y 331); malversación (art. 332); enriquecimiento ilícito (art. 333); infidelidad en la custodia de registros o documentos públicos (art. 334); y el de desaparición forzada de personas (art. 364).

b) Delitos cometidos por funcionarios y empleados públicos, agentes de autoridad y autoridad pública que violen grave y directamente un derecho fundamental

Se trata también de delitos oficiales, por lo que resultaba innecesaria la referencia a los delitos de funcionarios contra derechos fundamentales. En este caso, el Código añade la exigencia de que el delito afecte “grave y directamente un derecho fundamental”, pero como al referirse a los delitos oficiales no pone límite alguno, entendemos que existirá legitimación activa de cualquier ciudadano o asociación para interponer querrela, aunque la afectación del derecho fundamental no pueda ser calificada de grave y directa, porque los delitos de tal naturaleza no son más que una variedad, particularmente odiosa, de los delitos oficiales, como deberían serlo los delitos relativos al sistema constitucional (rebelión, sedición y proposición, conspiración y apología para cometer rebelión o sedición), cuando su autor fuere funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, y son algunos delitos contra la humanidad (desaparición forzosa de personal).

415

c) Delitos contra el ejercicio del derecho de sufragio

Al otorgar acción popular contra las conductas que se relacionan en el art. 295, que describe una larga serie de comportamientos subsimibles en el concepto de fraude electoral, se pretende proteger, de manera reforzada, el derecho de participación política a través del voto, garantizado por el art. 72 y concordantes de la Constitución de la República.

El sujeto activo, señala RUEDA GARCÍA (Código Penal de El Salvador Comentado, CSJ-AECI), en principio, “puede ser cualquier persona, ya que estamos ante un delito común en el que no se define ninguna característica que restrinja el círculo de posibles autores, aunque la parte final del artículo establece que, cuando el hecho sea cometido por funcionario público, agente de autoridad o autoridad pública, se le impondrá la pena de inhabilitación especial, además de la privativa de libertad”.

El sujeto pasivo es toda la sociedad, en cuanto el fraude electoral es un ataque al modelo de Estado republicano, democrático, representativo y pluralista que se ha dado asimismo el pueblo salvadoreño (art. 85 Cn), que se expresa electoralmente mediante el voto libre, directo, igualitario y secreto (art. 78 Cn) de los ciudadanos con derecho de sufragio activo.

d) *Delitos que afecten intereses colectivos y difusos.*

El concepto de interés colectivo o difuso coincide, en la práctica, con el de interés supraindividual de un grupo de individuos más o menos determinable (interés colectivo) o indeterminable (interés difuso). Los litigios clásicos solía producir efecto solamente entre las partes en conflicto. En la actualidad está cambiando, en todas las jurisdicciones, la “*estructura social del proceso*” (GUARNIERI y PEDERZOLI), de tal manera que en muchas ocasiones los destinatarios de la sentencia no están tan claros. De aquí que se vaya generalizando las acciones colectivas en defensa de intereses difusos (medio ambiente, derecho de los consumidores, no discriminación por razón de raza o nacionalidad: racismo, xenofobia,...) no solo en el ámbito del Derecho Penal, cuya manifestación procesal en El Salvador son los artículos 12.4 y 95, inciso tercero, CPP, sino también en los ámbitos del derecho administrativo, mercantil y constitucional (art. 2 Ley de Procedimientos Constitucionales).

416

En todos esos supuestos de acciones colectivas, de clase o de grupo (*class action*), la legitimación activa para interponer una querrela se justifica, en el caso del ciudadano particular, por la defensa de su interés, pero también por el interés ajeno del grupo o colectivo al que pertenece. Lo mismo sucede con las asociaciones de ciudadanos legalmente constituidas y cuyo objeto se vincule directamente con los intereses colectivos y difusos (art. 12. 4 CPP): al actuar como querellantes defienden los intereses de sus asociados, pero también los intereses de quienes no lo son (interés difuso).

En cuanto a los delitos cuya razón de ser obedece, en la doctrina y en el Derecho comparado, a la protección de intereses colectivos y difusos, podemos citar los siguientes: delitos relativos al mercado, la libre competencia y la protección del consumidor (arts. 232 a 240 CP); algunos delitos relativos a los derechos laborales (arts. 246 a 247: discriminación laboral y ataques al derecho de huelga y libertad sindical); delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección de los recursos naturales y al medio ambiente (arts. 253 a 263), algunos delitos relativos a la salud pública (arts. 271 a 277) y los delitos relativos al sistema constitucional (arts. 340 a 342).

E) La querrela y la acción civil

Si el ofendido o su representante legal ejerciere la acción penal por medio de querrela, se entenderá que también ejerce la acción civil a menos que expresamente renunciare a ella (art. 43, inciso 2º. CPP).

El ejercicio de la acción civil plantea, sin embargo, mayores problemas cuando con la querrela se ejercita la acción popular o colectiva en los casos que autoriza el inciso tercero del art. 95 CPP, que comentamos. En tales supuestos, si el delito no ha causado perjuicio al querellante, la querrela no puede extenderse a la acción civil derivada del delito, porque el querellante no sería perjudicado por el mismo (delitos oficiales y contra el derecho de sufragio activo). Sin embargo, la acción civil puede ejercitarse conjuntamente con la querrela basada en la defensa de intereses colectivos o difusos, pero el querellante deberá probar la existencia de perjuicios concretos en personas individualizadas, lo que resulta obviamente sumamente difícil en la práctica.

96

SOLICITUD DE CONSTITUCIÓN

La persona que pretenda constituirse como querellante deberá presentar un escrito que contenga:

- 1) Señalamiento del hecho por el que pretende querellar;**
- 2) Identificación de las personas querelladas;**
- 3) Identificación de las pruebas que puede ofrecer;**
- 4) Nombres de los querellantes y, en su caso, el de su representado;**
- 5) El domicilio y residencia de ambos y el especial que señalan para el procedimiento;**
- 6) El número de documento con que se acredite la identidad, o en caso de que no lo tengan, cualquier otro documento nacional o extranjero que sirva para identificarlos; y,**
- 7) En el caso de asociaciones, la denominación, su domicilio y el nombre de su representante legal.**

Si falta alguno de estos requisitos, el juez ordenará que se completen durante la audiencia inicial, o fijará un plazo de tres días para ello. Si los datos no son completados, la solicitud será inadmisibile.

La solicitud del querellante podrá reservar los datos relativos a las direcciones de la residencia y otros del mismo o su representado, siempre que se suponga peligro; pero deben ser entregados al juez, quien los mantendrá en reserva.

Rechazada la solicitud, sólo podrá ser presentada una vez más. (5)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 12 y 13 (víctimas), 13.6 (reserva del menor de edad), 14 (igualdad procesal), 88 (identificación), 95 (querellas privada y pública), 95 (querella privada y pública), 97 y 98 (límite de la actividad procesal del querellante), 99 (plazo), 100 (el querellante testigo), 101 (límite de la actividad del querellante), 102 (efectos), 103 a 105 (desistimiento y abandono), 234 (presentación ante la policía), 235 (presentación ante la FGR y obligación de formular requerimiento), 236 (presentación ante el juez de paz), 238 (obligación de la FGR), 247.1 (identificación en el requerimiento fiscal) y demás concordancias al art. 95
- CP, 303 (acusación calumniosa), 311 (omisión de investigación)

II. COMENTARIO

Además de ciertas previsiones para remediar las omisiones de datos y documentos que han de acompañar el escrito de querella, el precepto desarrolla los requisitos de forma y fondo que deben caracterizar el acto de querella o, en palabras del precepto, la solicitud de constitución como querellante.

418

Dichos requisitos, con el comentario respectivo, son los siguientes:

- La forma escrita en que debe formularse la querella*, según expresa el inciso primero del precepto, al contrario de la denuncia, que podrá presentarse en forma escrita o verbal (art. 230 CPP). El escrito de querella ha de ser formalizado por un abogado de la República, con poder especial para el caso, que actúe en nombre y representación de quien tenga legitimación para querellar, según los términos establecidos en los arts. 95, y 12 CPP. No hará falta representante cuando la víctima o el representante legal de la persona jurídica querellante sean también abogados y decidan actuar en esa doble condición. La denuncia, por el contrario, puede presentarse personalmente o por mandatario con poder general (art. 230 CPP).

Al escrito de querella, debe adjuntarse la escritura del poder especial (art. 98) y, en su caso, la escritura de constitución de la persona jurídica querellante, debidamente inscrita en el correspondiente Registro, o un certificado de inscripción en el mismo, así como el documento acreditativo de que quien las representa tiene facultad para querellar (art. 97).

Sobre la cuestión de quien deba firmar la querella, podría inferirse del primer inciso del art. 96 que la misma ha de ser firmada por el propio querellante, y no por su representante, porque según la literalidad de la ley la obligación de

presentar el escrito de querrela es referida a “*la persona que pretenda constituirse como querellante*”, la cual no es otra que la víctima, en la querrela privada, o cualquier ciudadano o asociaciones de ciudadanos, en la querrela pública. Sin embargo, aparte de que la referida frase es un tanto equívoca (debería decir: la persona que pretenda constituirse como querellante” *en nombre de otra* deberá presentar un escrito que contenga...” es lo cierto que los arts. 95 y 97 disponen claramente que la víctima actuará por medio de representante (inciso 1º. art. 95) y que la querrela se iniciará y proseguirá por un abogado de la República con poder especial para el caso (art. 98).

b) *La identificación del querellante*, que, según los núms. 4) a 7) del precepto, deberá haberse de la siguiente forma:

- Si se trata de una *persona física*, tendrá que expresarse en el escrito de querrela su nombre y apellidos, domicilio y residencia (incluyendo la especial a efectos de notificaciones en el procedimiento) y el número de cualquier tipo de documento oficial, nacional o extranjero, de que disponga. De la literalidad del numeral 6) parece inferirse que si el documento identificador es la “Cédula de Identidad Personal”, bastará con expresar su número, pero si se carece de la misma, habrá que acreditar la identidad adjuntando físicamente a la querrela cualquier otro documento identificador. Sin embargo, entendemos que se trata de un defecto de redacción, bastando con la expresión del número y clase de cualquier clase de documento oficial que sirva para identificar al querellante y a su representante, ya que la identidad de los mismos se plasmará de manera sumamente fiable con ocasión del otorgamiento notarial del poder especial para querrellar.
- Si se trata de una *persona jurídica*, tendrá que expresarse como mínimo su denominación, domicilio social, nombre y apellidos de su representante legal. El numeral 7) se refiere solamente a asociaciones, pero, como se infiere del inciso 1º. del art. 95, en relación con los arts. 12 y 13 CPP, existen otras personas jurídicas, además de las asociaciones, que, siendo susceptibles de ser víctima de un delito, tienen el derecho a interponer una querrela criminal.

c) *La identificación del representante legal del querellante*, que deberá ser un abogado de la República con poder especial para el caso (art. 98), se efectuará de la misma forma que la expresada para el querellante (nombres, apellidos, domicilio, residencia real o especial para notificaciones, número del documento de identificación). Puede ocurrir que la víctima del delito o el representante legal de la asociación o persona jurídica querellantes sean abogados de la República y decidan actuar en cuanto tales en el proceso, en cuyo caso deberán acreditar dicha condición con la pertinente documentación,

obviándose, lógicamente, referencia alguna al representante. Si quien se querrela es un menor o incapaz, además de la identificación del representante que actúe como abogado, deberá acreditarse la condición de padre o tutor de aquellos que hayan decidido interponer la querrela.

d) *Como medida de protección del querellante y de su representante*, se ha añadido, en la reforma al Código de agosto de 1999, la posibilidad de que no figuren en la querrela los datos de identificación de aquellos, aunque si deberán ser entregados al juez para que los mantenga en reserva. Para que se admita dicha pretensión, será necesario que “se suponga peligro”, expresión cuya indeterminación inevitable ha de ser interpretada por el juez de manera razonable y razonada, teniendo en cuenta el objeto de la querrela, las personas a las que va dirigida, las consecuencias penales que podrían derivarse de la misma, etc. El peligro ha de existir para la vida e integridad física y patrimonio del propio querellante y de su representante, así como para los de los familiares y allegados de ambos. Asimismo, según establece el art. 13.6 CPP, la víctima querellante que sea menor de edad tendrá derecho a que no se revele su identidad, ni la de sus familiares, exista o no peligro para sus bienes jurídicos.

420 e) *La identificación de la persona enquerellada*, para lo que bastará, al igual que se establece en el art. 247.1 para el requerimiento fiscal, la expresión de “*las generales del imputado o las señas para identificarlo*”, porque al querellante y a sus representantes debe darse, al respecto, la misma posibilidad que a la Fiscalía General de la República que ejerce la acusación, por el imperativo del principio legal de la igualdad procesal que establece el art. 14 CPP.

Si no se conocen, los datos concretos de identificación, la tarea de averiguarlos corresponde a la Fiscalía y a la Policía, debiendo indicarse para ello en el escrito de querrela los datos, aunque sean insuficientes, de que se dispongan y, si fuera posible, los medios que se estimen útiles para la identificación del querellado. En cualquier caso, *deberá haber certeza sobre la identidad física del imputado para poder querellar*, aunque se desconozcan sus datos personales, según se infiere del art. 88 CPP.

f) *Señalamiento del hecho por el que se pretende querellar*, cuya descripción podrá ser más o menos amplia, en función de los datos que tenga en su poder el querellante; en todo caso, será imprescindible dar cuenta, en forma suficiente, aunque sea somera, de la comisión del hecho presuntamente delictivo (*notitia criminis*), bajo sanción de inadmisión. Siempre que sea posible, deberá expresarse en la querrela “la relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se ejecute”, según fórmula utilizada por la Ley procesal española.

- g) *La petición del querellante* de que se tenga constituido como tal, requisito que se infiere del propio título del precepto (solicitud de constitución) y del inciso primero del mismo (la persona que pretende constituirse como querellante...). Con dicha petición se viene a expresar implícitamente la declaración de voluntad del querellante de que se le tenga como parte acusadora, circunstancia en que radica, como vimos al comentar el art. 95, la diferencia esencial entre la querella y la denuncia.
- h) *La identificación de la prueba* que se pueda ofrecer. Más que de pruebas, se trataría de los indicios de criminalidad de que disponga el querellante para que a partir de ellos, evaluada su seriedad, así como la naturaleza del hecho imputado, pueda la Fiscalía General de la República iniciar la investigación (art. 238 CPP) y el juez competente estimar o desestimar la querella en función de la tipicidad penal del hecho y de los indicios que existan sobre su autoría.
- Dicha investigación, como dice el art. 238, se extenderá a las circunstancias de cargo y de descargo del imputado, a recoger con urgencia los elementos de prueba cuya pérdida es de temer y a solicitar autorización judicial para la práctica de cualquier acto de prueba anticipada (art. 270). Obviamente, la querella podrá contener una petición de actuación del fiscal de acuerdo a las citadas determinaciones. La última frase del art. 238 ordena que la FGR “también realizará las investigaciones que soliciten el imputado o su defensor para aclarar el hecho”; obligación que asimismo tendrá respecto a las solicitudes en tal sentido del querellante, por exigencias del principio de igualdad procesal (art. 14 CPP).
- i) *El Código* no menciona la posibilidad de proponer *medidas cautelares* contra el querellado, entre las que destacaría la detención provisional, pero ello no es obstáculo para que se soliciten con la querella, porque lo que el art. 96 contiene son los requisitos mínimos para su admisión. Por la misma razón, tampoco se ve inconveniente alguno para añadir al escrito de querella la manifestación de que con ella se ejerce la acción civil y el *quantum* indemnizatorio que provisionalmente se solicita.

Todos los requisitos señalados son subsanables o convalidables, al igual que el resto de los que expresa el artículo. La subsanación deberá efectuarse durante la audiencia inicial, o se fijará un plazo de tres días para ello. Dicho plazo se entiende que deberá ser posterior a la audiencia inicial, ya que si fuese anterior, se produciría desigualdad de trato entre unos y otros posibles querellantes, salvo que el criterio del juzgado sea el mismo para todos. Rechazada la querella, solo podrá presentarse una vez más.

Como vemos la totalidad del artículo 96 se está refiriendo al trámite de admisión o inadmisión de la querella, cuestión distinta a la de su estimación o desestimación, efectos todos ellos que serán analizadas al comentar el art. 102 CPP, referido a la “decisión sobre la solicitud”.

III. JURISPRUDENCIA

Extensión de requisitos de la querella hacia el acusador. “El artículo 106 del código procesal penal indica que todas las disposiciones contenidas en el capítulo IV de ese texto legal, se aplicaran al acusador en los procedimientos por delitos de acción privada. En ese orden de ideas, el artículo 96 Pr. Pn., enumera los requisitos que deberá contener el escrito de constitución de parte querellante. Vale la pena mencionar que dichos requisitos se refieren exclusivamente a la forma que debe revestir la querella y no al fondo de la pretensión contenida en ella. La omisión de dichos requisitos será subsanada durante la audiencia inicial o en un plazo de tres días; caso contrario, la solicitud será inadmisibles (*Casación, 06-06-01*).

97

422

ASOCIACIONES

Las asociaciones probarán su personalidad jurídica de conformidad con la ley, y la facultad para querellar de las personas que las representa.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 12.1 y 4 (víctimas), 95 (asociaciones actuando como representantes y como querellantes), 96.7 (datos en la querella)
- LAF, 27 (prueba de la existencia y representación legal), 28 (estatutos), 58 (materias del Registro), 64 y 66 (efectos de la inscripción)
- C. de C., 22 a 25 (d. generales del régimen de sociedades)

II. COMENTARIO

El precepto remite a la “Ley de Asociaciones y Fundaciones sin fines de lucro”, de 27 de noviembre de 1996, que exige, para que la asociación se considere legalmente constituida (requisito para actuar como querellante), el reconocimiento de su personalidad y existencia jurídica y la aprobación, publicación e inscripción de sus estatutos por parte de Ministerio del Interior.

La personalidad y existencia jurídica de las citadas asociaciones se *adquiere* mediante la inscripción del instrumento constitutivo de la entidad en el Registro de Asociaciones y Fundaciones, dependiente del Ministerio del Interior, previo Acuerdo Ejecutivo.

La prueba de la legal constitución de las mismas se efectuará con el instrumento debidamente inscrito o con la certificación del mismo extendida por el Director General del mencionado registro (art. 66).

Los administradores y representantes legales de una asociación comprobarán su calidad con el testimonio de la escritura de constitución de la entidad (o de modificación en su caso) y con la certificación del punto de acta en que conste su nombramiento o elección, debidamente inscrito en el Registro (art. 27 LAF). La facultad para querellar de los mismos deberá expresarse en alguno de los indicados documentos.

En los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, deberá acreditarse por la asociación querellante que el objeto y finalidad de la misma que figura en sus estatutos (incluidos en la escritura pública de constitución) está vinculado directamente con la defensa de dichos intereses (art. 12.4 CPP).

Aunque el art. 97 CPP no se refiera a las demás personas jurídicas, es obvio que las que resulten directamente ofendidas por el delito (art. 12.1, en relación con el art. 95, inciso primero) pueden actuar como querellantes, por lo que deberán probar su personalidad jurídica y la facultad para querellar de sus representantes legales en la forma establecida en el Código de Comercio (arts. 21 a 25...), que es prácticamente idéntica a la expresada con anterioridad.

423

98

MANDATARIO ESPECIAL

La querrela deberá ser iniciada y proseguida por un abogado de la República que actúe con poder especial para el caso. Si la víctima o el representante legal de una Asociación fuere abogado de la República podrá querellar personalmente.

I. CONCORDANCIAS

- CPC, 86 a 90 (de los abogados)
- CC, 1875 y 1878 (contrato de mandato), 1890 (poder especial)
- LOJ, 140 a 144 (recibimiento y autorización de los abogados)

II. COMENTARIO

Reiterando lo dicho al comentar el art. 96, la querrela ha de ser formulada y firmada por un abogado de la República, que actúe representando a la víctima del delito o a los ciudadanos o asociación de ciudadanos que ejerzan la acción popular prevista para determinados delitos en el inciso tercero del art. 95 CPP.

El representante del querellante debe actuar con poder especial para el caso, que deberá adjuntarse al escrito de querrela. Asimismo, debe acompañar al mismo la escritura de constitución de la persona jurídica querellante debidamente inscrita en el correspondiente Registro o un certificado de inscripción en el mismo, así como el documento acreditativo de que quien las representa tiene facultad para querrellar (art. 97).

Para ser abogado de la República se requiere autorización de la Corte Suprema de Justicia, previa tramitación del procedimiento previsto en la Ley Orgánica Judicial para quienes pretendan recibirse como abogados (arts. 140 a 144 LOJ).

424 Los derechos y obligaciones, incapacidades e incompatibilidades de los abogados se regulan en los citados preceptos de la Ley Orgánica Judicial, en los arts. 86 y ss. del Código de Procedimientos Civiles y en reglamento sobre práctica jurídica dictado por la Corte Suprema de Justicia.

A efectos acreditativos de la condición de abogado de la República, existe la Tarjeta de Identificación del Abogado (art. 144, inciso primero) y un sello de características específicas (art. 144, tercer inciso), que deberá figurar debajo de la firma del abogado en los casos previstos por la ley, debiendo, tanto el sello como la firma, estar registrados en la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, que llevará un libro especial destinado a este fin.

Los anteriores elementos, en particular, la Tarjeta de Identificación del Abogado, servirán para acreditar en una querrela la condición de abogado de la República del representante del querellante.

El poder que se exige para la representación del querellante ha de ser, más que un poder especial, un poder “especialísimo”, es decir, “un poder procesal posterior al hecho punible y en el que se conceda autorización expresa (al abogado) para asumir la representación en ese hecho punible” (GIMENO SENDRA).

Otorgado el poder (art. 1890 CC), aceptada la representación por el abogado y formulada la querrela, la relación jurídica que surge entre el querellante y su representante es la propia de un contrato de mandato, en virtud del cual “una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la

primera” (art. 1875 CC). El art. 1878 CC dispone específicamente que “los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”.

Por último, con el fin de prevenir los problemas que podrían derivarse de las divergencias entre el contenido de la querella y el del poder especial para querellar, sería conveniente que, de por el abogado, el escrito de querella estuviese firmado en todos sus folios por el querellante, o bien establecer en el juzgado un trámite de ratificación de la querella por el mismo.

III. JURISPRUDENCIA

Diferencia entre denunciante y querellante. “No debe confundirse la figura del denunciante con la del querellante, ya que en el caso del primero sí es posible actuar con poder general judicial de la víctima, aclarándose en el artículo 233 del Código Procesal Penal, que éste no será parte en el proceso, y por consiguiente está impedido para recurrir, a menos que se haya constituido en parte querellante en el momento oportuno y cumpliendo los requisitos señalados por la ley procesal penal para tal efecto” (*Cámara Primero de lo Penal de San Salvador, 07-06-01*).

425

99

PLAZO

La solicitud de constitución como querellante deberá efectuarse a partir de la presentación del requerimiento fiscal y hasta por lo menos quince días antes de la audiencia preliminar. Vencido este plazo, ella será inadmisibile.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 234 (querella ante la policía), 235 (querella ante la FGR), 237 (querella ante el juez de paz), 266.2 (señalamiento para la audiencia preliminar)

II. COMENTARIO

La querella puede ser presentada: a) ante la Policía, quien deberá informar de ello a la FGR y al juez de paz dentro de un plazo máximo de ocho horas; b) ante la Fiscalía General de la República, quien deberá formular requerimiento ante el juez de paz en el plazo de setenta y dos horas, si el imputado está detenido, y lo antes posible, si no lo

está, debiendo realizar las diligencias de investigación previas al requerimiento; c) ante el juez de paz, que deberá remitirla inmediatamente a la Fiscalía para que formule el requerimiento fiscal en los plazos anteriormente indicados (arts. 234, 235 y 237 CPP); y d) ante el juez de instrucción, porque así se infiere del precepto que comentamos al disponer que la solicitud de constitución como querellante puede presentarse en el periodo de tiempo comprendido entre la formulación del requerimiento fiscal y quince días antes de la celebración de la audiencia preliminar.

Por tanto, el art. 99 es equívoco, en el sentido de que parece deducirse del mismo que la querella ha de plantearse después de efectuado el requerimiento fiscal, cuando, en realidad, puede formularse con anterioridad al mismo, como claramente se establece en los arts. 234, 235 y 237 CPP. Si no fuera así, y estuviese condicionada su presentación a la formulación del requerimiento fiscal, quedaría desvirtuada considerablemente en la práctica la facultad de ejercicio de la acción penal por parte de la víctima del delito y de los ciudadanos, en general, en el caso de la querella pública.

426 La querella, en definitiva, puede formularse antes del requerimiento fiscal, siendo precisamente en este acto procesal en el que debe pronunciarse el fiscal sobre la decisión judicial sobre la misma. En tal sentido, el art. 248.2, al disponer que el fiscal en su requerimiento podrá solicitar la “desestimación” de la querella, está queriendo decir que el fiscal puede pronunciarse sobre la suerte procesal de aquella (admisión, inadmisión, estimación, desestimación), interponiendo, en su caso, las excepciones procesales que tenga por conveniente.

Ahora bien, la querella deberá formularse antes de los quince días previos a la celebración de la audiencia preliminar, lo que exige que, al menos, la víctima del delito, con la excepción, por imposibilidad práctica, de las asociaciones a que se refiere el art. 12.4 CPP, tenga conocimiento del auto de instrucción inmediatamente después de ser dictado.

La razón de ello radica en que la fijación del día y hora de la audiencia preliminar se determina, en su caso, en el auto de instrucción (art. 266.2 CPP), que ha de ser dictado por el juez de instrucción, cuando proceda la misma, dentro de los tres días siguientes de recibidas las actuaciones del juez de paz (art. 256, último inciso).

Si la querella no se formula antes de los quince días de la audiencia preliminar, procederá su inadmisión, salvo en el supuesto de que no se le hubiese informado a la víctima de su derecho a intervenir como querellante ni se le hubiese dado traslado del auto de instrucción. Si no hubiese sido así, deberá darse oportunidad a la víctima fuera de plazo de constituirse como querellante. En el caso de las asociaciones cuyo objeto social se vincule directamente con la defensa de intereses colectivos o difusos (art. 12.4 CPP), debe rechazarse su querella formulada fuera de plazo si fuese notorio que antes del vencimiento del mismo tuvieron conocimiento de la causa. Ha de tenerse en

cuenta que los tribunales de justicia tienen medios de dar a conocer a la opinión pública la existencia de ese tipo de causas penales (art. 150 CPP) y que la prórroga del plazo no es inocua, porque, cuanto menos, demora el proceso, lo que tiene efectos sobre el tiempo de duración de la detención provisional, si se hubiese decretado la misma (art. 6 CPP).

En el supuesto de que se interponga la querrela dentro del plazo legal, pero adolezca la solicitud de alguno de los requisitos que señala el art. 96, el juez deberá fijar un plazo de tres días para subsanar la deficiencia, lo que aconseja que el mismo día de la recepción de la querrela en el juzgado se dé cuenta al juez por el secretario de la misma para la resolución que proceda.

100

OBLIGACIÓN DE ATESTIGUAR

La intervención como querellante no eximirá de la obligación de declarar como testigo.

427

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 13 (derechos de la víctima), 104.1 (abandono de la querrela), 185 a 194 (estatuto jurídico del testigo), 347 a 350 (prueba testifical en el juicio oral)
- CP, 305 (falso testimonio), 313 (desobediencia a mandato judicial)

II. COMENTARIO

En el caso de la querrela, resulta compatible la condición de parte procesal y de testigo, estando considerada la no comparecencia e incluso la negativa a declarar como abandono de la querrela, sanción procesal que es independiente de la facultad del tribunal de ordenar que el querellante y testigo sea acompañado por la policía a la presencia judicial y de dar cuenta de su actitud a la FGR para que inicie la correspondiente causa penal (189 CPP).

Ahora bien, dado que el testigo es siempre una persona física que emite en el proceso una declaración sobre lo percibido por el mismo en relación con los hechos objeto de enjuiciamiento, es evidente que solamente pueden ser testigos los querellantes que sean a su vez personas físicas, pero no las personas jurídicas querellantes (asociaciones, sociedades mercantiles,...), cuya intervención en la actividad probatoria,

que es también compatible con la condición de querellante, por la aplicación analógica del precepto comentado, se produce mediante las declaraciones de sus miembros y empleados, así como con la aportación y emisión de informes, que accederían al proceso por el cauce de la prueba documental.

Normalmente la querella la interpondrá la víctima del delito (art. 12 CPP), cuyo testimonio puede ser la prueba más importante para la decisión judicial sobre la culpabilidad o inocencia del imputado. De hecho, en ocasiones, basta el exclusivo testimonio de la víctima u ofendido directamente por el delito (art. 12.1), corroborado por prueba de indicios, para enervar o destruir la presunción de inocencia y, por tanto, para fundamentar un fallo de condena. Particular importancia presenta en este sentido el *testimonio de la víctima* de aquellos *delitos* que suelen cometerse en la clandestinidad más absoluta, como es el caso de algunos delitos *contra la libertad sexual* (violaciones y otras agresiones sexuales, estupro, acoso sexual...) y de los delitos de secuestro, robo y extorsión. De no ser así, gravísimos delitos quedarían impunes, porque suelen ejecutarse lejos de miradas indiscretas, aunque, como es lógico, esta razón no sería solo suficiente para dar valor incriminatorio, sin más, al testimonio de un único testigo que a la vez sea víctima del delito, siendo necesario que no existan razones objetivas para dudar de su declaración, como pueden ser las contradicciones que ofrezca el testimonio, el carácter coherente y lógico del relato, la ausencia de motivos previos al hecho delictivo, la constancia en la incriminación, etc. La declaración de la víctima, en concreto, en los *delitos de violación* ha de corroborarse con otros medios de prueba de carácter objetivo, como son los reconocimientos médicos y cualquier otra referencia ajena al testimonio, debiendo incluso existir una cierta persistencia y coherencia en la incriminación. Se trata, en definitiva, de *ponderar y valorar las circunstancias periféricas o concurrentes en el caso*, de *carácter normalmente indiciario*, para así poder excluir cualquier atisbo de duda razonable que impida la convicción judicial sobre la culpabilidad del imputado.

101

LÍMITES

El querellante no participará durante la fase de la ejecución de la pena.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 172 (Órgano Judicial)
- CPP, 12 y 13 (la víctima y sus derechos), 441 a 446 (ejecución de las resoluciones judiciales)

- LP, 1 (ámbito de aplicación), 4 (principio de legalidad), 6 (principio de judicialización), 18 (organismos administrativos), 33 (organismos judiciales de aplicación)
- LOG, 2 (clases de recursos de gracia), 15 (perdón de la víctima para el indulto)

II. COMENTARIO

El proceso penal, desde el punto de vista procedimental, se subdivide, en el procedimiento común, en tres fases bien diferenciadas: a) *la fase de instrucción*, en sentido amplio, que se inicia con el acto de imputación y la inmediata presentación del requerimiento fiscal; b) *la fase de juicio oral*, tras el auto de apertura del mismo y recepción de las actuaciones, remitidas por el juez de instrucción, en el tribunal de sentencia; y c) *la fase de ejecución*, que requiere la existencia de una sentencia firme condenatoria, es decir, una sentencia ejecutoriada, que configuraría el título de ejecución.

Las tres fases tienen naturaleza procesal, por venir inspiradas en los principios rectores del proceso penal y tener que desarrollarse por los cauces estrictos del referido proceso, expresión del monopolio jurisdiccional en el ejercicio de la potestad estatal de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 172 Cn), cuya función esencial, aunque no única, es la de actuar el *ius puniendi* del Estado.

429

El art. 441 CPP viene a concretizar ese mandato constitucional al disponer que las sentencias condenatorias serán ejecutadas por el juez o tribunal que las dictó, a quien corresponde la competencia para resolver todas las cuestiones o incidentes que se susciten durante la ejecución, todo ello sin perjuicio de la intervención del juez de vigilancia penitenciaria y de la aplicación por las autoridades administrativas del llamado régimen penitenciario.

Pues bien, según el tenor literal del art. 101, el querellante puede participar en las dos primeras fases del proceso penal, impulsando la instrucción, ejerciendo la acusación, proponiendo y practicando, dentro de los límites legales, las pruebas que tenga por conveniente, etc.; sin embargo, no puede participar en la fase de ejecución de pena, sea cual sea la clase, principal (art. 45 CP) o accesoria (art. 46 CP), de la misma.

Obsérvese que el precepto se refiere a ejecución de la pena, por lo que ha de entenderse que el querellante podrá intervenir en los incidentes de ejecución que no afecten al cumplimiento de la pena, como sería, por ejemplo, el incidente sobre restitución de objetos secuestrados (art. 445 CPP), o lo referente a la ejecución de la condena derivada de la acción civil ejercida dentro del proceso penal (art. 42 CPP); en la ejecución de las medidas de seguridad (arts. 93 a 95 CP), y en la ejecución de la condena al pago de una indemnización civil por ejercicio conjunto de la acción penal y de la acción civil (art. 42 CPP).

En concreto, el querellante no podrá intervenir, por tratarse de cuestiones que afectan a la ejecución de la pena, en las siguientes cuestiones de ejecución:

- a) En la aplicación de medidas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad: reemplazo de la pena de prisión (art. 74 CP), suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión (art. 77 CP), suspensión condicional extraordinaria de la misma (art. 78 CP), supervisión de las condiciones impuestas durante el período de prueba al favorecido por la medida de suspensión (art. 79 CP), perdón judicial (art. 82 CP), suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena (art. 84 CP), libertad condicional (art. 85 CP).
- b) En los recursos de gracia (amnistía, indulto y conmutación), regulados por la Ley Especial de Recursos de Gracia de 15 de octubre de 1998.
- c) En los incidentes sobre cualquier otra causa de extinción de la responsabilidad penal: muerte del imputado, prescripción de la pena y perdón de la víctima.
- d) En la aplicación de la Ley Penitenciaria y disposiciones que la desarrollan a los internos en Centros Penales.

430

Ahora bien, *la víctima, en cuanto tal, sea o no querellante*, tiene, en relación a la ejecución de la pena, los siguientes *derechos*:

- a) A ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que ella lo solicite (art. 13.3 CPP);
- b) A impugnar el sobreseimiento definitivo o la absolución, aún cuando no haya intervenido en el procedimiento (art. 13.5 CPP);
- c) A impugnar ante el fiscal superior la resolución del fiscal de archivo de las actuaciones por no haber podido ser individualizado el imputado, a cuyo efecto deberá indicar en el escrito de impugnación los medios de prueba practicables que permitan establecer la identidad del mismo. Dicho derecho de impugnación, reconocido en el art. 246 CPP para la víctima que sea denunciante o haya comparecido en el procedimiento, debe reconocerse también a la víctima querellante, cuando, a pesar de establecer en la querrela las señas para la identificación de la persona querrelada, no hubiese sido posible lograr la misma; y,
- d) A que el indulto solicitado sobre penas impuestas por delitos cuya persecución solo proceda por acción pública previa instancia particular o acción privada

venga condicionado por la constancia del perdón de la víctima excepto el caso del error judicial (art. 15, inciso segundo, Ley Ocurso de Gracia).

102

DECISIÓN SOBRE LA SOLICITUD

El Juez de Paz durante la audiencia inicial o el Juez de Instrucción, admitirá al querellante o rechazará su solicitud.

Las partes podrán oponerse a la admisión del querellante, interponiendo las excepciones correspondientes durante la audiencia inicial o preliminar, salvo que la falta de legitimación sea manifiesta, caso en el cual se podrá interponer la excepción en cualquier estado de la instrucción.

Luego de la audiencia preliminar, la participación del querellante será definitiva y ya no podrá ser objetada.

Los vicios formales podrán ser corregidos hasta la finalización de la audiencia preliminar.

431

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 1 (juicio oral), 14 (principio de igualdad), 95 a 99 (presupuestos y requisitos de la querella), 234 a 237 (presentación), 248.2 (requerimiento fiscal), 256.8 (audiencia inicial), 277 a 284 (excepciones), 308 a 312 (sobreseimiento), 316 (escrito previo a la audiencia preliminar), 320 (audiencia preliminar)

II. COMENTARIO

La formulación de una querella puede dar lugar a las decisiones judiciales de admisión, inadmisión o rechazo, estimación y desestimación. Todas ellas, según las circunstancias, pueden ser tomadas por el juez de paz, el juez de instrucción y el tribunal de sentencia, o incluso por el tribunal de jurado. En efecto, la admisión o inadmisión se adoptará normalmente por el juez de paz o de instrucción en la audiencia inicial (art. 256.3 y 8 CPP) o en la audiencia preliminar (art. 320.1 y 2 CPP), pero es evidente que el tribunal de sentencia podría pronunciarse sobre las mismas en caso necesario. La estimación de la querella, por su parte, corresponderá al juez de paz o de instrucción en el procedimiento abreviado y al tribunal de sentencia o de jurado en el procedimiento común. Por último, con carácter previo a la adopción de las cuatro decisiones posibles

sobre la querella, las partes han de ser oídas, pudiendo interponer excepciones procesales o simplemente alegar lo que convenga a su derecho en las audiencias.

A la vista de lo anterior, es evidente que no existe correspondencia entre el contenido del precepto que comentamos (art. 102) y el enunciado o título que le precede: “decisión sobre la solicitud”. En realidad, el citado precepto hace referencia solamente, y de manera parcial, a las decisiones jurisdiccionales de admisión e inadmisión de la querella y a la eventual oposición de las partes en contra de la admisión de la solicitud, razón por la cual, con el fin de tener una visión de conjunto sobre los EFECTOS de la formulación de una querella, procede ampliar nuestro comentario a la totalidad de los mismos.

Así, la presentación de una querella (solicitud de constitución como querellante, según expresa el art. 96) puede tener los siguientes efectos procesales:

- a) *Admisión a trámite de la misma*, por entender que se dan los presupuestos (competencia jurisdiccional, capacidad, legitimación y representación del querellante) y requisitos (formales, materiales y temporales) que la ley prevé y que no concurre cosa juzgada o causa alguna de extinción de la acción penal (art. 31).

432

El precepto que comentamos hace referencia a los órganos jurisdiccionales competentes para la admisión de la querella (el juez de paz o el juez de instrucción), al momento procesal oportuno para ello, que dependerá del momento de su formulación (la audiencia inicial o la audiencia preliminar), y a las posibilidades y cargas de las partes (FGR, imputado) que pretendan oponerse a la admisión de la solicitud del querellante.

Sobre ésta última cuestión, el art. 277 recoge las excepciones oponibles (incompetencia, falta de acción, extinción de la acción penal y cosa juzgada), correspondiendo las dos primeras al conjunto de presupuestos y requisitos, incluido el del plazo, que hemos examinado al comentar los artículos 95 a 99 del Código. Así, la excepción de falta de acción (art. 277.2) consiste en que la querella no se haya podido promover (capacidad y legitimación) o que, habiéndose podido promover, no se ha formulado legalmente (representación, plazo, contenido de la solicitud).

Dado que la oposición mediante la formulación de excepciones puede realizarse durante la audiencia inicial, se modifica en este sentido lo establecido en el art. 277, a cuyo tenor las excepciones procesales han de interponerse a partir de la audiencia inicial.

También cabe entender, de acuerdo con una interpretación literal del inciso segundo del art. 102, que no resulta de aplicación a la querella, salvo si la excepción alegada es la de falta manifiesta de legitimación (art. 277.2), la forma escrita de formulación de las excepciones establecida, con carácter general, en los arts. 278 a 280 CPP. Dicha conclusión, por absurda que parezca, se infiere comparando el contenido del anterior precepto con el art. 102 que comentamos, si bien debe preponderar un cierto antiformalismo en este sentido, por lo que procede admitir la interposición escrita y separada de las excepciones, por exigencia del derecho de defensa.

Por otra parte, las excepciones alegables por la contraparte pueden tener naturaleza dilatoria, por referirse a vicios formales subsanables, o carácter perentorio (del latín *perimere*: destruir, extinguir), que son las excepciones que destruyen o extinguen la acción penal para siempre (art. 282 CPP). Respecto de las primeras, también parece existir una contradicción entre el último inciso del art. 102 (“los vicios formales podrán ser corregidos hasta la finalización de la audiencia preliminar”) y el plazo de tres días, después de la presentación del escrito de querella, que para la subsanación se establece en el art. 96 (antepenúltimo inciso) CPP. Al respecto, debe darse preferencia al art. 102, por ser lo más favorable a la efectividad del derecho al ejercicio de la acción penal.

433

Por último, el límite máximo para formular excepciones será la audiencia preliminar, ya que luego de la celebración de la misma no cabrá oposición al escrito de querella, salvo en caso de manifiesta falta de legitimación, añade el Código. Sin embargo, incluso ésta particularidad es relativa, porque celebrada la audiencia preliminar, normalmente, el final de la instrucción está próximo (art. 320.1, 322 y 323 CPP).

Suponiendo que ha tenido lugar la admisión de la querella, el efecto inmediato deberá ser la realización de las diligencias de investigación y de los actos de prueba anticipada propuestos por el querellante y admitidos por el juez, con el fin de obtener los elementos probatorios que permitan fundar la acusación del querellante y preparar la defensa del imputado. Asimismo, el querellante tiene derecho a participar activamente en todos los actos procesales en que intervengan el fiscal y el defensor. Dichos actos conforman el contenido del derecho constitucional del querellante al ejercicio de la acción penal en caso de admisión a trámite de la querella, siendo los más importantes, en la hipótesis de la no desestimación durante la instrucción, los siguientes:

1º.) La audiencia inicial, a la que será convocado el querellante (art. 254).

2º. La declaración indagatoria, pudiendo el querellante dirigir directamente al imputado las preguntas que tenga por conveniente (art. 261 CPP).

3º.) La práctica de actos o diligencias (registros, pericia, inspecciones...) definitivos e irreproducibles (art. 270). Las partes (y, por tanto, el querellante), dispone el art. 271 CPP, "tendrán derecho de asistir a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, exámenes periciales e inspecciones; asimismo, a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no puedan presumiblemente declarar durante el juicio".

4º.) La audiencia especial para la resolución separada de las excepciones de previo y especial pronunciamiento (arts. 278 y 280), debiendo ser oída también la parte querellante en las opuestas en una audiencia oral.

5º.) Las audiencias de revisión periódica de las medidas cautelares (art. 307, segundo inciso).

6º.) La formulación del escrito de acusación, que es la correlación documental y confirmatoria, aunque con los matices impuestos por el resultado de la instrucción, del escrito de querrela o de solicitud de constitución como querellante (art. 96 CPP). El escrito de acusación contendrá bajo pena de nulidad relativa (subsanaible), los siguientes extremos: 1) datos personales del imputado, o si se ignoran, los que sirvan para identificarlo; 2) relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho atribuido; 3) fundamentación de la imputación, con expresión de los elementos de convicción que la motiva; 4) calificación jurídica, con expresión precisa de los preceptos legales aplicables; y 5) ofrecimiento de prueba para incorporar en la vista pública. El fiscal o el querellante podrán en su acusación, señalar alternativamente, las circunstancias del hecho que permitan calificar el comportamiento del imputado en un delito distinto, a fin de posibilitar la correcta defensa del imputado.

7º.) La audiencia preliminar, pudiendo, hasta diez días antes de su celebración, formular acusación (art. 313.1 y 314) o desistir de la querrela, pidiendo el sobreseimiento o las otras solicitudes previstas en el art. 313.

Dado que el Código permite presentar una querrela hasta quince días antes de la celebración de la audiencia preliminar, es evidente que, si así ocurriese, deberá, en la mayoría de los casos, suspenderse la celebración de la misma para que puedan llevarse a la práctica las diligencias y anticipos de prueba solicitados por el querellante.

Dentro de los cinco días posteriores a la intimación judicial para que el querellante asista a la audiencia preliminar, serán puestas a su disposición

todas las actuaciones y las evidencias con el fin de que pueda consultarlas y formular por escrito sus pretensiones a resolver en la audiencia preliminar (art. 316), que se desarrollará conforme a lo establecido en el art. 319 CPP.

8º.) El juicio oral, siendo conveniente que con la citación se le advierta de que la no concurrencia a la vista pública, o su alejamiento de la sala sin autorización, se tendrá por abandono de la querrela, sin perjuicio de que el querellante pueda ser obligado a comparecer como testigo (art. 325).

Durante la vista pública, el querellante podrá formular cuestiones incidentales, interrogar al imputado, testigos y peritos, participar en la práctica de los demás medios de pruebas y formular, en el trámite de discusión final y cierre del debate, sus conclusiones definitivas (arts. 338 a 353).

9º.) Con independencia de la intervención del querellante en los mencionados actos procesales, podrá interponer recursos contra las resoluciones de las audiencias (v. gr, arts. 257 y 284) y contra la sentencia definitiva, debiendo participar en su tramitación, si así fuera, con las mismas oportunidades procesales que el fiscal, el defensor y el imputado (art. 406 y ss.).

10º.) El querellante, sin embargo, no podrá participar en la fase de ejecución de la pena, en los términos que se dirán al comentar el art. 101 CPP.

435

En definitiva, con la anterior salvedad, el querellante tiene en el proceso penal las mismas posibilidades procesales que el fiscal, imputado y defensor, configurándose la intervención procesal de todos ellos de acuerdo al principio de igualdad (art. 14 CPP).

- b) *Inadmisión o rechazo de la querrela*, por defectuosa formulación de la solicitud, presentación fuera de plazo, no concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales de competencia judicial, capacidad, legitimación y representación del querellante, o existencia de una excepción perentoria.

En otros términos, la inadmisión o rechazo de la querrela procederá cuando el juez, bien de oficio o a instancia de la parte, considere que debe admitirse alguna de las siguientes excepciones de previo y especial pronunciamiento (art. 277):

- 1) Incompetencia;
- 2) Falta de acción, porque ésta no se pudo promover, no fue iniciada legalmente o no puede proseguir;
- 3) Extinción de la acción penal; y,
- 4) Cosa juzgada.

La inadmisión, por tanto, puede obedecer a un impedimento procesal subsanable, pero insubsanado en plazo (art. 96, últimos incisos), o a un impedimento procesal insubsanable (falta de legitimación). Si el defecto es subsanable, el art. 96, antepenúltimo inciso, dispone que el juez ordenará que se complete durante la audiencia inicial, o fijará un plazo de tres días para ello.

Sin embargo, si los datos no son completados, la solicitud será inadmisibile, con el efecto de que solo podrá ser presentada en el futuro una vez más (art. 96, últimos incisos).

Cuando la inadmisión obedezca a razones puramente formales, la querella inadmitida o rechazada por irregular se convierte en denuncia, surgiendo así en la FGR la obligación de efectuar la investigación inicial del hecho (art. 238 CPP) y de formular requerimiento fiscal (art. 235 CPP). Como afirma GIMENO SENDRA, "dicha inadmisión lo ha de ser a los únicos efectos de no poder admitir al querellante como parte, pero en modo alguno con respecto a la incoación del procedimiento, porque la falta de tales requisitos transforma a la querella en denuncia".

436

Siguiendo con los efectos de la inadmisión, si ésta obedece a falta de competencia del juez ante quien se presentó la querella, lo procedente es la remisión de la misma por el citado juez al juez de paz competente (art. 281).

Por último, cuando la inadmisión obedezca a la admisión de una excepción perentoria, procederá el sobreseimiento definitivo del procedimiento (art. 282).

- c) *Desestimación de la querella*, que procederá en los mismos casos, establecidos en las tres primeras causales del art. 308 para el sobreseimiento definitivo:
- 1) Cuando resulte con certeza que el hecho no ha existido o no constituye delito o que el imputado no ha participado en él;
 - 2) Cuando no sea posible fundamentar la acusación y no exista, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba;
 - 3) Cuando el imputado se encuentre exento de responsabilidad penal por estar suficientemente probada cualquiera de las causas que excluyen ésta, salvo los casos en que corresponde el juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad.

La desestimación de la querella puede producirse anticipadamente, durante la fase de instrucción, o en la sentencia, que pone fin a la fase de

plenario. Si la desestimación se acuerda en la fase de instrucción, por entenderse, por ejemplo, que el hecho no es constitutivo de delito, deberá existir una patente y absoluta falta de tipicidad penal, es decir, deberá constar “con certeza”, como dispone el numeral 1) del art. 308, la falta de acción delictiva, de tipicidad o de autoría.

En el supuesto de que cualquiera de las acusaciones (FGR, querellante) haya tipificado los hechos de manera incorrecta a criterio del juez de paz o de instrucción, deben los mismos hacer uso de la facultad que se otorga al juez o tribunal que dicte sentencia en el art. 359 CPP, al disponer que “el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación...”, si bien el imputado deberá ser previamente advertido de ello y tendrá el derecho a solicitar la suspensión de la audiencia si considera que la modificación jurídica afecta a su derecho de defensa (art. 344 y 359, inciso 2º). Decimos que tales previsiones son aplicables en la audiencia inicial y preliminar porque el art. 255 y 319 CPP, respectivamente, establecen que, en cuanto sean aplicables, regirán en aquellas las reglas de la vista pública. Y ello, aún en el caso de que el querellante no haya hecho una calificación alternativa de los hechos, con la correlativa adición en el relato fáctico (art. 314, inciso penúltimo), a fin de posibilitar la defensa del imputado.

437

El fiscal, dispone el Código, podrá solicitar en la audiencia inicial o en la preliminar (arts. 248.2 y 316. 1) la desestimación de la querrela “por falta de fundamento de la acusación”, con lo que se alude a todos los motivos de sobreseimiento definitivo.

Si fuese razonablemente discutible la existencia o no de delito, el juez de paz o de instrucción deberán, respectivamente, acordar la instrucción y dictar auto de apertura de juicio oral respecto a la acusación que formule el querellante.

Puede suceder que el fiscal no acuse y que el juez no desestime la querrela, en cuyo caso continuará el proceso con la única intervención como parte del querellante (art. 321). En tal supuesto, el fiscal deberá intervenir en la vista pública, (el art. 321, inciso tercero, utiliza el término “podrá”), en defensa de la legalidad, informando su parecer en el trámite de conclusiones definitivas sobre la estimación o desestimación de la querrela.

La desestimación será provisional en caso de sobreseimiento provisional, que procederá cuando los elementos de prueba de que se disponga en el momento de celebrar la audiencia sean insuficientes para formular acusación, pero exista la probabilidad de que a corto plazo puedan obtenerse.

Al respecto, la acción penal se extingue “cuando luego de dictado el sobreseimiento provisional, no se haya reabierto la investigación dentro del plazo de un año” (art. 31.13). Por el contrario, cuando dentro del año a partir de la fecha de la resolución de sobreseimiento provisional surjan nuevos elementos de prueba en contra del imputado que hagan viable la reapertura de la instrucción, el juez, a petición del fiscal, así lo decretará.

El art. 310 CPP resulta inequívoco al otorgar exclusivamente a la FGR la facultad de reabrir la instrucción de un proceso en caso de sobreseimiento provisional. Podría argumentarse que dicha previsión va en contra del principio de igualdad procesal (art. 14 CPP) o, por el contrario, entender razonable el papel de control de la Fiscalía en relación con las aspiraciones potencialmente abusivas del querellante. Según mi criterio, debe permitirse al querellante solicitar la reapertura de la instrucción en caso de sobreseimiento provisional, debiendo la FGR pronunciarse sobre dicha pretensión, de la misma manera que lo hace en el requerimiento fiscal, que está obligada a formular en caso de querrela, aunque puede solicitar en el mismo su desestimación o mantener una posición acusatoria paralela al querellante solicitando la instrucción (art. 235 y 248 CPP).

- 438** d) *Estimación de la querrela*, por entender en sentencia el juez de paz o de instrucción, en el procedimiento abreviado, o el tribunal de sentencia o de jurado, en el procedimiento común, que los hechos objeto de la querrela son constitutivos de delito y que el imputado o coimputado en la querrela son sus autores. Para que la estimación surta todos sus efectos, será necesario que medie una sentencia firme, dictada luego de probar los hechos en un juicio oral y público, llevado a cabo conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República, en el Código Procesal Penal y demás leyes, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas (art. 1 CPP).

Finalmente, las impugnaciones posibles contra las decisiones anteriores son las siguientes: a) *recurso de revocatoria*: (verbalmente, en la misma audiencia, o por escrito); b) *recurso de apelación*, que podrá adoptar la forma de apelación subsidiaria al recurso de revocatoria formulado por escrito; c) *recurso de casación* contra la sentencia definitiva de la querrela o cualquier auto que ponga fin o haga de imposible continuación la acción penal ejercitada con la misma, y d) *recurso de amparo*, por vulneración del derecho constitucional al ejercicio de la acción penal en *defensa*, según expresión textual del art. 2 Cn, de los derechos individuales de la persona.

Para recurrir será necesario que la resolución impugnada cause agravio al recurrente, por lo que la FGR tendrá legitimación para ello en defensa de la legalidad, pudiendo también adherirse al recurso del querellante (art. 408 CPP).

103

DESISTIMIENTO DE LA QUERELLA

El querellante podrá desistir a querellar en cualquier momento del procedimiento.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 95 a 99 (formulación de la querella), 105 (sobreseimiento definitivo), 256 (audiencia inicial), 319 (audiencia preliminar), 321 (falta de acusación del fiscal), 339 y 353 (desistimiento en el plenario)

II. COMENTARIO

Si la formulación de una querella (art. 96) lleva implícita la declaración de voluntad del querellante de ejercer el derecho a ser parte acusadora en el proceso y la petición de que se le tenga por tal, el desistimiento es el acto procesal expreso por el que el querellante manifiesta su voluntad de que se deje sin efecto dicha condición.

El derecho constitucional al ejercicio de la acción penal del querellante es, por consiguiente, renunciable. Por el contrario, la FGR tiene no solo el derecho sino también el deber de ejercer y proseguir la acción penal en los delitos de acción pública y de acción pública, previa instancia particular. Su inactividad está tipificada, cuando tenga conocimiento de un hecho delictivo, como delito la omisión del ejercicio de las acciones penales correspondientes, ante el juez o tribunal competente (art. 311, inciso segundo, CP).

El desistimiento del querellante, dice el precepto, se podrá producir en cualquier momento del procedimiento, por lo que será posible, por ejemplo, la retirada de la acusación por el representante del querellante en el trámite de conclusiones finales del juicio oral e incluso con posterioridad al cierre del debate, pero antes de dictar sentencia.

Dado que la formulación de una querella puede o no coincidir con la existencia de una acusación fiscal (art. 321 CPP), si falta la misma y tiene lugar el desistimiento del querellante, se deberá dictar auto de sobreseimiento definitivo (art. 105).

Por último, el desistimiento puede realizarse en forma verbal, durante las audiencias, o por escrito, fuera de las mismas. En el caso de que sea formulado por el representante del querellante, deberá disponer de la facultad de desistir en el poder especial para querellar que le haya sido otorgado. Si no es así, el querellante,

personalmente, debe manifestar su voluntad de desistir en las audiencias o formular escrito de desistimiento con posterior ratificación personal en el juzgado.

104

ABANDONO DE LA QUERELLA

Se considerará que ha abandonado la querella:

- 1) Cuando, citado a prestar declaración testimonial no concurra sin justa causa;**
- 2) Cuando no acuse o no asista a la audiencia preliminar sin justa causa; y,**
- 3) Cuando no ofrezca prueba para fundar su acusación, no concurra a la vista pública sin justa causa o se ausente de ella sin autorización del tribunal.**

El abandono será declarado de oficio o a petición de cualquiera de las partes. La resolución será apelable.

440

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 95 a 99 (presupuestos y requisitos de la querella), 100 (obligación de atestiguar), 313.1 (acusación por el querellante), 314.5 y 316.3 (ofrecimiento de prueba), 317 (forma del ofrecimiento de prueba), 319, inc. 2º. (obligación de asistencia a la audiencia preliminar), 325, inciso 4º. (efectos de la no asistencia al juicio oral), 333.4 (suspensión por enfermedad), 353 (conclusiones definitivas); 409, 414 a 416 (revocatoria), 417 a 420 (apelación)

II. COMENTARIO

Mientras el art. 103 se refiere al desistimiento expreso de la querella, este precepto alude al desistimiento tácito, al que denomina abandono de la querella, que se infiere de determinados comportamientos procesales del querellante.

Así, se considera que el querellante ha desistido tácitamente de la querella (abandono de la misma) cuando, sin motivo razonable alguno, es decir, sin causa justa, tiene cualquiera de las siguientes actitudes procesales: a) se niega a prestar declaración como testigo; b) no formula acusación en la causa; c) no asiste a la audiencia preliminar, aunque haya formulado acusación; d) no realiza ofrecimiento de prueba para fundamentar la acusación, aunque haya asistido a la audiencia preliminar; e) no asiste

al juicio oral o se ausenta del mismo sin autorización del tribunal, y f) asiste al juicio oral, pero no mantiene la acusación durante el trámite de conclusiones definitivas.

De todos estos motivos, el primero de ellos es de la exclusiva responsabilidad del propio querellante, que será la víctima del delito, salvo en el supuesto de la querrela pública (art. 95, último inciso). El querellante, en efecto, que no comparezca sin justa causa a testificar, sea ante el juez de paz o de instrucción o en el momento del juicio oral, se le tendrá por desistido de la querrela, sin perjuicio, aclara el art. 325, inciso 4º. CPP, de que pueda ser obligado a comparecer como testigo. Si la presencia del querellante es indispensable a juicio del tribunal o de las partes, se optará, según las circunstancias, por suspender el juicio o continuar con la audiencia hasta que el ausente sea conducido por la seguridad pública (art. 333.3).

Los otros motivos que relaciona el precepto obedecen al comportamiento del representante procesal del querellante, que es el encargado de iniciar y proseguir la querrela (art. 98 CPP), por lo que su actitud en contra de las directrices del querellante podría ser causa de exigencia de responsabilidad profesional.

Según lo establecido en el precepto, la no asistencia del querellante a la audiencia inicial no puede interpretarse como abandono de la querrela. En consecuencia, si así ocurriera, no cabe decidir sobre la querrela sin antes haber oído al querellante.

441

La expresión “justa causa” encierra un concepto jurídico indeterminado, por lo que, a la vista de la prueba, normalmente documental, que el representante del querellante presente, el juez o tribunal deberá decidir conforme al criterio de la sana crítica, debiendo evitar actitudes rayanas en la mala fe procesal.

La acusación que ha de proponer el querellante (art. 313.1), si no quiere que se de por desistida la querrela, ha de contener, bajo pena de nulidad, el ofrecimiento de prueba para incorporar en la vista pública (art. 314.5). Si no es así, no solo existirá nulidad sino declaración de abandono de la querrela.

Por otra parte, el abandono de la querrela deberá dar lugar a la correspondiente resolución judicial que así lo declare que deberá adoptar la forma de auto independiente o hacerse en la misma resolución que resuelva las cuestiones planteadas en la audiencia preliminar (art. 256 CPP). Si el abandono tiene lugar en el plenario, la declaración jurisdiccional correspondiente ha de hacerse en la sentencia, habida cuenta de que las actitudes que manifiestan abandono se han de realizar durante la vista pública.

Por último, la declaración de abandono de la querrela deberá hacerse de oficio o a petición de cualquiera de las partes. Adoptada la misma, el querellante podrá interponer recurso de revocatoria, bien verbalmente durante la audiencia, bien por escrito dentro de los tres días de declarado el abandono de la querrela (art. 415). En el primer caso,

será resuelto de inmediato, estableciendo el art. 409 (inciso 2º.) que la interposición de dicho recurso significa también protesta de recurrir en casación en el caso de que se mantenga la resolución.

También será posible interponer recurso de apelación (art. 417 y 418 CPP), que podrá formularse de manera subsidiaria (apelación subsidiaria) junto con el recurso de revocatoria formulado por escrito (art. 416).

105

EFECTOS

El desistimiento y el abandono impedirán toda posterior persecución por parte del querellante, en virtud del mismo hecho que constituyó el objeto de su querrela y en relación a los imputados que participaron en el procedimiento.

En el caso de abandono, tomará a su cargo las costas propias y quedará sujeto a la decisión general sobre costas que dicte el tribunal al finalizar el procedimiento.

442

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 103 (desistimiento), 104 (abandono), 447 a 452 (costas)

II. COMENTARIO

La querrela irregular, por estar defectuosamente formulada, puede subsanarse. Si no se subsana, puede, tras su inadmisión, volver a formularse de nuevo, aunque solo por una sola vez (art. 96, penúltimo inciso).

La querrela desestimada por concurrir las tres primeras causales del art. 308 (ver comentario al art. 102) da lugar al sobreseimiento definitivo, que, una vez firme, produce *erga omnes* el efecto de cosa juzgada, como si de una sentencia firme absolutoria se tratara.

Por último, la querrela desistida o abandonada extingue el derecho del mismo querellante a ejercer la acción penal por los mismos hechos y contra las mismas personas.

Además de esta sanción, se imponen al querellante que abandone una querrela, pero no al que desista de la misma, las costas propias. La imposición o no de las costas de la parte contraria dependerá de lo que decida el juez o tribunal al dictar la resolución

que ponga término a la causa (arts. 447 y 448), a cuyo efecto, el art. 449 establece que “las costas serán a cargo de la parte vencida, pero el tribunal podrá eximirla, total o parcialmente, cuando haya existido razón suficiente para litigar, declarando, en ese caso, quién tomará a su cargo el total o el resto de las cosas”. También puede imponerse la condena al pago de las costas al representante (abogado de la República) del querellante, cuando el juez o tribunal considere que ha litigado en forma temeraria o realizado trámites manifiestamente dilatorios” (art. 450 CPP).

106

ACCIÓN PRIVADA

En los procedimientos por delito de acción privada, también se aplicarán al acusador las normas previstas en este capítulo, sin perjuicio de las reglas especiales.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 19 (legitimación), 28 (delitos perseguibles por acción privada), 29 (conversión en acción privada), 31.9 (extinción de la acción privada), 41 (renuncia y abandono), 44 (ejercicio de la acción civil), 400 a 405 (procedimiento por delito de acción privada)
- CP, 177 (calumnia), 178 (difamación), 179 (injuria), 182 (calumnia, difamación e injurias encubiertas), 209 (hurto impropio o de la posesión), 238 (competencia desleal), 239 (desviación fraudulenta de clientela) y 243 (cheque sin provisión de fondos)

443

II. COMENTARIO

El precepto contiene una remisión en bloque del régimen jurídico de la querrela por delitos públicos o semipúblicos (acción pública dependiente de instancia particular) al procedimiento para la persecución de los delitos perseguibles por acción privada, sin perjuicio de las reglas especiales.

Estamos, pues, en presencia de una querrela estrictamente privada (salvo en el caso del inciso 2º. del art. 400), en el sentido de que solamente corresponde a los particulares el ejercicio de la acción penal, al contrario de lo que ocurre con los demás tipos de querrela, en los que la acción penal puede ejercerse conjuntamente con la FGR. Como excepción al patrimonio exclusivo de la acción privada por los particulares, en los delitos contra el honor perpetrados contra funcionarios públicos, autoridades públicas, jefes de estado extranjero o representantes diplomáticos acreditados en el

país, la acción penal deberá ser ejercida por la Fiscalía General de la República (art. 400, inciso 2º.).

Aparte de esta particularidad, que afecta a la capacidad y a la legitimación procesal (conexión del ejercitante de la acción con el objeto del proceso), las reglas especiales de la acción privada son, en esencia, las siguientes:

- *Delitos perseguibles*: Los relativos al honor y a la intimidad, hurto impropio, competencia desleal, desviación fraudulenta de clientela, y cheque sin provisión de fondos.
- *Procedimiento*: El especial por delito de acción privada (arts. 400 a 405 CPP).
- *Representación procesal*: La persona que ejerce la acción privada no requiere representación, ya que, al contrario de la querrela, la acción puede presentarse por sí o mediante apoderado especial.

El imputado, por su parte, podrá hacerse representar para todo efecto por un defensor con poder especial, quien lo sustituirá en todos los actos, salvo que el tribunal estime que para un acto en particular sea imprescindible su presencia (art. 112 CPP).

444

- *Competencia*: El tribunal de sentencia.
- *Lugar de presentación*: Directamente en dicho tribunal.
- *Auxilio judicial*: Solo si es imprescindible (art. 401) para aportar pruebas o individualizar al imputado.
- *Causas de extinción*: Al igual que en la querrela, la acción privada se extingue por el desistimiento (renuncia) o abandono de la acusación, por lo que, en lo sustancial, son de aplicación los arts. 103 a 105 CPP, a cuyos comentarios nos remitimos.

Como particularidades a reseñar, deben destacarse las siguientes causas de extinción por desistimiento o abandono: 1) Ejercicio exclusivo de la acción civil ante la jurisdicción civil o mercantil (art. 44, final). 2) El perdón de la víctima en todos los delitos perseguibles por acción privada y la retractación del imputado, aceptada por la víctima, en los delitos contra el honor; 3) No concurrencia de la víctima o de su mandatario a la audiencia de conciliación, sin justa causa; y 4) Si muerta o incapacitada la víctima, no concurren a proseguir el procedimiento sus herederos o representantes legales, dentro de los sesenta días siguientes, a la muerte o incapacidad, siempre que estos conozcan la muerte o la incapacidad de la víctima y la

existencia del juicio. Caso contrario, el plazo comenzará a correr a partir de este conocimiento o de la notificación que el tribunal les haga sobre estos extremos. En este caso, cuando no se conozca quiénes son los herederos o se desconozcan su residencia, el acusado puede pedir al tribunal la notificación por edictos; publicando el último edicto comienza a correr el plazo establecido. Transcurrido dicho plazo se tendrá por extinguida la acción penal.

Por último, la renuncia o desistimiento de la acción privada sólo aprovechará a aquellos partícipes respecto de quienes ella se refiere expresamente. Si no menciona a persona alguna, se debe entender que se extenderá a todos los partícipes en el hecho punible.

CAPÍTULO V

DEFENSORES

107

NOMBRAMIENTO

El nombramiento de defensor hecho por el imputado no estará sujeto a formalidades.

También podrá nombrarle defensor, su representante legal, su cónyuge, compañera de vida o conviviente, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, el adoptante y el adoptado. Se tendrá igualmente como defensor del imputado, a su apoderado judicial que lo solicite, si reúne las cualidades para ejercer la defensoría.

El defensor nombrado deberá aceptar el cargo ante la autoridad que corresponde, dejándose constancia de ello.

446

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12 (derechos del detenido)
- CPP, 8 (calidad de imputado), 9 (inviolabilidad de la defensa), 10 (derecho del imputado a la asistencia y defensa de un abogado), 87.3 (identificación del detenido), 241.9 y 242 (asistencia al detenido)
- CADH, 8.2
- PIDCP, 14.3
- CPC, 98 a 123 (procuradores)

II. COMENTARIO

El imputado tiene el derecho inviolable a la defensa material o autodefensa y a la defensa técnica (arts. 12, inc. 2º., Cn, 9 y 10 CPP), que ha de ser ejercida por un abogado de la República, cuya función será “asistir y defender” al imputado, esté o no detenido, con el fin de preservar en lo posible sus derechos individuales (dignidad personal, libertad, integridad física, propiedad, etc.), puestos en peligro como consecuencia de la imputación procesal.

El derecho a la defensa técnica es un derecho fundamental, porque la Constitución asegura, a toda persona a quien se impute un delito, “las garantías necesarias para su defensa” (art. 12, inciso 1º., Cn), y un derecho irrenunciable, porque su ejercicio no solo es preceptivo en caso de detención del imputado (art. 10, 87.3 CPP, etc.), sino, a partir de la imputación, exista o no detención, cuando sea necesario para la plena efectividad del derecho de defensa.

El derecho de defensa técnica, exige, pues, la intervención de un abogado, previendo el art. 10 CPP, a cuyo comentario remitimos al lector, la libre designación del mismo por el imputado o, en su defecto, el nombramiento de un defensor público por parte de la Procuraduría General de la República, salvo que el imputado fuere abogado y decida defenderse por sí mismo.

Al igual que la Constitución y el Código Procesal Penal, art. 8.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos establece que durante el proceso, toda persona tiene el derecho, en plena igualdad, “a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección...”, así como el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado,... si el imputado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley”. En el mismo sentido, el art. 14.3 PIDCP alude al derecho del imputado a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tuviere defensor, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo, siempre que el interés de la justicia lo exija.

447

El art. 107 del Código, por su parte, viene a desarrollar e incluso a ampliar lo establecido en el art. 10 CPP respecto a la designación de abogado, haciendo referencia a la forma de hacer el nombramiento de defensor y al requisito para la efectividad del mismo, que no es otro que la aceptación del nombramiento por el abogado designado.

En cuanto a la *forma del nombramiento*, hay que distinguir:

- a) *Nombramiento hecho por el propio imputado*, que no estará sujeto a formalidades, dice el primer inciso del precepto. Por tanto, no se exigirá poder notarial alguno, bastando con la manifestación verbal del imputado, ante la policía, la fiscalía o el juzgado, de su deseo de que intervenga como defensor uno o varios abogados de la República o un defensor público, debiendo los funcionarios respectivos dejar constancia de dicha declaración en diligencia escrita, que será firmada por el imputado, salvo que se niegue a ello, en cuyo caso pueden actuar como testigos de la actuación otros funcionarios.
- b) *Nombramiento hecho por el representante legal del imputado*, su cónyuge, compañera de vida o conviviente, parientes dentro del cuarto grado de

consanguinidad o segundo de afinidad (hermanos, sobrinos), adoptante y adoptado. Por ejemplo, si el imputado tiene abuelo, padre, hijos y nietos, todos ellos pueden nombrarle abogado, por razón de consanguinidad hasta el cuarto grado; si tiene hermanos y sobrinos, la facultad de nombrar abogado corresponderá a los mismos por estar en segundo grado de afinidad.

En estos casos, ha de tenerse en cuenta que, según el inciso 1º. del precepto, la ausencia de formalidades se refiere al nombramiento de defensor por el imputado. En consecuencia, en el caso de la designación por terceros, será necesario: 1) Acreditar documentalmente la relación que existe entre quienes hacen el nombramiento y el imputado, a cuyo efecto no procede ser excesivamente formalistas, bastando con indicios documentales o meras declaraciones de los que inferir la indicada relación. 2) Dejar constancia escrita del nombramiento, debiendo firmar dicha diligencia (o estampar su huella) la persona que hace la designación. 3) Comunicar el contenido de la diligencia al propio imputado, para que expresa o tácitamente muestre su conformidad o disconformidad con el nombramiento.

- 448 c) *Autonombramiento por el apoderado judicial del imputado*, en cuyo caso deberá solicitarlo expresamente, presentar el poder que lo constituye como tal y acreditar su condición de abogado de la República. Todo ello puede hacerse mediante comparecencia verbal en la policía, fiscalía o juzgado, y formalización con la oportuna diligencia, debiendo deberá darse cuenta del acto al imputado, para que lo revoque en su caso. La figura del apoderado judicial corresponde a la del procurador, regulado en los arts. 98 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles, por lo que ha de tenerse en cuenta lo establecido en el art. 113 del mismo sobre la necesidad de disponer de poder o cláusula especial para determinadas actuaciones.

Realizado el nombramiento de defensor en cualquiera de las formas establecidas, deberá darse cuenta del mismo, verbal o por escrito (debiendo quedar constancia escrita de la comunicación), al abogado designado. Si el imputado no nombra defensor o pide que le nombren un defensor público, se solicitará el correspondiente nombramiento a la Procuraduría General de la República. El abogado designado deberá personarse en el lugar que sea preciso (dependencias de la PNC o de la FGR, Juzgado de Paz,...) para la *aceptación* o no del *cargo*, debiendo figurar en diligencia escrita, con la firma del propio abogado, su decisión al respecto, que será preceptiva, salvo motivo de excusa previsto en la Ley del Ministerio Público, para el defensor público que designe la PGR, no así para el abogado privado.

Si el imputado se encuentra detenido, el abogado designado deberá comunicar inmediatamente si acepta o no la defensa. Si acepta el nombramiento, deberá apersonarse lo antes posible en el lugar de la detención, y siempre dentro de las doce

horas de recibida la solicitud. Esta regla, establecida para los defensores públicos en el art. 10 CPP, debe regir también por analogía para los defensores privados.

108

NÚMERO DE DEFENSORES

Se podrá nombrar los defensores que se crea convenientes. Cuando intervengan varios defensores, el imputado deberá designar a quien de ellos se le harán las correspondientes notificaciones, la notificación hecha a éste valdrá respecto de todos, y la actuación de uno por los otros no alterará trámites ni plazos.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12 (derechos del detenido)
- CPP, 8 (calidad de imputado), 9 (inviolabilidad de la defensa), 10 (derecho del imputado a la asistencia y defensa de un abogado), 87.3 (identificación del detenido), 241.9 y 242 (asistencia al detenido)

449

II. COMENTARIO

El nombramiento de defensor puede recaer sobre uno o varios abogados, si bien, por razones operativas, cuando intervengan varios defensores, el imputado ha de designar cual de ellos se convierte, a su vez, en representante de todos, a efectos de recibir notificaciones.

Del precepto no cabe deducir que en un determinado acto procesal (detención, declaración indagatoria, audiencias, juicio plenario) pueden actuar simultáneamente todos ellos, sino que pueden actuar alternativamente uno u otro de los abogados designados, sin trámite complementario alguno ni demora en los plazos.

Por otra parte, la facultad del imputado de nombrar a varios abogados no debe aceptarse, salvo en casos especialísimos, cuando el nombramiento recaiga en un defensor público, porque la generalización de esa posibilidad afectaría la operatividad del servicio público que presta la Procuraduría General de la República. Ahora bien, si el caso lo amerita, deben designarse varios defensores públicos con el fin de dotar al imputado sin recursos económicos de la mejor defensa posible.

109

OBLIGATORIEDAD

El ejercicio del cargo de defensor será obligatorio para el abogado que lo acepte, salvo excusa atendible.

La renuncia del cargo de defensor se hará por escrito. Inmediatamente el juez solicitará el nombramiento de un defensor público e intimará al imputado para que nombre un nuevo defensor si quisiere.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 10 (derecho irrenunciable a la defensa técnica), 107 y 108 (nombramiento defensor), 110 inciso 2º. (efectos del cambio de defensor)

II. COMENTARIO

450 Se establece la obligatoriedad del abogado de ejercer la defensa en caso de aceptación de la misma. Dado que el defensor público es un funcionario jerárquicamente dependiente del Procurador General de la República, es evidente que el precepto se refiere solamente a los abogados privados.

Sobre la forma de aceptación del cargo, ya hemos tratado en el comentario al art. 107, precediendo ahora hacer referencia a la cuestión de la renuncia. Al respecto, señala el inciso primero del art. 109 que, una vez aceptado, el cargo de abogado defensor es irrenunciable, salvo excusa atendible, que se hará saber por escrito al juzgado, con aportación de la prueba que la justifique.

Por excusa atendible debemos entender cualquier causa que razonablemente impida el ejercicio de la defensa, como podrían ser razones de salud, familiares o meramente profesionales. La excusa debe evaluarse por el juez conforme a la sana crítica, debiendo evitarse cualquier intento obstruccionista de la normal marcha del proceso con el fin de beneficiar arteramente al imputado.

Aceptada la renuncia, el juez solicitará el nombramiento de un defensor público, e informará de todo ello al imputado, haciéndole saber de su derecho a nombrar un nuevo defensor privado si quisiere, conforme a lo establecido en el art. 107 CPP.

La prescripción de que la renuncia aceptada del defensor privado vaya acompañada del inmediato nombramiento de un defensor público obedece a la voluntad del legislador de que no quede paralizado el proceso, en el mejor de los casos, o de

evitar actitudes fraudulentas: suspensión de audiencias, causar molestias a los testigos, ganar tiempo para que le favorezca al imputado, en caso de condena, la aplicación de la regla de conversión de la prisión provisional. Por ello, el Código sabiamente establece la disponibilidad en todo momento de un defensor público, para que actúe en caso de renuncia del abogado privado nombrado por el imputado en el ínterin de cambio de defensor privado a instancia del imputado (art. 110).

El precepto no prevé el supuesto de la renuncia del abogado a la defensa o representación en los días inmediatamente anteriores a la vista pública del juicio oral, o durante la celebración de la misma. Dicho olvido aconseja que el tribunal sea mucho más estricto en la admisión de las razones justificativas de renuncia tan intempestiva, ya que de lo contrario habría que suspender la audiencia. Si se acepta, se estará a lo previsto para el abandono en el art. 114.

110

DEFENSA PÚBLICA

La participación del defensor público se regirá por las reglas de esta sección y por las reglas especiales previstas en la ley correspondiente. **451**

La designación del defensor público no perjudicará el derecho del imputado a nombrar ulteriormente otro de su confianza; pero la sustitución no se considerará operada hasta que el designado acepte el cargo. Si posteriormente el imputado le revocare el nombramiento al defensor que hubiese designado o éste renunciare por algún motivo, continuará en la defensa el defensor público anterior, sin necesidad de nuevo nombramiento. Si esto no fuere posible la Procuraduría General de la República le nombrará otro.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 9 y 10 (derecho de defensa), 107 a 115 (defensores), 259, inciso 2º. (declaración indagatoria)
- Cn, 194.II. 2º. y 4º. (defensoría pública)
- LOPGR, 58 a 63

II. COMENTARIO

El inciso 1º. del art. 110 hace referencia al régimen jurídico de los defensores públicos, a quienes se aplicará, en lo que resulte pertinente, además de las disposiciones propias de la PGR, (arts. 1, 23.2ª. y 3ª., 34, 38, 68 A 70, 82 Y 83 LOMP), las reglas de

capítulo V del Título III (Libro I) CPP (arts. 107 a 115), donde se ubica el precepto que comentamos, así como las demás prescripciones del Código que sean de aplicación. Una de ellas es, por ejemplo, el art. 259, inc. 2º., que dispone la solicitud inmediata de un defensor público para que intervenga en la declaración indagatoria cuando no concurra el defensor designado por el imputado.

Asimismo, son de aplicación a los defensores públicos, las normas reguladoras de la profesión de abogado, que otorgan competencias exclusivas a la Corte Suprema de Justicia (182 fr. 12ª. Cn; 89 y 90 CPC; 51 fr. 3ª., 115, 116, 140 y LOJ) para la regulación de la profesión.

Los defensores públicos, además de abogados de la República, son auxiliares del Procurador General de la República, institución que forma parte del Ministerio Público (arts. 191 a 194 Cn), está regulada por la LOPGR de 7 de diciembre de 2000 y posee atribuciones diversas: asistencia y representación de personas de escasos recursos en materia penal, derecho de familia, incapacidades, adopciones, etc. (arts. 3 y 12 LOPGR).

452 El Procurador General de la República es la autoridad máxima de la institución, con poderes de dirección y decisión en lo relativo a la organización y realización de sus atribuciones, entre las que destacan por su importancia la relativa a la defensa y representación en el proceso penal de las personas con escasos recursos económicos, de los imputados ausentes, de los imputados que se nieguen a nombrar abogado, así como en los casos de renuncia o abandono de este último (arts. 10, 109, 114 CPP), debiendo asegurarse la defensa técnica, aún en contra de la voluntad del imputado, dado el carácter inviolable de la misma (art. 9 CPP).

Asimismo, junto a la irrenunciabilidad e inviolabilidad en abstracto del derecho de defensa, en que reside el fundamento de la defensoría pública, está la facultad del imputado a la libre elección de abogado y, en consecuencia, a la sustitución del anteriormente nombrado. Y dado que esa sustitución, así como la renuncia o abandono del defensor designado, puede provocar una suspensión del proceso, el legislador ha considerado conveniente el nombramiento cautelar de un defensor público para evitar dilaciones indebidas, razones todas ellas que explican la previsión contenida en el inciso 2º. del precepto comentado.

Por lo demás, finaliza el precepto haciendo referencia a la competencia de la PGR para nombrar a los defensores públicos, que integran la Unidad de Defensoría Pública de la PGR, a la que se refiere el art. 27 de la LOPGR en los siguientes términos: "La Unidad de Defensoría Pública, tiene por función ejercer la defensa técnica de la libertad individual de los menores y de los adultos, a quienes se les atribuye el cometimiento de una infracción penal. La defensa técnica deberá proveerse desde el inicio de las diligencias extrajudiciales o del proceso a las personas detenidas y a las

que teniendo calidad de imputado ausente la soliciten, por sí, por medio de sus familiares o cualquier otra persona; asimismo, cuando así lo requiera el Juez competente, interponiendo los recursos y providencias de derecho que procedieren. Corresponderá además a esta Unidad, en la fase posterior a la sentencia definitiva impuesta de conformidad al Código Penal, proporcionarle, por medio del Defensor Público de Mayores, asistencia legal en cuanto a la vigilancia penitenciaria y a la ejecución de la pena. En materia de menores, será atribución de esta Unidad, por medio del Defensor Público de Menores, vigilar y controlar la aplicación de la medida definitiva impuesta de conformidad a la Ley del Menor Infractor”.

Finalmente, para complementar el análisis del presente artículo, se remite al lector al comentario del art. 10, letra D, CPP, siendo importante destacar las atribuciones que la nueva LOPGR otorga a los defensores públicos en materia probatoria, entre las que destacan la facultad de la Procuraduría de citación y apremio (art. 60), de obtención de cualquier tipo de documento que sea necesario para el ejercicio de sus funciones (art. 58) y de la gestión institucional de los elementos de prueba, si fuera necesario (art. 63).

111

453

DEFENSOR COMÚN

La defensa de varios imputados podrá ser confiada a un defensor común siempre, que no existan intereses contrapuestos. Si esto es advertido, el Juez intimará a los imputados a que designen nuevos defensores o solicitará el nombramiento de defensores públicos, consultando en todo caso el interés de los imputados.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 107 a 110 y 112 a 115 (defensores)
- CPC, 90.3°. (prohibición de los abogados)

II. COMENTARIO

En el caso de que los imputados sean varios, podrán ser defendidos por un defensor común, salvo que exista en la defensa intereses contrapuestos entre los propios coimputados, en cuyo caso, como prohíbe también el art. 90.3°. CPC, no “podrán abogar por las dos partes contendientes en el mismo negocio”. En un proceso penal, la contradicción surgirá en el supuesto de mutua inculpación, la cual puede obedecer en ocasiones a una táctica de la defensa, consentida de común acuerdo por los propios

imputados. No existirá, en principio, conflicto de intereses cuando, según el planteamiento del proceso y la estrategia de la defensa, se pretenda la absolución o condena en bloque de todos los imputados por un mismo delito, aunque aún en este caso esta pretensión podría chocar con el interés de algún coimputado.

Por todo ello, la decisión judicial de aceptar o no un defensor común dependerá de las específicas circunstancias del caso, razón por la cual el art. 111 utiliza el concepto indeterminado de conflicto de intereses como elemento decisor de la cuestión. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, aunque no de manera determinante, la opinión de los propios coimputados sobre la actuación de un defensor común, a cuyo efecto el juez o presidente del tribunal deberá instruirles de manera comprensible y en términos sencillos sobre las ventajas e inconvenientes de disponer de un defensor común o de defensores independientes.

En el supuesto de que se impugne la sentencia, o cualquier otra resolución interlocutoria, y existan intereses encontrados entre los imputados recurrentes, el abogado de una de las partes en una instancia no podrá serlo de lo contrario en las otras, aún en el supuesto de que no actúe por ambas partes, por aplicación de lo establecido en el precepto que comentamos y en el art. 90.3º. CPC.

454 Por último, dándose el supuesto de hecho que impide la actuación de un defensor común, el juez intimará a los imputados a que designen nuevos defensores o les nombrará, a través de la Procuraduría General de la República, los defensores públicos que sean precisos.

112

DEFENSOR CON PODER ESPECIAL

En la causa por hechos punibles sancionados sólo con pena no privativa de libertad o en los delitos de acción privada, el imputado podrá hacerse representar para todo efecto por un defensor con poder especial, quien lo sustituirá en todos los actos, salvo que el tribunal estime que para un acto en particular sea imprescindible su presencia.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 28 (delitos de acción privada), 400 (acusación por delito de acción privada)

II. COMENTARIO

El imputado tiene el deber de comparecer ante la PNC, la FGR, y el juez y tribunal que conozcan del proceso. El incumplimiento del deber de comparecencia está sancionado con la detención, como lo reflejan los arts. 85 (poder coercitivo de los fiscales), 91 (rebeldía), 126 (poder coercitivo general del juez o tribunal), 239 (función de la policía de investigación), 286 (citación o detención del imputado), 289 (detención administrativa FGR) y arts. 325 y 326, inciso 2º (movilidad del imputado durante las audiencias), CPP.

La presencia del imputado es, por tanto, en principio, uno de los requisitos inexcusables de la realización de determinados actos procesales. Ahora bien, como excepción, no se requiere la misma en el *procedimiento por delito de acción privada* (art. 400) ni el procedimiento común por *delitos sancionados solo con pena no privativa de libertad*, salvo que el juez estime en ambos casos que es imprescindible su presencia para un acto en particular (art. 112 CPP). Será indispensable, no obstante, para la realización del acto, que el imputado haya otorgado un poder especial de representación a un Abogado de la República.

Podemos plantearnos si puede actuar como apoderado especial un defensor público, siendo afirmativa la respuesta, cuando el imputado acusado por alguno de los delitos a que se refiere el precepto carezca de bienes suficientes para contratar a un abogado. En caso contrario, se produciría una discriminación injustificada entre imputados, en razón de un diferente nivel de renta.

455

Además de los anteriores supuestos, la presencia del imputado tampoco será necesaria:

- 1) En la *audiencia inicial*, que puede celebrarse sin que esté presente el imputado, por encontrarse en rebeldía o existir un obstáculo insuperable, siempre que hubiese nombrado defensor y se encuentre éste presente. Si no lo hubiese nombrado, no se celebrará la audiencia y el juez de paz decidirá lo procedente a la vista del requerimiento fiscal, pudiendo, en consecuencia, entre otras posibilidades, decretar la instrucción, si así lo requiere el fiscal o lo solicita el querellante.
- 2) En el *juzgamiento por faltas*, cuyo juicio no se paralizará a pesar de que el imputado no comparezca (art. 394) ni esté representado por un mandatario;
- 3) En el *juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad*, donde está previsto que la presencia del imputado incapaz sea suplida por un representante (398.1 y 3).

- 4) En la práctica de la *prueba anticipada*, el imputado, aunque se encuentre detenido, tendrá derecho a asistir o a ser representado, a todos los efectos, por su defensor, debiendo ambos ser convocados (art. 271), pero si por la naturaleza o urgencia del acto la citación anticipada hace temer la pérdida de elementos de prueba, excepcionalmente, el juez lo practicará únicamente con la citación del fiscal y de un defensor público; y
- 5) En *determinadas audiencias*, el imputado será convocado, pero no tendrá obligación de comparecer, como se prevé, por ejemplo, para una audiencia de tanta trascendencia como la relativa a la revisión de las medidas cautelares (art. 307, inciso 2º).

113

DEFENSOR SUSTITUTO

El imputado podrá designar un defensor sustituto para que intervenga sólo en los casos en que el defensor titular tenga un impedimento legítimo.

456

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 107 a 115 (defensores)

II. COMENTARIO

Mientras que el art. 108 prevé la posibilidad de nombrar varios defensores con facultades alternativas de intervención, el art. 113 establece la figura del defensor sustituto, cuya intervención en el proceso vendrá condicionada por la eventualidad de que el defensor titular no pueda asistir ocasionalmente al imputado.

Se requerirá que el defensor titular tenga un impedimento legítimo, que ha de ser alegado y probado sin excesivo formalismo, dependiendo su aceptación judicial de la mayor o menor trascendencia del acto al que va a asistir el sustituto. En cualquier caso, debe solicitarse y valorarse prudencialmente la opinión del imputado sobre la sustitución del defensor.

Con loable previsión, el inciso 2º del art. 114 CPP establece que en casos complejos o prolongados, el Tribunal podrá solicitar a un defensor público sustituto para que asista a todos los actos de la audiencia, pero no intervendrá en ella salvo que se produzca el abandono, debiendo también valorarse las consecuencias de la

sustitución para la plenitud del derecho de defensa, cuyo carácter inviolable establecen la Constitución y el art. 9 CPP.

El sentido o razón de ser del nombramiento de un defensor sustituto radica en la protección del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, al que alude el art. 182 Cn cuando, entre las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, señala la de “vigilar que se administre pronta y cumplida justicia”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) mencionan también el derecho de toda persona “a ser juzgada sin dilaciones indebidas” (art. 14.3.c. del PIDCP) o, lo que es lo mismo, el derecho a ser enjuiciada “dentro de un plazo razonable” (art. 8.1 CADH).

114

ABANDONO

Si el defensor del imputado abandona la defensa y deja a su cliente sin abogado, se procederá a su inmediata sustitución por el defensor público previa petición al Procurador General de la República, y aquél no será nombrado de nuevo en el procedimiento. Si el abandono ocurre durante la vista pública, el nuevo defensor podrá solicitar la suspensión de la audiencia por un máximo de cinco días. La vista pública no se suspenderá otra vez por la misma causa.

457

En casos complejos o prolongados, el tribunal podrá solicitar a un defensor público sustituto para que asista a todos los actos de la audiencia, pero no intervendrá en ella salvo que se produzca el abandono.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 9 (inviolabilidad de la defensa), 10, 107 y 110 (nombramiento de defensor), 109 (obligatoriedad), 113 (defensor técnico), 115 (sanciones), 333.4 (suspensión del juicio oral).

II. COMENTARIO

Mientras que el art. 109 regula la renuncia al cargo por parte del defensor privado, el art. 114 trata del abandono de la defensa sin causa justificada. La renuncia requiere la formulación de un escrito del defensor que desee renunciar poniendo de manifiesto, con la debida acreditación, si fuese necesario, los motivos de la renuncia y la posterior decisión jurisdiccional admitiendo la misma por considerar que la excusa es atendible. El abandono, por el contrario, se efectúa unilateralmente por el defensor sin trámite

alguno y como hecho consumado, por lo que es expresión de una clara irresponsabilidad profesional y debe dar lugar a la correspondiente sanción (art. 115), que incluye, según el precepto que comentamos, la prohibición de que el defensor que ha abandonado la defensa vuelva a actuar como tal en el mismo procedimiento, incluyendo los actos de impugnación contra la sentencia y la ejecución, en su caso, de la misma.

El efecto, tanto de la renuncia como del abandono, es la inmediata solicitud a la Procuraduría General de la República para que designe un defensor público, si bien dicha designación no puede impedir que el imputado nombre posteriormente otro abogado de su confianza, según se infiere del inciso 2º. del art. 110 CPP.

Dada la trascendencia de la vista pública, el precepto establece que será motivo de suspensión de la misma, por una sola vez y por un plazo máximo de cinco días, el abandono del abogado defensor que en la misma estuviese actuando, a petición del nuevo defensor. La limitación establecida (por una sola vez) obedece, una vez más, al intento de evitar el fraude procesal, lo que se infiere del hecho de que si la suspensión es debida a razones de salud (art. 333.4), dicha limitación no existe. Suspendida la audiencia, la misma debe reanudarse, a más tardar, el undécimo día después de la suspensión; en caso contrario, deberá realizarse desde su inicio (art. 334 CPP).

458 La trascendencia procesal de las suspensiones indebidas deriva de la afectación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, aludido en la expresión “*pronta y debida justicia*”, de uso tan frecuente en El Salvador. Sobre el sentido del referido derecho, hacemos algunas consideraciones en el comentario al art. 274 CPP, debiendo efectuarse aquí las dos siguientes reflexiones: La primera, que el abandono del defensor nombrado por el imputado puede obedecer a una táctica obstruccionista de ambos, útil para demorar el proceso y dar lugar, incluso, si el imputado está detenido, a la aplicación del art. 6 CPP (plazo máximo de la detención provisional) y, antes de su derogación por el DL 487/2000, de 18 de julio, a la regla de cómputo establecida en el art. 441-A CPP. La segunda reflexión es que no solo existe un interés digno de protección en el derecho del imputado a que se imparta pronta justicia, sino que hay un evidente interés público en que así sea. Ambos intereses deben, por tanto, ser atendidos, con la adopción de las medidas que el caso requiera por parte de la Fiscalía General de la República y los jueces y tribunales encargados de la instrucción y enjuiciamiento de la causa.

Finalmente, el inciso 2º. del precepto que comentamos admite la posibilidad de que, en los procesos de larga duración o de manifiesta complejidad, el tribunal solicite el nombramiento de un *defensor público sustituto* para que asista a todos los actos de la audiencia, aunque no intervendrá en ella salvo en caso de abandono del defensor nombrado por el imputado. Por otra parte, aunque de la ubicación en el art. 114, referido al abandono, de la previsión sobre el nombramiento de oficio de un defensor sustituto podría entenderse que la intervención del defensor público sustituto lo será para el caso de abandono, no se ve razón alguna para no adoptar la misma solución para el

caso de renuncia del defensor privado o de inasistencia por cualquier motivo tanto del defensor privado como del defensor público. En realidad, la prescripción del inciso 2º. del art. 114 debería estar ubicada en el art. 113, que trata del defensor sustituto. Para terminar, la intervención del defensor sustituto puede tener lugar en cualquier estado del procedimiento y ante cualquier órgano jurisdiccional que lo tenga encomendado.

115

SANCIONES

El incumplimiento injustificado de las obligaciones por parte de los defensores o mandatarios será sancionado por el juez o tribunal con hasta cien días multa, sin perjuicio de las responsabilidades profesionales que determine el tribunal competente.

Previo a imponer la sanción, el juez o tribunal dará audiencia al abogado infractor y de ser necesario, recibirá la prueba de descargo que ofrezca, siguiéndose el trámite señalado para las excepciones de previo y especial pronunciamiento.

El abandono constituirá falta grave y obligará al que incurre en él a pagar las costas de la sustitución, sin perjuicio de las otras sanciones administrativas.

459

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 98 (querellante), 104 (abandono del querellante), 112 (mandatarios), 278 a 280 (excepciones), 284 (recurso), 450 (litigar en forma temeraria o dilatoria)
- Cn, 182.12ª. (atribuciones CSJ), 235 y 245 (responsabilidad de los funcionarios públicos)
- CPC, 86 a 97 (requisitos, impedimentos, obligaciones y prohibiciones de los abogados), 1242 a 1245 (deberes mutuos abogados/jueces)
- CC, 1875 y 1878 (contrato de mandato), 2080 (responsabilidad extracontractual)
- LOJ, 51.3º. (atribución CSJ en materia de sanciones), 115 y 116 (Sección de Investigación Profesional de la CSJ)
- CP, 51 (multa y su cuantificación); 283 a 285, 289, 306, 307, 313, 314 a 316, 339... (delitos de abogados, mandatarios y fiscales)
- LOPGR, 12, núms. 17 y 22; 74

II. COMENTARIO

El artículo establece las facultades sancionadoras de los jueces y tribunales sobre los defensores y mandatarios en razón de su indebida intervención en el proceso, existiendo al respecto una remisión (implícita y explícita) a otras normas del Código Procesal Penal y del Código de Procedimientos Civiles, tanto en lo que se refiere a la tipificación de las infracciones y sanciones como al procedimiento aplicable para su determinación.

Por consiguiente, en un intento de clarificación del precepto, examinaremos las siguientes cuestiones:

a) *Infracciones*

Debe ser *objeto de sanción* el incumplimiento de las obligaciones impuestas a los abogados y mandatarios por el Código Procesal Penal, que, en definitiva, en lo esencial, pueden concretizarse en las siguientes:

- Falta de respeto durante las audiencias, de palabra o de hecho, en forma verbal o escrita, a los jueces, secretarios, fiscales, imputado, testigos o cualquier otra persona que intervenga o se relacione con el proceso. El fundamento de esta infracción se encuentra en el art. 90, numeral 2º. del CPC, que prohíbe a los abogados usar expresiones injuriosas o indecorosas. Si así lo hicieren, antes de imponerles la sanción, se les debe llamar al orden, aunque ha de reconocerse al abogado una amplia libertad de expresión con el fin de no coartar su independencia y la libertad necesaria para el cumplimiento de sus deberes profesionales. Asimismo, el art. 332 CPP, aplicable a todas las audiencias, establece el deber de quienes asistan a las mismas de permanecer respetuosamente y en silencio mientras no estén autorizados para exponer o responder a las preguntas que se les formulen. Tampoco podrán llevar armas u otros objetos que puedan ofender o incomodar, ni adoptar un comportamiento intimidatorio, provocativo, ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo sus opiniones o sentimientos.
- Falta de comparecencia sin justa causa ante el juez o tribunal (audiencias, prueba anticipada, declaración indagatoria, audiencias especiales, etc.), siempre que hayan sido citados en forma. El art. 146 CPP se refiere a las notificaciones a defensores o mandatarios, de cuya correcta realización depende la existencia o no de la infracción. Las obligaciones profesionales de defensores y mandatarios se encuentran establecidas en numerosos preceptos del Código, tales como, por lo que se refiere a los defensores, los arts. 254, 259, 316, 319 y 325 CPP, entre otros, que respectivamente imponen

al defensor las obligaciones de asistir a la audiencia inicial, a la declaración indagatoria, de formular escrito de defensa previo a la audiencia preliminar, de asistir a esta última, así como a la vista pública o juicio plenario, que se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes.

- Abandono de la defensa o representación, debiendo considerarse como tal la no comparecencia antes de la aceptación judicial de la renuncia al cargo, salvo imposibilidad material de hacerlo (art. 114 y 325 CPP).
- Abandono del querellante debido a la falta de acusación, falta de ofrecimiento de prueba para fundar la misma, inasistencia a la audiencia preliminar o a la vista pública sin justa causa y ausencia de las mismas sin autorización del tribunal (art. 104 CPP).
- Litigar en forma temeraria o realizar trámites manifiestamente dilatorios (art. 450 CPP).

b) *Sujetos infractores*

Dado que el art. 115 solo menciona a los defensores y mandatarios, no será posible, en aplicación del mismo, sancionar a los fiscales (con la excepción de lo dispuesto en el art. 450), testigos, peritos, asistentes de las partes, consultores técnicos y demás personas que concurran a las audiencias. Se trata de una laguna legal que no admite la analogía y que debería ser objeto de rectificación legal.

461

Los sujetos sancionables son en consecuencia los defensores y los mandatarios, por lo que pueden ser objeto de sanción tanto los defensores privados como los defensores públicos, así como los mandatarios o representantes legales del imputado, entre los que se encuentran el representante del querellante (art. 98), los mandatarios del acusador y del imputado por delito de acción privada (art. 112 y 404.1 CPP), el mandatario del imputado por delitos sancionados con pena no privativa de libertad (art. 112), el representante del incapaz (art. 398.1), etc.

c) *Sanciones*

La sanción prevista para los defensores y mandatarios que incumplan sus obligaciones profesionales será la de *multa de hasta cien días*, cuyo importe diario se fijará conforme las condiciones personales, a la capacidad de pago y a la renta potencial del condenado al momento de la sanción. El día multa importará como mínimo una tercera parte del menor salario diario vigente en el lugar al tiempo de la sentencia y como máximo cinco veces dicho salario (art. 51 CP).

Una vez determinado el valor de cada día multa, se deberá tener en cuenta para establecer el número de días de multa la gravedad, antecedentes y circunstancias del hecho a sancionar, todo ello conforma al principio de proporcionalidad que debe presidir la actuación correctora del tribunal.

En caso de abandono de la defensa (art. 109), se sancionará a quien incurra en él a pagar las *costas de la sustitución*, sanción que como luego veremos será compatible con otros tipos de responsabilidades. Si se trata del abandono del querellante (abogado que formula la querrela), que equivaldrá al abandono de la querrela, deberá imponerse la condena al pago de las costas propias, sin perjuicio de la decisión general sobre costas que dicte el tribunal al finalizar el procedimiento (art. 105 y 447).

El art. 450, por último, señala que los fiscales, los defensores y los mandatarios que intervengan en el procedimiento podrán ser condenados en costas en forma autónoma, en caso de que litiguen en forma temeraria o realicen trámites manifiestamente dilatorios.

d) *Procedimiento sancionador*

462 Será el previsto para el planteamiento y resolución de las excepciones de previo y especial pronunciamiento (arts. 278 a 280 CPP), con específica garantía de los derechos de audiencia y prueba por parte del presunto infractor.

Por consiguiente, si la persona objeto de corrección está presente en la audiencia y la supuesta infracción no requiere prueba (falta de respeto, por ejemplo), el juez o tribunal hará saber al sancionable el hecho que motiva la corrección, dándole la posibilidad de que formule alegaciones verbales. Acto seguido, se adoptará de palabra el correspondiente acuerdo, con expresión de los posibles recursos, debiendo el secretario hacer constar en acta el hecho objeto de corrección, las alegaciones del infractor, el acuerdo sancionador, en su caso, y la declaración de voluntad del sancionador de recurrir o no la decisión.

En el supuesto de que sea necesaria la práctica de prueba (abandono de la defensa, falta de comparecencia...), habrá que promover un incidente que tendrá la siguiente tramitación: a) *Incoación* de oficio mediante decreto judicial o comparecencia personal del abogado o mandatario, a quienes se hará saber el hecho susceptible de sanción y su derecho a formular alegaciones y presentar prueba; b) *Formulación* de alegaciones y ofrecimiento de prueba; c) *Resolución del incidente* en el término de tres días, *si no hubo ofrecimiento* de prueba; y d) *Convocatoria a una audiencia*, *si hubo ofrecimiento*, en la que se recibirá prueba, debiendo dictarse *resolución* dentro de los tres días.

En cualquier caso, la imposición de una sanción no suspenderá el curso de las actuaciones, por lo que deberá independizarse el incidente de la tramitación de la causa principal.

e) *Recursos*

El precepto no establece recurso alguno contra la resolución sancionadora, pero al remitir al procedimiento de las excepciones de previo y especial pronunciamiento podemos considerar que el acuerdo que imponga la sanción podrá ser objeto de recurso de revocatoria (art. 414) y de apelación (art. 284), que podrá interponerse con el de revocatoria de forma subsidiaria (art. 416).

f) *Otras responsabilidades*

Independientemente de la responsabilidad de defensores y mandatarios que establece el art. 115, aquellos pueden incurrir en otras responsabilidades de carácter penal, civil y administrativo, cuyo marco legal básico es como sigue:

- 1) *La responsabilidad penal* por el ejercicio profesional procederá, entre otros, en los casos de fraude procesal (art. 306 CP), soborno (art. 307 CP), desobediencia a mandato judicial (art. 313 CP), patrocinio infiel (art. 314 CP), simulación de influencia (art. 315 CP), destrucción, inutilización u ocultamiento de documentos o actuaciones recibidos por abogados, defensores públicos, fiscales o mandatarios en razón de su intervención en el proceso (art. 316 CP), desacato (art. 339 CP), falsedades (arts. 283, 284 y 285 CP) y ejercicio ilegal de profesión (art. 289 CP).

En concreto, el inciso 2º. del art. 313 CPP modificado por DL 486/2001, de 18 de julio, considera también desobediencia a mandato judicial la incomparecencia sin justa causa de alguna de las partes debidamente citadas para la práctica de la prueba anticipada regulada en el art. 270 CPP, sancionando a los infractores con la pena de prisión de dos a cuatro años. Si fueren funcionarios o empleados públicos, se les sancionará además con la pena de inhabilitación del cargo durante el mismo tiempo.

Cuando el juez o tribunal observen cualquier conducta del abogado o mandatario presuntamente delictiva, deberán dar cuenta de la misma a la FGR para que formule el correspondiente requerimiento fiscal. En el caso concreto del desacato, el órgano jurisdiccional deberá valorar si los hechos en cuestión merecen solo una sanción del tribunal conforme al art. 115 CPP o por el contrario procede la incoacción de un proceso penal por presunto delito.

- 2) *La responsabilidad civil* podrá derivarse del incumplimiento del contrato de mandato (arts. 1875 y ss. CC) que rige las relaciones entre los abogados

privados y mandatarios y sus clientes, dado que, como señala el art. 1878 CC, los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato.

Los defensores públicos también pueden ser objeto de una pretensión indemnizatoria en vía civil, por causa de responsabilidad extracontractual, cuya base legal no es solo el art. 2080 CC, que así la establece, sino los arts. 235 y 245 de la Constitución, que imponen la responsabilidad personal de los funcionarios públicos y subsidiaria del Estado por los daños materiales y morales que causen por su actuación.

- 3) Por último, *la responsabilidad administrativa* es exigible, con carácter general, por la Corte Suprema de Justicia (art. 182.12ª. Cn y 51.3 LOJ), a todos los abogados de la República y, con carácter especial, por la Procuraduría General de la República, a los defensores públicos, habida cuenta de su condición de funcionarios públicos.

La CSJ, establece el art. 182.12ª. Cn, puede suspender a los abogados por incumplimiento de sus obligaciones profesionales, por negligencia o ignorancia graves, por mala conducta profesional, o por conducta privada notoriamente inmoral; inhabilitarlos por venalidad, cohecho, fraude, falsedad y otro motivos que establezca la ley y rehabilitarlos por causa legal.

464

Respecto a los defensores públicos, los arts. 80 a 82 de la parcialmente derogada LOMP (respecto a la PGR) otorgaba al Procurador General de la República las facultades de suspensión o destitución según la gravedad del caso, por los siguientes motivos: abuso malicioso de su cargo, negligencia o ignorancia inexcusable, percepción de honorarios o dádivas por razón de las funciones propias de sus casos, ineptitud, mala conducta, o cualquier otra causa que vaya en detrimento de las funciones de la PGR. La nueva LOPGR (DL 212/2000, de 7 de diciembre), establece determinadas obligaciones a los defensores públicos (idoneidad, moralidad, gratuidad, incompatibilidad con el ejercicio de la abogacía...), pero remite a un Reglamento Interno de Trabajo la determinación de los derechos, obligaciones y acciones disciplinarias de los funcionarios y empleados públicos de la Procuraduría (art. 74).

Para acordar las sanciones más graves (suspensión e inhabilitación) bastará, según expresión utilizada por el art. 182.12ª. Cn, *robustez moral de prueba*, concepto que expresa la idea de que la indignidad o ineptitud del abogado para el ejercicio de su profesión deberá ser notoria, aunque no exista prueba material incontrovertible.

Las responsabilidades reseñadas son, en principio, compatibles entre sí, ya que, salvo en algún caso particular merecedor de un tratamiento especial por razones de justicia y equidad, no existe identidad de fundamento o de razón de ser entre los diversos tipos de sanciones imponibles a los defensores y mandatarios por el incumplimiento de sus obligaciones profesionales.

La cuestión es clara respecto a la responsabilidad penal y civil, estableciendo, al respecto, el art. 80 LOMP, que la responsabilidad administrativa es sin perjuicio de la responsabilidad penal; y el propio inciso 1º. del art. 115 (in fine) que las sanciones pecuniarias previstas en el mismo (hasta cien días multa y pago de las costas de la sustitución) pueden imponerse *“sin perjuicio de las responsabilidades profesionales que determina el tribunal competente”*.

La misma compatibilidad existe entre las *sanciones estrictamente procesales*, con las que se pretende la buena marcha del proceso, y *las sanciones administrativas por incumplimiento de las obligaciones profesionales o funcionariales*, según se trate de defensores privados o defensores públicos, cuya competencia como sabemos la tiene atribuida, respectivamente, la Corte Suprema de Justicia y el Procurador General de la República. Así, en relación con el abandono de la defensa, se prevé la condena a las costas de sustitución, *“sin perjuicio de otras sanciones administrativas”* (final del inciso 3º.). Debe considerarse, en definitiva, que no hay afectación del principio *nom bis idem*, porque existe, en el caso de los defensores públicos, una relación funcional de sujeción especial, y un fundamento similar respecto a quienes como abogados han de someterse a las normas reguladoras de la profesión.

CAPÍTULO VI

AUXILIARES DE LAS PARTES

116

ASISTENTES NO LETRADOS

Si las partes pretenden valerse de asistentes no letrados para que colaboren en su tarea, darán a conocer su nombre, expresando que asumen la responsabilidad por su elección y vigilancia. Ellos sólo cumplirán tareas accesorias y no podrán sustituir a las personas a quienes asisten en los actos propios de su función. Se permitirá que los asistan en las audiencias, sin intervenir en ellas.

Esta norma regirá también para la participación de los estudiantes que realizan su práctica jurídica.

466

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 241, final, y 245 (auxiliares de la policía de investigación), 243-A (auxiliares del FGR y PGR), 274 (plazo de instrucción)

II. COMENTARIO

Por auxiliares de las partes no solo hay que considerar a los asistentes no letrados y a los consultores técnicos, sino que también pueden considerarse auxiliares del Fiscal los agentes de la PNC que, bajo su dependencia funcional, dirigen la investigación del delito. A ellos se refiere, por ejemplo, el art. 274 CPP cuando establece que el juez de instrucción debe procurar que la misma esté completa antes de la audiencia preliminar, a cuyo efecto urgirá la actuación de todas las partes y *auxiliares*. Asimismo, el art. 241, último inciso, utiliza el concepto de auxiliares de la policía de investigación (oficiales y agentes).

Por su parte, la LOMP y el art. 453-A CPP se refieren a los Auxiliares del FGR y del PGR, es decir, a los fiscales y defensores públicos que, en nombre y representación de aquellos, tienen asignada la acusación y defensa en un caso concreto.

Figuras distintas a las anteriores, son los asistentes letrados y los consultores técnicos mencionados en los arts. 116 y 117 del Código, a quienes se consideran indebidamente sujetos procesales, dada la ubicación del capítulo VI que los regula

dentro del título III, del libro I, del Código, referido a aquellos. Tampoco son, obviamente, partes procesales, sino auxiliares de las mismas, como se afirma textualmente en los arts. 116 y 117 CPP.

En concreto, el art. 116 regula el derecho de las partes a disponer de asistentes no letrados, la forma de su nombramiento, la responsabilidad por su elección y la naturaleza de las funciones que tienen encomendadas.

Respecto a la facultad de nombramiento, la tiene tanto la parte acusadora (fiscal, querellante) como la defensa, quienes al hacer la designación harán expresa reserva de que aceptan la responsabilidad por su elección y vigilancia, responsabilidad que solo puede tener carácter civil (art. 2071 CC), ya que la de carácter penal y disciplinaria es estrictamente personal, según principio básico del Derecho penal (art. 4), aplicable por analogía al derecho administrativo sancionador.

El trámite para su nombramiento se reduce a la comunicación fehaciente al juzgado, por parte de quien hace el nombramiento (fiscal, abogado), de la identidad (nombre, apellidos, domicilio, No. de documento de identidad) del asistente, haciendo expresa reserva de que asume la responsabilidad por los daños y perjuicios que pueda causar. El nombramiento puede hacerse compareciendo la parte que lo efectúa en el juzgado o tribunal ante el secretario o aportando el correspondiente poder notarial.

467

Las funciones que puede realizar el asistente son de índole accesoria, estándoles prohibido realizar actos personalísimos de las partes procesales (firmar escritos, intervenir activamente en las audiencias, etc.), que serán nulos de pleno derecho si así ocurriese. Pueden, no obstante, asistir a las audiencias, sin derecho a intervenir en ellas, y efectuar tareas de carácter secundario: tomar notas, buscar referencias legales o doctrinales para el fiscal o el abogado, recordarles en privado algún detalle relevante,... Independientemente de lo anterior, la figura de los asistentes no letrados sirve para la realización de prácticas jurídicas por los estudiantes de derecho, a quienes se les ha prohibido la intervención como fiscales y defensores con el nuevo Código. En efecto, en cuanto a la defensa técnica, mientras el art. 12 Cn y los tratados internacionales sobre la materia utilizan el término “defensor”, el art. 10 CPP, en su inciso 1º., emplea el de “abogado”, por lo que, cumplido (el 28.10.2000) el plazo de dos años previsto en el art. 435-ACPP, han quedado derogados los arts. 14 y 83, inciso 2º., LOMP, que permitían el ejercicio de la acusación y defensa a Auxiliares de la FGR y de la PGR que no fuesen abogados. En su momento, el ejercicio de aquellas funciones por estudiantes de derecho e incluso por quienes no lo eran fue declarada constitucional en la Sentencia de 6-VI-95, HC 21-R-94, referida a un caso anterior a la entrada en vigor del CPP, donde se manifestaba que “no existe violación al derecho de defensa garantizado en el artículo 12 de la Constitución, por el hecho que el imputado sea asistido por un estudiante de derecho, en calidad de defensor de oficio, pues tal es el desarrollo que actualmente

realiza la ley secundaria de dicha garantía, lo cual no obsta para que, al variar la ley en su contenido, se le atribuya otros caracteres a la defensa técnica”.

117

CONSULTORES TÉCNICOS

Si por las particularidades del caso, alguna de las partes considera necesario ser asistida por un consultor en una ciencia, arte o técnica, lo propondrá al juez o tribunal, quien lo designará según las reglas aplicables a los peritos, en lo pertinente, sin que por ello asuman tal carácter.

El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales, hacer observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen y se dejará constancia de sus observaciones. En las audiencias podrán acompañar a la parte con quien colaboran y auxiliarla en los actos propios de su función. (2)

I. CONCORDANCIAS

468

- CPP, 9 (derechos del imputado), 201 (proposición), 204 y 206 (intervención en peritaje)

II. COMENTARIO

La razón de ser de los consultores técnicos se explicita en el denominado Código Procesal Penal -Modelo para Iberoamérica-, inspirador de la figura, donde de forma un tanto enrevesada se afirma que los consultores técnicos son “auxiliares de los intervinientes en el procedimiento, en reemplazo de los llamados “peritos de parte” y con una labor sustancialmente diferente a aquella que, hasta el momento, se les reconocía a estos últimos. Se persigue con ello adecuar la institución de los llamados “peritos de parte” a su verdadera función, la de colaboradores de la defensa de un interés, y, por tanto, evitar la tarea discutible y penosa de intentar conciliar el interés de aquél a quien responden con el dictamen pericial; ahora representan, inequívocamente, un interés y, por ello, obran sólo asesorando al titular de ese interés sobre cuestiones referentes a su conocimiento específico, para la mejor defensa de ese interés”.

En otras palabras, los consultores técnicos son expertos o peritos en el sentido usual de la expresión (especialistas en alguna ciencia, arte o técnica), pero no así en sentido procesal (perito procesal), porque la actividad en el proceso de los consultores técnicos no constituye en modo alguno una pericia *stricto sensu*. Aunque el Código se remita para su regulación a las reglas aplicables a los peritos, *en lo pertinente*, son

sumamente escasas las que a la postre resultan de aplicación. En efecto, los consultores técnicos no están sometidos al mismo régimen de incapacidades e incompatibilidades que los peritos (art. 198 CPP), salvo con alguna excepción (incapacidad mental e inhabilitación profesional), ni se ven afectados por los motivos de impedimentos que establece el art. 73 CPP para aquellos. Tampoco están obligados a aceptar el cargo ni a desempeñarlo fielmente en interés de la justicia (imparcialidad), razón por la cual no tienen que prestar juramento o promesa de cumplir fielmente las obligaciones de su cargo.

Los consultores técnicos no son, en consecuencia, peritos procesales, por no estar sometidos como aquellos al deber de imparcialidad ni a la totalidad de las obligaciones y derechos que configuran el estatuto jurídico del perito.

El consultor técnico, expresa el art. 117 CPP, “podrá presenciar las operaciones periciales, hacer observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen, y se dejará constancia de sus observaciones. En las audiencias podrán acompañar a la parte con quien colaboran y auxiliarla en los actos propios de su función, siempre bajo la dirección de la parte a la que asisten”. Los arts. 201 y 204 CPP reiteran la activa participación de los consultores técnicos en la ejecución de la pericia.

La modificación del art. 117, inciso 2º, llevada a cabo por D.L. No. 418 de 24 de septiembre de 1998, eliminó la facultad del consultor técnico en las audiencias de “interrogar directamente a los peritos, traductores o intérpretes y concluir sobre la prueba pericial...” Por olvido, en aquella ocasión, no se modificó el art. 346, lo que tuvo lugar por D.L. No. 665, de 22 de julio de 1999, que reitera la referida prohibición.

469

La función del consultor técnico es, por otra parte, similar a la del perito: suplir las carencias en conocimientos especiales de las partes procesales, pero el consultor técnico es un auxiliar directo de estas, por lo que carece del deber de imparcialidad, mientras que el perito lo es del juez, estando sometido a la misma imparcialidad que se le exige al juez.

Por último, la ley procesal impone una limitación al número de consultores técnicos: cada parte “solo puede ser asistida por un consultor en una ciencia, arte o técnica” (art. 117). Dicha limitación debe interpretarse en el sentido de que cuando en un mismo proceso se realizan diversas pericias por especialistas en distintas ramas del saber (ciencia) o del hacer (arte o técnica), cada una de ellas puede provocar el nombramiento de consultores diferenciados, por lo que es posible que en un proceso existan varios consultores de parte.

TÍTULO IV

ACTOS PROCESALES

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

118

IDIOMA

En todos los actos procesales se usará el idioma castellano, bajo pena de nulidad, salvo los términos técnicos de uso corriente que no tengan equivalente.

I. CONCORDANCIAS

470

- CPP, 223 a 225 (declaración, causas y efectos de las nulidades absolutas); 226 a 228 (oportunidad, efectos y subsanación de las nulidades relativas); 11 (derecho a un intérprete); 329 (oralidad en el plenario, intérpretes o expresión por escrito)
- Cn, 62 (idioma oficial de El Salvador); 181 (gratuidad de la administración de justicia)
- LPF, 22 (idioma que ha de emplearse en todos los actos procesales)

II. COMENTARIO

A) El idioma oficial

El artículo 62 de la Constitución dispone “El idioma oficial de El Salvador es el castellano. El gobierno está obligado a velar por su conservación y enseñanza.

Las lenguas autóctonas que se hablan en el territorio nacional forman parte del patrimonio cultural y serán objeto de preservación, difusión y respeto”.

Lógica consecuencia de esta declaración es la utilización exclusiva del castellano en la realización de actos procesales sobre cuyo marcado carácter público no es necesario insistir ahora, siendo así que la lengua o idioma es una de las cuestiones que se estudian dentro del marco de la forma de los actos procesales, junto a la eficacia del

tiempo en los mismos, y la publicidad, interna y externa, como principio general que permite el control social del proceso.

Siguiendo al Tribunal Constitucional español puede decirse que una lengua es oficial, puesto que tal es la expresión que utiliza el legislador, cuando la misma se halla reconocida por los poderes públicos como medio de comunicación en ellos y entre ellos, así como con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos (SSTC 46/1991, 337/1994, de 23 de diciembre).

La oficialidad conlleva el que sea en ese idioma en el que deban realizarse todas las actuaciones judiciales, tanto orales como escritas, y tanto las que provienen de las partes como las propias del órgano judicial, operando además el concepto de forma excluyente o negativa desde el momento en que se impone que sólo la lengua acogida como oficial por los poderes públicos pueda ser la utilizada, descartándose la utilización de otras lenguas que pudieran coexistir con el castellano y que, en el caso de El Salvador, se incluyen dentro del patrimonio cultural del país como merecedoras de “preservación, difusión, y respeto”, pero sin que puedan desarrollarse en las mismas actos procesales con validez; todo ello partiendo sin duda el legislador de que el castellano es la lengua que todos conocen en el territorio nacional.

La consecuencia de la utilización en la realización de actos procesales de un idioma que no sea el castellano se sanciona en la norma que comentamos con la nulidad, estándose ante la falta de formalidad de un acto y por tanto dentro del ámbito de las nulidades relativas tal y como las concibe la ley, debiendo añadirse, a mi juicio y por un criterio de proporcionalidad entre la falta y la sanción, y de economía procesal, a las posibilidades de subsanación que con carácter general se reconocen en el artículo 228, la más evidente como sería la adecuada traducción del acto así realizado a fin de que pudiera cumplir sus efectos sin detrimento de las posibilidades de defensa de las partes procesales.

471

Únicamente excepciona la ley de la manifestación en castellano a aquellos términos técnicos de uso corriente y que carezcan de traducción, siendo evidente la extensión imparable de palabras importadas, fundamentalmente del inglés, y que en determinados ámbitos de actividad, como el informático, se han universalizado en forma que hace frecuente e inevitable su utilización normalizada.

B) La necesidad del intérprete

Hemos visto anteriormente cómo la ley establece la nulidad de los actos realizados en idioma que no sea el castellano; pero en derecho penal no cabe duda de que existen en conflicto valores superiores que harán que ello sólo pueda entenderse para la aportación de documentos escritos que no cumplan las formalidades legales, pues

siempre será necesaria la adecuada traducción que permita una completa instrucción o la defensa de los derechos del imputado.

En los actos realizados bajo el principio de la oralidad, esencial en el proceso penal, es necesario garantizar la asistencia de un intérprete a quien no conoce el idioma castellano, y así lo expresa el artículo 11 del Código Procesal que comentamos.

“El imputado que no comprenda correctamente el idioma castellano tendrá derecho a elegir un traductor o intérprete de su confianza para que lo asista como auxiliar, en todos los actos necesarios para su defensa. Cuando no haga uso de ese derecho, se designará de oficio un traductor o intérprete dentro del mismo plazo establecido en el artículo anterior” (doce horas siguientes a la solicitud).

La previsión se contiene también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14 n° 3. F, y en la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8, n° 2. A, y es común a todos los ordenamientos jurídicos, pues no puede defenderse quien no puede entender el idioma de quienes lo detienen o juzgan.

También contempla esta previsión el artículo 329 relativo a la audiencia del juicio plenario, ya que tras declararse que la misma será oral se establece que:

472

“Quienes no puedan hablar o no puedan hacerlo de manera inteligible en el idioma oficial, formularán sus preguntas o contestaciones por escrito o por medio de intérpretes, leyéndose o traduciéndose las preguntas o las contestaciones.

El imputado sordo o que no pueda entender el idioma oficial, será auxiliado por un intérprete para que se le transmita el contenido de los actos de audiencia”.

Lo que no establece la ley es quienes pueden ser intérpretes a los fines antes expresados, si se requiere o no alguna titulación o habilitación por parte del Estado, o si es suficiente que se acredite un conocimiento suficiente del idioma que ha de ser traducido.

Tampoco se hace constar quien ha de sufragar los gastos que la intervención del intérprete provoquen, aunque del tenor del artículo 11 CPP resulta que el nombramiento del intérprete puede responder a la libre decisión del imputado, y sólo si no se designa uno de propia elección se procederá al nombramiento de oficio por parte del juez o tribunal, debiendo entenderse que a través de las costas puedan reclamarse sus honorarios a la parte que resulte condenada, y que si no existen bienes para ello deberán sufragarse por el Estado en cumplimiento del principio de gratuidad de la administración de justicia que establece el artículo 181 de la Constitución.

119

FECHA Y FIRMA

Salvo previsiones especiales, el acto será nulo si falta la firma del funcionario actuante o la del secretario o testigo de actuación.

Se fechará un acto con el lugar, hora, día, mes y año en que se cumpla.

Si falta la fecha el acto será nulo, pero ésta sólo podrá ser declarada cuando aquélla, en virtud de los elementos del acto o de otros conexos, no se pueda establecer con certeza.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 223 a 225 (declaración, causas y efectos de las nulidades absolutas); 226 a 228 (oportunidad, efectos y subsanación de las nulidades relativas); 131 (firma de sentencias y autos)

II. COMENTARIO

473

A) La firma

Dentro de los requisitos de forma que han de cumplir los actos procesales para que puedan considerarse válidos y desplegar todos sus efectos, además de que los mismos se realicen en idioma castellano, expresa la ley en este artículo la necesidad de que se firmen por quien actúe en el mismo o lo realice, y se fechen debidamente.

En ambos se trata de cumplimentar el acto de manera que no pueda inducir a error ni sobre su autenticidad, relativa a la persona que lo realiza, ni en cuanto al momento en que se produce, por un obvio principio de seguridad jurídica.

Respecto de la firma se refiere la ley a la del funcionario actuante, o Secretario, o testigo de actuación, por lo que parece dirigirse la norma a la realización de actos derivados del órgano judicial, y no a los actos propiamente de parte que, no obstante, también devenir adecuadamente suscritos por quien los presente con capacidad para ello y con la postulación que a través de la asistencia o representación exija el proceso para el concreto acto realizado.

La ausencia de firma se sanciona en la ley con la nulidad “salvo previsiones especiales”, nulidad que no es de las incluidas entre las del artículo 224 en que se reseñan las causas de nulidad absoluta, sino que debe entenderse referida dentro del

artículo 226 sobre las nulidades relativas, con los importantes efectos que se derivan de ello, muy especialmente las posibilidades de subsanación del artículo 228; en todo caso debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 223 no procederá 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...”. Y ello porque no debe olvidarse que la nulidad es el remedio extremo en el que debe siempre valorarse con criterios de proporcionalidad la gravedad de la infracción cometida en relación con la real afectación de los derechos de las partes.

En cualquier caso es la firma por el funcionario interviniente la que da fehaciencia del acto realizado, garantizando a las partes la debida tramitación y responsabilizando al interviniente, principio de responsabilidad consustancial a la labor judicial, del contenido del acto y de cuantas circunstancias se reseñan en el mismo.

B) La fecha

Semejantes consideraciones a las anteriormente realizadas son también aplicables a la necesidad de establecer con precisión la fecha y lugar en que se produce el acto procesal, mediante la constancia del lugar, hora, día, mes y año en que se cumple, expresión por tanto muy minuciosa pues incluye la hora como máxima determinación temporal.

474

La sanción asimismo establecida por el incumplimiento de esta obligación de fechar adecuadamente el acto es también la de la declaración de nulidad del mismo, estándose también ante una nulidad relativa que incluso expresa el propio artículo 119 al supeditar la misma a que la fecha “...en virtud de los elementos del acto o de otros conexos, no se pueda establecer con certeza”..., de modo que si puede saberse cual sea la fecha omitida deberá subsanarse el defecto sin afectación por tanto a la validez del acto así realizado.

Es tal previsión lógica consecuencia del principio general que rige la nulidad de los actos procesales en los términos ya antes aludidos.

Por lo demás la importancia del fechado estricto del acto está relacionada con las consecuencias que ello tiene en los actos de comunicación en su más amplio sentido, pues el proceso otorga posibilidades y cargas que deben hacerse efectivas en ciertos momentos y no en otros, de modo que la determinación de cuándo se produce un cierto acto es relevante para determinar cuándo pueden llevarse a cabo los sucesivos o qué efectos se derivan de su ausencia, todo lo cual atañe a la eficacia del tiempo en el proceso en términos que más adelante se estudiarán.

120

DÍA Y HORA DE CUMPLIMIENTO

Los actos procesales se cumplirán en días y horas hábiles, salvo los de las diligencias iniciales de investigación y los de instrucción. Para continuar las audiencias sin dilaciones perjudiciales, por el Juez o Tribunal habilitará los días y horas que estime necesario.

I. CONCORDANCIAS

- CC, 46 a 49 (cómputo de los plazos por días, meses, o años)
- CF, 24 (plazos de los actos procesales), 26 (habilitación de días y horas)
- CPC, 212 (el día de la notificación no se cuenta para los emplazamientos)
- CPP, 155 a 161 (términos y cómputo de los plazos); 238 a 244 (diligencias iniciales de investigación); 265 a 276 (sobre la instrucción)

II. COMENTARIO

La doctrina tradicional sobre el estudio de la eficacia del tiempo en el proceso tiene en cuenta el factor temporal desde una doble perspectiva que atiende, de un lado, al tiempo concebido como momento en que deben realizarse los actos procesales, y de otro, a los efectos que en el proceso produce el paso del tiempo toda vez que aquel se estructura en una serie de trámites temporalmente organizados.

475

Dentro de las disposiciones generales de los actos procesales se contiene esta previsión que atiende al primero de los criterios antes anunciado pues lo que viene a decirse es cuando han de cumplirse los actos procesales en el ámbito penal, con una regla general, una salvedad, y una posibilidad de excepcionar la regla general.

A) La regla general

Con el carácter de regla general se dispone que la realización de los actos procesales habrá de tener lugar en un periodo de tiempo determinado que se define por ser hábil para las actuaciones procesales, es decir, un tiempo establecido por el normal funcionamiento de juzgados y tribunales sometidos, como es lógico, a ciertas jornadas de descanso y a un horario predeterminado.

De este modo tanto los actos de las partes como los actos del propio órgano judicial estarán sometidos a su cumplimiento en el periodo hábil de tiempo, para que puedan tener validez, si bien normalmente no se sanciona el incumplimiento con la

nulidad, sino con la inoperancia del acto ligada a la idea de la preclusión e improrrogabilidad a la que luego haremos referencia.

B) La salvedad

Dada la especialidad del derecho penal, por la entidad de los derechos y libertades que se afectan, y por su propia naturaleza, establece la ley una salvedad al criterio general antes expresado, cual es que el mismo no regirá para los actos consistentes en diligencias iniciales de investigación o de instrucción.

La “ratio legis” de esta salvedad o excepción radica en el hecho de que la actividad delictiva se produce en todo tiempo y que por ello la respuesta investigadora o instructora debe llevarse a cabo en cualquier momento y sin limitación temporal alguna más allá del criterio de quien investigue o instruya. No se trata por tanto de que estos actos no se realicen en tiempo hábil, sino que para este tipo de actuaciones lo que viene a indicarse es que es hábil cualquier día, cualquier hora.

C) La habilitación

476 Prevé también la ley la posibilidad de que pueda el juez habilitar días y horas en principio inhábiles para “continuar las audiencias sin dilaciones perjudiciales”, único supuesto que se expresa como fundamento de la norma y que no podrá por tanto ser ampliado por aplicación del principio de legalidad que rige el proceso.

La habilitación supone que por decisión judicial un tiempo inicialmente hábil se transforme en hábil y por consiguiente sean eficaces los actos realizados en el mismo que no podrán ser impugnados por esta causa.

La razón no es en este supuesto la defensa social ante el delito que no puede detenerse ni depender de plazos en su actuación, como ocurre en la fase de investigación o instrucción, y tampoco se trata, a nuestro juicio, de una mera fórmula de evitar dilaciones, razón de economía procesal que en absoluto puede menospreciarse, sino que se encaja en un intento de dotar al juez de un mecanismo que le permita controlar el tiempo de realización de las audiencias a fin de evitar precisamente que la dilación que se pudiera derivar de la suspensión para su continuación al día o días siguientes pudiera ser “perjudicial”, lo que ha de entenderse como que distorsionase gravemente dicha continuación, o pudiera hacer ilusorio lo acordado, o perturbara a los interesados y, en definitiva supusiera un detrimento a la buena administración de justicia.

No se establecen los requisitos y forma de la referida habilitación.

Ha de entenderse que la misma puede adoptarse de oficio previa constatación por el juez de que se da la razón para ello, aunque ningún impedimento parece existir

para que pueda alguna de las partes solicitarla en cuyo caso deberían ser oídos todos los asistentes a la audiencia sobre este particular antes de resolverse la cuestión, lo cual habrá de tener lugar por medio de auto que deberá estar motivado e indicar con precisión el tiempo a que alcanza la habilitación.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Únicamente debe resaltarse que esta disposición obedece a la diferente naturaleza entre los actos procesales, las diligencias iniciales de investigación y los de instrucción; siempre con el propósito de favorecer la administración de justicia, pero procurando vulnerar por el menor tiempo posible los derechos fundamentales de los procesados. Obviamente, debe procurarse el cumplimiento del principio de concentración de los actos procesales manifestado en la audiencia como tal; debiendo estarse a las reglas de la continuidad de la vista pública o, en su defecto, a su reinicio.

121

JURAMENTO Y PROMESA DE DECIR VERDAD

477

Cuando se requiera la prestación de juramento, el juez, o el presidente del tribunal o el funcionario a cargo del acto, lo recibirán, bajo pena de nulidad, después de instruir a quien ha de prestarlo, de las penas que la ley impone a la falsedad.

Si el declarante se niega a prestar juramento en virtud de sus creencias religiosas o de conciencia, se le exigirá promesa de decir la verdad, advirtiéndole que si falta a ella podrá ser sancionado de acuerdo a las disposiciones del Código Penal. Tomando el juramento o la promesa de decir verdad, el declarante contestará “lo juro” ó “lo prometo”, según sea el caso.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 223 a 225 (declaración, causas y efectos de las nulidades absolutas); 226 a 228 (oportunidad, efectos y subsanación de las nulidades relativas); 191 (forma de la declaración del testigo en proceso penal con necesidad de prestar juramento o promesa); 194 (falso testimonio); 196 (juramento para los peritos); 210 (traductores e intérpretes); 172 (juramento en actos de inspección y reconstrucción); 348 (interrogatorio de los testigos en la vista pública)
- CPC, 300 (obligación de prestar juramento los testigos); 311 (fórmula del juramento o promesa); 312 (advertencia del falso testimonio)
- CP, 305 (delito de falso testimonio)

II. COMENTARIO

Se regula en este precepto, con el carácter general propio de la disposición general en que se contiene, la necesidad u obligación que tienen ciertos intervinientes en el proceso penal, por su especial deber de probidad que les afecta, de decir la verdad sobre aquello que se les pregunte, y el mecanismo que la ley adopta para garantizar el cumplimiento de este deber.

La norma no identifica a quienes se dirige, lo que ha de buscarse en el propio articulado de la ley, siendo así que ésta se refiere en los preceptos expuestos en las concordancias a los testigos, peritos e intérpretes, que son también aquellos a que se refiere el artículo 306 del Código Penal al tipificar el delito de falso testimonio, incluyendo dicho texto también a los asesores.

El deber de declarar diciendo además la verdad no alcanza como se sabe al imputado, a quien no se le puede obligar a declarar conforme al artículo 12 de la Constitución donde se garantiza su derecho a la presunción de inocencia, pudiendo por tanto guardar silencio absteniéndose de declarar sin que de ello se le derive, en principio ningún perjuicio.

478 Por el contrario quienes acuden al proceso convocados como testigos, peritos o traductores, adquieren tanto la obligación de comparecer y declarar o prestar su colaboración en los términos interesados, como el deber de ser veraces en su actuación ante los tribunales.

Concretamente los testigos, personas ajenas al proceso a los que se pide un cierto relato histórico de vivencias percibidas personalmente, serán preguntados sobre extremos que permitan la averiguación de los hechos y de forma que no sea capciosa o sugestiva, es decir que no confunda al testigo, y que no le dirija la respuesta en una cierta dirección o sentido por la forma de su formulación.

Todo ello se refiere con mayor profundidad en los artículos atinentes a la práctica de la prueba testifical pero debe al menos reseñarse aquí, en el ámbito de la disposición general que comentamos y a los fines de centrar adecuadamente la cuestión.

Dentro por tanto del procedimiento común a las declaraciones testificales, y de los demás intervinientes antes aludidos, se establece la obligación para el juez que dirija el acto, de tomar juramento en los casos en que la ley lo dispone, no estableciéndose una fórmula dual abierta entre el juramento y la promesa, sino que del tenor literal del artículo se extrae que siempre se pedirá el juramento y sólo cuando la persona que haya de prestarlo se niegue a ello por motivos religiosos o de conciencia que deberá al menos anunciar, se procederá a solicitarle la promesa de decir verdad.

La ausencia, por el motivo que sea, de la exigencia de la prestación del juramento se sanciona en la ley con la nulidad que, ha de entenderse sólo afectaría al acto, y siempre que no haya sido subsanado, pues en cualquier caso se estaría en presencia de una nulidad relativa con las especialidades propias de las mismas sobre las que ya nos hemos manifestado en otros lugares de estos comentarios.

En verdad la exigencia del juramento o, en su caso, promesa, no deja de ser una garantía meramente formal de la veracidad del testimonio que ha de prestarse, pues lo cierto es que la verdadera garantía se determina por la relevancia penal que, a través del delito de falso testimonio, pudiera tener la manifestación de una falsedad, razón por la cual junto con la toma de juramento o promesa ha de indicarse al interviniente obligado a prestarlo que en caso de no decir la verdad podría incurrir en el referido delito, excepto en los supuesto de excusa que el propio Código Penal contempla ante el llamado “secreto familiar”.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Es necesario resaltar lo relativo al caso del Imputado favorecido con un criterio de oportunidad, generándose discusión en cuanto a si es procedente o no su juramentación a partir de lo dispuesto en los Arts. 87 No. 5, 191, 218 y sigs., 222, 242, 340 Pr.Pn.; ya que el mismo se coloca en la situación de un testigo voluntario, pero es evidentemente un interés en expresar lo que sea más conveniente a su situación dentro del proceso. En este sentido, sin consenso mayoritario contundente, se plantea que no es necesario juramentarlo; ya que específicamente el Art. 219 Pr.Pn. lo excepciona en el caso de aquellos que han de ser careados, y el Art. 222 no. 1 Pr.Pn. establece el aspecto relevante para valorar la veracidad del dicho del procesado (vid. comentarios de los Arts. 20 y 21 Pr.Pn.)

479

122

LUGAR

El juez o tribunal podrá constituirse en cualquier lugar del territorio nacional. Cuando se trate de un hecho que ha tenido repercusión local, o el juez o tribunal lo estime prudente, se procurará realizar la vista pública en el municipio donde el delito se ha cometido, siempre que con ello no se dificulte el ejercicio del derecho de defensa, se ponga en riesgo la seguridad de los intervinientes o se pueda producir una alteración significativa de la tranquilidad pública.

En estos casos, el secretario del tribunal acondicionará una sala de audiencia apropiada y para ello recurrirá a las autoridades para que le presten todo el apoyo necesario para el normal desarrollo de la vista pública.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 182.5 (atribución de la Corte Suprema de Justicia); 186 (protección a los jueces para el ejercicio de sus funciones)
- CPP; 164 (inspección del lugar del hecho); 168 (identificación y traslado de cadáveres); 170 (reconstrucción del hecho); 173 (registro); 267 (posibilidad del juez de instrucción de constituirse en cualquier lugar del territorio nacional)

II. COMENTARIO

Respecto al lugar de realización de los actos procesales, y nos referimos aquí exclusivamente a los actos procesales llevados a cabo por el órgano judicial, contiene la norma que comentamos un criterio general de habilitación de absoluta amplitud para que el juez o el tribunal, en su caso, puedan realizar actos propios de su competencia en cualquier lugar del territorio nacional, de modo que este ámbito territorial vinculado a la idea de soberanía consustancial al ejercicio de la jurisdicción es el único límite que al efecto se establece.

480 El precepto prevé en verdad dos supuestos, a saber, la constitución del juez en funciones investigadoras o instructoras en lugar distinto al de su demarcación natural; y la posibilidad de celebrar la vista pública del juicio oral en el municipio donde el delito se ha cometido.

En todo caso, como es lógico, se requiere que el juez sea competente para conocer del delito desde el punto de vista objetivo, funcional y territorial, de acuerdo con las normas que sobre atribución de competencias establece la ley; pero presupuesto ello es evidente que durante la instrucción existen diligencias que por su propia naturaleza requieren que el juez salga de la sede del órgano judicial, interviniendo en actuaciones que le exigirán desplazarse hasta el lugar en que se deba realizar la actividad instructora. De ahí la previsión contenida en la norma con carácter general y que se repite en el artículo 267 del propio Código Procesal en que se distingue entre el ámbito competencial del juez, desde el punto de vista territorial, y su ámbito de actuación para la práctica de diligencias irreproducibles, que se extiende a todo el territorio nacional; así ocurrirá ante registros relacionados directamente con la instrucción en los que el juez quiera intervenir, inspecciones oculares o reconstrucciones de hechos.

Será en todo caso el ponderado criterio judicial el que determine el desplazamiento del juez en estos supuestos cuando lo considere necesario al fin de la instrucción, y ello se ofrezca como posible.

Asimismo el precepto contiene la previsión de que pueda llevarse a cabo el juicio en el municipio en que el delito se haya cometido.

La atribución de la competencia territorial determinará que en este caso el ámbito que posibilita la norma no sea tan extenso como en el supuesto de las diligencias instructoras, pero en todo caso lo que se busca con esto, su finalidad, no es ya favorecer la investigación criminal que requiere en ocasiones una gran agilidad y flexibilidad que quebraría con cortapisas territoriales a la tarea del instructor o si éste debiera auxiliarse necesariamente de otro juez, sino que se trata de acercar el juicio al colectivo más afectado por el delito, a los ciudadanos que más se vieron conturbados por la repercusión del hecho ilícito, y que percibirán en esa proximidad física del juicio una mejor respuesta de sus instituciones en la represión de conductas delictivas.

Se ofrece aquí no otra cosa que una norma de conducta que no se impone al tribunal, como no podía ser de otro modo, sino que se expresa a modo de “desideratum” para su consideración. Deberá el tribunal para desplazarse de su sede valorar la repercusión del hecho en términos de importancia que justifique la decisión, y al tiempo valorar que no se producirán ninguno de los efectos nocivos que la propia ley enumera, es decir, que no se dificulte el ejercicio del derecho de defensa, que no se ponga en riesgo la seguridad de los intervinientes, y que no pueda presumirse que se alterará de forma significativa la tranquilidad pública; es decir, que por las circunstancias del supuesto las ventajas del acercamiento se vean impedidas por una gran crispación social que genere un mal mayor que el beneficio que se pretendería.

481

La forma de realizar la vista pública en el municipio donde se haya cometido el delito supondría en todo caso un problema de índole material consistente en la necesidad de habilitar un lugar adecuado como sala para ello, siendo el secretario del tribunal el que tiene encomendada la misión de lograr esta habilitación recurriendo a las autoridades que deberán colaborar prestando el apoyo necesario para ello.

Parece también evidente que la decisión de constituirse de tal modo para el acto de la vista pública deberá de ser motivada expresando el criterio del tribunal y las circunstancias concurrentes, y notificada a las partes, que pudieran discrepar de la decisión por entender perjudicial la misma.

CAPÍTULO II

ACTAS

123

REGLA GENERAL

Cuando un funcionario judicial u otro funcionario público ha de dar fe de actos que realice o se cumplan en su presencia, levantará un acta en la forma prescrita por las disposiciones de este Capítulo.

Los secretarios serán los encargados de redactar las actas judiciales y carecerán de valor sin su firma. Las actas que levante el fiscal, llevarán la firma del funcionario que practica el acto.

El acta de la inspección del lugar del hecho, de un registro o requisa, llevará la firma del policía o funcionario a cargo del acto o registro. Con estas formalidades ella podrá ser incorporada por su lectura a la vista pública. (4)

482

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 32 (acta de la conciliación); 164 (inspección del lugar del hecho); 167 (acta de inspección corporal); 175 (formalidades del registro); 178 (requisa personal, registro de vehículos y compartimientos cerrados); 230 (acta de denuncia verbal); 244 (formalidades de las diligencias policiales); 255 (acta de la audiencia inicial); 261 (acta de la declaración indagatoria); 276 (documentación y valor de las actuaciones de instrucción); 298 (acta previa a la ejecución de medidas sustitutivas a la detención provisional); 363 (contenido del acta de la vista pública); 364 (lectura y notificación del acta); 365 (valor del acta)
- CPF, 31 (contenido de las actas); 104 (documentación de la fase conciliatoria en la audiencia preliminar)

II. COMENTARIO

Se contempla en el artículo la labor de documentación que dentro de la actividad procesal o preprocesal viene a plasmar el resultado de una cierta actuación que, de algún modo, ha de ser incorporada o utilizada en el proceso.

Son así las actas documentos que confecciona el funcionario encargado de esta tarea para consignar el desarrollo de un acto procesal o de una diligencia de investigación.

El primero de los párrafos del precepto dispone la necesidad de levantar un acta cuando haya de darse fe por parte del funcionario ante quien se realiza un acto de su contenido y realidad, remitiéndose la norma en cuanto a la forma de realización del acta a lo que se dispone en el artículo siguiente; es requisito insoslayable que el funcionario, sea o no judicial, esté presente en el acto que se documenta, pues de otro modo no podría intervenir en la confección del acta, so pena de poder incurrir en un delito de falsedad, ya que el acta es el instrumento por el que se hace efectiva la expresión de la fe pública con todas las consecuencias que ello comporta en cuanto a su valor, pues establece una presunción de veracidad que si bien no es de carácter "iuris et de iure", pues admitiría prueba en contra sobre el carácter erróneo de algún dato o su omisión, sí tiene una importante función en la seguridad jurídica sobre el contenido de los actos procesales y demás diligencias que así se documentan.

El segundo de los párrafos determina a quien corresponde la labor de documentación judicial, atribuyéndose esta función a los secretarios y determinándose su obligación de firmar el acta redactada, ya que de otro modo la misma no tendrá validez, lógica expresión de la atribución de la fe pública antes aludida que precisa que el secretario, con su firma, garantice su intervención y otorgue valor al acta solo así completada correctamente.

483

Igual requisito de firma se exige al fiscal en las actas que pudiera levantar, ya que además de las consideraciones anteriores sólo de este modo puede hacerse efectivo el principio de responsabilidad de los funcionarios que exige su perfecta identificación en las actuaciones procesales o investigadoras.

Finalmente en el párrafo tercero se alude a ciertas medios de prueba tales como la inspección del lugar del hecho (artículo 164), el registro (artículo 173), o la requisa (artículo 178), que serán diligencias practicadas en las diligencias iniciales de investigación y que, en cuanto ahora nos interesa exclusivamente, se documentarán por medio de un acta que habrá de ser firmada por el funcionario interviniente.

Estas diligencias serán realizadas por la policía dentro de su cometido, y de acuerdo con el artículo 244 el acta levantada habrá de firmarla quien dirija la investigación.

Se ha suprimido la previsión de que dos testigos, sin vinculación con la policía o Fiscalía General de la República, hubieran también de firmar el acta, de modo que con la sola firma de los intervinientes el documento está en condiciones de ser incorporado al acto del juicio mediante su lectura, cumpliendo así la finalidad probatoria que le es propia a modo de prueba preconstituida, que se someterá no obstante a la contradicción

de las partes en la vista pública, lo que atañe a su valor como medio de prueba en términos que exceden del presente comentario.

124

CONTENIDO Y FORMALIDADES

Las actas contendrán la fecha, el nombre y apellidos de las personas que asistieron y calidad en que actuaron; en su caso, la inasistencia de quienes estaban obligados a intervenir, la indicación de las diligencias realizadas y de su resultado, las declaraciones recibidas, si éstas han sido hechas espontáneamente o a requerimiento y si se ha prestado juramento o promesa; previa lectura, la firmarán todos los intervinientes y, cuando alguno no pueda o no quiera firmar, se hará mención de ello.

Si alguna de las personas es ciega o analfabeta, el acta será leída y suscrita por una persona de su confianza, dejando aquella en todo caso, la impresión digital del pulgar de la mano derecha, o, en su defecto, de cualquier otro dedo que especificará el funcionario y si ésto no fuere posible, se hará constar así, todo bajo pena de nulidad.

484

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 32 (acta de la conciliación); 164 (inspección del lugar del hecho); 167 (acta de inspección corporal); 175 (formalidades del registro); 178 (requisa personal, registro de vehículos y compartimientos cerrados); 230 (acta de denuncia verbal); 244 (formalidades de las diligencias policiales); artículo 255 (acta de la audiencia inicial); 261 (acta de la de-claración indagatoria); 276 (documentación y valor de las actuaciones de instrucción); 298 (acta previa a la ejecución de medidas sustitutivas a la detención provisional); 363 (contenido del acta de la vista pública); 364 (lectura y notificación del acta); 365 (valor del acta)
- CPF, 31 (contenido de las actas); 104 (documentación de la fase conciliatoria en la audiencia preliminar)

II. COMENTARIO

Expuestas en el anterior comentario las consideraciones generales sobre la finalidad e importancia de las actas en el desarrollo del proceso, se establece en el presente artículo, de forma pormenorizada, cual haya de ser el contenido del acta, es decir, qué debe hacerse constar expresamente en la misma, y cuales sus formalidades

esenciales cuyo incumplimiento además se sanciona con la nulidad del acta en cuestión, bien entendido que ha de entenderse que se refiere la ley a una nulidad de tipo relativo y que, por tanto, cabría la subsanación de los defectos u omisiones cometidos, pues sólo cuando no fueran subsanados los mismos, esto es, cuando no hay constancia real sobre algún dato esencial del acta ni modo de saber cual sea ese dato, afectándose a la autenticidad en términos que no puedan ser corregidos, procederá la declaración de nulidad que no afectará a otros actos que aquellos que el acta documenta y de los que da fe.

Debe indicarse quienes intervinieron en el acto que se documenta a través del acta, con indicación no solo del nombre sino también de los apellidos a fin de que no puedan luego surgir dudas sobre la identificación de estas personas, así como la calidad en que actuaron, si lo hicieron por sí mismos o actuando en representación de otra persona física o jurídica, en su caso, pues es ello un presupuesto que afecta a la legitimación de la persona interviniente y, por tanto, a su condición de parte en el proceso a todos los efectos.

La fecha en que se levanta el acta es elemento esencial para identificar el tiempo en que se realiza la actuación judicial, pudiendo ser conveniente indicar también la hora en que comienza el acto y la hora en que termina el mismo para dotar al acta de una mayor concreción; como igualmente será necesario hacer constar si el acto no pudo llevarse a cabo concentradamente en un mismo momento y hubo de ser suspendido para su continuación, las causas de ello y la fecha y circunstancias de la reanudación posterior.

485

Debe tenerse en cuenta, en relación con lo expuesto, que el contenido y formalidades que el artículo reseña se establecen como un mínimo legal que no impide otras adiciones o complementos que se estimen necesarios para que el acta pueda considerarse completa en función de las muy diversas circunstancias que pueden concurrir e incidencias que surjan en la realización del acto procesal.

Si se ha de hacer constar quienes asistieron para intervenir en el acta, también ha de consignarse la ausencia de aquellos que estaban legalmente obligados a asistir y no lo hicieron, ya que es relevante la constancia de este dato precisamente por la obligación de comparecer que genera responsabilidad en el ausente voluntario, que pudiera incurrir, en su caso, en un delito de desobediencia a mandato judicial del artículo 313 del Código Penal, en cuyo caso será el acta la que documentará los presupuestos de la tipicidad.

Lógicamente deberá hacerse constar cuales han sido las diligencias practicadas y su resultado pues tales diligencias son las que justifican la confección del acta, indicándose en el caso de que se hayan prestado declaraciones, si ha sido de forma espontánea o a requerimiento, y si se ha prestado juramento o promesa de decir verdad;

no se expresa si las diligencias o declaraciones han de recogerse de forma textual o sucintamente y sin alterar, eso sí, su contenido, debiendo entenderse que será este segundo modo de actuar el usual aunque nada se opone a que se utilicen si se considera necesario soportes reproductores de sonido o de imagen que puedan luego acompañarse al acta.

La firma del acta por todos los intervinientes supone la asunción por ellos de su intervención y del contenido de lo recogido, razón por la que previamente a la firma es necesaria su lectura que hará cada uno de ellos por sí mismos, o el secretario o quien dirija la diligencia.

Dada la importancia de la firma prevé finalmente el artículo el hecho de que alguna persona no pueda firmar por ser ciega o analfabeta, supuesto en el que se prevé que la firma la realice otra persona de su confianza, a modo de mandato de representación para ese acto, y exigiéndose además de lo anterior que se deje la impresión digital en los términos recogidos, con la intención de asegurar al máximo la ley la fiabilidad en la determinación de la intervención y la posibilidad de constatación en el futuro ante una eventual impugnación.

486

125

INCAPACIDAD DE TESTIGOS DE ACTUACIÓN

No podrán ser testigos de actuación, los menores de dieciocho años, los dementes, los sordos o mudos que no puedan darse a entender y los que se encuentren en estado de ebriedad o bajo los efectos de drogas o estupefacientes.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 185 a 194 (normas sobre los testigos)
- CF, 292 (incapacidad); 293 (causas de incapacidad); 175.2 (formalidades del registro)
- CPC, 294 (incapacidades para ser testigo)

II. COMENTARIO

Aun cuando es en los artículos 185 a 194 del Código Procesal Penal donde se regulan las cuestiones generales relativas a los testigos y forma de sus declaraciones, en este artículo 125 se establecen las incapacidades para ser testigos de actuación, ya de forma permanente, ya de manera transitoria.

Estas incapacidades afectan al testigo en su relación con todo tipo de proceso, pues consisten en un cierto estado personal imposibilitante de la facultad de declarar de manera que pueda aceptarse la veracidad del testimonio, lo que debe completarse con la facultad y el deber de abstención que a los testigos capaces corresponde por sus relaciones familiares con el imputado, o por su relación profesional con el origen de la prueba vinculada al deber de guardar secreto en ciertos supuestos que la ley determina y salvo expresa liberación por parte del propio interesado en el secreto profesional.

Debe tenerse presente que el testigo no es sino la persona física, ajena al proceso y a sus intereses y que ha conocido el hecho objeto de enjuiciamiento, o alguna de sus circunstancias, bien de forma personal y directa, bien de cualquier otro modo que habrá de explicar, con sometimiento a la contradicción de las partes y deber de veracidad bajo sanción penal en caso de falso testimonio, al órgano judicial que conoce del delito.

Si el propio carácter de este medio de prueba en que se concreta el genérico deber de los ciudadanos de colaborar con la administración de justicia impone al testigo una serie de obligaciones insoslayables, como el deber de comparecer ante el órgano judicial salvo las limitadas excepciones que establece la ley, el deber de veracidad, reforzado por la sanción penal, o el sometimiento a juramento o promesa en sus declaraciones, es evidente que todo ello exige una cierta capacidad en los testigos que les haga responsables de sus actos, al tiempo que permita la valoración de su testimonio sobre la base de su credibilidad subjetiva.

487

Lo anterior conlleva la necesidad de todos los ordenamientos de determinar quienes no tienen la capacidad para ser testigos en una causa, bajo la premisa de que en el proceso penal las exenciones absolutas para testificar han de tener un carácter muy restrictivo dado el interés público de los bienes en conflicto; ello en referencia a los testigos propiamente dichos, pues ha de considerarse que cuando la ley se refiere a testigos de actuación no se está refiriendo a quienes han conocido un cierto hecho de la realidad sobre el que habrán de declarar, sino a aquellos que, dentro del propio proceso son requeridos por el órgano judicial o por alguna persona encargada de la investigación para presenciar un acto, y como medio de introducir a la sociedad en dicho acto de modo que se garantice una mayor publicidad y, consecuentemente, un mayor grado de fiabilidad en la actuación.

La consecuencia de que el testigo de actuación se halle en uno de los supuestos que la norma sanciona será la del rechazo de la posibilidad de intervenir en el acto para el que hubiera sido requerido que adoptará de oficio el funcionario que conozca del acto en que sea necesaria la presencia del testigo así concebido, al modo de lo que dispone el artículo 295 del Código de Procedimientos Civiles “el juez repelerá de oficio a los incapaces de ser testigos, enumerados en el artículo anterior, conocida su incapacidad”.

Justifica lo anterior el que junto a clásicas deficiencias afectantes a la capacidad de ser testigo como ocurre en el supuesto de dementes, y de sordos o mudos que no puedan darse a entender, casos en que no sólo no puede ser la persona testigo de actuación sino que tampoco podrá ser testigo ordinario, se establezcan otras incapacidades como las de los menores de dieciocho años, o circunstancias que afectarán puntualmente al sujeto, como el caso de la ebriedad o la intoxicación por drogas.

Ha de indicarse por último que el reforzamiento de las funciones de la fe pública que corresponde al Secretario dentro del proceso, y la propia confianza del Estado de Derecho en la actuación de sus funcionarios policiales, como del fiscal y demás intervinientes en el proceso, van limitando la necesidad de intervención de terceros ajenos al acto y como requisito de validez del mismo, y así se ha suprimido en la reciente reforma del Código Procesal Penal la referencia existente en el artículo 123, regla general sobre las actas, a la intervención en el acta de la inspección del lugar del hecho, de un registro o requisita, “de dos testigos hábiles, que no tengan vinculación con el órgano policial o de la Fiscalía General de la República”, lo que lógicamente habrá de ser trasladado a la regulación sobre las actuaciones antes referidas.

CAPÍTULO III

ACTOS Y RESOLUCIONES

126

PODER COERCITIVO

En el ejercicio de sus funciones, el juez o tribunal podrán requerir la intervención de la seguridad pública y disponer todas las medidas necesarias para el cumplimiento de los actos que ordenen.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 172 (potestad jurisdiccional)
- CPP, 138 (deber de colaboración de autoridades o funcionarios); 240 (coordinación en la investigación); 326 (conducción del imputado en la audiencia); 331 (facultad disciplinaria); 337 (detención por delito en la audiencia); 350 (conducción a la audiencia de peritos o testigos incomparecidos)

489

II. COMENTARIO

El desarrollo de la potestad jurisdiccional que se concreta en la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado como facultad exclusiva y excluyente del Poder Judicial, de acuerdo con el artículo 172 de la Constitución, exige para que pueda lograrse que la facultad sea eficaz dotar a los jueces no sólo de las facultades de decisión que la ley les otorga dentro del ámbito de las competencias que igualmente, y por imperativo del principio de legalidad, se definen también legalmente, sino además poner a su disposición los medios para que sus mandatos, decisiones y actos de todo tipo sean cumplidos por aquellos a quienes van destinados, pues de otro modo se dejaría a la voluntad de los intervinientes en el proceso el resultado de éste y sus consecuencias.

Precisamente para lograr que las decisiones judiciales no operen en el vacío o se conviertan en papel mojado se otorgan al juez no solo facultades decisoras, de ejecución y de dirección del proceso, a salvo de las facultades de investigación atribuidas al fiscal, sino también facultades coactivas que permiten asegurar, por imperativo mandato de la autoridad judicial, el cumplimiento de los actos necesarios para llevar adelante el proceso.

Estas facultades se concretan el artículo 138 del CPP al regularse la comunicación directa entre el juez o tribunal y cualquier autoridad o funcionario de la República, a los que se impone la obligación de “prestar su colaboración” en los términos interesados; y en este artículo 126 donde bajo el título “poder coactivo”, se refiere el desarrollo de este poder en dirección a las fuerzas de seguridad pública y a la adopción de cuantas medidas sean necesarias para lograr el cumplimiento de los actos que ordenen los jueces y tribunales, fórmula evidentemente amplia toda vez que igualmente son amplias las facultades coercitivas que se otorgan en el cumplimiento de los fines que se persiguen.

De este modo serán las fuerzas de seguridad las que garanticen, bajo el mandato judicial, que el proceso penal se desarrolle adecuadamente desde su inicio y hasta su conclusión, encontrándose en la ley ejemplos de circunstancias que hacen necesario el recurso a la coerción durante la investigación, acordándose la práctica de diligencias, y durante la vista pública para evitar su entorpecimiento ejerciendo las facultades disciplinarias, o imponiendo su presencia al imputado mediante su conducción o detención si fuera ello necesario, o a los testigos o peritos que desoyeran la convocatoria judicial y que igualmente pueden ser conducidos a la vista por la fuerza pública.

FACULTAD ESPECIAL

En cualquier estado de la causa, el juez o tribunal podrá ordenar la devolución de la cosa objeto del hecho punible o restablecerla al estado que tenía antes del hecho, siempre que existan suficientes indicios sobre la comisión del delito.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 180 a 184 (secuestro de objetos relacionados con un hecho punible); 238 (recogida por el fiscal de los elementos de prueba en la investigación inicial); 239 (recogida de objetos por la policía); 241 (atribución de la policía)

II. COMENTARIO

Lo que se denomina facultad especial dentro de la regulación general sobre los actos y resoluciones judiciales determina, a modo de habilitación especial para ello que obtiene luego un mayor y más concreto desarrollo, la posibilidad para el juez, en cualquier estado de la causa, es decir, sin sometimiento a plazo ni preclusión alguna, de devolver aquellas cosas o elementos que siendo objeto del hecho punible hayan debido ser

intervenidas durante la investigación o en cualquier otro momento, así como reestablecerlas al estado que tuvieran antes del hecho punible si ello fuera posible.

La concreción de esta facultad se encuentra en el artículo 184, al que nos remitimos, regulador de la devolución “tan pronto como sea posible y conveniente” de los objetos secuestrados que no estén sometidos a comiso, devolución o embargo.

Se trata por tanto únicamente de afectar los bienes de lícito comercio al proceso sólo en tanto ello sea imprescindible, en valoración que habrá de hacer el juez en cada caso, de modo que cuando no sea necesaria la intervención del objeto, y “siempre que existan suficientes indicios sobre la comisión del delito”, no se agrave con dicha intervención la posición de la víctima o del titular de dicho objeto.

128

ASISTENCIA DEL SECRETARIO

El juez o tribunal será asistido en el cumplimiento de sus actos por el secretario.

A los secretarios les corresponderá ordenar las notificaciones, citaciones, disponer la custodia de objetos secuestrados, llevar al día los registros y estadísticas, dirigir al personal auxiliar, informar a las partes, además auxiliar en todos los trabajos materiales de sus funciones que el juez o tribunal le indique.

La delegación de funciones judiciales en el secretario o empleados subalternos tornará nulas las actuaciones realizadas y hace responsable directamente al juez o tribunal por las consecuencias de dicha nulidad.

CONCORDANCIAS

- LOJ, 71, 77, 82 (funciones de los secretarios)
- CPP, 82 (excusa y recusación de secretarios); 123 (redacción de las actas judiciales); 129 (decretos del secretario); 144 (práctica de las notificaciones); 223 a 225 (nulidades absolutas)

II. COMENTARIO

A) Los Secretarios

El precepto contiene una sucinta referencia a la figura del secretario como persona más cualificada de entre aquellas que auxilian la labor judicial.

Las cuestiones orgánicas, de acceso al cargo, y la determinación de sus funciones en el proceso en general se encuentran en la LOJ a la que habrá que remitirse esencialmente en los artículos cuya concordancia con el presente se ha reseñado.

Como es natural la identificación de funciones que se efectúa no es sino ejemplificativa y termina con la fórmula general de auxiliar a los jueces o tribunales en todos los trabajos materiales que éstos le indiquen para el adecuado desarrollo del proceso y todas sus incidencias.

Resaltan por su importancia las funciones del secretario en relación con los actos de comunicación que se le encomiendan, tanto con las partes como con los demás intervinientes en el proceso; y la confección de las actas de las actuaciones judiciales, que el precepto no enumera y sobre cuya importancia documentadora de las actuaciones ya hicimos antes alguna referencia.

B) La indelegabilidad de funciones

492

La labor de asistencia y auxiliar que al secretario corresponde, y al resto de los empleados judiciales cada uno dentro de las obligaciones propias de su cometido, no permite que puedan rebasarse las funciones otorgadas por la ley por vía de la delegación por parte del juez de actos que sólo a él le corresponde realizar.

Así lo establece el párrafo final de este precepto cuando sanciona con la nulidad las actuaciones que se realizaran mediante la referida delegación.

La razón de la norma es de toda evidencia: sólo el juez imparcial, independiente, y sometido al imperio de la ley, ejerce la potestad jurisdiccional consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de acuerdo con lo establecido en el artículo 172 de la Constitución, y esta exclusividad es la máxima garantía para los ciudadanos.

Por lo demás el proceso debe respetar principios como el de inmediatez de manera que sea el juez el que tenga una percepción directa de las actuaciones que se producen, única manera de que pueda luego valorar el alcance de dichas actuaciones realizadas a su presencia con la multitud de matices que siempre se ponen de relieve, esencialmente en actuaciones de prueba de carácter personal. Si el juez es sustituido en alguno de estos actos se está pervirtiendo la esencia del proceso y desconociendo sus principios esenciales, sin garantizarse a las partes el pleno ejercicio de sus derechos procesales.

De forma directamente relacionada con la gravedad de la infracción se establece la correlativa gravedad de la sanción, la nulidad de las actuaciones realizadas mediante la proscrita delegación y la generación de responsabilidad para quien indebidamente, de forma expresa o tácita, por uno u otro motivo, delegó.

Estimamos que en este caso la nulidad en que se incurre es la absoluta, no sometida por tanto al principio de oportunidad, y con las consecuencias que le son propias según el tenor de los artículos 223 y 225 del CPP.

129

RESOLUCIONES

Las decisiones del juez o tribunal se denominarán sentencias, autos o decretos.

La sentencia es la que se dicta luego de la vista pública para dar término al juicio y la resolución que ponga término a un procedimiento abreviado; auto, el que resuelve un incidente o una cuestión interlocutoria o, en su caso, para dar término al procedimiento; y, decreto, cuando sean decisiones de mero trámite.

Las decisiones que toma directamente el secretario, según el artículo anterior, también se denominarán decretos.

I. CONCORDANCIAS

493

- CPP, 76 (trámite de la excusa); 92 (declaración de rebeldía); 130 (fundamentación); 131 (firma); 132 (aclaración y adición); 284 (resolución de excepciones); 285 (medidas cautelares); 296 (auto de detención provisional); 302 (internación provisional); 308 (sobreseimiento definitivo); 322 (auto de apertura); 357 a 362 (de la sentencia)

II. COMENTARIO

Dentro del más completo ámbito de estudio de los actos procesales en general, como aquellos que se producen y desarrollan sus efectos en el inicio, tramitación y finalización del proceso, y distinguiéndose entre los actos procesales de las partes y los del órgano judicial, se refiere este precepto bajo el epígrafe, Resoluciones, los más importantes actos de este órgano, diferenciando a su vez entre actos del juez y actos del secretario.

Si no son las resoluciones desde luego las únicas actuaciones que realiza el juez o tribunal en el proceso, si es lo cierto que mediante las mismas, y por decisión imperativa, se determina la ordenación material del proceso, se resuelven cuantas incidencias surgen en su desarrollo, y se decide finalmente la cuestión de fondo planteada.

Dentro de las varias clasificaciones que se proponen sobre esta materia podemos referir aquella que las distingue por su naturaleza entre jurisdiccionales y no jurisdiccionales. Las primeras serían las resoluciones dictadas por los jueces o tribunales dentro del ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y ejecutando lo juzgado; en tanto las segundas se caracterizarían por su carácter gubernativo, como resultaría en las advertencias o correcciones de aquellos que estén sujetos al ámbito disciplinario en las vistas, audiencias, y demás actos judiciales.

Lo que nos interesa sobremanera son las resoluciones jurisdiccionales, que se clasifican a su vez por su forma y contenido en decretos, autos, y sentencias.

A) Decretos

Se denominan también decretos las decisiones que toma directamente el secretario dentro de sus funciones conforme a lo expresado en el artículo 128 antes comentado.

En alguna ocasión la ley se refiere a los decretos con la denominación clásica de providencias, como ocurre en el artículo 130 en el que al referirse a la fundamentación de las resoluciones se refiere a la necesidad de motivar, “aquellas providencias que lo ameriten”.

494

En cualquier caso su contenido es el “mero trámite”, de modo que mediante su utilización se trata de dar al proceso el curso que le corresponde, cumpliéndose la labor de impulso de las actuaciones y ordenación material, proveyéndose escritos que puedan presentar las partes y, en definitiva, determinando la tramitación del procedimiento desde su inicio hasta su conclusión.

En cuanto a su forma, consecuencia de su sencillez será que únicamente deba contener la reseña de la fecha y lugar en que se adopta, aplicación general de la norma del artículo 119 del propio Código, así como la identificación del proceso y juez o tribunal que lo dicte, o, en su caso secretario, su firma, el texto de lo que se disponga o decida, y de ser necesario una sucinta motivación del decreto o providencia.

B) Autos

No siempre expresa la ley en sus diversos preceptos cuando la resolución a adoptar debe ser un auto, de modo que ha de estarse a la norma general de este artículo según la cual ello será así cuando se resuelva un incidente o una cuestión interlocutoria o, en su caso, para dar término al procedimiento; la fórmula puede completarse en forma negativa, de manera que siempre que la resolución no pueda adoptar la forma de sentencia ni resulte de mero trámite deberá producirse en forma de auto.

La resolución de incidentes o cuestiones interlocutorias, dado su carácter de cuestiones que sin estar vinculadas al fondo del asunto se plantean o surgen en el proceso como obstáculos a su normal desarrollo, permite la superación de estos obstáculos de índole procesal las más de las veces y la final posibilidad de llegar al acto del juicio oral de forma efectiva y una vez depuradas todas aquellas cuestiones que impidieran su realización.

Junto a ello es posible también que sea un auto el que ponga fin al proceso como ocurre cuando proceda el sobreseimiento definitivo del artículo 308 del Código, y en tal sentido son recurribles en casación los autos en las condiciones y casos del artículo 422 del propio texto legal.

En cuanto a su estructura junto con la expresión de la fecha y lugar en que se adopta e identificación del juez o tribunal que lo dicta, que habrá de firmarlo bajo sanción de nulidad, los autos deberán contener en todo caso una suficiente motivación de acuerdo con lo que establece el artículo 130, lo que determina una estructura de hechos, fundamentación jurídica, y valoración en su caso de la prueba que se haya practicado en la tramitación de la cuestión incidental a que el auto pone fin.

Finalmente deberá indicarse en la propia resolución los recursos que pudieran interponerse contra la misma y sus condicionantes temporales y de forma.

495

Deberá conservarse copia auténtica de los autos de acuerdo a lo previsto en el artículo 134.

C) Sentencias

Son finalmente las sentencias las resoluciones judiciales de mayor importancia en cuanto resuelven el fondo de la cuestión planteada que en derecho penal no es otro que la determinación de la culpabilidad o inocencia del acusado en el proceso, y la determinación y decisión de cuantos elementos permite o no la imposición de la pena y su ejecución conforme a la ley.

De acuerdo al precepto comentado es la resolución que se dicta luego de la vista pública para dar término al juicio y la resolución que pone término a un procedimiento abreviado; también se resuelven por sentencia los recursos de casación y de revisión que la ley establece.

La estructura formal de la sentencia se recoge expresamente en el artículo 357 del Código en que se establecen sus requisitos, que deben completarse en cuanto a su contenido con lo que indica el artículo 360 respecto de las sentencias absolutorias, y el artículo 361 en cuanto a las condenatorias, preceptos a cuyos comentarios ahora hemos de remitirnos.

130

FUNDAMENTACIÓN

Es obligación del juzgador o tribunal fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameriten. La fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas, así como la indicación del valor que se le otorga a los medios de prueba.

La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no sustituirán en ningún caso a la fundamentación.

I. CONCORDANCIAS

- CPC, 421 y siguientes (fundamentación)
- CPP, 3 (fundamentación de las pruebas de cargo y de descargo); 223 y siguientes (nulidad y efectos); 362 (vicios de la sentencia)

496 II. COMENTARIO

La fundamentación o motivación es un requisito interno de las resoluciones judiciales, como la congruencia o la claridad, que es más exigible cuanto mayor sea el contenido decisorio de la resolución, por lo que es en las sentencias donde alcanza su máxima expresión.

A) Concepto de la fundamentación

La fundamentación de las resoluciones judiciales se concibe como un requisito insoslayable y obligatorio para los jueces y tribunales para lograr una aplicación razonada del derecho que exprese las razones que han llevado a adoptar una determinada decisión y no otra en el conflicto que todo proceso supone.

Es así que la fundamentación constituye una obligación judicial dentro del ejercicio de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, cuya inobservancia se sanciona con la nulidad de la resolución que por vía de recurso haya de ser impugnada por este motivo; por lo demás, y lejos de toda retórica, la fundamentación ha de alcanzar la categoría de derecho fundamental incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva, pues ésta sólo se hace efectiva cuando frente a la arbitrariedad se impone una respuesta de fondo que resulte razonada.

La exigencia legal, como señala el Tribunal Constitucional español (SSTC 237/1997, de 22 de diciembre, 36/1998, de 17 de febrero), sólo puede entenderse cumplida cuando se facilite al justiciable “las razones por las cuales se adopta la decisión hecha constar en su parte dispositiva”, puesto que deben exteriorizarse en la fundamentación de la resolución las razones determinantes del fallo.

Además el razonamiento debe concretarse tanto en lo atinente a la prueba practicada como a la norma jurídica aplicable, incorporándose a través de la valoración de la prueba los hechos cuya acreditación será la premisa de que deba partirse para la aplicación del derecho que, por la sumisión del juez al imperio de la ley, no podrá ser caprichosa sino precisamente razonada.

B) Fundamento del deber de motivación

Dice el Tribunal Constitucional español que la motivación introduce un factor de racionalidad en el ejercicio del poder público (STC 237/ 1997, de 22 de diciembre), y ha de tenerse en cuenta que sólo a través de ella puede garantizarse la sumisión del juez al ordenamiento jurídico, pues la exteriorización de la fundamentación permite conocer si se ha respetado o no esa insoslayable vinculación que es garantía del adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional.

497

Por otra parte hace posible la confianza de los ciudadanos en los Tribunales de Justicia, lo que abunda en el buen funcionamiento del Estado de Derecho, al tiempo que de cara a las partes en el proceso permite su convicción sobre la corrección de la decisión judicial.

Finalmente permite ejercer debidamente el derecho de defensa ya que sólo si se conocen las razones que han llevado a una determinada decisión pueden ser estas debidamente impugnadas por vía de los recursos oportunos, controlándose así la actividad jurisdiccional y alejándola de la arbitrariedad, de modo que la resolución no sea un mero acto de poder sino, sobre todo, un acto de la razón fundado en derecho de acuerdo a las reglas legales.

C) Extensión de la motivación

El artículo 130 sanciona con la nulidad la falta de fundamentación de las resoluciones, indicando que habrá de expresarse “con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas, así como la indicación del valor que se le otorga a los medios de prueba”. La extensión de la motivación dependerá en cada caso de la medida de lo suficiente, concepto desde luego indeterminado que la casuística se ocupará de colmar en función del objeto del pleito, pues la necesidad de fundamentar es tanto mayor cuanto mayor sea la afectación de derechos que la resolución determine, siendo en el ámbito penal en que puede afectarse a la libertad de

las personas, donde con más amplitud o exhaustividad debe cumplirse este mandato legal. La STC español 184/1998 de 11 de noviembre considera suficientemente motivadas “aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, *la ratio decidendi* que ha determinado aquélla”; no se exige así un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todas las perspectivas que las partes pueden tener de una cuestión, aunque como ya hemos indicado en la afectación de derechos fundamentales que determina el enjuiciamiento penal sí debe extremarse el celo en la expresión de las razones que conducen a la privación de libertad, o a que pueda entenderse desvirtuada la presunción de inocencia constitucionalmente amparada.

Igualmente es exigible una mayor concreción y extensión en la fundamentación en aquellos supuestos en que el órgano judicial se aleje o separe de un criterio anterior, pues sólo la expresión de las razones que justifican tal cambio de criterio permiten evitar la afectación del principio de igualdad en la aplicación del derecho.

498

Por último la ley rechaza que la fundamentación pueda sustituirse por “la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes”, lo que supone la imposibilidad de la motivación por remisión, a lo que ha de añadirse el repudio que merece la fundamentación estereotipada o a través de formularios o impresos de fórmulas genéricas que a menudo la práctica viene imponiendo de forma perniciosa, pues pese a que pueda admitirse en supuestos en los que se trate de dar respuestas a peticiones idénticas a otras ya resueltas en el proceso, es lo cierto que en ningún caso puede el juez escudarse en la acumulación de trabajo para acudir a estas fórmulas, pues puede indicarse que solo la fundamentación merece este nombre cuando es individualizada y ofrece una respuesta concreta al conflicto planteado.

III. JURISPRUDENCIA

Motivación de las resoluciones judiciales como derecho fundamental. “Las personas, sobre todo cuando se les restringen o lesionan derechos o intereses legítimos, gozan del derecho fundamental de obtener de los funcionarios resoluciones debidamente motivadas, con expresión de los fundamentos de derecho y de hecho en que se sustenten, pues de lo contrario, la resolución que carezca de tales fundamentos es arbitraria. La formulación de circunstancias o motivos para restringir el ejercicio de un derecho fundamental, no debe reducirse a una simple cita o enumeración de los mismos, sino que es menester que tanto los medios probatorios y los resultados obtenidos, como los criterios valorativos empleados, etc., se recojan en la resolución” (*Hábeas Corpus*, 24-09-01).

Fundamento del deber de motivación. “Los derechos constitucionales de seguridad jurídica y defensa en juicio imponen al juzgador o aplicador la obligación de

motivar sus resoluciones, lo cual no es un mero formalismo procesal, sino que es el instrumento que facilita a los justiciables los datos, explicaciones, razonamientos y conclusiones necesarios para que éstos puedan conocer el por qué de las mismas, posibilitando, en todo caso, una adecuada defensa. El incumplimiento a la obligación de motivación adquiere connotación constitucional, por cuanto su inobservancia incide negativamente en la seguridad jurídica y defensa en juicio, en el sentido que al no exponerse la argumentación que fundamente los proveídos jurisdiccionales o administrativos –según el caso- no pueden los justiciables observar el sometimiento del aplicador a la ley ni permite el ejercicio de los medios de defensa (*Amparo*, 27-09-01).

Contenido del deber de motivación. “En cuanto a supuesta infracción al Artículo 362 No. 4 Pr.Pn. por insuficiencia en la fundamentación de la sentencia al haberse utilizado en ella afirmaciones dogmáticas, esta Sala considera que el deber de motivar no exige del juzgador una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido, ni le impone una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado, pero sí le exige la utilización de criterios auténticos de razonabilidad que han de medirse caso por caso, sobre la base del juzgamiento o valoración de los hechos objetiva y legalmente ingresados, por supuesto sobre la base de los mínimos niveles de intelecto judicial que el momento procesal está demandando. En el presente caso, a criterio de la Sala dichos niveles se han cumplido y son suficientes para mantener el proveído pues aún y cuando se llegue a considerar que el Tribunal haya empleado frases rutinarias, las mismas no han sido en sustitución de la fundamentación por lo que no obstante la parte defensora haya señalado puntos de la sentencia que según lo expresado en el motivo las contienen, este Tribunal considera que tal situación no es un vicio que conlleve el efecto de la nulidad, pues la falta de motivación debe ser de tal entidad que el fallo resulte privado de razones suficientes aptas para justificar el dispositivo lo cual no es el caso de autos porque al analizar la sentencia en su conjunto y conforme al “principio de Unidad Lógica de la Sentencia” se advierte en ella el principio de razón suficiente en el que descansa la estructura del fallo” (*Casación*, 23-05-03).

499

Ausencia de motivación causa nulidad. “... al analizar los razonamientos consignados en la sentencia recurrida, advierte esta Sala que el a quo no valoró cada uno de los medios probatorios legalmente recogidos en el proceso e incorporados al juicio omitiendo otorgarles mayor o menor credibilidad que va desde la duda hasta la certeza, a fin de consignar el respectivo juicio de hecho, por lo que violó los artículos 130 y 162 Inc. 4º Pr.Pn., ... Estas disposiciones tienen por objeto realizar control jurídico sobre la valoración de la prueba que debe hacer el sentenciador al pronunciar la resolución, requisito procesal de gran trascendencia, tanto que su incumplimiento ocasiona violación al derecho de defensa en juicio y al debido proceso y su quebrantamiento produce nulidad de carácter absoluto, por tales razones procede declarar de oficio tal nulidad convirtiéndolas en insubsanables, con base en el Art. 225

Pr.Pn., con los efectos a que se refiere el No. 6 Inc. 2º del Art. 224 Pr.Pn.” (Casación, 30-06-03).

131

FIRMA

Las sentencias y los autos serán suscritos por el juez o todos los jueces del tribunal que actúe; los decretos por el secretario o, en su caso, por el juez o el presidente del tribunal.

La falta de firma producirá la nulidad del acto, salvo disposición en contrario expresamente determinada por la ley.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 223 a 225 (declaración, causas y efectos de las nulidades absolutas); 226 a 228 (oportunidad, efectos y subsanación de las nulidades relativas); 119 (fecha y firma de los actos procesales); 362 (vicios de la sentencia que habilitan la casación)

500

II. COMENTARIO

El precepto viene a incidir expresamente en la norma general establecida para los actos procesales en el artículo 119 del Código, con referencia a la necesidad de firmar las resoluciones judiciales, sentencias, autos y decretos, con la sanción de nulidad para la falta de firma en alguna resolución, sanción que habrá de producirse cuando tal falta de firma impida conocer quien intervino en el acto, pues en caso contrario el principio de subsanación que ha de presidir la interpretación de las causas de nulidad y sus consecuencias, permitirá eludir tal extrema sanción.

Junto a la finalidad de fehaciencia que conlleva la firma de todos los actos procesales se une en el supuesto de resoluciones la asunción de responsabilidad por parte del juez o tribunal que la dicta en ejercicio de la potestad jurisdiccional que le corresponde, garantizándose la realidad del juez natural y el sometimiento del juzgador al imperio de la ley.

Por lo demás el comentario a este artículo ha de remitirse al contenido de lo comentado en el artículo 119 que precede.

132

ACLARACIÓN Y ADICIÓN

En cualquier momento anterior a la notificación, se podrá aclarar de oficio los términos oscuros, ambiguos o contradictorios en que estén redactadas las resoluciones, o adicionar su contenido si se ha omitido resolver algún punto controvertido en el procedimiento. Será nula la aclaración o adición que implique una modificación sustancial de lo resuelto.

Las partes podrán solicitar la aclaración o adición dentro de los tres días posteriores a la notificación.

La solicitud de aclaración o adición suspenderá el término para interponer los recursos que procedan.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 143 a 151 (sobre las notificaciones); 223 y siguientes (nulidad y anulabilidad), 358 (notificación de la sentencia por su lectura), 429 (rectificación de la sentencia en recurso de casación)

501

II. COMENTARIO

Este precepto contiene la regulación del régimen jurídico de la aclaración de los términos oscuros, ambiguos o contradictorios, y de la adición de su contenido para suplir sus omisiones, pudiendo actuarse ello de oficio o a instancia de parte, sin que se esté en presencia de un verdadero recurso sino ante una simple solicitud que pone de relieve el error material o la omisión padecida.

A) La regla general

Resulta imprescindible en cualquier ordenamiento jurídico que las decisiones de jueces y tribunales en el ejercicio del poder jurisdiccional no queden sometidas al albur o al capricho del propio órgano que pudiera alterar su contenido, siendo por tanto la regla general la de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, o mejor, su inmodificabilidad fuera de los cauces legalmente previstos, pues es lo cierto que cabe su modificación a través de:

- Los medios de impugnación que prevé la ley, ya que mediante los recursos puede, a instancia de parte, variarse el contenido de la resolución, lo que es su finalidad esencial por otro lado.

- La declaración de nulidad de alguna resolución, ya de oficio ya a instancia de parte, tratándose de una nulidad absoluta o de pleno derecho, o sólo a instancia de parte en el supuesto de resolución meramente anulable.
- Mediante la vía de la aclaración de la resolución como medio de evitar los términos oscuros, ambiguos, o contradictorios.
- Y por la adición de la resolución para subsanar la omisión al resolver algún punto controvertido en el procedimiento.

Es así que la imposibilidad de variar las resoluciones judiciales una vez firmadas se ha considerado un auténtico derecho fundamental incardinado en el genérico derecho a la tutela judicial efectiva, (en esta línea el Tribunal Constitucional español, SSTC 197/1994 de 4 de julio, 19/1995, de 24 de enero, 164/1997, de 3 de octubre, 92/1999 de 26 de mayo, o 112/1999 de 13 de febrero).

502

Con mejores palabras de las que nosotros pudiéramos emplear ahora, el Tribunal Constitucional español en sentencia 112/1999, de 14 de junio, ha señalado que “...el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva impide que los órganos judiciales puedan modificar o revisar sus resoluciones firmes al margen de los supuestos y cauces procesales taxativamente previstos en la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad. Esta intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes no es un fin en si misma, sino un instrumento para la mejor garantía de aquella tutela judicial efectiva, en conexión con el principio de seguridad jurídica, habida cuenta de que asegura a los que han sido parte en un proceso que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no serán alteradas o modificadas fuera de los cauces legales establecidos para ello. En este sentido hemos afirmado que si el órgano judicial modificara una sentencia fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por le legislador, quedaría, asimismo, vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme.

Por esa razón, por ser instrumento y no fin en si mismo,...no se veda sin embargo por completo la posible alteración de las resoluciones judiciales firmes, puesto que, en la medida en que el considerado principio de la intangibilidad tiene su base y es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva y, a su vez, un instrumento para garantizar el derecho a la tutela judicial, es parte integrante de este derecho la posibilidad de beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo que puedan deducirse, con toda claridad, del propio texto de la sentencia o resolución judicial en cuestión...”.

B) La excepción: la aclaración de las resoluciones

Con la anterior introducción resulta evidente cual sea el fundamento de la posibilidad de aclaración de las resoluciones judiciales, medio que la propia ley expresa como adecuado mecanismo de corregir la introducción en la resolución de términos oscuros, ambiguos o contradictorios; esta posibilidad puede actuarse de oficio, siempre que ello se haga antes de la notificación de la resolución, o a instancia de parte, siempre que en este caso la solicitud de aclaración se haga dentro de los tres días posteriores a la notificación de la resolución que se quiere aclarar.

Por lo demás la aclaración, como excepción que es a la regla general de la intangibilidad de las resoluciones, siempre ofrece una problemática cuestión de límites a fin de no se produzca una extralimitación en lo que la ley quiere; el exceso en esta materia se sanciona con la nulidad de la aclaración, y el límite que la ley establece se expresa bajo una fórmula de absoluta generalidad, pues lo que se proscribe es que la aclaración suponga, “una modificación sustancial de lo resuelto”.

Se trata en fin de evitar conceptos o palabras ambivalentes o ambiguas, con diversos significados, o que estén fuera del contexto del razonamiento en que se integran, en todo caso teniendo en cuenta que la vía de la aclaración no puede servir para corregir la ausencia de fundamentación de una resolución judicial, propiciar la corrección de errores en la calificación jurídica, o para subvertir conclusiones probatorias, ni para alterara aquello cuanto sea sustancial o que constituya la esencia de la decisión judicial, ya que en caso contrario se sumiría a la parte afectada en un claro estado de indefensión.

503

La resolución que sea adopte para proceder a una aclaración deberá revestir la forma de auto, con su necesaria fundamentación que exprese la procedencia de la aclaración en el supuesto, siendo así que el párrafo final del precepto expresa la suspensión del término para interponer recursos que la solicitud de aclaración supone, lo que es razonable ya que de lo contrario la parte que se sintiera perjudicada tendría que recurrir la resolución si la aclaración no se hubiera resuelto antes del vencimiento del plazo para recurrir, lo que resulta a todas luces antieconómico desde el punto de vista procesal.

C) La adición del contenido de las resoluciones

Junto con la aclaración de los términos antes expresados prevé la ley la posibilidad de adicionar a la resolución algún extremo que se hubiera omitido en el pronunciamiento judicial, siempre con el límite de no alterarse sustancialmente lo resuelto y de realizarse la adición en el tiempo legalmente previsto para ello.

Se trata por tanto de complementar omisiones que fueran determinantes de la incongruencia de la resolución que se produce cuando el órgano judicial omite

pronunciarse en su resolución de algún punto que constituya una de las pretensiones de las partes e integre, por consiguiente, el objeto procesal al que el juez o tribunal a de dar respuesta en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

De este modo la incongruencia, que es un defecto ciertamente procesal, cuando sea por omisión, ha de intentar evitarse mediante la adición de la resolución como mecanismo que agotará las posibilidades de las partes antes de acudir al pertinente recurso que, de este modo, puede evitarse con ventaja.

133

RESOLUCIÓN AUTÉNTICA

Las resoluciones judiciales quedarán firmes y ejecutoriadas, sin necesidad de declaración alguna, en cuanto no sean oportunamente recurridas.

Sentencia firme es aquella contra la cual no cabe recurso alguno, excepto el de revisión.

504

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 11 (imposibilidad de juzgar dos veces a una persona por la misma causa)
- CPP, 7 (única persecución); 406 (reglas generales sobre los recursos); 411 (efecto suspensivo de los recursos)

II. COMENTARIO

El precepto viene a referir la definición de resolución auténtica o firme.

Tradicionalmente se distingue entre resolución definitiva y resolución firme, entendiéndose por la primera aquella que pone fin definitivamente a una instancia o recurso, sean sentencias o autos, en tanto que las resoluciones firmes se caracterizan porque contra las mismas no puede interponerse recurso alguno.

Es evidente que si a través del ejercicio de un recurso no se impugnan la totalidad de los pronunciamientos de una sentencia, los pronunciamientos no impugnados adquirirán firmeza y no podrán ser examinados, ni por consiguiente alterados, por la nueva resolución que se dicte, al ser ello aplicación de la disponibilidad que sobre el objeto del recurso tienen las partes y ser principio general de los recursos ordinarios

concebidos como medio de impugnación el que se plasma en el aforismo “tantum appellatum quantum devolutum”.

La firmeza no se evita por el hecho de que pueda interponerse recurso de revisión contra la resolución de que se trate, pues precisamente la revisión (artículos 431 y siguientes del CPP), no es propiamente un recurso sino un proceso autónomo contra sentencias condenatorias firmes en los casos expresamente establecidos de forma tasada, de manera que la firmeza de la sentencia es presupuesto de la revisión, improcedente de otro modo en tanto quede la vía de los recursos ordinarios para impugnar la resolución de que se trate.

Por lo demás la firmeza no precisa de especial declaración para que surta sus efectos, toda vez que el mero hecho de no ser posible interponer recurso alguno contra la resolución, o el transcurso del plazo para ello, provoca la referida firmeza y ejecutoriedad de la resolución.

El efecto esencial de la firmeza de una resolución es el derivado de la cosa juzgada; la cosa juzgada formal viene a confundirse en realidad con la propia firmeza, pues significa la imposibilidad de recurrir la resolución, lo que se vincula con la permanencia en el tiempo por su invariabilidad que impide que pueda modificarse la resolución fuera de los estrechos cauces de su aclaración o adición.

505

También es la firmeza la que conlleva los efectos de la cosa juzgada material, tanto en su aspecto negativo, prohibición del “non bis in idem” o imposibilidad de juzgar dos veces a una misma persona por unos mismos hechos tal y como expresamente prohíbe la Constitución, artículo 11; como en su aspecto positivo o prejudicial como vinculación estricta del juez o tribunal a lo resuelto mediante una decisión que haya alcanzado la firmeza.

134

COPIA AUTÉNTICA

El juez o tribunal conservará copia auténtica de las sentencias, autos y de otras actuaciones que considere relevantes.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 135 (restitución y renovación); 276 (documentación y valor de las actuaciones); 123 (regla general sobre actas)

II. COMENTARIO

Junto con los originales que constituyen el proceso impone la ley al juez o tribunal la obligación de conservar en su poder una copia auténtica de las sentencias, los autos, y actuaciones que considere relevantes, como pudieran ser actas de inspecciones o registros, y ello dentro del principio de conservación de los actos procesales y para la adecuada ordenación material del proceso.

La referida obligación pretende no otra cosa que asegurar en lo posible la eficacia en el tiempo de lo actuado, poniendo a salvo el proceso de los avatares que el deterioro, extravío, o destrucción de las actuaciones realizadas pudiera suponer, permitiendo en su caso acudir en primer lugar a la copia del juez o tribunal cuando sea necesario proceder a la restitución o renovación de algún acto procesal tal y como indica el artículo siguiente.

135

RESTITUCIÓN Y RENOVACIÓN

506

Cuando por cualquier causa se destruya, pierda o sustraiga el original de las resoluciones o de otros actos procesales necesarios, se repondrá por la copia auténtica en poder del juez o tribunal.

Si el juez o tribunal no dispone de copia auténtica ordenará, que quien la tenga la entregue a la secretaría, sin perjuicio del derecho de obtener otra.

Si no existe copia de los documentos, el juez o tribunal ordenará que se reciban las pruebas que evidencien su preexistencia y contenido. Cuando esto no sea posible, dispondrá la renovación, prescribiendo, el modo de hacerla.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 134 (copia auténtica); 123 (regla general sobre actas); 276 (documentación y valor de las actuaciones)

II. COMENTARIO

Puede suceder en ocasiones que por algún suceso intencionado (destrucción o sustracción), o accidental (destrucción o pérdida), se produzca la desaparición física de todas o de alguna de las actuaciones del proceso, ya de alguna resolución o ya de algún otro acto procesal relevante (un acta por ejemplo), y en estos supuestos se hace

necesario para la continuación del adecuado desarrollo del proceso y el enjuiciamiento de las conductas perseguidas y personas contra las que se dirija la acusación, reparar la pérdida o destrucción habida recuperando de algún modo la resolución o acto cuya ausencia convierte el proceso en algo incompleto y, por ende, defectuoso.

A esta finalidad responde la regulación legal contenida en el precepto que comentamos que contiene en verdad referencia a dos supuestos distintos que a continuación examinamos sucintamente.

A) La restitución

Es el medio más sencillo de reposición de alguna actuación cuando concurra el presupuesto objetivo de la destrucción, pérdida, o sustracción del original.

En cualquiera de estos casos la ley dispone cómo debe actuarse para reponer las actuaciones con constancia documental, acudiendo en primer lugar a la mera reposición del original por la copia auténtica que, conforme al artículo 134 del CPP, debe conservar en su poder el juez o el tribunal si se trata de sentencias, autos, u otras actuaciones que se hubieren considerado relevantes a fin de conservarse copia de las mismas. Esta es la manera más sencilla e inmediata de lograr la restitución mediante un trámite que se limitará a la necesidad de que el juez o tribunal deje constancia por resolución de la falta del original por el supuesto de hecho de que se trate, y a continuación se restituya el original por la copia haciéndose constar así bajo la fe del secretario y expidiéndose nueva copia auténtica para que quede en poder del juez o tribunal que de ella se hubiera desprendido.

507

Sólo en el caso de que no se pueda actuar del modo anterior por no poseer el juez copia auténtica del acto o resolución indebidamente extraído del proceso debe procederse tal y como indica el párrafo segundo del precepto, mediante la petición de la colaboración de las partes que serán requeridas, de forma imperativa pues se está ante una actuación de mera colaboración con el desarrollo del proceso, a fin de que aporten la copia auténtica que pudieran tener en su poder, actuándose en tal caso en la misma forma expuesta anteriormente previo cotejo de que la copia presentada responde realmente al concepto de “auténtica” que es su presupuesto de admisibilidad, y única garantía de su adecuada concordancia con el original que se sustituye.

Finalmente en ausencia también de copia auténtica por las partes, o por otros intervinientes en el proceso, establece la ley que lo procedente será que el juez o tribunal justifique la existencia y contenido del original mediante la práctica de la prueba que se estime adecuada para ello, dejando la ley abiertos interrogantes sobre la forma de la restitución material en tal supuesto, y debiendo respetarse en todo caso el principio de contradicción garante de la defensa de las partes.

B) La renovación

La renovación es el remedio extremo, y por tanto subsidiario, a que debe acudirse cuando dándose el supuesto de hecho de la desaparición de un original no sea posible su restitución en ninguna de las formas antes examinadas.

La regulación procesal se limita a establecer esta subsidiariedad y la necesidad de que el juez o tribunal que ordene la renovación prescriba el modo de hacerla, no indicándose nada más.

Ha de entenderse que si el original extraviado o destruido fuera una resolución judicial su renovación pasaría por el dictado de una nueva resolución que habría de tener el mismo contenido que aquella que se trata de renovar en cuanto ello sea posible, aun cuando no pueda garantizarse su identidad. Y si se trata de otra actuación que hubiera sido documentada, deberá reproducirse, si ello fuera posible por permitirlo su naturaleza, con intervención de las partes que deben valorar la adecuación de la renovación a su finalidad, y acomodo a las normas legales que regulen la actuación de que se trate.

508

136**COPIAS, INFORMES O CERTIFICACIONES**

El juez o tribunal ordenará la expedición de copias, informes o certificaciones cuando sean solicitadas por una autoridad pública o por particulares que acrediten legítimo interés en obtenerlos, siempre que el estado del procedimiento no lo impida, afecte la presunción de inocencia o su normal sustanciación.

Si durante el procedimiento el juez o tribunal tiene conocimiento de otro delito perseguible de oficio, certificará lo conducente a la Fiscalía General de la República para el desarrollo de los actos iniciales de investigación.

CONCORDANCIAS

- CPP, 147 (entrega de copia para notificar una resolución); 154 (posibilidad de retirar fotocopias por los interesados)

I. COMENTARIO

El precepto supone una de las proyecciones del principio de publicidad de las actuaciones procesales.

La instauración del principio de publicidad, conquista del pensamiento liberal, perseguía el logro de dos principales fines: por un lado, la seguridad de los ciudadanos contra la posible arbitrariedad judicial y contra eventuales manipulaciones gubernamentales en la creación, composición y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, y, de otro, el fortalecimiento de la confianza del pueblo en sus tribunales, en tanto que instrumento de control popular sobre la justicia; estos logros en absoluto han perdido su vigencia, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que... “la publicidad del procedimiento ante los órganos judiciales...protege a los justiciables contra una justicia secreta que escapa al control del público; constituye también uno de los medios de promover la confianza en los tribunales...” STEDH de 8 de diciembre de 1983.

Si bien la publicidad tiene su máxima expresión en las actuaciones orales que presiden el enjuiciamiento penal, no es ello ahora motivo de este comentario que se limita al ámbito de la publicidad de las actuaciones escritas o documentadas.

Debe partirse de la consideración de que las actuaciones procesales serán públicas para las partes personadas en el proceso como medio de que puedan conocer cuanto en él suceda y ejercer con plenitud de posibilidades su derecho de defensa, publicidad que en este supuesto se llevará a efecto mediante la intervención de las partes en la realización de los actos procesales, y por la notificación de cuantas resoluciones se dicten en el proceso.

509

El artículo que ahora comentamos se refiere sin embargo a un supuesto distinto al anteriormente reseñado, cual es que durante la tramitación del proceso puedan acceder al conocimiento de las actuaciones escritas otras personas interesadas, lo que se refiere en el párrafo primero del artículo.

Las premisas necesarias para que proceda expedir a un tercero, particular o autoridad pública, las copias, informes o certificaciones que soliciten, son dos, a saber, que se acredite interés legítimo en obtenerlos, y que el estado del procedimiento no lo impida, afecte a la presunción de inocencia, o a su forma sustanciación.

Por interés legítimo habrá de entenderse aquel que ostenten aquellas personas a las que el conocimiento de una o varias actuaciones pueda reportarles un beneficio o evitarles un perjuicio de cualquier clase; es necesario en todo caso que el solicitante que pretenda acceder al conocimiento del proceso “acredite” su interés y que el mismo es legítimo, es decir, no dirigido o proveniente de una actuación ilícita o fraudulenta, de manera que habrá de ser en la solicitud o petición que se haga al órgano judicial donde se exprese con la necesaria extensión cual sea el interés que se esgrime, con aportación documental, si ello es posible, para justificar el mismo, ya que si ello no se cumple el juez o tribunal habrá de denegar, por medio de auto fundado, la expedición interesada por falta de los requisitos legales.

También se rechazará la solicitud cuando el estado del procedimiento impida la expedición, o se afecte a su formal sustanciación, o a la presunción de inocencia, pues en estos casos la tensión entre los bienes en conflicto hacen prevalecer sobre la publicidad para terceros el derecho del acusado a la presunción de inocencia que pudiera verse afectada, o el derecho a un proceso con todas las garantías.

En el caso de que la solicitud provenga de alguna autoridad pública ha de tenerse en cuenta el deber de colaboración que debe presidir la relación entre éstas y las autoridades judiciales, siempre que se justifiquen los fines que determinan la expedición documental.

El último párrafo del precepto prevé un supuesto distinto pues aquí la exigencia de persecución pública de los delitos de esta naturaleza exige que el juez o tribunal que tenga conocimiento durante el proceso de que pudiera haberse cometido un delito, habrá de trasladar lo necesario a la Fiscalía General de la República para su adecuada investigación, lo que se concibe como una obligación en términos imperativos que se llevará a cabo, materialmente, mediante certificación por el órgano judicial de aquellos datos que permita la persecución del presunto delito.

CAPÍTULO IV

COMUNICACIÓN ENTRE AUTORIDADES

137

REGLAS GENERALES

Cuando un acto procesal se deba ejecutar por intermedio de otra autoridad, el juez o tribunal podrá encomendar su cumplimiento por escrito, pudiendo utilizar otros medios electrónicos que garanticen su autenticidad. La solicitud de auxilio judicial no estará sujeta a ninguna formalidad, sólo indicará el pedido concreto, el procedimiento de que se trate, la identificación del juez o tribunal y el plazo en el que se necesita la respuesta.

Dichas comunicaciones podrán realizarse utilizando cualquier medio que garantice su autenticidad.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 138 (comunicación directa); 141 (demora en el trámite); 188 (testigos residentes fuera de la ciudad de realización del acto procesal)
- Cn, 1 (fines del Estado)

II. COMENTARIO

En el capítulo que se inicia con el presente artículo sobre reglas generales de la comunicación entre autoridades se regula, con excesiva concisión, la problemática del Auxilio judicial, necesario mecanismo de cooperación tanto entre órganos judiciales, como entre éstos y otras autoridades.

El fundamento de la colaboración no es otro que el permitir el logro de los fines del proceso y la ejecución de lo resuelto, y su necesidad viene dada tanto por la propia división territorial del trabajo entre los distintos órganos judiciales, lo que determina el deber de colaboración entre ellos cuando un cierto acto procesal deba ser realizado fuera del ámbito territorial en que ejerza su jurisdicción quien reclame la colaboración, como por el hecho de que determinadas actuaciones requerirán la intermediación de otra autoridad o funcionario de la República.

Debe tenerse en cuenta, en cuanto al auxilio estrictamente judicial, que conforme al artículo 122 el juez o tribunal puede constituirse en cualquier lugar del territorio nacional.

La naturaleza formal de las solicitudes de cooperación con la jurisdicción es la de actos procesales de comunicación, cuyo contenido material dependerá del contenido del propio acto que deba realizarse a través de la autoridad o funcionario cuya colaboración se requiere.

La ley sólo distingue entre un auxilio interno y otro internacional para el que emplea la denominación tradicional de comisión rogatoria para identificar el modo de cumplirse tal auxilio; no se ofrece sin embargo ninguna denominación al escrito por el que se cumplimente el auxilio interno, ni se distingue en función de la autoridad o funcionario que haya de ser el destinatario de la petición. La ley habla sólo de solicitud de auxilio judicial determinando su contenido mínimo, relativo únicamente a la expresión de lo que se solicita, procedimiento en que se realiza, juez o tribunal que lo ordena y plazo para su cumplimiento, y rechazando cualquier formalidad en su redacción.

512 Por lo demás lo usual es la utilización de la realización de un escrito para presentar la solicitud de auxilio, pero la ley prevé también, haciéndose sin duda eco de la implantación cada vez mayor de las nuevas tecnologías, la posibilidad de utilizar cualquier otro medio electrónico con tal de que se garantice su autenticidad.

138

COMUNICACIÓN DIRECTA

El juez o los tribunales podrán de conformidad con la ley dirigirse directamente a cualquier autoridad o funcionario de la República, quienes prestarán su colaboración y expedirán los informes que les soliciten, sin demora alguna.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 137 (reglas generales sobre comunicación entre autoridades); 141 (retardo en el trámite de la solicitud)
- CP, 322 (desobediencia); 323 (denegación de auxilio)

II. COMENTARIO

Completando el anterior precepto este artículo 138, sin duda en el intento de agilizar al máximo los trámites del auxilio, establece la comunicación directa, sin necesidad por tanto de intervención de órganos intermedios, entre los jueces y tribunales y cualquier autoridad o funcionario de quien se requiera la colaboración en alguna actuación o la emisión de un informe cuando ello sea el motivo del auxilio.

Es la vinculación de todos los poderes públicos a la ley, y su obligación de prestar colaboración al Poder Judicial, lo que permite que éste pueda llevar a delante sus funciones constitucionales, de imposible cumplimiento si esta colaboración.

Dos son las ideas esenciales del precepto cuyo encaje constitucional es evidente por lo antes expuesto, a saber, y en primer lugar, que la comunicación entre cualquier juez o cualquier tribunal, al margen de su rango orgánico ya que lo que importa es que ejerza la potestad jurisdiccional, y cualquier autoridad o funcionario, de conformidad con la ley, debe llevarse a cabo de forma directa, y como antes comentamos por cualquier medio técnico que asegure su autenticidad, lo que habla claramente de la celeridad que el legislador pretende en estas comunicaciones que no han de suponer nunca un obstáculo a la labor judicial.

513

La segunda idea es la de la imperatividad de la colaboración, a través de los verbos “prestarán” y “expedirán” que implican un mandato claro a las autoridades o funcionarios que reciban la solicitud de colaboración de realizar aquello que se les solicite, sea una actividad, sea la emisión de un informe; y ello además sin demora alguna, lo que incide nuevamente en la agilidad y fluidez que se pretende de la cooperación entre los órganos judiciales y otras autoridades del Estado para lograr el fin de la justicia que es uno de los que preconiza el art. 1 Cn.

El incumplimiento de los mandatos judiciales sin justa causa podría ser incluso susceptible de reproche penal a través de las figuras de los delitos de desobediencia o de denegación de auxilio, de acuerdo a lo previsto en los artículos 322 y 323 del Código Penal.

139

COMISIÓN ROGATORIA A TRIBUNALES EXTRANJEROS

Respecto a los tribunales extranjeros, se empleará la fórmula de comisión rogatoria. El juez o tribunal interesado enviará la comisión al Ministerio de Relaciones Exteriores, por medio de la Corte Suprema de Justicia, para que lo tramite por la vía diplomática.

CONCORDANCIAS

- CPP, 140 (comisión rogatoria del extranjero)
- Convención Interamericana sobre Extradición (El Salvador es país signatario pero no ha habido aún ratificación)
- Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (se refiere a derecho privado)
- Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (también sobre derecho privado)
- Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias
- Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional
- Cn, 144 y siguientes (tratados internacionales); 149 (inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado; inconstitucionalidad)

514

II. COMENTARIO

El ámbito que completa la cooperación entre y con los tribunales es el auxilio judicial internacional a través del cual los jueces y tribunales de un Estado pueden solicitar la colaboración para la práctica de determinadas diligencias, en los casos que ello proceda, de los jueces o tribunales de otro Estado, pues ha de tenerse en cuenta que los límites territoriales que impone la idea de soberanía, vinculada desde luego la jurisdicción que es un poder del Estado, son cada vez menos relevantes en función de la unidad de intereses políticos y económicos que se plasman en los oportunos tratados internacionales.

En el ámbito penal que nos ocupa es lo cierto que determinados delitos, por su gravedad o afectación de bienes jurídicos especialmente relevantes, no pueden conocer límites territoriales, como la persecución de delincuentes en determinadas condiciones tampoco puede cesar por el hecho de la extraterritorialidad, respondiendo a estas

necesidades mecanismos como el del auxilio judicial internacional, o figuras como las de la extradición.

No se prevé en el precepto el desplazamiento del Juez a un país extranjero para el cumplimiento de alguna actuación procesal relevante.

La fórmula por la que se solicitará la colaboración o auxilio será la de la comisión rogatoria, término acuñado en el derecho internacional, documento que habrá de redactar el juez o tribunal que solicite la cooperación internacional expresando al menos lo que se solicita, el proceso de que se trate, el juez o tribunal que lo acuerda, y el plazo de realización, con identificación de las personas con las que haya de realizarse la comisión.

La manera de enviar la comisión rogatoria será a través de la Corte Suprema de Justicia que a su vez lo enviará al Ministerio de Relaciones Exteriores para que la tramite por la vía diplomática.

Es esencial en esta materia estar a lo que dispongan los tratados que existan, en su caso, con el país que ha de cumplir la comisión rogatoria, pues no puede obviarse que, de acuerdo con lo que establece el artículo 144 de la Constitución, los tratados internacionales constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, hasta el punto de que “la ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

515

Cuestión distinta es el acomodo de las disposiciones del tratado a la Constitución, pues ello está sometido al control de los Tribunales, como ocurre con todas las demás normas jurídicas, y así lo expresa el artículo 149 de la propia Constitución.

Es lo cierto que en el seno de la OEA no se ha ratificado la Convención Interamericana sobre Extradición, salvo por Costa Rica, Panamá y Ecuador, ni ha tenido éxito la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal.

Serán los tratados en todo caso no ya los que permitan, pues cabe en su ausencia acudir al recurso subsidiario de común aplicación en el ámbito internacional de la reciprocidad, sino sobre todo los que hagan que el sistema funcione de forma ágil y eficaz, único modo en el que el auxilio judicial, que no puede suponer un entorpecimiento del proceso, tenga plena virtualidad.

En cuanto al valor probatorio de las diligencias practicadas mediante cooperación judicial internacional, ha de decirse que adquieren el valor propio a la diligencia de que se trate siempre que la comisión rogatoria se realice conforme a lo acordado en un tratado o convenio, se incorpore la diligencia al procedimiento del modo legalmente previsto de forma que no se cause indefensión a ninguna de las partes, y se haya respetado la legislación del Estado requerido en su práctica.

140

COMISIÓN ROGATORIA DEL EXTRANJERO

La Comisión Rogatoria de Tribunales Extranjeros serán diligenciados en los casos y formas establecidas por los tratados o costumbres internacionales y por las leyes del país y la respuesta se enviará a través del Ministerio de Relaciones Exteriores.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 144 (rango de los tratados internacionales); 145 (límite en la ratificación de los tratados); 182.3^a (atribuciones de la Corte Suprema de Justicia)
- CPP, 139 (comisión rogatoria a tribunales extranjeros)

II. COMENTARIO

516

En este supuesto lo que se examina y regula es el cumplimiento de las comisiones rogatorias provenientes del extranjero; aun cuando no se hacía referencia expresa a ello, en el caso del auxilio judicial “activo” a que alude el artículo 139, habría que estar en todo caso a lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales, lo que sí se expresa claramente en este supuesto de auxilio judicial “pasivo”, puesto que el diligenciado de las comisiones rogatorias provenientes de terceros países sólo se llevará a efecto en los casos y formas establecidas por los tratados, por las costumbres internacionales, lo que parece aludir a la idea de la reciprocidad, y por las leyes del país, lo que supone una limitación al cumplimiento de las comisiones rogatorias cuando pudieran oponerse en su contenido a tales leyes, es decir, una cláusula de salvaguarda del orden público interno.

Aun cuando sólo se indica que la respuesta se enviará a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, parece que lo procedente será asimismo enviarlo previamente a través de la Corte Suprema de Justicia para la tramitación de la devolución, favoreciéndose la estadística sobre este tipo de actuaciones, y siendo esta lectura la que resulta además de las propias atribuciones de la Corte Suprema de Justicia que en el artículo 182.3^a de la Constitución tiene las relativas a dar curso a las comisiones rogatorias que se libren para practicar diligencias fuera del Estado, “y mandar a cumplimentar las que procedan de otros países, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados”.

Desde luego no cabe duda de que la forma en que habrá de llevarse a cabo el acto que se requiera por el tribunal extranjero habrá de ser de acuerdo con la propia legislación procesal de El Salvador, pues el derecho procesal es de naturaleza de “ius

cogens” y resulta indisponible e irrenunciable; pero no puede obviarse que la cooperación no se prestará en todo caso, pues aunque la única referencia que hace el precepto es la relativa al diligenciado en los casos establecidos por las leyes del país, habrá de entenderse, cual ocurre en otros ordenamientos y está en la esencia de la cooperación internacional, que no procederá prestar el auxilio en los siguientes casos:

- Cuando la cooperación se solicite en un proceso que sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción de El Salvador.
- Cuando se pretenda el cumplimiento por autoridad judicial no competente.
- Cuando la comisión rogatoria no se haya presentado de forma adecuada según los tratados, o no ofrezca garantías de autenticidad por cualquier causa.
- Y cuando la diligencia que se solicite por vía del auxilio judicial internacional sea manifiestamente contraria al orden público de El Salvador.

141

517

RETARDO

Si el trámite de una solicitud o comisión es demorado deberá reiterarse, de no obtener respuesta, el juez o tribunal solicitante podrá dirigirse a la Corte Suprema de Justicia para que ordene de conformidad con la ley la respuesta urgente.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 137 (reglas generales sobre auxilio judicial); 138 (práctica sin demora de las diligencias interesadas)
- Cn, 182.5^a (atribuciones de la Corte Suprema de Justicia)

II. COMENTARIO

Consecuencia de que los actos de auxilio judicial no supongan un entorpecimiento del proceso hasta el punto de hacer inviable o paralizar su prosecución, prevé la ley el mecanismo a que habrá de acudir cuando la colaboración no se preste con la celeridad o falta de demora que la propia ley exige.

Este mecanismo será el de acudir a la Corte Suprema de Justicia para que tome las medidas necesarias para lograr el cumplimiento de la colaboración, la emisión del

informe, o el diligenciado de la comisión. No en vano la propia Constitución establece como una de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, artículo 182.5ª “Vigilar que se administre pronta y cumplida Justicia, para lo cual adoptará las medidas que estime necesarias”, y esta previsión constitucional desde luego se cumple en lo relativo a los actos de comunicación que nos ocupa.

La demora puede tanto darse en el ámbito del auxilio judicial interno como en el internacional y en ambos casos puede acudirse a la Corte Suprema de Justicia para remover los obstáculos que existan, si bien es necesario antes haber reiterado la petición o solicitud, pues el acceso al Alto Órgano sólo se prevé como medio subsidiario ante un incumplimiento respecto del que el juez o tribunal solicitante haya agotado sus posibilidades de actuación sin éxito.

Comunicada la situación de retardo, y la reiteración efectuada sobre el cumplimiento sin que este se haya producido, será ya la Corte Suprema de Justicia la que habrá de ordenar la respuesta urgente, adoptando si es necesario cuantas medidas ponga la ley a su alcance para lograr su finalidad y el cumplimiento de lo así ordenado.

518

142

FISCALES

En el cumplimiento de los actos de investigación que les encomiende el juez de instrucción o en aquellas tareas propias de las funciones que le atribuye este Código, los fiscales se comunicarán con las autoridades nacionales de un modo análogo al previsto en este Capítulo.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 137 (regla general sobre comunicación entre autoridades); 138 (comunicación directa); 84 (atribuciones de investigación); 85 (poder coercitivo de los fiscales en el ejercicio de sus funciones)

II. COMENTARIO

El artículo supone la aplicación sobre las normas de auxilio judicial también a los fiscales, por analogía a la que expresamente se refiere la norma.

No obstante han de hacerse dos precisiones, a saber:

- En primer lugar que es premisa o presupuesto necesario para que se otorgue esta atribución a los fiscales el que estos se encuentren “en el cumplimiento de los actos de investigación que les encomiende el juez de instrucción o en aquellas tareas propias de las funciones que le atribuye este Código”, lo que debe ponerse en relación con el tenor del artículo 84 del propio texto legal en cuanto otorga a los fiscales la dirección de los actos iniciales de investigación, y en la instrucción las investigaciones que les encomiando el juez o tribunal; si en ello habrán de actuar bajo el control jurisdiccional, como el propio artículo dispone, es lógico que tengan también para estos fines del proceso la posibilidad de actuar en solicitudes de cooperación con otras autoridades de forma directa.
- En segundo lugar la analogía que la ley prevé se refiere sólo a la comunicación con las autoridades nacionales, por lo que no cabe entender que las prerrogativas del fiscal en este ámbito se extiendan a la posibilidad de librar comisiones rogatorias, pues parece vedado el acceso al auxilio judicial internacional.

No se prevé el modo de actuar en caso de retardo; de aplicarse la analogía debería ponerse en conocimiento este hecho de la Corte Suprema de Justicia conforme al artículo 141, si bien ello acaso pudiera hacerse a través del propio juez instructor que hay encomendado la investigación en cuyo curso se haya producido la solicitud de colaboración por parte del fiscal y el subsiguiente incumplimiento de la autoridad nacional.

CAPÍTULO V

NOTIFICACIONES, CITACIONES Y AUDIENCIAS

143

REGLA GENERAL

Las resoluciones se notificarán a quienes corresponda dentro de las veinticuatro horas de dictadas, salvo que el juez o tribunal disponga un plazo menor y no obligan sino a las personas debidamente notificadas.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 1,2, 12
- CPP, 145,146,147,151

520

II. COMENTARIO

Este precepto, enmarcado como regla general de las notificaciones, consagra en la jurisdicción punitiva la obligación que tiene todo Tribunal o Juez de dicho ámbito de dar a conocer a las partes integrantes del proceso penal todas y cada unas de las resoluciones que dicte, ya sean las de mero trámite o las que pongan fin al proceso. Es cierto que el literal de dicho precepto dice que esas notificaciones se harán “a quienes correspondan”, utilizando una expresión habitual en el mundo anglosajón, pero de carácter genérico y que puede dar lugar a interpretaciones diversas, por lo que ha de ser el titular del órgano judicial quien señale las personas a las que se han de dirigir esos actos de comunicación, siempre conforme previenen el CPP y demás leyes del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, se ha de entender incluido en la expresión “a quienes correspondan” a las partes, es decir, a las personas o instituciones afectadas por un proceso penal concreto, ya sea en cuanto partícipes del mismo en calidad de sujetos activos porque en virtud de Ley son parte y han de intervenir obligatoriamente (Ministerio Público e imputado), o bien porque legalmente pueden serlo y manifiestan su intención de hacerlo (la víctima); si bien, y tal como están redactados los siguientes preceptos del CPP, la víctima es una parte activa a la que se le harán las notificaciones, aunque no esté personada como tal parte. Así, en los siguientes artículos de dicho Capítulo V se recoge expresamente el vocablo “partes” con relación al acto de notificación: el art.

145, respecto al lugar y forma en que se les hará la notificación, dándoseles un papel muy activo; y el art. 146 sobre las notificaciones a sus mandatarios o defensores. También dicho texto legal se refiere de forma específica al “imputado”: art. 145, párrafo tercero, al indicar el lugar en que se le ha de hacer las notificaciones personales si está detenido. El artículo 147 utiliza el término “interesado” (acepción muy común en el Derecho Administrativo continental), concretamente sobre el modo de llevarse a cabo la notificación. El párrafo tercero del citado art. 145 señala que “La víctima será notificada...”. Del literal de esos concretos preceptos invocados se confirma que la notificación se ha de hacer a las partes del proceso, es decir, al Ministerio Público, cuando su intervención así lo establezca la Ley, a la víctima y al imputado. Esta interpretación es lógica porque el objeto de la notificación es informar del contenido de una resolución, y obviamente se ha de hacer en primer lugar a los integrantes del proceso penal, a los cuales, como ya se ha apuntado, se les atribuye incluso una participación activa sobre el lugar y forma de hacerse la notificación.

Esta obligación de notificar, que junto con la citación y la audiencia constituyen las tres formas de comunicación oficial del procedimiento que dan nombre a este Capítulo, es una consecuencia necesaria del derecho constitucional a la defensa que ostentan todos los ciudadanos de la República (arts. 1, 2 y 12 Constitución), y que exige, para que realmente sea efectivo, que sus titulares conozcan plenamente un proceso penal que directamente les afecta, ya sea en calidad de imputado, o como víctima, y todo ello a fin de que puedan ejercer sus derechos de defensa en la respectiva posición que ostentan en el procedimiento. Por ello, el titular del órgano judicial ha de tener los medios legales necesarios para conseguir que se cumpla dicha obligación.

521

El legislador salvadoreño establece, para notificar la resolución, un plazo máximo de 24 horas, que deberá ser cumplido por los obligados a hacerlo, a no ser que el juez o tribunal reduzca ese plazo. Por lo tanto, en ningún caso la notificación de la resolución puede demorarse más allá de veinticuatro horas, con lo que se pretende que la parte en el proceso tenga conocimiento lo antes posible de cualquier tipo de resolución, con el objetivo de hacer frente a la defensa de sus intereses.

Por último, se establece expresamente que esas resoluciones notificadas sólo obligan a los que debidamente han sido notificados; de lo que se deduce que no causarán efectos las notificaciones que adolezcan de nulidad en los supuestos previstos en el art. 151 CPP; y con las consecuencias que ello implica en el proceso.

III. JURISPRUDENCIA

Principio finalista. “Los actos procesales de comunicación se rigen por el principio finalista de las normas procesales, según el cual los requisitos y modos de realización de dichos actos, deben ser apreciados desde una perspectiva finalista, cual es garantizar

el derecho de audiencia y otros derechos constitucionalmente reconocidos” (*Amparo, 30-08-01*).

144

PERSONAS FACULTADAS PARA NOTIFICAR

Las notificaciones serán practicadas por el secretario o por el auxiliar designado al efecto.

Si es necesario, se requerirá el auxilio de otras autoridades para practicar la notificación.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 1
- CPP, 151

522

II. COMENTARIO

Se indica de forma concreta el funcionario del Juzgado o Tribunal que está facultado para realizar el acto de notificación. La designación del Secretario Judicial responde a que es el primer funcionario del órgano judicial con competencia en materia de comunicación de actos. Si bien, también se recoge la posibilidad de que la notificación sea efectuada por un auxiliar del Juzgado designado al efecto. Al estar situada esa segunda expresión detrás de la partícula “o”, se ha de entender que en principio ha de ser el Secretario el competente para realizar ese acto esencial del proceso penal. Dicha designación plantea la cuestión de quién la ha de efectuar, dado que no se indica que este segundo funcionario actúa por delegación del Secretario: si por el titular del órgano judicial o el por propio Secretario. Lógicamente, ello va unido a la organización de la oficina judicial, cuya jefatura la encarna el Secretario, por lo que será función de este designar el auxiliar que realice las notificaciones, ya sea de forma general o para casos concretos.

Quien lleve a cabo la notificación deberá cumplir los estrictos requisitos exigidos por la Ley en el presente Capítulo, so pena de que pueda declararse nula, con los efectos que ello conllevaría y que arriba se han adelantado, y la consecuente exigencia de responsabilidad, incluso disciplinaria.

El último párrafo del precepto hace mención a la obligación que tienen todos los poderes públicos de colaborar con la Administración de Justicia, lo cual responde a la exigencia constitucional (art.1 Cn) de que el Estado se organice para la consecución, entre otros fines, de la Justicia. En este punto se ha de hacer mención a la Policía Judicial, especialmente necesaria para facilitar las notificaciones conflictivas, ya sea por su ubicación o por la propia persona a notificar.

145

LUGAR DEL ACTO

Las partes serán notificadas en el lugar que ellas indiquen en su primera intervención en el procedimiento; ellas podrán proponer una forma especial de notificación.

Si no han señalado el lugar para oír notificaciones o especificado otra forma para recibir las, la primera resolución que respecto de ellas se dicte, se les notificará en su residencia o lugar donde se encuentren, intimándolas a que fijen lugar para oír notificaciones dentro de los tres días siguientes. Si las partes no responden a la intimación, las resoluciones se tendrán por notificadas por el transcurso de las veinticuatro horas siguientes a su dictado.

523

Si el imputado está detenido y es necesario notificarlo personalmente, las resoluciones se le notificarán en la secretaría o en el lugar de su detención según lo resuelva el tribunal.

La víctima será notificada en su residencia o lugar donde se encuentre.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 143, 146, 147, 151

II. COMENTARIO

Se establece, en primer lugar, la obligación legal (“Las partes serán...” de los notificadores de realizar las notificaciones a las partes en el lugar que ellas señalen. El incumplimiento de esta obligación podría acarrear la nulidad de la notificación, conforme a la primera causa del art. 151.1 CPP (en este precepto se habla de error sobre el lugar), y con las consecuencias recogidas en el último párrafo del art.143 CPP.

Para ello, se estará a lo que digan en tal sentido las propias partes en su primera intervención en el proceso, pudiendo, además, proponer en ese mismo momento una forma especial de notificación.

Es normal, y así se recoge en otros ordenamientos jurídicos, que el lugar de las notificaciones sea el que designen las partes, a fin de evitarles una pena añadida de tener que acudir al lugar del órgano judicial a recoger las notificaciones; y lo lógico es que indiquen el de su domicilio habitual. Por ello, en esa primera intervención en el proceso se debería por el funcionario correspondiente pedir a la parte de que se trate esa específica información, a fin de evitar las actuaciones procesales reguladas en los siguientes párrafos para el caso de inexistencia de tal información. Tal como están redactados los dos primeros párrafos del artículo, la intimación sobre el lugar o forma de notificación a las partes prevista en el segundo párrafo sólo procedería si en esa primera intervención procesal no se hubiera indicado el lugar o forma de realizar la notificación que desea la parte, sin que ésta esté obligado a ello, aunque se le haya pedido en esa concreta primera intervención, dado que la redacción del segundo párrafo sólo prevé la intimación si en esa primera intervención no lo ha hecho (se entiende que voluntariamente).

524 El segundo párrafo indica el lugar donde se han de realizar las notificaciones si las partes no lo han hecho en su primera intervención: en el de su residencia, o donde se encuentren. El notificador tiene la obligación, además de notificar en dicho lugar, intimar a la parte para que fije lugar para oír las notificaciones en un plazo de tres días. Igualmente, se prevé la consecuencia de que la parte no lo haga: las resoluciones se tendrán por notificadas por el transcurso de veinticuatro horas siguientes a su dictado. Ello conlleva que el notificador, en ese acto de intimación, aperciba a la parte de esa concreta consecuencia de su incumplimiento.

Dicha consecuencia requerirá una previa resolución judicial estableciendo que la parte no ha cumplido en plazo la intimación, y que a partir de ese momento las resoluciones que se le ha de notificar causarán plenos efectos transcurridas esas veinticuatro horas. Por lo tanto, el Sr. Secretario deberá extender diligencia de transcurso de ese plazo, para así ejecutarse la resolución.

Se ha de entender que ese efecto no se extiende a los casos en que la notificación se ha de hacer, por su naturaleza, en la persona de la parte. Y ello porque el siguiente precepto (art. 146) reconoce que existen resoluciones que por su naturaleza se han de realizar en la propia persona, por lo que en estos casos se ha de acudir, para efectuar la notificación, necesariamente a su domicilio, o lugar donde se encuentre.

Respecto a la posibilidad de que la parte pueda proponer una forma especial de notificación, supone una excepción a esas reglas sobre el lugar en que se han de hacer, otorgándole a la parte ese derecho a hacerlo. Ello se ha de poner con relación al

artículo 147 CPP, en el que se recoge diversas formas de notificación que coinciden con medios técnicos muy avanzados de comunicación. Evidentemente, en el caso de que el interesado proponga una concreta forma de notificación, así se realizará por el funcionario obligado, lo cual supone facilitar, utilizando los nuevos medios electrónicos y de otro tipo, y siempre de acuerdo con el interesado, su conocimiento lo más rápido posible de todas las resoluciones que se dicten en el proceso del que es parte. Se plantea la cuestión de si en los casos en que la notificación se ha de hacer personalmente teniendo en cuenta su naturaleza, se podría utilizar o no la forma especial por él designada. Se puede aducir que los nuevos medios comunicación posibilitan el dejar constancia de que efectivamente el notificado ha recibido la resolución; pero también se puede oponer que no es seguro que sea esa persona quien reciba la notificación, incluso aunque se acuse recibo por ese mismo medio de su recepción, dada la facilidad de acceso actual a los correos electrónicos u otros medios de similar naturaleza.

Los dos último párrafos del precepto regulan de forma concreta el lugar en que se han de hacer las notificaciones al imputado detenido y a la víctima, respectivamente. En el primer caso, es lógica esa especificación porque al estar privado de libertad evidentemente el imputado no se encuentra en el lugar que la ley designa a tal efecto, y al ser la notificación personal sólo cabe hacerse en uno de esos dos lugares. Corresponde al titular del órgano judicial decidir si se hace en la propia secretaría o en el lugar de su detención. Se ha de aclarar que cuando el legislador utiliza la palabra tribunal (sin mayúsculas), se ha de referir a cualquier órgano judicial que esté conociendo del asunto en cuestión, no sólo a los colegiados.

525

Es redundante el contenido del último párrafo del artículo, ya que en los anteriores se regula el lugar donde se ha de hacer la notificación a todas las partes, por lo que no se entiende la especificación que se hace a favor de la víctima, a no ser que se considere que en cualquier caso toda notificación se ha de realizar en su residencia o lugar donde se encuentre, lo cual es posible de acuerdo a una lectura estricta del literal del párrafo, pero no si se pone en relación con el resto del precepto.

146

NOTIFICACIONES A DEFENSORES O MANDATARIOS

Si las partes tienen defensor o mandatario, las notificaciones serán hechas solamente a éstos, salvo que la ley o la naturaleza del acto exijan que también ellas sean notificadas personalmente.

I. COMENTARIO

Se permite a las partes intervenir en el proceso mediante abogado u otro mandatario con facultades de poder recibir, con todos los efectos previstos en la Ley, notificaciones dirigidas a su defendido o apoderado. Igualmente se establece que en dichos casos únicamente a esas concretas personas se harán las notificaciones; con excepción de aquellas que por su naturaleza se han de hacer de forma personal.

El precepto reconoce al Letrado la facultad de poder, junto a sus labores puramente de defensa, representar a su cliente durante la tramitación del proceso, al concedérsele la facultad de recibir notificaciones. Esto supone, no solamente facilitar la necesaria celeridad al procedimiento, sino también favorecer los intereses de la parte en cuestión, al ver unidas en una sola persona la defensa y la representación. Por lo tanto, desde el momento en que la parte, ya sea voluntariamente, o de oficio (en caso de imputado), tenga Letrado, éste será quien reciba las notificaciones, sin necesidad de seguir las reglas que sobre el lugar, forma y modo de notificación se recogen en el presente Capítulo. Asimismo, ello es de aplicación para el caso de nombramiento de mandatario. En este caso, se ha de comunicar al Juzgado el poder otorgando tal representación, u otorgarla “apud acta” ante el mismo órgano judicial (Secretario).

526 Respecto al lugar en que se han de hacer las notificaciones al Letrado o mandatario, es decir, en su sede o en la del órgano judicial, la ley no dice nada al respecto, pero el presente precepto está ubicado después del que regula el lugar de las notificaciones y establece, además, una excepción para los supuestos de notificación personal, lo que se puede interpretar en el sentido de que lo lógico, y de acuerdo con lo expuesto de promover la rápida tramitación del procedimiento y favorecer el derecho a la defensa, es que se hagan en la sede del órgano judicial. Para ello, deben habilitarse unos medios de comunicación entre el órgano judicial y esos receptores de las notificaciones, dado que las mismas, como se ha dicho, se han de efectuar en un plazo de veinticuatro horas desde que se dicta la resolución a notificar.

El legislador, como ya se ha dicho, no permite efectuar notificaciones de resoluciones judiciales a Letrado o mandatario si por su naturaleza se han de efectuar en persona a la parte. Es llamativo que se deje a la valoración del correspondiente órgano judicial qué notificaciones se han de hacer personalmente, y que no se produzca también en los casos expresamente previstos por la Ley, tal como establecen los ordenamientos jurídicos de otros países. En el sistema penal español, y a modo de ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige esa notificación personal en los siguientes casos: las comunicaciones de sentencias, autos de procesamiento o su denegación, nombramientos de peritos, auto elevando a prisión la detención o dejándola sin efecto, auto subsiguiente acordando incomunicación de preso, auto ratificando prisión o la libertad, aseguramiento de responsabilidades pecuniarias, o decretando el embargo de bienes, requerimiento al procesado para que señale bienes, comunicando archivo

en Fiscalía, citación a juicio del acusado en procedimiento abreviado, notificación sentencia dictada en rebeldía, e improcedencia recurso de casación.

147

MODO DEL ACTO

Para notificar una resolución, se entregará al interesado que lo exija, una copia de la misma, donde conste el procedimiento en que se dictó.

Cuando el interesado lo acepte expresamente, se le notificará por medio de carta certificada o por cualquier otro medio electrónico que garantice su autenticidad, caso en el cual el plazo comenzará a contar a partir del envío de la comunicación, según lo acredite el correo o la oficina de transmisión.

También se podrá notificar mediante otros sistemas, autorizados por la Corte Suprema de Justicia, siempre que no causen indefensión, prefiriéndose en todo caso el que el interesado acepte.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 145, 148, 149, 151

II. COMENTARIO

El primer párrafo del precepto da a entender, al decir que sólo se entregará copia de la notificación si lo exige el interesado, que la notificación se hará, en principio, por medio de su lectura, ya sea por parte del notificador a presencia del notificado, o éste por sí mismo. En la copia que se le entregue se deberá hacer constar el procedimiento en que se dictó. Es obvia esta especificación, dado que el interesado debe saber el proceso exacto en que se ha dictado una resolución que le afecta.

Este primer párrafo regula de esa forma tan parca el modo o forma del acto de notificación, pero sólo de las notificaciones que no se hagan por carta certificada, o por medio electrónico de cualquier tipo u otros sistemas de transmisión, o las de carácter personal, o las que se realicen en la Residencia, Oficina o en el Lugar de Trabajo; las cuales se regulan en ese mismo precepto (los siguientes párrafos) o en otros posteriores (arts. 148 y 149).

Esas excepciones nos lleva a la conclusión de que ese modo de notificación únicamente se llevará a cabo cuando se hagan en la oficina judicial, debiéndose verificar

por medio de diligencia, en la que se hará constar expresamente por el notificador qué resolución se notifica, a quién se efectúa, si al propio interesado o a su Letrado o mandatario, si se le entrega copia porque así lo ha exigido, así como la fecha; con la consecuencia de que si así no se hace, se pueda incurrir en alguna causa de nulidad del art. 151 CPP.

528 Los dos último párrafos abren la posibilidad, como se dijo al comentar el artículo 145, de que se utilicen, para llevar a cabo la notificación, los medios más modernos de transmisión, ya no sólo la tradicional carta certificada, sino también los de carácter electrónico, y siempre que se garantice la autenticidad, tanto de la resolución que se notifica como de la persona a quien se dirige. En cualquier caso, es necesario que lo acepte el interesado de forma expresa, lo cual constituye una garantía de que la notificación le va a llegar, o, al menos, así se presume legalmente, tal como lo corrobora el segundo párrafo, al prever que el inicio de los plazos se contará a partir del envío de la comunicación, y lo acredite la oficina de correo (carta certificada o telegrama) o la de transmisión. Por lo tanto, en el caso de la carta certificada se tendrá como fecha de la notificación la certificación de Correo en tal sentido. Para que quede en autos prueba de que esa carta certificada contiene la resolución que se pretende notificar, se habrá de sellar por el funcionario de correos dos copias, quedando una en el procedimiento, con la correspondiente diligencia del Secretario, y la otra será la que reciba el notificado; lo mismo es de aplicación al telegrama. Respecto a los medios electrónicos, como por ejemplo el fax o el e-mail, siempre que se envíen desde oficina oficial de transmisiones, se habrá de habilitar formas acreditativas de que el documento que se envía sea auténtico, para lo cual es fundamental la labor de fedatario del procedimiento del Secretario. De todas formas, se reitera, esa concreta forma de notificar ha de ser aceptada expresamente por el interesado. De ahí que este precepto, a la hora de su interpretación, se ponga en relación directa con el último inciso del párrafo primero del art. 145 CPP.

El último párrafo del precepto abre la posibilidad de que la notificación se pueda hacer de cualquier otra forma, pero con tres condiciones: ser autorizada por la Corte Suprema de Justicia, que no cause indefensión y que la acepte expresamente el interesado. Ello posibilita las notificaciones a través del sistema de fax del propio Juzgado y del correo electrónico (e-mail). La cuestión radica en que se arbitre un medio que acredite que efectivamente el interesado ha recibido esa comunicación. Para ello, es imprescindible que lo acepte, y que, a fin de evitar indefensión, él mismo, y a través de ese mismo medio, envíe el correspondiente acuse de recibo, ya que si bien es cierto que existen correos electrónicos que acreditan la concreta apertura de un envío, sin embargo no se puede saber si efectivamente esa persona que la abre es a quien se dirige la notificación, dado que un tercero puede haber accedido al receptor de la carta electrónica. Para garantizar la autenticidad, sería imprescindible la colaboración de la parte, lo cual no es posible en todos los casos.

148

NOTIFICACIÓN PERSONAL

Cuando la notificación sea personal, se dejará constancia del acto con la indicación de la fecha y la firma del notificado y del notificador.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 145, 146, 147, 149, 151

II. COMENTARIO

Se regula de forma especial, pero muy precaria, la notificación en la propia persona del notificado, y la interpretación de tal regulación, para su posterior aplicación, se habrá de poner en relación directa con los arts. 145, 146, 147 y 149 CPP. El legislador resalta en este caso la necesidad de que se diligencie expresamente el acto de notificación personal, debiéndose recoger por el notificador de forma obligatoria el contenido de lo que se notifica y las firmas del notificador y notificado. Aquí también, como se dijo en el comentario al artículo 147, la notificación se hará oralmente por el notificador, o bien el propio notificado podrá leerla por sí mismo, y se le entregará copia si así lo exige (art.147), debiendo constar todo ello en esa diligencia que formará parte del procedimiento. La notificación únicamente se podrá hacer a la persona a quien va dirigida, por lo que habrá de ser identificada previamente por el notificador, so pena de incurrir en error que puede causar la nulidad de dicho acto de comunicación (art. 151.1 CPP) y no cabiendo que se haga en ningún caso en la persona de su Letrado o mandatario (art. 146 CPP); de ahí que la firma que ha de constar como la del notificado únicamente sea la de esa persona. Igualmente, ha de constar en la diligencia, bajo pena de nulidad (art. 151.3 CPP), la fecha de la notificación. Dicha notificación se hará sólo en la oficina judicial, dado que existe en el precepto siguiente (149) una regulación específica para la notificación en la Residencia, Oficina o Lugar de Trabajo. En el caso del detenido, esa notificación personal se podrá hacer en la oficina judicial o en el lugar donde se encuentre, según resuelva el órgano judicial competente (art. 145 CPP, penúltimo párrafo).

Como ya se dijo en el comentario al artículo 146, no se recoge en el presente capítulo los casos concretos en que la notificación se habrá de hacer de forma personal, sólo mencionándose en ese precepto una fórmula vaga y general: cuando la naturaleza del acto exija que se haga de esa forma. Será, por tanto, el titular del órgano judicial quien lo decida, a no ser que haya otros preceptos de la Ley que impongan que así se haga.

149

NOTIFICACIONES EN LA RESIDENCIA, OFICINA O EN EL LUGAR DE TRABAJO

Cuando la notificación se haga en la residencia, oficina o en el lugar de trabajo, el funcionario encargado de practicarla llevará dos copias autorizadas de la resolución con indicación del procedimiento y del Tribunal que la dictó, y entregará una copia al notificado, dejando constancia en la otra. Cuando la persona a notificar no sea encontrada en su residencia, oficina o en el lugar de su trabajo, la copia será entregada a alguna persona mayor de edad que resida o labore allí, prefiriéndose a los parientes del interesado y a falta de ellos, a sus empleados o dependientes.

Si no se encuentra a nadie, la copia será entregada a un vecino mayor de edad, con preferencia el más cercano.

Cuando el notificado o el tercero se niegue a recibir la copia o a dar su nombre, ella será fijada en la puerta de la casa o habitación donde se practique el acto, en presencia de un testigo, y se introducirá una copia bajo la puerta de la casa.

530 En todo caso, el notificador, dejará constancia de la identidad de la persona a quien hizo entrega de la copia y por qué motivo, firmando ambos el acta. Si quien recibió la notificación no quiere o no puede firmar, ésta valdrá con la sola firma del notificador, dejando constancia del motivo por el que no aparece la firma de quien la recibió.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 145, 147, 151

II. COMENTARIO

Se regula de forma aparte, y muy exhaustivamente, las notificaciones que hayan de hacerse en lugares concretos como la Residencia, Oficina o Lugar de trabajo de la persona a notificar. Ello significa que el legislador ha querido regular de forma amplia la forma de hacerse la notificación en lugares donde normalmente se encuentra toda persona, y que por lo tanto es fácil de localizar; lo cual se contrapone a la escasa regulación del modo del acto de la notificación personal (art. 147 CPP). En este caso, y si se encuentra al notificado en cualquiera de esos lugares, que son los que además se especifican en el artículo 145 CPP como en aquellos donde se hará la primera notificación si la parte no ha señalado otro lugar, se le entregará una copia autorizada, dejándose en la otra, igualmente autorizada, constancia del acto. Es decir, en este caso no se exige la firma del interesado, sino basta con extender, por parte del notificador, una

diligencia, en la copia que se unirá al expediente, de que se entrega copia al notificado, haciéndose constar también el lugar donde se lleva a cabo y la fecha.

Se prevé, en el caso de que no se encuentre allí la persona a notificar, que se entregue esa copia autorizada a una persona que resida u trabaje en ese lugar, prefiriéndose los parientes del interesado, o, en su defecto, sus empleados o dependientes. Si no hay nadie, se entregará la copia a un vecino mayor de edad, prefiriéndose al más cercano. En estos casos, en la diligencia de constancia se recogerá expresamente esas circunstancias, especialmente el motivo de la entrega de la copia a esa persona, de la que constará su filiación. Aunque la ley no lo diga, es obvio que dicha entrega habrá de ir acompañada del apercibimiento al receptor de que se la entregue a su destinatario. La referida persona firmará la recepción de la copia, y si no firma, porque no puede o no quiere, bastará con la firma del notificador en la diligencia de constancia de la copia que se quede para el expediente judicial, dejando asimismo constancia del motivo porque no firmó. Estas advertencias expresas del legislador, que no se recogen en otros preceptos reguladores del modo de notificar, son de imperativo cumplimiento para el notificador, con las consecuencias de posible causa de nulidad del acto (art. 151 CPP).

El tercer párrafo de los cuatro que componen este precepto, y a diferencia de éstos, motiva una mayor reflexión, especialmente porque su redacción incurre en algunas contradicciones con el resto del artículo, así como en algunas evidentes omisiones. Se habla, en primer lugar, del caso en que el notificado o tercero se niegue a recibir la copia o a dar su nombre; lógicamente, no es posible lo referido respecto a la no identificación del notificado, porque, o bien el notificador ignora su nombre y, por lo tanto, no es posible su identificación al no saber si esa es la persona a notificar, y si lo sabe porque lo conoce o porque se lo han dicho, ya no es necesario que de su nombre. En esos casos el notificador deberá fijar una copia en la puerta de la casa o habitación donde se practique el acto, en presencia de un testigo, y otra se introducirá bajo la puerta de la casa. Se hace omisión a los casos en que la notificación se haga en la oficina o lugar de trabajo, lo cual es incomprensible porque el precepto está regulando también, y así lo dice su enunciado, la notificación en esos lugares. Al hablar de casa o habitación, se está resaltando dicha diferencia. Por último, tal como están redactados los dos últimos párrafos, no se sabe si el testigo también será necesario para el acto de introducción de la copia bajo la puerta de la casa. En este caso, igualmente se hará constar en la diligencia todas esas vicisitudes, así como el nombre del testigo; tampoco se dice si ha de ser mayor de edad, pero lo normal es que así sea.

150

NOTIFICACIÓN POR EDICTO

Cuando se ignore el lugar donde se encuentre la persona a notificar, la resolución se hará saber por edicto, sin perjuicio de las medidas necesarias para averiguar la residencia.

El edicto figurará original en el proceso y de él se sacarán cuatro copias, que se fijarán una en el tablero del tribunal, dos en los lugares públicos más frecuentados de la localidad y la restante que se mandará a publicar durante tres días consecutivos en uno de los diarios de circulación nacional.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 144

II. COMENTARIO

532 Es necesario que se haga constar previamente en las actuaciones diligencia acreditativa de que se ignora el domicilio de la persona a notificar. Para ello, es imprescindible que ese hecho haya quedado acreditado mínimamente en las actuaciones, bien porque el interesado marchó de su domicilio o residencia de forma definitiva y no se da razón de su nuevo domicilio por parte de sus vecinos o por las personas que ocuparan actualmente su residencia, o bien porque tampoco se conoce donde trabaja o se fue de allí y no se sabe dónde está. En este momento, y una vez que sean infructuosas las gestiones realizadas en tal sentido por el propio Juzgado o Tribunal, es imprescindible que por la Policía se efectúe gestiones suficientes de busca del interesado, conforme se prevé en el segundo párrafo del art. 144. Cuando ésta informe por escrito al Juzgado de que se ignora el paradero de la persona en cuestión, es cuando se ha de extender la correspondiente diligencia por el Sr. Secretario y el titular del órgano resolver sobre si se ha producido ya esa acreditación y que la notificación se haga por edictos. El precepto establece que el original del edicto constará en las actuaciones y se harán cuatro copias: una para el tablero del Tribunal, dos en lugares públicos más frecuentados de la localidad y la restante se publicará durante tres días en uno de los diarios de circulación nacional.

Aunque no se regula nada en tal sentido, el edicto deberá contener la integridad de la resolución a notificar, por qué órgano, en qué procedimiento, así como su fecha. En las copias se hará saber a qué persona va dirigida la notificación por edicto y que es a efectos de notificación. Por el Sr. Secretario se hará constar, mediante diligencia en el expediente, los lugares y las fechas en que se fijan los edictos establecidos por la Ley;

en el caso de las publicaciones, será conveniente que se unieran, debidamente diligenciado, los tres anuncios consecutivos del periódico de circulación nacional. Dicha diligencia haciendo constar la fecha de fijación y publicación de edictos es esencial a efectos de resolver sobre la firmeza de la resolución notificada de esa forma; la última en que aparezca el edicto, ya sea en estrados, en lugares públicos, o en el periódico, será la que se ha de tener en cuenta a todos los efectos.

Respecto a la fijación de dos copias en los lugares más frecuentados de la localidad, se plantea la duda de, si son localidades diferentes, se haya de realizar en la del Tribunal o Juzgado que dicta la resolución, o en la que tenía su último domicilio la persona a notificar. Lo lógico es que se opte por la segunda solución, dado que la primera copia se fija en el tablón del Juzgado.

Por último, la publicación en diario de ámbito nacional, plantea su coste y quien corre con el mismo.

151

NULIDAD DE LA NOTIFICACIÓN

533

La notificación será nula:

- 1) Si ha existido error sobre la identidad de la persona notificada o sobre el lugar de la notificación;**
- 2) Si la resolución ha sido notificada en forma incompleta;**
- 3) Si en la diligencia no consta la fecha, o cuando corresponda, la entrega de la copia;**
- 4) Si falta alguna de las firmas requeridas; y**
- 5) Si existe disconformidad entre el original y la copia siempre que cause indefensión.**

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 143,146, 147, 148

II. COMENTARIO

Se proclama la nulidad de las notificaciones conforme a una serie de causas tasadas y enumeradas en el propio artículo. El literal del primer párrafo está, por medio de la expresión “será nula”, declarando de forma clara y contundente la consecuencia de las notificaciones no efectuadas conforme a lo establecido en los artículos anteriores: su absoluta falta de eficacia. Ello supone, como ya se preveía en los dos últimos párrafos del art. 143 CPP, que la resolución a notificar con esos vicios de nulidad no se ha producido, por lo que en ningún caso tendrá efectos respecto a la parte en cuestión, cuyo derecho de defensa, en caso de esa notificación viciada, podría verse gravemente afectado. De ahí que una notificación incorrectamente practicada acarree su nulidad y la de todas las actuaciones procesales derivadas o relacionadas con ella. Dicha declaración de nulidad la podrá acordar el propio Juzgado o Tribunal, de oficio o a instancia de parte.

La enumeración de uno a cinco de las causas de nulidad refleja su carácter tasado y que la concurrencia de cualquiera de ellas tiene ese mismo efecto, sin que unas sean de mayor intensidad que las otras, a pesar de esa relación ordinal, que tiene un mero carácter enunciativo.

534 La primera causa de nulidad se refiere a error en la persona a notificar o del lugar de la notificación. El primer supuesto es lógico y entendible, dado que recibe la notificación alguien que nada tiene que ver con esa resolución y no a quien incumbe; no así el segundo supuesto, porque el hecho de que se haga la notificación en lugar diferente al que prevé la Ley, si se ha hecho a la persona a notificar, en principio no le causa indefensión. Si embargo, el legislador, siguiendo una línea extremadamente formalista, que se extiende a todas las demás causas, excepto a la última, declara nula la notificación con el simple incumplimiento de tal extremo.

Si la resolución se ha notificado de forma incompleta, aunque ello ni tan siquiera afecte a su núcleo esencial, conlleva también su nulidad.

La falta de la fecha en la diligencia de notificación produce su nulidad, así como de la entrega de la copia cuando corresponda: si lo ha exigido el interesado (art. 147 CPP), o en las notificaciones efectuadas en la Residencia, Oficina o lugar de Trabajo (art. 149 CPP). La falta de la fecha, si luego el notificado, al presentar por ejemplo un recurso o realizar una determinada actuación procesal, reconoce una concreta, no le supondría indefensión, siendo, por ello, ese efecto de nulidad desproporcionado.

Cuando el legislador habla de la falta de alguna de las firmas requeridas, hay que entenderlo referidas a las que exige la propia ley en materia de notificaciones: firmas del notificador y notificado en la notificación personal (art.148). Ello también constituye

un exceso formal, porque si únicamente es el notificado quien firma, se supone que ha recibido la copia y puede ejercer perfectamente su derecho de defensa.

La disconformidad entre el original y la copia no supondrá de forma automática la nulidad de la notificación, a no ser que ello cause indefensión, es decir, que el notificado no haya sabido de su contenido por otra vía y tenido la posibilidad de ejercitar sus derechos. En este caso, a diferencia de los anteriores, el legislador exige, para que se produzca un efecto tan grave, que el quebrantamiento en la forma esté ligado a que ello cause indefensión, que habrá de probarla quien la alegue.

152

CITACIÓN

Cuando sea necesaria la presencia de una persona para algún acto procesal, ordenará su citación, mediante carta certificada, telegrama con aviso de entrega, o por cualquier otro medio de comunicación que garantice la autenticidad del mensaje.

En todo caso, se les hará saber el objeto de la citación y el procedimiento en que ésta se dispuso, se les advertirá que si no obedecen la orden, serán conducidos por la seguridad pública y pagarán las costas que causen, salvo justa causa.

535

El apercibimiento se cumplirá inmediatamente.

I. COMENTARIO

La citación constituye otra modalidad de los actos de comunicación procesal, definida por el hecho de que, a diferencia del carácter simplemente informador de la notificación, obliga al citado a comparecer en un concreto acto del proceso. La citación puede dirigirse a cualquier persona, aunque no sea parte, y siempre que sea necesaria su presencia para un determinado acto. En este caso, el titular del órgano judicial ordenará, tal como recoge el citado artículo, la citación de la persona en cuestión, indicándose el objeto de la citación y el procedimiento en que se dispuso. Y, aunque no lo diga expresamente, también constará el día y la hora en que debe comparecer, o el plazo para hacerlo, y el lugar, que normalmente será en donde tenga su sede el Juzgado o Tribunal, pero si se ha de verificar fuera, se habrá de expresar en la citación; ello como medio imprescindible para la ejecución inmediata del apercibimiento personal recogido en el precepto.

En la redacción de este artículo se observa la paradoja de exigirse una forma en la citación (carta certificada, telegrama con aviso de entrega u otro medio de comunicación que garantice la autenticidad del mensaje) no demasiado formal en comparación con los graves efectos de desobedecer la orden de comparecer: la persona será conducida por la fuerza pública, pagando las correspondientes costas, salvo justa causa; siendo el cumplimiento del apercibimiento de carácter inmediato. Además, se exige que la citación contenga esa concreta advertencia, que es posible que no llegue a conocimiento del destinatario porque esas formas de su realización, que son de gran rapidez y facilitan la tramitación del proceso, sin embargo no acreditan dicho extremo, a no ser que la carta certificada o el telegrama, conteniendo ese grave apercibimiento, sea entregado directamente a la persona y así conste expresamente. Como también se prevé que la citación se haga por otros medios de comunicación que garanticen la autenticidad del mensaje, nos encontramos con el problema de las citaciones por fax o "e-mail", sistemas actualmente muy utilizados, pero en los que, y a no ser que el propio interesado envíe acuse de recibo emitido por él mismo, existe la duda razonable de que efectivamente lo haya recibido. En la regulación de las notificaciones el legislador prevé estos sistemas, siempre que fueran aceptados por el interesado o aprobado por la Corte Suprema de Justicia (147 CPP). Sin embargo, en las citaciones se admiten sin esas exigencias, cuando lo cierto es que las mismas han de ir acompañadas de un apercibimiento personal que puede conllevar de forma inmediata que el interesado sea conducido al Juzgado o Tribunal por medio de la fuerza pública; pudiendo darse la circunstancia de que una persona se encuentre con la sorpresa de ser conducido ante un Juzgado o Tribunal por la seguridad pública sin saber por qué.

536

El legislador es contundente al señalar que el cumplimiento de ese apercibimiento será inmediato, es decir, desde el mismo instante de la incomparecencia de la persona citada. Dicho incompareciente abonará los gastos de ese traslado, debiendo probar que su no presencia se debió a justa causa: por ejemplo, enfermedad, pero en este caso lo lógico sería que remitiese un certificado al órgano judicial correspondiente con anterioridad al día de señalado para su presencia, a no ser que la enfermedad se produzca el mismo día. Igualmente pudiera ser que esa incomparecencia se debiera a que no hubiera recibido la notificación, lo cual deberá probarlo también a fin de evitar el pago de esos costes.

153

AUDIENCIA A LAS PARTES

Cuando el juez o tribunal disponga una audiencia, fijará la fecha y hora de dicho acto, con una anticipación que no será inferior a tres días. Se entenderá que todas las partes han sido convocadas salvo que la convocatoria se refiera a alguna de ellas en particular.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 146,152

II. COMENTARIO

La comparecencia de las partes ante el Juez o Tribunal correspondiente constituye un acto de comunicación procesal, cuya nota esencial radica en la necesidad de la presencia de dichos integrantes del proceso en un acto del procedimiento fundamental para sus intereses, ya sea porque directamente les afecta, o, porque refiriéndose a las otras partes, puede repercutirles de cara a su defensa. El precepto obliga al órgano judicial competente a señalar el día y la hora de ese acto con tres días de anticipación como mínimo. El último párrafo establece la presunción de que la convocatoria se entiende efectuada a todas las partes, a no ser que se haga expresamente para una de ellas de forma particular. Esta presunción se basa en que la esencia del acto radica en la presencia, en principio, de todas las partes, de ahí que se haya de poner este precepto en relación con los reguladores de las notificaciones y citaciones, al menos en lo referente a la forma concreta de comunicar a las partes ese acto, dado que en dicho artículo no se hace. El hecho de ser una convocatoria para un acto procesal, supone la aplicación del precepto regulador de la citación (art. 152 CPP). La duda radica tanto en a quién se ha de dirigir la citación, como en si ha de constar el apercibimiento establecido en el segundo apartado del mencionado art. 152 CPP, lo que supondría en este caso, y como ya se anticipaba en el comentario a ese precepto, la necesidad de que se hiciera en la propia persona de la parte. En este punto se plantea la cuestión de aquellos casos en que la parte está representada por defensor o mandatario (art. 146 CPP), dado que en las notificaciones es regla general hacerlas a éstos, excepto si la naturaleza del acto a notificar exija que lo sea personalmente. El legislador nada dice sobre si la audiencia la ha de verificar la parte personalmente o través de su defensa o representación, pero como el literal del precepto sólo utiliza el término “parte”, se ha de entender que ella personalmente y asistida en su caso de su defensa, la que comparezca, por lo que se habría de hacer la citación de forma personal. En estricta legalidad, y dado el vacío legal al respecto, en esa citación se podrá contener el apercibimiento de conducción

del indicado segundo apartado del art. 152 CPP, dada la necesidad de la presencia de la parte a la audiencia, y siempre, se reitera, que la citación se le haga en persona.

154

FOTOCOPIAS

Los interesados podrán retirar de la secretaría fotocopias de las actuaciones, previo pago de los gastos que ellas originen. El juez o tribunal podrá disponer horarios especiales para dicha diligencia.

I. COMENTARIO

538

Se pretende con este artículo facilitar a los interesados en el proceso penal una información directa del mismo por medio de la utilización de un sistema de reproducción instantáneo y eficaz como es la fotocopia, evitándoles la molestia de tener que leer todas y cada una de las actuaciones en la Secretaría del órgano judicial. Ello facilita las labores de defensa de las partes del proceso, pero conlleva que el gasto de esas fotocopias lo pague el solicitante. Se podrá habilitar por el Juez o Tribunal horarios especiales para dicha diligencia, lo cual es lógico y necesario para el normal funcionamiento del Juzgado.

Plantea problemas de interpretación la utilización del término “interesados” para quienes pueden solicitar esas fotocopias, ya que supone reconocer ese derecho a todo quien tenga un interés legítimo en el proceso, aunque no se haya constituido como parte formalmente. De cualquier forma, antes de entregar esas fotocopias, se deberá constatar que dicha solicitante ostenta ese interés legítimo, a fin de evitar que accedan a informaciones sobre personas terceros ajenos al procedimiento, con la posible conculcación que ello pudiera acarrear en los derechos a la intimidad, el honor y a la propia imagen. También se habrá de valorar si el procedimiento se encuentra bajo secreto sumarial, lo que impediría la entrega de esas fotocopias.

Se ha de resaltar que lo que se entrega al solicitante son simples copias de las actuaciones, lo cual no constituye documento público a fin de poder presentarse, con los efectos que ello produce, en otros procedimientos, ya sean judiciales, administrativos, etc.

CAPÍTULO VI

TÉRMINOS

155

REGLA GENERAL

Los actos procesales se practicarán en el término de tres días, sin perjuicio de que el juez o tribunal o la ley disponga de un plazo mayor. Estos correrán desde que comienza el día siguiente a aquél en que se efectuó la notificación, y vencerán a las veinticuatro horas del día final.

Si son comunes comenzarán a correr desde la última notificación que se practique a los interesados.

La Corte Suprema de Justicia organizará una oficina permanente para recibir los escritos de las partes fuera del horario hábil. En los departamentos del interior del país, los escritos se podrán entregar personalmente al secretario o a un empleado del Juzgado de Paz, para que los envíe inmediatamente al tribunal competente.

539

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 120 (día y hora de cumplimiento de los actos procesales); 143 (regla general sobre las notificaciones)
- CC, 46 (cómputo de los plazos por días, meses o años); 47 (finalización de un cierto plazo), 48 (días feriados en el cómputo)
- CF, 24 (plazos de los actos procesales), 26 (habilitación de días y horas)
- CPC, 212 (el día de la notificación no se cuenta para los emplazamientos)

II. COMENTARIO

Tal y como ya referíamos al estudiar el artículo 120, la doctrina tradicional sobre el estudio de la eficacia del tiempo en el proceso tiene en cuenta el factor temporal desde una doble perspectiva que atiende, de un lado, al tiempo concebido como momento en que deben realizarse los actos procesales, y de otro, a los efectos que en el proceso produce el paso del tiempo toda vez que aquel se estructura en una serie de trámites temporalmente organizados.

Si era a la primera de las referidas perspectivas a la que atendía el enunciado de aquél precepto, de una forma más sistemática y extensa ahora, aun cuando también haya de reconocerse que la regulación es relativamente escasa en la materia, se abordan en este capítulo y bajo el epígrafe “términos” las consecuencias del tiempo en el proceso y el propio cómputo de dicho tiempo.

No puede perderse a nuestro juicio de vista la relevancia que tiene el examen del tiempo y su transcurso dentro de la perspectiva constitucional a un proceso debido o con todas las garantías, entre las cuales se integra el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, sobre el que el Tribunal Constitucional español, siguiendo de cerca la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha dicho que... “no se identifica con el mero incumplimiento de los plazos procesales, sino que incorpora en su enunciado un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto ha de ser alcanzado mediante la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico...”, factores que serían la complejidad del supuesto, los márgenes ordinarios de duración de litigios semejantes, la conducta de los órganos judiciales, o la consideración de los medios disponibles.

540 Por lo demás el cómputo de los plazos resulta ser una atribución de absoluta legalidad ordinaria dentro del ejercicio jurisdiccional, y no afecta por tanto, en principio, al derecho fundamental al proceso debido con todas las garantías, aunque sí podría llegar a suponer esta afectación perversa si la decisión judicial supone la inadmisión de un proceso o recurso, o la pérdida de alguna oportunidad procesal causante de indefensión, cuando tal decisión haya sido adoptada con base en un cómputo en el que sea apreciable error patente, fundamentación insuficiente, irrazonable o arbitraria o se haya utilizado un criterio interpretativo desfavorable para la efectividad del derecho.

Se expresa lo anterior para hacer incidencia en que el intérprete de la norma debe tener siempre presente la perspectiva constitucional o de afectación de los derechos fundamentales que su tarea supone.

A) La práctica de los actos procesales

El precepto que ahora comentamos comienza señalando la norma general que indica que los actos procesales se practicarán el término de tres días, excepto que el juez o la ley dispongan un plazo mayor.

Se utilizan indistintamente las expresiones “términos” y “plazos”, aun cuando ambas responden a distintos conceptos relativos a la medición del tiempo, pues tradicionalmente se estima que término es el instante de tiempo en que ha de llevarse a cabo un determinado acto procesal, en tanto que plazo sería el periodo de tiempo durante el cual, en cualquier momento hábil, puede realizarse el acto procesal en cuestión.

En realidad cuando el Código habla de término se está refiriendo a un plazo en la mayoría de las ocasiones.

La naturaleza de los plazos procesales, desde el momento en que las leyes sujetan a plazo la práctica totalidad de los actos procesales y dada la importancia de un proceso sin dilaciones indebidas, resulta ser a nuestro juicio de orden público y, por tanto, de imperativa aplicación.

B) El inicio y el final de los plazos

Puesto que el plazo es un periodo concreto de tiempo dentro de cuyos márgenes debe llevarse a cabo el acto procesal, es necesario fijar el inicio del plazo, o “dies a quo”, y su final o “dies ad quem”, de modo que se ofrezca la necesaria seguridad jurídica sobre cuestión tan relevante.

Así los tres días que se fijan como plazo legal ordinario comenzarán a contar desde el inicio de día siguiente a la notificación efectuada a la parte para la que el plazo comienza a correr; y su finalización se producirá con la expiración del tercero de los días, es decir, a las veinticuatro horas del mismo.

En el supuesto de que el plazo sea común para varias partes no empezará a correr sino desde la última de las notificaciones efectuadas.

541

C) Los escritos fuera de las horas hábiles

Conforme a lo que antes se ha expresado al hablar del día inicial y final de los plazos es de toda evidencia que resulta más dilatado el periodo de tiempo que cubre el plazo, por días naturales hasta las veinticuatro horas, que el que está cubierto por los horarios hábiles de juzgados y tribunales; esta discrepancia obliga a cubrir la diferencia horaria de modo que no se perjudique el ejercicio de los derechos, y de manera que de forma efectiva durante todo el plazo puedan las partes realizar el acto procesal temporalmente regulado.

A esta finalidad responde el último párrafo del precepto en el que se encomienda a la Corte Suprema de Justicia la organización de una oficina permanente para recibir escritos de las partes fuera del horario hábil.

De igual modo, y a fin de adecuar los medios materiales y humanos a las necesidades, se establece que en los departamentos interiores del país es posible entregar los escritos al secretario del Juzgado de Paz, o a otro empleado, para que de aquí se envíen de inmediato al tribunal competente.

Será necesario en todo caso, ya que junto con facilitarse la presentación de escritos dentro de plazo se pretende también constatar el sometimiento de las partes al plazo establecido, que se obtenga una copia diligenciada de la fecha y hora de presentación del escrito, y se hagan constar estos datos en el propio original que se envíe al órgano a que se dirija, pues sólo así tal órgano podrá comprobar que el mismo se encuentre presentado dentro del plazo legal, rechazándolo en caso contrario.

III. JURISPRUDENCIA

Relevancia del tipo de plazo en la infracción de derechos fundamentales.

“Cuando el plazo alegado como violado por el solicitante es de carácter ordenatorio y no perentorio, se deriva que no todo exceso en cuanto a éstos, producirá algún tipo de agravio o perjuicio a los derechos constitucionales del individuo, siempre y cuando el irrespeto de este tipo de plazos no genere un retraso injustificado en la etapa de instrucción señalada” (*Hábeas Corpus*, 28-05-01).

Dilación justificada. “Cuando en razón de la carga laboral el Tribunal de Sentencia ha indicado las razones por las cuales ha fijado la vista pública, esto es una situación que al estimar de esta Sala, no puede entenderse como retraso indebido o injustificado, por lo que no se ha afectado por consecuencia el derecho de libertad, ya que la dilación en el plazo establecido, no proviene de negligencia del juzgador” (*Hábeas Corpus*, 05-03-01).

542

“Aun cuando existió un retardo en la tramitación del proceso penal, éste se debió a que las partes hicieron uso constante de los recursos que proporcionaba la normativa procesal penal derogada, produciéndose ciertas dilaciones que ya han quedado justificadas, por tanto, no encuentra la Sala de lo Constitucional que el retraso en la tramitación del proceso sea atribuible a conducta injustificada de la autoridad judicial” (*Hábeas Corpus*, 30-03-01).

Exceso de plazo por sobrecarga de audiencias. “En efecto, el plazo de la instrucción se excedió en veintiún días, y la razón que el juez de instrucción adujo (“por encontrarse saturada la Agenda de Audiencias de este Tribunal”) es atendible y razonable, además de que no se ha desatendido el proceso, por lo que no existe violación a los derechos del imputado, máxime cuando este se encuentra gozando del derecho a la libertad personal” (*Casación*, 29-01-03).

156

CÓMPUTO

En cualquier etapa del proceso, en los términos por día no se contarán los de asueto, descanso semanal y días inhábiles y si vencen en uno de ellos, se entenderán prorrogados hasta el día hábil siguiente. (5)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 120 (día y hora de cumplimiento de los actos procesales); 143 (regla general sobre las notificaciones)
- CC, 46 (cómputo de los plazos por días, meses o años); 47 (finalización de un cierto plazo), 48 (días feriados en el cómputo)
- CF, 24 (plazos de los actos procesales), 26 (habilitación de días y horas)
- CPC, 212 (el día de la notificación no se cuenta para los emplazamientos)

II. COMENTARIO

No supone el cómputo sino la determinación de cómo haya de contarse un determinado plazo en función de que el mismo venga predeterminado por días, cual es lo usual en materia procesal, o bien en su caso por meses o por años.

La regla que establece este artículo 156 resulta muy sencilla, aun incompleta al referirse sólo a los términos, o plazos, establecidos por días, manteniendo que en este caso no se contarán los de asueto, descanso semanal o días inhábiles, de manera que la solución no puede ser otra que la propia norma recoge para el caso de que el último día del cómputo sea inhábil, el plazo sigue hasta el día siguiente, no tratándose en verdad de una auténtica prórroga sino de un estricto problema de cómputo.

Difiere así esta regulación de la prevista en el Código Civil en su artículo 48, si bien será este texto legal el aplicable en el supuesto de plazos establecido por meses o años ante el silencio del Código Procesal Penal sobre esta cuestión.

157

CÓMPUTO DE PLAZOS RELATIVOS A LA LIBERTAD DEL IMPUTADO

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los términos establecidos en relación a la libertad del imputado lo serán en días continuos y en tal razón no podrán ser prorrogados y se contarán los de asueto, descanso semanal y días inhábiles.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 6 (plazo límite de la privación de libertad); 120 (tiempo de cumplimiento de los actos procesales)

II. COMENTARIO

Se establece en este artículo una excepción a la regla general sobre modo de realizar el cómputo de los plazos procesales, excepción que encabeza el precepto “no obstante lo dispuesto en el artículo anterior...”, y que está motivada por la especial circunstancia de definirse la excepcionalidad por tratarse de plazos relativos a la libertad del imputado.

544

En este supuesto los plazos no pueden ser prorrogados, se contarán en días continuos, y se incluirán en el cómputo todos los días sin excepción, es decir, también los de asueto, descanso semanal, o los inhábiles, que son precisamente los excluidos del cómputo ordinario o general.

En realidad cuando el artículo 6 del texto procesal que comentamos establece que la detención provisional en ningún caso podrá exceder... “el plazo de doce meses para los delitos menos graves o veinticuatro meses para los graves...”, no se está en presencia de un plazo que tenga naturaleza estrictamente procesal, pues la privación de libertad no busca otorgar ninguna expectativa para la parte sino que cubre otra finalidad muy distinta dentro del proceso penal, cuestión sobre la que nos detendremos ahora al estudiarse en otro lugar de esta obra, y la única carga que impone es la de tener en cuenta el transcurso del tiempo establecido para proceder a la puesta inmediata de libertad de quien sufra una prisión más allá del tiempo máximo legal en estas condiciones.

De cualquier modo lo cierto es que el distinto cómputo para este supuesto trata de precaver, de un lado, que la detención o prisión del imputado pueda dilatarse más allá de lo previsto, y al respecto es obvio que la detención es una medida de privación de libertad continuada que afecta por igual a días hábiles o inhábiles desde la perspectiva

procesal; y por otra parte garantizar la máxima celeridad en todo aquello que resulte atinente a actos propiamente procesales sobre la libertad del sujeto, que es el bien que, por su naturaleza, ha de ser objeto de especial protección.

158

IMPRORROGABILIDAD

Los términos procesales en materia penal serán improrrogables, salvo las excepciones establecidas por este Código.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 159 (renuncia o abreviación de los plazos); 275 (excepcionalidad de la prórroga del plazo de instrucción)

II. COMENTARIO

La improrrogabilidad de los plazos o términos procesales es el criterio general en materia penal y hace referencia a la estricta vinculación que para la realización del acto procesal supone el transcurso del plazo temporal dado para ello.

Del criterio general se salvan las excepciones que establezca el propio Código, cual ocurre en el supuesto del artículo 275 en el que se permite, bien que por una sola vez y en casos de excepcional dificultad, prorrogar el plazo de duración de la instrucción que establece el artículo 274 del texto procesal.

No obstante la nota de que la improrrogabilidad afecta tanto a las partes como a los propios órganos judiciales, es lo cierto que el incumplimiento de los plazos no produce el mismo efecto en uno u otro caso.

Así la infracción de los plazos por los Tribunales, de no mediar justa causa, no afectará por lo general a la validez del acto o resolución extemporánea, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra quien así hubiera actuado en el proceso.

Por el contrario para las partes del proceso el transcurso del plazo de realización del acto procesal sin haberlo llevado a cabo produce la preclusión o cierre de la posibilidad de realizar el acto de que se trate.

Sobre esta cuestión y sus incidencias en los derechos de las partes ha tenido ocasión de pronunciarse en innumerables ocasiones el Tribunal Constitucional español, y también el Tribunal Supremo, manteniéndose el carácter de orden público de los preceptos procesales cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, siendo el automatismo de los plazos una necesidad para una recta tramitación de los procesos, sin que ninguna circunstancia subjetiva pueda ser tenida en cuenta para la derogación de los plazos; sin olvidar que todos los términos procesales lo son de caducidad y no de prescripción, lo que es indudablemente relevante desde su diferente naturaleza y conceptualización.

159

RENUNCIA O ABREVIACIÓN

Las partes a cuyo favor se ha establecido un término, podrán renunciarlo o consentir su abreviación mediante manifestación expresa.

546

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 158 (improrrogabilidad de los términos procesales)

II. COMENTARIO

La renuncia o abreviación de un plazo procesal, concebido este como un lapso de tiempo generalmente de varios días durante los cuales puede llevarse a cabo válidamente un cierto acto, es facultad que la legislación de El Salvador concede a las partes en este precepto con la única exigencia de que la manifestación de la renuncia o abreviación se haga de forma expresa, aun sin requisitos especiales pues nada se indica al respecto sobre el modo de realizar dicha manifestación.

No se trata por tanto de una excepción al criterio general de la improrrogabilidad de los plazos procesales, por más que la norma suponga una concesión al principio dispositivo en un ámbito como este impregnado de la naturaleza pública de todo el derecho procesal, indisponible con carácter general, sino de una atribución formulada en beneficio de la economía procesal y celeridad del proceso; de esta manera al igual que quien en virtud de un cierto plazo realiza el acto que le corresponda al inicio del mismo, sin agotarlo por tanto temporalmente, da lugar a que inmediatamente tenga lugar la sucesión de actos temporales en que el proceso consiste mediante su continuación, sin necesidad a esperar que transcurra por entero el plazo del acto ya cumplido, de igual forma decimos, es posible que quien no quiera utilizar el plazo

otorgado para un cierto acto pueda así manifestarlo, renunciando a él, y dando lugar a que prosiga el trámite de modo y manera que se ahorre un tiempo ineficaz.

160

TÉRMINO PARA RESOLVER

Las solicitudes de las partes serán resueltas dentro de los tres días siguientes, salvo que se prevea expresamente lo contrario. En los incidentes o excepciones las decisiones serán dictadas dentro de los cinco días siguientes.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 155 (regla general sobre términos o plazos de los actos procesales); 161 (denuncia por demora en el trámite)

II. COMENTARIO

Tal y como ya hemos referido en los anteriores comentarios la improrrogabilidad, nota esencial de los actos procesales que garantiza la seguridad jurídica, afecta tanto a los actos de las partes como a los del órgano judicial, aun de distinto modo como también hemos visto al referir las consecuencias del incumplimiento del plazo.

Si, salvo disposición de un plazo mayor, los actos procesales de las partes se realizarán en el plazo de tres días desde la notificación que abre el plazo en cuestión, también se prevé, asimismo salvo previsión en contrario, que las resoluciones judiciales que resuelvan las solicitudes de las partes en el curso del proceso se dicten dentro de los tres días siguientes al de su formulación, o cinco días en el caso de que se trate de incidentes o excepciones planteadas.

Impone por tanto esta norma una obligación a los jueces y tribunales a fin de que cumplan el mandato de pronta resolución, garantía de una tutela judicial verdaderamente efectiva, no dejando al arbitrio judicial cuestión tan relevante como la atinente al tiempo en que han de llevarse a cabo las resoluciones judiciales de todo tipo.

El incumplimiento del término a que se refiere la norma, del plazo para resolver, no es uno de los supuestos que puedan enmarcarse dentro del ámbito de la nulidad, ni absoluta ni relativa, de los artículos 223 y siguientes del Código Procesal, pues sería aberrante que por el transcurso del plazo establecido para ello no hubiera ya de dictarse la resolución judicial que pudiéramos llamar “tardía”, como igualmente de nada serviría

la sanación que la nulidad supone mediante retroacción de las actuaciones hasta el momento en que se cometió la infracción, ya que ello sólo conduciría al dictado de una nueva resolución idéntica con perjuicio para la economía procesal.

De este modo la irregularidad que supone el resolver extemporáneamente, caso distinto al de la prohibición del “non liquet” que pudiera tener otras consecuencias, no será sino la responsabilidad disciplinaria del responsable de la tardanza, sin que se afecte a la eficacia de la resolución así dictada.

161

DENUNCIA POR DEMORA EN EL TRÁMITE

Vencido el término en que se deba dictar una resolución, el interesado podrá pedir pronto despacho, y si dentro de los tres días no la obtiene, podrá denunciar el retardo a la Cámara de Segunda Instancia si se trata de un Juez de Primera Instancia o ante el Juez de Instrucción, si se trata de un Juez de Paz, quienes proveerán enseguida lo que corresponda, previo informe verbal del denunciado.

548 Si la demora es imputable a un miembro o al pleno de la Cámara de Segunda Instancia conocerá la Sala de lo Penal, y si la denuncia es contra un miembro o el pleno de la Sala de lo Penal conocerá la Corte Suprema de Justicia en Pleno, con exclusión de la Sala.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 160 (término para resolver)

II. COMENTARIO

Directa consecuencia del establecimiento de un plazo para resolver o, lo que es lo mismo, del sometimiento de los tribunales a plazos o términos en su actuación jurisdiccional, conforme al artículo anterior, es el hecho de que puedan los particulares reclamar ante el incumplimiento de estos plazos a fin de lograr que los mismos se cumplan adecuadamente haciéndose efectivo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Se estructura así la llamada denuncia por demora en el trámite no como un recurso, pues de hecho sustituye al recurso de queja por retardación en la justicia y no existe contenido impugnatorio contra resolución judicial alguna, lo que es la esencia de todo recurso, sino como un remedio ante el retraso inmotivado.

El trámite es sencillo y se limita a la petición de pronto despacho que habrá de realizar la parte en defensa de sus derechos ante el propio juez o tribunal que viene omitiendo el pronunciamiento una vez vencido el plazo que la ley otorga para ello, lo que se hará por escrito carente de formalidades legales y en el que no habrá sino de identificarse el proceso, la resolución pendiente de decisión, su demora, y la petición de que se proceda al pronto despacho de la misma.

Si en los tres días siguientes a la presentación de este escrito no se obtiene respuesta alguna el interesado puede acudir a la superioridad en denuncia por la demora, estableciendo la ley la competencia para recibir esta denuncia en función del órgano a quien se impute el retraso: si se trata de un Juez de Paz recibirá la denuncia el Juez de Instrucción; si es un Juez de Primera Instancia, la Cámara de Segunda Instancia...etc. En todo caso el Tribunal competente para recibir y tramitar la denuncia únicamente habrá de recibir un informe verbal del denunciado antes de resolver los que corresponda, a fin de que se proceda al inmediato dictado de la resolución pendiente removiendo los obstáculos que impidan tal pronunciamiento, no debiendo olvidarse que tal retraso puede ser simplemente debido al cúmulo de trabajo que pese sobre el juzgado o tribunal que impida el correcto funcionamiento de los plazos procesales, en cuyo caso no habrá responsabilidad en el juzgador por dicho retraso, y sin que pueda utilizarse el acceso a esta denuncia por demora como medio de presión que lleve al adelanto de un asunto sobre otro u otros anteriores en el tiempo.

TÍTULO V

MEDIOS DE PRUEBA

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

162

EXTENSIÓN, PERTINENCIA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio legal de prueba, respetando las garantías fundamentales de las personas, consagradas en la Constitución de la República, y demás leyes, siempre que se refiera, directa e indirectamente al objeto de la averiguación y sea útil para el descubrimiento de la verdad.

550

Los jueces darán especial importancia a los medios de prueba científica, pudiendo asesorarse por especialistas, si ellos no lo fueren, para decidir sobre las diligencias de investigación que deban encomendar al fiscal o sobre la práctica de actos de prueba definitivos o irreproducibles, práctica de prueba para mejor proveer y para reconocer adecuadamente los elementos de prueba derivados de dichos medios. (8)

Para que las pruebas tengan validez deben ser incorporadas al proceso conforme a las disposiciones de este Código y en su defecto, de la manera que esté prevista la incorporación de pruebas similares. En caso de incumplimiento del requisito anterior, se estará a lo dispuesto en el inciso final del Art. 15 de este Código.

Los jueces deben valorar las pruebas en las resoluciones respectivas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. (6)

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12
- CPP, 1 (juicio previo), 15 (legalidad de la prueba), 121 (juramento o promesa), 130 (fundamentación), 163 a 172 (inspección y reconstrucción), 173 a 179 (registros), 180 a 184 (secuestro), 185 a 194 (testigos), 195 a 210 (peritos), 211 (reconocimientos), 218 a 220 (careos), 221 a 222 (confesión), 224 (interrogatorio de imputados por la FGR y Policía), 223 a 227 (nulidades),

259 a 264 y 269 (declaración indagatoria), 270 y 271 (prueba anticipada), 330 (lectura en el juicio oral), 340 a 341 (declaración del imputado en el juicio oral), 346 y 348 (prueba pericial en el juicio oral), 347 y 348 (prueba testifical en el juicio oral), 351 (otras pruebas en el juicio oral), 356 (apreciación de la prueba en el juicio oral), 362.3 y 4 (vicios de la sentencia)

II. COMENTARIO

A) Introducción

El precepto, que encabeza el título IV del libro I CPP, dedicado a los medios de prueba, hace referencia a los conceptos de objeto y pertinencia de la prueba (“los hechos y circunstancias relacionados con el delito...”) y de medio legal de prueba, así como a algunos de los principios esenciales de la actividad probatoria, como son el principio de la libertad de los medios de prueba, el principio de legalidad probatoria y el principio de la libre convicción para la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. De este último derivan la validez de la prueba de indicios y la obligación de fundamentación, en función de la prueba practicada en el juicio oral, de los hechos declarados probados en la sentencia. Por último, se menciona la especial importancia de la prueba científica como elemento auxiliar del juez, habiéndose adicionado el inciso 2º. al precepto en la reforma al Código de febrero de 2001.

551

De todas esas cuestiones vamos a tratar a continuación, debiendo tenerse en cuenta el comentario al art. 15 CPP, dedicado más específicamente a las cuestiones referidas a la legalidad de la prueba en el proceso penal.

B) El objeto de la prueba

El hecho punible con todas sus circunstancias, que constituye el supuesto de hecho de la norma penal de cuya aplicación se trata, conforma el objeto del proceso y el objeto de la prueba, viniendo a ser prácticamente coincidentes ambos conceptos.

La prueba, en efecto, señala el art. 162 CPP, ha de referirse “directa o indirectamente al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad”. Se ha de considerar que cumple las anteriores exigencias la prueba de los hechos accesorios, que son aquellos cuya prueba no interesa “por sí, sino para demostrar o negar la autoridad de un medio de prueba (por ejemplo, el hecho en que se basa la tacha del testigo, que le priva, objetivamente, de credibilidad, o el demostrativo de la autenticidad de un documento) o para acreditar el fundamento de un indicio”. (PRIETO CASTRO).

La pertinencia de las pruebas es, en consecuencia, “la relación que las mismas guardan con lo que es objeto del juicio y con lo que constituye *thema decidendi* para el

Tribunal, y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del Tribunal” (STC 51/ 85).

No pueden ser objeto de prueba las normas jurídico-públicas, salvo que se trate de derecho extranjero o de disposiciones reglamentarias no publicadas en el Diario Oficial. Tampoco necesitan prueba los hechos declarados probados por otra sentencia penal firme, los hechos evidentes (ej, se ve mejor por el día que por la noche) y los hechos notorios (v.gr. Colón descubrió América; un vehículo nuevo de la marca Mercedes Benz vale más que un vehículo nuevo de la marca Fiat, etc.). En cualquier caso, el juez y tribunal deben ser generosos y flexibles en la admisión de pruebas propuestas, aunque deben rechazarse aquellas claramente inútiles, por ser irrelevantes o de ejecución imposible o muy difícil, e impedirse intentos fraudulentos de retrasar en exceso la resolución del proceso mediante la manipulación del procedimiento probatorio. No hay que olvidar que la indebida denegación de una diligencia de prueba puede ser motivo de recurso de casación (art. 421 CPP), por vulneración del derecho de defensa o principio de igualdad de armas en el proceso.

552

Idénticos criterios a los anteriormente expuestos ha de utilizar el tribunal sentenciador cuando se solicite por las partes la admisión de nuevas pruebas durante la vista pública, aunque en este supuesto sólo deben admitirse nuevas pruebas, salvo casos excepcionales, si existió imposibilidad de proponerlas en el momento procesal oportuno, debiendo tenerse especial cuidado en no causar indefensión a la parte no proponente, a cuyo efecto podría ser necesario suspender temporalmente la vista pública (art. 343, último inciso).

C) Los medios de prueba

La prueba en el proceso penal es la “actividad de los sujetos procesales dirigida a obtener la convicción del juez o tribunal sobre la preexistencia de los hechos afirmados por las partes, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia del principio de contradicción y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad, e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba” (GIMENO SENDRA).

El concepto de medio legal o lícito de prueba hace referencia a la forma de obtención y de aportación de los elementos o fuentes de prueba (objetos, rastros, vestigios, declaraciones, experticias, hechos extraprocesales...) al proceso, es decir, a las condiciones de licitud o legalidad de la prueba válida, cuestión que se analiza en el apartado E) del presente artículo y, con mayor extensión, en el comentario al art. 15 CPP, al que nos remitimos.

Por lo demás, es importante poner de relieve la diferencia sustancial existente entre los llamados actos de investigación y los medios de prueba. Se trata de dos categorías que, aunque estén, por lo general, causalmente relacionadas, se diferencian

por su distinta función procesal, por los sujetos que tienen encomendados su realización, por los requisitos procesales para su validez y por el alcance probatorio de los mismos.

Por su función procesal, los resultados de los actos de investigación sirven para decretar o no la instrucción y la apertura del juicio oral, bastando para ello la simple apariencia de culpabilidad, mientras que el resultado de la práctica de los medios de prueba permiten al tribunal sentenciador decidir sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, a partir de un juicio positivo o negativo sobre la certeza de los hechos objeto de imputación, conforme a las reglas de juicio de la presunción de inocencia y del *in dubio pro reo*.

En cuanto a los requisitos espaciales, temporales y formales, salvo los supuestos excepcionales de prueba anticipada, *“los únicos actos de prueba son los que transcurren en el juicio oral, bajo la inmediación del tribunal y mediante el contradictorio”* (GIMENO SENDRA), tal como se infiere de los arts. 11 Cn y 1 CPP. Por el contrario, las llamadas por el Código *“diligencias iniciales de investigación”* (libro II, título I), *actos de investigación o actos de instrucción son actuaciones encaminadas a preparar el juicio*, estando sometidas a un menor formalismo procesal, por su escaso valor incriminatorio, y a requisitos de lugar y tiempo mucho más flexibles, ya que antes del inicio formal del proceso mediante el requerimiento fiscal es necesario realizar actos de investigación para confirmar la *notitia criminis*, lo que tendrá lugar por lo general fuera de la sede del tribunal.

553

Respecto a los *sujetos procesales* encargados de su realización, los actos de prueba los realizan las partes en presencia del juez o tribunal, mientras que los actos de investigación los lleva a cabo normalmente la Fiscalía General de la República (art. 238 y ss.) y la Policía, que actúa a estos efectos bajo su dependencia funcional, aunque también son realizables por el juez de paz o de instrucción (declaración indagatoria, encargo de peritajes, declaraciones de testigos, reproducciones, careos). En todo caso, ambas instituciones actúan sometidas al control judicial, que se manifiesta en las previas, expresas y motivadas resoluciones judiciales para realizar *actos de investigación que afecten a derechos fundamentales* de la persona: prisión provisional o medidas cautelares sustitutivas; registro de lugares públicos o privados (art. 173); secuestro de objetos relacionados con el delito, sujetos a comiso y que puedan servir como medios de prueba (art. 180), salvo casos urgentes; detención provisional del imputado (art. 292 y ss.); inspecciones corporales de cierta envergadura, etc.

Por último, los actos de prueba son los únicos que sirven para destruir la presunción de inocencia. Los actos de investigación, por el contrario, carecen por sí mismos de tal efecto, aunque, con el complemento de su reproducción como verdaderos actos de prueba durante el plenario o en los casos excepcionales de la prueba anticipada (art. 270 y 330 CPP), pueden tener indudablemente un importante valor para configurar la convicción judicial.

El Código regula expresamente los siguientes actos de investigación:

- Inspección y reconstrucción, que comprende la inspección del lugar del hecho, la corporal del imputado (intervenciones corporales), la identificación y autopsia del cadáver y la reconstrucción del hecho delictivo (arts. 163 a 172).
- Registro de lugares públicos y privados (arts. 173 a 177), con especial atención a la entrada en la morada o domicilio de las personas.
- Requisa personal y registro de vehículos, muebles y compartimientos cerrados (art. 178).
- Secuestro de objetos relacionados con el delito, los sujetos a comiso y aquellos que puedan servir como medios de prueba (arts. 180 a 185).
- Declaración de testigos (arts. 185 a 194).
- Informes periciales (arts. 195 a 210).
- Reconocimientos e identificación de personas (arts. 211 a 215 y 217).
- Reconocimiento de objetos (arts. 216).
- Careos de personas que en sus declaraciones hayan discrepado sobre hechos o circunstancias importantes (arts. 218 a 220).
- Interrogatorios del imputado por la policía o la Fiscalía General de la República (art. 242 CPP), y confesión extrajudicial (art. 222).
- La declaración indagatoria del imputado (arts. 259 a 264 y 269), que puede dar lugar a la confesión judicial (art. 221).

554

Los medios de prueba se regulan tanto en la parte del Código dedicada al juicio plenario (arts. 338 a 352), como en el Título IV, libro I (arts. 162 a 222) CPP, que, con la denominación genérica de medios de prueba, regula al mismo tiempo los actos de investigación y algunos aspectos sustantivos de los medios de prueba. Asimismo, se ha de tener en cuenta la llamada prueba anticipada, prevista en los arts. 270, 271 y 330 CPP. De acuerdo con las anteriores disposiciones, el Código prevé la realización de los siguientes medios de prueba, aunque no todos ellos son objeto de regulación específica:

- Prueba de declaración del imputado (arts. 340 y 341) y de confesión (art. 221 y 222).

- Prueba pericial (arts. 195 a 210, 346 y 348).
- Prueba testifical (arts. 185 a 194, 347 y 348).
- Prueba documental (art. 351), en la que deben incluirse la prueba audiovisual y los soportes informáticos.
- Prueba de reconstrucción del hecho, reconocimientos y careos (arts. 211 a 215, 218, 220 y 351).

D) Principio de libertad de los medios de prueba

En el Derecho procesal penal salvadoreño rige el principio de libre disposición de los medios de prueba, por lo que pueden utilizarse, incluso, aquellos que no han sido objeto de previsión especial, como sucede, por ejemplo, con las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales, que, aunque mencionados de pasada en el artículo 351 del Código, carecen de específica regulación legal.

Los arts. 162 y 352 del Código Procesal Penal aluden al principio de la prueba libre al disponer que “los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio legal de prueba” (art. 162) y que “el Tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen nuevos hechos que requieran su esclarecimiento” (art. 352).

555

Sin embargo, según el art. 15 CPP, “los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código”, de lo que podría inferirse que los medios de prueba deben estar previstos en la ley “como presupuesto indispensable para su utilización”, tal como se afirma en la presentación o exposición de motivos del proyecto de Código Procesal Penal (apartado VI, inc. tercero) a la Asamblea Legislativa.

La contradicción existente entre esta última manifestación y el contenido de los arts. 162 y 352 CPP antes expresados ha de resolverse a favor de una interpretación que postule el más amplio uso de los medios de prueba, estén o no regulados en la Ley, por exigencias del derecho de defensa y del fin que persigue el proceso penal, que no es otro que la búsqueda de la verdad. La previsión contenida en el inciso segundo del propio art. 162 de que las pruebas (no reguladas) se practiquen de la manera que esté *prevista* la incorporación de *pruebas similares* constituye otro argumento a favor de la libre utilización de los medios de prueba.

E) Principio de legalidad probatoria

a) Planteamiento General

El art. 162, tras establecer que los medios de prueba han de respetar las garantías fundamentales de las personas establecidas en la Constitución y en las leyes, añade, en el inciso segundo: “para que las pruebas tengan validez deben ser incorporadas al proceso conforme a las disposiciones de este Código y en su defecto, de la manera que esté prevista la incorporación de pruebas similares”. En caso de incumplimiento del requisito anterior, se estará a lo dispuesto en el inciso final del art. 15 de este Código”, en el que se establece la posible apreciación de pruebas que no hubiesen sido incorporadas al proceso con las formalidades del Código.

556 El citado art. 15 establece, asimismo, que “los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones del Código”. No obstante, la reforma del art. 15 efectuada por DL 487/2001, de 18 de julio, ha matizado la anterior declaración dando la siguiente redacción a los incisos 2º, 5º. y 6º. del precepto (ver comentario de LÓPEZ ORTEGA al indicado precepto): “No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito. No obstante lo dispuesto en el presente inciso, cuando los elementos de prueba hayan sido obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente, podrán ser valorados por el juez aplicando las reglas de la sana crítica” (inciso 2º). “Tratándose de operaciones encubiertas practicadas por la Policía Nacional Civil, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de detectar, investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado, previa autorización por escrito del Fiscal General de la República” (inciso 5º). “Igualmente podrá autorizarse dentro del desarrollo de la investigación y bajo estricta supervisión de la Fiscalía General de la República, la incitación o provocación de conductas a efecto de poder comprobar los hechos delictivos que se investigan” (inciso 6º).

Se acoge, por tanto, en el inciso 2º. del art. 15, el principio de la prueba refleja, prohibiéndose específicamente, de conformidad a la garantía constitucional del art. 12 Cn sobre la invalidez de las declaraciones obtenidas sin la voluntad de la persona, “toda especie de tormento, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños (salvo el agente encubierto, con ciertas garantías) o cualquier otro medio que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona” (inciso 3º. del art. 15 y art. 262 CPP).

Para el caso de la contravención de esas normas, se establece en el ámbito procesal el régimen de nulidades que luego veremos (art. 224.6...) y, en su aplicación, la posible estimación de un recurso de casación contra la sentencia basada “en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio” (art. 362.3).

Quedan así establecidos los elementos fundamentales del principio de legalidad de la prueba, que, como vemos, tienen tanto alcance constitucional como de legalidad ordinaria y, por consiguiente, efectos distintos en caso de contravención.

En efecto, no todas las infracciones legales en la producción de la prueba tienen la misma consecuencia invalidante de su resultado, porque una cosa es la prueba realizada con vulneración de derechos fundamentales (*prueba ilícita*) y otra muy distinta la irregularidad procesal que no provoque efectiva indefensión (*prueba irregular*). En el primer caso, la invalidez afecta a la prueba ilícita y a los actos de prueba que deriven de ella, con las salvedades o matizaciones que luego se dirán; en el segundo, no hay “contagio” de la nulidad, por lo que la prueba irregularmente obtenida puede, en principio, tener algún valor incriminatorio o exculpatorio, salvo cuando se haya vulnerado una norma procesal que cumpla una función de garantía para el imputado. De ambas categorías (prueba ilícita y prueba irregular) trataremos con posterioridad de manera independiente.

Establecido el alcance general del principio de legalidad en la práctica de la prueba procesal, sus manifestaciones concretas más importantes son las siguientes:

- El derecho del imputado a no declarar, garantizado por el artículo 12 de la Constitución de la República;
- La prohibición, conectada con aquel, del uso de determinados métodos para la declaración contrarios a la dignidad de la persona y al derecho a la presunción de inocencia (arts. 12 Cn y 262 CPP);
- La necesidad de respetar en la obtención de las demás pruebas los derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en el Código Procesal Penal (art. 15, 162 y 224, núm. 6);
- La necesidad de cumplir las normas reguladoras del procedimiento probatorio, en relación con los actos de investigación, la prueba anticipada y la prueba en el plenario: testifical, pericial, interrogatorio del imputado, etc.; y
- Más en concreto, el respeto en la recepción de la prueba de los principios esenciales de la contradicción, oralidad, publicidad, celeridad, intermediación y concentración, salvo supuestos excepcionales previstos en la ley (arts. 270, 272, 330 y 333).

b) La prueba ilícita

El irrespeto de los derechos o garantías fundamentales de la persona dará lugar a la ineficacia jurídica del acto o resolución infractora por causa de nulidad absoluta, debiendo ser el juez o tribunal sentenciador beligerante en la defensa de los derechos fundamentales, aunque, en casos excepcionales, debe darse el debido juego al principio de proporcionalidad y al valor justicia.

Con esta última observación se quiere poner de manifiesto el hecho de que existen determinados derechos individuales que exigen, por la clase de bien jurídico objeto de protección, un incondicional y absoluto respeto por parte de los órganos encargados de la persecución penal, como son los derechos a la vida, a la integridad física, a la salud o a la dignidad de la persona; hay, sin embargo, otros derechos fundamentales que se encuentran axiológicamente en una inferior posición, como sucede con el derecho a la propiedad y la posesión, amparados por el art. 11 Cn, o con el derecho a la intimidad en sentido amplio, susceptible de un mayor grado de afectación por parte de los poderes públicos (art. 19 Cn), que pueden incluso ejercer, en determinadas circunstancias, una legítima injerencia en la morada ajena (art. 20 Cn).

558 Por razones históricas (frecuente uso de la tortura y malos tratos con sospechosos, valor de la confesión extrajudicial así obtenida) y de índole cualitativa (el proceso penal gira realmente en torno de la figura del imputado), la Constitución, los tratados internacionales sobre al materia y el Código Procesal Penal prestan especial atención a la figura del imputado como fuente de la prueba ilícita (arts. 12 Cn y 15, 87.7 y 262 CPP).

Sin embargo, el Código Procesal Penal contiene especificaciones sobre otros supuestos de ilicitud probatoria, que obedecen, aunque no en todos los casos, a razones de política criminal. Así, será ilícita la declaración de un testigo que, teniendo facultad de abstenerse de declarar, no es instruido por el juez de ese derecho (art. 186, último inciso); la de un testigo que, teniendo el deber de abstención (ministros de una Iglesia con personería jurídica, abogados, notarios, médicos, obstetras y funcionarios públicos sobre secretos de Estado), declara sobre hechos que han llegado a su conocimiento en razón de su propio estado, oficio o profesión (art. 187 CPP); o la de un testigo, salvo excepciones que no son del caso, que antes de comenzar la declaración no es instruido del delito de falso testimonio en que puede incurrir ni presta juramento o promesa de decir verdad (art. 191), si bien éste último supuesto, podría ser motivo de nulidad relativa, no así los dos primeros, claros supuestos de nulidad absoluta.

El art. 224.6 del Código Procesal Penal sanciona con la nulidad absoluta aquellos actos procesales que impliquen inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstos en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en este Código. La nulidad absoluta tiene carácter insubsanable, ni aún con expreso

consentimiento de las partes, y ha de ser declarada a pedimento de estas o de oficio en cualquier estado o grado del proceso (art. 225), en la forma establecida en el art. 223 del Código.

Podríamos considerar, en hipótesis, una prueba ilícita que acredite la inocencia de una persona acusada o condenada, o de una prueba de descargo obtenida con una vulneración no excesivamente grave de un derecho fundamental. Como caso hipotético, pensemos en la posibilidad de que a través de unas escuchas telefónicas ilegales se llegue a saber que el autor de determinado secuestro no es el imputado sino otra persona diferente, de la que no existía sospecha alguna hasta ese momento. La interceptación telefónica fue evidentemente ilegal, por contravenir el art. 24 Cn, pero el valor justicia permitiría darle eficacia probatoria a los solos efectos de exculpación del imputado, sin que pueda servir la información obtenida para iniciar un proceso penal contra la persona mencionada en la conversación como autora del secuestro.

En un intento de sistematización de la materia, podemos establecer los siguientes casos de prohibiciones de prueba:

- Hechos que no pueden ser objeto de prueba ni de investigación judicial, como son los amparados por secretos oficiales de Estado, salvo autorización expresa al funcionario para que preste testimonio en juicio (art. 187, inciso primero in fine CPP).
- Medios de prueba que no pueden ser utilizados, como la prueba testifical de personas que deben o pueden abstenerse de declarar por vínculos familiares, religiosos o profesionales con el imputado (art. 187).
- Métodos de investigación que son inadmisibles para la obtención de la prueba personal, como los que relaciona por su particular gravedad el art. 262 del Código Procesal Penal: tortura, amenazas, psicofármacos, hipnosis, etc., así como cualquier otro que, sin autorización judicial, infrinja los derechos fundamentales de la persona.
- Elementos de prueba cuyo acceso al proceso está condicionado a que su obtención sea ordenada por determinadas autoridades, judiciales o administrativas, o realizadas por determinados profesionales. En general, salvo excepciones, la obtención de un elemento de prueba que exija una limitación de un derecho fundamental debe ser autorizada por el juez, como, por ejemplo, una inspección corporal de cierta entidad respecto a un sospechoso o imputado. En ese mismo ejemplo, la realización de la inspección, que afecta al derecho a la intimidad, por ser susceptible de afectar

también al derecho a la salud y a la integridad personal, debe ser realizada por un facultativo (art. 167 CPP).

Por último, es evidente que las prohibiciones probatorias basadas en la vulneración de derechos fundamentales afectan tanto a las pruebas que aporten al proceso los órganos públicos de la investigación criminal como los particulares, ya que la Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico que vincula a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos.

c) Efecto reflejo de la prueba ilícita

Uno de los problemas más complejos y, por ello, más discutidos por la doctrina procesal moderna es el referido al alcance y límites de la prueba ilícita, es decir, el relativo a la determinación del mandato legal que obliga a invalidar el acto o diligencia que infrinja un derecho fundamental y los que sean conexos con él (art. 224, al final, CPP).

560 La resolución del problema no admite fórmulas únicas, claras y definitivas, porque la realidad ofrece tal variedad de situaciones que escapan a una unívoca solución normativa. Por tal razón, lo único factible, desde el punto de vista de la técnica legislativa, es ofrecer un criterio básico de resolución de casos, que sería el de la necesidad de que exista un nexo o relación de causalidad entre la prueba ilícitamente obtenida y la prueba lícita que derive de aquella, criterio seguido por el Código Procesal Penal (art. 244, final), de manera tal que pueda afirmarse clara y rotundamente que la prueba lícita es consecuencia de la prueba ilícita, sin que se compartan opiniones, de resultados inconvenientes para la realidad salvadoreña, que consideran factor de invalidación la “simple posibilidad” de conexión causal entre ambas pruebas (Tribunal Constitucional alemán; ASENSIO MELLADO).

El llamado efecto reflejo de la prueba ilícita tiene su manifestación normativa en los siguientes preceptos del Código Procesal Penal salvadoreño:

- En el art. 15, inciso segundo, a cuyo tenor “no tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito. No obstante tratándose de operaciones encubiertas practicadas por la Policía Nacional Civil, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de detectar, investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado, previa autorización por escrito del Fiscal General de la República”.
- En el art. 224, último inciso, que establece la nulidad absoluta del “acto o diligencia en que se hubiere producido la infracción y los que sean conexos

con estos (...)”, con referencia a los supuestos de declaración de un imputado detenido sin la asistencia de su defensor y de realización de cualquier acto que implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en el Código Procesal Penal (numerales 4) y 6) del art. 224 CPP).

- En el art. 223, que extiende el alcance invalidante de la declaración de nulidad de un acto en concreto a “los actos posteriores que dependan de él, siempre que la invalidez sea indispensable para reparar el agravio de la parte que lo alega” a cuyo efecto deberá el juez o tribunal, al declararla, determinar “a cuales actos anteriores o contemporáneos alcanzan la nulidad por conexión con el acto anulado (...)”.

La operación de determinación del alcance reflejo de la nulidad tiene, como hemos dicho, un carácter casuístico; debe hacerse conforme al criterio de la proporcionalidad, para que el valor supremo de la justicia (art. 1 Cn) adquiera la mayor virtualidad posible, y ha de ponerse de manifiesto la existencia de una conexión causal o relación de causalidad directa e inmediata entre el medio ilícito y los elementos lícitos de prueba derivados del mismo.

Un caso en el que se pone de relieve ese principio de ponderación de intereses en conflicto es el de los hallazgos casuales. El Tribunal Supremo español en su sentencia de 18 de febrero de 1994 (Aranzadi 2314), que cita PICÓ I JUNOY, razona al respecto en los siguientes términos: “carece de razón la defensa cuando afirma que el hallazgo casual de pruebas de otro delito que el que ha motivado las diligencias sumariales quita a tales pruebas validez. En efecto, si las pruebas casualmente halladas hubieran podido ser obtenidas mediante el procedimiento en el que se las encontró, nada impide que tales pruebas sean valoradas. Por lo tanto, aunque el auto que autorizó la entrada y registro establezca que la misma se otorga “tan sólo al objeto de comprobar la existencia de estupefacientes”, la valoración de pruebas obtenidas en dicha diligencia relativas a la tenencia ilícita de armas y demás delitos diversos por los que el recurrente fue finalmente condenado, es ajustada a derecho, pues tales pruebas hubieran podido ser obtenidas por medio de una diligencia de entrada y registro”.

561

d) La prueba irregular

Conforme al principio de la sana crítica y al de la proporcionalidad, solo cabrá hablar de prueba prohibida o ilícita, como hemos dicho anteriormente, cuando se lesionen los derechos individuales protegidos especialmente por la norma constitucional, así como las garantías procesales y la igualdad interpartes que la Constitución y el Código Procesal Penal establecen al configurar el derecho al debido proceso. Cualquier otra infracción de la legalidad procesal que no provoque efectiva indefensión constituirá un supuesto de prueba irregular, cuyos efectos, al contrario que los de la prueba ilícita,

son menos traumáticos, porque mantiene un cierto valor probatorio y no hay “contagio” de la nulidad relativa a que pueda dar lugar.

Cuando tiene lugar la vulneración de normas procesales secundarias, que no afecten a los elementos esenciales implícitos en el derecho al debido proceso, estamos ante supuestos de “nulidades relativas” (art. 226), que se caracterizan, frente a las absolutas, por estar sometidas a un régimen de caducidad y subsanación (art. 228 CPP), en virtud del principio de conservación de los actos jurídico-procesales. Como sostiene GLEZ-CUÉLLAR SERRANO, deben atenderse los intereses involucrados en el caso concreto, lo que significa “aceptar que en muchas ocasiones el desconocimiento de los formalismos procesales no conlleva la imposibilidad de la valoración de la prueba, si en tales supuestos la infracción legal no supone vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías o del derecho a la igualdad de las partes”.

Por último, el último inciso del art. 15 CPP, al que remite el art. 162, establece que “no obstante lo dispuesto en el inciso primero del presente artículo, si el vicio de la prueba consiste en no haber sido incorporada al proceso con las formalidades prescritas por este Código, la misma podrá ser valorada por el juez como indicio, aplicando las reglas de la sana crítica”. Parecida prescripción se infiere de los arts. 223, 226 y 228 CPP, acerca del régimen de las nulidades relativas, aunque cabría interpretar el último inciso del art. 15 en el sentido de que, a pesar de declararse la nulidad relativa del acto de prueba y haber caducado la posibilidad de subsanación, el contenido del mismo no queda por ello privado de absoluta validez.

562

F) El principio de la íntima convicción y las reglas de la sana crítica

El último inciso del precepto que comentamos dispone lo siguiente: “Los jueces deben valorar las pruebas en las resoluciones respectivas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”. Con semejante prescripción se está ordenando fundamentar la sentencia (“en las resoluciones respectivas...”) de acuerdo con el principio de la sana crítica, que es una variedad del principio de libre o íntima convicción.

Las reglas de la sana crítica son ante todo “las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas se interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos o de confesión) con arreglo a la sana crítica y a un conocimiento experimental de las cosas” (COUTURE). Ello exige que se exprese en la sentencia la relación entre el hecho a probar y el medio de prueba que conforma la convicción judicial, con el fin de comprobar la razonabilidad de la decisión. Por lo demás, el tribunal es soberano en la valoración de la prueba, no estando sujeto más que a los imperativos del razonamiento lógico, de la rectitud, de la imparcialidad y de la fundamentación o motivación.

No existe, pues, en el juez una arbitraria, absoluta e irresponsable libertad de razonar, lo que caracteriza al sistema de libre convicción en su estado puro (veredicto del jurado), sino el deber de llevar a cabo un razonamiento, que se ha de exteriorizar en la sentencia, en el que se entrecruzan de manera equilibrada las leyes de la lógica, sin excesivas abstracciones intelectuales, y las máximas de la experiencia humana, porque podría perfectamente ocurrir que una sentencia basada en un perfecto razonamiento lógico conduzca a un fallo erróneo y, por consiguiente, injusto.

Las leyes o principios de la lógica someten al juez a una determinada forma de pensar, de particular trascendencia en la llamada prueba indiciaria o circunstancial, que luego analizaremos. Implican una operación de la mente consistente “en obtener nuevos conocimientos a partir de los ya adquiridos” (GUTIÉRREZ SÁENZ), dando como resultado el razonamiento lógico que está constituido por “varios juicios en donde el último (conclusión) está ligado por un nexo necesario con los primeros (premisas)”, en cita del mismo autor y de AYALA PERDOMO.

Por su parte, las máximas de experiencia son las “definiciones o juicios hipotéticos de cualquier contenido, independientes del caso específico a decidir en el proceso y de sus hechos concretos, obtenidos por la experiencia, que se desligan de los casos singulares de cuya observación se inducen, adquiriendo validez para otros nuevos casos”. (STEIN, en *La Ciencia Privada del Juez*, citado por PRIETO CASTRO). Dichas reglas o proposiciones vivenciales introducen elementos extralógicos o antilógicos en la forma de razonar, que derivan, en expresión de COUTURE, “de la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida”.

563

El Código Procesal Penal acoge este sistema de valoración probatoria al establecer, además de lo expresado con carácter general al final de los artículos 15 y 162, que la confesión judicial podrá ser apreciada como prueba según las reglas de la sana crítica (art. 221 CPP) y que “el tribunal apreciará las pruebas producidas durante la vista pública de un modo integral y según las reglas de la sana crítica” (art. 356), añadiendo el art. 362 (vicios de la sentencia) que se entenderá que es insuficiente la fundamentación cuando no se han respetado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos de valor decisivo (art. 362.4, final).

Optar por un sistema de prueba legal o tasada hubiese constituido en palabras de JAIME GUASP una “anormalidad jurídica”, porque siendo la esencia de la actividad probatoria convencer al juez de la certeza de unos hechos, al final del proceso se sustituiría la creencia o convicción del juez por una imposición legal, como ocurría en parte hasta la derogación del Código Procesal Penal de 1974, dado el valor de prueba semiplena de la confesión extrajudicial.

La prueba, señala el último precepto mencionado, ha de valorarse de modo integral (art. 356), por lo que aunque haya que respetar, en principio, por ejemplo, la pureza

probatoria de ciertos documentos públicos, es un deber del Juez, si a ello le conduce el análisis racional e imparcial de otros elementos de prueba, desvirtuar total o parcialmente el efecto probatorio de los mismos.

La obligación de fundamentar o motivar la decisión judicial permite controlar, como luego veremos, la lógica del razonamiento del juez y la rectitud e imparcialidad de su criterio.

Si no existe suficiente prueba de cargo, el derecho a la presunción de inocencia (art. 12 Cn) impone la absolución. Si existe prueba de cargo, pero, a la vez, surge en el juez o tribunal una duda razonable sobre la autoría (prueba de cargo y de descargo), la regla de derecho *in dubio pro reo* (art. 5 CPP) resolverá el problema al imponer la absolución. En definitiva, procederá la absolución no sólo cuando la prueba disponible en contra del acusado admita una razonable interpretación exculpatoria, sino cuando existan sobre la autoría a la vez pruebas de cargo y de descargo que provoquen la duda razonable en el juzgador.

564

Para finalizar, deben evitarse formalismos exagerados o tecnicismos estériles en el momento de valorar la prueba y de evaluar las irregularidades procesales, siendo inadmisibles una actitud preocupada perversamente o por ignorancia inexcusable en “los puntos y comas” de la actividad procesal y no en el valor Justicia, con mayúsculas, que debe inspirar la función judicial.

G) La prueba científica

Por Decreto Legislativo 281/2001, de 9 de febrero, se adicionó al art. 162 el inciso 2º. con la pretensión de poner de manifiesto la importancia que en el proceso penal moderno tiene la denominada prueba científica. La advertencia era innecesaria por evidente, viniendo por otra parte a reiterar lo que ya decía el art. 171 CPP, también modificado, sobre la posibilidad que posee el juez de instrucción, fundamentalmente, de oficio o a instancia del fiscal, de ordenar todo tipo de operaciones técnicas sobre los elementos de convicción hallados en la escena del crimen (armas, restos de sangre, esperma, pelos, huellas dactilares, documentos de todo tipo, etc.).

En la actualidad, en efecto, y por poner un ejemplo, pueden tener mucho más valor incriminatorio, en términos de fiabilidad, las huellas de un sospechoso halladas en el lugar del crimen que cualquier testimonio de terceros; sin embargo, por increíble que parezca, en el momento presente (febrero 2001), no existe en El Salvador una base de datos sobre huellas dactilares ni cualquier otro sistema dactiloscópico que permita la clasificación, ordenación y comparación de aquellas.

En la práctica, existen huellas almacenadas en expedientes, sin clasificación alguna, y solo se coteja la huella hallada en el lugar del crimen con la huella de un

sospechoso, sin que sea posible el cotejo de una huella anónima con un banco de datos de huellas dactilares.

Dicho sistema podría crearse estableciendo que la Cédula de Identidad Personal (Ley de 27 de noviembre de 1959) incorpore una huella dactilar del titular, -al igual que obra en la misma otros datos personales de aquel (ver art. 3.10 LCIP)-, para después lograr la correspondiente base de datos informática con la que hacer búsquedas de sospechosos. Por supuesto, es prioritario empezar con la recopilación de huellas de los deportados de los EE.UU. con antecedentes penales, sin que pueda argüirse que ello afectaría a su derecho a la intimidad cuando la medida sea generalizada para todos los residentes en El Salvador, sean nacionales o extranjeros. De hecho, ya ha quedado establecido que los nuevos permisos de conducir lleven impresa la huella del dedo índice derecho del conductor.

Lo mismo que con las huellas dactilares sucede con la huella genética o análisis del ADN, cuyo alto potencial en la investigación criminal depende de que exista al menos un laboratorio forense homologado capaz de hacerlo y un sistema de *datos estadísticos del perfil genético de la población salvadoreña*, del que no se dispone por el momento.

En fin, la prueba científica ha pasado a ser la prueba reina del proceso penal, desbancando a la prueba testifical, que por múltiples razones culturales (medio, olvidos, defectuosa percepción, manipulaciones del testigo, falsos testimonios) debe pasar a un segundo plano, superándose una situación, como la que existe en el país, en el que la inmensa mayoría de las sentencias penales se dictan a partir de la prueba testimonial.

565

Por último, para un más amplio conocimiento de las técnicas utilizadas al día de hoy en la investigación criminal, remitimos al lector al comentario de los arts. 168, 169 y 195 (identificación de cadáveres y autopsia), 171 (operaciones técnicas) y 207 (cotejo de documentos) CPP.

H) La prueba de indicios

El derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el art.12 Cn y art.4 CPP, puede destruirse a través de una prueba directa, mediante una prueba indirecta o con una combinación de ambas.

La prueba indiciaria es una prueba indirecta (pleonasma), basada en los llamados indicios, que son hechos de la vida real cuya fuente de conocimiento puede estar en una persona o en una cosa, pero cuya operatividad procesal, mediante el método inductivo, los convierte, como señala Montón Redondo, más que en “un auténtico medio de prueba, en un modo de valoración judicial de determinados hechos o circunstancias

debidamente acreditados en el proceso que, sin tener por sí carácter delictivo, pueden permitir la deducción de otros que sí lo tienen, así como la participación y responsabilidad en ellos”.

Un ejemplo del mecanismo inductivo, propio de la prueba de indicios, nos lo ofrece ELVIO FASSONE en los siguientes términos: “supongamos que un homicida está seguramente incluido entre los sujetos A, B, C, D, E y F: si sabemos el dato de la dirección de la lesión inferida que evidencia que es zurdo el autor, podemos excluir a A y B que no lo son. Si sabemos además que el asesino fue visto sobrepasando a la víctima por la estatura, podemos eliminar a C y D que son más bajos que él. Si después averiguamos que en el momento del delito E se encontraba en un cuartel o estaba detenido, podemos afirmar la responsabilidad de F directamente sin prueba directa”.

566

La prueba de indicios, para su validez, debe cumplir los siguientes requisitos: a) El hecho base o delictivo ha de estar acreditado por prueba directa; b) La autoría ha de inferirse de hechos indiciarios plenamente probados y racionalmente conectados con el hecho delictivo, debiendo excluirse las meras sospechas o conjeturas; c) Han de existir varios indicios, en función de las circunstancias de cada caso, aunque son imaginables situaciones excepcionales en las que un único indicio podría ser suficiente para la condena, como, por ejemplo, la cantidad de droga ocupada al acusado o la presencia, en la víctima de una violación de semen del imputado anteriormente desconocido por aquella; d) No han de existir contraindicios exculpativos (coartadas) que hagan dudar de la virtualidad incriminatoria del indicio. Sin embargo, la coartada o contraindicio utilizado por el imputado en su defensa, una vez que se acredita su inconsistencia o falsedad, se convierte en indicio o fuente de prueba indirecta o circunstancial (JOSÉ MARÍA PAZ y otros); y e) El tribunal sentenciador, por último, ha de externar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la convicción de la existencia del hecho punible y de la culpabilidad del acusado. Ese juicio de inferencia no ha de ser absurdo, irracional o arbitrario, sino que debe realizarse según las reglas de la lógica y del criterio humano, es decir, según las reglas de la sana crítica.

l) La fundamentación de la prueba

Superados en el Derecho Penal tanto el sistema de prueba legal como el sistema de prueba libre basada en la “íntima convicción” judicial no requerida de explicación alguna (que aún persiste para el jurado), el péndulo, como señala metafóricamente LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, se ha centrado, “acogiendo una postura intermedia en la que la convicción judicial es necesaria pero no suficiente”, porque a la íntima convicción del juzgador se le une el deber legal de fundamentar las resoluciones judiciales.

La Constitución de la República no contiene expresamente el mandato de que los componentes del Órgano Judicial fundamenten sus resoluciones; sin embargo, como

vemos, dicho deber de fundamentación deriva implícitamente de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la presunción de inocencia, garantizados por los artículos 3, 11 y 12 de la Constitución.

El Código Procesal Penal establece, por el contrario, como dijimos, en el último inciso del art. 162, la obligación de los jueces de “valorar las pruebas en las resoluciones respectivas”, o lo que es lo mismo, de fundamentar sus decisiones.

El alcance de esa obligación se explicita en los arts. 130 y 362.4 CPP. Por una parte, el art. 130 dispone que “es obligación del juzgador o tribunal fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameriten. La fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas, así como la indicación del valor que se le otorga a los medios de prueba. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no sustituirán en ningún caso a la fundamentación”. Por la otra, el art. 362.4 señala como motivo de casación el hecho de que en la sentencia “falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal”, debiendo entenderse que “la fundamentación es insuficiente cuando solamente se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice como fundamentación, el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales; asimismo, se entenderá que es insuficiente la fundamentación cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo”.

567

El razonamiento o fundamentación judicial supone la expresión escrita de una doble operación intelectual: por una parte, hay que verificar la adecuación de los hechos objeto de la acusación a la prueba legal practicada en el juicio, lo que equivale a la fundamentación fáctica de la sentencia; por otra, declarados probados unos determinados hechos, hay que verificar la adecuación de los mismos al tipo penal, lo que implica la fundamentación jurídica de aquella.

La fundamentación fáctica de la sentencia, se reitera, es la operación de adecuación de los hechos a la prueba practicada, y exige que en la valoración o apreciación de la misma se responda expresamente a las preguntas de sí se han verificado o no los hechos objeto de la acusación y de si los medios de prueba utilizados han sido lícitos. En función de la respuesta, se producirá o no la destrucción del derecho a la presunción de inocencia que ampara al imputado. Los principios técnico-jurídicos que rigen el procedimiento (contradicción, oralidad, publicidad, concentración, intermediación, no indefensión, presunción de inocencia...) y las reglas lógicas y de la experiencia, configuradoras del concepto de la sana crítica, serán los instrumentos para llevar a cabo las anteriores verificaciones, según expresamos con mayor detalle al explicar el contenido de la regla de la sana crítica.

El deber jurisdiccional de motivar o fundamentar sus resoluciones admite un cierto margen de discrecionalidad, en el sentido de que, como señala una sentencia del Tribunal Constitucional español (100/87), no se exige del juez o tribunal “una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido, ni le impone una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado”, pudiendo existir una mínima motivación si el derecho de defensa no es vulnerado.

568

Por último, en apretada síntesis, digamos que la obligación legal de fundamentar las resoluciones judiciales y, en particular, las sentencias y autos recurribles en casación (art. 422 CPP: autos que pongan fin a la acción o a la pena, etc.) cumple las siguientes funciones procesales: a) Hacer efectivo, en materia jurisdiccional, el derecho de igualdad, pues la fundamentación “expone razones, interpretaciones y tomas de posición que vincularán, en cierta medida, al tribunal a la hora de dictar nuevas sentencias” (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA); b) Posibilitar el control de la actividad jurisdiccional por parte de los tribunales superiores por la vía de los recursos, ya que malamente podrá revisarse una decisión de la que no se conocen los criterios lógicos, de experiencia y de legalidad en que se fundó. Hacer posible, en definitiva, en el ámbito de la justicia penal, la comprobación de que la prueba practicada en el plenario ha sido suficiente para enervar la presunción de inocencia. De no ser expreso el *razonamiento*, dice la STC español 175/85, no se podría determinar “si el proceso deductivo es *arbitrario*, irracional o absurdo”, hipótesis en que se habría vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por estimarse que la actividad probatoria puede entenderse de cargo”; c) Facilitar la comprensión del fallo de la sentencia por las partes procesales y, fundamentalmente, por quien se vio afectado en sus derechos como consecuencia de la decisión judicial; y d) Posibilitar también a la opinión pública, es decir, a la ciudadanía, la comprensión de las decisiones del Órgano Judicial, cuyo poder emana del pueblo y está sometido a la Constitución y a las leyes, siendo los funcionarios judiciales delegados del pueblo y sometidos al imperio de la ley (art. 86 Cn).

III. JURISPRUDENCIA

Pertinencia como límite del derecho a la prueba. “En un procedimiento, aunque se reconozca el derecho de las partes procesales a utilizar los medios de prueba para su defensa, tal derecho no es absoluto, sino que esta condicionado a ciertos requisitos; uno de estos suele denominarse la pertinencia. La pertinencia es aquella que viene referida no tanto al medio de prueba en sí mismo considerado y entendido como actividad, sino al hecho que se fija como objeto de la prueba en relación con las afirmaciones que se hicieron por las partes en su momento: es pues aquella que versa sobre las proposiciones o hechos que son verdaderamente objeto de prueba o demostración (*Amparo*, 18-09-01).

Principio de libertad probatoria. “Si bien es cierto el Código Civil ha establecido una norma procesal probatoria respecto de los contratos de arrendamiento, en el proceso penal la existencia del contrato no es ya objeto procesal, por lo que su existencia se puede tener por acreditada mediante otras pruebas, en virtud del principio de libertad probatoria Art. 162 Inc. 1º Pr.Pn.” (*Casación, 13-05-03*).

Libre apreciación de la prueba e indicios. “La motivación de la sentencia no produce nulidad cuando se sustenta en otros elementos de juicio suficientes y válidos, para el caso la denominada prueba de indicios, constituye un elemento de valoración judicial de determinados hechos acreditados en el proceso que permiten deducir la existencia de otros hechos. En la prueba de indicios, el medio probatorio constituye un hecho o varios hechos básicos cuya conexión lógica con el hecho consecuencia, lleva a la convicción sobre la realidad de éste a través de un proceso intelectual que el juez realiza. Ahora que predomina el sistema de la libre apreciación la doctrina le da validez a la prueba de indicios en el proceso penal -Art. 162 Inc. 1º Pr.Pn.-, de manera que su eficacia habrá de medirse de acuerdo a la mayor o menor aptitud para convencer al tribunal sobre la realidad del hecho a acreditar; y la mayor o menor capacidad de los indicios con relación al hecho que se pretende probar, ha de ser apreciado conforme a las reglas de la sana crítica utilizando las máximas de la experiencia, los conocimientos científicos o cualquier otro elemento apto. Para que la prueba de indicios pueda desvirtuar la presunción de inocencia, su eficacia probatoria depende: 1º) que el hecho constitutivo del indicio sea digno de crédito; 2º) que el hecho esté plenamente demostrado en el proceso, mediante prueba directa; y 3º) que el tribunal explique en la sentencia el nexocausal del indicio con el hecho presunto, mediante un proceso mental razonado con el uso de una serie de máximas de la experiencia, por el cual llega a la conclusión inmediata” (*Casación, 02-05-03*).

569

Prueba anticipada y prueba preconstituida. “En la teoría de la prueba se han elaborado tradicionalmente distintas calificaciones de la misma, según sea el criterio utilizado, siendo una de ellas la prueba preconstituida y la prueba anticipada. La primera se refiere a aquellos documentos que pueden obtenerse antes de la incoación del proceso y, por lo tanto, viabilizan su presentación *in limine* como prueba a ser considerada dentro del proceso; mientras que la segunda es la que se produce fuera del proceso o durante el desarrollo del mismo pero antes del momento señalado normalmente para tales efectos. En ambos casos, se trata de prueba anterior al momento normalmente oportuno para ello, pero tal circunstancia no violenta el derecho a la equivalencia de armas procesales; pues, en cuanto a los documentos, es comúnmente aceptado que los instrumentos públicos y privados puedan y deban ser anunciados o presentados *ab initio*, y más cuando toman la forma de requisitos formales esenciales de la demanda; y en cuanto al anticipo, no por ello se deja de lado el contradictorio y la intermediación, todo lo contrario, siempre existirá la posibilidad de real de poder debatir sobre ello en el proceso” (*Inconstitucionalidad, 28-05-01*).

Prueba prohibida. Véase la jurisprudencia relacionada en el Art. 15 CPP.

Actos de investigación. “Los actos de investigación de la autoridad administrativa no deben entenderse como restricciones a la esfera de libertad de la persona, por cuanto su finalidad es contar con elementos que permitan realizar una imputación objetiva en total respeto de los derechos fundamentales de la persona investigada” (Hábeas Corpus, 19-10-01).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Los actos de investigación y, eventualmente, de prueba plantean dos perspectivas: una científica o criminalística, referida a la aplicación de métodos científicos o de laboratorio para determinar la existencia de un delito y la identificación de su autor, descubriendo y demostrando la verdad establecida. Y otra más relevante en este punto como es la jurídica o procesal penal, que se funda en la manera que la ley regula, condiciona o determina la forma en que debe realizarse esa actividad de descubrimiento o demostración. En este sentido, no basta que el procedimiento sea eficaz para probar la verdad del hecho, sino que debe haber cumplido los requisitos y respetado los límites que la Constitución y el Código Procesal Penal establecen. En ningún caso se debe buscar la verdad a toda costa o a cualquier precio; mucho menos en un proceso legal.

570

Uno de los límites u obstáculos más importantes a la actividad de investigación y de prueba son los derechos fundamentales de las personas, especialmente aquellas a las que se les atribuye la comisión de un hecho penalmente relevante. Los derechos fundamentales son cualidades de la persona por su condición de tal, los cuales consisten en campos o ámbitos de conducta libre, pero también participativa en la vida social. Además, son elementos esenciales e indispensables para la convivencia pacífica en un Estado Democrático de Derecho, como pretende ser el salvadoreño. Dicho de otro modo, la protección y defensa de los derechos de una persona no sólo interesa a ésta, sino al Estado mismo y a la sociedad; pues todos estamos protegidos en la medida que los demás lo estén. A pesar de su gran importancia y trascendencia, los derechos fundamentales no son absolutos; sino que pueden ser limitados o restringidos, cuando está de por medio la garantía de otros derechos constitucionales, la seguridad de la generalidad y el bien común. Si los derechos fundamentales no se pudieran limitar, se frustraría de antemano el éxito de cualquier investigación penal. Pero dicha limitación debe cumplir ciertas condiciones. Los requisitos que deben cumplir los actos que limitan derechos son: a) Legalidad; b) Justificación por su finalidad; c) Jurisdiccionalidad o reserva jurisdiccional; d) Proporcionalidad; y e) Motivación adecuada.

CAPÍTULO II

INSPECCIÓN Y RECONSTRUCCIÓN

163

INSPECCIÓN

La Policía comprobará, mediante la inspección de lugares, personas o cosas, los rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiere dejado.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 238 a 244 (diligencias iniciales de investigación), 164 (inspección ocular), 165 (ausencia de rastro), 166 (facultades coercitivas), 167 (inspección corporal), 168 y 169 (caso de muerte), 170 (reconstrucción del hecho), 171 (operaciones técnicas), 172 (juramento), 123 a 125 (actas), 276 (valor actas instrucción), 330.4 (lectura en juicio oral), 351 y 352 (pruebas en el plenario)

571

II. COMENTARIO

El presente capítulo de la ley procesal, ubicado en el título genérico dedicado a los medios de prueba, se refiere a las actividades procesales de inspección del lugar del hecho y corporal del imputado, de recogida y conservación de las pruebas materiales (rastros, vestigios, objetos...) que el delito hubiese dejado, y a la reconstrucción del hecho y realización de las pruebas periciales que sean factible en relación con los resultados de los anteriores actos de investigación.

A toda esa variedad de cuestiones, que serán analizadas en su oportunidad, se refieren los arts. 163 a 172 (inspección y reconstrucción) y 238 a 244 (diligencias iniciales de investigación) del Código, estableciéndose en los mismos las siguientes prevenciones, generales o específicas, que han de ser tomadas con ocasión de un hecho delictivo para comprobar las características y circunstancias del mismo:

- *Delitos que dejen señales o pruebas materiales de su perpetración:* La Policía deberá hacer una inspección en el lugar en que hubiere ocurrido el hecho, consignando en el acta la ubicación del mismo, la descripción detallada de rastros y huellas, el estado de las cosas y demás efectos materiales que el

hecho hubiere dejado; y recogerá y conservará los elementos probatorios útiles a la investigación, cuando ello fuera posible (art. 164).

- *Delitos que no dejan rastros o efectos materiales, o que dejándolos han desaparecido o han sido alterados:* La Policía describirá el estado existente y, en lo posible, verificará el estado anterior. En caso de desaparición o alteración, averiguará y hará constar el modo, tiempo y causa de ellas (art. 165).
- *Inspección corporal del imputado:* Cuando se presuma la existencia en el mismo de elementos o indicios de prueba, el fiscal solicitará autorización al juez para llevarla a cabo mediante el procedimiento de los actos definitivos e irreproducibles (arts. 167, 270 y 271).
- *Muerte violenta, súbita o sospechosa:* En tales supuestos, la Policía realizará, además de las diligencias ordenadas por el fiscal, la inspección corporal preliminar y la descripción de la situación o posición del cuerpo y de la naturaleza de las lesiones o heridas que presente el cadáver, que tratará de identificar por cualquier medio. Posteriormente, dispondrá el traslado del cadáver al Instituto de Medicina Legal a efecto de que se le practique la autopsia y su identificación final (arts. 168 y 169).
- *Reconstrucción del hecho,* de acuerdo con una determinada hipótesis de su realización a partir de los elementos de convicción de que se dispongan (art. 170).
- *Realización de experticias técnicas y científicas,* cuando sean necesarias para la mayor eficacia de las inspecciones y reconstrucciones realizadas (art. 171).

572

Por último, como normas adjetivas para la puesta en práctica de las anteriores prescripciones, se hace mención, en los arts. 166 y 172, a las *facultades coercitivas* de las autoridades que las ordenan y al deber de prestar *juramento o promesa* de los testigos y peritos, incluidos los intérpretes, que en ellas intervengan.

La mayor parte de las actividades policiales descritas forman parte de las diligencias iniciales de investigación, por lo que deben ejecutarse de oficio en los delitos de acción pública y, cuando sea necesario, en los delitos de acción pública previa instancia particular (art. 26 CPP), ya que, de no investigarse el hecho hasta que exista denuncia o querrela del particular, podría frustrarse el interés público de la persecución penal presente en ese tipo de delitos y el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima. Por otra parte, existen hechos delictivos (ej: las lesiones) cuya investigación será

determinante para la calificación jurídica de los mismos como delito de acción pública o delito de acción pública dependiente de instancia particular, por lo que, en la duda, deberían provisionalmente calificarse como de acción pública. Sin embargo, ninguna de las anteriores consideraciones son suficientemente aclaradas por el Código, que, en el inciso segundo del art. 239 CPP, con referencia a la Policía, se limita a decir que “cuando se trate de un delito de instancia particular sólo actuará cuando exista expresa solicitud de la persona facultada para instar la acción, o de oficio, en los límites absolutamente necesarios para interrumpir la comisión del delito, prestar auxilio a la víctima o realizar actos urgentes de investigación”, expresión esta última a la que debe darse una interpretación extensiva por las razones anteriormente expuestas.

164

INSPECCIÓN DE LUGAR DEL HECHO

Cuando el delito por su propia naturaleza dejare señales o pruebas materiales de su perpetración, la policía deberá hacer una inspección en el lugar en que hubiere ocurrido el hecho, consignando en el acta el lugar, la descripción detallada de rastros, huellas, el estado de las cosas y demás efectos materiales que el hecho hubiere dejado; y cuando fuere posible, recogerá y conservará los elementos probatorios útiles a la investigación, dejando constancia de ello en el acta.

573

Si en el acto de la inspección estuviere presente el Fiscal asignado al caso, tomará a su cargo la dirección de la inspección.

El acta será firmada por todos los sujetos que intervinieron en la práctica de la inspección, bajo esas formalidades podrá ser incorporado por su lectura al juicio.
(4)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 123 a 125 (actas), 163 y 164 a 172 (inspección y reconstrucción), 239 a 241 y 244 (deberes policiales), 195 a 210 (prueba pericial), 270 y 271 (prueba anticipada), 276 (valor probatorio), 330.1 (lectura), 351 y 352 (pruebas en el plenario)

II. COMENTARIO

A) Planteamiento

La inspección del lugar del hecho o inspección ocular a que se refiere el precepto es un acto de investigación llevado a cabo por la Policía con la finalidad de reunir o asegurar con urgencia los elementos de convicción y evitar la fuga y ocultación de los sospechosos. A dicha diligencia se refieren esencialmente, además del precepto que comentamos y los sucesivos arts. 165 y 168 CPP, los arts. 123 y 244 (diligencias policiales) y 330.4 (valor de las actas de inspección durante el juicio oral) CPP.

Cuando el hecho, por su complejidad investigativa (grandes catástrofes, incendios, explosiones,...) exija el concurso de la más depurada técnica policial, estaremos en presencia de una prueba estrictamente pericial (inspección técnico-policial), que se ejecutará conforme a lo establecido en el art. 171 CPP y correlativos de la pericia (arts. 195 y ss.), y a la que debe darse el tratamiento de prueba anticipada del art. 270 CPP, siempre que sea posible.

574 Cuando en el momento de hacer la inspección ocular exista alguna persona imputada, la inspección la llevará a cabo el juez de paz o de instrucción conforme al procedimiento de la prueba anticipada regulado por el art. 270 del Código Procesal Penal.

Por último, durante el juicio oral, el tribunal sentenciador, según lo previsto en los arts. 351 y 352 CPP, puede acordar, de oficio o a petición de parte, la inspección ocular, debiendo realizarse con la presencia obligada de las partes procesales y del propio tribunal sentenciador.

Sin embargo, ese tipo de actividad probatoria es más propio de la instrucción, o incluso del momento previo a la formulación de requerimiento fiscal, en que tendrá valor de prueba preconstituida o parcialmente preconstituida, por tratarse de un acto que solo en circunstancias extraordinarias y muy justificadas tiene sentido realizar durante el juicio oral.

Como dice con acierto la sentencia de 24/06/91 del Tribunal Supremo español, “la llamada defectuosamente inspección ocular, porque todos los sentidos pueden utilizarse para establecer los datos que interesen en cada uno de los supuestos, cuya más acertada denominación de reconocimiento judicial consiste en el reconocimiento sensorial y directo del órgano judicial de los lugares y objetos vinculados al hecho punible (distancias, estado del lugar donde el delito se llevó a cabo, descomposición de un cadáver, ruidos, rugosidad de un objeto, etc.)”.

El presupuesto de este medio de prueba, añade la sentencia, es que “pre-existan en el momento de llevarse a cabo, vestigios o restos de la perpetración del delito, así, por ejemplo, huellas de personas, de animales, de vehículos (...), lo que normalmente no se mantiene cuando se realiza el juicio oral”.

En cualquier caso, si excepcionalmente se admitiese la práctica de una prueba de inspección o reconocimiento judicial durante el juicio oral, el tribunal en pleno, con el imputado, las demás partes y los testigos y peritos, en su caso, se habrán de trasladar al lugar del hecho, donde practicarán la prueba respetando principios esenciales del procedimiento probatorio.

B) La inspección ocular como acto de investigación

a) Descripción de la actuación policial

Los oficiales o agentes de la policía, dispone el art. 244 CPP, informarán a la Fiscalía General de la República dentro del plazo máximo de ocho horas, de todos los delitos que lleguen a su conocimiento y practicarán una investigación inicial para reunir o asegurar con urgencia los elementos de convicción y evitar la fuga y ocultación de los sospechosos. A tal efecto, deben hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante la inspección, planos, fotografías, exámenes y demás operaciones técnicas, si existe peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación (art. 241.3) CPP).

575

Cuando la inspección del lugar del hecho o la reconstrucción del mismo deban llevarse a cabo en un lugar cerrado, deberán tenerse en cuenta, lo que establece el art. 20 Cn sobre el derecho a la inviolabilidad de la morada y los arts. 173 y ss. CPP, que regulan las diligencias de entrada y registro en un lugar público o privado para la búsqueda de objetos relacionados con la comisión de un delito o para la detención de su posible autor.

b) Recogida de objetos

El Código, como hemos visto, ordena a la policía reunir, asegurar y describir los “elementos de convicción” (art. 244), “los rastros, huellas y otros efectos materiales” que el hecho hubiera dejado (art. 163 y 164) y el “estado de las personas, cosas y lugares” (art. 241.3).

Toda esa serie de elementos admiten la siguiente ordenación clasificatoria: 1) *Cuerpo del delito*, concepto con el que se expresa la persona o cosa objeto del mismo; 2) *Instrumentos del delito*, expresión que utiliza el art. 183 del Código referida al conjunto de elementos materiales, como armas, drogas, documentos y objetos de cualquier clase, utilizados para la ejecución del hecho delictivo; y 3) *Elementos o piezas de*

convicción, que, además de los propios instrumentos del delito, comprenden las cosas u objetos (documentos, objetos de cualquier clase, grabaciones, etc.), huellas, rastros, vestigios, que pueden servir para acreditar la realidad del hecho y la autoría del mismo.

El destino inmediato de los instrumentos del delito y de las piezas de convicción es el de ser secuestrados por orden del juez (inciso primero, del art. 180), pudiendo en casos urgentes dictar la orden de secuestro la policía o la Fiscalía General de la República, con preceptiva ratificación judicial en el plazo de cuarenta y ocho horas (inciso 2º. del art. 180 CPP).

Posteriormente, podrán servir para la realización de múltiples pericias (art. 171), dirigidas esencialmente a la identificación del autor del hecho, así como de la prueba de reconocimiento de objetos que se regula en el art. 216 y correlativos del Código Procesal Penal.

576 Los objetos secuestrados, por último, serán enviados de inmediato al depósito judicial, remitiendo el informe correspondiente al juez competente, con la salvedad de lo que hemos dicho respecto a las armas y las drogas. Cuando la investigación sea compleja, existan obstáculos insalvables o los objetos sean necesarios para la realización de actos de prueba, se demorará el envío, que se realizará inmediatamente después de que se hayan realizado las pruebas técnicas o científicas correspondientes (art. 180 y 244, últ. inciso).

c) El acta policial de inspección

La diligencia de inspección del lugar del hecho se reflejará en un acta que deje constancia cuanto menos de todas las especificaciones legalmente previstas.

Su contenido material ha de ser expresión de una acrisolada técnica policial, debiendo figurar el croquis de situación confeccionado in situ por la policía, las fotografías del lugar y de los elementos de prueba hallados en el mismo, las observaciones que sean oportunas, que deberán ser precisas y congruentes, sin contradicciones burdas; los datos personales de personas que hallan presenciado los hechos y de los sospechosos de su comisión, si los hubiera, etc. Todo ello hará más o menos convincentes las conclusiones que, en forma de una o varias hipótesis, reflejen la manera de ocurrir o realizarse el hecho.

Durante la celebración del juicio oral, dada la naturaleza de acto definitivo e irreproducible de la diligencia de inspección, su expresión documental está destinada normalmente a ser objeto de exhaustivo análisis por la defensa, que intentará poner de manifiesto sus deficiencias con el objeto de desvirtuar parcialmente su contenido y crear un elemento de duda razonable en el tribunal sentenciador.

El acta llevará la firma del policía o funcionario a cargo de la actuación (art. 123) y deberá ir firmada, en lo posible, por todos los sujetos que intervinieron en su práctica (art. 164, modificado por Decreto 428, de 1 de octubre 1998) y por quienes hayan proporcionado alguna información para el esclarecimiento de los hechos. Si el defensor hubiere participado en la diligencia, se hará constar, debiendo también firmar el acta, pero si no lo hiciera, no quedará invalidada aquella. Son de aplicación, en lo posible, para la documentación del acta, las reglas previstas para la instrucción, bastando asentar en una sola acta, con la adecuada exactitud, las diligencias de utilidad para la investigación. Se dejará constancia asimismo de las instrucciones recibidas de los fiscales y jueces (art. 244, incisos 2º., 3º.). Todas estas formalidades son preceptivas para que la diligencia pueda ser incorporada por su lectura a la vista pública.

d) La dirección de la inspección

En todos los preceptos mencionados se hace referencia a la eventual presencia del fiscal, en cuyo caso tomará a su cargo la dirección de la inspección. Los oficiales o agentes de la policía actuarán “en todo caso” (art. 244, final 1er. inciso) bajo la dirección de los fiscales.

El art. 164 CPP disponía en su redacción original que la dirección del acto correspondía al juez si estuviese presente, y establecía la exigencia, como requisito de validez, de que la inspección fuese presenciada por dos testigos hábiles, en lo posible vecinos del lugar, que no tuviesen vinculación con la Policía ni con la Fiscalía (art. 123). Ambas prescripciones legales han sido eliminadas tras la reforma del CPP. Sin embargo, la supresión de la referencia al juez no significa que éste, si lo desea o lo piden las partes, no pueda estar presente en la inicial y urgentísima inspección del lugar del hecho, sino que refleja la circunstancia de que si el juez coincide con el fiscal en el acto de la inspección, es al fiscal y no al juez a quien corresponderá asumir la dirección de la misma.

Desde luego, si la inspección se realiza como prueba anticipada, es evidente que el juez ha de estar presente y dirigir el acto, porque lo exige la validez de la misma y porque la regla especial (art. 270) prevalece sobre la general (art. 164 y 168). Lo mismo ocurriría si la inspección es un acto de prueba practicado en presencia del tribunal sentenciador. La garantía de imparcialidad que supone la presencia del juez desaparecería si, estando el mismo presente durante la inspección, quien dirige el acto es el fiscal.

En cualquier caso, sea el juez o el fiscal quien dirija a la policía en la realización de la diligencia de inspección, es claro que a la palabra dirección debe añadirse el calificativo de jurídica, ya que no es muy conveniente que el fiscal o el juez impartan a la policía directrices técnicas de como realizar su trabajo, aunque ello dependerá de las circunstancias.

En el caso de una inspección técnico-policia de cierta complejidad, mantener una interpretación distinta a la anterior sería claramente ilegal, porque los peritos, en este caso los especialistas de la Policía, han de tener plena autonomía, debiendo solo el juez o tribunal formular solamente las “cuestiones objeto del peritaje y fijar el plazo de su realización”, como establece el art. 202 del Código, bajo el subtítulo “dirección del peritaje”, expresión y precepto que aclaran por cierto el sentido que la palabra “dirección” tiene en los artículos 164 y 168 del Código Procesal Penal.

Por último, entre las facultades de quien dirige la inspección está la de ordenar que durante su realización no se ausentan del lugar las personas que se encuentren en el mismo o que comparezca inmediatamente cualquier otra (art. 166); asimismo, dice el art. 126 CPP, que el juez o tribunal podrán disponer todas las medidas necesarias para el cumplimiento de los actos que ordenen, pudiendo requerir, si fuese preciso, el auxilio de la policía.

e) *Valor probatorio de la inspección*

578 La inspección del lugar del hecho como prueba de reconocimiento judicial exige la presencia del juez que perciba directamente su desarrollo (inmediación); la citación del imputado, si está localizable, y de las partes, para que ejerzan plenamente el derecho de defensa (contradicción). Cumplidos los anteriores requisitos, podrá incorporarse al juicio oral mediante la lectura de la correspondiente acta, bastando dicha lectura para su valoración, aunque deberá reproducirse, si lo piden las partes o el juez o tribunal, lo que sea reproducible.

El anterior sería el procedimiento ordinario y más garantista de una prueba anticipada *stricto sensu*, objeto de regulación en el art. 270 CPP, que contempla como uno de los supuestos de aquella el de los actos de investigación definitivos e irreproducibles en el juicio oral, tales como registros, pericias, inspecciones u otros. Ahora bien, el deber legal de la policía y del fiscal de asegurar la prueba obliga a dar también validez probatoria a la diligencia de inspección del lugar del hecho que no sea posible realizar por razones de urgencia, conforme al procedimiento ordinario del anticipo de prueba del art. 270, siempre que no exista sospecha de fraude procesal en la obtención *in situ* de las pruebas.

Al deber de aseguramiento de la prueba, fundamento de la eficacia probatoria de la primaria y urgente inspección ocular, se refieren los artículos 239, 238 y 241.3) del Código Procesal Penal; tan pronto como la Fiscalía General de la República tenga conocimiento de un hecho punible, dice el art. 238, procurará “recoger con urgencia los elementos de prueba cuya pérdida es de temer”; la Policía, a su vez, “por iniciativa propia, por denuncia o por orden del fiscal”, dispone el art. 239 CPP, recogerá las pruebas (...) para fundar la acusación o el sobreseimiento; teniendo entre sus atribuciones y obligaciones las de “hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante

inspección, planos, fotografías, exámenes y demás operaciones técnicas, si existe peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación” (art. 241.3) CPP).

La validez probatoria de dichas actuaciones llevadas a efecto al margen de lo previsto en el art. 270, viene reflejada en el último inciso del art. 276, que priva de valor para probar los hechos en el juicio a las actuaciones de la instrucción, con la excepción de los actos irreproducibles realizados conforme a las reglas previstas en el Código y de las actas cuya lectura en la vista pública esté permitida.

Este último es precisamente el caso del acta de inspección del lugar del hecho, de la que expresamente se manifiesta en el art. 330 CPP que puede ser incorporada por su lectura a la vista pública, dependiendo su validez del cumplimiento de las preceptivas formalidades (arts. 123, 124, 164, 244, 276, etc.) y sin perjuicio de que su contenido sea complementado con declaraciones testificales, periciales o por cualquier otra prueba de distinta naturaleza. Se trata, por tanto, de una prueba parcialmente preconstituida, ya que, salvo fallecimiento, incapacidad, ausencia o ilocalización de quienes formalizaron el acta, su presencia puede ser necesaria en el plenario para complementar la lectura de aquella con las declaraciones de quienes figuran en la misma, sometiendo todo ello a la debida contradicción entre las partes.

C) La inspección técnico-policial

579

El éxito de una investigación delictiva en la que sea posible realizar una inspección ocular depende enormemente de la perfección técnica y jurídica de dicha diligencia.

La inspección ocular se realiza sobre lo que en lenguaje policial se denomina escena del crimen, cuyas dimensiones no solo se concretan al lugar exacto en que se cometió el delito sino a las zonas aledañas, más o menos alejadas de aquel lugar, por lo que el área objeto de inspección y protección, según las circunstancias, puede variar considerablemente.

Piénsese que la inadecuada protección de la escena puede producir la “contaminación” de la misma, es decir, la desaparición o alteración de elementos de prueba determinantes para la resolución del caso. Efectuado, pues, el registro inicial en busca de pruebas materiales, es tarea crítica y esencial del policía o policías que llegan primero al lugar del crimen la de asegurar o proteger el mismo contra las intromisiones indebidas, que pueden ser de los propios policías, por falta de pericia en el cumplimiento de su función.

En general, las acciones características de una inspección ocular tienen el siguiente orden de prioridad: 1) Asistencia prioritaria a las personas heridas que se encuentren en el lugar; 2) Protección inmediata y, siempre que sea posible, simultánea a la atención de los heridos, del lugar del hecho, a cuyo efecto se deberán cercar las salidas o entradas

críticas y el perímetro del lugar, colocando policías en su entorno para impedir la entrada de curiosos, familiares de la víctima, periodistas e incluso policías y fiscales sin autorización del encargado de la investigación; 3) Protección de los elementos de prueba que puede verse afectados por los agentes climáticos o ser alterados fácilmente por los presentes. En tal sentido, debe evitarse pasear por el lugar innecesariamente, ya que pueden contaminarse huellas de pisada o de neumáticos potencialmente incriminatorios; desplazar sin razón alguna objetos; alterar o desarreglar a las personas fallecidas; tocar superficies y objetos susceptibles de contener huellas latentes.

Todas esas restricciones solo deben levantarse por orden del especialista de la Policía encargado de la inspección-técnica del delito o por el fiscal encargado del caso, quién, salvo que sea experto en técnicas policiales, debe actuar contando con la previa opinión del primero.

El acta de inspección contendrá información sobre el momento de la llegada policial al lugar del hecho, condiciones climáticas, visibilidad, personas presentes al llegar la Policía y demás circunstancias pertinentes, debiendo tenerse en cuenta que cualquier detalle puede ser importante.

580 Todas las anteriores medidas constituyen condiciones necesarias del acto de inspección ocular, que, salvo en supuestos elementales, exige una formación especializada y el libre criterio, en cuanto a métodos y técnicas a utilizar, del investigador policial encargado del caso, cuya función esencial, aparte de elaborar una hipótesis sobre el hecho criminal y su autoría, es la de encontrar pruebas materiales (rastros, vestigios, instrumentos del delito,...) susceptibles de ser examinadas en el Laboratorio de la Policía Científica del Delito.

Desde el punto de vista legal, el acta de la inspección ocular puede incorporarse al juicio oral por su lectura (art. 330.4), sin perjuicio, dice el art. 330.1 CPP, de que “las partes o el tribunal exijan la comparecencia personal del testigo o perito, cuando sea posible”.

Dichos testigos y peritos serán, entre otros, los agentes policiales e incluso el fiscal del caso (siempre que no sea el que ejerce la acusación en el juicio) que llevaron a cabo la inspección ocular. Por ello, el investigador o el técnico policial de laboratorio debe ser capaz de identificar cada elemento de prueba ante el tribunal sentenciador; describir la ubicación exacta del mismo al ser recogido de la escena del crimen; dar cuenta de las medidas de protección del elemento de prueba tendentes a asegurar la cadena de custodia; explicar las alteraciones que hayan podido sufrir los elementos de prueba desde su obtención hasta su recepción por el tribunal sentenciador, dando cuenta de las causas, momento y demás circunstancias de las mismas; asistir, en el caso de muerte violenta, súbita o sospechosa, a la autopsia, para asegurarse de la recogida de

evidencias de la remisión de las mismas al laboratorio y de las medidas que exija una perfecta cadena de custodia.

Desde el punto de vista del contenido del acta-informe de la inspección, debe figurar en la misma la descripción del registro de la escena en busca de elementos de prueba, las medidas de protección adoptadas; la relación, en su caso, de objetos y vestigios encontrados; la elaboración de un croquis o dibujo del lugar; las fotografías o, incluso, videofilmación de la escena.

La inspección del lugar del hecho, de carácter ordinario, consiste en la simple visualización más o menos perspicaz del lugar en que se cometió el delito y en la descripción de lo observado por el juez, fiscal o agente policial en la correspondiente acta, que también deberá recoger las observaciones que tengan a bien realizar en su caso las partes y el propio imputado.

La inspección técnico-policial es, por el contrario, una estricta prueba pericial efectuada por los especialistas de la policía científica del delito a partir del examen minucioso y metódico del lugar del hecho y de lo encontrado en él, con la finalidad de formular una o varias hipótesis plausibles sobre su realización y recopilar huellas, rastros, vestigios, documentos, objetos y cualquier otro elemento que puedan servir para la identificación del autor y la averiguación de todas las circunstancias del hecho que sean relevantes para la investigación.

581

Dicha actuación puede ser un complemento indispensable de la inspección ordinaria del lugar del hecho, sobre todo en los delitos relativos a la vida y a la integridad personal, y muy en especial en las grandes catástrofes de origen delictivo y en los delitos de terrorismo, cuya investigación exige de manera imperiosa el auxilio no sólo de la medicina forense sino de la técnica policial más depurada o sofisticada.

Los órganos oficiales principales encargados en El Salvador de dicha tarea son el Instituto de Medicina Legal y el Laboratorio de Investigación Científica del Delito, dependiente de la División de la Policía Técnica y Científica del Delito, de la PNC.

La inspección técnico-policial se formaliza en la correspondiente acta de inspección del lugar del hecho y en el posterior informe técnico-pericial, que en lo posible contendrá, conforme a lo establecido en el art. 206 CPP, la descripción de los hechos y sus circunstancias tal como han sido observados, la relación detallada de las operaciones técnicas realizadas, con expresión de su fecha y resultados, y las conclusiones de toda índole que pueden inferirse de la actuación, la metodología utilizada y la identificación de los peritos actuantes.

165

AUSENCIA DE RASTRO

Si el hecho no dejó rastros o no produjo efectos materiales, o si estos desaparecieron o han sido alterados, la policía describirá el estado existente, y en lo posible, verificará el estado anterior. En caso de desaparición o alteración, averiguará y hará constar el modo, tiempo y causa de ellas.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 164 (inspección ocular), 123 a 125 (actas), 239 a 241 y 244 (deberes policiales)

II. COMENTARIO

El precepto se refiere al caso de que el hecho no haya dejado vestigio alguno de su perpetración o que, habiéndolos dejado, hayan desaparecido o hayan sido alterados.

582

La inexistencia de rastros puede deberse al tipo de delito cometido (ej. secuestro, hurto...), a la realización de actos posteriores a la ejecución tendentes al encubrimiento o a la alteración del lugar del hecho por causas de diversa naturaleza (factores climáticos, intervención de terceros sin ánimo encubridor, etc).

En todos estos supuestos, tras realizar la inspección ocular en los delitos que lo ameriten, se dejará constancia, en su caso, en el acta respectiva, de las alteraciones o eliminación de rastros, con la expresión, en hipótesis, de las causas, la forma y el momento en que se produjeron las mismas.

Se ha de tener en cuenta que la escena del crimen se caracteriza por su carácter altamente cambiante y por su fragilidad, en el sentido de la fácil alteración, en la mayoría de las veces de carácter involuntario, de los elementos de prueba que pueden hallarse en la misma. La rapidez de la investigación policial y la correcta protección de la escena y de las pruebas físicas que se encuentren en la misma son determinantes, ya que, por lo general, solo se da una oportunidad sumamente cercana al momento de comisión del delito de efectuar una correcta inspección (reconocimiento y búsqueda de rastros) de la escena.

Puede suceder que con posterioridad a la llegada del primer agente policial, se produzcan alteraciones en la escena del crimen, bien por la presencia de extraños a la investigación, sea porque haya sido necesario desplazar objetos potencialmente

interesantes para la investigación con el fin de protegerlos o asegurarlos. Si fuera así, el policía respectivo debe comunicar dichas circunstancias a los posteriores investigadores o especialistas policiales, ofreciendo al respecto los mayores detalles posibles. De todo ello debe quedar constancia en el acta de la inspección.

166

FACULTADES COERCITIVAS

Para realizar la inspección, la Policía o la Fiscalía General de la República, podrá ordenar que durante la diligencia no se ausenten las personas que se encuentren en el lugar o que comparezca inmediatamente cualquier otra.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 85 (poder coercitivo de Fiscalía), 126 (ídem del juez), 240 y 244 (control de la Policía)

II. COMENTARIO

583

El precepto confiere a los policías y al fiscal, en su caso, que se apersonen en la escena del crimen la facultad de retener a los testigos, de arrestar a los sospechosos y de obligar a comparecer inmediatamente en el lugar a cualquier persona, cuando lo exijan las circunstancias del caso.

Se trata de una manifestación o reiteración de la facultad genérica de jueces, fiscales y policías de ejercer el poder de coacción que precise la ejecución de los actos de investigación: arts. 85 (poder coercitivo de los fiscales), 126 (ídem del juez o tribunal), 287 y 291 (detención para inquirir), arts. 241, 4, 243 y 288 (detención en flagrancia), art. 289 (detención por la Fiscalía General de la República), etc.

La misma facultad tendrá el juez de paz que se encuentre presente, porque el mismo lleva “el control” de las diligencias iniciales de investigación (art. 55). De hecho, si se encuentra al juez de paz en la escena del crimen y las circunstancias lo permiten, es factible que al acto irreproducible de la inspección vayan unidas pruebas anticipadas de carácter testifical y pericial.

En caso de opiniones encontradas sobre retención de personas, comparecencia de otras o arresto de sospechosos, debe tenerse en cuenta que la Policía Nacional Civil actúa sometida al control de los fiscales, debiendo ejecutar las órdenes de estos y

las de los jueces (arts. 240 y 244), con apego a la ley y estricto respeto a los derechos humanos” (art. 159 Cn).

167

INSPECCIÓN Y PERICIAS CORPORALES

Si en el curso de una investigación ya iniciada el Fiscal estima necesario realizar una inspección en el cuerpo del imputado, someterlo a la extracción de muestras de sangre u otros fluidos corporales, ponerse o quitarse ropa u otros medios de prueba útiles para la investigación, por presumir que puedan existir elementos de prueba o indicios, solicitará autorización al Juez para realizarla mediante el mecanismo previsto en este Código para los actos definitivos e irreproducibles. (9)

Si el Juez considera que el acto es procedente lo realizará, aún sin el consentimiento del imputado, velando por el respeto a su dignidad y su salud, con el auxilio de peritos, en su caso. (9)

Todo lo acontecido durante la realización del acto deberá constar en acta, la cual será firmada por todos los sujetos que intervinieron en la práctica de la inspección.

584

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 2 (derechos individuales), 12 (derecho a no declarar), 19 (registros personales), 65 (derecho a la salud)
- CPP, 8 (imputado), 123 a 125 (actas), 163 (inspecciones), 178 (requisita), 241.3 (deberes policiales), 244 (actas policiales), 270 y 271 (prueba anticipada), 330 (lectura en plenario), 129 (clases de resoluciones), 130 y 362.4 (fundamentación)
- LRARD, 10, letras ch, d y e (facultades de la División Antinarco tráfico de la PNC)
- LCLDA, 19 (registro de personas sospechosas, equipajes, vehículos, etc.)
- PIDCP 7 (tratos inhumanos o degradantes), 17 (prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en la privacidad)
- CADH, 11 (protección de la dignidad y de la privacidad)

II. COMENTARIO

A) Planteamiento

a) *Concepto y clases de intervenciones corporales*

Las intervenciones corporales son actos de investigación delictiva de carácter definitivo e irreproducible que recaen sobre el cuerpo de una persona y tienen por finalidad inmediata la búsqueda de elementos necesarios para la averiguación y prueba de un hecho delictivo. La decisión sobre la realización de las mismas ha de venir presidida por el principio de la proporcionalidad y por otros requisitos sustantivos y formales que luego veremos.

En las intervenciones corporales, como en otros muchos actos de investigación criminal, se pone de manifiesto un conflicto entre los derechos del imputado o del mero sospechoso de la comisión de un hecho delictivo, por una parte, y el interés público del Estado y de la sociedad en la persecución penal, por otra, sin olvidar en su caso que la víctima del delito ha de ser protegida en la conservación y defensa de sus derechos fundamentales (art. 1 Cn). El art. 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es una expresión de la ponderación que ha de hacerse entre los anteriores intereses en conflicto, estableciendo textualmente el precepto que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

585

En el caso del ordenamiento jurídico salvadoreño, la inmediata justificación constitucional de las intervenciones corporales se encuentran en el art. 19 Cn, de cuya literalidad se infiere la existencia de *dos clases de intervenciones corporales: la inspección corporal y la pesquisa o registro superficial de una persona*. Dichas categorías remiten a dos diferentes regímenes jurídicos caracterizados por una mayor o menor flexibilización de los requisitos legales de la intervención, habida cuenta del mayor o menor grado de afectación de los derechos individuales en juego.

La inspección corporal se regula en el art. 167 que comentamos; la pesquisa o registro superficial de la persona en el art. 178, que será analizado en su oportunidad. Las diferencias materiales entre ambas actuaciones, que tienen su reflejo en las garantías formales legitimadoras de uno y otro tipo de intervención corporal, consisten en la mayor o menor intensidad de la actuación: la inspección corporal admite una gran intensidad (ano, vagina, boca, estómago) y un amplio uso del cuerpo humano como objeto de prueba pericial: fluidos corporales (sangre, saliva, orina, semen...) y restos orgánicos (cabello, caspa, heces); la pesquisa, por el contrario, se refiere al mero registro superficial del cuerpo de una persona, de sus ropas y de sus pertenencias. Por otra parte, los arts.

10 y 19 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (LRARD) y la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos (LCLDA), respectivamente, contienen prescripciones sobre el registro y pesquisa de vehículos, lugares, personas sospechosas, equipaje, bolsos de mano o de cualquier otro receptáculo, con fines de investigación de los delitos a que se refieren las referidas leyes.

b) Sujeto pasivo de la inspección corporal

El art. 167 se refiere explícitamente al “cuerpo del imputado”, olvidando que es necesario, en ocasiones, realizar la inspección corporal del cuerpo de la *víctima del delito* (violación, algún tipo de lesiones...), facultad que, no obstante, se infiere del tenor literal del art. 19 Cn y del deber general de colaboración con la Administración de Justicia. Tampoco se hace referencia a la *figura del sospechoso*, que aún no ha sido imputado; sin embargo, hemos de asimilar, a los efectos de la diligencia regulada en el art. 167, al imputado con el sospechoso, o proceder a la imputación (art. 8 CPP) de un sospechoso, para poderlo inspeccionar. Al contrario que el art. 167 CPP, los arts. 10 LRARD y 19 LCLDA aluden expresamente al registro de *personas sospechosas* de portar drogas o evidencias relacionadas con la comisión del delito de lavado de dinero.

586 Por último, cuando hablamos de inspecciones corporales, estamos excluyendo de nuestra consideración al *cuerpo humano sin vida*, que tiene la naturaleza jurídica de cosa, no de persona, por lo que no queda afectado por las garantías constitucionales establecidas para éstas. El cadáver tiene un gran valor para la investigación criminal, haciendo mención el Código, a continuación de la inspección corporal del imputado, a la identificación y traslado de cadáveres y a la autopsia (arts. 168 y 169, en relación con el art. 195, inciso segundo, CPP).

B) Derechos fundamentales implicados

Las inspecciones corporales encuentran en su realización limitaciones derivadas de su necesaria armonización con los derechos constitucionales que examinaremos a continuación.

a) El respeto a la dignidad de la persona

El reconocimiento de la dignidad de la persona (art. 1 Cn) y la prohibición de cualquier tipo de trato inhumano o degradante conforman un límite esencial a la inspección corporal. Por trato inhumano se ha de entender aquel que acarrea sufrimientos de una especial intensidad. Por trato degradante, el que provoca “una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado” (STC 65/86 de 22 de mayo; STE de 25 de abril 1978, caso TYRER de 25 de febrero 1982, caso CAMPBELL y COSANS; y 7 de julio 1989, caso “SOERING” citadas por G. CUÉLLAR S.). Obligar a desnudarse, por ejemplo, a la vista de todos (detenidos, policías, etc.) en unas dependencias de la

PNC sería un caso típico de trato degradante. Someter sin razón alguna a una inspección vaginal en busca de drogas a una mujer que atraviesa una frontera o hacer dicha inspección, cuando existan indicios racionales de tráfico de drogas, por personas que no sean profesionales de la medicina también. Sería igualmente degradante la falografía o test falométrico, ejemplos de inspecciones corporales claramente atentatorias contra la dignidad personal.

Por ello, la forma, el lugar y los sujetos activos y pasivos de la inspección corporal son relevantes desde esta perspectiva, razón por la cual el art. 167 CPP exige que la inspección se realice con auxilio de peritos, es decir, de médicos o personal de enfermería, y, aunque el Código no lo mencione, en lugares o establecimientos adecuados y por facultativos del mismo sexo que la persona inspeccionada. La presencia de los citados facultativos está justificada no solo por la protección del derecho a la salud, en el caso, por ejemplo, de un examen de rayos X, sino también por el respeto a la dignidad de la persona, ya que constituye un uso social la realización por un médico de revisiones ginecológicas, urológicas o anales, sin que nadie por ello sienta atacada su dignidad.

b) El derecho a la intimidad personal

El derecho a la intimidad personal se verá afectado en los casos de registros anales y vaginales, pruebas de ADN, examen radiológico, análisis de sangre, registros de imputados desnudos, etc., razón por la cual deberá ponderarse, para autorizar o no la inspección, si la injerencia en la privacidad está razonablemente justificada por el grado de sospecha y el tipo de delito que se investiga. Sobre el alcance del concepto de intimidad, la STC 37/1989, de 15 de febrero, sustenta que el ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido no es coextenso con la realidad física del cuerpo, sino que se centra en las zonas corporales donde reside el recato o el pudor.

587

Especial importancia va adquiriendo en la actualidad la determinación de la llamada huella genética a través del análisis del ADN, cuya realización puede poner en peligro, si no se adoptan determinadas cautelas, la intimidad genética del imputado. El análisis con rayos X de una persona sospechosa de portar drogas podría considerarse un supuesto próximo al registro superficial de una persona (art. 178 CPP) y, por tanto, exento del requisito de la previa autorización judicial. Sin embargo, dado que con los rayos X pueden detectarse enfermedades, su uso es susceptible de afectar al derecho a la intimidad, por lo que es preceptiva la autorización judicial.

c) El derecho a la salud y a la integridad personal

El derecho a la salud constituye un límite infranqueable a la inspección corporal, con algunas matizaciones. En puridad, una inspección corporal afecta necesariamente a la integridad física, psíquica y moral de quien la padece, dando a los referidos términos

la más amplia significación. Sin embargo, no todo menoscabo de la integridad física, como una simple extracción de sangre o la recogida de muestra de cabello para su examen, puede considerarse que afecte al derecho a la salud. El concepto de “integridad física, psíquica o moral” no debe, en definitiva, exacerbarse en su significación, conforme al criterio de la sana crítica. Tampoco puede considerarse que una inspección corporal afecta a la integridad psíquica y moral del imputado cuando existan razones fundadas para su realización.

Hará falta, en consecuencia, un determinado grado, racionalmente ponderado, de afectación de la integridad física y mental del imputado para excluir, en su caso, la intervención por eso motivo, siendo ésta, aunque no la única, como luego veremos, la razón de la prohibición de los métodos para la declaración relacionados en el art. 262 CPP. Y se requiere también una razonable probabilidad de que la salud no se verá afectada o peligrará por la ejecución de la medida. En tal sentido, se deberán tener en cuenta los correspondientes protocolos médicos (punción lumbar, medición de líquidos cefalorraquídeos, etc.) o llevarse a cabo la actuación conforme a la *lex artis*, siendo ésta una de las razones por las que el art. 167 del Código dispone que se realice la inspección corporal “con el auxilio de peritos, en su caso”.

588

d) *El empleo de la coacción contra el imputado y el derecho a no declararse culpable*

Sobre el particular, se suscitan dos cuestiones: una, la referida a la legalidad de establecer alguna forma de coacción directa o indirecta para obligar al imputado a que se someta a una inspección corporal; otra, la incidencia de ese proceder coactivo sobre el derecho del imputado a no declararse culpable (art. 12 Cn).

Sobre la primera cuestión, habrá que distinguir entre la actividad preventiva de la policía y la inspección corporal como diligencia de investigación que tenga por objeto el cuerpo de un imputado. En el primer caso, la coacción indirecta, mediante, por ejemplo, la amenaza de una sanción administrativa o de incurrir en un delito de desobediencia, resulta legítima. En el segundo caso, en el que ya existe imputación y se está en el curso de una determinada investigación, puede utilizarse de forma proporcionada la coacción física que sea necesaria para vencer la negativa del imputado a obedecer el mandato judicial que ordena la inspección corporal. Será imprescindible para ello que la diligencia sea realizable con un razonable uso de la fuerza física y que el juez la autorice, en uso del poder de coacción que le otorga el art. 126 CPP, a cuyo tenor “en el ejercicio de sus funciones, el juez o tribunal podrán requerir la intervención de la seguridad pública y disponer todas las medidas necesarias para el cumplimiento de los actos que ordenen”.

La reforma del art. 167 CPP por DL 487/2001, de 18 de julio, ha venido a aclarar que si el juez considera que el acto concreto de inspección corporal es procedente, lo

realizará *aún sin el consentimiento* del imputado (2º. inciso). Como supuestos concretos pero no exclusivos de inspección corporal, se menciona en el precepto “la extracción de muestras de sangre u otros fluidos corporales, ponerse o quitarse ropa u otros medios de prueba útiles para la investigación”. Aunque no sean *strictu sensu* inspecciones corporales, está específicamente prohibido, además de ser prácticamente imposible, obligar al imputado por la fuerza a redactar un cuerpo de escritura (art. 207), pero sí se le puede obligar a participar en una rueda de reconocimiento (art. 211 CPP, reformado por DL 487/2001, de 18 de julio) e incluso, si médicamente es posible y no corre peligro la salud del imputado, extraerle coactivamente una muestra de sangre, pero no de semen, por el carácter degradante que esto último supondría.

Ahora bien, el derecho a no declararse culpable impedirá las inspecciones corporales que menoscaben la libertad de decisión, memoria y capacidad de comprensión del imputado para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar en contra de su libre determinación (art. 12 Cn, 262 CPP), pero no aquellas que no tengan dicho efecto.

En relación con la compatibilidad entre la inspección corporal y el derecho a no ser obligado a declarar, el Tribunal Constitucional español considera que es lícita y utilizable en el proceso la información obtenida mediante aquella (STC 103/85) y que “la prueba biológica no supone declarar contra sí mismo, (sino que) estamos ante una prueba pericial y ante un análisis de datos biológicos que escapan al conocimiento del interesado” (Auto 31/05/1990). Se sostiene, pues, el criterio de que las inspecciones corporales no vulneran el derecho a no declararse culpable (test de alcoholemia, por ejemplo), “porque no se obliga al imputado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia que tanto puede dar un resultado favorable como desfavorable, exigiéndose una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24 de la Constitución” española, equiparables al art. 12 de la Constitución de El Salvador y al art. 87 6) CPP.

589

Como manifestación de la doctrina científica más generalizada, ASENSIO MELLADO sostiene que el derecho del imputado a no declarar contra si mismo implica la no colaboración “en la investigación de hechos propios, en virtud de lo cual *no se puede en ningún caso exigir al imputado la realización de una conducta positiva*, ni aún incluso la relativa a un ofrecimiento veraz de los datos personales tendentes a su identificación como parece demandar el art. 66.1 del CPP italiano, o la obligación de escribir (para hacer una prueba caligráfica) que puede exigir el Juez de acuerdo con el art. 391.3 de la LECRIM” española, *pero si se puede “imponer al imputado el deber de soportar pasivamente cualquier tipo de intervenciones corporales*, con los límites ya enunciados, *siempre y cuando su comportamiento en tales casos lo fuera únicamente negativo*, esto es, no se requiriera colaboración activa de ninguna clase”.

La utilización como indicio contra el imputado de la negativa a realizar la prueba es de dudosa constitucionalidad, ya que semejante presunción afectaría al derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, la solución a la cuestión suscitada dependerá del tipo de prueba de que se trate. Obviamente, no puede tener valor procesal alguno la negativa del imputado a someterse a algunas de las pruebas (suero de la verdad, hipnosis, polígrafo) que están expresamente prohibidas por el art. 262 CPP, pero si la prueba es legal, como el test de alcoholemia, en el caso de un delito imprudente, no vemos inconveniente alguno en que el tribunal sentenciador, en función de las circunstancias y del resto de la prueba, otorgue un cierto valor indiciario a la negativa del imputado a la realización de la prueba referida, aunque hará falta para la condena la existencia de otros indicios (testimonios policiales y de testigos) que acrediten la excesiva ingesta de alcohol o drogas y su influencia en la comisión del hecho delictivo.

C) Presupuestos de las inspecciones corporales

a) Los presupuestos legales de la inspección corporal

590 Las medidas restrictivas de los derechos individuales por necesidades del proceso penal han dado lugar a una serie de técnicas o presupuestos legales de intervención que podemos resumir de la siguiente forma: a) La medida limitadora ha de estar, en primer lugar, predeterminada por la Ley (principio de legalidad); b) La injerencia ha de venir justificada por fines o “bienes constitucionalmente protegidos” (principio de justificación teleológica); c) La limitación ha de adoptarse por el juez competente (requisito de judicialidad), mediante una resolución expresa y motivada (requisito de fundamentación); y d) La autorización o rechazo de la solicitud de intervención ha de cumplir las exigencias del principio de proporcionalidad, en el que se incluyen, según la ya clásica distinción de G-CUÉLLAR SERRANO, los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En el caso de las inspecciones corporales, el art. 167 CPP exige para su puesta en práctica una previa resolución judicial, a petición del fiscal, que ha de adoptar la forma de auto y estar debidamente fundamentada. El respeto a la regla de la proporcionalidad impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja determinados derechos del imputado, según hemos examinado, “pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental” (STC 37/89).

No se requiere autorización judicial para llevar a cabo registros superficiales de una persona en busca de armas u otros objetos que lleve entre sus ropas y pertenencias o adheridos al cuerpo, estando la policía autorizada a dicha práctica en sus tareas de prevención e investigación y del delito cuando sea necesario (art. 178 CPP, 10 LRARD y 19 LCLDA). Será, por el contrario, indispensable, conforme a lo establecido en el art.

167 CPP, la previa autorización judicial para llevar a cabo registros en las partes más íntimas del cuerpo (ano, estómago, vagina), sea por tocamientos o mediante rayos X, así como para realizar un análisis de ADN o pruebas similares sobre fluidos corporales: lágrima, saliva, semen, sangre, sudor, secreción nasal, fluido vaginal.

En conclusión, podemos mencionar los siguientes criterios materiales para la correcta autorización de la inspección corporal de un imputado:

- La inspección ha de ser idónea o adecuada al fin legítimo perseguido, razón por la cual sería inconstitucional una inspección corporal que no sea apta para lograr dicho fin, aunque para ello haría falta que la medida fuese completamente inidónea.
- La inspección ha de ser necesaria, lo que no es sinónimo de indispensable, por lo que el fiscal y el juez deben proponer y acordar, en su caso, respectivamente, de entre todas las medidas restrictivas posibles y aptas para la satisfacción del fin perseguido, la que sea menos lesiva para los derechos individuales. Se debe optar, por ejemplo, si es posible, por una radiografía o ecografía antes que por una inspección vaginal o anal.
- La inspección corporal ha de ser proporcional o, lo que es lo mismo, ha de guardar una relación proporcionada entre el sacrificio del interés individual afectado por la misma (*ius libertatis*) y el interés estatal de persecución penal que se trata de satisfacer (*ius puniendi*). En este sentido, han de valorarse criterios tales como los de la gravedad del delito, la probabilidad de éxito de la medida o el grado de imputación existente, debiendo tenerse en cuenta también la mayor o menor severidad de la intervención corporal de que se trate.
- Sobre la persona sujeta a la inspección corporal han de recaer sospechas fundadas de comisión delictiva, lo que la convierte en realidad, según el amplio criterio del art. 8 CPP, en un imputado. Dicha condición se adquiere, según la legislación salvadoreña, desde que una persona es señalada ante o por la Policía, la Fiscalía General de la República o los jueces como autor o partícipe de un hecho punible.
- Siendo indispensable la previa existencia de sospechas de que el imputado lleva en el interior de su cuerpo elementos o indicios de prueba, resulta manifiestamente ilegal la realización de inspecciones corporales de forma infundada o aleatoria. Como dice la STC 37/89, tiene que darse una

individualización de la medida sobre la base de sospechas suficientemente intensas y racionalmente establecidas.

- Por último, la inspección corporal deberá llevarse a cabo sin afectar la dignidad, la salud, integridad física, psíquica o moral del imputado y respetando su derecho a no declarar contra si mismo y a no declararse culpable, en los términos que hemos examinado en el apartado B) de este comentario.

b) Especial referencia al requisito de la sospecha razonable

La inspección corporal exige siempre la previa autorización judicial -salvo que exista el libre consentimiento del imputado o sospechoso- y la presencia de una sospecha fundada de que la persona a inspeccionar lleva en el interior de su cuerpo evidencias delictivas. Si no existe sospecha razonable sobre la existencia de elementos o indicios de prueba, la inspección corporal será ilegal, por lo que las evidencias obtenidas de la misma se excluyen del proceso (arts. 15, 162 y 244, final CPP).

592

La jurisprudencia norteamericana ha prestado particular atención a la cuestión (BRINEGAR V. UNITED STATES, 1949; MACCRAY C. ILLINOIS, 1967; REID C. GEORGIA, 1980; FLORIDA C. RODRÍGUEZ 1984; USA C. SOKOLOV, 1989, ...), siendo habitual en la misma el examen minucioso de los motivos de sospecha legitimadores de la inspección corporal. En síntesis efectuada de la misma por LÓPEZ ORTEGA (Revista Justicia de Paz, No. 8, pp. 8 y 9), existirá una sospecha razonable “cuando a la vista de los hechos y de las circunstancias conocidas personalmente por el policía, o de las que haya podido ser informado por una fuente que ofrezca suficientes garantías de credibilidad, un hombre normalmente prudente tiene motivos para sospechar que se ha cometido una infracción o que está a punto de cometerse. Exigir más equivaldría a impedir sin razón la aplicación de la ley y exigir menos equivaldría a dejar a los ciudadanos honestos a merced del capricho de los agentes de policía. Si las informaciones sobre el ocultamiento procede de la víctima o de testigos, se presumen ciertas, a condición de que sean suficientemente precisas y sus autores acepten identificarse. Si las informaciones proceden de una persona cuya identidad no se quiere revelar, deben tomarse medidas para asegurarse de su credibilidad, pudiendo tenerse en cuenta el número de informaciones exactas dadas en el pasado y el número de detalles significativos susceptibles de ser controlados”.

Por último, los agentes encargados de controlar los aeropuertos no están excusados de concretar, antes de intervenir registrando a las personas y sus equipajes, los motivos que les hacen sospechar que el individuo interceptado transportaba estupefacientes, sin que sea legítima la intervención policial basada en el perfil del individuo (*drug courier profile*). Cuando se trate de hacer la inspección corporal de una persona que ingresa al país, será indispensable la previa autorización judicial y el

cumplimiento de las demás prescripciones establecidas en el art. 167 CPP. En este sentido, las facultades que otorgan a la PNC los arts. 10 y 19 LRARD y LCLDA, respectivamente, deben integrarse con lo dispuesto en el art. 167 CPP.

D) Procedimiento probatorio

La inspección corporal conforma un típico supuesto de prueba anticipada, cuya práctica se regula en los arts. 270 y 271 CPP, a los que remite el art. 167 que comentamos. Conforme a dichos preceptos, es necesario, para la validez del acto: la previa solicitud del fiscal o de cualquiera otra de las partes (art. 9 y 27 CPP); la posterior autorización judicial; la citación y presencia activa (contradicción) de las partes, sus defensores y mandatarios; la presencia del juez, asistido por el secretario, y la constancia del acto en la correspondiente acta judicial redactada por el secretario judicial (art. 123 y 124). No obstante, si por la naturaleza o urgencia del acto, la citación anticipada de todas las partes hace temer la pérdida de elementos de prueba, *excepcionalmente*, el juez practicará la inspección únicamente con la citación del fiscal y de un defensor público. Por el carácter excepcional de la referida norma (inciso 4º. del art. 270), su interpretación ha de ser restrictiva (art. 17 CPP). La reforma del referido inciso 4º. del art. 270, efectuada por DL 487/2001, de 18 de julio, permite incluso que la inspección corporal se lleve a cabo con la presencia del fiscal o del defensor público, pero para ello será necesario que, habiendo sido citados, hayan transcurrido tres horas desde el momento en que estaba prevista la realización del acto (señalamiento) y se haya personado solamente uno de ellos.

593

Por señalamiento ha de entenderse la hora fijada para proceder a la realización de la inspección corporal, que debe demorarse a partir de ese momento durante tres horas, si fuera necesario, para dar opción a que se personen en el lugar un fiscal y un defensor público. Durante ese período de tiempo, deberá hacerse todo lo posible para comunicarse con el defensor designado por el imputado para que lo asista, pero su intervención estará condicionada a que se persone en el referido plazo.

En caso de incomparecencia de los legalmente citados, podrán incurrir en el delito de desobediencia a mandato judicial tipificado en el art. 313 CP, cuyo inciso 2º., adicionado por DL 486/2001, de 18 de julio, dispone lo siguiente: “se considerará también desobediencia a mandato judicial, la incomparecencia sin justa causa de alguna de las partes debidamente citadas, en el caso del Art. 270 del Código Procesal Penal y serán sancionados con prisión de dos a cuatro años. Si fueren funcionarios o empleados públicos además se sancionará con la inhabilitación del cargo durante el mismo tiempo”.

El derecho de asistencia que tienen las partes y la obligación que tiene el juez de presidir el acto no significa que haya que visualizar la inspección corporal, ya que ello puede ser contrario al pudor y, en sentido más amplio, a la dignidad de la persona,

razón por la cual aquella deberá ser llevada a cabo, para asegurar la debida intimidad, por los adecuados facultativos y en el centro sanitario designado por el juez.

Según establece el inciso 3º. del art. 167, el resultado de la inspección, con expresión de los presentes y observaciones que hagan las partes, del sujeto inspeccionado, de los facultativos intervinientes y del juez, asistido por el secretario, se reflejará en un acta que firmarán todos los que hayan intervenido en la práctica de la inspección (art. 124 CPP).

Desde la perspectiva del juicio oral, se requerirá la lectura del acta de la inspección corporal y las declaraciones, si lo piden las partes, de todos los sujetos que intervinieron en la misma (art. 330), con la excepción de quienes no pueden ser testigos (juez, fiscal, defensor).

a) *Las pericias corporales*

La inspección corporal puede ser en sí misma un acto de pericia médica o ser el origen o causa de cualquier otra pericia específica. Así, por ejemplo, el informe médico forense sirve para evaluar el alcance de un delito de lesiones (arts. 142 a 144 CPP), la existencia de indicios corporales de una violación o cualquier otro dato de interés criminalístico.

594

Asimismo, puede ser necesario para la investigación proceder al análisis de *fluidos y tejidos humanos*: sangre (líquida o seca, humana o animal, grupo sanguíneo), semen, saliva (sustancias del grupo sanguíneo), tejidos humanos (presencia de alcohol, drogas, otras sustancias químicas), etc. En relación con la sangre, la determinación del grupo sanguíneo o la presencia en la misma de alcohol o drogas puede tener interés procesal.

Por otra parte, a partir de una muestra insignificante de cualquier fluido o tejido humano, incluso a partir de un simple cabello humano, puede realizarse la *prueba del ADN* (ácido desoxirribonucleico), que va adquiriendo una enorme importancia para la investigación criminal. Con ella se pretende saber si los rastros biológicos encontrados en el lugar del crimen (pelo, saliva, semen, fluidos, etc.) corresponden o no al imputado. Se trata de una forma de comparación analítica similar a la utilizada en la prueba de huellas dactilares o en la prueba grafotécnica, en las que existe siempre un indicio indubitado (documento, huella, esperma, etc.) y otro dubitado (documento, huella, esperma, etc.), debiendo el perito determinar si existe o no identidad entre ellos.

Por último, también debemos mencionar la *prueba de alcoholemia y de detección de drogas (antidoping)*, regulada en la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, de 19 de octubre de 1995 (art. 66) y el Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial, que la desarrolla, de fecha 1 de julio de 1996 (arts. 170, 171, 176, 251). Dicha prueba (aunque no existe un delito de peligro abstracto contra la seguridad del tránsito)

puede servir para la calificación de los delitos de lesiones culposas o dolosas (arts. 142-145, 146 CP), homicidio culposo (art.132 CP), simple o agravado (arts. 128, 129 CP) y daños dolosos (arts. 221 y 222 CP), si la embriaguez fue buscada premeditadamente para delinquir. En el supuesto de que existan indicios de comisión de cualquiera de estos delitos, el fundamento legal para la realización de la prueba se encontraría en el art. 19 Cn y arts. 163, 171 y 241 núm. 3), entre otros, del Código Procesal Penal, debiendo tenerse en cuenta que la realización de la prueba en caso de accidente es obligatoria en virtud del art. 176 del Reglamento de Tránsito.

Para una ampliación de la llamada pericia científica, se remite al lector al capítulo XIX de mi obra “La prueba en el proceso penal salvadoreño”.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

El descubrimiento de datos relevantes sobre un delito y quien lo cometió depende muchas veces de tener acceso, mediante los procedimientos de investigación, al cuerpo de las personas; principalmente del imputado, pero también de la víctima. Sin embargo, en el caso del Imputado, la situación es particularmente problemática, por la intensidad con que esas medidas pueden afectar derechos fundamentales, tanto los comunes a toda persona (dignidad humana, intimidad, etcétera), como los inherentes a su calidad de imputado (defensa, inocencia, etcétera). No obstante, la indiscutible utilidad de estos actos de investigación para el juzgamiento efectivo de delitos graves, obliga a su análisis, fijando sus alcances y limitaciones. Las intervenciones corporales son actos o procedimientos que se realizan sobre o en el cuerpo de las personas, para descubrir el estado o condición de ellas, así como la presencia de objetos, huellas o signos relacionados con la existencia de un delito o la identificación de su autor. Es necesario destacar que el propósito con que se practican es un elemento esencial para su definición; por lo que no son intervenciones corporales, aunque produzcan resultados útiles para una investigación penal, los exámenes médicos rutinarios o las operaciones orientadas a salvaguardar la vida o la integridad física de una persona.

595

Las intervenciones corporales se clasifican en: a) Inspecciones o registros corporales, que se caracterizan por la búsqueda, mediante la observación directa o facilitada por medios técnicos, de objetos ajenos al cuerpo inspeccionado; pero que están en o sobre el mismo (ejemplo: radiografía, inspecciones en las aberturas naturales del cuerpo tales como la boca, la vagina, el ano, etcétera); y b) Intervenciones corporales propiamente dichas, las cuales consisten en la extracción u obtención de elementos internos o externos del cuerpo intervenido (extracción de sangre, tejidos, cabellos, uñas, orina, etcétera), para realizar con ellos un examen pericial.

La intervención corporal debe diferenciarse de la requisita personal (Art. 178 Pr.Pn.), debiéndose aclarar que esta última consiste en un registro superficial, externo o mediante palpación sobre la ropa, del cuerpo de una persona y su vestimenta; así como de las

pertenencias que porta en condición de inmediata disponibilidad (carteras, bolsos, etcétera); con el objetivo inmediato de hallar y, en su caso, decomisar o secuestrar “objetos relacionados con el delito”. Este último aspecto de limitar la disponibilidad de un bien, es lo que en estricto sentido constituye la requisita; cuya primera parte es distinguida por algunos con denominaciones como “cacheo” cuando destacan la actividad investigativa de la medida, y “cateo” con relación a una finalidad de prevención delictiva o de seguridad personal y pública, cuando el objetivo es desarmar al cateado o comprobar que una persona no porta armas. En otras palabras, hasta donde llega una requisita está la frontera con las intervenciones, específicamente las inspecciones o registros corporales. Un acto de examen personal o búsqueda en el cuerpo que vaya más lejos del registro superficial y sobre la ropa, deja de ser una requisita y se convierte en una inspección o registro corporal, como cuando el acto suponga desnudarse parcial o totalmente.

Para pronunciarse en cuanto a la necesidad de consentimiento del imputado para la práctica de una intervención corporal, debe determinarse lo relativo al alcance de los derechos a no declarar contra sí mismo y el estado constitucional de inocencia que ampara y es inherente a la persona humana. Este derecho del imputado a no declarar contra sí mismo ha sido entendido básicamente en tres formas:

- 596**
- a) Para algunos sólo implica que no puede ser obligado a “declarar” en estricto sentido; es decir, a expresar de palabra oral o escrita lo que sabe sobre el hecho que se le atribuye, en este caso declarar significa testimoniar o comunicar directamente lo que el imputado conoce sobre lo que se investiga. A partir de esta posición, la persona puede ser obligada a hacer cualquier otra cosa que no consista en declarar, como escribir para una prueba grafotécnica, hablar para un cotejo de voces, dramatizar el hecho en una reconstrucción, etcétera.
 - b) En el otro extremo están los que afirman que el imputado “declara” hasta con su sola presencia, sus reacciones involuntarias, sus gestos, rubores, etcétera; por lo que no solo está prohibido obligar al imputado a comunicar lo que sabe, sino también a realizar cualquier conducta positiva o negativa, activa o pasiva, capaz de revelar algún dato perjudicial para él.
 - c) Hay quien sostiene que este derecho implica que no se puede obligar al imputado a contribuir directamente a obtener la información que perjudique su situación en el proceso. En este sentido, “declarar” significa dar información en forma verbal o escrita, pero también realizar conductas positivas o activas mediante las que el imputado proporcione en todo o en parte dicha información.

Esta última forma de entender el derecho a no autoincriminarse concuerda con uno de los efectos que tiene el derecho al estado de inocencia, el cual implica que es el acusador el que debe probar la culpabilidad del imputado y que, si no lo hace, la inocencia de la persona se mantiene incólume. El imputado no debe probar su inocencia y, menos, cooperar en la determinación de su culpabilidad. Abonando a esta posición legal, los Arts. 170 Inc. 2º y 218 Pr.Pn. prohíben obligar al imputado a participar en una reconstrucción o carearse; mientras que el art. 325 Inc. 3º, que admite la posibilidad de obligar al imputado a participar en un reconocimiento, demuestran que en el proceso penal salvadoreño no se puede obligar al imputado a que declare, pero tampoco a que efectúe conductas positivas o activas, es decir, hacer algo directamente, como parte de los actos con finalidad investigadora o probatoria.

Contrario sensu, sí se le puede obligar a soportar, tolerar o permitir actos en los que no se requiera su participación activa o una conducta positiva; tales como un reconocimiento, una extracción de sangre o de cabello, una frotación de piel, una inspección corporal, una radiografía, etcétera. En estos casos se plantea que el imputado es “objeto” y no “sujeto” de prueba, pues lo que se pretende comprobar no es lo que él sabe o conoce, sino él mismo, su estado, condición y características, los de alguna parte de su cuerpo o de alguna cosa contenida en éste, en cuyo caso la información proviene de otra fuente (testigo o perito), pero no del imputado.

597

En tales supuestos el sujeto sí está obligado a someterse al acto de investigación y, existiendo orden judicial para ello, la negativa arbitraria, caprichosa, antojadiza o injustificada que obstaculice terminantemente la ejecución de la intervención, puede implicar la comisión del delito de desobediencia a mandato judicial; siendo distinto el caso cuando la negativa esté fundada en razones atendibles, por ejemplo, una mujer encinta puede negarse a tolerar una radiografía. Cuando dicha obligación existe, el imputado no puede evadirla invocando su derecho ‘a no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad, en base al Art. 87 No. 7 Pr.Pn.; ya que lógicamente este derecho sólo puede entenderse como el reconocimiento genérico o abstracto de las prohibiciones ya concretas que regulan los Arts. 262 y 263 Pr.Pn. Si se interpretara con más amplitud la prohibición de “alterar la libre voluntad” del imputado, ese derecho vaciaría de contenido normas como las relativas a la detención, pues los detenidos en centros penitenciarios no están ahí por su “libre voluntad”; al registro personal y de lugares; a la identificación del imputado, no pudiéndosele tomar fotografías o huellas digitales sin su “libre voluntad”, etcétera. Sin embargo, en ningún supuesto “someter” al imputado cuando éste se oponga absoluta y violentamente, puede implicar reducirlo por la fuerza a un mero objeto o convertirlo en centro de ataques físicos para posibilitar el acto. La negativa absoluta a ser “objeto” de prueba puede traer consecuencias jurídicas y procesales nocivas al procesado.

168

IDENTIFICACIÓN Y TRASLADO DE CADÁVERES

En caso de muerte violenta, súbita o sospechosa, la policía realizará además de las diligencias ordenadas por el fiscal la inspección corporal preliminar y la descripción de la situación o posición del cuerpo y de la naturaleza de las lesiones o heridas que presente el cadáver y tratará de identificarlo por cualquier medio.

Posteriormente, dispondrá el traslado del cadáver al Instituto de Medicina Legal, a efecto de que se le practique la autopsia, cuando proceda, se determine su identificación. (2)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 163 y 164 (inspección ocular), 169 y 195, inciso 2º. (autopsia), 260 (identificación), 244 (actas policiales), 270 a 271 (prueba anticipada), 330 (lectura)

598 II. COMENTARIO

El precepto se refiere a la inspección técnico-policial del cuerpo de una persona en caso de muerte violenta, súbita o sospechosa, diligencia que tiene un carácter y alcance absolutamente distintos a la autopsia del cadáver, de la que tratan los arts. 169 y 195, inciso 2º. CPP.

En caso de homicidio, la actuación policial debe consistir en una inspección de conjunto focalizada en el cadáver y su entorno y en un posterior reconocimiento minucioso y específico del cuerpo de la víctima.

La visión de conjunto permitirá registrar con detalle la posición del cuerpo y todas las circunstancias relevantes que sean percibidas por el investigador, realizar mediciones y dibujos, hacer fotografías de primeros planos de las heridas o magulladuras que se observen, así como de la posición de los objetos respecto del cuerpo; se trata de efectuar un registro minucioso del área existente entre el lugar en que se encuentra y el punto de entrada al lugar del hecho, si este ocurrió en un lugar cerrado.

El examen o reconocimiento específico del cuerpo, a que se refiere el art. 168 CPP, consistirá en la búsqueda de rastros diminutos de interés criminalístico: pintura, sangre, tinta, cabellos, semen, trocitos de vidrio, restos de tierra o vegetación,... Dichos elementos pueden encontrarse en cualquier parte del cuerpo y en especial en las uñas de los dedos y vestimenta, siendo conveniente, para que no pase desapercibido ningún

detalle, seguir un orden metódico para el examen del cuerpo. El examen policial del cuerpo de la víctima resulta, en definitiva, fundamental, estableciendo el precepto que, cuanto menos, consistirá en la descripción de la posición del cuerpo y de la naturaleza de las lesiones o heridas que presente el mismo.

Posteriormente, se ordenará por el juez, el fiscal o el oficial de la Policía responsable de la investigación la retirada del cuerpo y su traslado al Instituto de Medicina Legal para que se practique la autopsia.

La retirada del cuerpo permitirá el examen de la zona existente debajo del mismo, donde existen las mayores posibilidades de encontrar rastros o vestigios que ayuden a la investigación. Dicha zona deberá ser, por tanto, registrada cuidadosamente, fotografiada e inspeccionada, recogiendo muestras de la tierra, de la vegetación (si el crimen fue al aire libre) o de otros materiales para su examen por el laboratorio de la Policía, ya que pueden existir mezclados con dichas muestras sangre, semen, fibras o fragmentos de vestidos, marcas de pintura, restos de cigarrillos, etc., etc.

En cuanto a la identificación del cadáver, el precepto ordena a la Policía que trate de identificarlo de cualquier modo. Igual mandato se dispone para el Instituto de Medicina Legal, quien deberá, si fuese necesario efectuar la necroreseña (huellas digitales) y la identificación dentaria. La manera normal de identificación será la búsqueda de documentos que así lo hagan entre la vestimenta, unido al testimonio de personas que le conociesen hasta lograr los datos que se expresan en el art. 260 CPP.

599

169

AUTOPSIA

En los casos a que se refiere el artículo anterior se procederá a la autopsia del cadáver. Para dictaminar sobre la causa directa de la muerte, posible tiempo de fallecimiento y señalar, en caso de haber lesiones, si éstas han producido por sí solas y directamente la muerte. Si hubiere fallecido por otra causa, se deberá dictaminar cuál es y si tal causa ha sido originada por las lesiones o por efectos necesarios e inmediatos a ellas. También indicarán, en su caso, si la muerte ha sido el resultado de causas preexistentes, concomitantes, o posteriores o extrañas al hecho investigado y determinarán si fuere posible el objeto o medio con que se produjeron las lesiones.

La autopsia la practicarán únicamente médicos forenses.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 163 a 164 (inspección ocular), 195 a 210 (prueba pericial), 260 (identificación), 270 y 271 (prueba anticipada), 330 (lectura)

II. COMENTARIO

En los casos de muerte violenta, súbita o sospechosa, además de la inspección policial del cadáver a que se refiere el anterior art. 168 CPP, procederá efectuar la autopsia del mismo, es decir, una serie de operaciones médicas destinadas a obtener información sobre las causas de la muerte de una persona y los cambios producidos en el organismo por la misma. En concreto, son objetivos de la autopsia determinar la causa de la muerte; ayudar a establecer la forma en que se produjo; colaborar en la determinación de la hora del fallecimiento y ayudar a establecer la identidad del fallecido, practicando la correspondiente necroreseña (huellas dactilares) y, si fuese necesario, la identificación dentaria.

600

La autopsia, como método de pericia médica, forma parte de la tanatología forense, rama de la medicina forense que trata lo relativo a los cadáveres desde el punto de vista médico legal: “incluye la autopsia forense, el examen anatómico del cadáver, las transformaciones que sufre e investiga los vestigios, indicios y la evidencia física que los actos ilícitos dejan en el cuerpo” (VALENCIA ARANA).

Ante la presencia de una muerte que obliga a la realización de una autopsia, la metodología adecuada comprende en esencia las siguientes fases: 1) Inspección de la escena de la muerte (a la que se refiere el art. 168), consistente en la observación y descripción cuidadosa del cadáver (su ubicación y posturas) y en la búsqueda y recolección meticulosa y ordenada de rastros o vestigios que puedan tener interés médico-forense; 2) Traslado del cadáver al Instituto de Medicina Legal, donde se llevarán a cabo los actos preliminares de la autopsia: realización de fotografías, radiografías de las heridas, obtención de muestras de cabello y sangre, registro de la temperatura del cadáver, examen de sus prendas de vestir; 3) Realización de la autopsia propiamente dicha mediante el examen externo del cadáver (signos de enfermedad, traumatismos, tiempo de la muerte en función de los fenómenos cadavéricos, descripción identificadora), examen interno (diagnóstico de la causa de la muerte: presencia de líquidos en las cavidades, trayectos de proyectiles de armas de fuego, heridas punto cortantes) y recolección de muestras: toxicológicas (en sangre venosa, periférica, estómago, orina), histológicas y bacteriológicas.

Los médicos forenses, únicos facultados para practicar la autopsia (art. 169, último inciso), deberán llevarla a cabo dictaminando, al menos, según establece el art. 168, sobre las siguientes cuestiones: a) Causa directa de la muerte; b) Tiempo posible del fallecimiento; c) En caso de lesiones, si éstas han producido por sí solas y directamente

la muerte; d) Si el fallecimiento se produjo por otra causa, se expresará la misma y si tal causa ha sido originada por las lesiones o por efectos necesarios e inmediatos de ellas; e) Se indicará, en su caso, si la muerte ha sido el resultado de causas preexistentes, concomitantes o posteriores o extrañas al hecho investigado; y f) Por último, si fuera posible, se dictaminará sobre el objeto o medio con que se produjeron las lesiones.

El art. 195 del Código no añade nada a lo antes dicho, reiterando que “en caso de muerte violenta, súbita o sospechosa de criminalidad, se practicará de inmediato la autopsia a través del Instituto de Medicina Legal”.

La ubicación del precepto en el capítulo destinado a la regulación de la prueba pericial y la evidente naturaleza de prueba pericial médica de la autopsia tiene como consecuencia lógica la aplicación del régimen jurídico de la prueba pericial (arts. 195 a 210 CPP).

Como particularidades, según se indicó, quienes hagan la autopsia deberán ser médicos forenses del Instituto de Medicina Legal, por lo que las partes carecen de la facultad de proponer médicos distintos (art. 201), aunque pueden imponer la participación en el acto de “consultores técnicos” de su confianza, que lógicamente también serán médicos.

601

La realización de la autopsia deberá ser notificada al fiscal, para que pueda asistir, y a las demás partes procesales, si las hubiera, con indicación de los facultativos que la llevarán a cabo. Esta última información es importante a efectos, sobre todo, de recusación del perito (art. 199), debiendo los médicos forenses poner en conocimiento del juez y del fiscal de la causa las circunstancias de excusa que en ellos concurren, que serán las mismas que para los jueces y fiscales se relacionan en el art. 73 del Código, siendo de aplicación las normas del Código Procesal Penal sobre motivos de impedimentos, excusa y recusación.

Debe seguirse el procedimiento previsto para la prueba anticipada en el artículo 270 y 271 del Código, por tratarse de un acto definitivo e irreproducible, aunque en la práctica se incumplen con frecuencia dichas disposiciones, lo que no es óbice para negar validez probatoria a la misma si los médicos que la llevaron a cabo presentan su dictamen ante el tribunal sentenciador y se someten a la regla de la contradicción.

170

RECONSTRUCCIÓN DEL HECHO

El juez podrá ordenar la reconstrucción del hecho, de acuerdo con las declaraciones recibidas y otros elementos de convicción, para comprobar si se efectuó o no, o pudo efectuarse de un modo determinado.

No se obligará al imputado a intervenir en la reconstrucción, ésta se practicará con la mayor reserva posible.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 163 y 164 (inspecciones), 270 (prueba anticipada), 351 (prueba en el plenario), 126 y 166 (facultades coercitivas)

II. COMENTARIO

A) La reconstrucción del hecho como medio de investigación

602

Al contrario que en otras legislaciones, como la española, donde no se menciona expresamente la diligencia de reconstrucción del hecho, el Código Procesal Penal de El Salvador, en el precepto que comentamos, hace expresa mención a ella, no sólo como un acto de investigación que puede tener en ocasiones una considerable utilidad (art. 170), sino como un medio de prueba a realizar de forma anticipada (art. 270) o durante el plenario ante el tribunal sentenciador (art. 351).

La reconstrucción del hecho como acto de investigación podrá llevarse a cabo por la Policía o la Fiscalía General de la República, sin la presencia del juez ni de la defensa, aunque carecerá de valor probatorio alguno. Tampoco lo tendrá si la lleva a cabo el juez de paz o de instrucción en idénticas condiciones.

B) La reconstrucción como prueba anticipada

La prueba anticipada de reconstrucción del hecho ha de someterse a las garantías previstas para los actos definitivos e irreproducibles (arts. 270 y 271 CPP), ya que, aunque aquella no tenga la naturaleza de estos, porque siempre será factible reconstruir el hecho, el momento más adecuado para su realización será la fase de instrucción.

En consecuencia, a petición de parte o de oficio, el Juez, si considera que la diligencia de reconstrucción es pertinente e idónea para investigar los hechos, la realizará citando a todas las partes, sus defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho de

asistir, con todas las facultades previstas respecto de su intervención en las audiencias. No será posible, por la naturaleza del acto, llevarla a cabo citando solamente al fiscal y a un defensor público, según autoriza para casos excepcionales el art. 270 CPP.

Cuando el juez rechace la solicitud, el peticionario puede recurrir la decisión ante la Cámara, solicitando que ordene la realización del acto, debiendo dictarse resolución por la misma dentro de las veinticuatro horas, según su urgencia.

El imputado detenido será representado, a todos los efectos, por su defensor, salvo que pida intervenir personalmente, ya que tiene derecho a estar presente “en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas...” (art. 9 CPP).

Sobre este particular, el inciso segundo del art. 170 establece que no se obligará al imputado a intervenir en la reconstrucción y que ésta se practicará con la mayor reserva posible. No se comprende la previsión legal sobre el carácter facultativo de la presencia del imputado, ya que este no parece ser el sentido que el legislador quiere dar al verbo intervenir, porque una cosa es que ningún imputado pueda ser obligado a declarar contra sí mismo y otra, muy distinta, es la obligación de estar simplemente presente en los actos de investigación que así lo requieran. De hecho, en determinadas circunstancias, la asistencia a la reconstrucción del imputado puede ser importante. Piénsese en el supuesto de que la verificación de determinada hipótesis sobre la forma en que se ejecutó el hecho venga condicionada a la percepción de las características físicas del mismo. Por otra parte, la previsión legal que comentamos es incoherente, con la obligación que tiene el imputado de estar presente en la declaración indagatoria (art. 259) y durante la celebración de la vista pública (art. 325). Por último, parece existir una contradicción entre lo dispuesto al final del inciso segundo del art. 325 CPP, que dispone que si la presencia del imputado “es necesaria para la práctica de algún acto o reconocimiento podrá ser compelido a comparecer en la audiencia por la seguridad pública”, y el último inciso del art. 170 CPP. Entendemos, en definitiva que, salvo en el supuesto de hallarse en paradero desconocido, debería ser obligatoria la presencia del imputado en el acto de reconstrucción del hecho, por lo que, para salvar la aparente contradicción entre los arts. 325 y 170, ha de darse al verbo intervenir el sentido de activa, pero no pasiva, presencia en el acto de reconstrucción.

La clausura especial del art. 166, que otorga facultades coercitivas para realizar la inspección ocular, y la general del art. 126 CPP, permiten obligar a cualquier ciudadano no imputado relacionado con el proceso a intervenir en la reconstrucción del hecho, haciéndolo normalmente en calidad de testigo, con las obligaciones e incompatibilidades que le son inherentes. La misma obligación incumbe a los peritos e interpretes que intervengan en un acto de reconstrucción, quienes prestarán juramento o promesa, conforme lo establecido en art. 172, en relación con el 121 del CPP.

Por último, establece el Código que la reconstrucción se efectuará con la mayor reserva posible, lo que no puede impedir, salvo que se realice aquella por la policía, el fiscal e incluso por el juez a manera de ensayo y sin trascendencia probatoria alguna (art. 330.1), la presencia de todas las partes procesales, del propio imputado, del juez y secretario, so pena de afectar los principios esenciales de intermediación y contradicción, connaturales al derecho del defensa.

C) La reconstrucción en el juicio oral

La prueba de reconstrucción durante el juicio oral se menciona expresamente en el último inciso del art. 351 del Código Procesal Penal, en el que, tras hacer alusión a otros medios de prueba distintos a los clásicos (pericial, testifical, declaración del imputado...), dispone que se podrán efectuar careos o reconstrucciones.

604 Sin embargo, el juicio oral no es momento más adecuado para la reconstrucción del hecho, por la ruptura de la continuidad del debate y por la dificultosa operatividad que la práctica de dicha prueba exige. Por tal razón, la reconstrucción en el plenario debe tener carácter excepcional, porque, por lo general, su realización exige la suspensión del acto solemne del juicio oral para trasladarse a otro lugar, lo que choca con los principios de concentración y publicidad informadores del proceso penal en la fase de plenario (STS 11/5/1998; RJ 4872). No obstante, en ocasiones será factible y adecuado hacer en la propia sala de audiencia una especie de “simulacro de la acción que constituye la base de la acusación o de los hechos que la defensa estima de interés para sostener su tesis” (STS 2/3/1993, RJ 1993/1892).

En cualquier caso, la prueba de reconstrucción del hecho requiere para su realización que el tribunal sentenciador la considere pertinente y necesaria para la resolución del caso, características que hacen alusión, respectivamente, a la relación de la prueba con el objeto del debate (*thema decidendi*) y a la utilidad de la misma para la averiguación de la verdad (art. 162 CPP).

171

OPERACIONES TÉCNICAS

Para mayor eficacia de las inspecciones y reconstrucciones, y en cualquier caso cuando sea conveniente, se podrán ordenar operaciones técnicas y científicas convenientes, tales como exámenes serológicos, químicos, microscópicos, microfotografía, macrofotografía, pruebas ópticas, biogenéticas, antropométricas, fonográficas, grafoscópicas, electrónicas, acústicas, de rayos X y las demás disponibles por la ciencia y la técnica. (8)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 163 a 170 (inspección y reconstrucción), 195 a 210 (prueba pericial), 270 y 271 (prueba anticipada), 330 (lectura), 346 y 348 (dictamen pericial en el plenario)

II. COMENTARIO

A) Objeto y tipos de la prueba científica

Mediante la inspección técnico-policial de la escena del crimen, efectuada por los especialistas de la policía científica del delito a partir del examen minucioso y metódico del lugar del hecho, pueden obtenerse huellas dactilares y una multiforme y variada gama de elementos, rastros o muestras de cualquier naturaleza (sangre, semen, roces, rodaduras...), instrumentos del delito (armas de fuego, armas blancas, elementos cortopunzantes: picahielos, tijeras, desarmadores, navajas; etc.), marcas dejadas por armas de fuego o armas blancas y similares sobre la vestimenta, pared o el propio cuerpo de la víctima; documentos de todo tipo (periódicos, tarjetas de identificación, revistas, papel en blanco pero con marcas de escritura) y vestigios tales como cabuya de cigarrillos, encendedores, fibras sintéticas, pelos, semillas, barro, etc.

605

Sobre dicho material y sobre el propio cuerpo humano, tanto en su forma cadavérica (autopsia: arts. 168 y 169 CPP) como en la persona del imputado (inspección corporal: art. 167 CPP), pueden hacerse una serie de operaciones técnicas y científicas que el precepto se encarga de relacionar, tras la modificación efectuada por Decreto Legislativo 281/2001 de 9 de febrero. De todas ellas, haremos a continuación una breve referencia a las más importantes:

- 1) *La prueba sobre huellas dactilares*, que son las que deja el contacto o el simple roce de las caras, palmar o plantar, de las extremidades distales de los miembros con una superficie lisa cualquiera. Presentan el aspecto de un dibujo conformado por diferentes líneas curvadas, estando constituidas por pequeñas partículas de sudor que reproducen fielmente los surcos y salientes del tegumento. Dichas huellas, señala SANZ ABALOS, pueden ser visibles (no precisan tratamiento previo) y latentes u ocultas (exigen ser reveladas con procedimientos físicos o químicos). Todas ellas poseen una importancia capital por su carácter inmutable, perenne y diversiforme, y porque una vez descubiertas permiten su impresión (fotografía) y su clasificación u ordenación (sistemas dactiloscópicos).

En concreto, las huellas dactilares latentes o no visibles a primera vista son de máxima importancia en la investigación criminal, porque es muy difícil evitarlas por el delincuente y porque pueden existir en muy diversas

superficies: madera no pulimentada, objetos de cerámica, cristal y cuero, papel, cartón, corcho sintético, plásticos de muchos tipos (bolsas de embalaje, maletas, envoltorios de yuca, cigarrillos, chocolates, bebidas, etc.), materiales sintéticos (PVC y derivados), etc. De hecho, en los países donde la investigación policial está mas avanzada, al descubrimiento de huellas latentes se debe la resolución de más de un 60% de los delitos en que se acude a este método de investigación, siendo, por su alta fiabilidad, suficiente para enervar la presunción de inocencia. Sin embargo, en El Salvador no existe un banco de datos con el que efectuar cotejos de huellas anónimas, siendo necesario superar cuanto antes dicha situación, según se manifestó en el comentario al art. 162 CPP, letra G.

- 2) *La prueba de cabellos* es también un medio idóneo para identificar al delincuente, aunque presenta mucha menor fiabilidad que las huellas dactilares o la llamada huella genética, a partir del análisis del ADN. Los pelos o cabellos encontrados en la escena del crimen, además de permitir a veces la prueba genética, permitirán saber su origen animal o humano, la región corporal de donde proceden y efectuar un análisis comparativo o de cotejo entre los pelos encontrados en el lugar del hecho y los del imputado o sospechoso.
- 3) *La pericia médica* será indispensable en múltiples situaciones ya que, además de la autopsia, que hemos examinado en el comentario al art. 169, el informe médico forense sirve para determinar la aplicación o no de los arts. 142 a 144 del Código Penal, referentes a los delitos de lesiones, la existencia de indicios corporales de una violación, así como cuestiones referidas a la capacidad mental del imputado e incluso de denunciante y querellante. El art. 6 a) del Reglamento General del Instituto de Medicina Legal (Acuerdo No. 339 CSJ) atribuye al mismo competencias para “practicar reconocimiento pericial de cadáveres, autopsias, exhumaciones seguidas de autopsias, reconocimiento de lesiones, aborto, delitos contra el pudor y la libertad sexual, y calificación de la capacidad mental del imputado, así como todos los demás dictámenes relacionados con otros delitos”.
- 4) *La prueba de valoración de objetos* (valúo pericial) es necesaria para la tipificación de la infracción penal y la individualización de la pena en determinadas infracciones penales contra la propiedad. El art. 171 CPP se limita a indicar que el Juez podrá ordenar todas las operaciones técnicas convenientes, pudiendo obviamente las partes proponer pruebas para determinar el valor de un bien, con fines de tipificación delictiva o de configuración de la pretensión indemnizatoria por responsabilidad civil derivada del delito.

- 5) *La prueba grafotécnica sobre documentos* (documentoscopia) recae tanto sobre soportes documentales tradicionales (papel común, papel moneda, papel timbrado, tintas, impresoras..) como sobre los contenidos de los documentos manuscritos, mecanografiados e impresos, los billetes de banco, billetes de lotería, pasaportes, cédulas de identidad personal, sellos de correo, títulos valores, tarjetas de crédito, soportes informáticos, grabaciones, videofilmaciones, etc. El análisis del contenido se refiere, en la práctica, por su orden de importancia, a los textos manuscritos y, en particular, a las firmas; determinación de alteraciones fraudulentas; identificación del instrumento; estudio grafopatológico del manuscrito; peritaciones sobre anónimos; identificación de tintas; estampillados; peritaciones sobre fotocopias; y al estudio del soporte de fotocopadoras, impresoras, etc. La prueba grafotécnica más usual sobre textos manuscritos y firmas exige el cotejo de documentos (dubitado e indubitado), regulándose en el art. 207 CPP la diligencia procesal al respecto.
- 6) *La prueba del ADN* (ácido desoxirribonucleico), que va adquiriendo una enorme importancia para la investigación criminal, tiene por objeto, entre otras finalidades, la comparación de los indicios biológicos encontrados en el lugar del crimen (pelo, saliva, semen, fluidos, etc.) con otros indicios biológicos de la víctima, de sospechosos o de personas fuera de toda sospecha que han podido contaminar el lugar de los hechos (policías, curiosos, familiares, etc.). Se trata de una forma de comparación analítica similar a la utilizada en la prueba de huellas dactilares o en la prueba grafotécnica, en las que existe siempre un indicio indubitado (documento, huella, esperma, etc.) y otro dubitado (documento, huella, esperma, etc.), debiendo el perito determinar si existe o no identidad entre ellos. Por esa razón, resulta esencial la recogida de ambos tipos de indicios en condiciones tales que aseguren la absoluta fiabilidad de la actuación. De la eficacia probatoria de la prueba de ADN nos da idea el hecho de que se puede llegar a establecerse, por ejemplo, con un 99'9% de probabilidad, que determinada persona es el autor de la violación y asesinato de una niña. No obstante, habrá que examinar caso por caso (toma de muestras, posible contaminación biológica de las mismas, etc.) y disponer de datos poblacionales de ADN que permitan la comparación con el resultado de una prueba en concreto para llegar a conclusiones más o menos fiables, desde el punto de vista probabilístico, sobre el resultado de la misma.

Dado que la operatividad de la prueba equivale a una inspección corporal, habrá que tener en cuenta lo dicho al respecto en el comentario al art. 167 CPP.

- 7) *La prueba de alcoholemia y de detección de drogas (antidoping)* se encuentra regulada en la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, de 19 de octubre de 1995 (art. 66) y el Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial, que la desarrolla, de fecha 1 de julio de 1996 (arts. 170, 171, 176, 251).

Dicha prueba (aunque no existe un delito de peligro abstracto contra la seguridad del tránsito) puede servir para la calificación de los delitos de lesiones culposas o dolosas (arts. 142-145, 146 CP), homicidio culposo (art.132 CP), simple o agravado (arts. 128, 129 CP) y daños dolosos (arts. 221 y 222 CP), si la embriaguez fue buscada premeditadamente para delinquir. En el supuesto de que existan indicios de comisión de cualquiera de estos delitos, el fundamento legal para la realización de la prueba se encontraría en el art. 19 Cn y arts. 163, 171 y 241 núm. 3), entre otros, del Código Procesal Penal, debiendo tenerse en cuenta que la realización de la prueba en caso de accidente es obligatoria en virtud del art. 176 del Reglamento de Tránsito.

Ahora bien, si el requerido para hacerse la prueba se niega a ello, no cabría la compulsión personal (extrayendo sangre a la fuerza, por ejemplo, coaccionando para que el conductor expulse con fuerza el aire por el alcoholímetro), pero su actitud podría constituir un indicio inculpatario en caso de enjuiciamiento.

608

- 8) *La prueba sobre armas y explosivos* puede ser de decisiva importancia, dado que la mayor parte de los homicidios que se producen en el país lo son por la mediación de un arma de fuego. La “Ley de Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Artículos similares”, aprobada por la Asamblea Legislativa el 1 de julio de 1999, nos ofrece definiciones y descripciones (arts. 5 y 6) sobre los conceptos de arma de fuego, arma de guerra, municiones y sus elementos (vainas, bala, pólvora y pistón), productos explosivos, etc.

La balística forense puede dar como resultado el conocimiento de los siguientes datos esenciales: 1) Características del arma de fuego que intervino en el hecho: tipo (revólver, pistola fusil, carabina, escopeta...), marca y modelo, número de serie, calibre, estado de funcionamiento, vainas percutidas, balas disparadas, etc; 2) Características de la munición empleada, es decir, calibre de la misma, país de fabricación y comercialización, idoneidad funcional, etc.; 3) Determinación del orificio(s) de entrada y salida; 4) La distancia de tiro: bocajarro (0 cm. del cuerpo), quemarropa (a menos de 20 cms. con producción de llama), corta (entre 20 y 80 cms.) y larga distancia (más de 80 cms.), en función de rastros tales como gases, residuos de pólvora y residuos

metálicos; y 5) La determinación de las trayectorias de los proyectiles, cuando sea posible; y el número de disparos efectuados.

- 9) *La prueba sobre drogas* tiene por finalidad determinar la naturaleza, cantidad y grado de pureza de las sustancias a que se refiere la “Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas”, (Decreto A.L. 728/1993, de 9 de septiembre). Será esencial, ante la mayoría de los hechos delictivos tipificados en la Ley (arts. 34 a 62), establecer con la precisión propia de la pericia si estamos o no en presencia de una sustancia calificable como droga ilegal y, en caso afirmativo, la determinación de las características de la misma anteriormente mencionadas.
- 10) *Pruebas convencionales sobre fluidos y tejidos humanos*: sangre (líquida o seca, humana o animal, grupo sanguíneo), semen, saliva (sustancias del grupo sanguíneo), tejidos humanos (presencia de alcohol, drogas, otras sustancias químicas), etc.
- 11) *Otras pruebas sobre huellas de zapatos, marcas de herramientas, muestras de tierra y residuos vegetales, automóviles (estado general, temperatura del motor y de las lámparas), etc. etc.*
- 12) *La prueba del polígrafo*, por último, como el suero de la verdad, el narcoanálisis, la hipnosis, etc., están expresamente prohibidas por el art. 262 CPP. Sin embargo, en el caso del polígrafo, al margen de su dudosa fiabilidad, consideramos legal su aplicación si existe el libre y voluntario consentimiento del sujeto, ya que dicha prueba no parece menoscabar la libertad de decisión, memoria o capacidad de comprensión del imputado.

609

B) Sobre la obtención de la muestra y la valoración del resultado

Ante cualquier indicio encontrado en la escena del crimen, entendida esta expresión en sentido amplio, resulta esencial asegurar que con su recogida y manipulación por los expertos no sea contaminado, y que se asegure la cadena de custodia, con la finalidad de que el elemento probatorio obtenido *in situ* con sus características intactas (huellas, sangre, polvo, etc.) sea el mismo que llegue al laboratorio y al juicio oral. Se impone, pues, la adopción de determinados protocolos de actuación (*control de entrega al laboratorio, identificación y embalaje de las evidencias*) para asegurar la autenticidad y fiabilidad de la prueba, extremo que será sin duda objeto de especial atención por la defensa del imputado. Por ejemplo, ante la posibilidad de que se ponga en duda que determinadas huellas dactilares coinciden con las encontradas, trasplantadas y fotografiadas en el lugar del hecho, es conveniente efectuar las citadas operaciones a presencia judicial y por el trámite del art. 270 CPP. En el caso específico de un arma de fuego, será necesario asegurar que no sea tocada por personal no especializado;

recogerla por las cachas evitando no contaminar la eventual existencia de huellas dactilares en las superficies lisas; poner especial cuidado para que la boca de fuego y el guardamontes no se toquen, y dejar señalizado sobre el terreno y en un croquis la localización exacta del arma.

En cuanto a la valoración de las pruebas periciales, todas las operaciones técnicas y científicas, que sean susceptibles de realización para la mayor eficacia de la inspección oculta y exijan su ejecución urgente (mediciones, toma de huellas y rastros de sangre, medición del grado de alcohol en sangre, etc.), podrán efectuarse en condiciones peculiares de inmediatez y contradicción (art. 270). El art. 330 del Código permite, por ello, la incorporación al juicio por su lectura de las pericias que se hayan recibido conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan, cuando sea posible, la comparecencia personal de los testigos y peritos que intervinieron en ellas.

610 Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional española sostiene la reiterada doctrina de que “si los dictámenes periciales irreproducibles en el acto del juicio han sido efectuados y emitidos por el organismo público competente, no han sido cuestionados ni en su resultado ni en la competencia del profesional que lo ha emitido y la parte ha prescindido de solicitar la ampliación o aclaración en el plenario resulta incuestionable que tal dictamen adquiere valor de prueba de cargo” (STC 29-10-1989). En el mismo sentido, la STS 427/94, de 1 de marzo, expresa que “los informes que provienen de organismos oficiales, practicados durante la instrucción y que ninguna de las partes ha propuesto expresamente para su reproducción o ratificación en el acto del juicio oral, pueden ser valorados por el Tribunal para formar su convicción...”.

172

JURAMENTO

Los testigos, intérpretes y peritos que intervengan en actos de inspección y reconstrucción, prestarán juramento o promesa, conforme lo establecido en este Código.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 124 Y 125 (testigos de actuación), 191 (juramento testigos), 197 (juramento peritos), 185 a 194 (prueba testifical), 195 a 210 (prueba pericial)
- CP, 305 (falso testimonio), 313 (desobediencia a mandato judicial)

II. COMENTARIO

Al decir el precepto que los testigos y peritos que intervengan en los actos de inspección y reconstrucción deben prestar juramento o promesa, está reiterando innecesariamente la obligación que a aquellos imponen los arts. 191 CPP, para los testigos, y 197 CPP, para los peritos, traductores e intérpretes (art. 210 CPP).

Por otra parte, la clase de testigo a que parece referirse el artículo es la de los testigos de actuación regulados en el art. 125, en relación con los arts. 123 y 124 CPP, quienes, según se infiere del art. 124, inciso 1º., pueden prestar juramento o promesa ante la Policía o la Fiscalía que lleve a cabo los actos de inspección y de registro. Ahora bien, por una parte, se ha eliminado del Código la obligada presencia de los testigos de actuación en la inspección ocular (modificación del art. 164) y en las diligencias de requisita personal, registro de vehículos, muebles y compartimentos estancos (art. 178 y 178-A), y por otra, parece dudoso que el falso testimonio ante la policía o la fiscalía de los testigos de actuación o de cualquier otra naturaleza pueda ser constitutivo del delito tipificado en el art. 305 CP, que se ubica en un capítulo que lleva por título “De los delitos relativos a la actividad judicial”, aunque, según la literalidad del precepto, bastará con que la declaración o dictamen falsos se efectúen “ante autoridad competente”.

Por todo ello, debemos entender que los testigos, intérpretes y peritos que se aluden en el art. 172 CPP son quienes protagonizan las pruebas testificales (arts. 185 a 194) y periciales (arts. 195 a 210) propiamente dichas, que son aquellas practicadas ante el juez de paz o instrucción, en el caso de la prueba anticipada (art. 270), o ante el juez o tribunal de sentencia, en el juicio plenario.

611

Con esta matización, digamos que, para lograr la disponibilidad del testimonio, la ley impone al testigo citado judicialmente los deberes específicos de comparecer, declarar la verdad de lo que sepa y prestar juramento o promesa de decir verdad. A tal efecto, se establecen sanciones procesales (nulidad) y penales, con independencia del ejercicio de la *vis compulsiva* (coacción física) para la comparecencia.

Los deberes de comparecencia, de declarar y de decir verdad se imponen por el art. 185 del Código, que expresa la obligación de toda persona de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre los hechos que se investigan, salvo las excepciones establecidas por la Ley. El precepto implícitamente condiciona el mandato que contiene a que el testigo reciba una citación judicial (llamamiento), en la forma establecida por el artículo 152 del Código. En caso de no comparecencia, el testigo podrá ser llevado a la fuerza y ser acusado del delito de desobediencia, en el que incurrirá también si habiendo comparecido se negare a declarar (art. 313 CP y 189 CPP). El deber de declarar lleva implícito el deber de veracidad, cuyo incumplimiento dará lugar a la comisión de un delito de falso testimonio (art. 305 CP).

Además de la advertencia judicial al testigo de que incurrirá en delito de falso testimonio si no dice lo que sepa de los hechos, la ley establece, como medio de coerción moral, la obligación de *prestar juramento o promesa de decir verdad*, bajo pena de nulidad, trámite procesal que se regula en los arts. 121, 172 y 191 del CPP. El art. 121 describe la práctica del juramento o promesa de la siguiente forma: “cuando se requiera la prestación de juramento, el juez, o el presidente del tribunal o el funcionario a cargo del acto, lo recibirán, bajo pena de nulidad, después de instruir a quien ha de prestarlo de las penas que la ley impone a la falsedad. Si el declarante se niega a prestar juramento en virtud de sus creencias religiosas o de conciencia, se le exigirá promesa de decir la verdad, advirtiéndole que si falta a ella podrá ser sancionado de acuerdo a las disposiciones del Código Penal. Tomando el juramento o la promesa de decir verdad, el declarante contestará “lo juro” o “lo prometo”, según sea el caso”.

612 En cuanto a los peritos, su obligación de atender el llamamiento judicial deriva también de que la finalidad perseguida por el proceso podría frustrarse si no hubiese obligación de aceptar el cargo de perito, es decir, si de la libre voluntad del mismo dependiese la práctica de la pericia. Partiendo, pues, de la obligatoriedad del cargo de perito, salvo causas legales de abstención y de impedimento, aquel asume, desde su nombramiento y aceptación, el deber de desempeñarlo fielmente y de prestar juramento o promesa (art. 197), si por motivos religiosos o de conciencia no quiere jurar (art. 121). La formula del juramento o promesa no se recoge expresamente en el Código, aunque del art. 197, en relación con el art. 121, se infiere que debe ser del siguiente tenor: ¿Jura o promete Ud. desempeñar fielmente el cargo de perito para el que ha sido designado y de no proponerse otro fin más que el de descubrir y declarar la verdad? El perito contestará “lo juro” o “lo prometo”, según el caso.

CAPÍTULO III

REGISTRO

173

REGISTRO

Cuando haya motivo suficiente para presumir que en un lugar público o privado existen objetos relacionados con la comisión del hecho punible que se investiga, o que allí pueda efectuarse la detención del imputado o de alguna persona sospechosa, el fiscal o la policía, deberán solicitar al juez la expedición de una orden de registro de ese lugar, quien deberá resolver en un plazo no mayor de dos horas. La falta de resolución judicial en el plazo indicado, hará incurrir al juez en responsabilidad penal y la Fiscalía General de la República de oficio informará a la Sección de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia. (8)

Si el juez accede a lo solicitado, libraré por escrito, la orden de registro expresando el lugar, en que la diligencia habrá de practicarse, el tiempo durante el cual la orden estará vigente y los objetos que se buscan. Si en la práctica de la diligencia se encontraren efectos concernientes a acciones delictivas distintas a la que se investiga, la policía deberá incautarlos y entregarlos al juzgado que libró la orden de registro, junto con un informe pormenorizado de su actuación.

613

El juez, el fiscal o ambos pueden estar presentes en la diligencia de registro, y si en el lugar a registrar se presume que se detendrá al imputado u ocasionalmente en el mismo se le encuentra, será detenido e inmediatamente se le hará saber el motivo de su detención y los derechos que la ley le concede.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 2 (intimidad personal y familiar), 20 (inviolabilidad de la morada)
- CPP, 174 a 176 (requisitos), 179 (prohibición de exceso), 244 (acta policial), 270 Y 271 (prueba anticipada), 286, inciso 2º. (detención en lugares cerrados), 330.4 (valor probatorio del acta de registro)
- CP, 310 (prevaricato)
- LRARD, 29 (allanamiento y registro)
- LOJ, 115 y 116 (sección de Investigación Judicial)

II. COMENTARIO

Entre los actos de investigación delictiva, destacan por su importancia práctica los registros de lugares públicos y privados, de vehículos, muebles y compartimentos estancos y el registro de personas de carácter superficial en busca de objetos que puedan ocultar entre sus ropas, pertenencias o adheridos al cuerpo. A ese tipo de actos se refieren los arts. 173 a 179 CPP, que establecen los requisitos formales y materiales para su realización, debiendo ponerse especial énfasis en la trascendencia constitucional de los mismos, ya que su ejecución comportará en mayor o menor medida restricciones a específicos derechos fundamentales de las personas.

614 En efecto, las diligencias policiales de allanamiento afectan con mayor o menor intensidad a los derechos a la intimidad y a la libertad personal (art. 2 y 10 Cn). La máxima injerencia al respecto viene representada por la entrada y registro en una morada cuya inviolabilidad está garantizada por el art. 20 Cn y por los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos. Así, el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos manifiesta que “nadie será objeto de injerencias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques”. En el mismo sentido se expresan el art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el art. 9 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

Centrando nuestro análisis en la diligencia de entrada y registro de un lugar público o privado, el art. 173 CPP hace referencia, siguiendo básicamente el orden temático de su contenido, a cuestiones relativas al presupuesto legitimador de la diligencia, al ámbito espacial de la injerencia (lugares públicos o privado) y a la tramitación y contenido de la orden judicial de allanamiento, así como a las autoridades encargadas de su ejecución. Se contienen también en el precepto específicas prescripciones para el caso de detención y de hallazgos de elementos probatorios de otros delitos.

A) Presupuestos de la diligencia de registro

El art. 20 de la Constitución salvadoreña garantiza la inviolabilidad del domicilio en los siguientes términos: “La morada es inviolable y sólo podrá ingresarse en ella por consentimiento de la persona que la habita, por mandato judicial, por flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, o por grave riesgo de las personas”. No dándose, pues, el consentimiento del ocupante de la morada, una situación de flagrancia o cuasiflagrancia o un estado de necesidad, resulta preceptiva la previa autorización judicial para proceder a la entrada y registro de una morada, que se llevará a cabo de conformidad a lo establecido en los arts. 173 a 176 del Código Procesal Penal.

En concreto, el art. 173 que comentamos constituye la habilitación legal para hacer efectiva la restricción, prevista en la Constitución, del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 20 Cn), estableciendo el principio de exclusividad jurisdiccional en la autorización de la medida. La habilitación legal existirá si ésta justifica la injerencia en razón del principio de proporcionalidad. La exclusividad jurisdiccional tiene su razón de ser en la necesidad de verificar la anterior exigencia legal o, en otros términos, la existencia de motivos suficientes para sacrificar los derechos individuales que amparan el respeto a la vida privada y familiar.

Afortunadamente, no fue aprobada en la Asamblea Legislativa la propuesta de reforma al inciso 1º. del precepto y al art. 177 en el sentido de que la falta de resolución judicial en el plazo de dos horas contados a partir de la solicitud de una orden de registro “hará presumir la autorización para el registro y hará incurrir al juez en causal de destitución” (sic).

La aprobación de tan peculiar resolución por silencio positivo hubiese constituido un dislate jurídico, ya que el mandato judicial de allanamiento previsto en el art. 20 de la Constitución ha de ser expreso y motivado, según reiterada jurisprudencia constitucional y abrumadora doctrina jurídica, que impone el deber de fundamentar expresamente por parte del juez, en su papel de garante de los derechos fundamentales, cualquier medida restrictiva de los mismos, salvo las contadas excepciones que prevé la propia Constitución, como es el caso precisamente del art. 20 de la misma (consentimiento del morador, delito flagrante, estado de necesidad).

615

La reforma, por tanto, se ha limitado a imponer un plazo de dos horas al juez para que decida sobre la solicitud de registro, lo cual parece razonable, dadas determinadas experiencias en ese campo, y a disponer que “la falta de resolución judicial en el plazo indicado, hará incurrir al juez en responsabilidad penal y la Fiscalía General de la República de oficio informará a la Sección de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, ni la responsabilidad penal ni la disciplinaria que establece el precepto será automática, ya que dependerá de las circunstancias del caso y de si el comportamiento del juez es o no subsumible en el delito de prevaricato tipificado en el art. 310 CP, en cuyo tenor “el juez que a sabiendas dictare resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos por interés personal o por soborno, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del cargo por igual tiempo. Si la sentencia fuere condenatoria, en proceso penal, la sanción será de tres a diez años de prisión”.

El presupuesto o condición ineludible, aunque no única, para la autorización judicial de allanamiento, es que exista “*motivo suficiente para presumir*” que en el lugar objeto del registro existen objetos relacionados con el delito que se investiga o que allí puede

efectuarse la detención del imputado o de “alguna persona sospechosa”. La misma expresión utiliza el art. 29 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas. Los motivos o indicios justificadores de la injerencia no han de consistir en simples conjeturas o sospechas, siendo a estos efectos esencial la debida motivación fáctica de la orden de registro. Por consiguiente, el registro, objetivo natural del acto de entrada, tiene por finalidad la aprehensión de objetos relacionados con la comisión del hecho punible que se investiga, pretendiéndose en definitiva la obtención y aseguramiento de futuros elementos probatorios. Asimismo, el registro puede perseguir exclusivamente la búsqueda y detención del imputado o de personas sospechosas de haber cometido un hecho delictivo. En ambos supuestos es necesario que existan indicios razonables de que con su realización se obtendrán los resultados mencionados. Asimismo, la autorización o denegación de la petición de allanamiento deberá adoptarse en función del principio de proporcionalidad, porque como señala LÓPEZ ORTEGA, “la aplicación de esta medida de investigación es siempre excepcional y presupone la ponderación de los intereses en juego y el respeto al principio de proporcionalidad que, en este caso, obliga a considerar la gravedad del hecho y la existencia de indicios, es decir, la existencia de una sospecha fundada”.

616 Dicho en términos negativos, no se deberá autorizar el allanamiento si no hay indicios racionales y serios de encontrar elementos incriminatorios en relación con un delito concreto o específico, no respecto de cualquier delito, y siempre que la infracción penal de que se trate amerite por su gravedad u otras circunstancias la injerencia en la vida privada de las personas. Tampoco deberá darse autorización, si de lo que se trata es de efectuar una detención, cuando no pueda seriamente presumirse que en el lugar objeto de registro se encontrará una persona sospechosa de su comisión o quien ya ostente la condición de imputado.

B) Ámbitos espaciales afectados por la diligencia. Especial referencia al concepto de domicilio

El precepto se refiere a los lugares públicos o privados como ámbitos espaciales afectados por la diligencia de registro. En lo referente a los lugares privados, el art. 174 del Código Procesal Penal también utiliza la expresión “morada y local habitado o sus dependencias cerradas” como espacios especialmente protegidos de injerencias externas no consentidas, produciéndose así una ampliación de la protección constitucional a ámbitos de la privacidad distintos a los constituidos por la estricta morada o domicilio.

A los efectos de la protección constitucional, tendrían el *carácter de domicilio*, por extensión, espacios que, aunque estrictamente no lo sean, cumplen de alguna manera dicha función. Pueden mencionarse a modo de ejemplo la cabina de un camión en la que pernocte el conductor, el interior de un vehículo abandonado en el que duerma un vagabundo o indigente, una cabaña o choza en el campo que ofrezca signos de

estar habitada por alguien, el despacho profesional en el que se ejerce una profesión, el gabetero o “locker” de un club deportivo utilizado en exclusividad por una persona; en fin, el despacho del directivo de una empresa o de un empleado público o la mesa o armario de uso exclusivo de una persona. Todos ellos son ámbitos de privacidad que requieren, en principio, salvo supuestos de excepción legalmente previstos, la preceptiva y previa orden judicial de registro, por exigencia del derecho individual a la inviolabilidad del domicilio (art. 20 Cn) y a la intimidad personal o familiar (art. 2, inciso segundo Cn).

En el estricto caso de la morada o casa de habitación, resulta fundamental, para saber si estamos en presencia de un ámbito de tal naturaleza, una cierta *vocación de permanencia en el uso* expresada en signos o manifestaciones externas. Son, sin embargo, elementos accidentales, que no deben tenerse en cuenta para conceptualizar un lugar como morada la estabilidad de la misma, el dato de su habitualidad y el hecho de estar el lugar en cuestión afectado o no al desarrollo de la vida familiar. De aquí que deba pedirse autorización judicial para penetrar en una tienda de campaña o en una embarcación que ofrezcan signos de habitabilidad, así como en la habitación ocupada de un hotel.

El *domicilio social de las personas jurídicas* o agrupaciones asimilables (asociaciones, partidos políticos, fundaciones, sociedades mercantiles, agrupaciones diversas) está excluido de la protección que otorga el art. 20 Cn, pero se incluye en los arts. 173 y 174 CPP, que amplían la protección constitucional a cualquier lugar privado y local habitado. Si tenemos en cuenta que una persona jurídica puede ser titular de algunos derechos fundamentales (aunque no de la intimidad personal y familiar) como, por ejemplo, de los derechos de propiedad, posesión, libertad de expresión, igualdad ante la ley, secreto de las comunicaciones, etc., no podemos prescindir del mandato judicial para entrar en sus dependencias, cuando sus representantes o personas asimilables nieguen la entrada a la policía o al fiscal, salvo los casos previstos en el art. 177 CPP. Ha de tenerse en cuenta que, aunque las personas jurídicas carecen del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 2 Cn), gozan de una intimidad *sui generis*, concepto que, en su segunda acepción, es definido por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RALE) como la “zona espiritual y reservada de una persona o grupo”. Por consiguiente, si la inviolabilidad de la morada tiene en el derecho a la intimidad su principal fundamento, no hay razón alguna para negar la necesidad de autorización judicial para entrar en la sede domiciliaria y dependencias de una persona jurídica o de cualquier otra agrupación más o menos institucionalizada, aunque carezca formalmente de personalidad jurídica. El Código Penal, sin embargo, en su art. 300, solo tipifica como delito la entrada en morada ajena por funcionario o empleado público, agente de la autoridad o autoridad pública, sin el consentimiento del morador o la existencia de cualquier otra causa de justificación de la intromisión.

Por otra parte, existen situaciones especiales sometidas a lo que en Derecho Administrativo se denominan *relaciones de sujeción especial*, siendo casos

paradigmáticos de las mismas las que se dan en el ámbito militar y en el penitenciario. Es evidente que los *militares*, como ciudadanos que son, tienen derecho a la intimidad personal y familiar, por lo que una vivienda familiar en el interior de un *acuartelamiento* goza del mismo régimen de protección que una vivienda fuera del mismo. En cuanto al *régimen carcelario*, el art. 8 de la nueva Ley Penitenciaria sienta el principio de afectación mínima de los derechos fundamentales de los reclusos, pero implícitamente autoriza la entrada y registro de celdas sin autorización judicial, por exigencias del control y disciplina que la situación de recluso comporta.

Respecto a que ha de entenderse por *lugar o establecimiento público*, consideramos que el concepto ha de tener carácter restrictivo. Por supuesto que un estadio de fútbol, una discoteca o unos grandes almacenes son lugares públicos. No lo serán, sin embargo, por citar algunos ejemplos, determinados espacios de un hospital, de un hotel, de una universidad, de un colegio o de un establecimiento bancario, lugares en los que la simple entrada exigirá mandato judicial, por las razones antes expuestas sobre el derecho de las personas jurídicas a la inviolabilidad del domicilio.

618 No parece que el Código Procesal Penal ni, por supuesto, la Constitución exijan autorización judicial para la mera presencia policial en un lugar público. El art. 20 Cn solo se refiere a la morada, mientras que el art. 173 CPP solo exige autorización judicial para el registro de lugares públicos, por lo que, en principio, la policía, según mi criterio, puede penetrar en un lugar público sin orden judicial a efectos exclusivamente de vigilancia y de prevención delictiva mediante su pasiva presencia. Confirma esta tesis el art. 174 CPP, en el que la prevención de allanamiento solo se exige respecto a “una morada o lugar habitado”.

En definitiva, aunque el Código no distinga textualmente a efectos de registro entre lugares públicos y privados, la diferencia desde el punto de vista de la decisión judicial de allanamiento existe, porque es evidente que la autorización para registrar un lugar público no debe estar sometida a criterios tan estrictos (proporcionalidad, necesidad e idoneidad) como el registro de un lugar privado, debiendo, a su vez, distinguirse, respecto a éste último, a los efectos de la adopción de la decisión judicial autorizante, entre el registro que afecte a una morada y el que afecte a lugares privados carentes de dicha naturaleza.

Por último, ha de tenerse en cuenta la existencia de edificios y de personas especialmente protegidos por razones de Derecho Público Interno o de Derecho Internacional (EMILIO DE LLERA), entre las que cabe mencionar la sede de la Asamblea Legislativa, cuya inviolabilidad puede inferirse del art. 125 de la Constitución; los buques y aeronaves extranjeros de cualquiera naturaleza, siempre que exista ratificación por El Salvador del correspondiente tratado internacional; la sede de embajadas y edificios destinados a habitación u oficina de los representantes diplomáticos acreditados en El Salvador, cuya entrada y registro exige la previa autorización del embajador o asimilado

(Convenio de Viena de Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961); los edificios destinados a habitación u oficina de los representantes consulares, con un menor grado de inviolabilidad, según la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963 y demás tratados.

C) Tramitación y contenido de la orden de registro

El art. 173 hace las siguientes referencias a las autoridades competentes en la diligencia de registro: ha de ser solicitada por la Fiscalía o la Policía, ha de ser autorizada por el Juez y, por último, tanto el Juez como el Fiscal o ambos pueden estar presentes durante la realización del registro. Por supuesto, en cuanto a la solicitud del allanamiento, nada impide que la efectúen el querellante, el imputado o su defensor, porque en caso contrario se desconocerían los principios de contradicción y de igualdad de armas que rigen el proceso penal (art. 14 CPP).

El juez encargado de resolver la solicitud de registro ha de ser el juez competente conforme a las reglas establecidas en los arts. 48 y ss. CPP.

Durante la realización del acto, tanto el juez como el fiscal del caso pueden estar presentes; si bien, como particularidad, el art. 29 de la LRARD (DL. 728/1993, 1 de septiembre) establece que sea la autoridad judicial competente quien proceda al allanamiento y registro, de oficio o a petición del Consejo o de la División Antinarco tráfico de la PNC, debiendo entenderse que también puede solicitar el allanamiento el fiscal o cualquier otra parte procesal (imputado, defensor, querellante). Dado que dicha ley es anterior al nuevo CPP, entendemos que han de regir las disposiciones de éste sobre allanamiento y registro (arts. 173 a 179 CPP). Si el juez asistiese al registro, deberá asistir también el secretario judicial y, a ser posible, darse al acto el valor de prueba anticipada, a cuyo efecto se cumplirá lo establecido en los arts. 270 y 271 CP. En cuanto al papel del fiscal, la dirección funcional de la policía que tiene encomendada no debe interferir con los aspectos puramente técnicos de la labor policial durante el registro.

619

La resolución judicial de allanamiento o de denegación del mismo, en su caso, deberá adoptar las siguientes características:

- Ha de tener la forma de auto, nunca la forma de decreto o providencia, habida cuenta de la importancia de la decisión, por su afectación a esenciales derechos constitucionales (art. 129 CPP).
- Ha de estar basada, por lo general, en una expresa y motivada petición de parte, normalmente de la policía o del fiscal (arts. 173, 175, 176 y 179), quienes deberán acreditar el tipo de delito que se investiga, la(s) persona(s) contra quien se dirige la investigación y la existencia de indicios y datos

objetivos que justifiquen la diligencia, es decir, que hay “motivo suficiente para presumir que en un lugar existen objetos relacionados con la comisión del hecho punible que se investiga, o que allí pueda efectuarse la detención del imputado o de alguna persona sospechosa”. El juez de paz o de instrucción, no obstante, podrá de oficio acordar el allanamiento si existen razones para ello.

- La resolución debe expresar las razones de necesidad, idoneidad y proporcionalidad que, en su caso, justifiquen la afectación del derecho fundamental (art. 20 y 2 Cn), cumpliéndose así el requisito de la fundamentación de la decisión (art. 130 CP), cuya razón de ser es la de posibilitar eventualmente su revisión por la vía de los recursos.
- La resolución autorizante ha de expresar, por último, la finalidad concreta y determinada que se persigue con la entrada; los objetos, aunque sea de forma aproximada, que se esperan encontrar; el lugar del registro; el tiempo (horario) de su realización y la autoridad encargada de su ejecución. No resulta admisible la concesión de un plazo superior al necesario para llevar a cabo materialmente el registro, ni el otorgamiento de prórrogas automáticas del mismo.

620

La proporcionalidad de la medida ha de ser el elemento decisivo para la adopción o denegación de la autorización judicial de entrada y registro domiciliario. Al respecto, el juez ha de determinar, “mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la *ponderación de intereses* según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporte la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar” (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO). Si el sacrificio resulta excesivo, teniendo en cuenta sobre todo la escasa *gravedad del delito* investigado, la autorización de entrada domiciliaria no debe concederse.

Por otra parte, junto a la referida ponderación de intereses en conflicto, hace falta que la entrada y registro sea necesaria e idónea. La *necesidad* implica la elección de la medida menos lesiva para el derecho fundamental y que la misma sea adecuada al fin perseguido (la alternativa menos gravosa). La *idoneidad* hace referencia a la previsión de éxito del acto, valoración que deberá hacerse con criterios empíricos y flexibles, por lo que no hará falta la absoluta seguridad de que con el registro ordenado se conseguirá la finalidad que se persigue.

Por lo demás, como antes dijimos, la permisibilidad judicial para registrar un lugar público ha de ser más amplia que para el allanamiento de una morada, en razón precisamente del criterio de la proporcionalidad, porque el derecho a la intimidad no se

verá tan seriamente afectado como con ocasión de la entrada y registro de una morada o de lugares asimilados a la misma.

D) Detención del imputado como efecto del registro

Manifestación legal de esa exigencia de concreción la ofrece, por ejemplo, la ejecución policial de una orden de detención (art. 286, inciso 2º., CPP). Si para el cumplimiento de la misma hace falta allanar una morada o dependencia cerrada, se emitirá, salvo en los casos de excepción previstos en la ley (arts. 177, 287, 288 y 290 CPP: flagrancia, fuga de establecimiento penal...), una resolución judicial que así lo autorice, sin que la misma, si no lo expresa, legitime acciones policiales distintas a las de la estricta aprehensión del imputado.

Si en el lugar a registrar se presume que se detendrá al imputado u ocasionalmente en el mismo se le encuentra, será detenido haciéndole saber inmediatamente el motivo de la detención y los derechos que la ley le concede, conforme a lo establecido en el art. 87 CPP, a cuyo comentario nos remitimos.

E) Hallazgos ocasionales

El hallazgo ocasional de objetos concernientes a acciones delictivas distintas a las que se investigan dará lugar a su incautación y entrega al juez que ordenó el registro, junto a un informe pormenorizado de la actuación. El juez pondrá el hecho en conocimiento de la Fiscalía, para que proceda en todo caso al oportuno requerimiento fiscal en el plazo de setenta y dos horas (art. 235 CPP), porque esa comunicación del juez al fiscal sobre los hallazgos ocasionales del registro equivale a una denuncia.

621

III. JURISPRUDENCIA

“Morada”. “Por morada, la cual es inviolable, se entiende la casa o lugar de habitación de una persona, es decir, la estructura física que le sirve de estancia de asiento o residencia, ya sea temporal o permanente” (*Inconstitucionalidad, 23-04-01*).

Inviolabilidad del domicilio y orden judicial de registro en casos de drogas. “El derecho a la inviolabilidad del domicilio no posee carácter absoluto y admite por tanto limitaciones, siendo tres los presupuestos constitucionales de ingreso a la morada que no requieren del consentimiento previo de su morador, a saber: 1) por mandato judicial; 2) por flagrante delito o peligro de su perpetración y; 3) por estado de necesidad. Asimismo, esta Sala sostiene que la inviolabilidad del domicilio es una de las garantías más preciosas de la libertad individual por constituir ésta su fundamento último; y es que en la morada se encuentra plasmada una importante dimensión de la libertad de la persona, por cuanto es ahí donde ésta desarrolla plenamente su intimidad; por lo mismo, la violación de dicho espacio trae aparejado el menoscabo de la libertad personal cuya

realización plena contempla nuestra Constitución; por lo que esta Sala considera, que a fin de que la libertad no muera de imprecisión, la orden judicial de allanamiento debe contener indicaciones puntuales sobre el lugar y objeto de la providencia, debiendo hacerse una motivación suficiente de las razones que llevan a Juzgador a considerar la necesidad de realizar dicho registro y allanamiento, y es que precisamente en la autorización del juez competente descansa la legitimidad del registro domiciliario, es así que diversos criterios doctrinarios han sustentado que ante todo la orden de allanamiento debe reunir – entre otros – ciertos requisitos esenciales: 1) debe existir una motivación suficiente, lo cual ha de permitir salvaguardar no solo la seguridad jurídica del imputado, sino también su derecho de defensa; y 2) debe expresarse con claridad las circunstancias espaciales en las cuales ha de realizarse el allanamiento es decir, la ubicación del domicilio. Y es que, si bien los miembros de la Policía Nacional Civil, se encuentran investidos de la facultad de realizar registros y allanamientos en lugares en que tengan conocimiento que se realizan actividades ilícitas relacionadas con las drogas, ello no implica *per se*, que puedan irrespetar derechos constitucionales, por cuanto la exigencia de orden de allanamiento a la morada, tiene la finalidad de poner límites al poder de la policía a fin de evitar contrarios a la Constitución y con ello la existencia de posibles detenciones” (*Hábeas Corpus*, 23-10-01).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

622

Uno de los derechos fundamentales que con frecuencia son afectados por el desarrollo de la investigación es el de la intimidad. Cuando en los lugares donde se ejerce este derecho se buscan elementos de prueba, es necesario que para el ingreso se cumplan los presupuestos y requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico. Por ello es necesario tener clara la forma como la Constitución y el Código Procesal Penal regulan el ingreso a la morada para realizar la búsqueda de los objetos o personas vinculadas con el hecho delictivo que se investiga.

La entrada es el ingreso en cualquier lugar público o privado y, cuando este ingreso o entrada se hace utilizando la fuerza, ya sea con orden judicial o en el caso de flagrante delito, se le denomina allanamiento. El registro es el examen de un lugar o la búsqueda en el de los objetos útiles para probar la comisión del delito que se investiga, con el fin de recoger dichos objetos, secuestrarlos y decomisarlos, según el caso; también sirve para buscar a la persona contra quien se ha girado una orden de detención, administrativa o judicial, y hacerla efectiva.

La orden que expida el juez para el registro con prevención de allanamiento de una morada debe contener:

- a) La individualización del lugar, que es el sitio donde se ejerce la intimidad y constituye el objeto del registro y allanamiento; por lo que la indicación de las características particulares que lo distinguen es un elemento indispensable

de la orden judicial escrita. En la medida de lo posible se deben expresar los datos usuales de una dirección postal y, si esto no es posible, hay que recurrir a todos aquellos datos físicos o materiales que permitan identificarla, el material de construcción, el color, la forma, la existencia de determinados árboles, rótulos, sitios contiguos u otro tipo de signos distintivos o de referencia.

- b) La individualización de la persona a quien se dirige la orden, ya que se trata de una medida que limita derechos; por lo que debe garantizarse que la restricción o afectación del derecho está debidamente justificada en razones fácticas y jurídicas aceptables, respecto de una persona en concreto y que, por ello, puede confiarse en que no será una afectación inútil de sus derechos. Los datos de la persona pueden ser de identificación, sus generales, o simplemente los necesarios para diferenciarla de la colectividad de sujetos; procurando evitar confusiones o equivocaciones. Estos datos personales se consideran más importantes que los del lugar, ya que éstos últimos podrían no coincidir exactamente con los del sitio a registrar, pero si los de la persona coinciden, el acto puede ejecutarse; puesto que la protección jurídica es para el derecho a la intimidad de la persona, no para el lugar o la propiedad privada.
- c) La indicación del propósito del registro, por lo que si es el secuestro o la recolección de evidencias físicas, éstas deben especificarse en lo posible; mientras que si se trata de la detención de una persona, sus datos deben coincidir con los de a quien se refiere la orden.
- d) El tiempo de vigencia de la orden debe ser estimado por el juez considerando la sencillez o complejidad del acto, en relación al plazo dentro del cual debe iniciarse el registro por regla general; ya que si éste inicia comienzo durante la vigencia de la orden y se desarrolla en forma continua y proporcional a las circunstancias del caso, puede finalizarse aun en exceso del tiempo previsto en la orden, siempre tomando en cuenta que interrupciones sin la debida supervisión, custodia o protección, pueden afectar la eficacia del registro en forma radical.
- e) La motivación o fundamentación adecuada, es decir, las razones fácticas y jurídicas por las que es procedente, legal y necesaria la limitación del derecho fundamental a la intimidad. Normalmente consistirá en el análisis de los datos o elementos de juicio en que se basa la imputación de un delito a cierta persona, por lo que la orden deberá reflejar que el juez ha valorado esa información como suficiente para justificar esa grave intromisión en la intimidad de una persona. Dicho contenido no puede sustituirse con expresiones de formulario o afirmaciones sin respaldo

objetivo, ni remitirse al texto de la solicitud o consistir en una relación de los documentos que la acompañan; es por eso que la ley exige “motivos suficientes” para ordenar el registro, sin generalidades, sino estableciendo las circunstancias especiales y particulares que lo vuelven viable en cada caso. Esencialmente consiste en la existencia de razones, información, datos o indicios surgidos de una investigación, aunque sea inicial pero verificable, que permitan fundar la probabilidad que el registro será útil o eficaz, pero principalmente, necesario.

174

PREVENCIÓN DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO DE MORADA

Cuando el registro deba practicarse en una morada o local habitado o en sus dependencias cerradas, se hará la prevención de allanamiento si no da el permiso correspondiente.

624

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 2 (intimidad), 20 (inviolabilidad de la morada)
- CPP, 173, 175 y 176 (requisitos), 177 (allanamiento sin orden judicial), 179 (prohibición de exceso)

II. COMENTARIO

Como dijimos al comentar el anterior precepto, la morada o domicilio es una de las expresiones más importantes del ámbito sagrado de la intimidad o privacidad, personal y familiar (art. 2, inc. segundo, Cn), razón por la cual es objeto de una especial protección constitucional (art. 20 Cn), legal (arts. 15, 162, 173 a 176, 224.6 y 225 CPP) e internacional (art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 17.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, arts. 9 y 11.2, respectivamente, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

La morada es inviolable, declara tajantemente el art. 20 de la Constitución de la República, “y solo podrá ingresarse en ella por consentimiento de la persona que la habita, por mandato judicial, por flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, o por grave riesgo de las personas”. No dándose, pues, ninguna de dichas circunstancias, no será posible la entrada y registro domiciliario, estando sancionada la indebida injerencia en la morada ajena con la debida responsabilidad penal (arts. 188, 189 y 300

CP) y con la nulidad absoluta del acto de registro y de los actos posteriores que dependen del mismo en una relación de causa a efecto (arts. 15, 162, 223, 224.6 y 225 CPP).

Esa protección reforzada del derecho a la inviolabilidad de la morada, de la que son manifestación las graves consecuencias penales y procesales derivadas de su vulneración, explica el contenido del art. 174 del Código, que en realidad viene a regular el primer motivo de entrada y registro domiciliario previsto en el art. 20 de la Constitución y consistente en el ingreso en la morada por expreso consentimiento de la persona que la habita. Las demás causas de injerencia domiciliaria señaladas en el indicado precepto constitucional se regulan en los arts. 173 (allanamiento con autorización judicial) y 177 (allanamiento sin orden judicial).

Sobre el concepto de morada o domicilio, en sentido amplio, remitimos al lector al comentario al artículo anterior, en cuya letra b) se analizan los ámbitos espaciales susceptibles de ser afectados por un registro policial.

Después de haberse solicitado la autorización de entrada y registro de la morada al ocupante de la misma y no accediendo a dicho requerimiento, la autoridad correspondiente deberá prevenir al ocupante que si no da el permiso correspondiente se solicitará del juez la oportuna orden de allanamiento. Ese es el sentido de la expresión “*prevención de allanamiento*” que recoge el precepto; si bien, cuando el éxito del allanamiento lo requiera, deberá obviarse la prevención y acudir con la mayor premura y reserva posibles a solicitar la oportuna orden judicial. La prevención en cuestión debe hacerse, por aplicación analógica del art. 175, inciso primero, a la persona o personas que habiten el lugar, al encargado, cuando aquellas estén ausentes y, a falta de este, a cualquier persona mayor de edad que se encuentre en el lugar.

625

El consentimiento del titular del derecho, que como ya hemos visto puede o no coincidir con el propietario de la vivienda, implica la renuncia momentánea al ejercicio del derecho constitucional a la inviolabilidad de la morada.

El consentimiento es una declaración de voluntad que, en cuanto tal, admite vicios de invalidación, por lo que no será válido si se presta bajo amenaza, intimidación o simple presión psicológica que pueda afectar la determinación de una persona normal de las características del destinatario concreto de la resolución judicial. La declaración de voluntad será implícita cuando el titular del derecho, tras ser requerida la entrada por la policía, ejecuta los actos necesarios que de él dependan para facilitarla.

De haber una pluralidad de moradores, ha de obtenerse el consentimiento de todos. De no hacerse así, podría invocarse por cualquiera de ellos la nulidad del acto, por lo que lo prudente en tales casos será es optar por la solicitud de la autorización judicial.

Finalmente, el consentimiento es un acto de voluntad que admite la revocación en cualquier momento. Si se produce la misma, tendrá que suspenderse la diligencia y solicitarse el mandato judicial de entrada y registro.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

El art. 20 Cn. al regula la inviolabilidad de la morada determina los supuestos por los que puede limitarse ese derecho; cuando el morador preste su consentimiento, en caso de flagrante delito y cuando una orden judicial así lo autoriza.

626

a) Por consentimiento, consiste en el permiso de quien corresponda otorgarlo para ingresar a la morada y efectuar el registro. En realidad, en este caso, no se está limitando el derecho sino que, quien lo tiene, lo está ejerciendo. La ley no regula cómo se debe otorgar el consentimiento, si éste debe ser expreso o puede ser tácito; pero por la importancia del derecho fundamental a afectar, por la utilidad del acto de investigación y porque el policía o el fiscal deben reconocer ambas situaciones, el consentimiento prestado no debe suponerse o presumirse. Debe ser expreso, pues la mera ausencia de resistencia puede provenir de la natural intimidación que provoca el despliegue policial para un registro y no de la voluntad de permitirlo. Al ser la autorización voluntaria, la permanencia de quienes realizan el registro esta sujeta a lo que disponga el que confirió el permiso; consecuentemente si éste retira su autorización, la diligencia no debe continuar; pues de lo contrario, se dañaría el derecho a la inviolabilidad de la morada. Con relación a quien debe consentir la entrada y el registro, es la persona que ejerza su derecho de intimidad en el lugar, y si son varias deben otorgarlo todas, en el entendido que cada una ejerce individualmente su derecho y otra no lo puede hacer en su nombre.

b) Por flagrante delito, se entiende aquello que se esta ejecutando actualmente, es la situación de sorprender al delincuente en el momento de realizar la acción delictiva o en circunstancias inmediatas a su comisión, pero que se perciben previamente al ingreso del lugar; no como un determinado espacio temporal. La situación de flagrancia es un presupuesto para la entrada y debe existir antes de la misma, no bastando que después de ingresar se constate que el delito se esta cometiendo; como en los casos de tenencia de drogas o armas. La flagrancia no puede funcionar como justificación posterior o para validar después un ingreso que fue ilegítimo al principio. Como presupuesto del registro, la flagrancia debe aplicarse de manera más limitada que como justificación de la detención, ya que en el registro existe el riesgo de afectar derechos de otras personas, distintas al imputado. Además, las afectaciones al derecho de intimidad pueden ser más intensas para las personas, que ser privadas temporalmente de libertad.

c) Por orden judicial en vista que, por regla general, la restricción de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces; por lo que, en el caso del registro de una

morada como acto de investigación y cuando no hay flagrante delito, el único funcionario competente para autorizarlo es el juez, con individualización del lugar y de la persona a quien se dirige la orden. Las solicitudes de ordenes de registro sin dirección funcional, las carentes de individualización del lugar, las que implican “registros masivos” en operativos policiales, o las basadas exclusivamente en el dicho de fuentes confidenciales o informantes anónimos, son las que deben rechazarse; así como no deben avalarse los frecuentes intentos de legitimar registros ilegales con la justificación que “de todas formas se encontraros objetos relacionados con delitos” o, simplemente porque “el morador no opuso resistencia; lo cual no solo plantea un contrasentido al pretender hacer justicia violando la legalidad, sino que atenta contra el principio de supremacía constitucional, propio de un Estado Democrático de Derecho.

El derecho a la intimidad se define como la facultad de mantener control sobre ciertos datos o información que es importante para cada persona, sin que otras la afecten, interfieran o descubran; incluyendo que, aun en el caso de llegar a conocerla no puedan divulgarla. El derecho a la intimidad implica un campo de conocimiento reservado y por eso se extiende a la facultad de excluir a otras personas del lugar en que se efectúan las actividades que integran ese conocimiento o información. Esta facultad de excluir, dejando fuera o prohibiendo el acceso a otras personas, es lo que implica la inviolabilidad de la morada. Su finalidad es ejercer el derecho a ocultar las cualidades individuales de la persona, sus defectos, imperfecciones, aficiones, simpatías, carencias o necesidades y la manera de satisfacerlas. El ingreso a la morada es sin duda alguna, una forma de invadir ese campo de conocimiento reservado. La morada es el espacio físico donde se habita o donde se realizan las actividades de prolongación de la intimidad.

627

175

FORMALIDADES PARA EL REGISTRO

La orden de registro se notificará al que habite el lugar, o cuando esté ausente, a su encargado y, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad que se encuentre en el lugar. Al notificado se le invitará a presenciar el registro. Cuando no se encuentre a nadie ello se hará constar en el acta.

Practicado el registro, se consignará en el acta, su resultado con expresión de las circunstancias útiles para la investigación. El acta será firmada por los concurrentes y dos testigos hábiles. Si alguien no lo hace se dejará constancia de ello.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 118 y 119 (actos procesales), 123 a 125 (actas), 143 y 149, inciso tercero (notificaciones), 172 (juramento), 173 a 174 y 176 (registro), 179 (prohibición de exceso), 244 (actas de la policía), 330.4 (valor del acta en el juicio oral)

II. COMENTARIO

El precepto hace referencia a algunas formalidades del registro o, más en concreto, al acto de notificación de la orden de registro y a la forma de constancia del mismo, disponiendo que al notificado se le invitará a presenciar el acto.

El allanamiento afecta al derecho a la inviolabilidad de la morada de su ocupante, que puede ser o no el propietario, y al derecho de defensa del imputado, que puede ser o no el titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Es decir, el destinatario de la medida no será siempre el titular dominical o propietario de la vivienda, sino la persona o personas que moren o habiten aquella, sea cualquiera la causa o motivo del hecho de habitar; y tampoco se requiere que el que habite la vivienda sea el imputado, pudiendo tratarse de un sospechoso o de un tercero que, por cualquier circunstancia, pueda tener en su morada elementos de prueba relativos al hecho delictivo que se investiga, o encontrarse en la misma la persona que desee detener la policía.

628

Por tal razón, el art. 175 CPP dispone que la orden de registro se notificará al que habite el lugar o, si está ausente, a su encargado o a cualquier persona mayor de edad que se encuentre en el lugar". Sin embargo, si existe imputación contra un sujeto determinado, éste tiene derecho a la defensa material o autodefensa (art. 9 CPP) y, por consiguiente, a ser citado al acto y a participar en el mismo con su abogado, según convenga a su derecho de defensa. Si al imputado no se le cita para que asista al acto de entrada y registro, cuando era posible la citación, y si, habiendo sido citado, no se le permite intervenir activamente, la diligencia de prueba es ilícita, como también lo serán todas las pruebas que directa o indirectamente deriven de la misma (art. 224, núm. 6) y últ. inciso, CPP).

Existen, por consiguiente, dos formas de llevar a cabo una orden de registro: la primera se caracteriza por la ausencia de imputación; la segunda, por la existencia de la misma.

Si no existe imputado, el registro lo llevará a cabo normalmente la Policía, con la presencia o no del fiscal y del juez, debiendo regirse el acto desde el punto de vista formal por lo que expresan los artículos 175 y 244 CPP. La ley no exige en tal supuesto la presencia de aquellos, como lo pone de manifiesto el inciso 3º. del art. 173, que concibe de forma discrecional (pueden estar presentes) la presencia judicial y fiscal en

la diligencia del registro. En dicha hipótesis, la orden de registro se notificará en la forma indicada (art. 175) y se documentará en la forma que luego se dirá.

Cuando exista imputación y, por consiguiente, defensor, será necesario, salvo razones de máxima urgencia, cumplir el procedimiento del art. 270 y 271. Será preceptivo, entonces, la citación de todas las partes, los defensores y mandatarios, quienes tendrán derecho a asistir con todas las facultades previstas respecto a su intervención en las audiencias. El imputado no está obligado a estar presente (art. 270, párrafo 3º), aunque deberá ser citado al acto y permitirse su intervención activa si lo solicita.

Dado que para documentar los actos policiales se observarán, en lo posible, las reglas previstas para la instrucción (art. 244, inciso segundo), se ha de entender que si el juez asiste al registro, deberá ir acompañado por el secretario judicial, que será el encargado de levantar el acta correspondiente (art. 123 CPP).

Finalmente, como dice LÓPEZ ORTEGA (Justicia de Paz No. 8), *“el registro deberá ejecutarse en la forma que resulte menos gravosa para la intimidad de los ocupantes de la vivienda, evitando las inspecciones inútiles, respetando los secretos que no interesan a la instrucción y adoptando las precauciones que sean necesarias para no comprometer la reputación de las personas investigadas”*. Para L. ORTEGA, el núcleo esencial de la protección constitucional al derecho a la inviolabilidad de la morada resulta afectado, no solamente cuando no se dan los supuestos del art. 20 Cn, “sino también cuando la ejecución de la diligencia de registro se produce en condiciones manifiestamente desproporcionadas, lo cual debería ser determinante de la exclusión de las pruebas obtenidas”.

629

Practicado el registro, dice la ley, se consignará en un acta el resultado del mismo, con expresión de las circunstancias útiles para la investigación. El acta llevará la firma de los concurrentes al acto (policías, fiscal, ocupante...) y de dos testigos hábiles (art. 125 CPP) que hayan presenciado la actuación, lo que suscita la duda de si dichos testigos pueden ser los mismos policías, porque se ha suprimido, por D.O. No. 198, de 23 de octubre de 1998, el requisito, para la validez del acto, de que los testigos hábiles, que siguen siendo necesarios, no tengan vinculación con el órgano policial ni con la Fiscalía General de la República. En fin, con las citadas formalidades, dispone el art. 123 “in fine”, podrá ser incorporada por su lectura a la vista pública. Si alguien no quiere firmar se dejará constancia de ello.

Las actas contendrán la fecha, el nombre y apellidos de las personas que asistieron y calidad en que actuaron; en su caso, la inasistencia de quienes estaban obligados a intervenir, la indicación de las diligencias realizadas y de su resultado, las declaraciones recibidas, si éstas han sido hechas espontáneamente o a requerimiento y si se ha prestado juramento o promesa; previa lectura, la firmarán todos los intervinientes y, cuando alguno no pueda o no quiera firmar, se hará mención de ello.

Si alguna de las personas es ciega o analfabeta, el acta será leída y suscrita por una persona de su confianza, dejando aquella en todo caso, la impresión digital del pulgar de la mano derecha, o, en su defecto, de cualquier otro dedo que especificará el funcionario y si esto no fuere posible, se hará constar así, todo bajo pena de nulidad.

Con independencia de lo anterior, se plantea la cuestión de la presencia del Secretario Judicial, asista o no el juez, para la regularidad procesal del acto de registro. El Código Procesal Penal no dice nada al respecto, pero las garantías del debido proceso aconsejan la realización del acto de registro en presencia del secretario judicial, por ser el funcionario judicial encargado de dar fe de los actos procesales, máxime cuando se ha suprimido la exigencia de que los testigos que presenciaron el acto carezcan de vinculación con la Policía y la Fiscalía. Si no está presente el secretario judicial, el acta que se formalizase en dicha ocasión carecería en sí misma de valor probatorio alguno, a pesar de lo que establece el último párrafo del art. 123, por lo que, en dicho supuesto, sería indispensable que los resultados del registro se introduzcan en el juicio oral a través de la declaración del imputado y del testimonio de los testigos que lo presenciaron, excluyendo, a ser posible, a los propios agentes policiales que lo llevaron a cabo.

No es posible la delegación de la fe pública por parte del secretario en otro colaborador jurídico del juzgado, por disponerlo así el art. 128, último párrafo, del Código Procesal Penal.

630

176

HORAS DE REGISTRO Y DE ALLANAMIENTO

Los registros y allanamientos se podrán practicar las 24 horas del día, con orden judicial. (4)

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 2 (intimidación), 20 (inviolabilidad de la morada)
- CPP, 173 a 175 (registro), 179 (prohibición de exceso)

II. COMENTARIO

El art. 176 CPP establecía, en su redacción original, como norma general, que los registros, con o sin allanamiento, habrían de practicarse entre las seis y las dieciocho horas. Sin embargo, dicho precepto fue modificado por Decreto 198/1998, de 23 de octubre, en el sentido de permitir la práctica de registros y allanamientos durante las

veinticuatro horas del día. Ahora bien, la literalidad del precepto no supone que la policía pueda actuar al respecto caprichosamente, por lo que, salvo que existan razones de eficacia que lo justifiquen, deberá hacerse el registro en las horas del día menos perturbadoras para los habitantes del lugar, porque así lo exige el principio de afectación mínima de los derechos fundamentales (art. 179).

No obstante, el establecimiento de un horario nocturno para la ejecución de la orden judicial de registro no dará lugar a la invalidez del mismo, a pesar de que haya existido una innecesaria afectación de la intimidad o privacidad de los ocupantes de la morada, ya que tan grave consecuencia iría en contra del resultado de una ponderación razonable de los intereses en juego.

177

ALLANAMIENTO SIN ORDEN JUDICIAL

La policía podrá proceder al allanamiento sin orden judicial únicamente en los casos siguientes;

- 1) En persecución actual de un delincuente;**
- 2) Cuando se tenga conocimiento que dentro de una casa o local se está cometiendo un delito o cuando en su interior se oigan voces que anuncien estarse cometiendo un delito o cuando se pida auxilio o por grave riesgo de la vida de las personas. (8)**
- 3) En los casos de incendio, explosión, inundación u otro estrago con amenaza de la vida o de la propiedad.**

631

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 2 (derechos individuales), 13 (detención), 20 (inviolabilidad de la morada)
- CPP, 179 (prohibición de exceso) y 288 (delito en flagrancia)

II. COMENTARIO

De las limitaciones al derecho a la inviolabilidad de la morada (art. 20 Cn) y, por extensión, de cualquier lugar público o privado (art. 173 CPP), hemos analizado, en los artículos 173 a 176, el allanamiento y registro con mandato judicial y por consentimiento del ocupante (art. 174). A los demás supuestos de injerencia que permite el art. 20 de la Constitución se refiere el art. 177 CPP, que serán objeto de análisis a continuación, añadiéndose un nuevo motivo de injerencia, cual es “la persecución actual de un

delincuente”, no previsto en el precepto constitucional, lo que suscita la duda sobre su constitucionalidad, como luego veremos.

A) Persecución actual de un delincuente

Según dijimos, el art. 20 Cn no prevé expresamente el allanamiento de una morada sin mandato judicial con la finalidad de capturar a un supuesto delincuente en el trance de su actual persecución. Esta circunstancia plantea la duda sobre la conformidad con la Constitución del numeral 1 del art. 177, duda que ha de solventarse de acuerdo al “principio de interpretación conforme” que preside las reglas de interpretación y aplicación del texto constitucional. De acuerdo con el mismo, podría entenderse, aunque hay autores que lo niegan, que la persecución actual de un delincuente constituye una manifestación del delito flagrante, con lo que el problema quedaría resuelto. Dicha posición es la que sostiene el art. 288, inciso segundo, CPP, a cuyo tenor se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado, o mientras es perseguido por la seguridad pública, por el ofendido, por una o más personas.

632

Independientemente de ello, las circunstancias del caso podrían permitir concluir que existió un consentimiento tácito del ocupante de la morada o que al penetrar en la misma sin su consentimiento se intentaba hacer frente a un grave riesgo para las personas (estado de necesidad), supuestos ambos previstos en el art. 20 Cn.

B) Oído de voces dentro de una casa o local que anuncien estarse cometiendo un delito o cuando se pida auxilio

Por D.L. 281/2001, de 9 de febrero, se dio una nueva redacción al numeral 2) del art. 177 que no merece objeción alguna desde el punto de vista constitucional, pero sí desde la perspectiva de la técnica jurídica, ya que la referencia final a la existencia de “grave riesgo de la vida de las personas” debió incluirse en el numeral 3, que contempla situaciones que siempre implican un peligro para la integridad física de las personas.

Afortunadamente, no prosperó la propuesta, claramente inconstitucional, remitida a la Asamblea Legislativa que permitía el allanamiento sin orden judicial cuando se tuviese conocimiento que dentro de una casa o local se está cometiendo un delito y en caso de retardación de la resolución judicial sobre la solicitud de registro, que hemos comentado en el art. 173.

Retornando al comentario del numeral 2) del precepto, se ha de decir que el delito flagrante es una de las limitaciones clásicas del derecho a la inviolabilidad de la morada, habiendo establecido la doctrina como notas características del mismo: *una*, la

percepción personal por parte de los agentes policiales de que se está cometiendo o se ha cometido un hecho delictivo; y *dos*, la necesidad de intervenir para evitar el delito, la fuga del delincuente o la desaparición de los objetos relacionados con el hecho delictivo.

La flagrancia significa, pues, que un delito se está cometiendo actualmente y ante testigos, es decir, públicamente, e implica percepción personal directa del delito. La flagrancia, como se ha dicho, se ve, se oye, se siente, se observa, nunca se presiente o se sospecha, por lo que aparece vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, indiciaria o circunstancial. La percepción del delito puede consistir, por tanto, en cualquier medio sensorial, aunque el más común será la vista. Y se requiere que sean los propios policías o incluso los particulares que proceden al allanamiento (art. 13 Cn) quienes personalmente perciban que un delito se está cometiendo o se acaba de cometer. No valen, pues, para el allanamiento sin orden judicial, los indicios, las sospechas o el testimonio de un tercero.

Como indicamos, el art. 288 CPP contiene una definición de flagrancia a efectos de la detención por la policía o por cualquier persona sin autorización judicial. Dicho concepto de flagrancia, por su amplitud, ya que contempla supuestos de la llamada cuasiflagrancia, es de mayor alcance del que utiliza el art. 20 de la Constitución, aunque la razón de ser del precepto no es el desarrollo del art. 20 Cn, sino del art. 13, inciso 1º., segunda parte, Cn, a cuyo tenor “cuando un delincuente sea sorprendido *infraganti*, puede ser detenido por cualquier persona, para entregarlo inmediatamente a la autoridad competente”. Señala, así, el inciso segundo del art. 288, en la última redacción (hubo otra por D.L. 418/1998, de 24 de septiembre), referida a la detención en flagrancia, que “se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado o dentro de las veinticuatro horas siguientes al hecho, o cuando sea sorprendido con objetos o elementos con los cuales se ha cometido el delito o cuando se le persiga por las autoridades o particulares”. No obstante, es posible reconducir el numeral 2 del art. 177, referido al allanamiento sin autorización judicial, a un supuesto de consentimiento por el ocupante de la vivienda para el allanamiento de la misma.

El sustantivo *flagrancia*, del latín *flagrantia*, hace referencia a la cualidad de flagrante (*de flagrans – antis*), adjetivo que posee las siguientes acepciones: “que se está ejecutando actualmente”, que es “de tal evidencia que no necesita pruebas”. Por su parte, la locución adverbial “*en flagrante*” quiere decir “*en el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir*” (21ª edición Diccionario de la Lengua Española – RAL). Después de la anterior cita de autoridad, no admite discusión alguna el alcance jurídico que ha de darse a la expresión “flagrante delito” que utiliza el art. 20 de la Constitución. La reforma del inciso 2º. del art. 288 CPP (DL 281/2001, de 9 de febrero), que viene a desarrollar la segunda parte del inciso 1º. del art. 13 Cn (“detención de un delincuente que sea sorprendido *infraganti*”), no parece conforme con dicha determinación constitucional, porque no existe flagrancia cuando se produce una

detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al hecho, o cuando el autor sea sorprendido con objetos o elementos con los cuales se ha cometido el delito o sean producto del mismo o cuando se le persiga por las autoridades o particulares. Sin embargo, existe la posibilidad de salvar la aparente inconstitucionalidad argumentando que el art. 13 Cn (inciso 1º. parte primera), con ciertas limitaciones (orden escrita, plazo máximo de la detención administrativa y de la detención para inquirir), remite la regulación de la detención a la legislación secundaria, y que en el Código Procesal Penal existe base normativa para entender que la PNC puede detener a una persona, presunto autor de un delito de acción pública, por iniciativa propia y mediando orden escrita de un superior policial, cuando de no hacerlo se produciría razonablemente la fuga del autor del hecho o se perjudicaría la investigación a curso (arts. 239, 241, 244 y 290.3 CPP).

En cuanto al allanamiento sin orden judicial por causa de “grave riesgo de la vida de las personas”, la justificación no es otra que la situación de estado de necesidad que pasamos a comentar a continuación, con referencia al tercer supuesto de entrada sin orden judicial que prevé el art. 177.

C) Casos de incendio, explosión, inundación u otro estrago con amenaza de la vida o de la propiedad

634

El estado de necesidad para el derecho penal “es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona” (CUELLO CALÓN); concepto que ofrece utilidad para dar sentido a otra de las excepciones a la entrada en morada ajena sin consentimiento de la persona que la habita o sin previo mandato judicial.

El art. 20 de la Constitución, en efecto, autoriza el allanamiento cuando exista grave riesgo de las personas. El Código Procesal Penal va mucho más allá al disponer que la policía podrá proceder al allanamiento sin orden judicial “en los casos de incendio, explosión, inundación u otro estrago con amenaza de la vida o de la *propiedad*”. Amplia, en consecuencia, el Código los bienes jurídicos cuya urgente protección justifica el allanamiento sin autorización judicial, incluyendo la protección del dominio, exista o no peligro para las personas. La antinomia solo puede salvarse considerando que existe, en las circunstancias que expresa el precepto, consentimiento implícito del morador para que se realice el allanamiento.

178

REQUISA PERSONAL

Cuando la policía tuviere motivos suficientes para presumir que una persona oculta entre sus ropas, pertenencias, o lleva adheridos a su cuerpo, objetos relacionados con el delito, podrá realizar la requisa personal si la estima necesaria.

De todo lo acontecido se levantará acta que deberá ser firmada por el policía que practicó la requisa, y el requisado. Si éste rehusara a firmar, el policía dejará constancia de ello en el acta. (4)

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 19 (registro y pesquisa)
- CPP, 167 (inspección corporal), 241.3 (atribuciones policiales), 288 (detención en flagrancia)
- LCLDA, 19 (registro de personas)
- RLCLDA, 20, inciso 2º. (registro de personas)

635

II. COMENTARIO

El art. 19 de la Constitución permite la práctica de *registros y pesquisas* de una persona “para prevenir o averiguar delitos o faltas”. Al término “registro” que utiliza el art. 19 Cn debemos darle una amplísima significación y hacerlo equivalente a inspección corporal, que regula el art. 167 CPP, mediante la cual se legitiman, en determinadas circunstancias, acciones de búsqueda corporal, aún en las partes más íntimas del cuerpo humano, y la utilización de éste como objeto de investigación y medio de prueba de carácter pericial. Se ha de partir, en consecuencia, al tratar de las intervenciones corporales, de la distinción entre inspección corporal y la pesquisa de la persona, de la que trata el art. 178 CPP que comentamos. Cada una de dichas categorías remiten a dos diferentes regímenes jurídicos, caracterizados por una mayor o menor flexibilización de los requisitos legales de la intervención, habida cuenta del mayor o menor grado de afectación de los derechos individuales en juego.

Las diferencias materiales entre ambas actuaciones consisten en la intensidad y finalidad de la actuación: la inspección corporal admite una gran intensidad (ano, vagina, boca, estómago) y un amplio uso del cuerpo humano como objeto de prueba pericial: fluidos corporales (sangre, saliva, orina, semen...) y restos orgánicos (cabello, caspa, heces); la pesquisa, por el contrario, se refiere al mero registro superficial del cuerpo de una persona, de sus ropas y de sus pertenencias. La anterior conclusión es insoslayable

si tenemos en cuenta que el art. 167 CPP condiciona la inspección del cuerpo a que existan “elementos o indicios de prueba” y a que se respete la salud y la dignidad de la persona, razón por la cual impone la intervención de profesionales de la sanidad (médicos, enfermeras) para llevarla a cabo. Por el contrario, el art. 178 del Código está describiendo el registro superficial del cuerpo de una persona, de su vestimenta o pertenencias, sin que haga falta que exista imputación y con la finalidad de proceder en su caso a la requisa de objetos relacionados con el delito.

Los derechos constitucionales afectados por la diligencia son el derecho a la libertad, en cuanto se limita temporalmente la libre deambulación por persona y puede procederse a una detención administrativa (arts. 5 y 13 Cn); el derecho a la dignidad de la persona y a no ser objeto, por consiguiente, de registros superficiales caprichosos; y el derecho a la intimidad personal y familiar.

636 En cuanto a la libertad personal, salvo que se proceda al traslado del sospechoso a la sede policial, constituiría un exceso, con la mejor doctrina y la jurisprudencia comparada, equiparar la privación de libertad que implica la detención (art. 13 Cn) con las retenciones *in situ* que para la identificación y registro personal de carácter superficial pudiese llevar a cabo la policía en el cumplimiento de sus deberes de prevención e investigación del delito. En tal sentido, el TC español, con ocasión de la interposición de diversos recursos de amparo (2260/1991, por todos), ha reiterado que “el derecho a la libertad y a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecidos por la ley, así como el derecho a circular libremente, no se ven afectados por las diligencias policiales de cacheo (registro corporal superficial) e identificación, pues aunque éstas comporten inevitablemente molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento legítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de la policía...”.

Por otra parte, es evidente que el carácter superficial del registro no afecta en absoluto al derecho a la integridad física, cuestión que sí podría plantearse con la inspección corporal (art. 167 CPP), dada su mayor intensidad, radicando precisamente en ello la diferencia esencial entre los registros superficiales y la llamada por el Código inspección corporal (art. 167), que pueden afectar a las cavidades corporales de la persona.

Sin embargo, el acto policial de registro superficial “del perímetro corporal y de las ropas de una persona” (E. DE LLERA) es susceptible de afectar al derecho a la intimidad y a la dignidad personal, que incluye la prohibición de inferir cualquier tipo de trato degradante o inhumano. Por ello, en cuanto a la intimidad personal, habrá que comprobar si en el caso concreto resulta precedente su sacrificio en aras a la protección de otros bienes constitucionalmente protegidos (prevención e investigación del delito, seguridad pública, etc.), a partir del básico principio de que se trata de un derecho no absoluto

que admite razonables limitaciones en su ejercicio. Y, por respeto a la dignidad personal, estará absolutamente vedado tratar de manera degradante a la persona objeto del registro. Los agentes de la PNC están obligados expresamente en el desempeño de sus tareas a respetar y proteger la dignidad humana (art. 25, num. 2 LOPNC) y a no infligir, instigar o tolerar ningún trato inhumano o degradante (art. 25, num. 4 LOPNC). En el mismo sentido se expresa el art. 159, final del inciso tercero, de la Constitución nacional.

La pesquisa, a diferencia de la inspección corporal, no requiere previa autorización judicial ni fiscal. Puede tener finalidad preventiva y recaer no solo sobre la persona del imputado sino sobre cualquier persona de la que con fundamento se sospeche su participación en una actividad delictiva. Si el resultado de la pesquisa es negativo, no hace falta la formalización en la correspondiente diligencia, salvo que afecte al imputado, ya que le favorecería el indicio.

Por idéntica razón no se exige control judicial previo para que la Policía Nacional Civil cumpla con sus funciones genéricas de prevenir y combatir toda clase de delitos y, en particular, específicamente las infracciones al régimen legal sobre portación de armas y tráfico y tenencia de drogas y narcóticos (art. 23, num. 4, 14 y 22, LOPNC). En caso contrario, se dificultaría la obligación que tienen los miembros de la PNC de defender la seguridad ciudadana y el orden público, de perseguir el delito en todas sus manifestaciones, tareas que conllevan la necesidad de actuar inevitablemente por simples sospechas, que, no obstante, han de obedecer a criterios de racionalidad y experiencia.

637

Desde la perspectiva del juicio oral, se requerirá la lectura del acta correspondiente y las declaraciones, si lo piden las partes, de los testigos (agentes o terceros) y peritos que intervinieron en el registro y pesquisa del imputado (art. 330).

En definitiva, aunque los presupuestos materiales de la requisita personal sean los de la necesidad para los fines de prevención e investigación del delito, proporcionalidad y oportunidad de la actuación y la mínima lesividad y subsidiariedad en la ejecución del acto, es evidente, como afirma EMILIO DE LLERA, que, tratándose de una medida menos agresiva para el sujeto afectado que la detención, los referidos principios operan con menor rigor, aunque siempre será necesario una mínima sospecha de que la persona objeto del registro pueda llevar entre sus ropas objetos requisables. En cualquier caso, la proporcionalidad se constituye en el eje definidor de lo permisible, por lo que será “necesario guardar el justo equilibrio entre lo que se quiera investigar y el perjuicio, deterioro o menoscabo que en estos casos ha de sufrir la dignidad de la persona” (STS 15.4.1993. RJ 3334).

Si el registro corporal resulta positivo, se levantará acta de todo lo acontecido, que deberá ser firmada por el policía que practicó la requisita y por el requisado. Si éste

rehusara firmar, el policía dejará constancia de ello en el acta (art. 178, 2º. inciso CPP). Se ha eliminado (Decreto 428/98), por tanto, la tan discutible exigencia de que la requisita personal fuese presenciada para su validez por dos testigos hábiles, a ser posible vecinos del lugar, que no tuviesen vínculos con la policía.

Para finalizar, el art. 19 de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos dispone que, previa orden administrativa emanada de la Fiscalía General de la República, la Policía Nacional Civil podrá practicar el *registro de todo vehículo* terrestre, aéreo o marítimo que ingrese en el territorio nacional o cuando lo considere conveniente *de los que circulan en el* reteniéndolo el tiempo mínimo o indispensable para practicar la diligencia; *así como para proceder al registro o pesquisa de personas sospechosas* y de sus equipajes, bolsas de mano o cualquier otro receptáculo en que sea posible guardar evidencia relacionada con la comisión del delito de lavado de dinero y de activos. La pesquisa se realizará respetando la dignidad y el pudor de la persona.

La Policía Nacional Civil, añade el inciso 2º. del art. 19 LCLDA, podrá proceder sin previa orden administrativa, en los casos previstos en el art. 288 CPP, a cuyo tenor (inciso 2º.) “se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado, o mientras es perseguido por la seguridad pública, por el ofendido, por una o más personas”.

638

Cuando la Policía Nacional Civil, de acuerdo con el art. 19 de la Ley, practique el registro de vehículos terrestres, aéreos o marítimos que ingresan al país o de los que circulan en él, procurará que ese registro no cause molestias innecesarias a los conductores de los mismos y a las personas que viajan en ellos. Igual conducta observará cuando proceda al registro o pesquisa de personas sospechosas y de sus equipajes, bolsas de mano o cualquier otro receptáculo en donde pudiera guardarse evidencia relacionada con la comisión del delito de lavado de dinero y de activos.

Si la pesquisa o registro de una persona pudieran afectar a su dignidad o pudor, la práctica de la misma se encomendará a agentes de la PNC que sean del mismo sexo de esa persona, salvo que, por cualquier motivo, eso no fuere posible.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La requisita personal puede diferenciarse de la intervención corporal (Art. 167 Pr.Pn.) en base a los siguientes aspectos:

Finalidad. La requisita personal puede efectuarse dentro de una investigación determinada, pero también con carácter preventivo; el fin de la intervención corporal está limitado a investigar un delito, pero la requisita puede orientarse a evitarlo. Además,

la requisita persigue siempre encontrar algún objeto, no elementos del cuerpo registrado para su examen posterior, como en las intervenciones corporales propiamente dichas.

Grado de afectación de los derechos. La requisita personal solamente implica una limitación al derecho de libertad y, cuando ocurre un hallazgo relevante, al de disponibilidad sobre las cosas. Tanto la intervención corporal como la requisita son registros corporales, pero la requisita es mucho más limitada en cuanto a su alcance. Las intervenciones corporales, por tratarse de una medida más grave o intensa en cuanto a la afectación de derechos en relación con la requisita, pueden afectar o restringir derechos como la libertad, intimidad, integridad física y hasta la dignidad humana.

Requisitos. Definitivamente hay menos exigencias y condiciones para permitir una requisita personal que una intervención corporal, lo que se evidencia en que la primera puede ser realizada por la Policía sin necesidad de autorización judicial, ni es necesaria la atribución de un delito a la persona previamente a su ejecución; lo que tampoco significa que pueda practicarse sin razón o arbitrariamente, aun cuando su fin sea preventivo o de seguridad pública, pues la restricción de libertad que implica no puede depender del capricho del agente de autoridad que la practique; lo cual adquiere relevancia además en los constantes casos de la comisión de supuestos delitos de resistencia, que no lo son.

639

178-A

REGISTRO DE VEHÍCULOS, MUEBLES Y COMPARTIMIENTOS CERRADOS

Para realizar el registro de vehículos, muebles y compartimientos cerrados, serán aplicables la regla de la requisita personal, previstas en el artículo anterior. (4)

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 2 (intimidad)
- LCLDA, 19, inciso 1º. y 2º. (registro)
- RLCLDA, 20 (registro)

II. COMENTARIO

Para el registro de vehículos, muebles y compartimientos cerrados vale lo dicho con anterioridad respecto a la requisita personal (art. 178), por lo que, dado que el citado precepto no exige orden administrativa ni judicial alguna, tampoco será necesaria la misma para llevar a cabo los registros que menciona el art. 178-A. No obstante, cuando

dichos registros se efectúen en un lugar cerrado, público o privado, habrá que obtener previamente una orden judicial de allanamiento, salvo que se dé alguno de los supuestos previstos en el art. 20 Cn y 177 CPP.

Según se dijo al tratar del concepto de domicilio (art. 173), cabe la posibilidad de que un vehículo abandonado sea la morada de una persona y de que un compartimento cerrado (gabetero o “locker” de un colegio o de un club deportivo, cajón de una mesa de despacho,...) sea un ámbito de privacidad constitucionalmente protegido, como si de una morada se tratase. Si existen razones fundadas para concluir que es así, estaremos en supuestos similares a los regulados en los arts. 173 a 175 del Código, por lo que serán de aplicación las prescripciones en ellos contenidas.

El art. 19 LCLDA, salvo en el caso de delito flagrante, exige autorización previa de la Fiscalía para la práctica del registro de cualquier tipo de vehículos que ingresen en el territorio nacional y de las personas que circulen en ellos, así como de sus equipajes y pertenencias. La LCLDA fue aprobada por D.L. 498/1998, de 2 de diciembre; mientras que el art. 178-A fue adicionado al Código por D.L. 428/1998, de 24 de septiembre. Este último artículo tiene carácter general, mientras que el art. 19 LCLDA es de naturaleza especial, por lo que habría que concluir que, salvo para la investigación del delito de lavado de dinero y de activos, no hace falta la previa autorización de la Fiscalía General de la República para llevar a cabo el tipo de registros a que se refiere el art. 178-A CPP.

640

En el caso del delito de lavado de dinero y activo, tampoco será necesaria orden administrativa para que la policía realice el registro en el supuesto previsto en el art. 288 CPP, es decir, en caso de delito flagrante, que existirá “cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado, o mientras es perseguido por la seguridad pública, por el ofendido, por una o más personas”.

Respecto a la forma de llevar a cabo el registro, el art. 20 del Reglamento de la LCLDA dispone que la PNC procurará que ese registro no cause molestias innecesarias a los conductores de los mismos ni a las personas que viajan en ellos. Igual conducta observará cuando proceda al registro o pesquisa de personas sospechosas y de sus equipajes, bolsas de mano o cualquier otro receptáculo en donde pudiera guardarse evidencia relacionada con la comisión del delito de lavado de dinero y de activos. Cuando en la pesquisa o registro de una persona pudieran verse afectados su dignidad o su pudor, la práctica de la misma se encomendará a agentes de la PNC que sean del mismo sexo de esa persona, salvo que, por cualquier motivo, eso no fuere posible (art. 19 Regto.).

179

DISPOSICIÓN COMÚN

El registro y allanamiento deberá realizarse en todo caso con respeto a la dignidad, a la propiedad y demás derechos constitucionales. Los abusos o excesos de autoridad darán lugar a la responsabilidad penal correspondiente.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 2 (integridad física y moral, libertad, propiedad y posesión, intimidad personal y familiar), 11, inciso 2º. (dignidad)
- CPP, 173 a 178
- CP, 299 (registro y pesquisas ilegales), 300 (allanamiento sin autorización judicial)

II. COMENTARIO

El art. 8 de la Constitución, recogiendo casi textualmente el art. 5º. de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, dispone “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe”. Dicho mandato condensa en esencial la actual doctrina de los límites de los derechos fundamentales, que, en palabras textuales de JORGE DE ESTEBAN y GONZÁLEZ-TREVIJANO, se concretan, por lo que aquí interesa, en el límite de los derechos de los demás, que plantea en la práctica un ejercicio de “ponderación de bienes” y la aplicación del principio de proporcionalidad; y en el límite del interés colectivo (el más relevante para el derecho procesal penal), con el que se alude a la existencia de otros “bienes constitucionalmente protegidos” o de determinados fines sociales de valor superior, en ocasiones, que determinados derechos fundamentales.

Son, entre otras, manifestaciones del carácter no absoluto de los derechos fundamentales y de su sometimiento a los límites referidos, los arts. 13, 19 y 20 de la Constitución de la República. En efecto, la privación de la libertad está condicionada a que la detención se acuerde en los casos y en la forma establecidos por la Constitución y la Ley (art. 13 Cn); el derecho a la intimidad del propio cuerpo y pertenencias, a que sea necesaria la práctica de registros y pesquisas de la persona para prevenir o averiguar delitos o faltas (art. 19 Cn); en fin, el derecho a la inviolabilidad de la morada (art. 20) cede, si no existe consentimiento de entrada, en los casos de mandato judicial, flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, o por grave riesgo de las personas (art. 20).

Las razones o fundamentos constitucionales que legitiman el sacrificio de los mencionados derechos fundamentales se vinculan con las necesidades de la averiguación delictiva; con el principio de supremacía del interés público sobre el privado, explícitamente contemplado en el art. 246 de la Constitución de la República; y con el derecho a la tutela judicial efectiva, que se infiere del art. 2 de la norma suprema al disponer que toda persona tiene el derecho a “ser protegida en la conservación y defensa del derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión (...).

Ahora bien, conforme al principio de afectación mínima de los derechos y libertades individuales, la injerencia en *los derechos afectados* por las diligencias policiales reguladas en el presente capítulo del Código (arts. 173 a 178) ha de hacerse sin abuso alguno o excesos de autoridad. En este sentido, es de utilidad la “*noción de sospecha razonable*”, utilizada por la jurisprudencia norteamericana como parámetro para medir el carácter arbitrario o no de la actuación policial. Por ejemplo, para que un allanamiento o el registro superficial de una persona sean legítimos ha de existir una *sospecha razonable* que justifique la intervención policial. Estará así justificada la actuación policial “cuando a la vista de los hechos y de las circunstancias conocidas personalmente por el policía, o de las que haya podido ser informado por una fuente que ofrezca suficientes garantías de credibilidad (la víctima u otros testigos), un hombre normalmente prudente tiene motivos para sospechar que se ha cometido una infracción o que está a punto de cometerse. Exigir más equivaldría a impedir sin razón la aplicación de la ley y exigir menos equivaldría a dejar a los ciudadanos honestos a merced del capricho de los agentes de policía” (LÓPEZ ORTEGA). La utilización de perfiles, (drug courier profile), señala L. ORTEGA, suscita problemas constitucionales importantes, uno de ellos, el de la razonabilidad de la sospecha, que no se individualiza, sino que se deduce de la pertenencia a una categoría colectiva”.

642

La Ley Contra el Lavado de Dinero y Activo (art. 19) y el art. 20 de su Reglamento sientan prescripciones que, en el punto particular examinado (sospecha razonable), deja de facto una amplia discrecionalidad a la Policía. El art. 19 de la Ley señala, al final de su primer inciso, que la pesquisa se realizará respetando la dignidad y el pudor de las personas. Por su parte, el art. 19, inciso 2º., del Reglamento dispone que , previa orden administrativa emanada de la Fiscalía General de la República, la Policía Nacional Civil *podrá practicar el registro* de todo vehículo terrestre, aéreo o marítimo *que ingrese en el territorio nacional o cuando lo considere conveniente de los que circulan en él* reteniéndolo el tiempo mínimo o indispensable para practicar la diligencia; así como para proceder al registro o pesquisa de personas sospechosas y de sus equipajes, bolsas de mano o cualquier otro receptáculo en que sea posible guardar evidencia relacionada con la comisión del delito de lavado de dinero y de activos.

Los abusos o excesos de autoridad darán lugar a la responsabilidad penal correspondiente, que a tenor del Código Penal será la siguiente:

- El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que realizare un registro, pesquisa, acto o indagación ajena a la finalidad de prevenir o investigar delitos o faltas o los ordenare o permitiere, será sancionado con prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por el mismo tiempo (art. 299 CP).
- El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que ingresare a morada ajena, sin el consentimiento del morador o de quién haga sus veces, no estando legalmente autorizado o lo ordenare o permitiere, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por el mismo tiempo (art. 300 CP).

Finalmente, podría suscitar un problema el hallazgo y la mera lectura o examen durante el registro de cualquier documento que pueda conceptuarse como correspondencia. La Constitución de la República es taxativa al afirmar que: “la correspondencia de toda clase es inviolable, interceptada no hará fe ni podrá figurar en ninguna actuación, salvo en los casos de concurso y quiebra”. Sin embargo, consideramos que la prohibición constitucional solo afecta a la acción que expresa el verbo interceptar (“apoderarse de algo o detenerlo antes de que llegue a su destino”), no al hecho de la incautación de la correspondencia ajena, aunque esté sin abrir, que se encuentre con ocasión de un registro con orden judicial. Los arts. 182 y 183 CPP confirman dicho criterio, porque de los mismos se infiere la posibilidad de secuestrar documentos relacionados con el delito, con la excepción de aquellos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo o que ellos posean en su oficina, siempre que se trate de documentos útiles para la defensa.

CAPÍTULO IV

SECUESTRO

180

ORDEN DE SECUESTRO

El juez dispondrá que sean recogidos y conservados los objetos relacionados con el delito, los sujetos a comiso y aquellos que puedan servir como medios de prueba; para ello, cuando sea necesario, ordenará su secuestro.

En casos urgentes, esta medida podrá ser ordenada por la policía o la Fiscalía General de la República. En todo caso el secuestro deberá ser ratificado por el juez, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. (2)

I. CONCORDANCIAS

644

- Cn, 2, 11 y 22
- CPP, 128 (facultades del secretario judicial), 164 (inspección ocular), 171 (prueba científica), 216 y 351 (reconocimiento de objetos), 232 (recogida de elementos de prueba por Fiscalía); 239, 241.3 y 244 (recogida de elementos de prueba por la policía); 247, núm. 5 (requerimiento fiscal); 256, núms. 10 y 11 (audiencia inicial); 320, núm. 12 (audiencia preliminar)
- CP, 114 a 125 (responsabilidad civil); 126 y 127 (comiso)
- LARD; 10, 34 a 62, 65 a 67
- LCLDA, 20, 21, 23, 25 y 26
- LRCMDRA, 25

II. COMENTARIO

Los arts. 180 a 184 CPP, que conforman el presente capítulo, se incluyen en el título V del libro primero del Código Procesal Penal, que trata de los medios de prueba y, por extensión, de los actos de investigación criminal. Sin embargo, el secuestro de objetos es una medida cautelar de carácter real consistente en la desposesión provisional de un bien con el fin de asegurar los elementos de prueba, en unos casos, y la efectividad de la sentencia condenatoria, en otros. En ocasiones, el secuestro se sustituye por una simple orden de presentación de los objetos o documentos relacionados con el delito (art. 181) y, en casos extraordinarios -sustancias nocivas a la salud, de tenencia prohibida, peligrosa o de ilícito comercio-, a la orden de secuestro de objetos seguirá

una orden judicial de destrucción, cuando la conservación de aquellos no sea necesaria para el procedimiento (art. 184).

Al efectuar, en concreto, un análisis de contenido del art. 184 CPP, se suscitan las siguientes cuestiones:

A) Concepto y naturaleza

El proceso penal tiene por finalidad la satisfacción de una pretensión procesal, para lo cual es necesario, por una parte, realizar determinadas actividades de investigación y prueba y, por otra, ejecutar la parte dispositiva de la sentencia condenatoria que en su día se dicte. Al servicio de tales objetivos está, de alguna manera, el secuestro de objetos, que podemos definir como el acto procesal por medio del cual son llevados al proceso los bienes o cosas susceptibles de servir como elementos de prueba, que así queda asegurada; de ser confiscados por el Estado, efecto de la figura jurídica del comiso, que así queda garantizado; o de ser destinados al pago de la responsabilidad civil derivada del delito (arts. 114 a 125 CP), haciendo posible en su día la efectividad de la pretensión civil ejercida conjuntamente con la acción penal (art. 42 CPP). En este sentido, dada su idéntica función procesal, deben considerarse como actos similares al secuestro el embargo o cualquier otra medida de resguardo de los bienes del imputado o del que pueda resultar civilmente responsable del delito (art. 256, núm. 10 CPP), a pesar de que dicha función no es mencionada en el art. 180 CPP. El secuestro, por consiguiente, es una medida cautelar de carácter real con la que se pretende proporcionar al juez uno de los medios necesarios para llevar a cabo su función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

645

B) Derecho constitucional afectado

La medida de secuestro afecta el derecho de la persona a la posesión (art. 2 Cn) y a la libre disposición de sus bienes (art. 22 Cn), garantizados por la Constitución de la República, preveyéndose incluso, entre otras medidas, la clausura preventiva de cualquier establecimiento donde se tenga conocimiento de que se ha cometido cualquier delito tipificado en la Ley de Actividades Relativas a las Drogas (art. 65). Como medida de aseguramiento de la prueba, el secuestro limita provisionalmente la facultad de disposición de bienes y cosas con potencialidad probatoria, cualquiera que sea el titular de los mismos. Como medida de garantía de un posible comiso, las facultades de disposición del imputado sobre los bienes secuestrados se verán provisionalmente suprimidas, asemejándose en esta hipótesis a la figura civil del embargo preventivo que, en definición de JAIME GUASP, es “un medio precautorio o cautelar para asegurar las resultas de una ejecución que aún no se sabe siquiera con certeza si acaecerá”. En fin, como medida de garantía de la responsabilidad civil derivada del delito, quedan privados cautelarmente de las facultades del dominio tanto el imputado como los terceros

que pudiesen ser direc-ta o subsidiariamente responsables civiles del mismo, teniendo igualmente el carácter de un embargo preventivo.

C) Objeto de la medida de secuestro

El art. 180 del Código Procesal Penal hace referencia a tres tipos de objetos susceptibles de secuestro: los relacionados con el delito, los sujetos a comiso y los que puedan servir como medios de prueba. Pero, en realidad, se trataría de dos únicas categorías de objetos y, a veces, de una sola, ya que, por una parte, es difícil imaginar un objeto relacionado con el delito que no sirva a su vez como medio de prueba, y, por otra, muchos bienes y objetos destinados al comiso sirven de elemento de prueba.

El Código, impone a la Policía la obligación de reunir y asegurar los “elementos de convicción” (art. 244), “los rastros, huellas y otros efectos materiales” que el hecho hubiera dejado (art. 163 y 164) y el deber de hacer constar el “estado de las personas, cosas y lugares” (art. 241.3). De todas las anteriores actividades policiales, que se llevarán a cabo normalmente al inspeccionar el lugar del hecho y al realizar algunos de los registros que la ley prevé, pueden encontrarse bienes u objetos que han de ser sometidos a secuestro.

646 Por la función que hayan podido cumplir en el evento criminal, podemos referirnos al *cuerpo del delito*, concepto con el que se expresa la persona o cosa objeto del mismo; a los *instrumentos del delito*, expresión que utiliza el art. 183 del Código referida al conjunto de elementos materiales, como armas, drogas, documentos y objetos de cualquier clase, utilizados para la ejecución del hecho delictivo; y a los *elementos o piezas de convicción*, que, además de los propios instrumentos del delito, comprenden las cosas u objetos (cintas, grabaciones, etc.), huellas, rastros, vestigios de cualquier naturaleza, que pueden servir para acreditar la realidad del hecho y la culpabilidad del delincuente. Desde un punto de vista material, son piezas de convicción tanto los instrumentos del delito como los efectos, documentos, papeles y todo tipo de objetos considerados de utilidad para la investigación y prueba de los hechos, así como para el ejercicio de los derechos de acusación y defensa. Pero desde un punto de vista formal, sin embargo, solo son piezas de convicción las que, mediando una resolución de secuestro, se encuentran incorporadas físicamente a los autos o debidamente etiquetadas en un depósito judicial a disposición del juez o tribunal sentenciador.

El destino inmediato de los instrumentos del delito y de las piezas de convicción es el de ser secuestrados por orden del juez (inciso primero, del art. 180), pudiendo en casos urgentes dictar la orden de secuestro la policía o la Fiscalía General de la República, con preceptiva ratificación judicial en el plazo de cuarenta y ocho horas (inciso 2º. del art. 180 CPP, reformado por Decreto No. 418, de 24/09/98). Posteriormente, podrán servir para la realización de múltiples pericias (art. 171), dirigidas esencialmente a la identificación del autor del hecho, así como para la práctica de la prueba de

reconocimiento de objetos que se regula en el art. 216 y correlativos del Código Procesal Penal.

D) Presupuestos procesales del secuestro

Los *presupuestos procesales* del secuestro de bienes u objetos son los mismos que rigen las medidas cautelares en el proceso penal; es decir, el principio de *legalidad (nulla coactivo sine lege)*, de tal manera que la medida de secuestro solo puede adoptarse en la forma y con el alcance previstos en los arts. 180 a 184 CPP, 126 y 127 C. Penal y en los correspondientes preceptos de las leyes especiales (drogas, lavado de dinero, contrabando) que luego se analizarán; *el principio de necesidad o idoneidad*, en el sentido de que el secuestro ha de ser necesario para el fin perseguido por el proceso; *el principio de proporcionalidad*, que dará lugar, en ocasiones, a sustituir el secuestro por una media de simple presentación de objetos (art. 181 CPP) o a proceder a su devolución o restitución tan pronto como sea posible (art. 184, inciso primero), *el principio de apariencia de buen derecho*, que implica una calificación jurídica de los actos iniciales del proceso y, en suma, del rigor jurídico de la actuación policial y fiscal; y *el principio de evitación de riesgos procesales (periculum in mora)*, que da lugar a que la procedencia del secuestro se vincule al grado de probabilidad de que puedan o no desaparecer elementos materiales de prueba o bienes y derechos que podrían ser objeto de comiso o destinados a resarcir la responsabilidad civil derivada del delito.

647

En caso de duda de si existe o no causa o motivo para el secuestro, se debe adoptar el mismo por merecer mayor protección el interés público de la investigación que el derecho individual afectado por la medida.

E) Elementos subjetivos

El sujeto activo del secuestro es el juez o tribunal competente y, en casos urgentes, la policía y la Fiscalía General de la República, siendo preceptiva la ratificación judicial de la medida, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. El juez que acuerde o ratifique el secuestro ha de cumplir los requisitos de jurisdicción, competencia y de ausencia de motivos de impedimento (art. 73 CPP). La competencia viene dada por el momento o fase procesal en que se encuentre el procedimiento (juez de paz, juez de instrucción) y por el tipo de proceso de que se trate.

El secuestro puede ser solicitado por el fiscal, el querellante y por el propio imputado, a través de su defensor, si es de interés para su defensa. En tal sentido, el numeral 5º. del art. 247 CPP prevé tal petición como un requisito del requerimiento fiscal, a resolver en la audiencia inicial por el juez de paz (art. 256 CPP), y el art. 14 CPP sienta el principio de igualdad de armas en el proceso.

La medida de secuestro la adoptará el juez durante la fase de instrucción procesal (art. 265), a la que trata de servir, entendiéndose por tal la relativa a las diligencias iniciales de investigación que realice el juez de paz, que será quien normalmente adopta la decisión de secuestro en los primeros momentos de acontecido el hecho delictivo. Por lo demás, la ley impone a la policía la obligación de “recoger las pruebas y demás antecedentes necesarios para fundar la acusación o el sobreseimiento” (art. 239 CPP); y a la Fiscalía General de la República que, tan pronto tenga conocimiento de un hecho punible, recoja con urgencia los elementos de prueba cuya pérdida es de temer (art. 238 CP). Por su parte, el requerimiento fiscal debe contener (art. 247, núm. 5º., modificado por Decreto No. 665, de 22 de junio de 1999) la solicitud de secuestro y resguardo de bienes del imputado o del civilmente responsable cuando sea necesario para asegurar el ejercicio efectivo de la acción civil. Dichas actuaciones, tanto de la PNC como de la Fiscalía General de la República, pueden exigir en determinados supuestos el secuestro de objetos, aunque, como dijimos, el juez competente ha de ratificarlo dentro de las siguientes cuarenta y ocho horas.

648 El sujeto pasivo del secuestro es el titular dominical o mero poseedor de los bienes u objetos secuestrados, con independencia de las particularidades que ofrece el secuestro de bienes sujetos a comiso, que se analizará con posterioridad. Si la desposesión, en unos casos, o pérdida de la facultad de disposición, en otros, que implica el secuestro afecta a terceros no imputados, deberá notificarse la resolución que lo acuerde a los mismos para que, si es de su interés, puedan personarse en la causa como eventuales perjudicados por el delito.

Cuando el secuestro tenga por finalidad asegurar la responsabilidad civil derivada del delito, el requerimiento fiscal ha de contener la “petición de todo lo que se considera pertinente para el ejercicio de la acción civil” (art. 247, num. 5º. CPP), y el juez de paz, en la audiencia inicial, decretará a petición del fiscal o de la víctima el embargo o cualquier otra medida de resguardo de los bienes del imputado o del civilmente responsable, cuando haya elementos de convicción suficientes para estimar que ha existido un hecho punible en el que ha participado el imputado.

F) Requisitos formales

El lugar de formalización del acto de secuestro será por lo general la sede del juzgado de paz o de instrucción con competencias por razón del lugar de comisión del hecho delictivo, correspondiendo a los secretarios redactar el acta correspondiente y “disponer de la custodia de los objetos secuestrados” (art. 128 CPP).

En ocasiones será necesario el auxilio jurisdiccional y de órganos de la administración pública, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 137 y ss. CPP para la solicitud de dicho auxilio.

El secuestro o la ratificación del llevado a cabo por la policía o el fiscal se adoptará por resolución judicial motivada, que deberá ostentar la forma de auto (art. 129), en la que se expresará y razonará la necesidad del mismo y la no conveniencia para los fines de la investigación de sustituir aquel por una medida menos restrictiva del derecho fundamental a la propiedad y a la posesión (art. 11 Cn), como sería la mera orden de presentación de los objetos o documentos relacionados con el delito o susceptibles de comiso (art. 181 CPP). Debe, pues, optarse, conforme a los principios que rigen la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, por la medida menos gravosa posible. Así, el principio de proporcionalidad exigirá en determinados delitos (culposos, menos graves) que no se secuestre el vehículo o cualquier otro objeto que sea medio imprescindible de trabajo del imputado o de un tercero o que pueda acarrearle grave perjuicio. En las faltas sería desproporcionado aplicar, en principio, la medida de secuestro.

G) Especial referencia al secuestro de bienes sujetos a comiso

El comiso o pérdida a favor del Estado de determinados bienes posee el carácter de “consecuencia accesoria” del hecho punible (arts. 126 y 127 CP) y recae, con las limitaciones que luego se dirán, sobre los siguientes bienes: 1) El producto, ganancias y ventajas (valores, derechos, cosas) obtenidos por el condenado o por otra persona, natural o jurídica, en cuyo nombre hubiese actuado, con motivo o como resultado de la infracción penal (art. 126, inciso 2º. CP); y 2) Los objetos o instrumentos de que se valió el condenado para preparar o facilitar el hecho delictivo (art. 127, inciso 1º. CP).

649

En tanto que consecuencia accesoria del hecho punible, el comiso no cumple los fines propios de la pena ni va destinado al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil, cuya satisfacción tiene prioridad respecto de la confiscación para el Estado que implica el comiso (art. 126, inciso primero, CP); sin embargo, es evidente que el comiso tiene el carácter de sanción punitiva y que, por ello, tanto el secuestro como su conversión definitiva, en su caso, en acto de confiscación, han de regirse por los principios constitucionales que rigen en el proceso penal la imposición de las medidas cautelares y de las penas y medidas de seguridad.

Como señala JOSÉ ANTONIO CHOCLÁN (El Comiso y la Confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas, en Cuadernos CGPJ, 2001), “el comiso posee una función autónoma respecto de la pena, aunque su contenido se aproxima notablemente en algunos casos al propio de las medidas de seguridad -así, el comiso de los instrumentos del delito, por ejemplo- destinándose, en otros -como en la pérdida de la ganancia- a corregir situaciones patrimoniales ilícitas. Pese a ello, el comiso guarda estrecha analogía con la multa proporcional, e indirectamente sirve para el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del hecho delictivo. Se trata, afirma CHOCLÁN, de una medida que “se dirige *ad personam*, asociada a la responsabilidad del autor de un hecho punible, y no meramente *in rem* o hacia el objeto, lo que tiene trascendencia en

cuanto a las reglas de la prueba, y en cuanto a la posibilidad de la medida contra el tercero no responsable penalmente por el hecho”.

Por todo ello, el secuestro de bienes o derechos sujetos a comiso ha de adoptarse de conformidad a los principios, ya analizados, que informan la adopción de las medidas cautelares: legalidad, idoneidad, intervención mínima, proporcionalidad, apariencia de buen derecho *-fumus boni iuris-* y juicio sobre la probabilidad de que se fruten los objetivos del proceso si no se adopta la medida de secuestro *-periculum en mora-*.

El principio de apariencia de buen derecho obligará a efectuar, antes de adoptar la medida de secuestro, un pronóstico sobre el sentido condenatorio de la sentencia y sobre la procedencia, en tal supuesto, del comiso, cuya configuración se infiere del Código Penal y Procesal Penal a partir de determinados presupuestos materiales y procesales.

Como principio general, en el caso de que no sea necesario el aseguramiento de la prueba, ni de la responsabilidad civil *ex delicto*, no se podrán secuestrar aquellos bienes que no puedan ser objeto de comiso, por exigencias del principio de legalidad. Asimismo, el principio de proporcionalidad obligará, cuando la medida resulte desproporcionada con la gravedad del hecho delictivo, a no realizar el secuestro y sustituirlo acaso por una caución económica. Entendemos que tal decisión estaría amparada por el art. 127 “in fine” del Código Penal.

650

Desde el punto de vista *material*, el acto de comiso se rige por el más estricto principio de legalidad penal (*lex certa, lex praevia, lex scripta y lex stricta*); por el principio de culpabilidad, dada la naturaleza sancionatoria del comiso, por lo que su destinatario ha de ser el responsable del ilícito penal, debiendo recaer en los bienes de su propiedad, salvo en el supuesto de que hubiese obrado en nombre de otra persona, física o jurídica; por el principio de proporcionalidad, del que es expresión el último inciso del art. 127 CP, a cuyo tenor “cuando la pérdida resulta desproporcionada con la gravedad del hecho que motive la condena, el juez o tribunal podrá dejarla sin efecto, restringirla a una parte de la cosa u ordenar un pago sustitutivo razonable al Estado”; por el principio de presunción de inocencia, del que deriva la obligación de fundamentar suficientemente la existencia de los presupuestos legales para su adopción y las razones que llevan al tribunal a la convicción, por ejemplo, de que los objetos o instrumentos decomisados son aquellos de los que se valió el condenado para preparar o facilitar el hecho punible; y por el principio acusatorio, respecto del cual la STS de 7 de mayo de 1993 (citada por CHOCLÁN) afirma que “ante la ausencia de una pretensión expresa de la acusación el tribunal a quo no podía, sin vulnerar el principio acusatorio, sustituir tal petición por su propia iniciativa, dado que el principio acusatorio no sólo se basa en el derecho de defensa, sino que -con independencia de éste- establece que la pretensión de la acusación es el presupuesto que condiciona la facultad de decisión del Tribunal de la causa”. En el mismo sentido, la STC de 8 de mayo de 1997 estima el recurso de amparo

del quien se vio sometido a una medida de decomiso sin haber sido oído en juicio y declarada su responsabilidad penal. Por ello, la *adopción de la medida requiere la citación del propietario de los instrumentos utilizados para la comisión del delito, en su caso en calidad de tercero no responsable del hecho, y someter a contradicción los presupuestos fácticos que autorizan el comiso»* (CHOCLÁN).

La específica habilitación legal que exige el comiso, dado su carácter de medida restrictiva de derechos individuales, hace que no puedan secuestrarse, conforme a lo establecido en los arts. 126 y 127 del Código Penal y art. 6 de la Constitución, los siguientes bienes:

- 1) Los bienes u objetos que no hayan sido utilizados por el imputado para cometer o facilitar el delito.
- 2) Los utilizados en la comisión de delitos culposos.
- 3) Los bienes u objetos que no sean propiedad del imputado, aunque podrán secuestrarse objetos que no siendo de su propiedad se encuentren en su poder.
- 4) Los que al cometer el delito o con posterioridad al mismo hayan sido adquiridos por terceros de buena fe a título oneroso, aunque estén en posesión del imputado.
- 5) Los que, sin conocerse documentalmente su titularidad, sean objeto de reclamo de terceros, si bien el juez deberá valorar la apariencia de buen derecho de la reclamación e impedir los eventuales intentos de fraude procesal.
- 6) Los bienes sujetos inicialmente a comiso pero adquiridos a título gratuito requieren un especial tratamiento, para evitar el secuestro desproporcionado de aquellos en que se hubiesen introducido mejoras y de los que hubiesen sido objeto de erogación.
- 7) Finalmente, por expresa previsión constitucional, “en ningún caso podrán secuestrarse, como instrumento de delito, la imprenta, sus accesorios o cualquier otro medio destinado a la difusión del pensamiento” (art. 6 Cn).

651

H) Ley de Actividades Relativas a las Drogas

La Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (Decreto 728/1991, de 15 de marzo) establece las siguientes medidas cautelares de carácter real:

- *Clausura preventiva de cualquier establecimiento* donde se tenga conocimiento de que se ha cometido cualquier delito tipificado en la Ley (art. 65), cierre que podrá ser “total o parcial, y por el tiempo y áreas estrictamente indispensables”. La decisión de clausura puede adoptarla la policía, con posterior ratificación o revocación judicial. En razón de la cláusula derogatoria del Código Procesal Penal (art. 454 CPP), debe aplicarse analógicamente lo que para el secuestro, en casos urgentes, se prevé en el inciso 2º del art. 180 CPP, por lo que la clausura preventiva del local podrá ser adoptada en casos de urgencia por la policía o la Fiscalía General de la República, pero deberá ser sometida a posterior ratificación o revocación judicial, en auto debidamente motivado, en las próximas cuarenta y ocho horas. La orden judicial de clausura podría ser objeto de impugnación, incidente que, a falta de expresa regulación legal, se tramitará en la forma prevista para las excepciones de precio y especial pronunciamiento (arts. 278 y 279 CPP).
- *Dstrucción de cultivos de plantas* que sirvan como materia prima para la elaboración de drogas. La medida requiere la “presencia del juez competente” (art. 10 letras j y k), y que sea difícil por cualquier causa al decomiso de las plantas, debiendo entenderse, a partir de la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, que el juez competente es el único facultado para decidir la destrucción del cultivo, previa audiencia de las partes y dictamen pericial (art. 270 CPP). La correspondiente acta judicial detallará minuciosamente todo lo referente a la materia objeto de destrucción.
- *Secuestro de todos los objetos y elementos de prueba relacionados* con alguno de los *delitos contra las drogas* (arts. 34 a 62 Ley), así como de los bienes susceptibles de comiso en caso de sentencia condenatoria. Al respecto, el art. 68 de la Ley dispone que serán decomisados, es decir, secuestrados, “los bienes, objetos, dinero, vehículos o valores, empleados en la ejecución de los delitos establecidos en esta ley, así como los que sean derivados de los mismos o se adquieran con valores obtenidos en la comisión de tales delitos”. Rigen para el secuestro de los bienes susceptibles de comiso las mismas limitaciones que con carácter general establece para el comiso el art. 127 CP.

652

El destino de los objetos, elementos y bienes, en general, secuestrados en el ámbito de los delitos de narcotráfico será el previsto en el 182 (custodia y depósito) y 184 (devolución) del CPP, con las siguientes matizaciones: 1) La policía que ejecute el secuestro deberá detallar minuciosamente por medio técnico la cantidad, peso, nombre, calidad, grado de pureza y cualquier otra característica que considere de importancia. 2) La destrucción de la droga (art. 184, inc. 3º, CPP, 66 y 67 Ley de Drogas) se producirá, previa resolución

judicial y audiencia de las partes, cuando ya no sea necesaria su conservación para el procedimiento. El art. 67 establece al respecto que “los organismos de control que establece la Ley (Consejo Antinarcostráfico y la División Antinarcostráfico) deberán hacerse representar en toda diligencia judicial en que se realice destrucción de drogas o de instrumentos empleados en la ejecución de los delitos contemplados en la referida ley, para cuyo efecto deben ser legalmente citados (art. 32)”. 3) La custodia o depósito de los objetos secuestrados será determinada por el juez “previa comprobación, mediante dictamen pericial, de lo constatado por la División Antinarcostráfico, ordenando colocar sellos de seguridad en los recipientes que contengan lo decomisado (art. 66 Ley). 4) Cuando el secuestro sea de dinero, el Juez lo remitirá a la Dirección General de Tesorería para ser depositado en la cuenta “Fondos Ajenos en Custodia”, dentro del plazo de tres días contados a partir de la fecha que lo reciba.

I) Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos

La ley impone a toda persona que ingrese al territorio de la República por cualquier vía, independientemente de su nacionalidad, la obligación de declarar la cantidad que traiga consigo en dinero o valores superior a cien mil colones (art. 19). Dicha declaración, en caso de falsedad, omisión o inexactitud, puede dar lugar a la *retención de los valores* y a la promoción de las acciones penales correspondientes de acuerdo a la Ley de lavado de dinero (art. 20). Si en los treinta días siguientes a la retención, no se demostrase fehacientemente la legalidad de su origen, el dinero y valores retenidos serán decomisados (art. 21). Dicha previsión se considera desproporcionada e injusta cuando pasados los treinta días se demuestre la legalidad del dinero. Si se demostrare la legalidad de la procedencia dentro del referido plazo, al responsable de la falsedad, omisión o inexactitud se le impondrá una multa de un determinado monto, sanción cuya naturaleza será de carácter administrativo, por lo que podrá ser recurrida en esa vía.

La autoridad aduanera hará llegar los valores retenidos a la Fiscalía General de la República, dentro de las ocho horas siguientes a la retención de los mismos, quien deberá comprobar la veracidad de la declaración y promover, si procede, la correspondiente acción penal, en cuyo caso se decretará el secuestro de lo retenido por ser susceptible de ser decomisado. La *retención del dinero o valores* es en realidad una *medida idéntica al secuestro*, por lo que hará falta la ratificación judicial de la misma, conforme a lo establecido en el art. 180, inciso 2º CPP, ya que, conforme al art. 26 de la Ley de Lavado de Dinero y Activos, serán de aplicación las normas y procedimientos contenidos en los Códigos Penal y Procesal Penal y demás disposiciones legales en lo que no contrarie su texto.

Con independencia de lo anterior, podrán adoptarse las siguientes medidas cautelares en la lucha contra el blanqueo de capitales: a) *Incautar o requerir la presentación de documentos bancarios*, financieros o mercantiles “en cualquier etapa del proceso”; b) *Inmovilizar cuentas bancarias*; y c) *Secuestrar* preventivamente cualquiera de los *bienes de los imputados*. Dichas medidas sólo podrán adoptarse por resolución judicial debidamente fundamentada cuando se haya iniciado un proceso penal contra un imputado determinado o determinable. En casos de urgente necesidad, el Fiscal General de la República podrá ordenar la inmovilización de las cuentas bancarias de los imputados, así como de los fondos, derechos y bienes objeto de la investigación, si bien, en tal supuesto, la inmovilización no podrá exceder de diez días, dentro de los cuales deberá darse cuenta al juez competente, quien “fundamentará razonablemente sobre la procedencia o improcedencia de dicha medida conforme a la Ley” (art. 25).

J) Ley Represiva del Contrabando de Mercaderías y de la Defraudación de la Renta de Aduanas

654

El art. 25 de la misma es de carácter claramente cautelar, porque establece que toda mercadería que se reputa contrabando, a juicio de la autoridad competente, se decomisará, cualquiera que sea la persona que la tenga en su poder. La expresión “se decomisará” equivale a “se secuestrará” la mercadería para el caso de que, en su momento, se decrete el comiso por sentencia firme. Por tanto, resulta de aplicación el régimen general de los arts. 180 y ss. CPP reguladores del secuestro. Asimismo, el secuestro puede afectar a los vehículos, medios o instrumentos usados en la comisión del delito, que se incautarán, dice textualmente la ley, a los responsables del mismo.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Un proceso penal eficaz depende cada vez menos de la prueba de testigos. Por el contrario, cobra relevancia la actividad probatoria basada en el uso de objetos, cosas o materiales físicos. Estos están generalmente relacionados con la comprobación que el delito se cometió, pero también pueden servir para probar que determinada persona es quien lo hizo. Por ello es útil tener claridad sobre el procedimiento que esta regulado para que el proceso penal se sirva de tales cosas u objetos. Dentro de esa regulación es de mucha importancia el secuestro.

El secuestro, en materia procesal, es el acto de aprehender cosas u objetos relacionados con el delito que se investiga, impidiendo su uso, aprovechamiento o empleo normal para el propietario o por quien los poseía o tenía, para hacerlos llegar al proceso penal y mantenerlos a su disposición, porque pueden ser útiles para fines probatorios. Lo determinante es que al secuestrar el objeto se cause una limitación a la libre disposición que sobre el mismo tiene alguien, no siendo indispensable determinar de quien se trata en principio; como cuando se secuestra mercadería de dudosa

procedencia y no se sabe quien es el dueño. Todo lo anterior refleja la importancia que, tanto la solicitud de ratificación del secuestro de un determinado objeto como la resolución judicial en que la misma se decreta, otorgue o deniegue, deben proporcionar una adecuada motivación. El secuestro es una manifestación del poder del Estado, mediante los órganos competentes en el proceso, sobre los derechos o facultades de las personas, Por esto se dice que es una medida de “coerción procesal”. Coerción hace referencia al ejercicio de la fuerza para lograr un fin determinado y se califica como “procesal”, porque el fin de ese ejercicio está relacionado con la eficacia del proceso.

En términos generales recae sobre cosas, objetos o materiales. En general, constituyen piezas de convicción o evidencias físicas. Estas pueden pertenecer a tres categorías distintas: a) Los objetos del delito: aquellos sobre los que se realiza la conducta que constituye delito o cuando su tenencia en sí misma es la que lo configura, por ejemplo, el dinero robado o el arma no registrada. b) Los instrumentos del delito: las cosas que sirvieron para realizarlo, tales como el cuchillo con que se lesionó a la víctima o el vehículo con que se atropelló a un transeúnte. c) Los efectos del delito: son los objetos producidos u obtenidos en virtud de la conducta delictiva o que contienen signos de su realización. Como por ejemplo, los bienes obtenidos mediante el lucro ilícito del tráfico de drogas o una cosa con huellas digitales del autor de un delito.

El secuestro de objetos es una medida de intervención en los derechos de las personas, específicamente los de propiedad, posesión o tenencia; por lo que los requisitos para su aplicación coinciden en esencia con los de cualquier acto de investigación; tales como: a) Que se trate de objetos relacionados con el delito, los sujetos a comiso y aquellos que pueden servir como medios de prueba; por lo que dicha medida limitante de derechos debe estar justificada por el fin (en este caso la eficacia del proceso mediante el aseguramiento de las fuentes de prueba), y ser idónea o adecuada para lograr dicha finalidad, por lo que solamente se procede al secuestro de aquellos objetos que resulten útiles para la investigación penal. b) Que se proceda al secuestro de tales objetos solo cuando sea necesario, cuando no haya otra medida menos gravosa capaz de lograr los fines de la investigación: teniendo el juez o tribunal la facultad la presentación de los objetos en lugar de su secuestro, de conformidad al Art. 181 Pr.Pn. c) Que sea ordenado por el juez o “en casos urgentes” por la Policía Nacional Civil o el Fiscal General de la República a través de sus Agentes Auxiliares, sujeto en las circunstancias últimamente anotadas a “ratificación” judicial dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su realización; este es el denominado requisito de jurisdiccionalidad o reserva jurisdiccional de la medida.

181

ORDEN DE PRESENTACIÓN. LIMITACIONES

En los casos que el juez no disponga el secuestro, podrá ordenar, cuando sea oportuno, la presentación de los objetos o documentos a que se refiere el artículo anterior; pero esta orden no podrá dirigirse a las personas que deban abstenerse de declarar como testigos.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 180 a 184 (secuestro), 187 (deber de abstención)

II. COMENTARIO

656

Como dijimos en el comentario anterior, la medida cautelar del secuestro de objetos, en cuanto restrictiva del derecho fundamental a la posesión y limitadora, al menos temporalmente, de otras facultades dominicales, debe adoptarse cuando no exista otra forma de asegurar la finalidad pretendida. Por tal razón, el art. 181 CPP prevé la posibilidad de adoptar una forma substitutiva del secuestro, cual es la mera presentación de los objetos o documentos relacionados con el delito, los sujetos a comiso y aquellos que puedan servir como medios de prueba.

Será el juez quien acuerde la medida, en función de las circunstancias del caso y de la ponderación del riesgo que deriva de la medida substitutoria del secuestro, debiendo valorar el perjuicio que, sobre todo a terceros y particularmente a la víctima del delito, podría ocasionar el secuestro de un bien necesario para su actividad cotidiana.

Dispone el precepto que la orden de presentación no podrá dirigirse a “las personas que deban abstenerse de declarar como testigos”, quienes, *a sensu contrario*, podrán ser sujetos pasivos de una medida cautelar de secuestro de sus objetos y pertenencias, de sus bienes y derechos.

La razón de ser de la excepción es idéntica a la de la prohibición relativa de testificar que para determinadas personas establece el art. 187 CPP, no así el art. 186 CPP, que prevé la simple facultad de no declarar. En efecto, el art. 187 CPP dispone que “no podrán declarar sobre los hechos que han llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad, los ministros de una iglesia con personalidad jurídica, los abogados, notarios, médicos, farmacéuticos y obstetras, según los términos del secreto profesional y los funcionarios públicos sobre secretos de Estado. Sin embargo, estas personas no podrán negar el testimonio cuando sean

liberadas por el interesado del deber de guardar secreto”, por lo que cabe entender que en este hipotético supuesto será válida la sustitución del secuestro por la orden de presentación de objetos y documentos.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Uno de los requisitos para proceder al secuestro de objetos es su necesidad. Esto significa que existen casos en que, aun tratándose de objetos útiles para la investigación, el secuestro no es necesario; por ejemplo en el supuesto del presente artículo. Esta regulación demuestra que la afectación de derechos sobre los objetos para lograr los fines de la investigación, debe aplicarse cuando no haya otra medida menos gravosa, capaz de lograr dicha finalidad; respetando las limitaciones en virtud de la calidad atribuida al propietario, poseedor o mero tenedor.

182

CUSTODIA O DEPÓSITO

No podrán ser depositarios los funcionarios o empleados judiciales, policiales o del Ministerio Público.

657

Los objetos y documentos secuestrados serán inventariados y puestos bajo segura custodia, a disposición del tribunal. El juez podrá ordenar el depósito si lo considera oportuno.

Por excepción cuando la orden de secuestro recaiga sobre bienes caídos en comiso tales como vehículo de motor, naves, aeronaves, idóneos y apropiados u objetos útiles para el combate del crimen organizado, el Juez, previa solicitud de la Fiscalía General de la República, podrá ordenar su depósito a favor de la Policía Nacional Civil, quien deberá destinarlo inmediatamente y en forma exclusiva al combate del crimen organizado. Si el Juez estimare que tales bienes u objetos no son idóneos o apropiados para la Policía Nacional Civil, podrá ordenar su depósito a favor de la Fuerza Armada para sus fines institucionales. (9)

Se podrá disponer la obtención de copias o reproducciones de los objetos y documentos secuestrados cuando estos puedan desaparecer, alterarse, sean de difícil custodia o convenga así al procedimiento.

Las cosas secuestradas serán aseguradas con el sello del tribunal y con la firma del secretario, para garantizar que no sean alteradas.

Si es necesario remover los sellos, se verificará previamente su identidad e integridad, dejando constancia.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 123 a 124 y 128 (secretario judicial), 180 a 184 (secuestro), 244 (demora en el depósito)
- CC, 1968 a 1971 y 2006 y ss. (el depósito)
- CPC, 612 y ss. (secuestro judicial o embargo)
- DGP, 9
- LCLDA, 21 (dinero y valores decomisados), 23 (destino de los mismos)
- LRARD, 66 a 69 (drogas y bienes decomisados, destrucción, destino)

II. COMENTARIO

El precepto regula el destino inmediato (custodia o depósito) de los objetos secuestrados y las normas de aseguramiento de los mismos mientras dura el secuestro, que puede finalizar por devolución o destrucción, en algunos casos, según lo previsto en el art. 184 CPP, o por conversión en comiso o pérdida definitiva del bien a favor del Estado o de los perjudicados por el delito (arts. 126 y 127 CP). Centrando nuestra atención en las prescripciones establecidas respecto de los objetos y documentos secuestrados, el art. 182 CPP establece lo siguiente: a) El deber de la Policía y la Fiscalía de ponerlos inmediatamente a disposición judicial en calidad de depósito; b) El deber del tribunal que los haya recibido de inventariarlos y adoptar las medidas necesarias para su custodia; en este sentido, para evitar la alteración o desaparición de los objetos secuestrados, deberán adoptarse medidas generales (sello del tribunal y firma del secretario) y específicas (copias o reproducciones), cuando se trate de objetos y documentos de fácil modificación, alteración o desaparición; y c) La posibilidad de sustituir el depósito judicial por el depósito extrajudicial, y, en especial, la entrega excepcional en depósito, con posibilidad de uso, de algunos bienes secuestrados a la PNC o la Fuerza Armada.

658

a) La entrega al juzgado para su custodia

El secuestro persigue la recogida y conservación de determinados bienes y objetos (art. 180), cuyo destino inmediato será la entrega al juez competente para su custodia, por lo que la Policía y Fiscalía tienen la obligación de enviarlos de forma inmediata al depósito judicial, “salvo cuando la investigación sea compleja, existan obstáculos insalvables o los objetos sean necesarios para la realización de actos de prueba”. En este último caso, luego de realizadas las pruebas técnicas o científicas correspondientes, serán remitidos inmediatamente al depósito judicial (art. 244, último párrafo).

b) *Recepción judicial, inventario, custodia y aseguramiento*

Una vez puestos a la disposición del juez, se levantará el acta de recepción correspondiente por parte del secretario judicial (art. 123 y 124 CPP), debiendo tenerse en cuenta que a los secretarios les corresponde, entre otras atribuciones, la de *disponer la custodia de los objetos secuestrados* (art. 128, inc. 2º.), a cuyo efecto podrán delegar la custodia al funcionario responsable de las bodegas del Órgano Judicial no ubicadas en el propio juzgado o tribunal. La atribución a los secretarios de la custodia de los objetos secuestrados implica que a los mismos corresponde la ejecución de la resolución judicial de secuestro, que puede contener particularidades en materia de conservación o aseguramiento del bien, así como el cumplimiento de las medidas legales de prevención, general y especial, que menciona el art. 182, a las que se hará referencia con posterioridad.

Los objetos secuestrados, por otra parte, han de asegurarse, para evitar su alteración, con el sello del tribunal y la firma del secretario, debiendo verificarse previamente la identidad e integridad de aquellos, con la debida constancia, si fuese necesario remover los sellos.

Deberán, por último, obtenerse copias o reproducciones de objetos y documentos secuestrados que sean de difícil custodia por ser susceptibles de alteración o desaparición. Esto ocurrirá cuando sea previsible su deterioro o sustracción; y cuando sea difícil, en suma, su custodia, o por meras razones de operatividad procesal, como podría ser el caso de la necesidad de trasladar el objeto (por ej. un documento) a otro tribunal para llevar a cabo una diligencia mediante auxilio judicial.

659

c) *El depósito de los bienes secuestrados*

El destino inmediato y provisional de los bienes secuestrados es quedar en depósito, a disposición del juez o tribunal correspondiente, quien adoptará las medidas posteriores que el caso requiera.

El depósito consiste, afirma GUASP, en “la afectación del bien embargado mediante su guarda o custodia por persona que recibe precisamente el encargo procesal de hacerlo así”. En ocasiones es una “pura mutación ideal de las situaciones jurídicas referentes al bien, el cual es objeto de retención pero no de desapoderamiento”, como cuando el juez decide que sea el poseedor del objeto secuestrado quien continúe en posesión del mismo, aunque en concepto de depositario. Dicha posibilidad se prevé en el art. 184 CPP, final del primer inciso e inciso quinto, al establecerse que la devolución de los objetos secuestrados podrá ordenarse provisionalmente, en calidad de depósito, e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos o presentarlos cuando el tribunal así lo requiera (final del inciso 1º.) y que las armas de propiedad particular se devolverán

en calidad depósito a sus legítimos propietarios siempre que no hayan tenido intervención en el delito como autores o como cómplices (inciso 5°).

El Código Civil, que define el depósito como la entrega de “una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie” (art. 1968 CC), prevé, como modalidades del mismo, el contrato de depósito y el secuestro (1971 CC). El secuestro puede ser convencional o judicial (art. 2009 CC), y recaer sobre cosas muebles, bienes raíces (art. 2008 CC) e incluso sobre establecimientos mercantiles y fabriles. A su regulación dedica el Código Civil los arts. 2006 a 2014 CC, que deben ser complementados con las normas del Código de Procedimientos Civiles (arts. 612 y ss. CPC). Dicho conjunto normativo, sin embargo, no será de aplicación en lo que se oponga al Código Procesal Penal.

El depositario adquiere, pues, las obligaciones propias de la figura en el ámbito civil, y puede incurrir en responsabilidad penal por delitos de apropiación indebida, de administración fraudulenta (arts. 217 y 218 CP) o contra la administración de justicia. Por establecerlo el precepto que comentamos, no pueden ser depositarios los funcionarios o empleados judiciales, policiales o de la Fiscalía General de la República.

660 Las armas de fuego de cualquier clase, en especial los pertrechos o elementos de guerra que hubieren caído en secuestro o fueren remitidos por la policía y las de dotación legal o reglamentaria de la Fuerza Armada y de la policía, serán remitidas de inmediato a la orden del juez o tribunal en el departamento de San Salvador, quienes las enviarán en depósito al Ministerio de la Defensa Nacional, y en el resto del país, a los respectivos comandantes departamentales, salvo en los casos del inciso 4° del art. 244 del Código, que permite retardar el depósito de los objetos secuestrados cuando existan circunstancias razonables que lo impidan, en particular, la imposibilidad del traslado, la existencia de una investigación compleja y la necesidad de llevar a cabo actos de prueba.

Respecto a las drogas, el art. 67 LRARD prevé, por lo general, la destrucción judicial de las mismas, debiendo el juez competente reservar una muestra de la droga incautada antes de la destrucción del resto. Dicha muestra se enviará en custodia al Consejo Superior de Salud Pública (arts. 8 y 15 LRARD).

El dinero y títulos equivalentes objeto de secuestro se depositarán en la cuenta de Fondos Ajenos en Custodia, cuya regulación se contiene esencialmente en el art. 9 de las Disposiciones Generales de Presupuestos, que otorga las competencias sobre su manejo a la Dirección General de Tesorería dependiente del Ministerio de Hacienda. Por último, el art. 23 de la Ley de Lavado de Dinero y Activos crea un patrimonio especial al que se le asignarán los recursos provenientes de la liquidación de los bienes comisados de ilegítima procedencia.

d) *El depósito extraordinario en favor de la Policía Nacional Civil y la Fuerza Armada*

El inciso 3º. del art. 182, adicionado al Código por DL 487/2001, de 18 de julio, establece la posibilidad de que, a instancia de la FGR, el juez o tribunal, cuando lo considere conveniente, ordene el depósito a favor de la Policía Nacional Civil de aquellos bienes caídos en comiso que sean útiles para el combate del crimen organizado, tales como vehículos de motor, naves y aeronaves. La PNC deberá destinarlos inmediatamente y de forma exclusiva a dicha finalidad. Si el juez no considera apropiado el uso de dichos bienes por la PNC, los entregará en depósito a la Fuerza Armada para sus fines institucionales.

Se trata de una facultad discrecional del juez que debe ejercitarse ponderando factores tales como el tipo de bien de que se trate, la necesidad o no su inalterabilidad por necesidades probatorias y la clase de delito que ha dado lugar al secuestro del bien, ya que no tendría mucho sentido dedicar provisionalmente a la lucha contra el crimen organizado bienes u objetos secuestrados con ocasión de un delito que no sea propio del crimen organizado (art. 22-A CP). Las mismas observaciones cabe efectuar para el supuesto de que el depósito se produzca a favor de la Fuerza Armada. En todo caso, deben adoptarse las oportunas medidas judiciales para determinar el valor del bien secuestrado, y de control sobre el uso de los bienes entregados a las mencionadas instituciones, no debiendo olvidarse la eventual reclamación indemnizatoria en caso de sentencia absolutoria.

661

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Existe una circunstancia especial cuando se trata de un objeto de tráfico ilícito el cual no tiene legítimo propietario, poseedor o tenedor, salvo autorización especial; como en el caso de drogas o armas de uso privativo de la Fuerza Armada. Sería contradictorio que el derecho prohibiera una conducta mediante la amenaza de una pena y al mismo tiempo reconociera la necesidad de otorgar garantías o medios de protección, como los que implican los requisitos del secuestro, frente a los actos de persecución penal que el Estado ejerce en dicho sentido. Si el secuestro es una medida cautelar que permite la afectación de derechos con fines procesales, no procede cuando no hay derecho afectado, simplemente porque pierden sentido los requisitos que exige dicha medida.

En estos casos existen diversos criterios ya que, aunque se reconocen los aspectos antes mencionados, se justifica la ratificación del secuestro como una forma de incorporar legal y validamente al proceso dichos objetos de tráfico ilícito como evidencia, por ser objetos, instrumentos o efectos del delito. En este sentido, debe hacerse una breve acotación a la relación de este tema con la denominada cadena de custodia de la prueba o evidencia, la cual consiste en el conjunto de procedimientos que se realizan

para garantizar que las cosas u objetos presentados al juzgador como evidencia física son realmente los mismos recuperados de la escena del delito o secuestrados a la víctima, un testigo o el imputado. El art. 182 Pr.Pn. establece que cuando proceda el secuestro, la cadena de custodia esta a cargo del juez o tribunal; pero como pueden haber objetos útiles a la investigación cuya obtención y conservación no impliquen necesariamente su secuestro, porque no hay derecho afectado, en esos casos es responsabilidad de la Fiscalía General de la República. Los objetos que para obtenerlos y conservarlos no implican la afectación de derecho alguno, simplemente se recogen, ocupan o coleccionan; por ejemplo las vainillas o proyectiles, las armas de uso prohibido, la ropa del cadáver que presenta manchas de sangre o tatuajes de pólvora, etcétera. Lo anterior permite colegir que el secuestro no es un instrumento de la cadena de custodia, sino que ésta es un efecto de aquel.

La posibilidad de deposito o devolución de los objetos secuestrados indica que en la aplicación de esta medida rige la condición de proporcionalidad en sentido estricto, es decir que la intervención o afectación al derecho de propiedad, posesión o tenencia no debe resultar excesivo; siendo por ello que se violaría esa condición si después de practicadas las operaciones indispensables de investigación, se retuviere un objeto del que depende la subsistencia del titular del derecho afectado o si se dilatan injustificadamente tales pesquisas. En igual circunstancia se incurriere si, en lugar de devolver o depositar el objeto, se le retiene con grave riesgo de deterioro o hasta destrucción.

662

183

DOCUMENTOS EXCLUIDOS

No se podrán secuestrar las cosas o documentos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo o ellos posean en su oficina, siempre que se trate de elementos útiles para la defensa. La protección no alcanzará a los instrumentos del delito.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 6 (imprenta...) 12 (derecho de defensa)
- CPP, 10 (defensa técnica), 180 a 184 (secuestro)

II. COMENTARIO

Se prohíbe el secuestro de cosas o documentos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo o que ellos posean en su oficina, siempre que se trate de elementos útiles para la defensa.

Dicha protección no alcanzará a los instrumentos del delito (art. 183 CPP), es decir, a las armas, instrumentos o efectos empleados para la comisión del hecho delictivo, tales como llaves falsas, herramientas, armas de cualquier tipo, vehículos o cualquier cosa o medio material que haya servido para su perpetración.

Sin embargo, como excepción a la regla anterior, debe tenerse en cuenta que “en ningún caso podrá secuestrarse, como instrumentos de delito, la imprenta, sus accesorios o cualquier otro medio destinado a la difusión del pensamiento” (art. 6, inciso segundo, Cn). Tal excepción encuentra su fundamento en la especial protección constitucional del derecho a la libertad de expresión, de cuya efectividad, a través fundamentalmente de los medios de comunicación, depende sobremanera la salvaguarda del sistema político democrático y pluralista de que se ha dotado El Salvador (arts. 85 y 86 Cn).

En cuanto a la prohibición genérica que establece el precepto, referida al secuestro de las cosas y documentos que tengan los defensores por razón de su oficio, la misma obedece o es consecuencia del derecho de defensa, constitucional y legalmente garantizado (art. 12 Cn y 10 CPP), en su vertiente de defensa técnica, que es la ejercida por los abogados en el libre ejercicio de su profesión y por los defensores públicos.

663

La razón de ser o fundamento del derecho de defensa radica en el carácter contradictorio del proceso penal, en el que “ante un tercero imparcial comparecen dos partes parciales, situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, y plantean un conflicto para que aquél lo solucione actuando el derecho objetivo” (MONTERO AROCA). Evidentemente, la puesta en práctica o efectividad de la institución procesal requiere inexcusablemente la presencia, al menos, de una defensa técnica que en pie de igual enfrente las tesis y las pruebas de la acusación, ejercida por la Fiscalía o el querellante, en su caso. El contenido esencial del derecho de defensa radique en la existencia de idénticas posibilidades de contradicción entre las partes, es decir, de alegación, prueba e impugnación, y en el respeto al principio de igualdad de armas procesales, del cual deriva, entre otras manifestaciones, la prohibición de secuestrar los objetos o documentos que tenga en su poder el abogado defensor, cuando dichos elementos sean útiles para la defensa, alegación que corresponderá efectuar y acreditar al defensor afectado por la posibilidad del secuestro.

La declaración de inviolabilidad de la defensa se proclama en el art. 9 del Código Procesal Penal, que declara solemnemente el carácter “inviolable de la defensa en el procedimiento”, lo que dará lugar a la nulidad del proceso cuando la indefensión prive al imputado (efectiva indefensión) de las posibilidades de alegar y defender en el proceso sus derechos. La efectiva indefensión la establece el art. 223 del Código al disponer que “ningún trámite ni acto de procedimiento será declarado nulo si la nulidad no está 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”.

El régimen legal de las nulidades procesales se contiene en los artículos 223 a 228 y correlativos (ver art. 362, sobre vicios de la sentencia) del Código Procesal Penal, siendo conveniente destacar que es causa de nulidad absoluta la inobservancia de los derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en el Código (art. 224, núm. 6), entre el que encuentra la prohibición de secuestro que comentamos.

664 El nacimiento del derecho de defensa coincide con el acto de imputación, por lo que la previsión del art. 183 surge en ese momento e incluso con anterioridad, cuando las circunstancias del caso pongan de manifiesto que aún antes de la imputación el futuro imputado estaba asistido de abogado. El juez, en su función de garante del debido proceso, debe velar por la igualdad de condiciones entre las partes y no permitir indefensión alguna, como la que se produciría en un hipotético supuesto de secuestro de documentos en un despacho de abogados del que es cliente la persona que luego será imputado.

184

DEVOLUCIÓN

Los objetos secuestrados que no están sometidos a comiso, restitución o embargo, serán devueltos tan pronto como sea posible y conveniente a la persona en cuyo poder se encontraban. Esta devolución podrá ordenarse provisionalmente, en calidad de depósito, e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos o presentarlos cuando el tribunal así lo requiera.

Los vehículos secuestrados que sean solicitados por la Autoridad Central del Tratado Centroamericano sobre recuperación y devolución de vehículos hurtados, robados, apropiados o retenidos ilícita o indebidamente, le serán entregados, a la menor brevedad posible. (9)

Los objetos y documentos serán devueltos, en las mismas condiciones y según

corresponda, al perjudicado o al poseedor de buena fe de cuyo poder hayan sido secuestrados; y, tratándose de objetos vinculados, directa o indirectamente, al crimen organizado, serán devueltos cuando el imputado o el que reclama el bien, demuestre su posesión o propiedad. (9)

Cuando los objetos sean nocivos a la salud, de tenencia prohibida, peligrosa o de comercio no autorizado, el juez o tribunal ordenará su destrucción, en resolución debidamente fundamentada, cuando ya no sea necesario su conservación para el procedimiento.

Las armas de propiedad particular se devolverán a sus legítimos propietarios siempre que no hayan tenido intervención en el delito como autores o como cómplices, mediante la entrega en depósito.

Las armas de fuego de cualquier clase, en especial los pertrechos o elementos de guerra que hubieren caído en secuestro o fueren remitidos por la policía y las de dotación legal o reglamentaria de la Fuerza Armada y de la policía, serán remitidas de inmediato a la orden del juez o tribunal en el departamento de San Salvador, quienes las remitirán en depósito al Ministerio de la Defensa Nacional, y en el resto del país, a los respectivos comandantes departamentales, salvo en los casos del inciso 4o. del Art. 244 de este Código. Los jueces ordenarán que las diligencias que respecto a los objetos decomisados fueren necesarias practicar, se realicen en los organismos militares donde hubieran sido remitidas.

665

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 2, 11 y 22
- CPP, 127 (devolución), 180 a 183 (secuestro), 351 (exhibición de objetos), 444 a 446 (destino de los bienes comisados)
- CP, 126 y 127 (comiso)
- LRARD, 32, 67, 69
- LCRAFMEAS
- LCLDA, 23

II. COMENTARIO

En los comentarios a los arts. 180 a 183 CPP hemos examinado los aspectos relacionados con el acto de secuestro de objetos por necesidades del proceso penal; en el presente comentario se analizará lo referente a la terminación del secuestro, sea por devolución sea por destrucción del bien secuestrado, como en el caso de las drogas, así como las específicas previsiones sobre el depósito de armas de fuego, el destino de los bienes secuestrados con ocasión de un delito de contrabando y de aquellos objetos secuestrados que estén vinculados de alguna manera al crimen organizado.

Para finalizar, se hará referencia a las disposiciones del Tratado Centroamericano sobre la recuperación y devolución de vehículos hurtados, robados y objeto de apropiación o retención indebidas.

a) *La devolución de los objetos secuestrados*

Durante la instrucción de la causa, los objetos secuestrados que no estén sometidos a comiso, restitución o embargo serán devueltos tan pronto como sea posible y conveniente a la persona en cuyo poder se en-contraban, reiterando el art. 127 CPP que “en cualquier estado de la causa, el juez o tribunal podrá ordenar la devolución de la cosa objeto del hecho punible o restablecerla al estado que tenía antes del hecho, siempre que existan suficientes indicios sobre la comisión del delito”. La devolución podrá tener carácter provisional cuando se efectúe en calidad de depósito, y se producirá, en las mismas condiciones y según corresponda, al perjudicado o al poseedor de buena fe de cuyo poder hayan sido secuestrados, con la excepción, como luego veremos, de los objetos relacionados con el crimen organizado, sobre los que habrá que acreditar su posesión o propiedad legítimas. Las armas de propiedad particular se devolverán, asimismo, tan pronto como sea posible, a sus legítimos propietarios siempre que no hayan tenido intervención en el delito como autores o como cómplices, mediante su entrega en depósito, figura jurídica analizada en el comentario al art. 182 CPP, al que nos remitimos.

666

Respecto a la decisión judicial de devolución de los objetos secuestrados, debe tenerse en cuenta que las piezas de convicción han de estar presentes en la sala de vistas, porque constituyen una ayuda inestimable para la formación de la convicción judicial y porque son un complemento indispensable para la práctica de la prueba de declaración del imputado, testifical y pericial, siendo obvio que esta exigencia de la exhibición material de las mismas durante el plenario está condicionada a que se encuentren incorporadas a la causa. Igualmente, en el caso de que se haya propuesto y aceptado una prueba de reconocimiento de objetos (art. 351: “los objetos y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos para su reconocimiento”), su práctica exigirá lógicamente dicha exhibición o presencia.

b) *Destino de los bienes decomisados*

Durante la ejecución de la sentencia o en caso de sobreseimiento definitivo, los bienes que no hayan sido objeto de comiso tendrán el destino que establecen los arts. 444 a 446 del CPP, que prevén las siguientes situaciones: 1) Devolución de los objetos secuestrados a quienes se le secuestraron, salvo cuando sean de ilícito comercio o relacionados con el crimen organizado, debiendo en este caso cumplirse con lo dispuesto en el inciso 2º. del art. 184, que estamos comentando (DL 487/2001, de 18 de julio); 2) Retención, es decir, continuación del depósito, de los que sean propiedad del imputado para garantizar el pago de las costas y de la responsabilidad civil; 3) Formalización de

un incidente para decidir la controversia sobre la titularidad del bien, conforme a lo previsto para las excepciones de previo y especial pronunciamiento; 4) Venta en pública subasta de los bienes no reclamados, transcurrido un año de concluido el procedimiento y previa notificación a su propietario, si se conociese. El producto de la venta se ingresará por tres meses en calidad de Fondos Ajenos en Custodia y, si nadie reclamase en ese tiempo, se ingresará en el Fondo General de la Nación; y 5) Entrega en propiedad a la PNC por ministerio de la ley, en el supuesto anterior (no reclamación, etc), de los objetos vinculados, directa o indirectamente, al crimen organizado.

En el caso de los recursos provenientes de *los delitos de lavado de dinero*, está previsto que queden afectados a un patrimonio especial que se destinará a financiar determinadas actividades (recompensas, programas de rehabilitación de drogadictos, prevención de la drogadicción, etc.). La liquidación de dichos bienes valores o activos se harán en pública subasta, de conformidad a lo establecido en la Ley de Almacenaje, salvo que dichos bienes o equipos sirvan para fortalecer a las instituciones en el combate del delito de lavado de dinero y de activos, en ese caso serán asignados a éstas de acuerdo a los procedimientos que establezca la UIF en su reglamento (art. 23 LCLDA). Los dineros, ganancias, objetos, vehículos o valores empleados en la ejecución del delito del lavado no fuere propiedad del implicado, serán devueltos a su legítimo propietario cuando no resultare responsabilidad para él, siempre y cuando demuestre su legítima procedencia (art. 23, último inciso), lo que se hará en la forma prevista en el art. 445 CPP (en relación al art. 26 LCLDA) que luego veremos.

667

En *materia de drogas*, se establece que, en la sentencia definitiva, “el juez dispondrá que los bienes caídos en decomiso pasen a la División Antinarcostráfico, para ser destinados al servicio de las entidades oficiales, para la prevención, tratamiento y rehabilitación de narco-dependientes o que sean rematados. En este último caso, el producto del remate ingresará al Fondo General de la Nación. Cuando el comiso se trate de dinero, éste también deberá ingresar al Fondo General de la Nación. Si todo o parte del dinero decomisado y remitido al juez, hubiere sido proporcionado por la División Antinarcostráfico, como medio necesario en las Investigaciones que efectúen, podrá devolverse en cualquier momento a dicha División, siempre que se hubiere comprobado el origen del dinero” (art. 69 LRARD).

Si existiese controversia sobre la titularidad de bien objeto de devolución, procede el planteamiento de una cuestión incidental que se tramitará en la forma prevista para las excepciones de previo y especial pronunciamiento (art. 445 CPP). En consecuencia, conforme a lo establecido en los arts. 277 a 279 CPP, el incidente deberá formularse a partir de la audiencia inicial y podrá resolverse junto a las demás cuestiones planteadas en la audiencia preliminar (art. 320 CPP), en cuyo caso el planteamiento del mismo se contendrá en el escrito que pueden formular las partes dentro de los cinco días posteriores a la convocatoria de la audiencia preliminar (art. 316 CPP). Durante dicha audiencia las partes serán oídas y se resolverá la cuestión de inmediato (art. 320 CPP),

salvo que exista ofrecimiento de prueba, en cuyo caso se convocará a aquellas a otra audiencia para recibir la prueba y para que oral y brevemente se refieran a lo planteado, dictándose inmediatamente la resolución que corresponda.

También es posible interponer el incidente al margen de la audiencia preliminar, conforme a lo establecido en los arts. 278 y 279 CPP, que prevén la siguiente tramitación: a) Interposición del incidente por escrito, con ofrecimiento de prueba; b) Contestación de las otras partes, a quienes se les dará traslado del anterior escrito para que, si lo desean, formulen las alegaciones y ofrezcan la prueba que tengan por conveniente; c) Resolución del incidente en el término de tres días, si no hubo ofrecimiento de prueba; y d) Convocatoria a una audiencia, si hubo ofrecimiento, en la que se recibirá prueba, debiendo dictarse resolución dentro de los tres días.

Finalmente, será posible formular la pretensión sobre la titularidad del bien ante el tribunal de sentencia, sea a través de la relación de hechos contenida en los escritos de acusación, querrela y defensa, en cuyo caso se decidirá en sentencia, sea durante la fase de ejecución de la misma conforme al procedimiento anteriormente expuesto (art. 445 CPP).

c) *Destrucción de drogas*

668

Cuando los objetos sean nocivos a la salud, de tenencia prohibida, peligrosa o de comercio no autorizado, el juez o tribunal ordenará su destrucción, en resolución debidamente fundamentada, cuando ya no sea necesario su conservación para el procedimiento. La destrucción de las drogas debe realizarse inmediatamente, con el fin de evitar los problemas de custodia propios del depósito judicial. En realidad, una simple muestra para el análisis posterior y la acreditación fehaciente de la cantidad de droga destruida son suficientes para acreditar los hechos en el proceso por parte de la Fiscalía.

Dicha destrucción exige, por este orden: 1) La perfecta preconstitución de la prueba, normalmente pericial, para su plena validez en la vista oral (arts. 270 y 330 CPP); 2) Una resolución fundada del juez competente en la que se razone que ya no es necesario conservar del objeto para el procedimiento; 3) Notificación a las partes con posibilidad de recurso; y 4) La efectiva destrucción del objeto (droga, medicamentos, etc.) por el depositario del mismo, que será normalmente la policía, quien deberá levantar acta de la actuación.

Hay que tener en cuenta las prescripciones legales que para la destrucción de drogas e instrumentos empleados en la ejecución de los delitos relativos a las mismas se contienen en la Ley de Actividades Relativas a las Drogas, que establece la necesidad de que para la diligencia de destrucción judicial de drogas sean citados representantes de la Comisión y de la División Antinarcostráfico (art. 32) y de que se conserve una muestra de la droga destruida, que se enviará para su custodia al Consejo, con fines de

acreditar la existencia del delito en el momento del juicio. En concreto, el art. 67 de la mencionada ley dispone lo siguiente: “Cuando las drogas o sustancias decomisadas ya no interesen a los fines del juicio, el juez ordenará su destrucción, salvo que se establezca que puedan ser usados para fines terapéuticos, en cuyo caso serán entregados al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (inciso 1º.). Los instrumentos o equipos especialmente destinados para cometer los delitos que sanciona la presente ley, también deberán ser destruidos, a menos que puedan ser usados legítimamente por alguna entidad oficial (inciso 2º.). Para efectos de la destrucción, el juez mediante experticia comprobará nuevamente las características del decomiso y el medio apropiado para su destrucción. En este acto podrán estar presentes las partes, para lo cual serán debidamente citadas; obligatoriamente concurrirán, un representante de cada uno de los organismos controladores de esta ley y se efectuará en presencia de dos testigos nominados por el juez, en el lugar, día y hora previamente señalados (inciso 3º.). El juez competente conservará una muestra de la droga que se haya destruido, para la comprobación procesal de la existencia del delito, la cual se enviará en custodia al Consejo, para ser destruida al quedar ejecutoriada la sentencia definitiva” (inciso 4º).

d) Particularidades sobre las armas de fuego

Las armas de fuego de cualquier clase, en especial los pertrechos o elementos de guerra que hubieren caído en secuestro o fueren remitidos por la policía, y las de dotación legal o reglamentaria de la Fuerza Armada y de la policía serán remitidas de inmediato a la orden del juez o tribunal en el departamento de San Salvador, quienes las remitirán en depósito al Ministerio de la Defensa Nacional, y en el resto del país, a los respectivos comandantes departamentales, salvo en los casos del inciso 4º del art. 244 CPP (investigación compleja, obstáculos insalvables, necesidades probatorias).

669

Los jueces ordenarán que las diligencias que respecto a los objetos decomisados fuere necesario practicar se realicen en los organismos militares donde hubieran sido remitidas. Esta determinación legal, que pone fin a la redacción del art. 184, constituye una excepción al principio de celebración del juicio oral sin interrupción, prevista en el art. 333, numeral 2) del CPP, que establece la suspensión de la audiencia cuando sea necesario practicar algún acto fuera del lugar de la audiencia y no pueda cumplirse en el intervalo entre una y otra sesión.

A dichas diligencias de pruebas deberán asistir el imputado y las demás partes procesales, por exigencia del derecho de defensa, pudiendo llevarse a cabo conforme al procedimiento de la prueba anticipada (art. 270 CPP).

e) *Particularidades sobre el contrabando de mercaderías*

La Ley Represiva del Contrabando de Mercaderías y de la Defraudación de la Renta de Aduanas establece, respecto a la devolución de lo secuestrado, la siguiente distinción: 1) Todo aquello que haya sido instrumento para la comisión del delito se podrá devolver mediante sustitución del comiso por el pago de una multa. En el caso de que los bienes secuestrados pertenezcan a una persona absolutamente ajena a la infracción, serán devueltos en la misma sin pago de multa alguna. Como dice MORENO CARRASCO, aunque la redacción del “precepto dedica un párrafo expreso a la restitución del vehículo que no pertenece al contrabandista, tal restitución cabe predicarla igualmente de los otros medios o instrumentos usados en la comisión del delito cuando no se trata de vehículos”; y 2) La mercadería secuestrada no admite la redención por multa en el delito de contrabando, pero sí en el delito de defraudación de la renta de aduanas, siempre y cuando que el condenado no haya sido “procesado” por otro delito de la misma naturaleza.

670 Cuando el imputado por este tipo de delitos no fuese condenado, afirma MORENO CARRASCO, “resulta obvio que no hay motivos para mantener la restricción a la recuperación, más si el procedimiento se encuentra pendiente de tramitación en el momento en que se plantea la devolución, vista la naturaleza y trascendencia del acto mismo, lo más razonable sería esperar al fin del propio procedimiento en curso, toda vez que el mero hecho de estar sometido al procedimiento no debe suponer especial tara, teniendo en cuenta que el sujeto está todavía asistido por el principio de presunción de inocencia”.

Por último, la exigencia de que el sujeto haya sido procesado se refiere a que lo haya sido por un delito de la misma naturaleza, es decir, por cualquiera de las conductas tipificadas en la Ley Represiva del Contrabando de Mercaderías y de Defraudación de la Renta de Aduanas, que en esencia, con la salvedad de cambios en las cuantías que expresan, son las descritas en los ordinales 1º. a 4º. del art. 2 y en el art. 3 de la Ley, que establecen la tipificación de delito o falta en función del valor del perjuicio al Fisco por las conductas que se describen.

f) *Los objetos vinculados al crimen organizado*

El DL 487/2001, de 18 de julio, introdujo un importante matiz en materia de devolución de objetos secuestrados. Como regla general, se devolverán al perjudicado o al poseedor de buena fe de cuyo poder fueron secuestrados, pero “tratándose de objetos vinculados, directa o indirectamente, al crimen organizado, serán devueltos cuando el imputado o el que reclama el bien demuestren su posesión o propiedad”. Es decir, en el caso de las conductas a que se refiere el art.22-A CP, para la devolución del objeto secuestrado, siempre que no esté sometido a comiso, restitución o embargo, no bastará constatar que coinciden la persona en cuyo poder se encontraba el bien

secuestrado y aquella a la que se le restituye, hará falta que el que reclame el bien demuestren documentalmente, en la forma establecida en el C. Civil, la legítima posesión o propiedad del mismo.

- g) *Recuperación y devolución de vehículos hurtados, robados u objeto de apropiación o retención indebidas*

Sobre la materia, se formalizó el Tratado Centroamericano de 14 de diciembre de 1995 por parte de El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, con el fin de habilitar un sistema rápido y eficaz de recuperación y devolución de vehículos objeto de delitos contra la propiedad.

En el Tratado, entre otros extremos, se designan para cada país las Autoridades encargadas de la tramitación de las solicitudes de devolución, y se establece un procedimiento para la tramitación de las mismas (art. VII). En el art. X del Tratado se establece la posibilidad de sustituir la prueba material del vehículo por una prueba fotográfica o de otro tipo, de manera que el vehículo pueda ser devuelto a la mayor brevedad a su propietario o representante legal.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

El decomiso es otra denominación para la medida cautelar del secuestro, y no deben confundirse con el término comiso; ya que éste último es una consecuencia accesoria de la condena penal (Art. 127 C.P.), el cual consiste en la pérdida a favor del Estado de los objetos o instrumentos utilizados por el imputado para cometer el delito.

En este punto es necesario resaltar la facultad especial establecida en el Art. 127 Pr.Pn. en cuanto a la devolución o restablecimiento de la cosa objeto del hecho punible en cualquier momento de la causa; siempre que existan suficientes indicios sobre la comisión del delito. Obviamente, con mayor razón, se devolverán a la brevedad posible aquellos objetos que se ha determinado no tienen relación con el caso y, por ende, no son útiles para el proceso.

CAPÍTULO V

TESTIGOS

185

OBLIGACIÓN DE TESTIFICAR

Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre los hechos que se investigan, salvo las excepciones establecidas por la ley.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 152 y 324, inciso 3º. (citación de testigos); 325, 333.3 y 350, inciso 2º. (incomparecencia); 121, 172 y 191 (juramento o promesa); 186 (facultad de abstención); 187 (deber de abstención); 188 (no residentes); 189 y 194 (negativa a declarar y falso testimonio); 192 (testigos con privilegios) y 193 (testigos físicamente impedidos); 190, 270, 271 y 330 (prueba testifical anticipada); 347 a 350 y 352 (prueba testifical en el plenario)
- CP, 305 (falso testimonio), 313 (desobediencia a mandato judicial), 307 (soborno)

672

II. COMENTARIO

Entre los medios de prueba, a cuya regulación dedica el Código el título V del libro primero, la llamada prueba testifical está regulada en los arts. 185 a 194 CPP (Capítulo V). No obstante, han de tenerse en cuenta otras normas dispersas en la ley procesal, que sin ánimo de ser exhaustivo, son las siguientes: citación de testigos (art. 152); juramento o promesa (121 y 172); testigos de actuación (art. 125); compatibilidad entre la condición de querellante y la de testigo (100 y 325, último inciso); prueba anticipada (270 y 271); ofrecimiento de la prueba (314 y 316); admisión o rechazo (320.10); no comparecencia del testigo a la audiencia (333.3); práctica de la prueba (347 a 350 y 372). Asimismo, para la efectividad de los deberes del testigo se han tipificado en el Código Penal los delitos de falso testimonio (art. 305 CP), desobediencia a mandato judicial (art. 313 CP), desobediencia a funcionario o autoridad pública (art. 338 CP) y soborno (art. 307 CP). Por último, dado que la Policía y Fiscalía General de la República pueden tomar declaraciones a terceros en concepto de meros actos de investigación, han de tenerse en cuenta los arts. 84, 85, 166 y 241, núms. 5 y 6, CPP referidos a las atribuciones de investigación de las citadas autoridades administrativas.

Todo ese conjunto normativo suscita múltiples cuestiones que serán estudiadas al comentar cada uno de los preceptos. Por lo que aquí respecta, dado que el art. 185 abre la serie de lo que constituye el estatuto jurídico de la prueba testifical, parece oportuno realizar una breve introducción al significado procesal de las declaraciones testificales, para después centrar nuestra atención en el contenido del art. 185, referido a dos de las obligaciones del testigo: el deber de comparecer y el deber de decir verdad. El tercer deber del testigo, que es el de prestar juramento o promesa, se estudia en el art. 191 (ver también arts. 121 y 172), y las excepciones a la obligación de testimoniar, en los arts. 186 y 187.

A) El testigo

El testigo, en sentido amplio, es una persona física ajena normalmente al proceso que, citado en debida forma, emite una declaración ante la policía, el fiscal o el juez o tribunal sobre hechos ocurridos fuera del proceso y percibidos directamente o a través de terceros. En sentido estricto, *el testigo es la persona física* que presta su testimonio en un juicio oral y público en el que se respeten las garantías constitucionales y legales del debido proceso (contradicción, inmediación, etc.), salvo excepciones establecidas por la ley (testimonio anticipado, impedimento justificado, residencia en el extranjero,...). Por consiguiente, *las personas jurídicas* (empresas mercantiles, asociaciones, fundaciones, entidades públicas, municipalidades, etc.) no pueden ser testigos, como es obvio, por carecer de las facultades de percepción sensorial que tienen las personas físicas, produciéndose la intervención de aquellas en la actividad probatoria mediante las declaraciones de sus miembros y empleados, así como con la aportación y emisión de informes, que constituirán supuestos de prueba documental o incluso de prueba pericial colegiada.

673

Dentro de las personas físicas, existe legalmente un criterio amplísimo de aceptación del testimonio, ya que incluso los *menores*, sin límite de edad, y los *enfermos mentales* pueden testimoniar, salvo que aquellos y éstos sean claramente incapaces, aunque la valoración de su declaración dependerá de su nivel de madurez e inteligencia y del tipo y grado de enfermedad mental, aspectos que se apreciarán conforme a la sana crítica, con el auxilio, si fuera preciso, de especialistas (psicólogos, psiquiatras...) en ciencias de la conducta.

La *víctima* del delito, en la amplia acepción que contempla el art. 12 CPP, puede ser testigo, estando sometida en cuanto tal al estatuto jurídico del mismo. Su intervención como querellante no le eximirá de la obligación de declarar como testigo (art. 100 CPP), pero su no comparecencia sin justa causa a prestar declaración testimonial se entenderá como abandono de la querrela (art. 104), sin perjuicio de que pueda ser obligado a comparecer (art. 325, final) y que tiene obligación de decir verdad, por lo que podría incurrir en los delitos de falso testimonio (art. 305 CP) y desobediencia a mandato judicial (art. 313 CP).

Las declaraciones de los *coimputados* se han denominado *testimonios impropios*, porque, aunque sean susceptibles de valoración judicial como un elemento probatorio más, no son testimonios *stricto sensu*, ya que el imputado no está obligado a declarar ni a decir verdad, en el caso de que declare voluntariamente.

Pueden ser testigos incluso *el juez, el secretario judicial y el fiscal* cuando exista motivo para abstenerse en el ejercicio de sus funciones por tener conocimiento extra-procesal de datos útiles para la investigación y el enjuiciamiento. Así se infiere del art. 73.1) CPP, aplicable al fiscal y al secretario judicial, que contempla como causa de impedimento procesal el que el juez “conozca el hecho como testigo”.

Asimismo, el *abogado defensor* puede ser testigo, si es liberado por el imputado del deber de secreto profesional, aunque su credibilidad sería escasa, por su interés cuasidirecto en la causa. El mismo requisito de liberación por el interesado del deber de guardar secreto es necesario para que puedan ser testigos los ministros de una iglesia con personalidad jurídica, los notarios, farmacéuticos, médicos, obstetras y funcionarios públicos respecto a los secretos de Estado, cuestiones sobre la que efectuamos el oportuno comentario en el art. 187.

674 En fin, los *testigos parientes*, dentro de determinado grado, el cónyuge y otras personas con relaciones de efectividad parecidas con el imputado (pupilo y tutor, adoptante y adoptado, compañero de vida o conviviente) no pueden ser obligados a declarar, pero pueden voluntariamente hacerlo, existiendo en consecuencia una excepción del deber de declarar de carácter facultativo (art. 186 CPP).

B) La prueba testifical

Como cualquier otro medio de prueba, los testimonios sirven tanto para la averiguación preliminar de los hechos y de las personas responsables como para fundamentar, en su caso, la decisión judicial en la fase intermedia del proceso (juicio de acusación) y en la fase plenaria del mismo.

Las declaraciones testificales son, por tanto, según la finalidad a la que sirvan, simples actos de investigación o auténticos medios de prueba; categorías procesales que, como sabemos (ver comentario al art. 162), se diferencian por la relevancia procesal de las mismas y la forma, más o menos solemne, de su producción. En puridad, solo son medios de prueba aquellos que conforman “la actividad de los sujetos procesales dirigida a obtener la convicción del juez o tribunal sobre la preexistencia de los hechos afirmados por las partes, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia del principio de contradicción y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar la espontaneidad, e introducida en el juicio oral a través de los medios lícitos de prueba” (GIMENO SENDRA).

La anterior definición contiene, pues, las características esenciales de la prueba testifical, que, en relación con otros medios de prueba, posee la peculiaridad de ser un medio de prueba de carácter personal e indirecto. Tiene *carácter personal* porque la fuente de la prueba es una persona física, denominada testigo, ajena normalmente al proceso, en el sentido de que no es parte procesal, a excepción, en ocasiones, de la víctima del delito (art. 12 y 13 CPP), que puede ser al mismo tiempo testigo y sujeto activo del proceso en concepto de querellante (arts. 95 y 100 CPP). Es de *carácter indirecto*, porque frente a la prueba directa por percepción o prueba de reconocimiento judicial, imposible en el proceso penal respecto al hecho objeto de enjuiciamiento (no así en el proceso civil), la prueba testifical es una prueba por representación de los hechos mediante el relato verbal basado en la memoria humana que realiza una persona en presencia del juez o tribunal sentenciador y de las partes en conflicto. *Se distingue*, por último, *de otras pruebas personales*, como la declaración del imputado y la prueba pericial, por el matiz que, respectivamente, introducen la condición de imputado, quien no está obligado a declarar contra sí mismo ni a decir verdad, y la cualidad de perito, experto en alguna ciencia, arte o técnica, que conoce el dato a probar, no de forma extraprocesal, como el testigo, sino por su relación con el proceso.

C) Los deberes del testigo

La disponibilidad del testimonio hace referencia al mecanismo que la Ley prevé para que las partes puedan hacer uso de este medio de investigación y prueba, que no es otro que la imposición al testigo de una obligación o deber general de testimoniar, exigible incluso de manera coactiva. En efecto, para la efectividad del deber general de testimoniar, la ley impone al testigo que sea citado judicialmente en debida forma los deberes específicos de comparecer, prestar juramento o promesa y declarar la verdad de lo que sepa, previendo sanciones penales en caso de incumplimiento, con independencia del ejercicio de la *vis compulsiva* (coacción física) para la comparecencia.

675

El deber de comparecencia y de decir verdad, que son manifestaciones del deber general de colaboración con la administración de justicia, se imponen precisamente en el precepto que comentamos, el cual expresa la obligación de toda persona que resida en territorio salvadoreño, sea nacional o extranjero, salvo las excepciones que prevé la ley, de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre los hechos que se investigan o se enjuician, salvo las excepciones establecidas por la Ley. El precepto implícitamente condiciona el mandato que contiene a que el testigo reciba una citación judicial (llamamiento) en la forma establecida por el artículo 152 del Código. En caso de no comparecencia, el testigo podrá ser llevado a la fuerza y ser acusado del delito de desobediencia, en el que incurrirá también si habiendo comparecido se negare a declarar (art. 313 CP y 189 CPP).

El interés público que está en la esencia del proceso penal explica o justifica ese poder coactivo de los poderes públicos, cuya expresión genérica para el proceso penal

salvadoreño se encuentra en el art. 126 CPP, al disponer que “en el ejercicio de sus funciones, el juez o tribunal podrán requerir la intervención de la seguridad pública y disponer todas las medidas necesarias para el cumplimiento de los actos que ordenen”, y en el art. 333.3) CPP, que autoriza a que los testigos o peritos cuya intervención sea indispensable a juicio del tribunal, el fiscal o las partes, sean conducidos por la seguridad pública cuando no comparezcan voluntariamente al juicio oral o a otras audiencias (arts. 255 y 319, inc. 5° CPP).

676 Asimismo son expresión de ese poder de coerción, los arts. 166 y 241.5) CPP, respecto de la policía y en relación a la inspección del lugar del hecho; y el art. 85, con carácter genérico, y 166, con carácter específico (inspección ocular), para la Fiscalía General de la República, aunque ambas instancias no jurisdiccionales están sometidas al control judicial en el desarrollo de sus funciones. De estos últimos preceptos se deduce que no existe obligación legal de comparecer como testigo ante la Policía salvo en el momento de la inspección del lugar del hecho, aunque la Policía pueda efectuar citaciones de testigos para que voluntariamente comparezcan en sede policial. Por el contrario, existe obligación del testigo de comparecer ante la Fiscalía cuando sea debidamente citado, tal como expresamente se establece en el art. 85 del Código, cuyo tenor “en el ejercicio de sus funciones, los fiscales tendrán el poder de solicitar informaciones, requerir la colaboración de los funcionarios y empleados públicos, citar a testigos y, antes del requerimiento fiscal, ordenar la detención administrativa...”. Asimismo, según establecen los arts. 60 y 61 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, toda persona tiene la obligación de concurrir a las citaciones que le efectúe la PGR, pudiendo esta institución, tras una segunda citación, obligar a la persona requerida a comparecer por apremio, salvo en los casos de fuerza mayor. La persona citada podrá hacerse acompañar de abogado o ser representada por éste, con poder general o especial, en la fecha y hora señalada, únicamente para efectos de conocer el motivo o razón para la cual fue citada, con independencia de que durante la diligencia objeto de la citación la persona en cuestión se encuentre asistida por un abogado.

El deber de declarar lleva implícito el deber de veracidad, cuyo incumplimiento dará lugar a la comisión de un delito de falso testimonio, tipificado en el art. 305 del Código Penal, siendo lamentable las pocas ocasiones que en la práctica judicial se hace uso de esa posibilidad, que exige la previa advertencia al testigo de que incurrirá en delito de falso testimonio si no dice lo que sepa de los hechos.

Por último, las excepciones establecidas en la ley al deber de comparecer y de declarar se examinan en los correspondientes preceptos del Código (arts. 186 y 187; 191, final del inciso 1°; 192 y 193).

186

FACULTAD DE ABSTENCIÓN.

No están obligados a testificar en contra del imputado, su cónyuge, compañero de vida o conviviente, ascendientes, descendientes o hermanos, adoptado y adoptante. No obstante, podrán hacerlo cuando así lo consideren conveniente.

También podrán abstenerse de testificar en contra del imputado sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo, a menos que el testigo sea denunciante, querellante, o que el hecho punible aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo.

En la citación o, antes de comenzar la declaración, el juez instruirá al testigo sobre la facultad de abstenerse, bajo pena de nulidad.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 185 (obligación de testificar), 152 y 324 (citación), 191 (forma de la declaración), 223 y 224 (nulidad)
- CP, 305, inciso 3°. (excusa absoluta en falso testimonio)
- CF, 11 y 12 (cónyuges), 118 (compañeros de vida), 127 a 132 (parentesco)

677

II. COMENTARIO

En el inciso 1°. del precepto se establece una exención del deber de declarar en razón de los *vínculos interfamiliares* y del conflicto moral que surgiría entre los deberes de familia y el deber de veracidad del testigo. Cuando ese conflicto se produce, la ley otorga la facultad de no declarar, pero subsiste la obligación de concurrir al llamamiento judicial. La facultad desaparece y renace el deber de declarar a partir de un determinado grado de parentesco (inciso 2°.), como luego veremos.

La excepción al deber de declarar obedece a razones pragmáticas, ya que sería en la práctica de imposible cumplimiento la obligación legal de decir verdad en perjuicio de un familiar, sea cual fuere la sanción prevista para el caso de su contravención. En efecto, la experiencia enseña que contra la fuerza natural del parentesco, por consanguinidad o afinidad, y de la convivencia marital o similar, nada pueden las sanciones establecidas en el derecho positivo ni la obligación legal y moral que obliga a todo ciudadano a colaborar con la justicia compareciendo a testificar con veracidad en asuntos criminales. La pugna entre la naturaleza y la ley es, en este campo, una lucha perdida de antemano por esta última. “Cuando la ley natural -decía MITTERMAIER

en 1834 en su Tratado de la Prueba en Materia Criminal, Reus, 1979, 10ª. Edición, pág. 278- está en abierta contradicción con la ley positiva, puede estarse seguro de su inobservancia. Llamad a declarar contra el acusado a sus parientes cercanos, y al punto veréis palmariamente demostrado este hecho. El legislador no haría bien en obligarles a hablar, porque colocados entre su deber y las afecciones naturales más poderosas, veríaseles muchas veces obedecer a éstas y sacrificar la verdad a los intereses del acusado; pero aunque así no sea, y suponiendo que el testigo sea honrado hasta el estoicismo, sería condenarle a un verdadero suplicio, abriéndole, por decirlo así, la boca por fuerza; y por otra parte sus conciudadanos tal vez le vituperarían por la infracción cometida de los deberes de la naturaleza. Y si, por el contrario, su deposición fuese en descargo, sería en verdad poco decisiva en el proceso, porque se creería muy fácilmente que sus palabras habían sido dictadas por la afección de familia”.

678

El inciso 2º. del precepto establece una facultad de abstención de menor alcance a la establecida en el inciso 1º., ya que afecta solamente a los parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad (sobrinos) o segundo de afinidad (nueras o yernos), así como al tutor y al pupilo. La facultad desaparece en el anterior supuesto - no así en el contemplado en el inciso 1º. del precepto- cuando el testigo sea denunciante, querellante o el hecho punible aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo (art. 186 CPP). La razón de ello es la misma, a *sensu contrario*, que la expresada con anterioridad, es decir, la disminución natural de la fuerza del vínculo de consanguinidad como consecuencia de la preeminencia del interés del testigo en la persecución penal.

El último inciso del precepto dispone que en la citación (arts. 152 y 324, inciso 3º. CPP) o antes de comenzar la declaración (arts. 191 y 347 CPP) el juez instruirá al testigo sobre la facultad de abstenerse, bajo pena de nulidad (art. 223 CPP). Si no existiese la advertencia, la declaración adolecería de nulidad absoluta, con los efectos invalidantes que le son propios (art. 223, inciso 2º. CPP), por la vulneración de un derecho garantizado en el Código (art. 224.6), aunque, a tenor de la literalidad del numeral 6 del art. 224, no estamos en presencia de un derecho fundamental. Sin embargo, de optarse por considerar que se trata de un supuesto de nulidad relativa, podría quedar en la práctica vacío de contenido la facultad que establece el art. 186 CPP. Si se produjese la advertencia y, a pesar de ella, el testigo optase por declarar durante la instrucción y, luego, en la vista pública decide acogerse a su derecho a no declarar contra parientes, cabría preguntarse si se podrá o no utilizar la primera declaración inculpativa. La respuesta, a mi criterio, debe ser negativa, porque el verdadero medio de prueba, salvo situaciones excepcionales, es el que tiene lugar en el plenario (art. 1 CPP), momento para el cual está previsto el uso de la facultad de abstenerse de testimoniar que regula el art. 186 del Código Procesal Penal.

187

DEBER DE ABSTENCIÓN

No podrán declarar sobre los hechos que han llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad, los ministros de una iglesia con personalidad jurídica, los abogados, notarios, médicos, farmacéuticos y obstetras, según los términos del secreto profesional y los funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

Sin embargo, estas personas no podrán negar el testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.

Si el testigo invoca erróneamente ese deber con respecto a un hecho de los comprendidos en este artículo, se procederá a interrogarlo.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 185 (obligación de testificar), 191 (forma de la declaración), 223 y 224 (nulidad)
- CP, 187 (revelación de secreto profesional)

679

II. COMENTARIO

Mientras que en el artículo anterior se establece la facultad del testigo de abstenerse de declarar por razón de parentesco o relación similar con el imputado, en el presente artículo se impone el deber de abstenerse de testimoniar a determinados profesionales en razón del secreto profesional.

El deber de guardar secreto puede ser objeto de liberación por el interesado, y la errónea invocación del mismo no será admitida por el juez, quien en tal supuesto procederá al interrogatorio. Deben quedar expresadas en el acta de la declaración la voluntad de la persona beneficiada por el secreto de renunciar al mismo, así como, cuando se alegue indebidamente la exención, las razones para su no admisión.

La sanción legal para el caso de la contravención del deber de secreto es la nulidad de la declaración misma. Se trata de un supuesto de nulidad absoluta, por vulneración del derecho de defensa, que tendrá el efecto de invalidar el testimonio y todas las pruebas posteriores que se hayan obtenido como consecuencia del mismo (art. 224.6 CPP). Sabemos que las nulidades absolutas no podrán cubrirse ni aún con el expreso consentimiento de las partes (art. 225 CPP). Sin embargo, cabría imaginar el supuesto de que con posterioridad a una declaración efectuada por quien debió

guardar secreto profesional, se produce la liberación del deber de secreto por la persona al que beneficia el mismo. La opción normal sería reproducir la declaración, pero si ello no fuera posible, debe darse valor a la primera declaración, que quedará así revalidada.

Por otra parte, aunque el Código no disponga expresamente (como hace en el art. 186) que antes de la declaración se advierta al declarante que tiene obligación de guardar silencio ante determinadas preguntas, es evidente que, conocida la profesión del testigo, debe hacerse la oportuna advertencia sobre el particular, en especial a aquellos profesionales que presumiblemente ignoren la obligación de secreto que les impone la ley (farmacéuticos, médicos, obstetras, notarios, funcionarios públicos), cuya vulneración está tipificada como delito (art. 187 CP).

Sentado lo anterior, pasaremos revista a los supuestos del deber de secreto que establece el precepto:

A) Los ministros de una Iglesia con personalidad jurídica

680

El art. 26 Cn reconoce expresamente la personalidad jurídica de la Iglesia Católica y remite a la ley secundaria el reconocimiento de la personalidad de las demás iglesias, por lo que, en el caso de las iglesias protestantes y de las estructuras organizativas de las demás religiones (judía, mahometana,...), se deberá constatar el dato legal del reconocimiento de la personalidad jurídica correspondiente.

En cuanto al fundamento de la exención del deber de declarar, resulta incontestable en la historia del derecho de los países cristianos el respeto al secreto de confesión de los sacerdotes católicos, quienes en caso de romperlo afrontarían gravísimas sanciones eclesiásticas. Por otra parte, de no establecer la legislación estatal una excepción a la obligación de testimoniar de tal naturaleza, se daría al traste con la institución de la confesión, por la pérdida de confianza que requiere su existencia, y eso en el supuesto de que se pudiera imponer por la fuerza la ruptura del sagrado deber del secreto de confesión.

En el caso de las demás iglesias, sabido es que carecen de la institución del sacramento de la confesión, y que, por consiguiente, no existe un texto que prescriba ante determinadas confidencias el silencio de los pastores protestantes o de los rabinos de la religión judaica, por poner un ejemplo. Sin embargo, más allá de lo meramente formal o institucional -en referencia al sacramento de la confesión-, la relación que existe entre los ministros de cualquier religión y sus fieles, en determinadas situaciones, es sustancialmente idéntica a la que existe, en la religión católica, entre confesante y confesado, razón por la cual el legislador ha optado por imponer el deber de secreto en el ejercicio de sus funciones a todos los responsables eclesiales que reciben confidencias con la condición expresa o tácita de guardar la reserva de su contenido.

B) Los abogados y notarios

El deber de silencio de los abogados se limita exclusivamente a la información que posean en relación con el imputado y respecto a lo que hayan podido conocer en razón de su oficio. Es decir, la exención se refiere exclusivamente al abogado defensor, actual o pasado, del imputado, teniendo su razón de ser en la inviolabilidad del derecho de defensa (arts. 9 y 10 CPP), por lo que la dispensa solo alcanza al abogado del imputado respecto de los hechos que éste le hubiera confiado en su calidad de defensor, no así en relación con los demás coimputados, a no ser que su declaración pudiese perjudicar a su defendido.

En el caso del *notario*, no encontramos explicación alguna a la dispensa de la obligación de declarar que establece el Código, ya que el notario ejerce una función pública (art. 1 Ley del Notariado), que ha de someterse en su ejercicio a la más estricta legalidad, pudiendo incluso incurrir en el delito oficial de omisión de aviso tipificado en el art. 312 del Código Penal.

C) Médicos, farmacéuticos y obstetras

Respecto a los citados profesionales, tampoco encontramos justificación a la dispensa del deber de testimoniar en una causa criminal, salvo en casos muy excepcionales, en los que habría que ponderar la gravedad del delito y la trascendencia de la información que pudiesen aportar aquellos profesionales. En realidad, de admitirse la excusa de los mismos podría existir una vulneración constitucional a las reglas de la contradicción y de la defensa que conforman el armazón esencial del debido proceso.

681

D) Los funcionarios públicos

Los funcionarios públicos no podrán declarar sobre los *secretos de Estado*, expresión a la que debemos dar una significación restrictiva, ya que en caso contrario la dispensa perdería su justificación constitucional, que no es otra que la salvaguarda de la seguridad interior y exterior del Estado, aunque hay autores (MORENO CATENA) que restringen la exención exclusivamente al ámbito internacional. No cabe confundir, por último, los secretos de Estado, amparados por la prohibición probatoria que comentamos, con la genérica actitud de secreto y reserva del funcionario público en el ejercicio de su cargo (art. 31 Ley de Servicio Civil), obligación de secreto que al fundamentarse “en razones de eficacia y oportunidad, no debe servir para fundar una limitación al interés público” (LÓPEZ ORTEGA) de la persecución penal.

Los funcionarios o empleados públicos incurrirán en delito castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años, que puede aumentar hasta en una tercera parte del máximo señalado, si revelaren o divulgaren “hechos, actuaciones o documentos

que debieran permanecer secretos o facilitaren de alguna manera el conocimiento de los mismos” (art. 324 Código Penal).

E) El secreto profesional del periodista

El Código Procesal Penal no hace mención alguna al *secreto profesional del periodista*, a pesar de que su establecimiento, con las debidas limitaciones, estaría más justificado que el referido a algunos de los profesionales mencionados. En efecto, el papel de los medios de comunicación resulta esencial para el correcto funcionamiento del Estado republicano, democrático, representativo y pluralista que instituye la Constitución de la República (art. 85 Cn). Precisamente, a la defensa de dicha institucionalidad obedece la norma constitucional que prohíbe el secuestro de la imprenta, sus accesorios o cualquier otro medio destinados a la difusión del pensamiento, así como la interdicción, también absoluta, de la estatalización y nacionalización de empresas que se dediquen a la comunicación escrita, radiada o televisada, y demás empresas de publicaciones (art. 6 Cn). El secreto profesional es, asimismo, un deber ético respecto de quien facilita confidencialmente una noticia. Su razón de ser, como hemos dicho, está en el derecho a la libertad de expresión y en las exigencias de funcionamiento de una sociedad democrática, pluralista y libre.

682

188

RESIDENTES FUERA DE LA CIUDAD

Cuando el testigo no resida en el lugar donde tenga su asiento el tribunal, se encomendará la declaración a la autoridad judicial de su residencia, salvo que el juez considere necesario hacerlo comparecer en razón de la gravedad del hecho investigado y la importancia del testimonio; en este caso, se fijarán prudencialmente los viáticos y gastos que correspondan y se adelantará su pago cuando sea necesario.

Lo dispuesto en el inciso anterior es sin perjuicio de la facultad que tiene el juez de constituirse en cualquier lugar del territorio nacional para la práctica de diligencias importantes, siempre que lo creyere conveniente e indispensable para la mejor comprobación de los hechos, previo aviso por cualquier medio al juez del lugar, para que le preste la cooperación necesaria.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12, inciso 1º. (garantías del debido proceso)
- CPP, 1 y 9 (juicio público e inviolabilidad de la defensa), 16 (inobservancia de las garantías procesales), 137 (auxilio judicial), 139 (comisión rogatoria a

tribunales extranjeros), 224.6 (nulidad absoluta), 325 (inmediación), 330.2 (lectura)

II. COMENTARIO

La obligación genérica que tienen todos los residentes en El Salvador de concurrir al llamamiento judicial, independientemente del deber o no de declarar, tiene las siguientes excepciones: 1) La de los residentes fuera del lugar en que tenga su asiento el tribunal (art. 188); 2) La de los Presidentes de los Órganos del Estado, si por razones urgentes de su función no pueden concurrir a prestar declaración (art. 192, inciso 1º. CPP); 3) La de los agentes diplomáticos y consulares (art. 192, inciso 2º. CPP) y 4) La de las personas físicamente impedidas (art. 194 CPP).

Respecto a la primera excepción, la ley exige que el testigo resida fuera del lugar en que tiene su sede el juez o tribunal que conozca de la causa, pudiendo darse el caso de que la residencia sea en territorio nacional (supuesto al que se refiere el art. 188) o en el extranjero (caso previsto en el art. 335, inciso 2º. CPP).

Cuando el *testigo resida en territorio nacional*, podrá prestar declaración ante el juez de su residencia mediante exhorto, a cuyo efecto se seguirá el procedimiento establecido en el art. 137 CPP, en el que se dispone que la solicitud de auxilio no estará sujeta a ninguna formalidad, sólo indicará el pedido concreto, el procedimiento de que se trate, la identificación del juez o tribunal y el plazo en el que se necesita la respuesta.

Existen, sin embargo, supuestos en los que el acto de la declaración ha de efectuarse necesariamente en presencia del juez o tribunal de la causa, bien mediante el obligado traslado del testigo a la sede del tribunal, sea acordando éste constituirse en el lugar en que viva el testigo para tomarle declaración, previo aviso al juez del lugar, para que le preste la cooperación necesaria. Los criterios legalmente establecidos para una u otra opción son la gravedad del hecho investigado, la importancia del testimonio y la conveniencia e indispensabilidad de la intermediación para la mejor comprobación de los hechos. En todo caso, dada la trascendencia del asunto, es necesario oír a las partes personadas y citarlas a la diligencia en cuestión por si quieren asistir a la misma, existiendo la posibilidad de que se den circunstancias que aconseje en la práctica del procedimiento de la prueba anticipada (arts. 270, 271 y 190 CPP). Cuando la declaración fuese de especial relevancia, la vulneración del principio de intermediación (arts. 12, inciso 1º. Cn y 325 CPP) podría dar lugar a la nulidad absoluta de aquella (art. 224.6 CPP) por inobservancia de las garantías del debido proceso.

Por último, el art. 188 dispone que cuando el testigo tenga que trasladarse a la sede del juzgado o tribunal de otra localidad se fijarán prudencialmente los *viáticos* y gastos que correspondan y se adelantará un pago cuando sea necesario.

La determinación de los gastos parece corresponder al juez o tribunal que cita al testigo, y el pago a la Corte Suprema de Justicia, a través del administrador del correspondiente Centro Judicial. Se trata de un verdadero derecho de indemnización con motivo de la comparecencia para declarar que debería ser objeto de específica regulación y aún más de cumplimiento.

Cuando el *testigo resida en el extranjero*, la declaración se recibirá en su lugar de su residencia por el juez comisionado, registrándose la diligencia mediante acta o informe escrito que se leerá en la audiencia, salvo cuando quien ofreció la prueba anticipe todos los gastos necesarios para la comparecencia de la persona propuesta o la presente al tribunal. Las partes podrán designar quien las represente ante el juez comisionado o consignar por escrito las preguntas que deseen formular”. La comisión rogatoria se tramitará por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por medio de la Corte Suprema de Justicia, (art. 139 CPP), quién deberá velar por la apariencia de regularidad formal y sustantiva del acto de auxilio judicial internacional.

La práctica de una comisión rogatoria, finalmente, es más propia de la fase de instrucción que del juicio plenario, por la demora y pérdida de inmediatez que ello supondría y la casi obligada interrupción del juicio, que debería reiniciarse de nuevo en su totalidad (art. 334, segundo inciso).

684

En cuanto a la recepción de la prueba durante el plenario, se procederá a la lectura del acta de la declaración (art. 330.2 CPP), para que las partes puedan poner de manifiesto la corrección o incorrección formal de la misma.

189

NEGATIVA A DECLARAR

Si después de comparecer el testigo se niega a declarar, se iniciará contra él causa penal.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 185 (obligación de declarar), 152 y 324, inciso 3°. (citación); 186, 187 y 192, inciso 2°. (negativas justificadas a no declarar)
- CP, 313 (desobediencia a mandato judicial)

II. COMENTARIO

El precepto señala la consecuencia legal de la negativa del testigo a prestar declaración, pero no la referida a su incomparecencia tras ser citado con las formalidades que establece la ley.

Según los casos, la no comparecencia puede dar lugar: 1) A un segundo llamamiento del juez o tribunal con la advertencia al testigo del perjuicio en que incurrirá si persiste en su rebeldía; 2) A una orden judicial de que la policía busque al testigo y lo haga comparecer coactivamente ante la autoridad judicial.

Se prevé la suspensión de cualquier audiencia cuando no comparezcan un testigo cuya intervención sea indispensable a juicio del tribunal, el fiscal o las partes, salvo que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente sea conducido por la seguridad pública. En cuanto a la sanción penal, el art. 313, inciso 1º., CP tipifica como delito de desobediencia a mandato judicial la conducta de quien “*citado legalmente por funcionario judicial en calidad de jurado, testigo, traductor, intérprete o depositario de cosas, que siendo requerido oír segunda vez se excusare o se abstuviere de comparecer, sin justa causa, o habiendo comparecido rehusare prestar su colaboración en la diligencia judicial que se le ordenare...*”.

685

El bien jurídico protegido por el delito de desobediencia a mandato judicial es la propia administración de justicia, cuya calidad como servicio público depende sobremanera de la colaboración de determinadas personas ajenas a la propia organización judicial, como es el caso de los testigos y peritos.

En el inciso segundo del art. 313 CP se contempla la conducta de cualquier funcionario, empleado público, agente de la autoridad o autoridad pública (art. 39 CP) que no prestare la colaboración que fuere requerida por el juez o magistrado, entre la que hay que incluir su intervención en el proceso en calidad de testigo.

La conducta típica, dice LUIS RUEDA, “se produce en el seno de cualquier proceso judicial y en cualquier trámite de éste para el que se haya producido la citación, y se sanciona por igual la pura omisión de *abstenerse de comparecer*, sin alegar ninguna causa o alegando causa que no sea justa, entendiendo por justos los motivos regulados en las propias leyes procesales aplicables y los ocasionados en hechos insalvables, como enfermedades, cortes de caminos y otros que se puedan producir, como *la comparecencia en la que el sujeto activo se niega a prestar la colaboración que debe llevar a cabo según el motivo por el que ha sido llamado a la causa, siendo indiferente que esta negativa sea directa, frontal y expresa o una conducta reticente en el mismo sentido*”.

Finalmente, habida cuenta de que el testigo ha de actuar dolosamente, es decir, sabiendo que su no comparecencia o su negativa a declarar traerán consigo responsabilidad criminal, resulta necesario que sea informado de ello y sea requerido para comparecer y declarar por segunda vez.

190

APERSONAMIENTO ANTICIPADO

Cuando exista temor fundado de que un testigo se oculte o ausente, se ordenará su apersonamiento anticipado por medio de la seguridad pública para que quede a disposición del juez o tribunal. Esta medida sólo durará el tiempo indispensable para recibir la declaración y no excederá de veinticuatro horas.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 9 y 10 (derecho de defensa), 14 (igualdad procesal), 185 (obligación de comparecencia), 270 y 271 (prueba anticipada); 237, inciso 1º., 266.4, 267, 318, 320.10 y 13 (prueba anticipada de oficio); 238, inciso 2º., y 252 (solicitud por el fiscal); 191 y 347 a 349 (forma de efectuar la declaración)
- CP, 22-A (crimen organizado)

686

II. COMENTARIO

Cualquier declaración testifical sobre la que recaiga sospecha fundada en la instrucción de que no va a poder efectuarse en el plenario debe dar lugar a la práctica de una prueba anticipada, porque, de no llevarse a cabo, habría que prescindir del testimonio, en el supuesto de que el testigo no pudiese o se negase a comparecer al juicio oral.

En efecto, el art. 350, inciso 2º., CPP establece que si de acuerdo con informes fidedignos de las autoridades competentes, resulta imposible localizar al testigo o al perito, el juez, mediante resolución fundada, prescindirá de dicha prueba y continuará con la audiencia.

Por ello, para evitar dicha consecuencia, que podría ser muy perjudicial para el bien de la justicia, el precepto que comentamos prevé que cuando exista temor fundado de que un testigo se oculte o ausente, se ordenará su apersonamiento anticipado por medio de la seguridad pública para que quede a disposición del juez o tribunal.

Tras la reforma del art. 270 CPP, efectuada por DL 487/2001, de 18 de julio, hay que aplicar la norma del apersonamiento anticipado en los casos de delitos relacionados con el crimen organizado (inciso 5º. del art. 270 CPP), cuyo concepto legal, excesivamente amplio, se establece en el art.22-A del Código Penal.

La orden judicial de apersonamiento anticipado establecida en el art. 190 que comentamos solo *durará el tiempo indispensable* para recibir la declaración y *no excederá de veinticuatro horas*., La anterior prescripción legal tiene su fundamento en la efectividad de la obligación legal de concurrir al llamamiento judicial para testificar (art. 185). Ahora bien, dado que el testigo no es un imputado, se impone un límite temporal preciso a la restricción de su libertad, que será la *indispensable* para recibir la declaración, sin que pueda exceder de veinticuatro horas, supuesto en el que estaríamos en presencia de una detención ilegal. Durante el referido período, el testigo ha de permanecer en la sede del tribunal, ha de ser tratado con la debida consideración y bajo ningún concepto puede ser introducido en una bartolina.

La probable irreproducibilidad del testimonio en el plenario es por otra parte el presupuesto legal del apersonamiento anticipado del testigo, que procederá cuanto se presume -enfermedad, amenaza, riesgo de fallecimiento, ausencia en el extranjero, etc.- que el testigo no acudirá al llamamiento judicial. Dicha presunción debe actuar de forma muy amplia, porque la evaluación de la causa justificativa de la prueba anticipada tiene que hacerse de manera definitiva en el juicio oral, donde deberá acordarse la repetición de la prueba testifical, en el caso de que en ese momento sea reproducible.

687

La expresión irreproducible evoca supuestos de muerte o incapacidad física o intelectual de un testigo, así como de imposibilidad legal de obligarlo a comparecer cuando viva en el extranjero, aludiendo también, con acierto, ASENSIO MELLADO a la denominada "irreproducibilidad veraz", por el efecto en la memoria por el paso del tiempo y otros factores, que tendría su aplicación más típica en materia de reconocimientos de personas y objetos (art. 211 y ss. CPP).

Por otra parte, la búsqueda de la espontaneidad y veracidad del testigo justifica la aplicación del procedimiento de la prueba anticipada a los *testigos* presumiblemente *sometidos a violencia, amenazas, oferta o promesa de dinero u otra utilidad* a fin de que depongan en falso o no lo hagan. El peligro, comenta ASENSIO MELLADO, ha de ser real y perceptible de alguna manera, no imaginable o intuible, sin más, y debe tratarse de delitos graves o propios del crimen organizado (violaciones, asesinatos, tráfico de drogas, secuestros, etc.). En países como El Salvador donde por causas históricas no está aún asentado sobre bases firmes el sistema de justicia penal, sería muy conveniente que la legislación acogiese expresamente la validez del referido supuesto de prueba anticipada, aunque personalmente no veo motivo para excluirlo, aún sin expresa regulación, en la práctica judicial salvadoreña.

Conforme a lo establecido en el art. 270 CPP, la solicitud de la prueba anticipada puede ser efectuada por cualquiera de las partes o acordarla de oficio el propio juez de paz o de instrucción (arts. 237, inciso 1º., 266 y 267; 318 y 320.10 y 13 CPP).

El fiscal, establece la segunda parte del inciso 2º. del art. 238 CPP, si estima necesaria la práctica de un acto conforme a lo previsto para los definitivos e irreproducibles o necesita una autorización judicial, la requerirá enseguida al juez de paz competente; en caso de urgencia, al más próximo. También realizará las investigaciones que soliciten el imputado o su defensor para aclarar el hecho y su situación”. Por tanto, el imputado, su defensor y el querellante también puede solicitar un testimonio anticipado, conforme al principio de igualdad procesal (art. 14 CPP) y al deber de la Fiscalía de extender la investigación no solo a las circunstancias de cargo, sino, también, a las que sirven para descargo del imputado...” (art. 238, inciso 2º., CPP).

Es importante tener presente, que según lo dispuesto en el art. 252 CPP, la suspensión condicional del procedimiento y la aplicación de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción pública, no eximirán a la Fiscalía General de la República de la obligación de realizar las diligencias que permitan asegurar los elementos de prueba imprescindibles.

688

Solicitada la prueba testifical anticipada, el juez, si considera que la misma es ejecutable, la realizará citando a todas las partes, sus defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho de asistir, con todas las facultades previstas respecto de su intervención en las audiencias. El art. 271 reitera el derecho de las partes a asistir a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no puedan presumiblemente declarar durante el juicio. El imputado detenido será representado, a todos los efectos, por su defensor, salvo que pida intervenir personalmente (art. 9 CPP), expresión que justifica la afirmación de que el imputado, en el ejercicio de su derecho a la autodefensa, podrá interrogar personalmente al testigo. La declaración anticipada puede, no obstante, practicarse sin la presencia de las partes, cuando habiendo sido citadas por el juez no asisten, pero siempre será necesaria al menos la presencia de un defensor público.

Cuando por la naturaleza o urgencia de la declaración, la citación anticipada haga temer la pérdida de elementos de prueba, excepcionalmente, el juez la practicará únicamente con la citación del fiscal y de un defensor público. El carácter excepcional de esta posibilidad obliga a una interpretación restrictiva del inciso 4º. del art. 270 CPP, pero la previsión es de una enorme utilidad en delitos muy graves y en los protagonizados por el crimen organizado. El DL 487/2001, de 18 de julio, ha añadido al inciso 4º. del art. 270 CPP la prescripción, también excepcional, de que, en el caso referido, la prueba se practique únicamente con la asistencia del fiscal o de un defensor público, cuando, habiendo transcurrido tres horas desde el señalamiento, solo se persona uno de los

dos. Por señalamiento ha de entenderse la hora fijada para proceder a la realización del acto de prueba anticipada, que debe demorarse a partir de ese momento durante tres horas, si fuera necesario, para dar opción a que se personen en el lugar el fiscal y un defensor público. Durante ese período de tiempo, deberá hacerse todo lo posible, si lo solicita el imputado, para comunicarse con su abogado defensor, pero la intervención de éste estará condicionada a que se persone en el referido plazo, en cuyo caso sustituirá al defensor público, que en todo caso ha de ser convocado de urgencia.

La incomparecencia sin justa causa de las partes debidamente citadas para la práctica de la prueba anticipada se tipifica como delito de desobediencia a mandato judicial, sancionándose con prisión de dos a cuatro años. Si fueren funcionarios o empleados públicos los que debieron haber comparecido, se les sancionará además con la inhabilitación del cargo durante el mismo tiempo (art. 313, inciso 2º. CP, reforma DL 486/2001, de 18 de julio).

Si el juez rechaza la solicitud de declaración anticipada, el peticionante podrá recurrir la decisión ante la Cámara de Segunda Instancia, solicitando que ordene la realización de aquella. La Cámara resolverá dentro de las veinticuatro horas según su urgencia, sin que quepa ulterior recurso.

La forma de recepción del testimonio anticipado es la misma, con la salvedad expresada (art. 270, inciso 4º.), que la utilizada en el juicio oral, por lo que nos remitimos al comentario a los arts. 348, pudiendo verse una visión de conjunto de la materia en el comentario al art. 191 CPP.

689

Cuando el testimonio recibido como prueba anticipada puede reproducirse en el juicio oral, tendrá que recibirse de nuevo la declaración, como hemos dicho. Si no fuese posible, por confirmarse los supuestos del “apersonamiento anticipado”, bastará con la *lectura del acta expresiva de la prueba testifical anticipada*. Dicha lectura es el presupuesto para su validez probatoria, al permitir una cierta inmediación y contradicción en el plenario. La lectura, por tanto, no es una mera formalidad, sino el único medio idóneo de carácter extraordinario para introducir la prueba anticipada en la vista pública y conferirle un valor probatorio determinado. En tal sentido, el art. 330 CPP dispone que solo pueden ser incorporados al juicio por su lectura, entre otras diligencias: 1) Los *testimonios o pericias* que se hayan recibido conforme a las reglas de los *actos definitivos e irreproducibles*, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia personal del testigo o perito, cuando sea posible; 2) Las *declaraciones o dictámenes producidos por comisión o informe*, cuando el acto se haya producido por escrito, conforme a lo previsto por este Código; 3) Las *declaraciones de coimputados rebeldes* o ya sentenciados, si aparecen como partícipes del delito que se investiga u otro conexo, que como sabemos tendrían el carácter de testimonios impropios.

191

FORMA DE LA DECLARACIÓN

Antes de comenzar la declaración, los testigos serán instruidos acerca de las penas de falso testimonio, para cuyo efecto les leerán los artículos pertinentes del Código Penal y prestarán juramento o promesa, bajo pena de nulidad, excepto los menores de doce años de edad y de los que en el primer momento de la investigación aparezcan como sospechosos o partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.

Enseguida, se procederá a interrogar separadamente a cada testigo conforme lo establecido en este Código, requiriendo su nombre, apellido, edad, estado familiar, documento de identidad que indique la ley, nombre del cónyuge, compañero de vida o conviviente, profesión, domicilio, vínculos de parentesco o de interés con las partes y cualquier circunstancia que sirva para apreciar su veracidad.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 121, 172 y 191 (juramento o promesa); 186, último inciso (instrucción a los testigos parientes); 270, 271, 190 y 330 (apersonamiento anticipado); 347 a 349 (recepción de la prueba testifical en el plenario); 188 (no residentes); 192 (testigos con privilegios) y 193 (testigos físicamente impedidos)
- CP, 305 (falso testimonio)
- CADH, 8.2.1)
- PIDCP, 14.2.e)

II. COMENTARIO

El presente artículo es indisoluble de lo establecido en los arts. 270 y 271, que regulan la recepción de la prueba testifical como prueba anticipada, y de los arts. 347 a 349 CPP, referidos a la recepción de las declaraciones testificales durante el juicio oral.

Existe, por otra parte, la posibilidad de que el juez tome una declaración testifical durante la instrucción sin citar a las partes, ya que el art. 271 solo considera preceptiva la asistencia de las partes “a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no puedan presumiblemente declarar durante el juicio”. El interrogatorio en tales circunstancias no tendrá valor para probar los hechos, pero servirá para hacer una criba de los testimonios susceptibles de llegar a ser auténticos medios de prueba, a la vez que permitirá una mayor espontaneidad del testigo, siempre útil para la investigación del hecho delictivo.

Con dichas aclaraciones, expondremos a continuación, en sendos apartados, el procedimiento de recepción de la prueba testifical y haremos una breve referencia a la valoración y fundamentación de la misma.

a) *Procedimiento de las declaraciones testificales*

El procedimiento probatorio se articula en las tres fases fundamentales de ofrecimiento de prueba (arts. 314, 316 CPP), de admisión o rechazo (art. 320.10 CPP) y de práctica o recepción de la misma.

Limitando nuestra consideración a esta última fase, y con referencia tanto a la prueba testifical anticipada como a la practicada en el plenario, los trámites procedimentales que la caracterizan son los siguientes:

- 1) *Al testigo se le citará* mediante carta certificada, telegrama con aviso de entrega o por *cualquier otro medio de comunicación que garantice la recepción y autenticidad* del mensaje en el que se indique el objeto de la citación y el procedimiento en que se acordó, con la advertencia de que, si el llamado a comparecer no obedece la orden, será conducido por la policía y pagará los costos que cause, salvo que exista justa causa, debidamente acreditada, para lo no comparecencia (art. 152). Puede reiterarse la citación con la advertencia de que incurrirá en delito de desobediencia a mandato judicial si no comparece (art. 313 CP).

Existen particularidades sobre los testigos residentes fuera de la ciudad o en el extranjero, los testigos que gozan de algún tipo de privilegio procesal y sobre el interrogatorio de personas físicamente impedidas para concurrir al tribunal. De todas esas cuestiones, hemos tratado, respectivamente, en los comentarios a los arts. 188, 192 y 193 CPP.

Si estamos en presencia de una *prueba testifical anticipada*, todas las partes tendrán derecho a asistir (art. 271 CPP) y a ejercitar las facultades previstas respecto de su intervención en las audiencias (art. 270, inciso 2º., CPP), por lo que, previamente a la práctica de la misma, se citará a las partes, sus defensores y mandatarios.

No obstante, si por la naturaleza o urgencia del acto, la citación anticipada hace temer la pérdida de elementos de prueba, excepcionalmente, el juez lo practicará únicamente con la citación del fiscal y de un defensor público. La excepcionalidad implica una interpretación restrictiva de los motivos justificadores de la reducción de garantías en la práctica de la prueba (art. 17 CPP). En el caso referido, la declaración se recibirá únicamente con la asistencia del fiscal o de un defensor público, cuando, habiendo transcurrido

tres horas desde el señalamiento, solo se persona uno de los dos (art. 270, inciso 4º.).

Con el fin de evitar el grave perjuicio que para el interés de la justicia podría acarrear la pérdida de la prueba, se ha tipificado como delito de desobediencia o mandato judicial (art. 313, inciso 2º.) la incomparecencia sin justa causa de las partes debidamente citadas al acto de recepción de las pruebas anticipadas regulado en el art. 270 CPP.

- 2) Las declaraciones se prestarán *separadamente*, comenzando por los testigos que hubiese ofrecido la Fiscalía General de la República, continuando por los propuestos por el querellante y concluyendo con los de la defensa. El presidente del tribunal o el juez que reciba la declaración podrán alterar dicho orden cuando lo consideren convenientes para el mejor esclarecimiento de los hechos.

Se trata de que los testigos no se comuniquen entre sí e ignoren el contenido de las demás declaraciones testificales, si las hubiera, por lo que la medida de la separación de las declaraciones debe ir acompañada de la no presencia en la sala de audiencias de los testigos que aún no han declarado mientras otros lo hacen y de la permanencia en la sala de quienes hayan declarado para evitar que al abandonar la misma se pongan en contacto con quienes están pendientes de ser llamados a declarar. El logro de este objetivo no siempre será posible, sobretodo en juicios largos y complejos, con abundancia de prueba testifical, pero se deberá procurar la máxima incomunicación posible entre testigos, concentrando, para ello, en lo posible, la recepción de las declaraciones en una sola audiencia celebrada sin interrupción.

- 3) El *testigo* entregará al secretario el escrito de citación, y *será instruido por el juez* o presidente del tribunal acerca de las *penas de falso testimonio*, procediéndose a la lectura del artículo 305, inciso 1º. y 3º., del Código Penal, a cuyo tenor la persona que en su declaración “como testigo ante autoridad competente , afirmare una falsedad, negare o callare, en todo o en parte, lo que supiere acerca de los hechos y circunstancias sobre los cuales fuere interrogado, será sancionado con prisión de dos a cinco años. No habrá lugar a sanción penal cuando el hecho descrito en los artículos anteriores fuere ejecutado en proceso penal a favor de un procesado por ascendiente, descendiente, adoptante, adoptado, hermano, cónyuge o conviviente o persona en análoga relación de afectividad con aquél”.

Al *testigo sordomudo* se le harán las preguntas por escrito, si sabe leer, y sus respuestas también serán por escrito, si sabe escribir. Si no sabe ni lo

uno ni lo otro, se le nombrará un interprete que conozca el lenguaje de los sordomudos, quien deberá prestar el correspondiente juramento o promesa.

Al testigo que no comprenda correctamente el idioma español, se le facilitará un intérprete de su confianza para que lo asista durante su declaración.

Los intérpretes y traductores tendrán la condición de peritos, por lo que deberán prestar juramento o promesa de cumplir fielmente las obligaciones de su cargo y ser advertidos de las consecuencias penales del incumplimiento de su deber.

- 4) El testigo prestará *juramento o promesa* de decir verdad, que recibirá el juez, de acuerdo a lo establecido en el art. 121 CPP, que textualmente expresa lo siguiente: “Cuando se requiera la prestación de juramento, el juez, o el presidente del tribunal o el funcionario a cargo del acto, lo recibirán, bajo pena de nulidad, después de instruir a quien ha de prestarlo, de las penas que la ley impone a la falsedad. Si el declarante se niega a prestar juramento en virtud de sus creencias religiosas o de conciencia, se le exigirá promesa de decir la verdad, advirtiéndole que si falta a ella podrá ser sancionado de acuerdo a las disposiciones del Código Penal. Tomando el juramento o la promesa de decir verdad, el declarante contestará “lo juro” ó “lo prometo”, según sea el caso”.

693

No se tomará juramento o promesa a los *menores de doce años* de edad ni a quienes, aunque no estén imputados formalmente, sean *sospechosos de tener algún grado de participación* en el delito investigado o en otro conexo (art. 191), debiéndoseles advertir de esta circunstancia, ya que en caso contrario la declaración adolecería de vicio de nulidad absoluta, por vulneración del derecho de defensa (art. 224.6). Dicha advertencia, que será propia de la fase de instrucción, debe ir acompañada del ofrecimiento de que el testigo sospechoso sea asistido por un defensor público o privado, siendo constitucionalmente legítimo retrasar la imputación hasta contrastar la seriedad o vacuidad de las sospechas que existan contra el testigo.

- 5) Realizado el juramento o promesa, el juez o presidente del tribunal realizará al testigo *las preguntas generales o comunes de la ley*: nombre, apellido, edad, estado familiar, documento de identidad, nombre del cónyuge, compañero de vida o conviviente, profesión, domicilio y vinculo de parentesco o de interés con las partes.

El art. 191 finaliza la anterior relación añadiendo que, entre las generales de la ley, se preguntará al testigo sobre “cualquier circunstancia que sirva

para apreciar su veracidad”. Sin embargo, la formulación de preguntas con la indicada finalidad debe corresponder a las partes, no al juez o tribunal. Al respecto, el inciso 2º. del art. 191 remite, para hacer el interrogatorio, a lo establecido en el Código, pero no hace referencia alguna al sujeto procesal que realiza tanto el *interrogatorio de identificación* como el *de averiguación de las circunstancias que sirvan para apreciar la veracidad del testigo*. Por el contrario, el inciso 1º. del art. 348, tras su reforma por DL 418/1998, de 24 de septiembre, establece que al presidente del tribunal le corresponde preguntar al testigo “cuales son sus generales” (interrogatorio de identificación), debiendo acto seguido conceder la palabra a las partes para que procedan al interrogatorio y contrainterrogatorio del mismo. Esto es, *se ha eliminado* del art. 348, por razones que tienen que ver con la imparcialidad judicial y el principio acusatorio, *la posibilidad de que el juez o tribunal indaguen directamente del testigo las circunstancias necesarias para mejor valorar la veracidad de su declaración*.

Asimismo, se ha suprimido (reforma al art. 348) la posibilidad de que el testigo haga sin interrupción, antes del interrogatorio por las partes, el relato del hecho propuesto como objeto de la prueba.

694

Como señala J. A. DURÁN RAMÍREZ (Revista Justicia de Paz Núm. 9), la redacción primitiva del art. 348 presentaba el inconveniente de que fuese el juez quien interrogase al testigo sobre las circunstancias para acreditar o no la veracidad o mendacidad de su declaración, con lo que se despojaba, parcialmente, a las partes de dicha función, quedando afectada de alguna manera la imparcialidad del juzgador. Sobre el uso del relato espontáneo por el propio testigo, DURÁN califica dicha práctica de incompleta, irregular y susceptible de “ofrecer demasiado material impertinente”.

Si del interrogatorio de identificación se infiere que el testigo tiene algún lazo de *parentesco* (art. 186) con el imputado, el juez le advertirá de su facultad de abstenerse de declarar, bajo pena de nulidad.

Asimismo, en los términos que establece el art. 187 CPP, se exigirá por el juez el cumplimiento de la obligación de abstenerse de declarar a quienes tengan el deber del *secreto profesional* y a los funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

- 6) Finalizado el interrogatorio de identificación del testigo y hechas las advertencias legales pertinentes (arts. 186 y 187), se iniciará el *interrogatorio propiamente dicho*, comenzando por la parte que propuso al testigo. Si lo propusieron todas, interrogarán, por este orden, el fiscal, el querellante y el abogado defensor, aunque el tribunal, como hemos dicho, podrá alterar dicho

orden cuando lo considere conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos (art. 347).

El presidente y los miembros del tribunal, así como el juez unipersonal que recibe una declaración anticipada, podrán interrogar al testigo, pidiéndole las aclaraciones que consideren necesarias, pero “con las limitaciones que el deber de imparcialidad les impone”, según establece textualmente el último inciso del art. 348. La exigencia de imparcialidad judicial (art. 3 CPP) es consecuencia del principio acusatorio, y debe condicionar la facultad que otorga al tribunal el art. 352 CPP de ordenar de oficio nuevas pruebas para mejor proveer.

Efectuado el *primer interrogatorio*, la parte contraria puede llevar a cabo un *contrainterrogatorio* del testigo, concediéndosele la palabra al efecto. La parte que hizo el primer interrogatorio, puede realizar un *segundo interrogatorio*, a continuación del primer contrainterrogatorio. Por último, cabe un segundo *contrainterrogatorio*. Las dos últimas intervenciones deberán limitarse a preguntar sobre materias nuevas procedentes del interrogatorio inmediatamente anterior.

Si el *testigo es menor*, su interrogatorio será conducido por el juez o presidente del tribunal, cuando lo estime necesario, con base en las preguntas presentadas por las partes. Podrá solicitarse al efecto el auxilio de los padres y en su defecto del representante legal del menor o de un experto en psicología u otra ciencia de la conducta (art. 349 CPP).

695

Sobre la *facultad del imputado de interrogar personalmente al testigo*, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) no hace inequívoca mención a la misma, limitándose a establecer en su art. 8.2.f), entre las garantías judiciales mínimas, “el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. El precepto, como se ve, es ambiguo respecto al derecho del imputado a interrogar personalmente al testigo. Dicha ambigüedad no existe, sin embargo, en el art. 14.2.e) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que dispone que “durante el proceso penal, *toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad,...* a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”. La redacción del precepto tiene su correspondencia, por lo que aquí interesa, con el art. 9 CPP, sobre la inviolabilidad de la defensa material por el imputado.

Las preguntas que se dirijan al testigo han de ser *pertinentes* (art. 348, inciso 2º), es decir, estar referidas directa o indirectamente al objeto de la averiguación; *útiles* para el descubrimiento de la verdad; *no perentorias* en su formulación, y han de estar formuladas de *manera clara, precisa y directa*. Se prohíben, por tanto, las *preguntas capciosas o sugestivas*, tanto en el interrogatorio del imputado como en el de los testigos y peritos, aunque respecto a los testigos, tras la reforma del art. 348 (Decreto No. 418, de 24/09/ 1998), se permiten excepcionalmente las *preguntas sugestivas* en el interrogatorio directo, cuando se trate de un testigo hostil, “esté identificado” con la parte contraria, tenga dificultad de expresión en razón de su mayor edad, limitada educación o causa semejante, o cuando por razones de pudor esté renuente a deponer libremente.

696

Por pregunta capciosa, se entiende la que expresa engaño, fraude, trampa, falacia, sofisma. Por pregunta sugestiva, la que sugiere o hace entrar en el ánimo del imputado una idea, insinuándosela, inspirándosela o haciéndole al interrogado caer en ella. Una forma de presentación de las preguntas capciosas es la formulación de preguntas complejas, en las que se exige una única respuesta: es el caso del abogado que en un interrogatorio pregunta al acusado ¿Dónde ocultó las pruebas?, ¿Qué hizo con el dinero que robó? Las preguntas de esa naturaleza requieren una respuesta compleja; sin embargo, el interrogador busca una respuesta simple, de ahí que deban calificarse de capciosas y que deben rechazarse por el juez moderador del debate, obligándose a la parte que la formuló a convertir la misma en dos o más preguntas simples.

Las respuestas a las preguntas por el testigo han de ser directas y concretas, y se harán de viva voz, salvo en el caso, como hemos dicho, de los sordomudos.

Si el testigo no puede o tiene dificultades para responder de forma coherente, el juez o tribunal le interrogará sobre lo que considere oportuno para aclarar los hechos, procurando siempre mostrar su imparcialidad.

Se permitirá al testigo consultar documentos, notas escritas y publicaciones cuando sea necesario por la naturaleza de las preguntas, sin que tales documentos deban incorporarse a la causa como prueba, por el solo hecho de su consulta por el testigo (art. 348, reforma 1998).

Por último, el testigo podrá reconocer personas u objetos durante el interrogatorio y ser conducido al lugar del hecho para examinarlo allí. El juez, al darle a reconocer objetos, podrá mezclarlos con otros semejantes que su prudencia le sugiera para la mayor exactitud de las declaraciones.

Ambas diligencias de reconocimiento se regulan en los arts. 211 a 217 CPP, a cuyos comentarios nos remitimos.

- 7) El secretario judicial expresará en el *acta del juicio* el contenido de la declaración, con la expresión sucinta de preguntas y respuestas, pudiendo las partes pedir al instante que conste en acta, de forma particularmente precisa, determinadas preguntas y respuestas, así como formular revocatorias (art. 415, inciso 2º.), reclamar subsanaciones y hacer protesta, en su caso, de recurrir en casación (art. 421, inciso 2º.).

También podrá el testigo dictar la declaración por sí mismo, previsión tendente a asegurar el fiel reflejo de la misma en el acta de la declaración.

Cuando la declaración testifical se haya realizado como *prueba anticipada*, se leerá aquella al testigo, advirtiéndole que puede leerla por sí mismo. Si hay intérprete, se la traducirá al testigo. La declaración, finalmente, será firmada por el juez, el secretario, el propio testigo y los demás intervinientes. Cuando alguno de los intervinientes no pueda o no quiera firmar, se hará mención a ello. Si alguna de las personas es ciega o analfabeta, el acta será leída y suscrita por una persona de su confianza, dejando aquella en todo caso, la impresión digital del pulgar de la mano derecha, o, en su defecto, de cualquier otro dedo que especificará el funcionario y si esto no fuere posible, se hará constar así, todo bajo pena de nulidad. Terminada la declaración, se informará al testigo de su obligación de comparecer ante el tribunal sentenciador cuando sea citado para ello.

697

Sin embargo, las anteriores reglas (art. 124 CPP) no rigen para el juicio plenario, por razones funcionales, ya que en la práctica el acta del juicio es firmada por los jueces del tribunal, las partes intervinientes, incluyendo al propio imputado, y por el secretario judicial, que da fe del contenido de aquella. No obstante, cualquier testigo estaría en su derecho, al finalizar el juicio, de leer por sí mismo el acta y firmarla, tal como establece el art. 124 CPP.

b) *Valoración y fundamentación de la prueba testifical*

En el comentario al art. 356, se analiza la cuestión de la *valoración* de los testimonios conforme a las reglas de la sana crítica (ver también art. 162), que impone la precaución de valorar con especial cuidado aquellas declaraciones que, por alguna razón, pudiesen levantar sospechas de imparcialidad o de falta de veracidad en el testigo. Entre otras circunstancias, conviene tener en cuenta el posible interés del testigo en el desenlace del proceso (denunciante, querellante, perjudicado civil); el parentesco, la convivencia marital y la amistad o enemistad con el imputado; la dependencia doméstica o laboral de ambos; la propia naturaleza de la declaración (prueba de cargo

o de descargo); las características físicas, psicológicas, educativas, culturales... del testigo; su estado anímico en el momento de percibir el hecho; la forma de realizar la declaración (precisión o minuciosidad, tranquilidad o nerviosismo, ecuanimidad o pasión, espontaneidad o recitación de una declaración aprendida) y el contenido de la misma (relato verosímil, espontáneo, persistente y sin contradicciones, sobre hechos que no requieran conocimientos especializados de los que carezca el testigo,...).

Finalmente, la valoración judicial de la prueba tiene que explicitarse en la *fundamentación escrita de la sentencia* (art. 130 y 362.4 CPP), cuestión que, además de en dichos artículos, se desarrolla ampliamente en los arts. 15 y 162 CPP. La fundamentación de la prueba en la sentencia permitirá, entre otros objetivos, la comprobación, en caso de recurso, de sí el fallo de la sentencia se ha dictado conforme al principio de la presunción de inocencia, que obliga a la absolución en caso de duda (*in dubio pro reo*) o si, por el contrario, hay razones de peso para considerar enervada la citada presunción legal. El art. 362.4 CPP, al relacionar los vicios de la sentencia, menciona entre los mismos que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal; “se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando solamente se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice, como fundamentación, el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales; asimismo; se entenderá que es insuficiente la fundamentación cuando no se han observado en el fallo de las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo”.

698

192

TRATAMIENTO ESPECIAL

Los Presidentes de los Órganos del Estado serán interrogados en sus oficinas, si por razones urgentes de su función no pueden concurrir a prestar declaración.

No estarán obligados a comparecer y podrán declarar por medio de informe escrito, bajo juramento, los representantes diplomáticos o consulares acreditados en el país.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 86 (órganos fundamentales), 144 (tratados internacionales)
- CPP, 185 (deber de declarar), 189 y 194 (negativa a declarar y falso testimonio)
- CP, 305 (falso testimonio) y 313 (desobediencia a mandato judicial)

- CVRD, 31 y 37
- CVRC, 43
- LCD (capítulo XX)

II. COMENTARIOS

El precepto establece, en el inciso 1º., respecto de los Presidentes de los Órganos del Estado, la exención de concurrir al llamamiento judicial, pero no de prestar declaración, que se llevará a cabo en sus respectivas oficinas, si por razones urgentes de su función no pueden concurrir a la sede del juzgado o tribunal.

La expresión Órgano del Estado ha de considerarse equivalente a la expresión “Órganos fundamentales del Gobierno” (art. 86 Cn), con referencia exclusiva al Presidente de la República, al Presidente de la Asamblea Legislativa y al Presidente del Órgano Judicial.

En el caso de los representantes diplomáticos y consulares acreditados en El Salvador, el inciso 2º. del precepto recoge los tradicionales privilegios de que gozan aquellos -por razones funcionales y de reciprocidad- de no comparecer y de no declarar en el proceso penal, debiendo entenderse que ambos derechos son renunciables. De aquí que, respecto al deber de declarar, establezca el precepto la posibilidad de hacerlo por medio de informe escrito. Si así fuera, no estaríamos propiamente ante una prueba testifical sino ante una prueba documental *sui generis*, que accedería al proceso, en el momento de la vista pública, por el cauce establecido en el art. 330 CPP.

699

Además de los representantes diplomáticos y consulares o de quienes están de alguna forma asimilados a ellos en virtud de convenios internacionales (BID, PNUD...), se ha de tener en cuenta las particularidades que en la materia se establecen en relación al personal administrativo, técnico o de servicio de las misiones diplomáticas, así como sus familiares.

Entre otros, los tratados más importantes de nuestro interés son los Convenios de Viena sobre Relaciones, Privilegios e Inmunidades Diplomáticas y Consulares de 18 de abril de 1961 y de 24 de abril de 1963, respectivamente, que han sido ratificados por El Salvador, razón por la cual forman parte de su ordenamiento interno, conforme a lo establecido en el art. 144 Cn. Una gran parte del contenido de dichos tratados se recoge en la *Ley del Ceremonial Diplomático de la República de El Salvador* de 1 de octubre de 1998, constituyendo todo ese conjunto normativo el fundamento de la excepción al deber de comparecer y declarar que establece para todos los ciudadanos el inciso 2º. del art. 192 CPP.

En virtud de las mismas, los agentes diplomáticos gozan de inviolabilidad personal e inviolabilidad de jurisdicción. En razón de la *inviolabilidad personal*, la persona beneficiada por ella no puede ser objeto de ninguna forma de coacción, detención o arresto, por lo que, en el supuesto de que los representantes diplomáticos y consulares no quieran testificar por escrito, no se les puede obligar a ello, porque su participación procesal como testigos es absolutamente voluntaria, según se infiere del término “podrán” que utiliza el art. 192 del Código. Si decidiesen declarar por medio de informe escrito, su aportación al proceso, en su caso, se efectuaría por el trámite del art. 330.2 CPP, que dispone la lectura del informe en el juicio plenario.

Por último, existe la posibilidad de que en otros convenios o tratados internacionales se establezca algún tipo de privilegio para testigos que tengan la condición de funcionarios internacionales o asimilados, por lo que, en su caso, habría que examinar el contenido, entre otros, del Acuerdo Sede del SICA (Secretaría de Integración Centro Americana) publicado en el D.O. No. 154, de fecha 23 de agosto de 1994, y la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas de 13 de febrero de 1946, en cuyo art. V, secciones 17, 18 y 19, y art. VI, secciones 22 y 23, se regulan las inmunidades y privilegios de los funcionarios internacionales (D.O. 100/1947, de 12 de mayo).

700

192-A

DECLARACIÓN DE AGENTES, FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS ENCUBIERTOS

La declaración de los agentes, funcionarios y empleados que hayan participado en operaciones encubiertas de la Policía Nacional Civil, con autorización por escrito del Fiscal General de la República tendrá la validez de prueba testimonial.(6)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 15, inciso 4º. (legalidad de la prueba); 210-A a 210-G (protección de testigos); 241, incisos 2º. y 3º. (presunción de inocencia)
- CP, 25 (delito imposible), 27 y 28 (causas excluyentes de responsabilidad)
- LRARD, 63

II. COMENTARIO

Por Decreto Legislativo 704/1999, de 9 de septiembre, se adicionó un nuevo inciso al art. 15 CPP, en el que se establece que “tratándose de operaciones encubiertas

practicadas por la Policía Nacional Civil, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de detectar, investigar y probar conductas delincuenciales, previa autorización por escrito del Fiscal General de la República; esta autorización en ningún caso podrá permitir la incitación a realizar conductas delincuenciales”.

Como consecuencia de la anterior prescripción legal, se añadió al Código el art. 192-A, que, reiterando lo dispuesto en el art. 15 CPP, reconoce la validez de la prueba testifical emitida por los agentes, funcionarios y empleados que hayan participado en operaciones encubiertas de la PNC, y, por tanto, la posibilidad de su valoración o apreciación judicial conforme a las reglas de la sana crítica.

De la regulación legal y de los principios generales que rigen la investigación criminal y el procedimiento de obtención de la prueba legal, se infiere que la validez de la prueba testifical de un agente encubierto exige los siguientes requisitos de legalidad: a) El agente, funcionario o empleado actuante ha de actuar en el marco de una operación encubierta llevada a cabo por la Policía Nacional Civil, sin que, a mi criterio, sea necesario que aquel ostente la estricta condición de miembro de la PNC; b) Ha de existir autorización previa y por escrito del Fiscal General de la República, en la que deberán establecerse los límites (temporales, espaciales, etc.) de la operación y valorarse la proporcionabilidad, necesidad, utilidad e idoneidad de la misma, procediendo a autorizarla sólo en casos de delitos graves; c) La actuación del agente debe limitarse a “detectar, investigar y probar” hechos delictivos, sin que, en consecuencia, sea válida la incitación a realizar conductas delincuenciales (art. 35 CP) o, lo que es lo mismo, “influir psíquicamente en otro a fin de que resuelva y realice un acto típico delictivo, sin que con anterioridad aquel estuviera resuelto a ejecutarlo” (MORENO CARRASCO); y d) Será necesaria siempre, salvo en los casos legalmente exceptuados (flagrante delito, estado de necesidad, etc.), la autorización judicial para la adopción por el agente de medidas restrictivas de los derechos fundamentales de las personas sometidas a su actuación.

701

En la redacción dada a los arts. 15 (inciso quinto) y 192-A, se echa en falta una mayor matización de la figura que contenga expresamente los criterios de la autorización por el Fiscal General de la República, los delitos excluidos de la intervención de un agente encubierto, el concepto de necesidad de la actividad del agente exenta de responsabilidad criminal, los límites, en fin, de su actuación, con expresa referencia a la necesaria autorización judicial para la restricción de derechos fundamentales del sospechoso.

Por otra parte, el art. 63 de la “Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas” (Decreto 728/1991, de 5 de marzo) establece que “los miembros de la División Antinarcostráfico, cuando sus actos sean necesarios en las investigaciones que efectúen en relación a las conductas descritas en el Capítulo IV, tendrán la calidad de testigos y no de imputados, siempre que actúen dentro de las órdenes y autorizaciones que por

escrito les dé el Jefe de la División Antinarcostráfico o el que haga sus veces en ese momento. Cuando con ocasión de actos realizados en el ejercicio de sus funciones los miembros de la División Antinarcostráfico, lesionaren un bien jurídico, constituirá presunción legal de que obra a favor del agente causa de justificación o inculpabilidad, el informe remitido al juez respectivo debidamente ratificado por el jefe de dicha división, al que aquellos pertenecieren, sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos” (sic).

En realidad, las órdenes escritas e informes del Jefe de la División Antinarcostráfico de la PNC no pueden condicionar las decisiones del Órgano Judicial, a quien corresponde en exclusiva la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 172 Cn), y de evaluar, por tanto, si la actitud del agente tuvo o no carácter delictivo, a cuyo efecto podrá auxiliarse no solo de la información que le facilite la institución policial sino de cualquier otro medio de prueba, debiendo valorarse todo el material probatorio conforme a las reglas de la sana crítica. Por consiguiente, será, en su caso, el juez o tribunal competente quien determine si los miembros de la referida unidad policial deben ser testigos o imputados en el procedimiento a que den lugar los hechos y si existe o no una causa de exclusión de su responsabilidad penal por las acciones que realizaron.

702 El mismo comentario merecen los incisos 2º. y 3º. del art. 241, adicionados por el Decreto 281/2001, de 8 de febrero, de reforma al Código Procesal Penal, que establecen lo siguiente: “cuando con ocasión de actos realizados en el ejercicio de sus funciones, los oficiales y agentes de la policía, o de los elementos militares que colaboren en la ejecución de un procedimiento policial, debidamente autorizado, lesionaren un bien jurídico, se considerará como excluyente de responsabilidad penal a favor del imputado, el informe remitido a la Fiscalía General de la República o al Juez respectivo por la autoridad competente, sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos. El Director de la Policía Nacional Civil será responsable de la veracidad del informe que se señala en el inciso anterior, el cual será apreciado por el juez, junto con el resto de las evidencias que sobre las circunstancias en que sucedieron los hechos hubieren, a efecto de dictar la resolución que proceda”.

El parámetro legal para la respuesta a dichas cuestiones estará en lo que establece el art. 15 CPP, con carácter general, sobre el agente encubierto, y los arts. 27 y 28 del Código Penal, que, respectivamente, contienen la regulación de las causas excluyentes de la responsabilidad penal y de los llamados error de tipo y error de prohibición en la actuación del sujeto activo del delito.

Por último, en el momento del juicio oral, tanto el agente encubierto como el llamado *confidente* deben someterse a la acción de la contradicción que asiste a la defensa del imputado y al propio imputado, sin perjuicio de la aplicabilidad del régimen de protección para testigos establecido en los arts. 210-A a 210-G del CPP (D.L. 281/2001, de 8 de febrero).

193

INTERROGATORIO DE PERSONAS FÍSICAMENTE IMPEDIDAS

Las personas que no puedan concurrir al tribunal por estar físicamente impedidas, serán interrogadas en su residencia o lugar donde se encuentren.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12, inciso 1º. (garantías del debido proceso)
- CPP, 9 y 10 (inviolabilidad de la defensa), 137 y 138 (auxilio judicial), 191 (forma de la declaración), 330.2 (lectura del acta); 333.2 (suspensión de la audiencia), 335, inciso 1º. (imposibilidad de asistir a la audiencia)

II. COMENTARIO

El precepto se refiere a la existencia de un impedimento físico justificado, estando previsto que las personas a quienes afecte sean examinadas en el lugar en donde se hallen, por uno de los jueces del tribunal, en el caso que contempla el art. 193, o por medio de comisión a otro juez, que es el supuesto del art. 188 CPP, a cuyo comentario nos remitimos. Se deberá garantizar en ambos supuestos la participación de las partes, cuando así lo soliciten. De dicha declaración se levantará un acta para que sea leída en la audiencia (art. 335).

La imposibilidad física de comparecer ha de estar suficientemente acreditada mediante el correspondiente dictamen médico, a ser posible de un médico forense, y obedecer a razones de peso o a motivos serios. El art. 333, que regula los casos de suspensión del juicio plenario, no prevé específicamente este supuesto, pero, con carácter general, el núm. 2) establece la suspensión cuando sea necesario practicar algún acto fuera del lugar de la audiencia y no pueda cumplirse en el intervalo entre una y otra sesión.

Aunque el precepto no lo diga, no podrá tomarse declaración al testigo físicamente impedido cuando la misma ponga en peligro su vida, a juicio del médico forense, ya que ante el conflicto entre el derecho a la vida, por una parte, y el derecho a la tutela judicial efectiva y al bien de la justicia, debe imperar el primero.

De aceptarse el impedimento, el testigo será examinado en el lugar donde se halle por uno de los jueces del tribunal, pudiendo concluirse que si estamos ante el enjuiciamiento de un delito grave y se trata de un testimonio importante (ver art. 188) no cabría tomar la declaración a través de un juez comisionado (segunda posibilidad que

admite el precepto), ni tan siquiera de uno de los jueces del tribunal, sino que debería ser éste con las partes quienes procediesen a tomarla in situ, por exigencia de la inmediación y trascendencia de la sentencia.

194

FALSO TESTIMONIO

Si un testigo incurre en falso testimonio, se certificará lo pertinente y remitirá a la Fiscalía General de la República para que formule el respectivo requerimiento.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 185 (obligación de declarar verdad); 191, inciso 1º. (instrucción al testigo antes de la declaración), 336 (advertencias legales)
- CP, 305 (falso testimonio)
- CF, 11 y 12 (cónyuges), 118 (compañeros de vida), 127 a 132 (parentesco)

704

II. COMENTARIO

Si hay indicios racionales de falsedad, se remitirá testimonio a la FGR, aunque es prudente que esta actuación la realice, en su día, el tribunal sentenciador. En la práctica, es inusual la reacción judicial ante el testigo falso; sin embargo, para que el proceso cumpla con la función que tiene encomendada, sería esencial una mayor beligerancia de los jueces contra los testigos que cometan falsedad en sus declaraciones, como sucede en el mundo anglosajón.

El delito de falso testimonio se tipifica en el art. 305 del Código Penal en los siguientes términos: “El que en declaración como testigo ante autoridad competente, afirmare una falsedad, negare o callare, en todo o en parte, lo que supiere acerca de los hechos y circunstancias sobre los cuales fuere interrogado, será sancionado con prisión de dos a cinco años.

En la misma sanción incurrirán los peritos, intérpretes, traductores y asesores que actuando como tales ante autoridad, afirmaren una falsedad u omitieren la verdad en sus manifestaciones.

No habrá lugar a sanción penal cuando el hecho descrito en los artículos anteriores fuere ejecutado en proceso penal en favor de un procesado por ascendiente,

descendiente, adoptado, hermano, cónyuge o conviviente o persona en análoga relación de afectividad con aquel”.

Los caracteres más importantes del citado delito, conforme en parte al comentario del precepto realizado por LUIS RUEDA (Comentarios al Código Penal Salvadoreño, San Salvador, 1999, p.756, CSJ-AECI) son los siguientes: a) El *bien jurídico* protegido está constituido por el correcto funcionamiento de la administración de justicia; b) Pueden ser *sujeto activo*, además de los testigos, los peritos, intérpretes, traductores y asesores; el *sujeto pasivo* lo será el Estado y más en concreto el Órgano Judicial; c) La *conducta típica* exige como presupuesto la existencia de un proceso y que la falsedad, por acción u omisión, se realice ante el juez o tribunal competente, y afecte a algún elemento esencial de los hechos objeto de enjuiciamiento, en razón del principio de intervención mínima del derecho penal; d) El *tipo subjetivo*, al ser necesario afirmar una falsedad, negar una verdad o callar, en todo o en parte, lo que se supiere sobre los hechos, solamente admite la forma dolosa, es decir, la plena conciencia y voluntad del testigo; e) La *consumación* se produce en el momento en que se presta el falso testimonio, lo que hace imposible la tentativa; f) En cuanto al posible *concurso* con otros delitos, puede suceder que “una persona cometa el delito de acusación y denuncia calumniosa y, después, sirva como testigo en un proceso, supuesto este en el que debe entenderse que sólo se ha cometido el primero de los dos delitos, siendo el segundo un acto posterior no penado” (LUIS RUEDA).

705

Por último, en el tercer inciso del art. 305 CPP se establece una excusa absoluta para el testigo que al ser interrogado sobre los hechos en un proceso penal realizase la conducta descrita como falso testimonio a favor de un imputado que sea, en relación al testigo, ascendiente, descendiente, adoptado, hermano, cónyuge o conviviente o persona en análoga relación de afectividad con aquel. La exención de punibilidad obedece a criterios parecidos a los que explican el contenido del art. 186 CPP, a cuyo comentario nos remitimos.

CAPÍTULO VI

PERITOS

195

PROCEDENCIA Y AUTOPSIAS

El Juez o Tribunal ordenará peritajes, cuando, para descubrir o valorar un elemento de prueba, sea necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica.

En caso de muerte violenta, súbita o sospechosa de criminalidad, se practicará de inmediato la autopsia a través del Instituto de Medicina Legal.

I. CONCORDANCIAS

706

- CPP, 73 a 81 (impedimentos, excusa y recusación); 162, inciso 2º., y 171 (habilitación general); 168 y 169 (inspección del cadáver y autopsia); 195 a 210 (peritos); 238, 239, 241.3, 247, 270, 271 y 330 (prueba pericial anticipada); 314, 316 y 320.10 (ofrecimiento, admisión o inadmisión); 330, 345, 346 y 348 (la pericia en el plenario), 330.3 y 350 (incomparecencia del perito) y 352 (prueba para mejor proveer)

II. COMENTARIO

El primer inciso del artículo viene a reiterar lo establecido en el art. 162, inciso 2º., sobre la importancia y necesidad de la prueba científica en la investigación delictiva, y en el art. 171, que establece a título enunciativo las operaciones técnicas susceptibles de realización durante la instrucción para la mayor eficacia de las inspecciones y reconstrucciones. Al comentario de ambos preceptos nos remitimos con el fin de no ser reiterativos.

El segundo inciso es asimismo una repetición del contenido de los arts. 168 (identificación y traslado de cadáveres) y 169 (autopsia) CPP, por lo que también procede remitir al lector a sus respectivos comentarios.

El presente artículo abre la regulación que el Código dedica a la prueba pericial (arts. 195 a 210), aunque, como ocurre con la prueba testifical, existen dispersos en la ley procesal otros artículos de aplicación, entre los que destacan los referidos a

cuestiones tales como los motivos de impedimento, excusa y recusatoria de los peritos, que son los mismos establecidos para los jueces (arts. 73 a 81); la prueba pericial anticipada (arts. 270, 271 y 330), y el procedimiento probatorio, que abarca las fases de ofrecimiento, admisión o rechazo (arts. 314, 316 y 320.10 CPP) y de recepción o práctica de la pericia durante el plenario (333.3, 345 y 346, 348 y 350).

Todo ese conjunto normativo conforma básicamente el régimen jurídico de la prueba pericial en el proceso penal, siendo de interés, para lograr una visión de conjunto del referido medio de prueba, referirnos a una serie de cuestiones genéricas sobre el mismo.

A) Concepto y caracteres

La prueba de peritos es un medio de prueba de carácter personal que se utiliza cuando para apreciar los hechos y circunstancias relacionadas con el delito sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o técnicos.

Los conocimientos jurídicos del magistrado, como dice CARNELUTTI, y de los demás sujetos procesales, “deben ser integrados por la técnica del perito, ya que la técnica del derecho tiene, en comparación con las otras técnicas, un campo desmesurado: para construir una casa no hay necesidad de saber cómo se hace un proceso; pero para hacer un proceso puede haber necesidad de saber cómo se construye una casa”.

707

La práctica del peritaje se condiciona en el art. 195 a la necesidad o conveniencia de su práctica, es decir, a que sea necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica para descubrir o valorar la trascendencia de un elemento de prueba. Se entiende por ciencia el descubrimiento y sistematización de leyes; y por técnica la aplicación de dichas leyes (CARNELUTTI). El arte o la práctica, como la que posee un maestro albañil o un constructor no titulado, se sitúa en un nivel inferior en grado de conocimiento al de la técnica, aunque ambos conceptos están muy próximos. La palabra arte, por último, tiene, como segunda acepción, la referida a las habilidades artísticas de una persona.

La práctica de la pericia no puede ser sustituida por el saber privado del juez, salvo en asuntos de conocimiento corriente en una persona de cultura media (hechos notorios, hechos evidentes,...). De aquí que sea inadecuada la afirmación del inciso 2º del art. 162 CPP, adicionado en la reforma al Código de 8 de febrero de 2001 (DL No. 281), de que los jueces pueden asesorarse de especialistas, *si ellos no lo fueren* (sic). En realidad, cuando objetivamente la valoración de un elemento de prueba exija conocimientos especializados, el juez deberá acudir necesariamente a un experto en la materia, sin que sea posible el solapamiento de la función judicial con la función pericial.

Por último, no parece existir inconveniente alguno para que el peritaje sea efectuado por un solo testigo o por varios que integren un órgano colegiado, en cuyo caso el informe pericial deberá ir avalado por la firma y ratificación de todos sus componentes, quienes habrán de cumplir con la titulación o idoneidad (calidad habilitante) necesaria que exija la naturaleza del dictamen.

B) Naturaleza y función de la prueba pericial

La prueba pericial recae sobre datos procesales, diferenciándose en este extremo de la prueba testifical, que recae sobre datos extraprocesales. El testigo realiza una narración sobre hechos observados por él fuera del proceso, al contrario que el perito, cuya función se concreta a emitir “juicios formados en el proceso” (cuerpo del delito, examen del imputado o la víctima, análisis de piezas de convicción,...). Por lo demás, las declaraciones de los testigos, de los peritos y de los imputados conformen sendos medios de prueba de carácter personal, por ser la persona la fuente de prueba de que se sirve el juez para formar su convicción.

708 La pericia, por otra parte, no solamente es un instrumento auxiliar del juez, sino que también lo es de las partes, que al igual que el juez necesitan con frecuencia la ayuda de expertos para apreciar adecuadamente determinados elementos de prueba: la causa del envenenamiento, el grupo sanguíneo de una mancha de sangre, las características del arma de fuego que utilizó el autor del hecho, la naturaleza de determinada sustancia tóxica, la autenticidad o falsedad de un documento, la causa del derrumbamiento de un edificio en construcción.

Durante la instrucción, la pericia servirá esencialmente para que el fiscal decida sobre la acusación y el juez acerca de la continuación o sobreseimiento del procedimiento y, en último extremo, sobre la apertura del juicio oral (art. 322 CPP), teniendo pues el carácter de un típico acto de investigación, regido por el *principio de oficialidad*. No obstante, el imputado y su abogado y el querellante pueden solicitar la práctica de algún peritaje durante la fase inicial e intermedia del proceso, por imperativo del principio a la igualdad procesal (art. 14 CPP). En el plenario, por el contrario, salvo excepciones (prueba para mejor proveer), rige el *principio de aportación*, debiendo ser las partes las que en sus respectivos ofrecimientos de prueba (arts. 314 y 316 CPP) propongan dictamen de peritos. La prueba pericial puede tener también el carácter de anticipada, cuando sea irreproducible en el juicio oral, en cuyo caso, siempre que sea posible, habrá que seguir el procedimiento de los arts. 270 y 330 CPP.

Por último, no cabe confundir la pericia como prueba procesal, por realizarse dentro del proceso, con las pericias extrajudiciales, que se desarrollan al margen del proceso y acceden al mismo a través de la prueba testifical y documental.

C) Objeto de la pericia

El Código Procesal Penal dedica particular atención a tres tipos de pericias específicas, y contiene una habitación general para llevar a cabo los peritajes que se consideren necesarios.

El art. 195 es expresión de esa habilitación general para ordenar peritajes; lo mismo puede decirse del inciso 2º. del art. 162 y del art. 171 CPP. El art. 162, inciso 2º., adicionado por la reforma al Código Procesal Penal de febrero de 2001, dispone que “los jueces darán especial importancia a los medios de prueba científica, pudiendo asesorarse por especialistas, si ellos no lo fueren, para decidir sobre las diligencias de investigación que deban encomendar al fiscal o sobre la práctica de actos de prueba definitivos o irreproducibles, práctica de prueba para mejor proveer y para reconocer adecuadamente los elementos de prueba derivados de dichos medios”. Por su parte, el art. 171 CPP, al que se ha dado nueva redacción en la citada reforma, viene a reiterar el mismo mandato legal al disponer, con referencia, en mi opinión, al juez, al fiscal y a la policía, que “para mayor eficacia de las inspecciones y reconstrucciones, y en cualquier caso cuando sea conveniente, se podrán ordenar todas operaciones técnicas y científicas convenientes, tales como exámenes serológicos, químicos, microscópicos, microfotografía, macrofotografía, pruebas ópticas, biogenéticas, antropométricas, fonográficas, grafoscópicas, electrónicas, acústicas, de rayos X y las demás disponibles por la ciencia y la técnica”.

709

La cantidad y calidad de las pruebas periciales estará en función de la capacidad técnica y de los medios de que disponga el Laboratorio científico del delito de la PNC u otras instituciones públicas o privadas existentes en el país, sin rechazar la posibilidad de acudir a realizar pruebas periciales a países extranjeros que disponga de los medios necesarios para ello, como es el caso de la prueba genética o análisis del ADN.

Por otra parte, no puede ser objeto de prueba las normas de derecho positivo, salvo que se trate de derecho extranjero o de disposiciones reglamentarias no publicadas en el Diario Oficial. Pueden también optativamente inadmitirse las pruebas periciales que pretenda acreditar hechos notorios o evidentes, aunque sí deben admitirse aquellas que pretendan contradecir hechos de la indicada naturaleza.

En cuanto a las pericias específicas, el Código menciona en particular las siguientes: 1) La *autopsia del cadáver* por médicos forenses en el Instituto de Medicina Legal, que es preceptiva u obligatoria en caso de muerte violenta, súbita o sospechosa (arts. 169 y 195 CPP); 2) El *cotejo de documentos* (art. 207), que consiste en la comparación por medios técnicos entre un documento indubitado y otro sobre el que exista duda acerca de su autenticidad; y 3) La *traducción o interpretación* (art. 207), de evidente naturaleza pericial, porque sirve para auxiliar al juez y a las partes en la valoración de las declaraciones de quienes no están en condiciones de expresarse con

palabras inteligibles o en el idioma en que se desarrolla el proceso, siendo además un instrumento indispensable para el ejercicio del derecho material de defensa (arts. 9 y 11 CPP).

D) La prueba pericial anticipada

El art. 270, inciso primero, CPP dispone que “en todo momento que fuere necesario practicar actos o diligencias tales como registros, pericias, inspecciones u otros que por su naturaleza o características sean considerados como definitivos e irreproducibles o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no será posible incorporarse durante la vista pública, cualquiera de las partes podrá requerir al juez que lo realice”.

El precepto se refiere a los dos supuestos típicos de la prueba anticipada: en primer lugar, el de los actos de investigación por naturaleza definitivos e irreproducibles en el juicio oral, tales como “registros, pericias, inspecciones u otros”; en segundo lugar, el de las declaraciones reproducibles en el juicio oral de las que se sospeche su irreproducibilidad en el mismo: testigos o peritos enfermos, con riesgo de fallecimiento próximo, residentes en el extranjero o susceptibles de situarse en paradero desconocido.

710 Respecto al primer supuesto, adquiere especial relieve la pericia realizada por organismos o instituciones públicas, entre los que podríamos citar el Instituto de Medicina Legal, el Ministerio de Salud e instituciones hospitalarias dependientes del mismo, los Ministerios de Hacienda y Economía, el Banco Central de Reserva, la Superintendencia del Sistema Financiero, etc.

Especial relevancia adquiere la prueba oficializada llevada a cabo por la División de la Policía Técnica y Científica de la PNC y por el Instituto de Medicina Legal, que son los responsables de obtener y analizar muestras y vestigios de cualquier naturaleza que permitan llevar a cabo pruebas periciales: biológicas, químicas, médico-forenses, grafotécnicas, etc. La inspección técnico-policia, de un valor cualitativo distinto a la simple inspección del lugar del hecho, constituye por sí misma, en determinados delitos, una fuente importantísima de pruebas periciales preconstituidas.

La denominada pericia económica resulta también indispensable en la investigación y prueba de delitos relativos al orden socioeconómico (insolvencias punibles, delitos contra la Hacienda Pública), a la Administración Pública (peculado, negociaciones ilícitas, cohecho, etc.) y, en especial, a los delitos relativos al lavado de dinero y activos. La lectura de los arts. 241, 242, 249, 325 y ss. del Código Penal, así como de la legislación especial sobre el lavado de dinero y activos (Ley de 10 de diciembre de 1998 y Reglamento de 21 de enero de 2000), nos da una idea de la complejidad de la materia.

La prueba oficializada suele ofrecer la común particularidad de presentarse en informes escritos que se adjuntan a la causa en la instrucción. Su carácter de prueba preconstituida es evidente, aunque se trata de una prueba parcialmente preconstituida, ya que, salvo fallecimiento, incapacidad, ausencia o ilocalización del perito en el momento de la vista pública, lo normal es que no baste la lectura en el plenario de su informe, sino que sea requerida su presencia para someter el resultado y método de su pericia a la inmediación del tribunal y a la contradicción entre las partes, independientemente de que con anterioridad al plenario se haya realizado la actuación prevista en el art. 270 del Código respecto a la prueba anticipada. En definitiva, los informes técnicos de la PNC o de organismos públicos especializados derivados del análisis de elementos de prueba hallados tras una inspección ocular del lugar del hecho o una inspección corporal del imputado o la víctima se incorporan a la causa durante la instrucción, ratificándose durante esa fase sus autores en presencia judicial, con citación de las partes, quienes pueden o no asistir al acto y, asistan o no, requerir la presencia del perito durante el juicio oral, según establece el art. 330.1) CPP.

Sobre esta forma de actuación, la jurisprudencia constitucional española sostiene la reiterada doctrina de que “si los dictámenes periciales irreproducibles en el acto del juicio han sido efectuados y emitidos por un organismo público competente, no han sido cuestionados ni en su resultado ni en la competencia del profesional que los emitió y la parte ha prescindido de solicitar la ampliación o aclaración en el plenario, resulta incuestionable que tal dictamen adquiere valor de prueba de cargo” (STC 29.10.1989).

711

A veces, la realización de un peritaje procederá de la iniciativa propia de la policía o de la fiscalía, instituciones que, en caso de urgencia, pueden ordenar los exámenes y demás operaciones técnicas que el caso requiera (art. 241.3). La urgencia en la ejecución del peritaje será, entonces, el factor determinante de que se cumplan, en mayor o menor medida, las normas de procedimiento previstas en los correspondientes artículos del Código Procesal Penal. En muchas ocasiones, ante la imposibilidad de cumplir el procedimiento ordinario de la prueba pericial, estaremos en presencia de pericias *sui generis*, calificación que en general tendrán las realizadas con premura de tiempo por los departamentos policiales inmediatamente después de producido el hecho delictivo. Dichas pericias, por la premura de tiempo, no pueden ni tan siquiera someterse al procedimiento que para la prueba anticipada establece el art. 270 CPP, pero podrán ser objeto de valoración judicial en el plenario, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia personal del perito, cuando sea posible (art. 330.1 CPP), y sometan su dictamen al tamiz de la contradicción.

E) Procedimiento ordinario de la prueba pericial

La prueba por peritos se somete al procedimiento general probatorio que se infiere del articulado del Código, compuesto por las tres fases fundamentales (ofrecimiento,

admisión o rechazo y recepción) que se analizan al comentar los arts. 200, 201 y 202 del Código.

F) Valoración de la prueba pericial

Las cuestiones que plantea se estudian al examinar el juicio plenario, en concreto, en el comentario al art. 356 del Código, relativo a las normas sobre deliberación del tribunal en el juicio oral.

III. JURISPRUDENCIA

Valor de los informes de Medicina Legal. “La Sala de lo Constitucional considera que no existe ilegalidad en el otorgamiento de fe de los informes dados por el Instituto de Medicina Legal, puesto que por su naturaleza gozan de veracidad, no siendo necesaria su juramentación como peritos dentro del proceso penal” (*Hábeas Corpus*, 06-03-01).

712

196

CALIDAD HABILITANTE

Los peritos deberán tener título en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de pronunciarse, siempre que la profesión, arte o técnica estén reglamentadas. En caso contrario, podrá designarse a personas de idoneidad manifiesta.

También podrá designarse a un perito con título obtenido en el extranjero cuando posea una experiencia o idoneidad especial.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 198 y 199 (otros requisitos para ser perito), 278 a 280 (trámite para decidir sobre la idoneidad del perito)
- CP, 289 (ejercicio ilegal de profesión)

II. COMENTARIO

Para ser nombrado perito, se requieren legalmente los siguientes requisitos: 1) Ser mayor de edad; 2) No estar mentalmente impedido; 3) No incurrir en causa alguna

o motivo para abstenerse de declarar como testigo; 4) No haber sido citado en el procedimiento como testigo; 5) Tener el título correspondiente a la materia objeto del peritaje, si existiese reglamentación al respecto, o en su defecto, gozar de manifiesta idoneidad; 6) No estar inhabilitado para ejercer la ciencia, arte o técnica de que se trate; y 7) No incurrir en ninguno de los motivos de impedimento señalados para los jueces en el art. 73 CPP.

De todos los anteriores requisitos, el precepto que comentamos hace referencia a la idoneidad del perito para llevar a cabo la experticia de que se trate. Los demás requisitos se mencionan en los arts. 198 y 199, a los que nos remitimos.

Respecto a la idoneidad, el art. 196 exige que el perito tenga la titulación reglamentada que sea necesaria para ejercer el peritaje. Solo si no existe en El Salvador dicha titulación, bastará con la idoneidad *manifiesta* del perito, lo que se acreditará, en caso de que se ponga en duda, mediante la formulación del oportuno incidente, a cuyo efecto se aportará prueba específica para resolverlo (art. 317), siendo de aplicación analógica lo previsto en los arts. 278 a 280 para la resolución de las excepciones procesales.

La titulación, aclara el Código, deberá ser nacional, salvo cuando la pericia requiera una *experiencia o idoneidad especial*, en cuyo caso puede ser nombrado un perito con título obtenido en el extranjero. Aunque la ley lo silencia, hay que entender que los títulos obtenidos en el extranjero pero reconocidos u homologados en El Salvador servirán para actuar de perito en cualquier tipo de proceso.

713

Lo importante, en cualquier caso, es que el juez o tribunal se aseguren dentro de lo razonable de la aptitud del perito para conocer los datos científicos, artísticos y técnicos sometidos a su consideración. En este sentido, de la posesión de la titulación correspondiente deriva la presunción de idoneidad del perito, pero no la de acierto o validez de su dictamen, cuyo contenido será objeto de libre valoración judicial conforme a las reglas de la sana crítica.

Por último, el que sin tener título profesional o autorización para ejercer alguna profesión reglamentada, ejerciera indebidamente el cargo de perito incurrirá en el delito de ejercicio ilegal de profesión, tipificado en el art. 289 CPP.

197

OBLIGATORIEDAD DEL CARGO

El designado como perito deberá desempeñar fielmente el cargo y lo hará bajo juramento.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 73 a 81 (impedimentos, excusa y recusación); 121 (juramento); 186, 187, 196, 198 y 199 (incapacidades legales y naturales); 346 y 348 (práctica en el plenario), 333.3 y 350 (incomparecencia del perito)
- CP, 305 (delito de falsedad), 307 (soborno), 313 y 338 (delitos de desobediencia)

II. COMENTARIO

714

Como en el caso de la prueba testifical, se ha de asegurar jurídicamente la disponibilidad del peritaje para el juez y las partes. La finalidad perseguida por el proceso (satisfacción de una pretensión) podría frustrarse si no hubiese obligación de aceptar el cargo de perito, es decir, si de la libre voluntad del mismo dependiese la práctica de la pericia.

Partiendo, pues, de la obligatoriedad del cargo, salvo causas legales de inhabilitación y, por tanto, de abstención, el perito asume, desde su nombramiento y aceptación del cargo, el deber de desempeñarlo fielmente y de prestar juramento o promesa de hacerlo así. El deber del perito de colaborar con la administración de justicia incluye la obligación de comparecer ante el juez o tribunal cuando sea citado para ello, previendo el art. 350, inciso 1º., para el plenario -aplicable a todas las audiencias- que cuando el perito oportunamente citado no haya comparecido, el presidente del tribunal ordenará que sea conducido por medio de la seguridad pública, y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia.

La fórmula del juramento o promesa no se recoge expresamente en el código, aunque del art. 197, en relación con el art. 121, se infiere que debe ser del siguiente tenor: ¿Jura o promete Ud. desempeñar fielmente el cargo de perito para el que ha sido designado y de no proponerse otro fin más que el de descubrir y declarar la verdad? El perito contestará “lo juro” o “lo prometo”, según el caso.

El Código Penal, como remedio último contra los incumplimientos del perito, sanciona con prisión de dos a cinco años a “los peritos, intérpretes, traductores y

asesores que actuando como tales ante autoridad, afirmaren una falsedad u omitieren la verdad en sus manifestaciones” (art. 305 CP). Idéntica pena se impondrá a quien diere, ofreciere o prometiére dinero o cualquier otra ventaja a un perito, intérprete o traductor, con el objeto de lograr una afirmación falsa, o una negación u ocultación de la verdad, en todo o en parte, en una actuación judicial que hubiere de servir en diligencia o proceso, aunque la oferta o promesa no hubiere sido aceptada (art. 307 CP). Sin embargo, el art. 313 CP no incluye inexplicablemente a los peritos, aunque sí a los traductores e intérpretes, como sujetos activos del delito de desobediencia a mandato judicial, por lo que habrá que aplicar el tipo básico del delito de desobediencia del art. 338 del Código Penal.

198

INCAPACIDAD E INCOMPATIBILIDAD

No podrán ser peritos los menores de edad, los mentalmente incapaces, los que puedan abstenerse de declarar como testigos o hayan sido citados como tales y los inhabilitados para ejercer la ciencia, arte o técnica de que se trate.

715

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 17 (mayoría de edad)
- CPP, 73 a 81 (impedimentos, excusa y recusación), 186 y 187 (abstención de testigos)
- CP, 46, 58 y 59 (penas de inhabilitación)

II. COMENTARIO

Los arts. 196, 198 y 199 hacen referencia a los requisitos personales para poder asumir el cargo de perito. De dichos requisitos derivan dos clases de inhabilitaciones: una, por causa de incapacidad natural; otra, por causa de incapacidad legal.

El Código, en los preceptos mencionados, al regular la cuestión, adolece de la adecuada sistemática, ya que mezcla, por ejemplo, en el art. 198, supuestos de incapacidad natural (minoría de edad e incapacidad mental) con supuestos de incapacidad legal: inhabilitación para el ejercicio de la profesión, determinado grado de parentesco con el imputado y haber sido citado como testigo en la misma causa. Hubiese sido mejor ubicar el supuesto de inhabilitación profesional en el art. 196 y la incapacidad por razón de parentesco o similar en el art. 199.

Efectuada la anterior observación, pasemos al análisis del art. 198, de cuyo contenido se infiere que no podrán ser peritos: 1) los menores de edad; 2) los mentalmente incapaces; 3) los que puedan (y deban) abstenerse de declarar como testigos; 4) los que hayan sido citados como testigos; 5) los inhabilitados para ejercer la ciencia, arte o técnica necesaria para hacer el peritaje (art. 198).

Los dos primeros supuestos, referidos a la *minoría de edad* y a la *incapacidad mental*, afectan a la idoneidad intrínseca del perito, es decir, a su incapacidad natural. Según la Constitución de la República, se adquiere la mayoría de edad a los dieciocho años (art. 71 Cn). En cuanto a la incapacidad mental, se entiende que no pueden ser peritos los que padezcan una enfermedad mental en un grado tal que les impida razonablemente ejercer la labor que se espera del perito, así como los ciegos y sordos, en los peritajes cuya realización depende de la vista y del oído.

716 El tercer y el cuarto supuesto, referidos a la *incompatibilidad entre la condición de perito y la de testigo*, se fundamenta en la pretensión de asegurar la imparcialidad objetiva del perito, aunque sólo cabría dudar de la imparcialidad del mismo cuando fuese a la vez testigo y víctima del delito, o de un perito en quien concurrieran alguna de las causas de abstención (facultativas u obligatorias, para el testigo) de los arts. 186 y 187 del Código. En efecto, en realidad no se ve inconveniente alguno para que una misma persona actúe en un mismo proceso como testigo y como perito. Sería el caso, que recoge GÓMEZ ORBANEJA, del médico que presencia casualmente un accidente de tránsito con resultado de lesiones y ayuda personalmente al herido: “podrá referir, en cuanto testigo, no sólo como ocurrió el accidente, sino cuántas y cuáles eran las heridas que presentaba la víctima, y dictaminar, como perito, si con un tratamiento adecuado esas heridas hubiesen podido curarse en tantos días en vez de en tantos otros”.

La incompatibilidad del perito por incurrir en alguno de los motivos que facultan para no declarar como testigo (art. 186 CPP), se basa en la relación de parentesco o similar con el imputado, que daría lugar a un evidente conflicto moral, que la ley resuelve sabiamente a favor de los lazos naturales del parentesco. Se plantea, por otra parte, la cuestión de si pueden ser peritos las personas que tienen el deber del secreto profesional a las que se refiere el art. 187 CPP pero que no cita el art. 198 que comentamos. Podría sostenerse que, en general, de darse el supuesto de este último precepto, la persona en cuestión estaría legalmente inhabilitada para ser perito. En cualquier caso, su intervención como tal en el proceso podría suscitar dudas objetivas sobre su imparcialidad.

En resumen, existe incapacidad legal para ser perito en el cónyuge, compañero de vida o conviviente, ascendiente, descendiente, hermano, adoptado y adoptante, pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y en el tutor o pupilo del imputado (art.186). Tampoco, pueden ser peritos aquellas personas que hayan tenido conocimiento de los hechos objetos de la pericia en razón de su

profesión de ministro de una iglesia con personalidad jurídica, abogado, notario, médico, farmacéutico y obstetra, según los términos del secreto profesional, y de funcionario público, respecto a las materias calificadas como secretos de Estado.

199

IMPEDIMENTOS

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, serán causas legales de impedimentos de los peritos las establecidas para los jueces.

El incidente será resuelto por el juez o tribunal y se aplicarán, en lo pertinente, las reglas sobre excusa y recusación.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 73 (motivos de impedimento); 74 a 81 (incidente de excusa y recusación); 186, 187, 196 y 198 (otras incapacidades para ser perito)

717

II. COMENTARIO

El Código establece para los peritos los mismos impedimentos que para los jueces, fiscales (art. 86) y secretarios judiciales (art. 82). Dichos motivos de impedimento se relacionan en el art. 73 CPP, y consisten, en síntesis, en la existencia de determinadas situaciones de relación personal entre el perito o sus familiares y las personas que intervienen en el proceso (juez, fiscal, imputado, defensor, víctima...), así como en la existencia de relaciones de aquellos con el proceso mismo (es incompatible, por ejemplo, ser a la vez perito y testigo o perito y fiscal) o con el objeto del proceso (v.gr., haber dado consejos extrajudiciales). Se trata de relaciones objetivables de las que cabe inferir no solo la probabilidad de la pérdida de la imparcialidad del perito sino también la apariencia o sospecha ante terceros de que así ocurra. Para el análisis en concreto de las causas legales de impedimento nos remitimos al comentario al art. 73 CPP efectuado por CESAREO DURO VENTURA.

De concurrir cualquiera de dichas causas, el perito tendrá el deber de excusarse, y las partes, el derecho de recusarle, estableciendo el inc. 2º. del art. 199 que el incidente de recusación o tacha del perito se regulará, con las oportunas adaptaciones, por las reglas establecidas para la excusa y recusación de los jueces. Por consiguiente, si existe un motivo de abstención y el perito no se excusa, procede su recusación por las partes, conforme al trámite incidental regulado en los arts. 74 a 81 CPP, que serán de

aplicación *en lo pertinente*, según reza textualmente el inciso 2º. del precepto que comentamos.

Pues bien, si tenemos en cuenta el contenido de dichos preceptos, puede hacerse la siguiente adaptación de los mismos al procedimiento de excusa y recusación (tacha) de los peritos:

1. *Momento de la excusa.* El perito deberá excusarse en cuanto conozca alguno de los motivos que prevé el artículo 73, aunque haya intervenido antes en el procedimiento.
2. *Excepción.* Los interesados, de común acuerdo, podrán solicitar que siga actuando como perito, siempre que el motivo alegado para no ser perito no sea alguno de los establecidos en los seis primeros números del art. 73. En este caso, el perito decidirá en el plazo de veinticuatro horas si acepta o no el peritaje, siendo su decisión irrecurrible.
3. *Recusación: procedencia y legitimación.* Si el perito no se excusa, las partes (fiscal, querellante, imputado), sus defensores y mandatarios pueden recusarle.
4. *Tribunal competente.* El incidente será resuelto por el juez o tribunal que conozca del proceso: juez de instrucción, tribunal de sentencia,...
5. *Plazo.* La recusación deberá tener lugar antes de que se inicie la diligencia pericial, expresando por escrito la causa de la misma y las pruebas ofrecidas para acreditarla, con acompañamiento de la documental, si está a disposición del recusante. Entendemos que, a falta de inaplicación de lo previsto, respecto al tiempo de recusar, en el inciso 1º. del art. 78 CPP, podría aplicarse por analogía, y en lo pertinente, lo establecido para la tacha de peritos en el proceso civil (arts. 362 a 355 CPC). Sin embargo, cuando la recusación se fundamente en una causa producida o conocida después de los plazos señalados, podrá deducirse dentro de las veinticuatro horas a contar de la producción o del conocimiento. Lo normal será recusar a los peritos antes de la audiencia preliminar, a cuyo efecto se ofrecerá la prueba necesaria para resolver el incidente (art. 318 y 319 CPP).
6. *Requisitos formales.* La recusación será interpuesta, bajo pena de inadmisibilidad, por escrito que indique los motivos en que se basa y los elementos de prueba.
7. *Convocatoria de una audiencia oral.* El juez o tribunal competente resolverá el incidente en la resolución de la audiencia preliminar (art. 320) o convocará

una específica audiencia oral en la que se puede producir prueba, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

8. *Recursos.* No se admite recurso alguno contra la decisión.
9. *Efectos de la recusación.* Si el perito a quien se le atribuyere un impedimento no admitiere la existencia del motivo que se invoca continuará con la pericia, aún durante el trámite del incidente; pero si en el incidente se estableciere la existencia del motivo, los actos realizados durante el trámite del mismo serán declarados nulos siempre que el recusante lo pida en el término de veinticuatro horas contadas desde que se resuelva el incidente.

200

NOMBRAMIENTO Y NOTIFICACIÓN

El juez o tribunal designará un perito, salvo que estime necesario nombrar otros. La realización de la pericia será notificada a las partes con la indicación de los puntos de pericia y del nombre del perito.

719

201

FACULTAD DE PROPONER

En el término de tres días a partir de la notificación, las partes podrán proponer a su costa otro perito, sin perjuicio de la participación de los consultores técnicos.

También podrán proponer puntos de pericia distintos u objetar los propuestos por el juez o tribunal. Este resolverá de inmediato, sin recurso alguno.

202

DIRECCIÓN DEL PERITAJE

El juez o tribunal formulará las cuestiones objeto del peritaje, fijará el plazo en que ha de realizarse el peritaje y pondrá a disposición de los peritos las actuaciones y elementos necesarios para cumplir el acto.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 143 a 149 (notificaciones); 117 (consultores técnicos); 162 y 171 (habilitación general); 195 a 210 (peritos); 270 y 271 (prueba anticipada); 314, 316 y 320.10 (ofrecimiento y admisión); 352 (prueba para mejor proveer)

II. COMENTARIO

La investigación de un hecho delictivo exige por lo general, en el caso de los delitos que dejan rastro de su perpetración, la realización inmediata de algunas de las técnicas que se relacionan a título enunciativo en el art. 171 CPP (exámenes serológicos, dactiloscópicos, pruebas ópticas, de rayos X,...). Esas operaciones tienen carácter pericial, y por lo general se llevarán a cabo a iniciativa del juez de paz, la policía o la propia fiscalía (241.3 CPP), con el fin de aprovechar al máximo las inspecciones que se realicen inmediatamente después del descubrimiento del hecho delictivo. El Código utiliza la expresión *actos definitivos e irreproducibles* para referirse a ese tipo de prueba pericial de carácter sumamente urgente, de la que hemos hecho mención en el comentario al art. 195 CPP, letra d), que trata de la prueba pericial anticipada, al que nos remitimos.

720 En realidad, los arts. 200 a 201 CPP que vamos a estudiar ahora son de aplicación cuando exista tiempo suficiente para llevar a cabo el procedimiento de la prueba anticipada, regulado en los arts. 270 y 271, y en el que podría llamarse procedimiento ordinario de producción de la prueba en el proceso penal.

El procedimiento probatorio de carácter ordinario se articula a través de las tres fases fundamentales (ofrecimiento, admisión o inadmisión y práctica o recepción de la prueba) que vamos a examinar a continuación:

A) Fase de ofrecimiento de prueba

El ofrecimiento de la prueba pericial para el juicio oral tiene lugar, como ocurre con los demás medios de prueba, en los escritos de acusación y de defensa. En el escrito de acusación del fiscal y querellante se deberá expresar, bajo pena de nulidad, el ofrecimiento de prueba para incorporar en la vista pública (art. 314 CPP), debiendo indicarse los hechos y circunstancias que se pretenden probar, bajo pena de inadmisibilidad (art. 317 CPP). El escrito de defensa, por su parte, que se formulará con posterioridad al escrito de acusación (arts. 315 y 316 CPP), ofrecerá la prueba que pretenda el defensor producir en la vista pública cuando el querellante o el fiscal hayan acusado, debiendo también expresarse los hechos y circunstancias que se pretendan probar (art. 316.13 CPP).

B) Fase de admisión o inadmisión

El juez, en la resolución de la audiencia preliminar, a la vista de los escritos de acusación y defensa (arts. 314 y 316 CPP), admitirá o rechazará la prueba ofrecida para la vista pública, pudiendo también ordenar prueba pericial de oficio cuando lo estime imprescindible (arts. 169, 247, 320.10 CPP).

Para la admisión o inadmisión de la prueba pericial, deberán tener en cuenta los siguientes requisitos: 1) Que la misma haya sido propuesta en tiempo y forma; 2) Que las muestras u objetos para la pericia, o los métodos empleados (inspección corporal, por ejemplo), no vulneren los derechos fundamentales de la persona (prueba lícita) y 3) Que la prueba pericial propuesta sea pertinente y relevante para el objeto de la averiguación.

El análisis de los dos primeros requisitos se efectúa, con carácter general, al comentar los arts. 15, 162, 173 (registro domiciliario), 178 (registro corporal) y 262 (métodos prohibidos) CPP, etc. En cuanto al requisito de la pertinencia y relevancia de la prueba de peritos, ha de entenderse por pertinencia la relación de la misma con el objeto del proceso, y por relevancia o utilidad, la capacidad de la misma para condicionar hipotéticamente en uno u otro sentido el fallo de la sentencia, no debiendo admitirse una prueba pericial que materialmente no sea posible practicar. La STC 51/85 manifiesta que “la pertinencia de las pruebas es la relación que las mismas guardan con lo que es objeto del juicio y con lo que constituye *thema decidendi* para el Tribunal, y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del Tribunal”.

721

La generosidad y flexibilidad deben ser los principios que han de regir la decisión sobre la admisión o inadmisión de las pruebas propuestas, pero el juez o tribunal ha de rechazar las que sean claramente inútiles, por irrelevantes, y las que obedezcan a un intento fraudulento de retardación de justicia. No hay que olvidar que la indebida denegación de una diligencia de prueba puede ser motivo de recurso de casación (art. 421 CPP), por vulneración del derecho de defensa que la Constitución y el Código amparan (arts. 9, 10 CPP).

El contenido de la resolución de la audiencia preliminar, en lo referente a la prueba pericial solicitada, es el siguiente: a) Designación y nombre del perito; b) Manifestación clara y terminantemente de las cuestiones o puntos de pericia; c) Medios materiales indispensables, en su caso, para practicarla, estando facultado el juez para “disponer todas las medidas necesarias para el cumplimiento de los actos que ordene” (art.126 CPP), por lo que puede reclamar medios técnicos y personales de la Administración Pública e incluso de cualquier otra persona física o jurídica; y, d) Fijación de un plazo para la práctica de la pericia, así como las demás determinaciones que las circunstancias impongan.

La resolución será notificada a las partes, quienes, en el término de tres días, podrán proponer a su costa otro perito, sin perjuicio de la participación de los consultores técnicos. También podrán proponer otros puntos de pericia u objetar los propuestos por el juez o tribunal. La petición se resolverá de inmediato, sin recurso alguno (art. 201).

Recibido el nombramiento, el perito debe alegar, en su caso, alguna causa de abstención, pudiendo las partes proceder a su recusación, en cuyo caso se abrirá el oportuno incidente en la forma prevista para los jueces (arts. 73 y ss.), según hemos visto en el artículo anterior. La recusación podría efectuarse asimismo en el trámite previsto del art. 201.

C) Fase de práctica o recibimiento

Aspectos concretos de la práctica de la prueba pericial se regulan en los arts. 203 a 206, estableciendo, por ejemplo, el art. 204 que “siempre que sea posible y conveniente, los peritos practicarán conjuntamente el examen y deliberarán en sesión conjunta a la que podrán asistir los consultores técnicos, las partes y quien designe el juez o tribunal” (art. 204 CPP). Se establecen asimismo previsiones sobre la estructura formal del dictamen pericial (art. 206) y sobre la posibilidad de nombrar nuevos peritos en caso de divergencias insalvables entre los nombrados (arts. 205).

722

Salvo en el caso de la prueba anticipada o preconstituida, la prueba en el proceso penal se ha de practicar durante la vista pública (art. 1 CPP), estando permitida solamente la incorporación al juicio de medios de prueba mediante lectura en los supuestos del art. 330 CPP.

Pues bien, dada la naturaleza de la prueba pericial, la excepción prevista en el citado art. 330 se convierte en la regla general, porque la mayoría de las pericias se llevarán a cabo, según dice textualmente el mencionado precepto, conforme a las reglas de los *actos definitivos e irreproducibles*, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia del perito, cuando sea posible.

De acuerdo a lo dispuesto en el referido art. 330 y a los principios reguladores de la actividad probatoria en el proceso penal, será inexcusable la *lectura del dictamen pericial*, el sometimiento de su contenido a la *contradicción de las partes* y, siempre que sea posible, la presencia del perito para que pueda ser interrogado, en su caso, por las partes y el propio tribunal sobre aspectos concretos de su dictamen. El art. 346 CPP establece al respecto que el presidente ordenará la lectura de las conclusiones de los dictámenes presentados por los peritos, quienes responderán a las preguntas que les formulen las partes, y los miembros del tribunal, en ese orden y comenzando por quienes ofrecieron la prueba. El tribunal podrá disponer que los peritos presencien los actos de la audiencia. También podrán ser citados nuevamente los peritos cuando sus dictámenes

resulten poco claros o insuficientes y, si es posible, el tribunal ordenará que se realicen las operaciones periciales en la audiencia.

Por último, existe la posibilidad de que durante la celebración de la audiencia se pongan de manifiesto nuevos hechos que requieran esclarecimiento, por lo que, respecto a los mismos, podrá acordarse, aún de oficio, la recepción de cualquier medio de prueba (art. 352 CPP), incluida la pericial.

D) La participación de consultores técnicos

El art. 201 prevé la actuación de consultores técnicos, cuya designación se efectuará conforme a las reglas aplicables a los peritos, en lo que resulten de aplicación, sin que por ello asuman tal carácter.

Los consultores técnicos no son peritos en el sentido procesal del término, por no estar sometidos al deber de imparcialidad ni a las demás obligaciones que configuran el estatuto jurídico del perito. La diferencia entre una y otra figura debemos encontrarla en la nota de la mayor imparcialidad del perito y en la no aplicación al consultor técnico de las obligaciones de aquel (aceptar el cargo, prestar juramento o promesa, etc.). El consultor técnico, expresa el art. 117 CPP, “podrá presenciar las operaciones periciales, hacer observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen, y se dejará constancia de sus observaciones. En las audiencias podrán acompañar a la parte con quien colaboran y auxiliarla en los actos propios de su función, siempre bajo la dirección de la parte a la que asisten”. Los arts. 201 y 204 CPP reiteran la activa participación de los consultores técnicos en la ejecución de la pericia.

723

La modificación del art. 117, inciso 2º, llevada a cabo por DL 418/ 1998, de 24 de septiembre, suprimió la facultad del consultor técnico en las audiencias de “interrogar directamente a los peritos, traductores o intérpretes y concluir sobre la prueba pericial...” Por olvido, en aquella ocasión, no se modificó el art. 346, lo que ha tenido lugar por DL 665/1999, de 22 de julio, que reitera la referida prohibición.

Por último, la ley procesal impone una limitación al número de consultores técnicos: cada parte “solo puede ser asistida por un consultor en una ciencia, arte o técnica” (art. 117). Dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que cuando en un mismo proceso se realizan diversas pericias por especialistas en distintas ramas del saber (ciencia) o del hacer (arte o técnica), cada una de ellas puede provocar el nombramiento de consultores diferenciados, por lo que es posible que en un proceso existan varios consultores de parte.

203

CONSERVACIÓN DE OBJETOS

Tanto el juez o tribunal como los peritos procurarán que los objetos a examinar sean en lo posible conservados, de modo que el peritaje pueda repetirse. Si es necesario destruir o alterar los objetos o sustancias a analizarse o existe discrepancia sobre el modo de realizar las operaciones, los peritos informarán al juez antes de proceder.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 180 a 184 (secuestro de objetos), 195 a 210 (peritos), 351 (exhibición de piezas de convicción)

II. COMENTARIO

724

La inspección del lugar del hecho (art. 164), la inspección corporal (art. 168) y la diligencia de registro (art. 173) pueden dar lugar a la recogida de muestras, vestigios o elementos de prueba sobre los que realizar múltiples dictámenes periciales. Si fuera necesario, se procederá al secuestro de objetos relacionados con el delito (ver comentarios a los arts. 180 a 184 CPP), con el fin de conservarlos y posibilitar la práctica de determinados medios de prueba, entre los que destaca la prueba pericial.

En relación con el deber de conservación de los objetos secuestrados, el art. 203 plantea la cuestión de que sea necesario destruir o alterar los objetos o sustancias para efectuar el peritaje, señalando que, en tal supuesto, el perito informará al juez antes de proceder. Dicha consulta deberá resolverse, previa alegaciones de las partes, en forma de providencia y a la mayor brevedad posible. Debe tenerse en cuenta que las denominadas piezas de convicción han de estar presentes en la sala de vistas, porque constituyen una ayuda inestimable para la formación de la convicción judicial y porque son un complemento indispensable para la práctica de las pruebas de declaración del imputado, testifical y pericial. La exhibición de las mismas en la audiencia está condicionada a que se encuentren incorporadas a la causa (art. 351: “los objetos y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos para su reconocimiento”). Por tanto, salvo imposibilidad material, como la prevista en el precepto que comentamos, será preceptiva incluso la presencia de un objeto trasladable (botella, pequeña caja, bolsa de plástico, etc.), en el que se encontraron huellas latentes esenciales para la identificación del autor del hecho.

Por otra parte, la obligación de conservación de los objetos, rastros o vestigios sobre los que recaerá la prueba pericial exige que la adopción de determinadas medidas anteriores y posteriores a la práctica de la pericia. En pocas palabras, exige que no se rompa lo que en términos forenses se denomina *cadena de custodia*, entendiéndose por tal el conjunto de medidas de aseguramiento de la prueba que deben tomar quienes intervienen en la inspección ocular de la escena del crimen o en cualquier diligencia de secuestro de objetos con virtualidad probatoria, tales como los instrumentos, efectos o productos del delito. Dichas medidas sirven para garantizar que no sufran manipulación o alteración, voluntaria o involuntaria, los vestigios o muestras del delito (huellas, manchas de sangre, drogas, documentos, instrumentos para falsificar, pelos, armas y un largo etc.), ya que su destino es servir de pruebas de cargo o de descargo en el juicio, bien directa y materialmente, sea como objetos de eventuales pruebas periciales que el juez ordene (balística, ADN, huellas digitales, grafotécnica, etc.) para aclarar los hechos.

A tal efecto, se deben adoptar por jueces, policías y fiscales estrictas medidas de seguridad en las tareas de recolección de evidencias, toma de muestras, preservación, traslado, manipulación, entrega, custodia y depósito de las mismas; debiendo tenerse en cuenta que existen muestras delictivas muy fácilmente contaminables (huellas dactilares, pelos, manchas de sangre, semen, saliva) que luego sirven para la actividad propia de la policía científica y de la medicina forense. Asimismo, aunque no sea necesario realizar pericia alguna, el aseguramiento de la cadena de custodia obliga a adoptar elementales cautelas, como se infiere, para el secuestro, de los arts. 182 y 244, último inciso, CPP, y está en la esencia de las diligencias de registro que regulan los arts. 173 a 179 del Código. Se trata de conseguir una exacta concordancia entre los elementos de prueba que recopila la policía o la fiscalía y los que llegan al plenario, para lo cual resulta indispensable que se tomen las muestras y demás elementos de prueba en presencia de testigos, que pueden ser otros agentes policiales, siendo lo perfecto, si es posible, que casi siempre lo será, que se documente el acto de recogida por el secretario judicial del correspondiente juzgado de paz.

725

A partir de este momento, deberá quedar constancia de las personas que, por una u otra razón, tuvieron acceso a la evidencia, con el fin de exigir las debidas responsabilidades en caso de que se perjudique o se manipule fraudulentamente la prueba. Estas precauciones son esenciales en pruebas de tanta carga incriminatoria como las huellas dactilares o la llamada huella genética o del análisis del ADN, así como en el caso contemplado en el último inciso del art. 244 CPP.

Una vez realizada la pericia, con la salvedad de la posible destrucción de objetos nocivos para la salud, de tenencia prohibida, peligrosa o de comercio no autorizado (art. 184), tanto el juez o tribunal como los peritos procurarán que los objetos a examinar sean en lo posible conservados, de modo que el peritaje pueda repetirse.

Si es necesario destruir o alterar los objetos o sustancias a analizar o existe discrepancia sobre el modo de realizar las operaciones, los peritos informarán al juez antes de proceder.

204

EJECUCIÓN

Siempre que sea posible y conveniente, los peritos practicarán conjuntamente el examen y deliberarán en sesión conjunta a la que podrán asistir los consultores técnicos, las partes y quien designe el juez o tribunal.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 9 y 11 (derecho de defensa), 14 (igualdad de armas), 200 a 203 (nombramiento, etc.), 270 y 271 (actos definitivos e irreproducibles), 117 (consultores técnicos)

726

II. COMENTARIO

El precepto establece aspectos formales de la realización del peritaje, en concreto, prescribe el examen y deliberación en sesión conjunta de los peritos, si hubiera varios, antes de emitir por escrito su dictamen pericial.

Señala que a dichas actividades, que podrá hacerse en un solo acto o en varios, podrán asistir las partes y los consultores técnicos, además de quienes designe el juez o tribunal.

El consultor técnico, expresa el art. 117 CPP, “podrá presenciar las operaciones periciales, hacer observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen, y se dejará constancia de sus observaciones. En las audiencias podrán acompañar a la parte con quien colaboran y auxiliarla en los actos propios de su función, siempre bajo la dirección de la parte a la que asisten”. Los arts. 201 y 204 CPP reiteran la activa participación de los consultores técnicos en la ejecución de la pericia.

La modificación del art. 117, inciso 2º, llevada a cabo por D.L. No. 418 de 24 de septiembre de 1998, eliminó la facultad del consultor técnico en las audiencias de “interrogar directamente a los peritos, traductores o intérpretes y concluir sobre la prueba pericial...” Por olvido, en aquella ocasión, no se modificó el art. 346, lo que tuvo lugar por D.L. No. 665, de 22 de julio de 1999, que reitera la referida prohibición.

205

PERITOS NUEVOS

Si los informes discrepan en puntos fundamentales, el juez o tribunal podrá nombrar uno o más peritos nuevos, según la importancia del caso, para que evalúen las conclusiones y, si es necesario, realicen otra vez el peritaje.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 200 a 202 (nombramiento), 206 (dictamen), 352 y 354 (prueba para mejor proveer)

II. COMENTARIO

Se establece en el precepto una solución lógica para el caso de discrepancia de los peritos, si fueran varios, consistente en el nombramiento de otros peritos. La discrepancia ha de estar referida a aspectos esenciales del peritaje, es decir, a puntos fundamentales de las cuestiones sometidas al mismo.

727

La decisión de nombrar uno o varios peritos para aclarar las divergencias y para que, en su caso, hagan un nuevo peritaje, es de carácter discrecional, pero debe adoptarse cuando, de no hacerlo, quedaría sin efecto práctico el peritaje por divergencias insalvables entre los peritos.

El precepto debe ponerse en relación con la facultad que tiene el tribunal de sentencia de acordar pruebas para mejor proveer, tanto durante la celebración de la vista pública (art. 352 CPP) como durante la fase de deliberación de la sentencia (art. 354). Se trata, no obstante, de una facultad que solo debe ejercitarse en casos absolutamente necesarios y, por lo general, en el caso de que la nueva prueba se acuerda durante el plenario (art. 352 CPP), a instancia de parte.

Por último, la facultad específica del tribunal de nombrar peritos nuevos -que se examina ampliamente en el comentario al art. 352- la tiene no solo el tribunal de sentencia integrado por tres jueces, sino el tribunal de sentencia integrado por un solo juez (art. 53) y el tribunal del jurado (art. 373, último inciso), puesto que a la vista pública del juicio por jurados le son de aplicación las normas establecidas para el juicio común.

206

DICTAMEN

El dictamen pericial se expedirá por escrito o se hará constar en acta, y contendrá en cuanto sea posible:

- 1) La descripción de la persona, objeto, sustancia o hecho examinado, tal como han sido observados;**
- 2) Una relación detallada de las operaciones, de su resultado y la fecha en que se practicaron;**
- 3) Las observaciones de los consultores técnicos; y**
- 4) Las conclusiones que formulen los peritos.**

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 195 a 210 (peritos), 330 y 346 (lectura en el plenario)

II. COMENTARIO

Tras el examen del objeto de la pericia y la deliberación, en su caso, entre peritos (art. 204), deben estos externar su dictamen, bien mediante acta judicial o en un informe independiente. Tanto en un caso como en otro, se deberá expresar la *descripción* del objeto de la pericia (posición, ubicación, condiciones climáticas, circunstancias de todo tipo...), las *operaciones técnicas efectuadas*, con expresión de su *resultado y fecha* de realización; las *observaciones* de los consultores técnicos, si los hubiera, y las *conclusiones* que formulen los peritos. El comentario al art. 207 (cotejo de documentos) analiza las funciones procesales del perito, incluida la referida a la emisión del dictamen pericial.

Las conclusiones pueden expresarse en términos de certeza, probabilidad o posibilidad indiciaria de que, por ejemplo, el elemento examinado incrimine o no al imputado; pudiendo también llegarse a la conclusión de que no es posible emitir opinión o juicio alguno sobre lo que se pregunta al perito por las razones que deberán exponer en el dictamen del perito. Los análisis, dice AZNAR, “revelan unas veces, signos o elementos de certeza que permiten elaborar un juicio pericial sin la menor sombra de duda; otras, los datos recogidos en la investigación solamente entran en la categoría de probables; y en bastantes casos no pasan de ser puramente indiciarios”.

En realidad, la mayoría de las pruebas periciales no difieren sustancialmente unas de otras. Un estudio grafotécnico, dactiloscópico, de balística, de esperma o de sangre, aparte de la tecnología utilizada, pretende descartar o confirmar un dato *dubitado* respecto a otro indubitado, razón por la cual la expresión de los puntos sometidos a la peritación responde siempre al esquema que expresa el art. 206 CPP.

207

COTEJO DE DOCUMENTOS

Cuando se trate de examinar o cotejar escritos, el juez o tribunal ordenará la presentación de escritura de comparación, pudiendo usarse documentos públicos, auténticos o privados, si no existen dudas sobre su autenticidad. Para la obtención de ellos podrá disponer el juez o el tribunal el secuestro, salvo que se trate de documentos excluidos. También dispondrá que alguna persona escriba de su puño y letra un cuerpo de escritura, siempre con su consentimiento.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 172 (operaciones técnicas), 180 a 184 (secuestro de documentos), 195 a 210 (peritos)

II. COMENTARIO

La prueba documental como medio de prueba se refiere exclusivamente al contenido del documento, a la representación que encierra. Pero el documento, como objeto del mundo real, al margen de su contenido, puede ser percibido, analizado, examinado, verificado, en suma (inspección judicial, examen pericial), para enjuiciar su autenticidad o, lo que es lo mismo, “la correspondencia entre el autor aparente y el autor real” (CARNELUTTI) y la intangibilidad de su contenido.

Dicha verificación convierte al documento en objeto específico de una prueba distinta a la prueba documental, estando al servicio de tal finalidad, además de la directa inspección judicial, el reconocimiento del documento por la persona que aparezca como su autor, previa exhibición del mismo a aquella (art.216 CPP), la prueba pericial grafotécnica y, en sentido más amplio, la documentoscópica, que se caracteriza, desde la perspectiva de la técnica policial y criminalística, por abarcar el estudio de cualquier tipo de documento: grabación, filmación, tarjetas de crédito, billetes de banco, soportes informáticos, etc., etc.

La llamada pericia grafotécnica, por el contrario, tiene un alcance mucho más limitado, porque su objeto exclusivo son los textos manuscritos y las firmas, de los que se pretende conocer su autenticidad o falsedad. A ella se refiere específicamente el art. 207 del Código Procesal Penal, aunque no se excluye por ello otras pruebas periciales que tienen por objeto el documento manuscrito, como es la grafología o la fisiología de la escritura.

El precepto establece normas para la obtención de muestras *de documentos indubitados*, que son aquellos que no ofrecen dudas sobre su autenticidad, que permitan su cotejo o análisis comparativo con un *documento dubitado* (texto o firma), así llamado porque ofrece dudas sobre su autenticidad.

Esas muestras, afirman ANTÓN BARBERÁ y MÉNDEZ BAQUERO (“Análisis de textos manuscritos, firmas y alteraciones documentales), deberán reunir los siguientes requisitos: 1) “Proceder de escritos no realizados con fines de estudio, para evitar las deformaciones voluntarias, frecuentes en los sospechosos, para dificultar las labores de identificación; 2) Estar escritas con el mismo tipo de letra que los textos dudosos, es decir, que si éstos están hechos con letras mayúsculas se deberán buscar textos indubitados de estas características; y 3) Ser lo más coetáneas posible a la pieza incriminada, “para poder valorar más exactamente las concordancias o discrepancias entre ellos, ya que, cuando ha transcurrido mucho tiempo entre unos y otros, la natural evolución gráfica de la persona puede cambiar las grafías en grado sumo, lo que acarrea muchas dificultades a la hora de valorar los cotejos”.

730

Cuando no sea posible contar con este tipo de documentos, es necesario elaborar un *cuerpo de escritura*, que deberá realizarse de la siguiente forma: a) La persona que lo ejecute deberá ser informada de que puede negarse a ello y manifestará expresa e inequívocamente su consentimiento; b) En tal caso, la oportuna diligencia indicará el nombre y apellidos del autor, así como la fecha y lugar de realización; c) El texto deberá ser lo suficientemente extenso (tres folios aproximadamente) como para permitir analizar las verdaderas características gráficas de su autor; d) Es importante recrear en lo posible las condiciones en que se elaboró el documento indubitado: clase de papel, tipo de letra (mayúsculas o minúsculas), de instrumento escritural (roturador, pluma, bolígrafo, lapicero, etc.); y e) Por último, con el fin de evitar las deformaciones voluntarias, ha de dictarse rápidamente el texto sospechoso u otro que contenga salteadas las palabras de aquél, no debiendo permitirse nunca copiar el documento indubitado.

Finalmente, el informe o dictamen pericial, conforme a lo establecido en el art. 206 CPP, se expedirá por escrito o se hará constar en acta, y contendrá los puntos señalados en el indicado precepto, debiendo expresarse sus conclusiones en términos de certeza, probabilidad o posibilidad de la autenticidad o falsedad del documento *dubitado*, o concluirse poniendo de manifiesto la imposibilidad técnica de emitir opinión alguna por no poderse llevar a cabo la pericia solicitada.

208

RESERVA

El perito guardará reserva de todo cuanto conozca con motivo de su actuación.

El juez o tribunal sustituirá a los peritos en caso de mal desempeño de sus funciones.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 235 y 245 (responsabilidad de funcionarios)
- CPP, 121 (juramento), 73 a 81 (impedimentos, excusa y recusación); 186, 187, 196, 198 y 199 (incapacidades legales y naturales); 346 y 348 (práctica en el plenario), 333.3 y 350 (incomparecencia del perito)
- CP, 187 y 324 (relevación de secretos); 283 a 285 y 305 (falsedades); 306 (fraude procesal), 307 (soborno); 314 (patrocinio infiel); 316 (destrucción o inutilización de documentos); 338 (desobediencia)
- CC, 1875 y ss. (contrato de mandato)

II. COMENTARIO

731

Entre las obligaciones del perito, se encuentra la de guardar reserva de todo cuanto conozca con motivo de su actuación, estando prevista la sustitución del mismo por causa del mal cumplimiento de sus funciones.

La vulneración del deber de reserva podría dar lugar, cuando el perito actúe como profesional liberal, a la comisión del delito de revelación de secretos del art. 187 CP, que sanciona con la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de profesión u oficio de uno a dos años, a quien revelare un secreto del que se ha impuesto en razón de su profesión u oficio. Cuando el perito sea funcionario o empleado público, incurrirá en el delito oficial tipificado en el art. 324 CP.

El inciso segundo del art. 208 prevé la posibilidad de sustitución del perito por el mal desempeño de sus funciones. El acto de destitución se hará, según sea el motivo de la misma, por providencia o resolución en forma de auto, que exigirán siempre el previo trámite de audiencia al interesado, dado que la sustitución puede tener carácter sancionador e incluso podría dar lugar a responsabilidad penal.

En efecto, la *responsabilidad penal* por el ejercicio profesional procederá, entre otros, en los casos de fraude procesal (art. 306 CP); patrocinio infiel (art. 314 CP); destrucción, inutilización u ocultamiento de documentos o muestras recibidos en razón

de la intervención en el proceso (art. 316 CP); desacato (art. 339 CP); falsedades (arts. 283, 284 y 285 CP) y ejercicio ilegal de profesión (art. 289 CP). Además, el art. 305 CP sanciona con prisión de dos a cinco años a “los peritos, intérpretes, traductores y asesores que actuando como tales ante autoridad, afirmaren una falsedad u omitieren la verdad en sus manifestaciones”. El delito de soborno del art. 307 se describe como la acción de dar, ofrecer o prometer dinero o cualquier otra ventaja a... un perito, intérprete o traductor, con el objeto de lograr una afirmación falsa, o una negación u ocultación de la verdad, en todo o en parte, en una actuación judicial que hubiere de servir en diligencia o proceso, aunque la oferta o promesa no hubiere sido aceptada. Por último, el art. 313 CP no incluye inexplicablemente a los peritos, aunque sí a los traductores e intérpretes, como sujetos activos del delito de desobediencia a mandato judicial, por lo que habrá que aplicar el tipo básico del art. 338 CP.

Cuando el juez o tribunal observen cualquier conducta del perito presuntamente delictiva, deberán dar cuenta de la misma a la FGR para que formule el correspondiente requerimiento fiscal.

732 Además de la responsabilidad penal, existe la posibilidad de reclamar al perito en concepto de *responsabilidad civil* por incumplimiento del contrato de mandato (arts. 1875 y ss. CC) que rige las relaciones entre los peritos y quienes los hayan propuesto, dado que, como señala el art. 1878 CC, los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato. Asimismo, los peritos que ostenten la condición de funcionarios públicos (médicos forenses, etc.) podrían ser objeto de una pretensión indemnizatoria en vía civil, por causa de responsabilidad extracontractual, cuya base legal no es solo el art. 2080 CC, que así la establece, sino los arts. 235 y 245 de la Constitución, que imponen la responsabilidad personal de los funcionarios públicos y subsidiaria del Estado por los daños materiales y morales que causen por su actuación.

Por último, la *responsabilidad administrativa* es exigible a los peritos que sean funcionarios públicos, de conformidad a lo establecido por la Ley del Servicio Civil u otras leyes secundarias reguladoras de las atribuciones y obligaciones de las diversas profesiones.

209

HONORARIOS

Los peritos nombrados de oficio tendrán derecho a cobrar los honorarios que fije el juez o tribunal, de acuerdo a la ley, salvo cuando reciban un sueldo como peritos permanentes.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 195 a 210 (peritos)

II. COMENTARIO

Los profesionales que designen las partes como peritos estarán unidos a ellas en virtud de un contrato de mandato, conforme dispone el art. 1878 CC, según el cual los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, se sujetan a las reglas del mandato.

Los peritos que ostentan la condición de funcionarios o empleados públicos (médico forenses, agentes de la PNC, empleados de otras instituciones públicas) están unidos a la Administración Pública por una relación de servicio de naturaleza distinta a la referida del contrato de mandato.

Pues bien, aunque todos los peritos que intervienen en el proceso como profesionales liberales o asimilados tienen derecho al cobro de sus honorarios, solo los peritos nombrados de oficio y que no reciban un sueldo como peritos permanentes tienen la facilidad de que el juez o tribunal determine la cuantía de los honorarios que les correspondan por el acto del peritaje. El pago de los mismos lo deberá efectuar la Corte Suprema de Justicia con cargo a su presupuesto.

Según el tenor literal del art. 209, los peritos que sean funcionarios o empleados públicos y no actúen como peritos permanentes ante los tribunales de justicia no están excluidos de la percepción de honorarios por determinación judicial; sin embargo, el cobro de honorarios por los mismos podría ir en contra de los deberes funcionariales que al respecto establezca la Ley de Salarios o equivalente.

210

TRADUCTORES E INTÉRPRETES

Las normas relativas a los peritos regirán, en lo pertinente, respecto de los traductores o intérpretes.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 11 (derecho a intérprete), 195 a 210 y sus concordancias

II. COMENTARIO

Los traductores e intérpretes son en realidad peritos, por lo que su intervención en el proceso se regirá por las normas que han sido comentadas en los preceptos anteriores (arts. 195 a 209 CPP), a los que nos remitimos. No obstante, el régimen jurídico del peritaje ha de adaptarse a la simplicidad del acto de interpretación o traducción de los imputados y testigos que lo requieran con ocasión de su comparecencia en una audiencia.

734

En efecto, el imputado que no comprenda correctamente el idioma castellano tendrá derecho a elegir un traductor o intérprete de su confianza para que lo asista como auxiliar en todos los actos necesarios para su defensa. Cuando no haga uso de ese derecho, se designará inmediatamente de oficio un traductor o intérprete, que deberá apersonarse dentro de las doce horas de recibida la designación (arts. 11, en relación con el 10 CPP).

La misma prescripción, aunque no la exprese el Código, ha de regir para los testigos, porque el deber de testimoniar y la eficacia procesal del testimonio vienen condicionados obviamente a que comprendan el mismo idioma el testigo, el tribunal y las partes.

Tampoco hace mención el Código al supuesto de que el imputado o algún testigo sean sordomudos. Se trata evidentemente de un olvido que debe solventarse con la aplicación subsidiaria de la correspondiente norma del proceso civil, si existe.

No existiría inconveniente alguno en aplicar al proceso penal salvadoreño las siguientes reglas establecidas en la ley española para los imputados y testigos que no supieren el idioma español o fueren sordomudos (arts. 440 y 442 LECRIM):

- a) *Si el testigo no entendiere o no hablare el idioma español, se nombrará un intérprete, que prestará a su presencia juramento de conducirse bien y fielmente en el desempeño de su cargo. Por este medio se harán al testigo las preguntas y se recibirán sus contestaciones, que éste podrá dictar por su conducto. En este caso, la declaración deberá consignarse en el proceso en el idioma empleado por el testigo y traducido a continuación al español.*

- b) *Si el testigo fuere sordomudo y supiere leer, se le harán por escrito las preguntas. Si supiere escribir, contestará por escrito. Y si no supiere ni lo uno ni lo otro, se nombrará un intérprete, por cuyo conducto se le harán las preguntas y se recibirán sus contestaciones. Será nombrado intérprete un maestro titular de sordomudos, si lo hubiere en el pueblo, y en su defecto, cualquiera que supiere comunicarse con el testigo. El nombrado prestará juramento a presencia del sordomudo antes de comenzar a desempeñar el cargo.*

CAPÍTULO VI-BIS

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN PARA TESTIGOS Y PERITOS (8)

210-A

Las medidas de protección previstas en este Capítulo son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos de actos delictivos intervengan en procesos penales, sea en sede administrativa o judicial. (8)

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 2 (derecho a ser protegido en la conservación y defensa de los derechos), 11 (juicio previo), 12 (presunción de inocencia y derecho de defensa), 15 (legalidad del proceso)
- CPP, 9 (inviolabilidad del derecho de defensa), 10 (defensa técnica), 15, inciso 4º (operaciones encubiertas de la PNC), 185 (obligación de testificar), 189 (negativa a declarar), 190, 270 y 271 (prueba anticipada), 192-A (declaración de agentes encubiertos), 194 (falso testimonio), 241.5, 6 y 11 (obligaciones de la Policía con los testigos), 210-B a 210-G (protección de testigos y peritos), 272 y 327 (publicidad del proceso), 315 (comunidad de prueba), 317 (ofrecimiento de prueba), 346 a 348 (declaración de testigos y peritos en el plenario), 349 (interrogatorio de menores)
- PIDCP, 14.3 e) (derecho a interrogar y hacer interrogar a los testigos de cargo)
- CADH, 8.2 d) y f) (derecho de defensa)
- CNUDOT, 24, 25 y 26 (protección de testigos, víctimas e imputados)

736

II. COMENTARIO

A) La necesidad de la protección de testigos y peritos

Con carácter general, hemos de decir que la propia estructura del crimen organizado y el hecho de su extensión en nuestro ámbito, favorecida por la libertad de circulación y la relativa permeabilidad de las fronteras, dificulta extraordinariamente su persecución. Las autoridades, para combatirlo, establecen dispositivos que permiten investigar estas organizaciones delictivas, penetrando en su estructura. Esto ha llevado a las policías de los distintos países a recurrir a diversas técnicas de investigación

criminal, como los confidentes, los agentes infiltrados o encubiertos e, incluso, los arrepentidos.

Por otra parte, se trate o no de confidentes o arrepentidos, para estimular la colaboración de los testigos e imputados, es necesario garantizar su seguridad personal. No basta con regular nuevas técnicas de persecución, si, al mismo tiempo, no se establecen medidas eficaces para proteger a aquellos que han colaborado en la investigación de estos delitos. Ningún imputado será un arrepentido, ningún policía será un agente encubierto y ningún testigo se prestará voluntariamente a declarar, si no se le garantiza adecuadamente su vida y su integridad física. El legislador está obligado a enfrentarse a esa realidad, a ese sentimiento humano que es el miedo, y a la necesidad de neutralizarlo mediante técnicas eficaces que minimicen el riesgo para la seguridad de estas personas.

Es lógico pensar que el testigo no estará dispuesto a decir la verdad si se encuentra amenazado y teme sufrir represalias contra él o su familia. Por ello, la protección del testigo no sólo significa proteger el cuerpo y la vida del testigo y de sus familiares, sino que, además, constituye una condición esencial para conseguir el total esclarecimiento de la verdad, último fin del proceso penal.

Sin embargo, la aplicación de algunas medidas protectoras conlleva, inevitablemente, una disminución de los derechos de defensa del imputado. No es extraño, por tanto, que sea en la lucha contra el crimen organizado donde se sitúa la máxima tensión entre los intereses individuales y los sociales, que constituye una constante en la política legislativa de muchos países de democracia avanzada. Actualmente, se habla de la aparición de un subsistema penal de excepción, que se explica por la potenciación del fenómeno terrorista, unido a la presión ejercida por las grandes “mafias”, fundamentalmente, en torno a la narcodelincuencia, y que no augura, para los próximos años, un robustecimiento del derecho de defensa. Por contra, el gran reto al que se enfrenta el sistema penal contemporáneo es dar una respuesta eficaz al fenómeno del crimen organizado, que, por otra parte, tiene ocasionalmente vínculos estrechos con el fenómeno terrorista. Precisamente, con el propósito de promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada internacional, se aprobó recientemente la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* y los Protocolos que la complementan, instrumento que establece directrices para la protección de testigos y víctimas y al que se hará alusión al final de este comentario.

737

B) Legislación española sobre la protección de testigos y peritos

En España, la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de *Protección de Testigos y Peritos*, ha incorporado a nuestro sistema penal la protección del testigo, del arrepentido y del agente encubierto, permitiendo que la identificación de estos sujetos permanezca oculta

durante el desarrollo de la investigación preliminar, aunque no en el acto del juicio oral. En realidad se contemplan las *siguientes medidas*: a) la ocultación de la identidad del testigo durante la fase de instrucción; b) la reserva de la imagen de los testigos durante todo el desarrollo del proceso; y c) la protección policial de los testigos, a quienes, incluso, se puede proporcionar una nueva identidad y medios económicos para cambiar de residencia y lugar de trabajo. La autoridad judicial, a quien corresponde en exclusiva adoptar estas medidas, deberá analizar la situación de peligro y ordenar la medida de protección más adecuada para neutralizarlo.

El *presupuesto* de la aplicación de las medidas de protección es la *existencia de un peligro concreto para la vida o la integridad física de estas personas*. La existencia de tal situación de peligro se constata teniendo en cuenta las circunstancias del caso, como sucede, por ejemplo, cuando el testigo o sus familiares han recibido amenazas de muerte o anteriormente han sido objeto de atentados contra su vida. No basta, por tanto, cualquier situación de *peligro*, sino que éste *debe ser cierto, concreto y racionalmente grave*. Sin embargo, para la valoración de esta certidumbre no debe aplicarse un criterio rígido. No hay que olvidar que lo que está en juego es la vida de estas personas, y siempre existe un “peligro latente” que les acompaña por el resto de su vida.

738 La Ley, sin embargo, no se limita a reconocer el derecho de las víctimas y testigos en los asuntos criminales de gozar de una adecuada protección cuando corren un peligro cierto, sino que, además, enumera las diversas *medidas de protección* que se pueden adoptar para conseguir este objetivo. Algunas, como *la ocultación de la identidad durante la investigación preliminar* o *la ocultación de la imagen*, se dirigen a preservar la integridad del testimonio, evitando que el testigo pueda ser objeto de presiones antes de declarar ante el Tribunal encargado del enjuiciamiento. Otras, como *la sustitución de la identidad* o *la provisión de recursos*, tienden a garantizar la seguridad personal del testigo durante el desarrollo del proceso e, incluso, después de la audiencia.

El cambio de identidad se pretende lograr a través de la autorización de un cambio de nombre del testigo, del arrepentido o del agente encubierto. Mediante la aplicación de esta medida, que debe comprender el núcleo familiar del interesado, la persona protegida y sus familiares comenzarán una nueva vida. Además, para facilitar el cambio de domicilio y de ocupación, la ley española prevé que quien ha colaborado en la investigación pueda obtener una compensación económica. Es evidente que la sustitución de la identidad no será suficiente, si la persona carece de medios económicos para vivir. De esta manera se asegura, a quien ha colaborado con la justicia, la posibilidad de contar con los medios necesarios para afrontar una nueva vida. Sería, pues, conveniente estudiar la aplicación de medidas similares en El Salvador, en especial para casos cuya gravedad y alarma social lo exijan.

De todas las medidas previstas, la *ocultación de la identidad* de los testigos es la que mayores problemas suscita, precisamente, porque introduce quebras sustanciales en el derecho de defensa del imputado. Sin duda alguna, en su aplicación se expresa un conflicto de intereses: el del Estado en facilitar la persecución y el castigo de esta clase de delitos; el del testigo en poder declarar con plena libertad, sin verse sometido a presiones que puedan recaer sobre su persona o la de sus familiares, y, por supuesto, el interés del imputado en poder ejercer plenamente el derecho de defensa, sin que se vea afectado el principio de contradicción.

Presupuesto del ejercicio del derecho de defensa es que, previamente, se haya informado al imputado del contenido de la acusación. Esta información ha de ser exhaustiva, comprendiendo no sólo el contenido de la acusación, sino también las pruebas que se hacen valer contra el imputado. No basta, por tanto, con la simple información de los hechos que fundamentan la inculpación, sino que también ha de ponerse en conocimiento del acusado el material probatorio en que aquélla se basa, pues sin ello no es posible ejercer adecuadamente el derecho de defensa. Pues bien, si ha de comunicarse al acusado la totalidad de los elementos de prueba de que dispone la acusación, es claro que la ocultación de la identidad del testigo limita el ejercicio de este derecho, al permitir mantener ocultos, durante cierto tiempo, datos determinantes del material probatorio.

739

Ahora bien, si en el momento mismo de su primera comparecencia el testigo ha de revelar su identidad, así como manifestar la relación que mantiene con el procesado y con las otras partes de la causa, es, precisamente, para permitir al imputado poner en duda la credibilidad de su declaración. La ocultación de estos datos provoca una situación de desventaja para la defensa, pues ignorando la identidad del testigo se ve privada de la posibilidad de acceder a las informaciones necesarias para controlar su credibilidad. Un testimonio, u otras declaraciones de cargo, pueden muy bien constituir una mentira o resultar de un simple error, pero la defensa, difícilmente, puede demostrarlo si no posee las informaciones que le proporcionan el medio de controlar la credibilidad de su autor o de arrojar dudas sobre ella.

Por otro lado, la estructuración del proceso penal en dos fases plantea la cuestión de la eficacia probatoria de las actuaciones realizadas durante la investigación preliminar. Las soluciones de las diferentes legislaciones nacionales son muy diversas. Mientras que algunos ordenamientos reconocen un valor prácticamente ilimitado a las declaraciones testificales de la instrucción preparatoria (Francia, Holanda), en otros, en cambio, como los de Austria, Alemania, España, Italia y El Salvador, la regla general es que la prueba se obtenga en el momento mismo del juicio. No obstante, se admite la posibilidad de utilizar las declaraciones anteriores del testigo, pero sólo en los casos de muerte, incapacidad sobrevenida o desaparición; también se admite la posibilidad de confrontación de las declaraciones realizadas en el juicio oral con las prestadas en la

investigación preliminar, en el caso de desviación entre las diversas declaraciones realizadas por el testigo.

La posibilidad de introducir en el juicio, mediante su lectura, las declaraciones realizadas en el curso de la investigación preliminar ha llevado a señalar, críticamente, que en gran medida el resultado del juicio resulta decidido en la investigación previa. Sin embargo, en el momento actual no creemos que sea posible una renuncia absoluta a las limitaciones que las legislaciones imponen al principio de obtención de la prueba en el juicio oral, y los intentos realizados en este sentido tanto España, como en Italia, han fracasado completamente. En efecto, el Tribunal Constitucional italiano ha corregido las disposiciones del código de procedimiento penal que excluye el efecto probatorio de los testimonios realizados en la investigación preliminar, y en España estas mismas limitaciones han sido objeto de críticas muy intensas en el seno de la magistratura.

De cualquier manera, lo que sí es cierto es que toda restricción del principio de producción de la prueba en el juicio oral debe contar con ciertas barreras. En primer lugar, no puede resultar afectado el derecho de defensa y, por lo tanto, el derecho a interrogar a los testigos de cargo. Es preciso, cuando menos, proporcionar al imputado o a su defensor una ocasión adecuada para interrogar a los testigos de cargo sobre el contenido de sus afirmaciones, que en ningún caso pueden constituir el único elemento de prueba para establecer su culpabilidad.

740

Por otro lado, las limitaciones impuestas al principio de producción de la prueba en el acto del juicio oral exigen una determinada compensación que actualice el sistema de obtención de las pruebas. En primer lugar, en relación con las exigencias formales que deben cumplir las declaraciones anteriores, para poder ser leídas en el acto del juicio cuando no sea posible el interrogatorio directo del testigo. Al respecto no sólo es importante obligar al juez de instrucción a dar participación en el interrogatorio al acusador, a las partes civiles y a sus representantes, sino que, además, debe exigirse que el soporte documental del interrogatorio permita un conocimiento completo del contenido de la declaración. Junto a ello, se debería exigir una especial fundamentación por el tribunal de las razones por las que se consideran más creíbles las declaraciones de un testigo que no ha declarado en su presencia, que otro que sí lo haya hecho. Todas esas exigencias están establecidas en los arts. 270 y 271 del Código Procesal Penal salvadoreño, cuyo art. 330.1 permite la incorporación al plenario mediante lectura de los testimonios y pericias que se hayan recibido durante la instrucción conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia personal del testigo o perito, cuando sea posible.

En España tampoco es admisible que la sentencia condenatoria se fundamente, exclusivamente, en *el testimonio indirecto o de referencia (par oui-dire)*. La admisibilidad de este medio de prueba se excluye cuando puede obtenerse la declaración del testigo directo, de acuerdo con la regla de que el testimonio del testigo principal no puede

sustituirse por la declaración del testigo de referencia. Dar valor al testimonio de referencia implica considerar las declaraciones de un testigo que no ha podido ser interrogado por la defensa y, por ello, entre nosotros no se admite que pueda sustituirse el testimonio del informador por el testimonio del agente que obtuvo su declaración.

Esto explica que algunas medidas, conocidas y aceptadas sin dificultad en otros sistemas, como la autorización para guardar el anonimato de los informadores, resulten de imposible aplicación en España. Es evidente que cada sociedad ha de tener sus propias y específicas exigencias, porque los presupuestos históricos, culturales y sociológicos son muy diferentes. El Tribunal Constitucional español ha rechazado la eficacia probatoria del *testimonio anónimo*, pero ha admitido la *posibilidad de que las declaraciones del testigo se produzcan con determinadas precauciones, recurriendo a medios técnicos que permitan obtener la declaración del testigo sin ser visto, ni ser reconocido por su voz*.

En efecto, en la STC 64/1994, de 28 de febrero, se rechazó el testimonio proveniente de la persona que no se identifica, por afectación del principio de contradicción y en base a las SSTEDH de 20 de noviembre de 1989 (caso Kostowski), 27 de septiembre de 1990 (caso Windisch) y 15 de junio de 1992 (caso Ludi). Sin embargo, según referencias jurisprudenciales que recogemos textualmente de E. DE URBANO y M.A. TORRES (La prueba ilícita penal. Aranzadi. Pamplona. España. 1997, pp. 79 a 81), una STS de 17 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 7167), existiendo graves razones para ello, admitió la validez del *testimonio oculto*, que es aquel que se presta por el testigo sin ser visto por el acusado, “ya que en él se posibilita la efectiva contradicción y conocimiento de la identidad de los testigos por lo que quedan a salvo los principios de publicidad, contradicción e igualdad de armas, al permitirse a la defensa del acusado interrogar al testigo, con idénticas posibilidades que el Ministerio Fiscal y documentarse su testimonio en la correspondiente Acta levantada por el Secretario Judicial”.

741

La STS 8 de julio de 1994 (RJ 1994, 6283), relatan los autores mencionados, examina el caso de un testigo que “declaró en el juicio desde el umbral de la puerta de acceso a los estrados de la Sala de vistas, lugar donde podía ser visto por el Tribunal, por el representante del Ministerio Fiscal y por los Letrados defensores de los acusados, así como ser oído por todos los presentes en la Sala. La prueba se practicó de este modo, con la protesta de los Letrados defensores, y el Tribunal Supremo, aunque afirma que es claro que hubo una restricción del principio de publicidad, estima correcta procesalmente la decisión del Tribunal (sentenciador) ya que quedaron debidamente respetados los principios de oralidad, contradicción, defensa e intermediación al haberse permitido a todas las partes su interrogatorio, por lo que no hubo indefensión, ni desigualdad en el trato procesal de las partes, ni lesión del derecho a la prueba ni tampoco del relativo a un proceso con todas las garantías”.

Por último, la STS de 5/12/1988 (RJ 1988, 9365) consideró que la no comparecencia de un testigo en el plenario era “reconducible a la prueba preconstituida practicada con todas las garantías, entendiéndose razonable la incomparecencia de quien ha sufrido un atentado por ejemplo, y no comparece al juicio pero declaró en la fase (de instrucción), a presencia de los letrados de los acusados y su testimonio no fue objeto de discusión”. De la misma manera, la STS 17 de junio 1988 (RJ 1988, 5035) aceptó “esta incomparecencia y la no suspensión del juicio sobre la base del derecho a la tutela efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas de las víctimas, que son, además, acreedoras a que el Estado garantice su seguridad...”.

No obstante lo anterior, se ha objetado que, salvo específica previsión constitucional y legal, el derecho del imputado a estar presente (*confrontation clause*) incluye no sólo el derecho a realizar un interrogatorio cruzado, que en este caso no se ve afectado, sino también el derecho a permanecer físicamente frente a quien declara en su contra (ver comentario al art. 210-D). Se trata de garantizar al acusado que tanto la visión, como la comunicación oral, se encuentren totalmente garantizadas, lo que no sucede cuando el tribunal permite obtener la declaración del testigo sin ser visto, ni ser reconocido por su voz. A pesar de ello, en la persecución de ciertos delitos graves relacionados con la delincuencia terrorista y el narcotráfico se admiten, como hemos visto, excepciones; en el caso español, el denominado *testimonio oculto*, que no es propiamente un testimonio anónimo. En el primero, la declaración del testigo se produce impidiendo que el acusado pueda verle, pero sí puede oírle e interrogarle y, por supuesto, no se le oculta su identidad. En esto, precisamente, se distinguen ambas formas de testimonio.

742

C) Convención Europea de Derechos Humanos

En el sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos, la Comisión, tradicionalmente, había venido reconociendo la validez de los testimonios indirectos y anónimos, aunque subordinando su admisibilidad al doble requisito de que el juez no fundase su convicción exclusivamente en ellos y a que su utilización resultase inevitable y necesaria. Así, por ejemplo, había considerado que no podía exigirse la comparecencia en el proceso de los miembros de los servicios secretos alemanes que habían sido testigos directos los hechos incriminados, y se había admitido que un tribunal autorizase a un oficial de policía a no revelar la identidad de un informador, al que se le habían dado garantías de que se preservaría su anonimato.

Esta situación ha cambiado en los últimos años, al modificar el Tribunal europeo en la última década la interpretación tradicional, subrayando los inconvenientes que conlleva mantener el anonimato de los testigos para los derechos de la defensa del acusado. El Tribunal europeo se ha referido en varias ocasiones a la *imposibilidad de fundamentar una sentencia condenatoria en la declaración de un testigo anónimo*. Para los órganos de la Convención, es claro que los elementos de prueba deben, en principio,

obtenerse ante el acusado, en audiencia pública y en el curso de un debate contradictorio. Esto, desde luego, no supone que las declaraciones realizadas anteriormente, durante la instrucción preparatoria, no puedan utilizarse como elemento de convicción, pero, como he señalado anteriormente, es preciso reconocer al acusado una ocasión adecuada y suficiente para contradecir el testimonio que le incrimina.

Por otro lado, el Convenio europeo no impide apoyarse en fuentes confidenciales, pero su utilización posterior como elementos de prueba exige que se respeten los derechos de la defensa y, por esta razón, no es admisible que una sentencia condenatoria se fundamente, exclusivamente, en una declaración anónima. El Tribunal europeo, sin embargo, no es insensible al problema que para los Estados democráticos representa la lucha contra la criminalidad organizada. Por ello, lejos de desautorizar los métodos de obtener información empleados por las *fuerzas de seguridad* de los diversos países europeos, consistentes en recurrir a *los informadores manteniendo reservada su identidad*, se ha limitado a señalar que *tales informaciones sólo pueden servir para orientar las investigaciones*, sin que puedan utilizarse como indicios que fundamenten una condena.

Con estas limitaciones se intenta evitar el riesgo que para la legalidad del proceso representa proteger el anonimato de los testigos y de los informadores. Con razón se ha señalado, que el anonimato excluye la contradicción, sirve para encubrir las irregularidades en la obtención de las pruebas y hace planear sobre el proceso el espectro del error judicial. A ello se debe, sin duda alguna, la prudencia de los órganos de la Convención al sujetar a tan intensas limitaciones la admisibilidad del testimonio anónimo.

743

D) Legislación salvadoreña sobre protección de testigos y peritos

El régimen de protección de testigos y peritos fue establecido por DL 281/2001, de 8 de febrero, mediante la adición al CPP de los arts. 210-A a 210-G, que establecen un sistema de protección de testigos y peritos parecido al de la ley española, con la salvedad de que no se prevé el cambio de identidad del testigo o perito ni la habilitación de fondos públicos para la reubicación residencial y laboral del mismo.

La intención inicial del legislador parece haber sido la promulgación de una ley especial de aplicación a cualquier tipo de proceso, como lo acreditan los últimos incisos de los arts. 210-D y 210-E, en los que, respectivamente, se hace referencia a la posibilidad de aplicar las normas de protección a procesos distintos de los penales y se menciona por error la palabra decreto (210-E). Sin embargo, finalmente se optó por aplicar las medidas solamente a los testigos y peritos de actos delictivos que intervengan en procesos penales, sea en sede administrativa o judicial, es decir, por razón de su intervención ante la Policía, la Fiscalía o el Órgano Judicial.

Por otro lado, la adopción de las medidas de protección tiene *carácter discrecional*, en el sentido de que tendrá que valorarse previamente por la autoridad que corresponda si existe o no racionalmente una situación de peligro para la persona o bienes del testigo o perito, o para los de sus familiares. Solamente la víctima del delito, sea o no testigo de la causa, establece el Código que tendrá derecho a que no se revele su identidad, ni la de sus familiares, cuando sea menor de edad, lo solicite la propia víctima o la revelación de su identidad pueda implicar un peligro evidente para la misma (art. 13.6 CPP).

Los *destinatarios* de las medidas son, pues, los *testigos y peritos en causas criminales*, y *la víctima del delito* (art. 210-G), sea o no testigo de la causa, cuya protección, como hemos visto, puede tener carácter preceptivo, porque bastará para su aplicación con que la solicite la propia víctima (art. 13.6 CPP), siempre que no afecte al derecho de defensa del imputado. Sobre el concepto de víctima, ha de tenerse en cuenta que, según la ley salvadoreña, aquella no es solamente el sujeto pasivo del delito sino que también son víctimas los perjudicados y ofendidos, directa o indirectamente, por el hecho delictivo (art. 12 CPP). No se mencionan, sin embargo, entre las personas a proteger, a los *imputados* ni a los *miembros del tribunal de jurado*, lo que obviamente constituye una insuficiencia de la ley que debería subsanarse cuanto antes.

744

Desde el punto de vista material, podemos sintetizar las medidas de protección previstas en la legislación salvadoreña de la siguiente forma:

a) *Medidas genéricas de protección policial y asesoramiento legal:*

- La asignación de una protección policial especial que deberá otorgarse desde que exista el más mínimo indicio de peligro hasta que dicho peligro racionalmente pueda darse por finalizado, lo que, por lo general, ocurrirá bastante después de que haya concluido el proceso.
- Como instrumento de dicha protección, la ley dispone específicamente que se le facilite a la persona protegida un vehículo oficial y que se emplee un local reservado, para su uso exclusivo, convenientemente custodiado, donde deberá prestar testimonio. El local en cuestión deberá facilitarse a la persona protegida allá donde sea requerida oficialmente su comparecencia (Policía, FGR, Juzgado o Tribunal).
- Además, se establece una posible protección jurídica e incluso psicológica, en el sentido de que la persona amenazada deberá recibir, si lo solicita, asesoría legal gratuita sobre aspectos relacionados con su situación procesal. Dicha asesoría debe ir acompañada lógicamente de medidas de protección

complementarias contra cualquier tipo de amenaza, hostigamiento y daños, lo que incluye el ejercicio de la acción penal por la FGR contra quienes amenazaren o inquietaren de alguna manera al testigo o perito.

b) *Medidas de preservación de la identidad e imagen del testigo o perito durante la fase de instrucción:*

- La no constancia en las diligencias judiciales de cualquier dato que permita la identificación del testigo o perito: nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo, profesión.
- La asignación a aquellos de un número o clave secreta para su identificación procesal.
- La realización de las citaciones y notificaciones de manera reservada.
- La utilización, durante la práctica de cualquier diligencia, de cualquier medio que imposibilite su identificación visual: mamparas de separación, uso de pelucas y gafas, etc.
- El establecimiento durante las comparecencias del testigo o perito de una *zona reservada fuera de la sala de audiencia*, debidamente custodiada, donde permanecerán antes y durante su declaración.
- La prohibición de hacer fotografías al testigo, perito o víctima protegidos y de registrar su imagen por cualquier medio de reproducción, debiendo confiscarse o secuestrarse en el acto el material fotográfico o filmico utilizado para la reproducción de la imagen de la persona protegida.

745

c) *Medidas de preservación de la imagen, pero no de la identidad, durante la fase del juicio plenario:*

- La ubicación del testigo o perito en una *zona reservada fuera de la sala de audiencia*, debidamente custodiada, donde permanecerá antes y durante su declaración.
- La prohibición de reproducir la imagen de la persona protegida por cualquier medio.
- La utilización, durante la declaración del testigo o perito, de medios que impidan que sea visto por el imputado.

d) *Medidas posteriores a la celebración del juicio oral*

- Notificación de la sentencia recaída en primera y segunda instancia.
- Información sobre la posible evasión o próxima puesta en libertad del condenado.

Como vemos, algunas de las medidas de protección son de carácter extraprocesal y, por tanto, intrascendentes desde el punto de vista de la afectación del derecho de defensa; otras, por el contrario, deben ponderarse en su aplicación en función de su alcance procesal. Son *medidas extraprocesales*: la protección policial, la puesta a disposición de un vehículo oficial, la prohibición de hacer fotografías y la obligación de facilitarles asistencia legal e información sobre el desarrollo y resultado del proceso y sobre la situación personal del imputado. Son *medidas procesales*: la preservación de la imagen e identidad del testigo o perito durante la instrucción y la preservación de su imagen y restricción de la publicidad durante el plenario o práctica de prueba anticipada.

746 La ocultación de la identidad del testigo, incluso si se trata de la víctima del delito en los casos previstos en el art. 13.6 CPP, solo puede tener lugar hasta el preciso momento de la celebración del juicio oral. Si leemos detenidamente el art. 210-D del CPP, se observa, por una parte, que la preservación de la identidad, mediante el empleo de las medidas que establece el precepto, se hará *sin perjuicio de la acción de la contradicción que asiste a la defensa del procesado*, y, por otra, la no revelación de la identidad del testigo se refiere específicamente *a las diligencias que se practiquen* (sic), pero no al acto supremo del plenario. Durante el mismo, el derecho de defensa exige conocer con cierta antelación la identidad del testigo o perito, con el fin, si fuera preciso, de acreditar su falta de credibilidad o la existencia de un motivo de falta de idoneidad en el perito.

El art. 315 CPP establece que, presentada la acusación, el juez de instrucción pondrá a disposición de todos los convocados a la audiencia preliminar las actuaciones y las evidencias, para que puedan consultarlas en el plazo común de cinco días. Obviamente, dicha norma no será de aplicación en el caso de que por la autoridad judicial correspondiente -juez de instrucción y ratificación posterior del tribunal de sentencia- se aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes del testigo -sea o no víctima del delito- y del perito, de su cónyuge o familiares (art. 210-B CPP). Al respecto, para la víctima del delito, el art. 13.6 CPP establece el derecho a que no se revele su identidad ni la de sus familiares; y para los testigos y peritos en situación de riesgo, el art. 210-D prevé la misma medida de preservación de la identidad.

La preservación de la imagen del testigo protegido en determinadas circunstancias no tiene porqué afectar a la regularidad del proceso, aunque existen procesalistas que opinan lo contrario (ver comentario al art. 210-D).

También resulta legítima, siempre que existan razones para ello, limitar la publicidad de la audiencia mientras declara el testigo o perito protegido. El art. 327, inciso 1º. CPP, que se reitera básicamente en el art. 272 CPP, establece que el tribunal podrá ordenar por resolución fundada la reserva parcial o total de un acto procesal cuando, entre otras razones, lo exija el interés público o esté previsto en una norma específica. En el caso de la protección de testigos y peritos, existe un interés público en el correcto funcionamiento del derecho estatal a la persecución penal y en la efectividad del derecho de la víctima a la tutela judicial. La posibilidad de declarar en una “zona de exclusión” (art. 210-D, letra e, CPP) o en un “local reservado para el uso exclusivo” (letra g. del mismo artículo) del testigo o perito protegido es, por otra parte, la norma específica a que aluden los arts. 272 y 327, habilitantes de la no publicidad.

Es más, no sería descabellado dar validez a la declaración por videoconferencia desde un lugar alejado de la sala de audiencia. El imputado presenciaria la declaración a distancia, pudiendo siempre comunicarse telefónicamente con su abogado. Lo ideal, no obstante, es que se produjese una modificación puntual del Código en ese sentido, que regulase también el testimonio a distancia de los testigos o peritos residentes en el extranjero. Al respecto, la declaración debería realizarse en la fase de instrucción y darle valor de prueba anticipada, para lo que sería preciso levantar un acta y remitirla al tribunal de sentencia con la correspondiente grabación y la expresa manifestación del juez y las partes sobre la fiabilidad del resultado de la diligencia.

747

Debe tenerse en cuenta que la existencia de temor fundado de que un testigo se oculte o ausente constituye un presupuesto de la declaración testifical anticipada (arts. 190, 270 CPP), que serviría para probar los hechos en el plenario mediante su lectura (art. 330.1 CPP). La referencia del art. 190 CPP a la posibilidad de que un testigo se oculte o ausente se puede conectar lógicamente a la amenaza y al miedo como causa de dicho comportamiento. En esa situación podría incluso hablarse de irreproducibilidad de la declaración en el juicio oral en términos de veracidad. Este, precisamente, parece ser el fundamento del art. 270, inciso 5º, CPP, adicionado por DL 487/2001, de 18 de julio, a cuyo tenor “en los casos de delitos relacionados con el crimen organizado, se entenderán necesaria la práctica de cualquiera de las diligencias mencionadas en este artículo.

Para finalizar, teniendo en cuenta las medidas concretas de protección que establece la ley salvadoreña y los destinatarios de las mismas, se pone de manifiesto su insuficiencia y la eficacia relativa de las mismas. La realidad del país son las graves y frecuentes amenazas a los testigos de graves hechos delictivos, cuando no, en casos extraordinarios, la simple eliminación de los mismos. Dicha realidad debe ser enfrentada

por las instituciones públicas que intervienen en la investigación y enjuiciamiento de los delitos, a partir del convencimiento de que la drástica reducción del grado de impunidad y la percepción de ello por la opinión pública es el medio más eficaz de protección de quienes se ven obligados, moral y jurídicamente, a colaborar con la administración de justicia.

E) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

La Convención de las Naciones Unidas contra Delincuencia Organizada Transnacional fue aprobado por la Asamblea general de las Naciones Unidas en su sesión de 15 de noviembre de 2000, encontrándose actualmente en el proceso de ratificación por los Estados miembros y organizaciones regionales de integración económica, proceso que finalizará el 12 de diciembre de 2002. La Convención, por otra parte, viene complementada por el Protocolo *para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire*. Se encuentra en fase de elaboración, por último, un proyecto de *Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones*.

748 El propósito de la Convención es promover la cooperación internacional para prevenir y combatir más eficazmente la *delincuencia organiza-da transnacional* (art. 1), que se caracteriza (*delitos transnacionales*) por las siguientes notas de carácter alternativo: a) se trata de delitos que se co-meten en más de un Estado; b) que se cometen dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) que se cometen dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) que se cometen en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

Dentro de estos parámetros, la Convención tiene por finalidad la prevención, investigación y enjuiciamiento de los siguientes delitos transnacionales: 1) los delitos castigados con penas de privación de libertad de al menos cuatro años, cuando esos delitos, que se califican de graves, sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado; 2) los delitos de participación en un grupo delictivo organizado; 3) el delito de corrupción; 4) los delitos de blanqueo del producto de los anteriores delitos o de otros delitos determinantes que se establezcan en cada Estado; y 5) el delito de obstrucción a la justicia.

A tales efectos, se entiende por *grupo delictivo organizado* el grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u

otro beneficio de orden material. Por *grupo estructurado* se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada. Por *delito determinante*, todo delito del que derive un producto que pueda pasar a constituir materia del delito de blanqueo de capitales que regula la Convención.

Pues bien, en el marco de la Convención, cuyo contenido esencial hemos sintetizado dada su novedad, merece particular atención *el régimen establecido para protección de testigos y víctimas*, e incluso *de imputados* o posibles imputados que presten su colaboración con la justicia.

En materia de protección de los testigos (art. 24), cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.

Las medidas de protección previstas, señala el art. 24 de la Convención, podrán consistir, entre otras, “sin perjuicio de los derechos del acusado, incluido el derecho a las garantías procesales”, en:

- a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y lo posible, su reubicación -a cuyo efecto podrán celebrarse acuerdos con otros Estados para la mencionada reubicación-, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información relativa a su identidad y paradero;
- b) Establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo aceptando el testimonio por conducto de tecnologías de comunicación como videoconferencias u otros medios adecuados.

Idénticas medidas de protección se prevén para las víctimas en el caso de que actúen como testigos (art. 25) y para quienes, estando participando o habiendo participado en grupos delictivos organizados de carácter transnacional, colaboren de manera eficaz en la investigación y enjuiciamiento de los delitos objeto de la Convención, a cambio de determinadas ventajas procesales y penales, que pueden incluso llegar a la inmunidad judicial (art. 26).

Se prevé también, como medio indirecto de protección de los testigos y peritos, la tipificación del delito de obstrucción de la justicia a través del uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio

indebido para inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso en relación con la comisión de uno de los delitos comprendidos en la Convención. La misma conducta debe quedar penalizada cuando se trate de obstaculizar, con los mismos casos, el cumplimiento de sus deberes por funcionarios judiciales y administrativos (policiales, fiscales,...) encargados de la persecución penal de los delitos objeto de la Convención.

Finalmente, en el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas*, especialmente mujeres y niños, se establece un régimen de asistencia, protección y repatriación de víctimas de la trata de personas (arts. 6, 7 y 8). Y en el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire*, se prevén también medidas de protección, asistencia y repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito (arts. 9, 16 y 18).

F) Convención Interamericana contra la Corrupción

750 La Convención Interamericana contra la Corrupción conforma un instrumento internacional de los Estados Americanos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar en régimen de cooperación interestatal, los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas. Fue suscrita en la ciudad de Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996, por el Gobierno de la República de El Salvador, y ratificada por la Asamblea Legislativa mediante DL 351/1998, de 9 de julio (DO No. 340, de 17 de agosto de 1998).

La Convención es aplicable a los *actos de corrupción* (art. VI) consistentes en el requerimiento, aceptación, ofrecimiento u otorgamiento, cualquiera que sea la forma de participación delictiva (autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor...), de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de las funciones públicas, así como el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de las acciones anteriores.

La Convención tipificada también los delitos de soborno transnacional y de enriquecimiento ilícito. Por delito de *soborno transnacional* (art. VIII) se entiende “el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial”. Por *delito de enriquecimiento ilícito* (art. IX), se considera “el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”.

Por último, los Estados Americanos se obligan a tipificar en sus legislaciones nacionales delitos tales como el aprovechamiento de *información privilegiada*, uso o *aprovechamiento indebido de bienes estatales* o paraestatales, *tráfico de influencias* y *malversación de caudales públicos* (art. XI).

Pues bien, para luchar eficaz y preventivamente contra dichos delitos se disponen, entre otras medidas, la creación, mantenimiento y fortalecimiento de “sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno” (art. III, numeral 8).

Como se ve, la protección no solo va encaminada a proteger a quienes, por su intervención como testigos en un proceso sobre actos de corrupción y asimilados, estén en situación de peligro grave, en los términos del art. 210-B, sino que con la protección se pretende favorecer la denuncia de los delitos de corrupción, infiriéndose del art. III, numeral 8, de la Convención que se mantendrá el anonimato del denunciante e incluso que se investigará la denuncia anónima; sin embargo, cuando el denunciante devenga testigo en el proceso, el derecho de defensa impedirá que, al menos durante el juicio oral, se oculte su identidad al imputado y a su defensor, en los términos que hemos visto con anterioridad.

751

210-B

Para que sean de aplicación las disposiciones del presente Capítulo será necesario que la autoridad correspondiente, sea de oficio o a solicitud de parte, aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en el mismo, o su entorno familiar, comprendiéndose en él a su cónyuge, o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos. (8)

210-C

Cualquier persona que a título de testigo o perito encuadre en la previsión del artículo 210-A, podrá solicitar que se preserve su identidad personal por el medio que la autoridad competente considere idóneo. (8)

I. CONCORDANCIAS

- Ver concordancias del art. 210-A

II. COMENTARIO

A) Introducción

El Capítulo VI-Bis del Código Procesal Penal (arts. 210-A al 210-G), relativo al *Régimen de protección para testigos y peritos* e incardinado dentro del Título V, que trata de los “Medios de prueba”, fue introducido por DL 281/2001, de 8 de febrero (DO 13/2/2001), y configura una regulación de la materia inspirada parcialmente en la Ley Orgánica española de 23 de diciembre de 1994.

Al igual que esta última y otras en el ámbito del Derecho comparado (Ley de Puerto Rico 307/1998, de 23 de diciembre, sobre Derechos de las Víctimas y Testigos) la reforma salvadoreña enfrenta el problema de los riesgos y el temor que en ocasiones sufren quienes colaboran con la Administración de Justicia en calidad de testigos o peritos.

752 En el Código Procesal Penal, con anterioridad a la citada reforma, se preveían solamente medidas de protección para las víctimas (art. 13.6 y 7). La reforma que comentamos las mantiene y amplía (art. 210-G), estableciendo nuevas medidas de protección para cualquier testigo o perito en situación objetiva de peligro grave para su persona y bienes, así como para los de su entorno familiar. Sin embargo, no se mencionan, como sujetos de protección, a los miembros del tribunal de jurado ni a los que siendo imputados deseen colaborar con la administración de justicia (arrepentidos).

Como es de notorio conocimiento, en el curso de más de un proceso penal en nuestro país, los testigos principales o testigos clave han sufrido represalias e incluso han sido asesinados por los propios acusados o condenados o a través de sicarios, con el fin de impedir que aporten datos objetivos al proceso o como represalia por los ya aportados.

Tan dramática situación justifica sobremanera las medidas de protección introducidas en febrero de 2001 en el Código Procesal Penal, que vienen a compensar la situación de desequilibrio de quienes, por una parte, se ven jurídicamente obligados a colaborar con la justicia y, por otra, se encuentran de facto desprotegidos de las graves consecuencias que puede traer consigo dicha colaboración. MORENO CATENA, refiriéndose al deber de colaboración con la Administración de Justicia (*La protección de los testigos y peritos en el proceso penal*, en Revista Justicia de Paz, No. 6, San Salvador, p.6), señala acertadamente que para el ciudadano únicamente han existido deberes, ya sea como víctima, testigo, perito o jurado. El Estado los ha utilizado como

meros instrumentos de su política interna respecto del proceso penal, pues se les compele a cumplir con el deber de ciudadano (deber de denunciar: 229 CPP; deber de comparecer y testificar: 185 CPP; deber de cumplir con el cargo: 195 CPP) y se les constriñe, en caso de incumplimiento, con la imposición de severas sanciones penales, con independencia del uso de la fuerza para obligarlos a comparecer ante el tribunal.

Ha existido, por tanto, tradicionalmente, una despreocupación del ordenamiento jurídico por las necesidades y problemas de los ciudadanos que colaboran con la Administración de Justicia, quienes, en el trance de introducir pruebas de cargo en el proceso penal, se enfrentan a una serie de presiones que pueden influir en el cumplimiento de su deber. Podemos referirnos en este sentido a determinados factores endógenos y exógenos condicionantes o perturbantes de las declaraciones de los testigos y peritos. Entre los factores endógenos se encuentran los anímicos, psíquicos, morales o espirituales, tales como los sentimientos de repudio o de piedad por el hecho o su autor; entre los factores exógenos o externos, el temor del testigo o perito a sufrir un daño en su persona o seres queridos para evitar su colaboración con la justicia o como represalia por la misma.

Por todo ello, se ha de concluir diciendo que la adopción de medidas de protección de testigos y peritos constituía una urgente necesidad y viene a llenar un clamoroso vacío legal de nuestra legislación procesal penal.

753

La mayor parte de las medidas establecidas (arts. 210-D, 210-E y 210-F) no ofrecen problema procesal alguno, Sin embargo, otras sí pueden suscitar problemas de articulación con los principios rectores del proceso penal, debiendo afirmarse de antemano que desde el punto de vista técnico-jurídico debe existir un balance adecuado entre la protección a las víctimas y testigos y el respeto al derecho de defensa, material y técnica, del imputado, derecho que está garantizado por la Constitución, el Código Procesal Penal y determinados Tratados y Convenciones Internacionales ratificados por nuestro país (art. 144 Cn).

Hay que resaltar, en consecuencia, no sólo las ventajas de las reformas aludidas, sino también los conflictos que su aplicación puede tener respecto a otros derechos igualmente vigentes y válidos en el proceso penal, que incluso son derechos fundamentales, por lo que darían lugar a enjuiciar su constitucionalidad y, en su caso, a declarar su inaplicabilidad (art. 185 Cn). De igual manera, hemos de resaltar los problemas prácticos, los vacíos o lagunas aún existentes y, en consecuencia, los aspectos que aún debe adecuar el legislador, pero sobre todo llevar a cabo el Ejecutivo o el Ministerio Público para garantizar una protección real y efectiva de los testigos, peritos y víctimas, así como de los propios imputados y miembros del Tribunal del Jurado.

B) Los presupuestos legales para la protección

Los arts. 210-B y 210-C del CPP establecen los requisitos necesarios para la aplicación del régimen de protección que estamos considerando. Al respecto, habrá que determinar qué ha de entenderse por autoridad competente para la adopción de las medidas, quiénes son las personas objeto de protección, cuál es el alcance de la *apreciación racional del peligro grave* para las personas como requisito material de la protección y, finalmente, tomar en consideración las cuestiones relativas al impulso procesal o extraprocesal de las medidas, los aspectos formales para su adopción, el momento procesal en que han de adoptarse y la duración de las mismas.

a) Autoridad competente

Por *autoridad competente*, se ha de entender todos los operadores de la Administración de Justicia que sean competentes en la causa específica en la que el testigo o perito ha de intervenir; es decir, las autoridades pertinentes de la *Policía Nacional Civil*, en sus distintas Divisiones (Seguridad Pública, Investigación criminal, Antinarcostráfico, Finanzas, Protección de Personalidades Importantes, entre otras); los titulares de las unidades jerarquizadas de la *Fiscalía General de la República*, y los *jueces y tribunales* de la República competentes para el conocimiento de la causa concreta en que haya de intervenir la persona objeto de protección (arts. 52 a 55 CPP). Todas esas autoridades deben apreciar racionalmente el riesgo que pueda correr el testigo y perito, estando facultadas y obligadas a adoptar las medidas a que se refieren los arts. 210-D, 210-E y 210-F del CPP, cada uno en el ámbito de su respectiva competencia. Ahora bien, de entre todas ellas, la responsabilidad máxima en la adopción y seguimiento de las medidas de protección corresponde a los jueces y magistrados, a cuyo efecto el CPP les confiere amplias facultades de coordinación y de coacción cuando sea necesario (arts. 267 y 126) y el más elevado protagonismo en la protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos (art. 2 Cn).

754

Es de aclarar que la competencia para adoptar las medidas de protección dependerá tanto de la naturaleza de las mismas como del momento o etapa procesal en que sea necesaria su adopción. Si el grave peligro o riesgo surge durante las primeras diligencias iniciales de investigación, aquéllas han de ser adoptadas por la Policía previa comunicación a la Fiscalía. Pueden posteriormente ser sometidas a ratificación o revocatoria por el juez de paz o de instrucción que conoce del proceso. Si el peligro, riesgo o amenaza surge tras el requerimiento fiscal, definitivamente serán de competencia del juez o tribunal que conoce de la causa. Por último, corresponderá al tribunal de sentencia, mediante la oportuna información en su caso del Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, dar cumplimiento a las medidas de información previstas en las letras a), b), d) y e) del art. 210-F CPP.

b) Concepto de testigo y perito a efectos de protección

A efectos de las normas de protección, debe adoptarse un concepto amplio de testigo y perito. En sentido estricto, en efecto, no basta para ser testigo o perito, respectivamente, con haber presenciado los hechos o ser un experto en determinada arte o ciencia, sino que aquellas calidades y sus responsabilidades como tales surgen a partir del llamamiento judicial, es decir, a partir del momento en que una persona es emplazada judicialmente para comparecer ante el juez o tribunal y es intimada a decir verdad como testigo o a actuar fielmente como perito (MORENO CATENA, *idem*, p.8). Procesalmente hablando, pues, la calidad de testigo o perito surge a partir del llamamiento judicial y del preceptivo juramento o promesa, salvo casos legales de abstención o recusación.

Ahora bien, en un sentido amplio, que es el que utilizan los preceptos que estamos comentado, se es testigo o perito desde el mismo instante en que existe la probabilidad de llegar a serlo en un proceso determinado. Al respecto, se hace necesario insistir en la distinción entre *actos de prueba* propiamente dichos y *actos de investigación*: estos últimos tienden a la búsqueda de las fuentes de información, mientras que los primeros pretenden lograr la convicción del juzgador en el juicio oral (GIMENO SENDRA, Vicente y otros, *Derecho procesal. El proceso penal*, Tomo II, Tirant lo blanch, 3ª Edición, Valencia, 1993, p.297). En ese sentido, la persona que ha presencia determinados hechos constitutivos de delito es ya un portador de información útil para el proceso, aunque técnicamente aún no merezca la calificación procesal de testigo. Esa persona es ya objeto de injerencia estatal por el solo hecho de ser un posible portador de información, pudiendo ser entrevistada por la Policía (art. 241 No. 6 CPP), ser objeto de medidas coercitivas para que no se aleje del lugar ni pueda comunicarse con otros testigos (art. 241 No. 5 CPP) y ser ofrecido como tal, es decir como fuente de prueba, por parte del fiscal (art. 314 No. 5, 317 CPP) o de la defensa (art. 316 No.13 CPP).

755

En definitiva, quien por su relación con la comisión del hecho delictivo es previsible que sea llamado al proceso en calidad de testigo, se puede ver sometido a factores endógenos (sentimientos, prejuicios, temores) y exógenos (amenazas, recompensas, promesas) que condicionan la espontaneidad e incluso la veracidad de su testimonio, pudiendo ser objeto potencial de represalias o amenazas no sólo por el mero conocimiento que de los hechos tiene sino sobre todo por su colaboración obligada con la administración de justicia. Lo mismo puede suceder con quien es llamado al proceso en calidad de perito. Los factores de riesgo se incrementan si se tiene en cuenta que legalmente los datos relativos a la identificación y localización de la persona portadora de información (testigo, perito) deben figurar en la acusación para que sea del conocimiento de la contraparte (imputado y su defensa), conforme a los principios generales de comunidad de la prueba y de publicidad de los actos procesales (art. 272 CPP), los cuales podrán entrar en contradicción con algunas de las medidas de protección a testigos y peritos, aunque deben prevalecer estas, salvo cuando su

aplicación afecta al derecho de defensa, única excepción que contempla el inciso primero del art. 210-D del CPP. Como ejemplo práctico de lo anterior, la prueba testifical, según el Código, ha de ofrecerse presentando una *lista de testigos*, con indicación del nombre, profesión, residencia o lugar donde puede ser localizado, con indicación de los hechos o circunstancias que se pretenden probar con su testimonio, so pena de ser inadmisibles tal ofrecimiento, siendo precisamente este trámite el que debe mantenerse en reserva para el imputado y su defensor hasta momentos antes del juicio oral.

Utilizando la terminología de HART, cuando una regla colisiona con otra de igual rango o linaje, la una deroga a la otra o se convierte en una excepción. A partir de ello podemos afirmar, con alguna matización que luego haremos, que las medidas de protección a testigos y peritos plasmadas en los arts. 210-A al 210-G CPP constituyen una excepción a la regla prescrita en los artículos 272, 314, 317 y 327 CPP y no una derogatoria.

c) *La apreciación racional del peligro grave*

756

Para aplicar alguna de las medidas de protección que la ley prevé, será necesario que exista la *apreciación racional de un peligro grave* a que alude el art. 210-B del Código. Desde el punto de vista material, la situación de riesgo o peligro debe afectar “a la persona, libertad o bienes de quien pretende el amparo de la autoridad” (art. 210-B CPP), lo que remite prácticamente a los derechos individuales del art. 2 Cn: “toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen...”. Desde el punto de vista subjetivo, se protege no solo los derechos e intereses de los testigos y peritos sino también los de su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad, sus ascendientes, descendientes o hermanos. Para aplicar las medidas de protección, no basta la mera solicitud a la autoridad correspondiente o el simple arbitrio de la misma, sino que deben existir circunstancias objetivas que hagan colegir a la autoridad la existencia real de ese peligro. No es suficiente el simple temor del testigo o perito, sino que ese temor debe estar objetivamente fundado, lo que ha de inferirse de la naturaleza y gravedad del hecho investigado o enjuiciado, de las circunstancias personales, familiares y sociales del imputado, así como de todo otro dato objetivo de relevancia. No obstante, dados los intereses en juego, el juez debe ser generoso en la concesión de las medidas de protección.

d) *El impulso de las medidas*

La ley prevé que las medidas de protección pueden adoptarse de oficio o a instancia de parte por cualquier persona que a título de testigo o perito encuadre en la previsión del art. 210-A.

Aunque el referido precepto no lo mencione, si el testigo o perito no solicita la protección, estarán legitimados para pedirla su cónyuge y familiares cercanos.

e) *Su formalización*

La *formalidad* de la adopción de las medidas dependerá de su naturaleza y calidad. Señala MORENO CATENA (Ídem, p. 13) que hay medidas que afectan el desarrollo del proceso y otras que no lo afectan; de ahí, para adoptar aquellas medidas que en nada perturban la marcha del proceso, que son por lo general de naturaleza extraprocesal, bastará la mera decisión policial (art. 241 No. 11 CPP) o fiscal (art. 240 CPP), pudiendo ordenarse en forma verbal, y sin necesidad de hacerlo del conocimiento del imputado y la defensa, como son la protección policial especial o la conducción en vehículo oficial.

Hay otras medidas que tienen incidencia en el proceso penal, en cuanto que son susceptibles de afectar el derecho a la defensa, por lo que, pese a que el legislador no precisa que deben aceptarse por escrito, se entiende que han de tomarse mediante resolución escrita, en forma de auto, debidamente motivada.

La fundamentación de la decisión que ordene la adopción de la medida de protección debe hacerse conforme al art. 130 CPP, por lo que deberá el juez o tribunal fundamentar la resolución tanto *fáctica* (descriptiva e intelectivamente) como *jurídicamente*, a cuyo efecto hará la debida *ponderación* de los intereses en conflicto. Aunque no lo exige el art. 130 CPP, en toda decisión que afecte derechos fundamentales debe hacerse dicha ponderación. El art. 4.1 Ley Orgánica 19/1994 española establece ese deber de ponderación. Si la decisión no está fundamentada, adolecerá de nulidad (art. 130, 224 No. 6 y 225 CPP).

757

f) *Duración de las medidas*

Las medidas de protección pueden tener carácter provisional o permanente. En el caso de las medidas de protección adoptadas por la legislación salvadoreña, todas son de carácter provisional, ya que no se prevén medidas permanentes de protección como son el cambio de identidad del testigo o su reubicación en otro lugar del territorio nacional o en el extranjero. En los países donde es posible esta última medida, podemos hablar de medida de protección de carácter definitivo o cuanto menos permanente, porque el testigo o perito y su entorno familiar adoptan una nueva identidad, para lo cual el Estado les proporciona nueva residencia, nuevo trabajo y facilidades para llevar a cabo una nueva vida. A diferencia del caso español, el legislador salvadoreño omitió la adopción del cambio de identidad que regula la parte final del art. 3.2 de la citada Ley Orgánica 19/1994 española, a cuyo tenor “en casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo”.

La no adopción de ese tipo de medida en El Salvador podría obedecer a razones técnico-jurídicas o meramente económicas. Desde luego, el cambio de identidad del testigo y familiares no supondría un delito de falsedad material e ideológica porque habría una causa de justificación o de exclusión de la responsabilidad penal (art. 27.3 CP), pero sería conveniente avalar el cambio de identidad mediante la oportuna modificación legislativa que autorice las necesarias modificaciones en el registro de personas naturales. La motivación *económica* deriva de que un programa eficaz de protección de testigo costaría al erario público muchos recursos económicos, aunque la impunidad reinante en el país aconsejaría hacer ese esfuerzo económico en casos delictivos de especial gravedad, porque el prestigio, por el momento muy escaso, de la administración de justicia salvadoreña se ha de cimentar a partir de la resolución exitosa de gravísimos delitos, impunes hasta el momento, que están en la mente de todos.

No creo, pues, que exista impedimento legal alguno para que el Estado facilite otra identidad a los testigos o peritos que estuvieran en grave riesgo por su actuación en determinado proceso penal, siempre que ese cambio de identidad tuviese lugar con posterioridad al juicio oral.

758 Respecto a la falta de *capacidad económica* para adoptar un programa de protección de testigos de esa magnitud, dicho problema podría solventarse en el ámbito de cooperación entre los Estados centroamericanos, que se facilitaría ahora con los avances en materia de integración regional. Solo bastaría un poco de imaginación para poder brindar este tipo de protección a los testigos. Mas bien considero que esta omisión se ha debido a la falta de voluntad para crear este tipo de medidas como las que España ya ha adoptado, que funcionan desde hace mucho tiempo en los Estados Unidos de América y que en El Salvador se vuelven necesarias y urgentes.

g) Régimen de impugnación

A diferencia de la ley española, que establece en el art. 4.2 que las medidas adoptadas podrán ser objeto de recurso de reforma o súplica, el legislador salvadoreño no estableció la posibilidad de impugnación de las medidas, lo que constituye un vacío legal que debe cuanto antes solventarse.

En mi opinión, la adopción de las medidas que de alguna manera limita el derecho de defensa pueden ser objeto de revocatoria (art. 414 CPP), como trámite previo en un eventual recurso de casación por vicio de la sentencia (arts. 362.3 y 421 CPP). Hay que tener en cuenta, en este sentido, que el tribunal sentenciador puede o no ratificar en la fase de juicio oral determinadas medidas de protección adoptadas por el juez de paz o de instrucción.

La admisión del recurso de casación exige, por cierto, que el interesado haya reclamado oportunamente su subsanación o haya hecho protesta de recurrir en casación,

salvo en los casos de nulidad no subsanable, cuando se trate de los vicios de la sentencia o de la nulidad del veredicto del jurado.

210-D

Apreciada la circunstancia de peligro o riesgo, la autoridad actuante, adoptará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos o peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar entre otras las siguientes decisiones:

- a) **Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave que se mantendrá en reserva.**
- b) **Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.**
- c) **Que las citaciones y notificaciones se cursen reservadamente a su destinatario.**
- d) **Que el testigo o perito sea conducido en vehículo oficial.**
- e) **Que se establezca una zona de exclusión para la recepción del testigo o perito, así como para tomar sus declaraciones.**
- f) **Que se le brinde protección policial especial, y,**
- g) **Que se emplee un local reservado para su uso exclusivo, convenientemente custodiado, donde deba prestar testimonio.**

Las medidas a que se refieren los literales a) y g) cuando se trate de procesos penales quedan libradas a su adopción por el Juez competente. (8)

I. CONCORDANCIAS

- Ver las del art. 210-A

II. COMENTARIO

Hemos comentado anteriormente quién es la autoridad competente para la adopción de estas medidas, que pueden disponerse de oficio o a petición de parte. La decisión al respecto no debe ser arbitraria, subjetiva o caprichosa, sino que la autoridad que la adopte deberá apreciar racionalmente la existencia de un peligro grave en el testigo o perito. Dependiendo del tipo de medida de que se trate, podrá tomarse verbalmente o mediante resolución por escrito, que deberá estar debidamente fundamentada mediante la ponderación de los intereses en conflicto.

En general, las medidas que se relacionan en el art. 210-D pretenden preservar la identidad de los testigos o peritos para garantizar su protección ante eventuales riesgos o peligros. Analizaremos a continuación cada una de las mismas transcribiendo previamente su contenido:

- a) *Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave que se mantendrá en reserva*

760 Se trata de mantener y manejar bajo estricta confidencialidad la información sobre la identidad del testigo o perito, como son su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, o cualquier otro dato o información que pueda identificarle. Para tal efecto, el legislador prevé que, para referirse al testigo o perito, se utilice un número o cualquier otra clave que ha de mantenerse en reserva.

El testigo en situación de peligro serio tiene derecho a exigir que se mantenga la confidencialidad de la información sobre su dirección y números telefónicos cuando así lo estime necesario para su seguridad personal y la de sus familiares. A estos fines, la dirección residencial y de negocio, así como los números de teléfonos de una víctima o testigo de un crimen, deben mantenerse bajo estricta confidencia.

Ello implica la reserva para las partes procesales y terceros de todo informe, papel, dibujo, fotografía, documento archivado en el tribunal o cualquier otro que se relacione con el delito y que esté en posesión de cualquier funcionario o empleado público, incluyendo el fiscal, la policía o empleados del tribunal. Por otra parte, existe el deber de que ningún funcionario o empleado público divulgue la información sobre la dirección y teléfonos de la víctima o testigo.

Como ya se ha referido con anterioridad, este derecho también le asiste a la víctima (art. 12 No. 6 y 7 CPP) cuando fuere menor de edad, cuando su revelación implicare un peligro para sí misma o para su familia o cuando la víctima lo solicite. Asimismo, tienen derecho a recibir protección policial especial tanto para su persona

como para su familia, cuando sea conveniente y se presuma un grave riesgo para ellas.

Las medidas de protección y de reserva de la identidad obviamente no deben afectar gravemente el derecho a la defensa del imputado. Por ello, mientras se lleva a cabo la investigación o la instrucción del proceso, puede mantenerse tal reserva; pero a partir del escrito de acusación (arts. 314 y 317 CPP), la defensa deberá tener acceso al menos al nombre de los testigos y peritos, tanto para la recusación de estos últimos como para preparar una correcta defensa respecto de ambos. No obstante, en el comentario a los artículos anteriores, hecho en colaboración con el DR. CASADO, se ha mantenido el criterio que la reserva de la identidad del testigo o perito debe mantenerse hasta momentos antes (unos días, digamos) al día de apertura del juicio oral.

Por otra parte, habrá que determinar quiénes pueden manejar confidencialmente esa información, y a quiénes excepcionalmente puede suministrársele, pues no se puede ser tajante respecto a que bajo ninguna circunstancia puede proporcionarse la misma.

Así, los funcionarios y empleados públicos que como parte del desempeño de sus funciones requieran dicha información, como son el citador y notificador; los miembros de la policía encargados de brindar seguridad especial o del traslado a la sede del tribunal o lugar donde se practique un acto o diligencia judicial; los fiscales y agentes de la PNC encargados de la investigación; y el personal administrativo encargado del traslado de dichos testigos o peritos. En definitiva, los empleados, funcionarios y agentes de autoridad que tengan que cumplir misiones relacionadas con tales testigos o peritos necesitan tener acceso a dicha información para el sólo efecto de cumplir su función, teniendo un deber especial de mantener la misma bajo suma confidencialidad.

761

Por otra parte, aunque en El Salvador no existe una Oficina de Asistencia a la Víctima o una Oficina encargada de Programas de Protección de testigos -que deberían ser dependencia de la Fiscalía General de la República o del Ministerio de Gobernación-, cuando existan, deben tener lógicamente acceso a dicha información.

En tal caso, el juez, tribunal, fiscal o la persona autorizada, debe verificar previamente que el propósito primario, de buena fe de la organización, es proveer servicios, asesoramiento u otra ayuda a las víctimas o testigos del crimen, sin que sean admisibles otros propósitos de intervención que los meramente altruistas.

Debemos plantearnos las consecuencias legales de la infracción al deber de confidencialidad.

A manera de ejemplo y en el ámbito del derecho comparado, la Ley No. 307 del 23 de diciembre de 1998 por la que se enmendó la “Carta de derechos de las víctimas y testigos de delitos” de Puerto Rico, establece en el artículo 2, letra (c), en su parte final, que “Será ilegal divulgar, solicitar, recibir, hacer uso de o autorizar a sabiendas, permitir el uso o la divulgación de información que contenga la dirección residencial o números de teléfonos de víctimas o testigos sin el consentimiento escrito de éstos, excepto para propósitos directamente relacionados con la provisión de servicios a la víctimas o testigos o con la administración de los programas o servicios de la organización. Toda persona que viole las disposiciones de este inciso será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de dos años. De mediar circunstancias agravantes, la pena fija establecida podrá ser aumentada hasta un máximo de tres (3) años; de mediar circunstancias atenuantes, podrá ser reducida hasta un mínimo de un año. El tribunal, a su discreción, podrá imponer la pena fija de reclusión establecida o pena de multa que no excederá de cinco mil (5,000) dólares, o ambas penas”.

762 En el caso salvadoreño, la infracción a tales medidas de protección no están sancionadas expresamente, pero podrían subsumirse en los tipos penales de desobediencia a mandato judicial, art. 313 CP; incumplimiento de deberes, art. 321 CP; desobediencia, art. 322 CP; revelación de hechos, actuaciones o documentos secretos por empleado oficial, art. 324 CP, entre otras. Además, no es destacable, según las circunstancias, la imputación de un delito de lesiones culposas (art. 146 CP) e incluso de homicidio culposo (art. 132 CP).

Respecto al contenido de estas medidas de protección a testigos y peritos, se insiste, no deben afectar gravemente el ejercicio que el derecho a la defensa supone; ello implica que el defensor tiene el derecho a conocer con suficiente antelación al juicio, los nombres e identidad de los testigos de cargo y de los peritos para un correcto ejercicio del derecho a la defensa.

b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal

A juicio del que escribe, el hecho de que el testigo o perito comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando procedimientos que imposibiliten su identificación visual normal no solo violenta una serie de principios de la estructura del proceso (igualdad y contradicción) y de la estructura del procedimiento (oralidad y publicidad) sino además una serie de derechos de rango constitucional.

Dado que el juicio oral y público es realmente nuevo en El Salvador, pues en el anterior sistema predominaba la escrituración y el secreto, habrá que auxiliarse de herramientas en el ámbito del derecho comparado para desentrañar el contenido del derecho del imputado a un juicio justo e imparcial.

Nuestra Constitución garantiza a las personas un juicio público con arreglo a las leyes en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para la defensa (arts. 11 y 12 Cn.), y los tratados internacionales de Derechos Humanos garantizan el derecho a interrogar (14.3.d PIDCP) y hacer interrogar (14.3.d PIDCP y 8.2.f CADH) a los testigos de cargo en su contra, mientras que el Código Procesal Penal garantiza al imputado el derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas (art. 9 CPP).

Ello implica que hay un derecho fundamental de rango constitucional de que el imputado pueda carear y confrontar a los testigos de cargo en su contra. Y no ha de entenderse únicamente respecto de los testigos de cargo, sino además a aquellos que fueron ofrecidos como de descargo y que aportan elementos de prueba perjudiciales al acusado.

Las razones que fundamentan esta afirmación están apoyadas no sólo en las disposiciones mencionadas, sino también en el ámbito del Derecho comparado. Nuestra Constitución pertenece a una “familia de Estados Constitucionales”, por lo que a efecto de encontrar una interpretación constitucional (ANAYA BARRAZA, SALVADOR ENRIQUE, *Concepto de Constitución (Ideas para una discusión), en Teoría de la Constitución Salvadoreña*, CSJUE, San Salvador, 2000, pp. 5-6), que nos permita desentrañar este derecho y enjuiciar dentro de los parámetros constitucionales la medida de protección adoptada por el legislador, hemos de acudir al derecho comparado.

763

Hemos de apoyarnos, en primer lugar, en la Constitución vigente más antigua así como en la interpretación que de este derecho ha realizado la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América. Para ello hemos de ocurrir a la Enmienda VI, que prescribe: “En todas las causas penales, el acusado disfrutará del derecho a un juicio público y expedito a cargo de un jurado imparcial del Estado y distrito donde el delito haya sido cometido; tal distrito previamente habrá sido determinado conforme a la ley y dicho acusado será informado de la índole y el motivo de la acusación; a *confrontar a los testigos que se presenten en su contra*; a tener un proceso compulsivo para obtener testigos a su favor, y contará con la asistencia jurídica apropiada para su defensa”.

Lo anterior implica que el acusado tiene el derecho a ser informado de los cargos en su contra y a tener la oportunidad de *carearse* con los testigos que lo acusan. Pues de lo contrario, es posible que se castigue a personas inocentes si el Juez, Tribunal o Corte permite que el testimonio de testigos desconocidos se utilice como prueba. Esta enmienda garantiza que las personas sometidas a juicio pueden encarar e interrogar a quienes los acusan, y de esta manera tendrán oportunidad de demostrar si sus acusadores mintieron o se equivocaron. (*La Constitución de los Estados Unidos de América, Con Notas Explicativas*, Servicio Informativo y Cultural de los Estados Unidos, 1987, p.47).

Esta explicación bastaría y sería suficiente para concluir que la disposición del legislador salvadoreño es contraria a este derecho fundamental, de rango constitucional, pues con tal medida no se cumple con el derecho a un juicio público con arreglo a las leyes en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para la defensa.

Sin embargo, se hace importante también la reflexión a partir de la jurisprudencia constitucional norteamericana para determinar el contenido, los alcances y límites de este derecho.

El primer precedente en este sentido fue el caso *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400 (1965), durante la época de la Suprema Corte presidida por el Juez EARL WARREN.

Un segundo caso, ya en la Corte RENHQUIST, *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988), señaló que el derecho constitucional a la confrontación bajo la Sexta Enmienda incluye el derecho literal del imputado a confrontar 'cara a cara' al testigo de cargo en su contra, lo que constituye el *núcleo esencial* de este derecho. De igual forma determinó que el uso de una pantalla para que el testigo vea al acusado pero que el acusado no vea al testigo, constituye una violación a este derecho.

764 En un tercer caso, la misma Corte RENHQUIST, *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990), señaló que a pesar de que la confrontación cara a cara es el núcleo esencial de la cláusula de confrontación, ésta no es absoluta, ya que puede ser solamente cuando involucre una política pública importante y cuando la confiabilidad del testimonio es asegurada por otro medio. Señaló que el *interés de proteger a un menor de un trauma es un interés público lo suficientemente importante para satisfacer lo anterior*, si la evidencia apropiada es encontrada y fundamentada. Estableció que la evidencia debe demostrar para el caso en concreto la necesidad de dicha medida, basada en que el menor sería traumatizado no por el juicio o proceso, sino por la presencia del imputado, y que el trauma a sufrir sería mayor de lo necesario. La utilización de un circuito cerrado de televisión, donde todos -incluyendo obviamente al imputado- puedan ver al testigo y contrainterrogarlo, pero el testigo no pueda ver al imputado, reúne las adecuadas condiciones de confiabilidad (SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Criminal Law Outline 1995*, The National Judicial College/ABA, Reno, Nevada, 1995, pp.129-130).

La anterior decisión de la jurisprudencia norteamericana ha sido juzgada de forma insatisfactoria por cierta doctrina procesalista, por considerar que va en contra de la búsqueda de la verdad y del derecho a un juicio justo. Es una proposición general indiscutible que es más difícil mentir frente a la persona afectada o perjudicada con la declaración, que lo que sería de espaldas o en ausencia de esa persona (CHIESA APONTE, Ernesto L., *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Editorial Forum, Colombia, Volumen I, p.393). Sin embargo, tratándose de la víctima menor de edad, la Regla 131-A del Procedimiento Criminal de Puerto Rico, prevé la posibilidad de que lo

hagan bajo el sistema de circuito cerrado de televisión, si se considera que el menor puede sufrir un disturbio emocional serio que le impida comunicarse efectivamente.

En conclusión, la interpretación constitucional hecha por la Suprema Corte Norteamericana pone el énfasis en el derecho fundamental del acusado a confrontar y a carear al testigo de cargo; excepcionalmente, tratándose de testigos menores de edad, cuando exista evidencia que pueda sufrir un trauma, no por el juicio o proceso sino por la presencia del imputado, dado el interés superior del menor, se pueden utilizar medidas para que el menor no vea al acusado -como fue la utilización de pantalla o de un circuito cerrado de televisión-; pero el acusado tendrá derecho a ver al testigo de cargo durante su declaración, así como a que el menor pueda ser contrainterrogado a su presencia.

La anterior interpretación reafirma el derecho fundamental a carear y confrontar al testigo, derecho que se ve violentado por el art. 210-D letra b) CPP, porque dicha medida pretende que el imputado no pueda ver ni identificar al testigo de cargo en su contra.

En similar sentido se pronuncia, también a nivel de Derecho comparado, la Sección 11 del artículo II que contiene la “Carta de Derechos”, de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, que en lo pertinente dice “En todos los procesos criminales, el acusado disfrutará del derecho a... carearse con los testigos de cargo...”; de igual forma, la Regla 40 de las Evidencias señala que un testigo podrá testificar únicamente en presencia de todas las partes involucradas en la acción y estará sujeto a ser interrogado por todas ellas, si éstas optan por asistir a la vista y por interrogar al testigo.

765

La doctrina puertorriqueña define el *careo* como el derecho del acusado durante el proceso a la confrontación con los testigos de cargo en presencia del Tribunal (NEVARES-MUÑOZ, Dora, *Sumario de Derecho Procesal Penal Puertorriqueño*, Instituto para el Desarrollo del Derecho, Inc., San Juan, Puerto Rico, 4ª Edición revisada, 1995, p.206).

De igual forma, se señala que desde el punto de vista del Derecho constitucional, el derecho a confrontación de un acusado es indisputable con relación al acto del juicio, y que tiene al menos tres corolarios: (i) derecho al “careo” o confrontación “cara a cara” con los testigos adversos; (ii) derecho a contrainterrogar los testigos adversos; (iii) derecho a la exclusión de cierta prueba de referencia que pretenda utilizar el ministerio público como prueba de cargo. (CHIESA APONTE, ERNESTO L., obra citada, pp. 389-433).

Respecto a la jurisprudencia puertorriqueña, ésta no ha sido pacífica en el punto, pues en *Pueblo v. Ruiz Lebrón*, 111 D.P.R. 435, 442 (1981), el Tribunal Supremo sostuvo: “El principal y esencial propósito de confrontación es asegurar al oponente la oportunidad de contrainterrogar. El adversario exige confrontación, no con el vano propósito de mirar el testigo, o para que éste lo mire a él, sino con el propósito de contrainterrogatorio

y que sólo se logra mediante la directa formulación de preguntas y la obtención de respuestas inmediatas. El careo en silencio con los testigos de cargo sería un gesto simbólico y el derecho no se nutre con ritos”, estimando el Supremo Tribunal que hubo lo esencial (derecho a contrainterrogar durante la toma de la deposición) y faltó lo no esencial (carea personal).

766 Por su parte, en opinión disidente, el Juez IRRIZARRY YUNQUÉ sostuvo: “El derecho al careo, por ser fundamental, no puede interpretarse restrictivamente. Si bien se asocia generalmente este derecho con el derecho a contrainterrogar al testigo contrario, es más amplio que éste. El derecho a contra-interrogar es parte del derecho al careo, pero no es el derecho al careo. El careo supone, además, la confrontación cara a cara entre el testigo de cargo y el acusado en presencia del tribunal. El derecho a esta confrontación surge desde el momento mismo en que el testigo comienza a declarar, mientras que el derecho a contrainterrogar surge una vez que el testigo ha evacuado su testimonio en examen directo. No creo que pueda cuestionarse que a un testigo le es más fácil mentir e incriminar a una persona a espaldas de ésta que frente a ella. “Carear” viene de cara y se define: “Poner a una o varias personas en presencia de otra u otras, con objeto de apurar la verdad de dichos o hechos”. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 19na. ed., p.260. No puede haber careo, ni en la acepción vulgar ni en la acepción técnica jurídica de la palabra, si el testigo acusador no está cara a cara frente al acusado, no solamente cuando es contrainterrogado por el abogado, sino desde el momento en que comienza a testificar” (CHIESA APONTE, ERNESTO L., obra citada, pp.391-392.)

En el ámbito europeo, encontramos de igual forma dos tendencias encontradas respecto de este Derecho. Por un lado, la tendencia que ha seguido España con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 8 de julio de 1984, 20 de febrero de 1989, 17 de septiembre de 1990, 8 de mayo de 1991, 14 de febrero de 1995) y del Tribunal Constitucional (STC 64/1994 de 28 de febrero, Auto del TC 270/1994 de 17 de octubre, inadmitiendo amparo), por el cual se han justificado infracciones al principio de contradicción en declaraciones testificales durante el juicio oral. En este último caso, el TCE estimó que en un supuesto en que los testigos declararon sin ser vistos por el acusado y su defensa, más no sin ser oídos por aquél y su defensor, no se irrespetaba la exigencia derivada de los artículos 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 24.2 de la Constitución Española, sosteniendo que: “... Al margen de aquella anómala forma de declaración, el juicio se celebró en la sede del Tribunal y se documentó en la correspondiente acta, sin que consten restricciones de acceso a su celebración o de obtener o difundir información acerca del mismo...” (MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *Ley de Enjuiciamiento Criminal, Doctrina y Jurisprudencia*, pp. 1550-1551).

En sentido opuesto al sustentado por la jurisprudencia española, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S 15 junio 1992, a. *Lüdi*) declaró que hubo violación del derecho a un proceso equitativo, en un caso de condena impuesta por un Tribunal

Suizo por delito de tráfico de drogas, fundamentado en un *confidente anónimo* cuya identidad fue preservada por las autoridades con el fin no sólo de poder protegerle sino también de seguirlo utilizando en el futuro. De igual forma, con anterioridad (S 27 septiembre de 1990, a. *Windisch*), había rechazado el anonimato del testigo cuando esa circunstancia impide su interrogatorio y la consiguiente vigencia del principio de contradicción, mediante la utilización de un *careo encubierto*, en una condena del Tribunal austriaco. De la misma manera, con ocasión de un recurso contra una sentencia condenatoria, el Tribunal correccional de París reivindicó la presencia del principio de contradicción, razonando que si bien la declaración de un testigo puede admitir un régimen excepcional, nunca podrá implicar derogación del derecho de defensa. Años antes, el propio TEDH (S 20 noviembre 1989, a. *Kostovski*) había rechazado la validez de una declaración testifical basada en el anonimato, afirmando: "... Si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, enemiga o indigna de crédito. Un testimonio, o cualesquiera declaraciones en contra del inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error; y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene las informaciones que le permitan fiscalizar el crédito que le merece el autor o ponerlo en duda. Son evidentes los peligros inherentes a una situación así" (MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, obra citada, p. 1552).

Estos cuatro casos, el norteamericano, el puertorriqueño, el español y el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nos permiten ya hacer algunas conclusiones respecto al contenido, alcances y límites de este derecho a carear y confrontar a los testigos de cargo, así como nos permite sostener que hay vulneración al derecho a la defensa material y técnica por parte del legislador, al prescribir medidas para que el testigo o perito utilice cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal durante su declaración en el juicio.

Tal sería el caso, en nuestro medio, que se utilizara pantallas de vidrio reflejante o polarizado para impedir que el acusado vea al testigo, o que éste declarara cubierto de la cara y cabeza con capucha, gorro navarone o pasamontañas, o que se colocara al testigo en la Sala de Audiencias, en una posición tal que impidiera que el acusado lo pudiese ver, ya sea que se trate de un "testigo de la corona", de un agente encubierto, de un infiltrado en una organización criminal, un vecino o conocido del acusado, o incluso de un co-imputado, de un arrepentido, o de un beneficiario de un criterio de oportunidad, a quien le correspondiere declarar en su contra.

Obviamente, es claro que la intención del legislador es que el acusado no pueda ver, reconocer e identificar al testigo o perito que declara en su contra; pero esa medida de protección se está haciendo a un alto costo como supone el derecho fundamental a la defensa material y técnica, y que tiene dentro de una de sus manifestaciones, el derecho a carearlos y confrontarlos.

Y aunque la jurisprudencia penal y constitucional española, y la jurisprudencia puertorriqueña afirmen que no hay violación a tal elemental derecho, particularmente me inclino por el voto minoritario del Juez puertorriqueño y la sólida jurisprudencia norteamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No se puede garantizar la seguridad de una persona que declara como testigo o perito, atropellando el derecho fundamental a la defensa material del acusado.

Y en esto considero que se deben separar bien los dos ámbitos estatales: La seguridad personal y familiar, que le debe el Estado al testigo a través de las medidas de protección, no deben vulnerar el derecho y la garantía del imputado a un juicio justo e imparcial, y sobre todo al derecho de defensa. Una vez que el testigo o perito han declarado frente al acusado, el Estado debe prestarles todas las medidas de seguridad necesarias para ello, adoptándose incluso medidas como el cambio de identidad, residencia y trabajo, como supondría un Programa de protección de testigos a nivel centroamericano e incluso a nivel regional, pues este tipo de medidas no son de necesidad exclusiva de El Salvador, por lo que sería factible un programa de asistencia mutua en ese sentido.

768 Por tales razones considero que bajo ninguna circunstancia es aplicable la norma contenida en el art. 210-D letra b) CPP, pues contraría el derecho a un juicio público con arreglo a las leyes en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para la defensa, el derecho a interrogar y hacer interrogar a los testigos de cargo en su contra y el derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba, a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas y a la intermediación, es decir que tiene el derecho a permanecer, presenciar e intervenir durante el desarrollo de toda la Vista Pública.

Ahora, habrá que ver si ese derecho a carear y confrontar implica que toda la información que identifique plenamente al testigo sea necesaria que se proporcione, que es una cosa muy distinta.

En este punto considero que durante el juicio o vista pública, el tribunal debe ordenar que la dirección residencial y de negocio, así como los teléfonos de una víctima, testigo del crimen o perito, no se divulguen en corte abierta y que no se le exija a la víctima o testigo dar información a requerimiento de la defensa o del fiscal, la dirección o teléfono, pues precisamente se pretende preservar esa información que de ser pública, puede poner en riesgo o peligro al testigo o perito.

Sin embargo, si el juez o tribunal determina que existe una clara necesidad para tal divulgación, porque la información es necesaria y relevante a los hechos del caso o para determinar la credibilidad del testigo, puede ordenar que la víctima, el testigo o perito la proporcionen, siempre y cuando esa información sea pertinente, útil y necesaria.

En este punto, el peso de probar esa necesidad, pertinencia y relevancia de la divulgación lo debe tener la defensa o la parte que solicite la información.

En todo caso, antes de emitir una orden autorizando la divulgación, el juez o tribunal debe asegurarse razonablemente que la víctima, testigo o perito no está en riesgo de daño personal alguno como resultado de la divulgación o que está adecuadamente protegido de tal riesgo.

c) Que las citaciones y notificaciones se cursen reservadamente a su destinatario

El testigo o perito, por lo general, únicamente han de recibir citaciones.

No obstante lo anterior, conforme al art. 210-F letra a) CPP, el testigo o perito que ha intervenido en el proceso penal, tienen derecho a ser notificados de la sentencia definitiva del proceso en primera y segunda instancia, así como de la situación penitenciaria del condenado: evasión, puesta en libertad. Dichas notificaciones quedan a criterio del Juez o Tribunal correspondiente.

Resaltábamos en los comentarios anteriores que en caso de grave riesgo o peligro del testigo o perito, y si así lo dispone el Juez o Tribunal, debe mantenerse en absoluta confidencialidad la información que pueda identificarlos o localizarlos. La ley incluso faculta a que, durante la instrucción, sean identificados bajo números o claves, siempre y cuando no se viole el derecho a carear o confrontar al testigo o perito durante la vista pública, o que la identidad del perito no sea suministrada con suficiente antelación, lo que imposibilitaría una posible recusación en el caso del perito (art. 199 CPP).

769

Por ello, pues, el Tribunal a través de la Secretaría, ha de canalizar estas citas y notificaciones de una forma reservada y confidencial; y el incumplimiento de estas disposiciones acarrearía responsabilidad administrativa y penal.

d) Que el testigo o perito sea conducido en vehículo oficial

Esta medida, como se indicó anteriormente, es de carácter extraprocesal, y no afecta al proceso ni al derecho de defensa, por lo que no requiere mayores comentarios, salvo que la orden de conducción vehicular puede partir del juez o del propio fiscal.

e) Que se establezca una zona de exclusión para la recepción del testigo o perito, así como para tomar sus declaraciones

Habrà que determinar a qué se refiere el legislador cuando alude a una “zona de exclusión para la recepción del testigo o perito, así como para tomar sus declaraciones”.

Aunque la previsión me parece innecesaria, puesto que ya el legislador ha regulado una serie de medidas tendientes a garantizar la seguridad de los intervinientes en el juicio, como lo constituyen las prohibiciones de acceso a la vista pública (art. 328 CPP), así como una serie de deberes de los asistentes (art. 332 CPP). Sin embargo, dichas zonas de exclusión ha de referirse también al momento en que el testigo se encuentra en el tribunal, antes o después de su declaración, debiéndose procurar que éste se encuentre alejado del público y las partes como medida de protección, si se considera necesario.

Aparte de estas medidas, el legislador prevé que frente al principio de publicidad de los actos procesales, dentro de los que se incluye la vista pública, el Juez pueda decretar la *reserva* total o parcial del proceso (arts. 271 y 327 CPP); medida que incluso tiene respaldo a nivel de los Tratados de Derechos Humanos vigentes en el país, como son los arts. 8.5 CADH y 14.1 PIDCP.

770 Esta última disposición prescribe la posibilidad de decretar la reserva del juicio o de determinado acto procesal -como sería la declaración de la víctima, testigo o perito-, con la consecuencia de que la prensa y el público queden excluidos de la sala de audiencias, cuando ello sea necesario por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.

Con la reserva del acto procesal de la declaración del testigo, podría entenderse que la sala de audiencias, ya ordenada la exclusión del público y la prensa, es una '*zona de exclusión*' para la recepción del testigo o perito, así como para tomar sus declaraciones, tal como textualmente se expresa en el precepto que comentamos.

Hay que señalar que, en Puerto Rico, la ley que regula las medidas de protección de identidad y de datos de identificación para testigos y peritos establece que nada de lo contenido en dichas disposiciones se interpretará como que el tribunal excluye al público de etapa alguna del procedimiento o interfiere con el derecho del acusado a descubrir prueba o que se limita el acceso del público a información gubernamental o el derecho de la prensa a publicar información legalmente obtenida. Ello garantiza plenamente la publicidad de los actos procesales. Sin embargo, conforme a la Regla 131 del Procedimiento Criminal, puede decretarse la reserva en los procesos por el tiempo que dure la declaración de la persona perjudicada por los delitos de incesto, violación, sodomía, seducción, actos lascivos o impúdicos y exposiciones deshonestas o la tentativa de cualquiera de estos delitos, en cuyo caso la vista se celebra en privado.

f) *Que se le brinde protección policial especial*

Esta medida es de carácter extraprocesal, por lo que no afecta al proceso ni al derecho de defensa. Debe adoptarse por escrito por el juez o fiscal, sin que requiera mayores comentarios.

g) *Que se emplee un local reservado para su uso exclusivo, convenientemente custodiado donde deba prestar testimonio*

La redacción de esta letra g) parece tener la misma significación que la letra e) del precepto que comentamos, por lo que nos remitimos a lo anteriormente expresado.

Por último, el art. 210-D finaliza con una referencia a la competencia para acordar las medidas de protección previstas en las letras a) y g), disponiéndose que será juez competente para su adopción el juez que entienda de la causa en las diversas fases del proceso penal de que se trate, es decir, según el momento de su adopción, el juez de paz, el juez de instrucción o el tribunal de sentencia.

210-E

771

Las autoridades actuantes cuidarán de evitar que a los testigos o peritos, cuando exista razonable presunción de riesgo a criterio de la autoridad, se les tomen fotografías o se registre su imagen por cualquier otro procedimiento, pudiéndose proceder por parte de la autoridad policial, previa disposición del juez actuante en el marco de su competencia, al retiro del material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniere esta prohibición, levantándose un acta en tal sentido.

Una vez finalizada la intervención del testigo o perito, si se mantuviera la circunstancia de peligro grave prevista en este decreto, se brindará en su caso, protección policial. (8)

I. CONCORDANCIAS

- Ver las del art. 210-A
- Cn, 2 (derecho a ser protegido en la conservación y defensa de los derechos)
- PIDCP, 9.1 (derecho a la libertad y seguridad personales)
- CADH, 5.1 (derecho al respeto a la integridad física, psíquica y moral), 7.1 (derecho a la libertad y a la seguridad personales)

- LOPNC, 13 (división de investigación criminal), 17 (división de protección de personalidades), 19 (división antinarcóticos)

II. COMENTARIO

El precepto establece otra medida de protección de testigos y peritos tendente a preservar su identidad, ya que con una fotografía de aquellos, se publique o no en un medio de comunicación, puede lograrse la identificación que se pretende preservar.

En caso de contravención de la orden judicial, se incurriría en un delito de desobediencia tipificado en el art. 338 del Código Penal, sancionado con pena de prisión de tres a nueve meses, pudiendo ser cómplice, inclusive, el periodista que la publique de un delito de lesiones u homicidio culposos, de acreditarse que la publicación de la fotografía del testigo protegido facilitó un atentado contra el mismo.

Estamos en el supuesto que exista una orden motivada por el Juez respecto al manejo confidencial de la identidad y datos de identificación del testigo o perito, a efecto de que éstos no se hagan públicos, ya que existe una razonable presunción de riesgo o peligro para sus personas o sus familias, en caso de ser identificados.

772 En tal caso, el Juez o Tribunal puede ordenar que la autoridad policial proceda al retiro del material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición.

Ya expusimos anteriormente que la ley misma establece que el juez o tribunal puede ordenar la reserva total o parcial de actos procesales o del mismo juicio, lo que tiene su fundamento incluso en los Tratados de Derechos Humanos vigentes en el país.

Podría decirse que esta medida adoptada sin fundamento racional atenta contra la libertad de prensa, porque impide o dificulta la labor periodística; por esa razón, se afirmó anteriormente que el juez o tribunal, al tomar la decisión, debe hacer una *ponderación* adecuada entre los intereses en conflicto. No es que un derecho o interés derogue al otro, sino que, para el caso concreto, un interés tiene preeminencia sobre el otro; y en ese sentido, el juez debe exponer las razones que impiden la restricción al uso del derecho a la libertad de información, por auto motivado.

Podrá decirse que también esta medida atenta contra la propiedad o posesión al material fotográfico o videográfico; sin embargo, hay que recordar que es el Juez, en uso de la jurisdicción que detenta, quien adopta la medida por la necesidad de mantener en secreto la identidad del testigo o perito para garantizar su seguridad.

Hubiese sido conveniente la precisión de una forma de controlar este tipo de medidas, pues, tal como está regulada en los artículos pertinentes, no hay forma de impugnarlas o controlarlas, salvo que se apliquen por analogía las normas reguladoras del secuestro (art. 180 CPP).

Del secuestro o incautación del material, habrá de levantarse acta; sin perjuicio de la responsabilidad penal por el incumplimiento, desobediencia o infracción a las medidas de seguridad decretadas por el Juez o Tribunal.

El último inciso del precepto prevé la protección policial complementario del testigo o perito que hayan efectuado su declaración ante el tribunal sentenciador durante el tiempo que sea necesario, por lo que su aplicación no presenta ningún problema procesal que mencionar.

210-F

Los testigos y peritos tendrán además derecho a:

- a) Ser notificados de la sentencia definitiva del proceso en primera y segunda instancia.**
- b) Ser informados de la evasión o puesta en libertad inminente del procesado o condenado.**
- c) Recibir asesoría legal gratuita.**
- d) Ser informados del desarrollo del proceso judicial.**
- e) Que se le brinde protección contra más perjuicios, amenazas u hostigamiento por el inculcado o terceros, en su integridad física y psicológica así como sobre sus bienes o entorno familiar.**

773

Las medidas a que se refieren los literales a) y d) cuando se trate de procesos penales el juez competente las adoptará a su discreción. (8)

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 2 (derecho a ser protegido en la conservación y defensa de los derechos)
- PIDCP, 9.1 (derecho a la libertad y seguridad personales)
- CADH, 5.1 (derecho al respeto a la integridad física, psíquica y moral), 7.1 (derecho a la libertad y a la seguridad personales)

- CPP, 143 (notificaciones), 144 (personas facultadas para notificar), 145 (lugar del acto de la notificación), 147 (modo del acto), 148 (notificación personal), 149 (notificación en la residencia, oficina o en el lugar de trabajo), 150 (notificación por edicto), 152 (citación)

II. COMENTARIO

Con esta serie de derechos se pretende garantizar que el testigo o perito estén bien informados de la situación del acusado contra quien declararon, a efecto de tener una seguridad y tranquilidad personal, así como a efecto de que puedan tomar las medidas de protección que estimen necesarias cuando se hubiese producido algún acontecimiento normal (absolución, nulidad del juicio o sentencia que impliquen una puesta en libertad del acusado) o anormal (evasión o fuga del interno contra quien declararon, del Centro Penitenciario o resguardo donde se encontrare).

Este tipo de medidas, si bien son en alguna medida de índole procesal, no tienen una incidencia perjudicial para la defensa del acusado.

774 Además, la efectividad de alguna de ellas requiere la existencia de organismos estatales de asistencia a la víctima y testigos, que serían los encargados de prestar la asesoría legal gratuita a la que se refiere el precepto. Esa asesoría legal gratuita, obviamente ha de entenderse restringida al caso en que intervino el testigo o perito, e implica también una protección especial contra más perjuicios, amenazas u hostigamiento por el inculpado o terceros, en su integridad física y psicológica, así como sobre sus bienes o entorno familiar.

La medida relativa a la notificación de la sentencia definitiva me parece excesiva. Bastaría con la información sobre el resultado del juicio y la situación del enjuiciado. En todo caso, quedan a criterio del juez de la causa. Sólo permítaseme resaltar el yerro en que incurre el legislador, pues conforme a la configuración actual del proceso penal en El Salvador, el juicio oral y público es un proceso de única instancia, pues la sentencia definitiva admite únicamente posibilidad de impugnación a través de la Casación, lo que no constituye instancia en sentido técnico-jurídico, contrario a lo que refiere la parte final del artículo 210-F letra a) CPP.

210-G

Las disposiciones contenidas en el presente capítulo son aplicables en lo pertinente para la víctima de un hecho delictivo. (8)

I. CONCORDANCIAS

- PIDCP, 9.1 (derecho a la libertad y seguridad personales)
- CADH, 5.1 (derecho al respeto a la integridad física, psíquica y moral), 7.1 (Derecho a la libertad y a la seguridad personales)
- CPP, 12 (calidad de víctima), 13 No. 6 y 7 (medidas de protección especial para víctimas), 15 (principio de legalidad), 17 (interpretación de la ley procesal), 31 No. 10 (extinción de la acción penal privada en caso de muerte de la víctima), 31 No. 12 (extinción de la acción penal privada en caso de perdón de la víctima), 32 (conciliación), 40 (revocatoria de la instancia particular), 41 (renuncia y abandono de la acción privada), 45 No. 1 (extinción de la acción civil por renuncia expresa del ofendido)

II. COMENTARIO

775

Sobre el concepto de víctima y sus derechos en el proceso penal nos remitimos al comentario de los arts. 12 y 13 CPP. En concreto, en los numerales 6) y 7) de este último precepto se establecen medidas de protección para la víctima del delito prácticamente idénticas a las previstas para los testigos, debiendo hacerse la observación de que la víctima puede o no ser testigo en el proceso por el delito que le afectó.

La protección de la víctima se hace necesaria, sobre todo porque, con el nuevo proceso penal, se le ha dado más protagonismo a este sujeto que permaneció olvidado en el proceso penal inquisitivo.

A las víctimas se les puede someter a riesgos, peligros o amenazas de daño para ser obligadas a no denunciar los delitos, así como obligarles a emplear otro tipo de medidas alternas del proceso que extinguen la acción penal, como la conciliación, la revocatoria de la instancia particular, la renuncia o abandono de la acción penal privada, la renuncia de la acción civil, etc.

Las medidas de protección a las víctimas se aplicarán, con las salvedades que hemos plasmado respecto de los testigos o peritos, si bien es importante reseñar que si la víctima solicita protección, no cabe negársela por el juez o tribunal, conforme se infiere del art. 13.6 CPP.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Es oportuno hacer algunos comentarios generales, a partir de algunos problemas de implementación relativos al Régimen de Protección para Testigos, Peritos y Víctimas. Como en la mayoría de situaciones hay dos visiones: la ideal y la real. Definitivamente este tipo de regímenes son una necesidad ante el surgimiento y desarrollo de determinados delitos cuya naturaleza y trascendencia es evidente, pero su implementación no ha sido coherente con sus lineamientos generales y, aún más, ha propiciado ásperas discusiones en cuanto a la legalidad de algunas de sus expresiones prácticas.

En primer lugar es necesario resaltar la diferencia entre la reserva de un proceso o de los actos procesales, Arts. 272 y 327 Pr.Pn., y el Régimen de Protección contemplado en este articulado, no porque sea difícil comprender sus diferencias, sino porque la primera podría ser una medida más efectiva para lograr los resultados pretendidos por la segunda, ante las dificultades de implementación real de un régimen como el planteado. La reserva implica la negativa de acceso al proceso por parte de terceros, incluyendo los medios, así como los comentarios de las partes al respecto; sin embargo, el proceso permanece incólume, solo que secreto para las personas ajenas al mismo. Esta reserva puede ser total o aplicarse únicamente a determinados actos o diligencias.

776

Por el contrario, en el Régimen de Protección, es el proceso mismo el que sufre afectaciones; puesto que implica algunas limitaciones de acceso, no solo para las partes, sino para el propio Juzgador; lo que podría implicar violaciones a derechos o garantías fundamentales. La reserva es una imposición judicial fundada para las partes e involucra a los medios, en el sentido de constituir una restricción para el acceso de estos últimos; sin embargo no es vinculante para ellos en caso que la información se “filtra” a los periodistas. La relevancia de esta relación entre reserva y protección, estriba en que normalmente el Procesado conoce al testigo o la víctima; por lo que la protección debe enfocarse en función de los terceros que eventualmente puedan representar un riesgo para quien se convierte en sujeto de prueba. La concepción en cuanto a la “protección” del que declara durante el acto procesal mismo de la deposición es limitada, al considerarla únicamente desde la perspectiva de ocultar su identidad física en ese momento. La protección debe ser integral, en el sentido de involucrar aspectos anteriores, concomitantes, pero más que nada posteriores al mismo.

La Policía Nacional Civil y la Fiscalía General de la República plantearon la necesidad de este régimen, pero no previeron los problemas económicos, sociales y psicológicos que implican su inadecuada implementación; lo cual representa una verdadera afectación a la seguridad de los eventuales testigos y hasta de sus familias. La funcionalidad material del régimen implica no solo ocultar la identidad del testigo, física o auditivamente, para terceros pues el imputado obviamente lo conoce; sino un

cambio de “identidad” legal, domicilio, trabajo, etcétera; es decir una identidad o una vida nueva que, por razones geográficas, no podría realizarse dentro del territorio nacional. Se debió considerar la posibilidad de concertar acuerdos a nivel centroamericano o con países como Estados Unidos, Canadá o Australia, para en forma justificada y previa aprobación de cada país, se conceda ese tipo de oportunidad de protección en casos relevantes.

Semejante esfuerzo está justificado a partir del principio de proporcionalidad únicamente en aquellos casos que por su relevancia o trascendencia en la afectación de intereses públicos lo amerite; pero en la práctica, a partir de una concepción errada en su naturaleza por una limitación temporal, se ha pretendido aplicar en casos de violencia intrafamiliar o en el caso de los propios agentes de la Policía Nacional Civil, lo cual es inconcebible por razones obvias; ya que un agente de la División de Protección a Personalidades Importantes (P.P.I.) tendría que proteger a otro agente o a una persona de su propio grupo familiar. Distinto el caso de agentes encubiertos, no instigadores, necesarios para la investigación de delitos relativos al crimen organizado, como el tráfico internacional de drogas; ya que la inversión es grande para cualificar a un Policía.

No necesariamente la relevancia del caso está en función del delito, ya que no representa las mismas implicaciones o riesgos el procesamiento de un caso de robo agravado a un banco, perpetrado por una banda organizada y usando armas de uso privativo de la Fuerza Armada; que el mismo robo agravado, pero cometido por dos jóvenes con un arma blanca hechiza, para despojar a otro de una gorra por ejemplo. Aun reconociendo algún nivel de riesgo por ejemplo para los Agentes Policiales que cumplen con sus labores de prevención y combate de la delincuencia, es impropio considerar como una necesidad la protección de ellos o sus familias por la realización de su trabajo y eventual participación en un proceso penal; ya que implicaría la imposibilidad material de protección para todos. Todas las actividades se paralizarían ante los eventuales riesgos que cada una implica.

En base a las excepciones reconocidas por el Art. 9 Cn., el cumplimiento del deber de testificar constituye prácticamente un trabajo ciudadano de carácter obligatorio, similar al de fungir como jurado; pudiendo el testigo incurrir en responsabilidad penal por encubrimiento, omisión de aviso, fraude procesal o alguna clase de complicidad, según las circunstancias de la casuística. En todo caso, ante el inadecuado funcionamiento del régimen, el testigo asume las consecuencias del falso testimonio, pues igual tiene que desaparecer del país para conservar su vida, aunque sea ilegalmente.

Específicamente en cuanto al Art. 210-B Pr.Pn., debe entenderse que la autoridad correspondiente encargada de aplicar estas disposiciones, será aquella que tenga control de la investigación o del proceso mismo según el momento procesal y aun pre-procesal que se suscite; iniciando por la Policía Nacional Civil con o sin dirección funcional en un

primer momento, continuando con la Fiscalía General de la Republica por considerar necesario iniciar o continuar la aplicación y, a la brevedad posible, sometiendo a control jurisdiccional cualquier Régimen de Protección iniciado antes del proceso en todo caso, pudiendo la omisión de dicho control generar nulidades. Las resoluciones judiciales deberán ser motivadas, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 130, 210-B y 210-D Pr.Pn., pero también las resoluciones de la Fiscalía General de la República deben ser fundadas en base a la obligación contenida en el Art. 83 Pr.Pn., sometiéndose a control jurisdiccional como lo establece el Art. 84 Pr.Pn. En este sentido debe considerarse la necesidad de control jurisdiccional en base al Art. 317 Pr.Pn., en forma similar a la apreciación de la cadena de custodia; por los riesgos de manipulación o cambio de testigos y ocultamiento de información a la contraparte por el acusador, riesgo que el defensor “delate” al testigo, imposibilidad formal o esencial de careos entre el “testigo protegido” y el imputado, etcétera. Lo cual implicaría una eventual afectación a los principios de inmediación y contradicción de la prueba.

Es inconcebible que el Imputado, que es el único que en base a lo establecido en los Arts. 218 y 340 Pr.Pn. no está obligado a carearse o declarar, pueda controvertir al testigo que declara ocultando su identidad con la cara cubierta o la voz distorsionada; ya que, en todo caso, lo conoce o reconocería por su dicho. En la práctica algunos jueces verifican en cada ocasión y frente a las partes, sin expresarlas de viva voz, las generales del testigo; las cuales se encuentran debidamente embaladas en un sobre lacrado, siempre omitiendo los datos de identificación, volviendo a lacrar el sobre en utilización analógica de los incisos cuarto y quinto del Art. 182 Pr.Pn.; procediendo a la juramentación del testigo en forma personal y directa.

CAPÍTULO VII

RECONOCIMIENTOS

211

CASOS

El juez o tribunal podrá ordenar que se practique el reconocimiento de una persona, para identificarla o para establecer que quien la menciona o alude efectivamente la conoce o la ha visto.

En caso de existir negativa de la persona a ser reconocida, el imputado podrá ser compelido a comparecer ante el Juez para la práctica de la diligencia, haciendo uso de la fuerza pública, respetando su dignidad. (9)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 152 y 324, inciso 3º. (citación de testigos); 325, 333.3 y 350, inciso 2º. (incomparecencia); 121, 172 y 191 (juramento o promesa); 186 (facultad de abstención); 187 (deber de abstención); 188 (no residentes); 189 y 194 (negativa a declarar y falso testimonio); 192 (testigos con privilegios) y 193 (testigos físicamente impedidos); 190, 270, 271 y 330 (prueba testifical anticipada); 347 a 350 y 352 (prueba testifical en el plenario)
- CP, 305 (falso testimonio), 313 (desobediencia a mandato judicial), 307 (soborno)

779

II. COMENTARIO

a) *Formas y alcance de la diligencia de reconocimiento*

El presente capítulo del Código, bajo la genérica denominación de reconocimientos, trata del llamado *reconocimiento en rueda* (arts. 211 a 214), del reconocimiento por *fotografías* (art. 215) y del reconocimiento de *objetos* (art. 216). Son complementarios de dichos preceptos, el art. 348 (“los testigos podrán reconocer personas u objetos durante la audiencia”) y el art. 351 (“los objetos y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos para su reconocimiento”), referidos ambos al juicio plenario, pero aplicables a cualquier tipo de audiencia.

La determinación de un individuo concreto, diferenciándolo de los demás, resulta esencial para realizar un acto de tan graves consecuencias personales como es la imputación procesal, es decir, el señalamiento de una persona ante o por la Policía, la Fiscalía General de la República o los jueces como autor o partícipe de un hecho delictivo. Se comprende por ello la importancia de la identificación e individualización (art. 88) del imputado, a cuyo servicio se encuentra el reconocimiento en rueda que regulan los arts. 211 a 215 CPP, además de otros actos de investigación y prueba, como luego veremos.

Si la imputación, dice ASENCIO MELLADO, “es garantía de plenitud y respeto al derecho de defensa, no cabe duda de que la determinación del imputado constituye un acto previo cuya omisión puede generar investigaciones no dirigidas frente a nadie...”, con la consecuencia de que se impide el ejercicio del derecho de defensa a quien a la postre sea imputado. La importancia de la identificación del imputado se pone de manifiesto en el art. 362, núm. 1, CPP, que establece como motivo de casación, entre otros, el hecho de que el imputado no esté suficientemente identificado. Si así ocurriera, el proceso debe quedar paralizado y sometido a la regla de la prescripción. Sobre la paralización del procedimiento, el art. 246 CPP dispone que se archiven las actuaciones cuando en la denuncia no se ha individualizado al imputado y con posterioridad no fuera posible disponer de evidencia suficiente para atribuir la comisión del hecho investigado a una determinada persona. En tal supuesto, el fiscal podrá ordenar, mediante resolución debidamente fundamentada, el archivo de las actuaciones; resolución que podrá ser impugnada por la víctima ante el fiscal superior, indicando los medios de prueba practicables que permitan establecer la identidad del imputado.

780

b) Obligación de comparecencia y poder coercitivo del juez

El inciso 2º. del precepto, adicionado por DL 487/2001, de 18 de julio, impone al imputado la obligación de participar en la rueda de reconocimiento, a cuyo efecto podrá ser compelido a comparecer ante el juez para la práctica de la diligencia, pudiendo hacerse uso, si fuera preciso, de la fuerza pública. Se trata en definitiva del uso legítimo del poder coercitivo del juez, quien, en el ejercicio de sus funciones, podrá, como dispone el art. 126 CPP, requerir la intervención de la seguridad pública y disponer todas las medidas necesarias para el cumplimiento de los actos que ordene.

La presencia obligada del imputado en la rueda de reconocimiento no afecta a su derecho a no declarar contra sí mismo (art. 12 Cn), porque se exige de él solamente una colaboración meramente pasiva, sin que, por cierto, deba permitírsele utilizar medio alguno que enmascare su aspecto físico habitual.

c) *Otras formas de reconocimiento*

Además del llamado reconocimiento en rueda y por fotografías, que regulan los preceptos que comentamos (arts. 211 a 215 y 217), el imputado puede ser reconocido mediante otro tipo de declaraciones personales y a través de la prueba pericial.

El reconocimiento por declaraciones personales en el juicio oral es una práctica procesal relativamente frecuente. Al interrogar al testigo, particularmente cuando se trate de la víctima del delito, se le puede preguntar si reconoce al imputado como al autor del hecho. Dicha pregunta supondrá, unas veces, la confirmación del resultado de la diligencia de reconocimiento en rueda efectuada en la instrucción; y otras, será un acto de reconocimiento distinto al reconocimiento en rueda. También podría ser válido el llamado *reconocimiento espontáneo*, derivado del fortuito encuentro de la víctima con su agresor -en la calle, en las dependencias policiales o de la Fiscalía- después de cometido el hecho. El testimonio de referencia, cuando no sea posible practicar la prueba directa, puede asimismo coadyuvar a la tarea de identificación, aunque la admisión del mismo requiere que se den los requisitos para la valoración de ese tipo de declaración testifical.

El reconocimiento o identificación del autor del hecho en la declaración de uno de los coimputados resulta siempre sospechosa, aunque, en función de las circunstancias del caso, puede llegarse a la conclusión de su veracidad. El carácter sospechoso de ese tipo de declaraciones obedece a que el imputado puede tener una intención de propia exculpación o estar motivado por resentimiento, odio, deseo de revancha, promesa de ventajas procesales, soborno u otras razones de similar índole. El Código admite como prueba válida la lectura en el plenario de las declaraciones de los coimputados rebeldes ya sentenciados (art. 330.3 CPP).

781

Por último, algunas técnicas periciales (art. 171) tienen por finalidad establecer indicios que ayuden a la identificación del imputado. De entre todas las pruebas periciales, existen dos que ofrecen un alto grado de eficacia identificatoria. Se trata de la prueba sobre huellas dactilares y de la prueba del ADN, también denominada prueba de la huella genética. La obtención de huellas dactilares en el lugar del hecho tiene desde hace mucho tiempo una gran importancia en la investigación criminal, hasta el extremo de que en la mayor parte de los países con un grado medio de desarrollo, la identificación o reconocimiento del autor del crimen se logra, en más de un 60% de los casos, por la presencia, difícilmente evitable por el delincuente, de sus huellas latentes (no visibles a primera vista) en la escena del crimen. La prueba de la huella genética (ADN) es una técnica más reciente que puede tener aún mayor eficacia probatoria, aunque en El Salvador no existe al día de la fecha la posibilidad de llevarla a cabo, pero pronto la habrá, con lo que se dispondrá de una forma de reconocimiento personal de una enorme eficacia criminalística.

212

INTERROGATORIO PREVIO

Antes del reconocimiento, quien haya de practicarlo será interrogado para que describa a la persona de que se trata y para que diga si la conoce o si con anterioridad o posterioridad al hecho la ha visto personalmente o en imagen.

213

MODO DE RECONOCER

Después del interrogatorio se pondrá a la vista del que haya de verificar el reconocimiento, a la persona a reconocer, junto con otras de apariencia semejante. En presencia de ellas o desde un lugar donde no pueda ser visto, según el juez o tribunal lo estime oportuno, el declarante manifestará con claridad si allí se encuentra la persona a que ha hecho referencia.

782 Del reconocimiento se elaborará un acta y se dejará constancia del nombre y domicilio de quienes participaron en el acto.

214

PLURALIDAD DE RECONOCIMIENTOS

Cuando varias personas tengan que reconocer a una, cada reconocimiento se practicará separadamente, sin que aquéllas se comuniquen entre sí, pero podrá levantarse una sola acta. Cuando sean varias las personas a las que una tenga que identificar, el reconocimiento de todas podrá efectuarse en un solo acto.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 152 y 324, inciso 3°. (citación de testigos); 325, 333.3 y 350, inciso 2°. (incomparecencia); 121, 172 y 191 (juramento o promesa); 186 (facultad de abstención); 187 (deber de abstención); 188 (no residentes); 189 y 194 (negativa a declarar y falso testimonio); 192 (testigos con privilegios) y 193 (testigos físicamente impedidos); 190, 270, 271 y 330 (prueba testifical anticipada); 347 a 350 y 352 (prueba testifical en el plenario)

- CP, 305 (falso testimonio), 313 (desobediencia a mandato judicial), 307 (soborno)

II. COMENTARIO

El llamado reconocimiento en rueda lo efectúan personas que intervienen en el proceso en calidad de testigos, por lo que tendrán la obligación de concurrir al llamamiento judicial para hacer el reconocimiento y contestar con veracidad a las preguntas que se les formulen al respecto. Se les aplicará además, en lo pertinente, como testigos que son, las prescripciones que el Código dedica a la regulación de la prueba testifical: facultad de abstención y deber de abstención (arts. 186 y 187); apersonamiento anticipado, cuando exista temor fundado de que se oculte, se ausente o enferme el testigo que tiene que participar en la diligencia de reconocimiento (art. 190); tratamiento especial en caso de los Presidentes de los Órganos del Estado y de los agentes diplomáticos o consulares y asimilados (art. 192); personas físicamente impedidas (art. 193); etc. Asimismo, son de aplicación, si fuese preciso, las normas penales que sancionan el falso testimonio (art. 305 CP) y la desobediencia a mandato judicial (art. 313) , entre otras.

Concretándonos al procedimiento de la rueda de reconocimiento, el protocolo a seguir será el siguiente:

783

- 1) Se procederá a la *citación* de la persona que vaya a efectuar el reconocimiento y del imputado, si se encuentra en libertad. La citación se efectuará por carta certificada, telegrama con aviso de entrega o por cualquier otro medio de comunicación que garantice la recepción y autenticidad de la misma. La citación del testigo deberá expresar el objeto de su comparecencia, el proceso en que se acordó la misma, el lugar y hora de realización del acto y la advertencia de que, si no se comparece el testigo, será conducido por la policía y pagará los costos que cause, salvo que exista justa causa, debidamente acreditada, para lo no comparecencia (art. 152).

La citación del imputado que se encuentre en libertad también adoptará la forma de intimación, por lo que se le advertirá que si no se persona en el juzgado se decretará su detención (art. 286 CPP). Esté o no detenido el imputado, su participación en la rueda de reconocimiento resulta obligatoria, como dijimos al comentar el art. 211 CPP.

Por último, será convocado al acto, mediante la oportuna notificación, el defensor del imputado. La diligencia de reconocimiento en rueda es una típica prueba preconstituida, por lo que se deberá, en lo pertinente, cumplir el procedimiento de los arts. 270 y 271 CPP, a los que en realidad remite el art. 217 al afirmar que para que el acto del reconocimiento sea incorporada

en la vista pública deberá haber sido notificado al defensor del imputado, siendo su presencia indispensable para la validez del mismo. Además, la práctica de reconocimientos durante la instrucción como prueba anticipada permite obviar el cambio físico que pueda haber podido experimentar el imputado en el momento del juicio oral, con el fin de dificultar su reconocimiento, aunque no siempre es esta la única razón.

Si por la naturaleza o urgencia del acto, la citación anticipada hace temer la pérdida de elementos de prueba, excepcionalmente, el juez lo practicará únicamente con la citación del fiscal y de un defensor público. La excepcionalidad implica una interpretación restrictiva de los motivos justificadores de la reducción de garantías en la práctica de la prueba (art. 17 CPP).

El DL 487/2001, de 18 de julio, ha añadido al inciso 4º. del art. 270 CPP la prescripción, también excepcional, de que, en el caso referido, la prueba se practique únicamente con la asistencia del fiscal o de un defensor público, cuando, habiendo transcurrido tres horas desde el señalamiento, solo se persona uno de los dos. Por señalamiento ha de entenderse la hora fijada para proceder a la realización del acto de prueba anticipada que debe demorarse a partir de ese momento durante tres horas, si fuera necesario, para dar opción a que se personen en el lugar el fiscal y un defensor público. Durante ese período de tiempo, deberá hacerse todo lo posible, si lo solicita el imputado, para comunicarse con su abogado defensor, pero la intervención de éste estará condicionada a que se persone en el referido plazo, en cuyo caso sustituirá al defensor público, que en todo caso ha de ser convocado de urgencia.

La incomparecencia sin justa causa de las partes debidamente citadas para la práctica de la prueba anticipada se tipifica como delito de desobediencia a mandato judicial, sancionándose con prisión de dos a cuatro años. Si fueren funcionarios o empleados públicos los que debieron haber comparecido, se les sancionará además con la inhabilitación del cargo durante el mismo tiempo (art. 313, inciso 2º. CP, reforma DL 486/ 2001, de 18 de julio).

- 784
- 2) Las personas convocadas entregarán al secretario el escrito de citación, debiendo tomarse la precaución de que no se encuentren el testigo y el imputado, para que no se puedan ver antes de la celebración del acto. Al testigo que vaya a realizar el reconocimiento, se le instruirá acerca de las penas de falso testimonio y se le leerá el artículo 305, inciso 1º. y 3º., del Código Penal, que tipifica el delito de falsedad, excluyendo de su comisión a quienes actúen a favor de un procesado por ascendiente, descendiente,

adoptante, adoptado, hermano, cónyuge o conviviente o persona en análoga relación de afectividad con aquél”.

- 3) Después, la persona que va a reconocer prestará juramento o promesa de decir verdad, que recibirá el juez utilizando la fórmula que establece el art. 121 CPP. No se tomará juramento o promesa a los menores de doce años de edad ni a quienes, aunque no sean formalmente imputados, resulten sospechosos de tener algún grado de participación en el delito investigado o en otro conexo (art. 191).
- 4) El juez interrogará al testigo con las *preguntas generales de la ley*: nombre, apellido, edad, estado familiar, documento de identidad, nombre del cónyuge, compañero de vida o conviviente, profesión, domicilio, vínculo de parentesco o de interés con las partes y cualquier circunstancia que sirva para apreciar la veracidad. Si de la anterior información se infiere que el testigo tiene algún lazo de parentesco (art. 186) con el imputado, el juez le advertirá de su facultad de abstenerse de declarar, bajo pena de nulidad.

Al testigo sordomudo se le harán las preguntas por escrito, si sabe leer; y sus respuestas también serán por escrito, si sabe escribir. Si no sabe ni lo uno ni lo otro, se le nombrará un interprete que conozca el lenguaje de los sordomudos, quien deberá prestar el correspondiente juramento o promesa. Asimismo, al testigo o imputado que no comprendan correctamente el idioma español se les facilitará un intérprete de su confianza para que los asista durante la diligencia de reconocimiento.

785

Salvo que el testigo quiera voluntariamente colaborar, no será factible la realización de un reconocimiento en rueda por testigos que residan en el extranjero, que gozan de algún tipo de privilegio procesal o que estén físicamente impedidos para concurrir al tribunal (arts. 188, 192 y 193 CPP).

- 5) *Acto seguido, se pedirá al testigo que describa a la persona a reconocer, debiendo manifestar aquel si la conoce o si la había visto con anterioridad o posterioridad al hecho, personalmente o en imagen.*
- 6) A continuación, se llevará a cabo el reconocimiento, para lo que se *ubicará al imputado o sospechoso entre otras de apariencia semejante*. La exigencia de que las personas que forman la rueda de reconocimiento sean de apariencia semejante es un requisito inexcusable para la validez del acto. En consecuencia, no será válida la diligencia de reconocimiento en rueda formada por el imputado y por personas muy diferentes a él en su aspecto físico, aunque con posterioridad se repita correctamente.

Conviene adoptar las precauciones necesarias para evitar el enmascaramiento o alteración física del imputado (corte de pelo, pelo largo, barba crecida, ropas distintas...etc.), acciones que en la práctica desvirtúan con frecuencia la eficacia del acto. Cuando eso ocurra, la actitud de la persona objeto de reconocimiento podría constituir un indicio de culpabilidad.

El declarante manifestará, en términos de certeza o duda, *si reconoce o no al imputado entre las personas que forman parte de la rueda*. Establece la ley que el reconocimiento se lleve a cabo, según el juez o tribunal lo estime oportuno, en presencia de quienes formen parte de la rueda o desde un lugar donde no pueda ser vista la persona que efectúa el mismo.

El art. 213 CPP se limita, pues, a establecer condiciones de realización de la rueda de reconocimiento, que deben considerarse insuficientes. Dispone que la rueda se forme con otras personas de apariencia semejante a la persona a reconocer, pero no señala el número de ellas. Deja al criterio del juez el que el reconocimiento se realice en presencia de las personas a reconocer o desde un lugar donde no pueda ser visto, cuando lo preceptivo debería ser esto último. Concluye, en fin, señalando el precepto que el declarante manifestará con claridad si entre los que forman la rueda se encuentra la persona a que ha hecho referencia en el interrogatorio previo (art. 212), olvidando que existe la posibilidad de reconocer a alguien con un cierto margen de duda en el reconocimiento.

786

Por ello, creo interesante expresar aquí las características ideales que deben presidir la diligencia de la que estamos tratando. Y así, en cuanto a la *composición de la rueda*, debería estar formada al menos por cinco personas, incluyendo al imputado. Se procurará que sus componentes sean del mismo sexo, raza, color de piel, edad, peso, estatura, color de ojos y parecida vestimenta; en suma, de apariencia semejante, según expresión textual, del art. 213 CPP. Solo podrá ubicarse un solo sospechoso en cada rueda y se evitarán indicios visibles que permitan inferir que una persona concreta de las que forman la rueda es el imputado o sospechoso del hecho delictivo.

En cuanto al *procedimiento*, transcribimos la regla sobre rueda de detenidos generalizada en los Estados Unidos de Norteamérica:

- No se permitirá que los testigos vean al sospechoso ni a los demás integrantes de la rueda de detenidos con anterioridad a la celebración de la misma.

- No se le informará a los testigos antes de la celebración de la rueda que se tiene detenido a un sospechoso.
 - No se le dará ninguna información sobre los componentes de la rueda.
 - Si dos o más testigos fueran a participar como identificantes, no se permitirá que se comuniquen entre sí antes o durante la identificación, y cada uno hará la identificación por separado. Al respecto, señala el art. 214 que si son *varias personas las que hubieren de reconocer a una*, se evitará la comunicación entre ellas y cada reconocimiento se practicará separadamente.
 - El testigo observará la rueda y, con la menor intervención de los agentes policiales o del fiscal, si está presente, identificará de manera positiva al autor de los hechos delictivos, si éste se encuentra en la rueda.
 - Si el sospechoso es requerido para que diga alguna frase, haga algún movimiento o vista algún atavío, se requerirá de los demás integrantes expresión, actuación o vestimenta de forma parecida.
 - En ningún caso se le sugerirá al testigo la persona que debe seleccionar, ya sea expresamente o de cualquier otra forma.
- 7) La diligencia de reconocimiento se documentará en la correspondiente acta judicial bajo la fe del secretario, que dará cuenta de la práctica de la misma y de su resultado. Dicha acta contendrá, según el art. 213, último inciso, el nombre y domicilio de quienes participaron en el acto, exigencia que tiene por finalidad evidenciar si fuese necesario, la semejanza física, de quienes formaron parte de la rueda de reconocimiento. El acta se leerá, advirtiéndose al testigo que la puede leer por sí mismo. Si hay intérprete, se la traducirá al testigo. Finalmente, será firmada por el juez, el secretario, el abogado defensor, el fiscal, si está presente, y el declarante que realiza la identificación. Podrá levantarse una sola acta en caso del reconocimiento de una persona por varias, a pesar de que el acto se practique separadamente.

Si alguna de las personas es ciega o analfabeta, el acta será leída y suscrita por una persona de su confianza, dejando aquella en todo caso, la impresión digital del pulgar de la mano derecha, o, en su defecto, de cualquier otro dedo que especificará el funcionario y si esto no fuere posible, se hará constar así, todo bajo pena de nulidad.

Debería ser preceptivo realizar *varias tomas de fotografía de la rueda* tal y como le fue presentada a los testigos, cuyo destino sería ser incorporadas como evidencias al expediente fiscal y judicial.

Terminada la declaración, se informará al testigo de su obligación de comparecer ante el tribunal sentenciador cuando sea citado para ello y de las consecuencias legales que podrían depararle la no comparecencia.

La rueda de reconocimiento debería repetirse al menos dos veces, en intervalos de tiempo de unos cinco o diez minutos, para mayor seguridad de la identificación, si bien el Código no dice nada al respecto.

215

RECONOCIMIENTO POR FOTOGRAFÍA

Cuando sea necesario reconocer a una persona que no esté presente ni pueda ser habida, se exhibirá su fotografía a quien efectúe el reconocimiento, junto con otras semejantes de distintas personas. En lo demás, se observarán las disposiciones precedentes.

788

I. CONCORDANCIAS

- CPP 152 y 324, inciso 3º. (citación de testigos); 325, 333.3 y 350, inciso 2º. (incomparecencia); 121, 172 y 191 (juramento o promesa); 186 (facultad de abstención); 187 (deber de abstención); 188 (no residentes); 189 y 194 (negativa a declarar y falso testimonio); 191 (apersonamiento anticipado); 192 (testigos con privilegios) y 193 (testigos físicamente impedidos); 190, 270, 271 y 330 (prueba testifical anticipada); 347 a 350 y 352 (prueba testifical en el plenario), 351 (reconocimiento de objetos en el plenario)
- CP, 305 (falso testimonio), 313 (desobediencia a mandato judicial), 307 (soborno)

II. COMENTARIO

El reconocimiento fotográfico suele realizarse ante la Policía o la Fiscalía mediante la presentación de uno o varios álbumes de fotografías de distintas personas, entre las que figura la del sospechoso o imputado. Esta diligencia de la Policía es un acto de investigación que carece en sí mismo de valor probatorio alguno. Lo mismo puede

decirse del acto de reconocimiento por fotografía llevado a cabo en la Fiscalía, porque sus actas carecen de valor para probar los hechos en el juicio (art. 268 CPP).

No obstante, el reconocimiento fotográfico realizado correctamente ante la policía o el fiscal podría convertirse en medio de prueba válido siempre que la persona que efectuó el mismo, acuda al juicio oral y se someta al interrogatorio de las partes, conforme a lo establecido en el último inciso del art. 348, en relación con el art. 215 y 351 CPP.

En la instrucción, puede realizarse el reconocimiento por el trámite de la prueba anticipada (art. 270 y 271 CPP), ya que el paso del tiempo puede convertir la diligencia de reconocimiento en un acto irreproducible en el juicio oral, aparte de que, al consistir el reconocimiento en una declaración testifical, pueden darse circunstancias que obliguen al apersonamiento anticipado del testigo, por existir temor fundado de que se ocultará o ausentará del lugar de su residencia (art. 191 CPP).

El precepto exige que el reconocimiento por fotografía se realice cuando *la persona a reconocer no esté presente ni pueda ser habida*, o lo que es lo mismo, cuando no sea posible hacer una rueda de reconocimiento por no estar identificado el imputado, no existir un sospechoso o, existiendo imputado, se encuentra en ignorado paradero.

Asimismo, procederá el reconocimiento por fotografía cuando, existiendo un sospechoso o imputado, se negaren a participar en la rueda, bien de manera absoluta, o sea mediante dificultades creadas ex-proceso para evitar su normal desarrollo.

789

La valoración de esta diligencia requiere tener presente la posible influencia, mediante ciertas técnicas de presión psicológica apenas perceptibles, sobre la persona que examina las fotografías, a quien se le deben presentar series completas de las mismas.

Todo esto nos lleva a la necesidad de seguir una serie de reglas materiales, además de las que se especifican en el comentario a los artículos 212 a 214 sobre el procedimiento de la rueda de reconocimiento de personas, al que remite el art. 215.

Esas *reglas específicas* del reconocimiento fotográfico son las siguientes: 1) Se mostrarán al testigo, como dijimos, *series completas de fotografías*, cuyo número no debe ser inferior a diez; 2) Se ha de tratar de *una foto del sospechoso entreverada con fotos de personas de características físicas similares*; 3) Si el reconocimiento lo hacen *varios testigos*, lo llevarán a cabo de *forma separada y sin que se comuniquen entre sí*; 4) *Las fotografías* que se muestren al testigo *no deben contener señal o marca alguna* que le orienten en su reconocimiento.

La diligencia de reconocimiento fotográfico se documentará en la correspondiente acta judicial bajo la fe del secretario, que dará cuenta de la práctica de la misma y de su resultado. Dicha acta contendrá, según el art. 213, último inciso, el nombre y domicilio de quienes participaron en el acto; en el supuesto de que el *reconocimiento sea positivo, el acta debería contener en breve síntesis el procedimiento seguido, e incluir como anexo, identificándolas debidamente, todas las fotografías utilizadas en la diligencia*. El acta se leerá, advirtiéndose al testigo que la puede leer por sí mismo. Si hay intérprete, se la traducirá al testigo. Finalmente, será firmada por el juez, el secretario, el fiscal, si está presente, y el testigo que realizó el reconocimiento. Se levantarán tantas actas como testigos intervinientes. Si alguna de las personas es analfabeta, el acta será leída y suscrita por una persona de su confianza, dejando aquella en todo caso la impresión digital del pulgar de la mano derecha, o, en su defecto, de cualquier otro dedo que especificará el funcionario, y si esto no fuere posible, se hará constar así, todo bajo pena de nulidad.

Terminado el acto de reconocimiento, se informará al testigo de su obligación de comparecer ante el tribunal sentenciador cuando sea citado para ello y de las consecuencias legales que podrían depararle la no comparecencia.

790 En cuanto a la valoración del resultado de una prueba de reconocimiento por fotografía, debemos tener en cuenta que la fotografía nunca contiene la plenitud de elementos (color de la piel, estatura real, complexión física, tics nerviosos) que el reconocimiento en vivo, por lo que no tiene la exactitud de este, siendo indispensable confirmar la identificación del imputado que resulte de la misma con otros elementos de prueba.

216

RECONOCIMIENTO DE OBJETOS

Antes del reconocimiento de un objeto, el juez invitará a la persona que deba reconocerlo a que lo describa. En lo demás, en cuanto sea posible, regirán las reglas que anteceden.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 9, 10, 114, 259 a 264 (declaración del imputado y derecho de defensa); 152 y 324, inciso 3º. (citación de testigos); 325, 333.3 y 350, inciso 2º. (incomparecencia); 121, 172 y 191 (juramento o promesa); 186 (facultad de abstención); 187 (deber de abstención); 188 (no residentes); 189 y 194

(negativa a declarar y falso testimonio); 192 (testigos con privilegios) y 193 (testigos físicamente impedidos); 190, 270, 271 y 330 (prueba testifical anticipada); 347 a 350 y 352 (prueba testifical en el plenario)

- CP, 305 (falso testimonio), 313 (desobediencia a mandato judicial), 307 (soborno)

II. COMENTARIO

En materia probatoria, existen algunos hechos cuya prueba se realiza por medio de objetos de carácter material e inanimado, entre los que deben incluirse, obviamente, los documentos, porque son objetos perceptibles por los sentidos. Evidentemente, un documento, en sentido tradicional (escritura sobre papel) o moderno (soporte informático, cintas de video o de grabación de la voz...), es un objeto, y por ello el reconocimiento del mismo por su autor o terceros -excluyendo a los peritos- debe hacerse conforme a lo establecido en los arts. 216 y 351 CPP.

Dada la variedad de objetos susceptibles de reconocimiento, dividiremos nuestro comentario en tres apartados: el reconocimiento de objetos en general, el reconocimiento de documentos escritos y el reconocimiento de documentos en soportes distintos al papel.

791

A) El reconocimiento de objetos en general

La Policía Nacional Civil está obligada a reunir, asegurar y describir los *elementos de convicción* (art. 244) que el hecho delictivo hubiere dejado, a cuyo efecto realizarán, bajo las órdenes de los fiscales, la inspección del lugar del hecho (arts. 163 y 164 CPP). El destino inmediato de los elementos de convicción, cuando su naturaleza lo permita, es el de ser secuestrados por orden del juez (inciso primero, del art. 180), pudiendo en casos urgentes dictar la orden de secuestro la Policía o la Fiscalía General de la República, con preceptiva ratificación judicial en el plazo de cuarenta y ocho horas (inciso 2º. del art. 180 CPP). Posteriormente, los objetos secuestrados podrán servir para la realización de la prueba de reconocimiento de objetos (arts. 216, 351 y 348, último inciso, CPP) y para efectuar sobre los mismos determinadas pruebas periciales (art. 171 CPP).

La doctrina procesalista suele hacer la siguiente clasificación de los elementos de convicción: 1) *Cuerpo del delito*, concepto con el que se expresa la persona o cosa objeto del mismo; 2) *Instrumentos del delito*, expresión que utiliza el art. 183 del Código referida al conjunto de elementos materiales, como armas, drogas, documentos y objetos de cualquier clase, utilizados para la ejecución del hecho delictivo; y 3) *Elementos o piezas de convicción*, que, además de los propios instrumentos del delito, comprenden las cosas u objetos (cintas, grabaciones, etc.), huellas, rastros, vestigios de cualquier naturaleza, que pueden servir para acreditar la realidad del hecho y la culpabilidad del

delincuente. Dicho tipo de objetos solo se considerarán *stricto sensu* piezas de convicción si se encuentran incorporados físicamente a los autos o debidamente etiquetadas en un depósito judicial a disposición del juez o tribunal competente.

Los objetos que constituyan piezas de convicción se someterán, si fuese pertinente, al reconocimiento de los mismos por los testigos y, en su caso, por el imputado, quien puede negarse a ello, por lo que se aplicarán, en consecuencia, las reglas generales sobre las declaraciones del imputado y de los testigos, que se contienen en los preceptos relacionados en el cuadro de concordancias del presente artículo.

En la instrucción, dicho reconocimiento se hará conforme a las reglas establecidas para el reconocimiento de personas (arts. 212 a 214), con las debidas adaptaciones; se aplicará, si se quiere dar al acto el carácter de prueba preconstituida, el procedimiento establecido en los artículos 190 (apersonamiento anticipado), 270 y 271 (anticipo de prueba y derecho de asistencia) del Código Procesal Penal.

Durante la celebración del juicio oral, el art. 351 ordena que los objetos y otros elementos de convicción sean exhibidos para su reconocimiento, pudiendo los testigos durante su declaración reconocer personas y objetos (art. 348, último inciso, CPP), reconocimiento que también se hará aplicando, en lo pertinente, los arts. 212 a 214 CPP.

792

El *acto de reconocimiento* de objetos consistirá en una descripción *previa del objeto por el declarante*; luego, *se le mostrará físicamente el objeto a reconocer, preguntándole si lo reconoce o no lo reconoce*; finalmente, *se documentará diligencia en la correspondiente acta*, que firmara el secretario, dando fe, el juez y los intervinientes (art. 217 CPP). Rigen, en definitiva, con las oportunas adaptaciones, los requisitos de carácter material y formal examinados al analizar el reconocimiento de personas (art. 214), al que se remite expresamente el art. 216.

La práctica de la prueba de reconocimiento de objetos durante el plenario exigirá lógicamente la exhibición o presencia de dichos objetos: “los objetos y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos para su reconocimiento”(art. 351 CPP). Pero aún en el supuesto de que no se haya propuesto la referida prueba, es necesaria la pública exhibición de las piezas de convicción durante la vista pública (art. 421, inciso 2º. CPP). La ausencia de las mismas puede provocar, en ciertas circunstancias, la suspensión de la audiencia por el tiempo indispensable para su exhibición en la sala, bajo pena de nulidad de la prueba, por vulneración del derecho de defensa.

Ha de tenerse en cuenta lo que establece el art. 184 CPP en relación con el destino de algunas piezas de convicción: *objetos nocivos para la salud, de tenencia prohibida, peligrosa o de ilícito comercio y armas de fuego*. Sobre los primeros, los incisos 2º. y 4º. del art. 184 disponen que el juez o tribunal ordenará su destrucción, en

resolución debidamente fundamentada, y con audiencia de las partes, cuando ya no sea necesario su conservación para el procedimiento. La destrucción de *drogas y estupefacientes*, se regirá por lo establecido en la Ley de Actividades Relativas a las Drogas. Las *armas de fuego* de cualquier clase, en especial los pertrechos o elementos de guerra que hubieren caído en secuestro o fueren remitidos por la policía y las de dotación legal o reglamentaria de la Fuerza Armada y de la policía, serán remitidas de inmediato a la orden del juez o tribunal en el departamento de San Salvador, quienes las remitirán en depósito al Ministerio de la Defensa Nacional, y en el resto del país, a los respectivos comandantes departamentales, salvo en los casos del inc. 4º. del art. 244 de este Código.

Las diligencias sobre armas se realizarán en los organismos militares donde estén depositadas, según dispone el art. 184. Sin embargo, el tribunal sentenciador puede decidir que se lleven a su presencia, si fuera posible, para la realización de su reconocimiento por las partes procesales.

Cuestión distinta al reconocimiento de objetos, es la referida a la confirmación de su autenticidad, a cuyo efecto se deberá acudir, si fuera necesario, a la práctica de pruebas periciales como la documentoscopia, la pericia sobre armas o explosivos, la prueba de identificación de voces, el análisis de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas...

793

B) El reconocimiento de documentos escritos

En términos estrictos, por documento, como señala BELING, ha de entenderse el escrito, es decir, el objeto material en el que determinada persona, valiéndose de la escritura (manuscrito, mecanografiado, impreso o similar), ha plasmado un contenido intelectual determinado. Para el derecho procesal salvadoreño, por documento ha de entenderse (arts. 1569, 1570, 1573 a 1578 CC; 259 a 291 CPC y 330 y 351 CPP) exclusivamente la escritura o papel con que se prueba o se hace constar alguna cosa o, con referencia al documento público, el “instrumento escrito que por su carácter formal da fe acreditativa de la certeza de su contenido, de procedencia extraprocesal e incorporado después de emitido o producido al procedimiento judicial» (STS 21/7/95).

Los documentos pueden servir para probar la realidad de un hecho, y normalmente son creados con dicha finalidad. Se comprende, pues, la importancia probatoria de los mismos, menor que en el proceso civil pero no insignificante. Desde el punto de vista de la investigación delictiva, el delito puede resultar del documento mismo (arts. 283 a 287 CP sobre falsificación de documentos) o servir como prueba de cargo con-*tra* el imputado, por derivarse de su contenido una implícita confesión de culpabilidad o la atribución a un tercero de un hecho delictivo, bien de manera directa y expresa, sea por aportación de datos que ayuden a la inculpación.

Por todo ello, el documento puede ser objeto de un reconocimiento con el fin de ayudar a determinar su autenticidad o legitimidad. Cuestiones distintas, que no interesan ahora, son las referidas a su autenticidad (véase art. 207 sobre el cotejo de documentos) y a su valoración: documentos públicos y privados; caracteres de originalidad, integridad, no alteración, precisión...

La legitimidad es, en principio, una presunción legal, que admite prueba en contrario, cuando el documento tenga aparentemente carácter público u oficial, pero incluso los documentos públicos pueden ser objeto de reconocimiento por el notario o funcionario que los redactó y suscribió, en caso de que el propio juez o alguna de las partes lo soliciten.

Sin embargo, cuando el documento es privado -categoría en la que deben incluirse los documentos emanados de un funcionario público sin las formalidades y la competencia para su realización que establece la ley- la determinación de su legitimidad ha de hacerse mediante el reconocimiento del mismo por su autor en juicio público y ante juez competente, sin que pueda admitirse en el proceso penal reconocimientos tácitos de documentos. También pueden reconocer documentos, los testigos que estuvieron presentes en su confección y vieron suscribir la firma de su autor en ellos.

794 Por último, no será posible, en principio, el reconocimiento de documentos extranjeros, cuya validez en el proceso penal ha de hacerse mediante medios indirectos que confirmen su autenticidad y la fiel traducción de su contenido.

C) Reconocimiento de documentos en soportes distintos al papel

En un sentido amplio y genérico, por documento debe entenderse cualquier “objeto material en el que se insertó una expresión de contenido intelectual por medio de signos convencionales” (FENECH). Por tanto, mas allá de la clásica representación de un pensamiento sobre papel a través de la escritura, son documentos los planos, dibujos técnicos y artísticos, croquis, negativos de fotografías y las fotografías mis-mas, los *soportes informáticos*, las *grabaciones de conversaciones privadas*, directamente o a través del teléfono, las *videofilmaciones*; las películas, monedas, sellos oficiales, gráficos expresivos del resultado de pruebas médicas de diagnóstico (encefalogramas, por ej.), etc.

La obtención de los mismos se rige por las reglas generales: 180 a 184 (secuestro); 173 y ss. (registros), etc. Su incorporación al proceso se hará, conforme a la norma de analogía del art. 162, de la manera que esté prevista la incorporación de pruebas similares. Dicha prescripción legal viene a suplir la falta de regulación de algunos medios de prueba, entre los que se encuentran los de carácter audiovisual, a excepción de la mención del art. 351.

Tras las anteriores reflexiones generales sobre el tipo de documento *sui generis* que estamos considerando, examinaremos el acto procesal de reconocimiento de las grabaciones telefónicas, las cintas de video y los soportes informáticos:

1. Como medio de prueba, las *escuchas telefónicas* generan, en palabras de GIMENO SENDRA, un acto peculiar de “prueba instructora anticipada” que, al contrario de las demás pruebas anticipadas reguladas en el art. 270 CPP, no es suficiente con que durante la vista oral sea leída el acta que contenga las transcripciones de las cintas, sino que las mismas, una vez superada la eventual cuestión de su autenticidad, deben ser sometidas íntegramente, si lo quiere alguna de las partes o el juez o tribunal, a su total audición, requiriéndose la unanimidad para la reproducción parcial (art. 351 CPP).

La escucha o reconocimiento de las grabaciones se hará en presencia judicial y con asistencia del imputado y su abogado defensor, debiendo el secretario judicial levantar acta de la actuación, en la forma prevista en los artículos 123 y 124 del Código Procesal Penal. El imputado será preguntado sobre la autenticidad de las cintas, en todo o en parte, y, si niega la misma, se procederá a la realización de una prueba pericial fonográfica.

2. El reconocimiento de las *cintas de video* consistirá también en su visualización por la persona que haga el reconocimiento, bien en la instrucción, por el trámite de los arts. 270 y 271 de la prueba anticipada, sea en el plenario, conforme a lo establecido en el art. 351 CPP.

795

La videofilmación plantea también el tema de la autenticidad de las cintas, que condiciona obviamente la eficacia probatoria del reconocimiento o visualización del material fílmico. Por ello, es importante: a) Que la aportación del mismo al juzgado se realice en versión original e íntegra, sin manipulación alguna, e inmediatamente después de la filmación, con el fin de facilitar enormemente la prueba de su autenticidad; b) Que el juez de instrucción permita el visionado de las cintas por las partes lo antes posible, para que ejerzan la defensa de sus respectivas posiciones, respetándose así tempranamente la contradicción y el principio de igualdad de armas en el proceso; y c) Que a petición de parte se confirme la autenticidad de las cintas, mediante eventuales pruebas pericial, testifical y de confesión judicial, en su caso, y a través del visionado por el Tribunal, condición *sine qua nom* para su valoración, salvo el supuesto del art. 330 CPP.

Esta forma de reconocimiento es incompatible con que las mismas personas que visualizaron en el video participen luego en un reconocimiento por fotografías o en una rueda de detenidos, ya que el testigo podría verse influenciado por la visión de la filmación.

3. La información contenida en las *computadoras* tiene como soportes físicos una amplia gama de dispositivos (unidades de disco duro, de cinta y cassettes, discos ópticos, etc.), cuya función es el almacenamiento, protección y recuperación de los datos informáticos. Dichas unidades informáticas, que forman parte del *hardware* de las computadoras, tienen la naturaleza jurídica de documentos, por asimilación funcional y cuasimaterial al documento tradicional.

Por ello, los soportes informáticos secuestrados pueden ser objeto de reconocimiento por sus usuarios, aunque solo sea en relación a los aspectos exteriores de diseño, marca, tipo de computadora, grado de conservación, etc. También son susceptibles de reconocimiento las unidades de almacenamiento de datos y el lugar físico donde se hallen.

La prueba preconstituida (art. 270 CPP) puede resultar indispensable por razones operativas, en caso de especial complejidad, o al menos conveniente, aunque, si fuese un supuesto sencillo, podría obviarse y visionarse en el juicio oral el contenido de las unidades informáticas secuestradas.

796 Finalmente, como en cualquier otra clase de documento, puede ponerse en duda la autenticidad de la información hallada en los soportes informáticos, fácilmente manipulables, siendo procedente entonces someterlos a las oportunas pruebas periciales.

217

VALOR PROBATORIO

Sin perjuicio de la reproducción del reconocimiento en el juicio, para que el acta sea incorporada por su lectura en la vista pública, el acto del reconocimiento debió haber sido notificado previamente al defensor del imputado.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 10, 14, 110, 270, inciso 2º. y 271 (defensa técnica); 330.4 (reproducción en el juicio oral), y 211 a 216 (reconocimientos)

II. COMENTARIO

Las diligencias judiciales que hemos analizado tendrán valor de prueba preconstituida, por el carácter normalmente irreproducible del acto durante la vista pública, razón por la cual habrá que cumplirse el trámite establecido en los arts. 270 y 271 CPP, que imponen la presencia judicial y la citación de las partes (art. 213), no pudiendo hacerse el reconocimiento sin la asistencia irrenunciable del abogado defensor. Dichos preceptos exigen la previa citación de las partes, sus defensores y mandatarios, o excepcionalmente del fiscal y de un defensor público (ver comentario al art. 190). Todos ellos tendrán derecho a asistir (art. 271 CPP) y a ejercitar las facultades previstas respecto de su intervención en las audiencias (art. 270, inciso 2º., CPP).

Las diligencias de reconocimientos que regula el presente capítulo del Código pueden teóricamente efectuarse durante el plenario, pero lo más normal es que se realicen en la instrucción, dado el excesivo tiempo que suele transcurrir entre la comisión del hecho delictivo y su enjuiciamiento. En el juicio oral, como prevé el art. 330.4) del Código, se incorporarán las correspondientes actas de reconocimiento mediante su lectura, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia personal de los testigos que intervinieron en los reconocimientos.

La inexcusable asistencia al acto de reconocimiento, bajo pena de nulidad, del defensor del imputado o de un defensor público si aquel no se persona previa la debida citación (arts. 10, 110, 14, 270, inciso 2º. y 271 CPP) es una consecuencia de la inviolabilidad del derecho de defensa (art. 10 CPP). Pero la presencia del defensor en el reconocimiento no es el único requisito para la validez del mismo, como parece deducirse del precepto que comentamos. Como hemos dicho, será también necesario, entre otros requisitos de carácter formal, que se notifique a todas las partes la realización del acto para que puedan asistir. El imputado detenido será representado, a todos los efectos, por su defensor, salvo que pida intervenir personalmente. Dicha intervención se limitará, en el reconocimiento en rueda o por fotografía o videofilmación, a los actos posteriores al propio acto de reconocimiento, tales como interrogatorio al testigo, lectura del acta, observaciones, etc.

En cuanto a la función del defensor en la rueda de reconocimiento, no se le debe permitir interrogar a los testigos durante la diligencia, porque la finalidad de la misma no incluye dicha actuación. Pero debe presenciar el proceso completo de la diligencia; escuchar cualquier conversación entre los testigos y la Policía o Fiscalía; poner verbalmente de manifiesto el incumplimiento de las reglas del procedimiento que hemos expresado en el comentario conjunto a los arts. 212 a 214 y hacer las observaciones que crea oportunas en el acta del reconocimiento, que deberán ser transcritas por el secretario judicial.

Al respecto, el inciso 2º. del art. 421 CPP señala que cuando el precepto legal que se invoque como inobservado erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso solo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su subsanación o ha hecho protesta de recurrir en casación, salvo en los casos de nulidad no subsanable, cuando se trata de los vicios de la sentencia o de la nulidad del veredicto del jurado.

CAPÍTULO VIII

CAREOS

218

PROCEDENCIA

Se podrá ordenar el careo de personas que en sus declaraciones hayan discrepado sobre hechos o circunstancias importantes; pero el imputado no estará obligado a carearse.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 9 y 10 (derecho de defensa), 219 y 220 (procedimiento de la diligencia de careo); 152 y 324, inciso 3°. (citación de testigos); 325, 333.3 y 350, inciso 2°. (incomparecencia); 121, 172 y 191 (juramento o promesa); 186 (facultad de abstención); 187 (deber de abstención); 188 (no residentes); 189 y 194 (negativa a declarar y falso testimonio); 192 (testigos con privilegios) y 193 (testigos físicamente impedidos); 190, 270, 271 y 330 (prueba testifical anticipada); 347 a 350 y 352 (prueba testifical en el plenario)
- CP, 305 (falso testimonio), 313 (desobediencia a mandato judicial), 307 (soborno)

799

II. COMENTARIO

A) Concepto y naturaleza

Se entiende por careo “el acto procesal consistente en la confrontación de las declaraciones de dos o más imputados o testigos, ya interrogados con anterioridad, encaminado a obtener el convencimiento del titular del órgano jurisdiccional sobre la verdad de algún hecho en el que sus declaraciones como imputados o testigos estuvieren discordes” (FENECH).

En realidad, “el careo no es propiamente un medio de prueba autónomo e independiente, sino una diligencia encaminada a contrastar las manifestaciones o interrogatorios de los procesados y las declaraciones de los testigos al objeto de depurar su contenido y tratar de salvar o aclarar las contradicciones o discordias que en ellos se aprecien” (STS 31-01-89), contribuyendo a formar la convicción judicial a partir, más

que del contenido de las declaraciones en sí, de la sensación de firmeza y coherencia y, por tanto, de credibilidad que ofrezcan al juez los careados.

Normalmente, el careo tendrá el carácter de prueba anticipada, siendo en consecuencia de aplicación lo establecido en el art. 270 CPP.

El careo realizado durante la instrucción en la forma establecida por el art. 220 CPP y con previa citación del imputado (arts. 270 y 271 CPP) tiene efectos de prueba preconstituida cuando no sea posible su reproducción en el plenario por incomparecencia de algunos de los careados (art. 350 CPP). Cuando estos comparezcan, el principio básico que rige la actividad probatoria (art. 1 CPP) obligará a la reproducción del careo ante el tribunal sentenciador. Si se volviese a realizar el careo en el juicio oral y se producen contradicciones entre lo que se manifestó en el careo llevado a cabo en la instrucción y el efectuado en plenario, será de aplicación analógica lo que respecto a las contradicciones del imputado se establece en el art. 340, incisos 3º. y 4º. del Código. En efecto, como ya dijimos en otro lugar de esta obra, el Código solo ha previsto el caso de las declaraciones contradictorias de imputados, pero no el de testigos ni peritos, por lo que siendo idéntica la situación debe aplicarse para estos últimos lo que para el imputado establece el artículo 340: “Si el imputado se abstuviere de declarar, total o parcialmente, o incurre en contradicciones respecto de declaraciones anteriores, el presidente podrá ordenar la lectura de aquellas, siempre que se haya observado en ellas las reglas pertinentes. En caso de contradicciones, y luego de escuchar las explicaciones del imputado, el juez o tribunal valorará, según las reglas de la sana crítica, la preferencia de las declaraciones. Durante el transcurso de la vista, las partes y el tribunal podrán formular preguntas destinadas a aclarar sus manifestaciones”.

800

La sentencia de 19 de noviembre de 1991, del Tribunal Supremo de España, expresa que “el careo es un acto procesal consistente en la confrontación de las declaraciones prestadas por testigos o procesados entre sí, o de aquellos con éstos, dirigido al esclarecimiento de la verdad de algún hecho o de alguna circunstancia que por supuesto tenga interés para el proceso y sobre cuyo particular las manifestaciones ya prestadas fueron disconformes. En un medio de prueba extraordinario que nunca se solicita antes de la iniciación del juicio oral (a salvo lo realizado en la fase de instrucción o investigación previa), limitado, pues, en el tiempo y limitado por su objetivo en tanto que sólo se acude a él cuando no exista otra forma de averiguación. Es una prueba de utilidad muy discutible, generalmente desarrollada bajo la pasión, cuando no la violencia, sin finalidad práctica. Exige la mayor atención de los Jueces para evitar el descontrol de los careados, proclives éstos a representar actitudes más o menos falsas, de ahí que se mire con desconfianza porque incluso puede llevar ingenuamente al error de apreciación. Finalmente, (...) se trata de una prueba sometida a la facultad discrecional del Tribunal que podrá acceder a ella si lo estimare oportuno”.

Como indicamos, ese carácter discrecional de la realización de la diligencia de careo significa, a efectos prácticos, que no podrá prosperar, normalmente, en un eventual recurso de casación o amparo, la alegación de que la negativa judicial a admitir el careo causó indefensión, por vulneración de las normas del debido proceso, que incluyen el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, aunque será preciso que la denegación del careo haya estado debidamente fundamentada, para que pueda evaluarse el acierto o desacierto de la inadmisión del mismo, porque, puede ocurrir, aunque excepcionalmente, que el careo hubiese sido absolutamente pertinente, lo que sucederá cuando se dé el presupuesto de hecho del art. 218 CPP y cuando de las circunstancias del caso se infiera la necesidad, o al menos conveniencia, de aclarar las contradicciones relevantes entre los declarantes.

En tal circunstancia, la denegación del careo podría causar indefensión y justificar la estimación de un recurso de casación por errónea aplicación de un precepto legal (art. 421 CPP) o de un recurso de amparo constitucional por vulneración del derecho al debido proceso. Pero para ello, hará falta que la contradicción fuese relevante y que quien solicitó el careo lo hubiese hecho con la expresión de las preguntas a efectuar a los careados (art. 317 último inciso), única manera de que se pueda apreciar la pertinencia o no de la práctica del mismo.

B) Régimen Jurídico

801

La práctica de los careos viene regulada en los arts. 218 a 220 y en el 351, último inciso del CPP. Los tres primeros tratan de la procedencia y forma de realizar la diligencia; el art. 351 CPP, de la posibilidad de hacer careos durante la celebración del juicio oral. Como complemento, han de tenerse en cuenta los preceptos reguladores de la declaración del imputado (arts. 259 a 264; 269 a 271; 273 a 276) y de las declaraciones testimoniales (arts. 185 a 194), porque a la postre el careo no es más que una manifestación de aquellas.

C) Obligatoriedad

Los testigos están obligados a carearse y deberán prestar juramento o promesa de decir verdad, de conformidad con el estatuto del testigo, que, salvo motivos de abstención y privilegios procesales, tiene la obligación de comparecer al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre los hechos que se investigan, salvo las excepciones establecidas por la ley (art. 185). El imputado, por el contrario, no está obligado a carearse, en uso de su derecho a no declarar, razón por la cual no se le puede tomar juramento o promesa de decir verdad (arts. 12 Cn; 87.5), 259, inciso segundo, y 262 inciso primero, CPP).

D) Presupuestos

La diligencia de careo exige como presupuestos la *existencia de declaraciones previas, la contradicción entre las mismas y la necesidad judicial de despejar la duda sobre la veracidad de una u otra declaración.*

El careo ofrece un evidente riesgo de inútil enfrentamiento dialéctico entre los intervinientes, y en la práctica pocas veces resulta eficaz, por lo que no puede afirmarse que la denegación de la misma afecte al derecho a la presunción de inocencia y a las garantías del debido proceso, aunque puedan existir casos extraordinarios en que, habiendo quedado acreditada la pertinencia del careo, así suceda. Por tal razón, la diligencia de careo tiene, por lo general, carácter discrecional y subsidiario, como lo acredita la redacción del art. 218 (se podrá ordenar...) y del art. 315, último inciso, CPP, no siendo procedente su realización cuando existan otros medios de prueba que incontestablemente resuelvan la contradicción entre las declaraciones contrapuestas. Por el contrario, el careo deberá acordarse cuando en el caso concreto de que se trate su realización sea conveniente para “esclarecer la verdad de algún hecho o de alguna circunstancia que tenga interés para el proceso” (PAZ RUBIO).

802

219

JURAMENTO

Los que han de ser careados prestarán juramento antes del acto, bajo pena de nulidad, a excepción del imputado.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 121, 172 y 191 (juramento o promesa); 186, último inciso (instrucción a los testigos parientes); 259 (reglas de la declaración indagatoria) y 262 (métodos prohibidos para la declaración); 270, 271, 190 y 330 (apersonamiento anticipado); 347 a 349 (recepción de la prueba testifical en el plenario); 188 (no residentes); 192 (testigos con privilegios) y 193 (testigos físicamente impedidos)
- CP, 305 (falso testimonio)

II. COMENTARIO

El art. 121 del Código dispone que “cuando se requiera la prestación de juramento, el juez, o el presidente del tribunal o el funcionario a cargo del acto, lo recibirán, bajo

pena de nulidad, después de instruir a quien ha de prestarlo, de las penas que la ley impone a la falsedad. Si el declarante se niega a prestar juramento en virtud de sus creencias religiosas o de conciencia, se le exigirá promesa de decir la verdad, advirtiéndole que si falta a ella podrá ser sancionado de acuerdo a las disposiciones del Código Penal. Tomando el juramento o la promesa de decir verdad, el declarante contestará “lo juro” ó “lo prometo”, según sea el caso”.

No se tomará juramento o promesa a los menores de doce años de edad ni a quienes, aunque no estén imputados formalmente, sean sospechosos de tener algún grado de participación en el delito investigado o en otro conexo (art. 191), debiéndoseles advertir de esta circunstancia, ya que en caso contrario la declaración sería nula por vulneración del derecho de defensa (art. 224.6).

Tampoco puede requerirse al imputado juramento o promesa de decir verdad, reiterándose dicho mandato legal, además de en el presente precepto, en el art. 262, que se incluye entre las normas de la declaración indagatoria y prohíbe el uso de cualquier clase de coacción, amenaza o medio alguno para obligar o inducir a declarar al imputado.

220

803

MODO

El careo podrá verificarse entre dos o más personas. Para efectuarlo se comenzará por leer, en lo pertinente, las declaraciones que se reputen contradictorias, o se resaltaré el punto de contradicción si no existen actas de las declaraciones. Luego, se llamará la atención a los careados sobre las discrepancias, a fin de que libremente traten de ponerse de acuerdo; posteriormente, las partes y el juez o tribunal podrán interrogarlos sobre el punto de contradicción.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 259 a 264 (declaración del imputado); 121, 172 y 191 (juramento o promesa); 186, último inciso (instrucción a los testigos parientes); 270, 271, 190 y 330 (apersonamiento anticipado); 347 a 349 (recepción de la prueba testifical en el plenario); 188 (no residentes); 192 (testigos con privilegios) y 193 (testigos físicamente impedidos)
- CP, 305 (falso testimonio)

II. COMENTARIO

El Código Procesal Penal contempla la forma de declarar los testigos y los imputados, por lo que deberán aplicarse los artículos que regulan aquellas a la diligencia de careo, cuya única particularidad procedimental, respecto de las mencionadas declaraciones, es la que establece el art. 220 que comentamos.

Aunque el careo puede verificarse entre más de dos personas (art. 220, inicio), lo conveniente será su realización solamente entre dos, para reducir el riesgo de estériles enfrentamientos entre los careados y dar al acto una mayor operatividad y eficacia.

1) Las personas que vayan a carearse serán citadas mediante carta certificada, telegrama con aviso de entrega o por cualquier otro medio de comunicación que garantice la recepción y autenticidad de los mismos. En la *citación* se expresará el objeto de la misma y el procedimiento en que se acordó, con la advertencia de que, si se efectúa la comparecencia, la persona en cuestión será conducida por la policía y pagará los costos que cause, salvo que exista justa causa, debidamente acreditada, para lo no comparecencia (art. 152). Puede reiterarse la citación con la advertencia de que incurrirá en delito de desobediencia a mandato judicial si no comparece (art. 313 CP).

804 2) *Realizada la comparecencia en el juzgado*, la persona citada entregará la citación al Secretario y se iniciará el acto, si se trata del careo entre *testigos*, con la *instrucción a los mismos acerca de las penas de falso testimonio*, procediéndose a la lectura del art. 305, inciso 1º. y 3º., del Código Penal, que literalmente dice: “el que en declaración como testigo ante autoridad competente, afirmare una falsedad, negare o callare, en todo o en parte, lo que supiere acerca de los hechos y circunstancias sobre los cuales fuere interrogado, será sancionado con prisión de dos a cinco años. No habrá lugar a sanción penal cuando el hecho descrito en los artículos anteriores fuere ejecutado en proceso penal a favor de un procesado por ascendiente, descendiente, adoptante, adoptado, hermano, cónyuge o conviviente o persona en análoga relación de afectividad con aquél”.

Cuando en el careo participe un imputado, se le advertirá también que podrá abstenerse de declarar y que esa decisión no será utilizada en su perjuicio, que es obligatoria la presencia de su defensor y que podrá consultarlo, antes de comenzar la declaración sobre el hecho, o durante ella. En este caso, si no está presente, se dará aviso inmediato al defensor por cualquier medio, y si no concurre, se solicitará inmediatamente a un defensor público para que cumpla su función en ese acto (art. 10 CPP).

3) Acto seguido prestará juramento o promesa de decir verdad, que recibirá el juez, conforme a lo establecido en el art. 121 CPP. No se tomará juramento o promesa a los menores de doce años de edad ni a quienes, aunque no estén imputados

formalmente, sean sospechosos de tener algún grado de participación en el delito investigado o en otro conexo (art. 191), debiéndoseles advertir de esta circunstancia, ya que en caso contrario la declaración sería nula absolutamente, por vulneración del derecho de defensa (art. 224.6).

4) Efectuadas las anteriores actuaciones, se iniciará la diligencia de careo, sin que sea necesario el previo interrogatorio sobre las preguntas generales de la ley establecidas, para los imputados, en el art. 260 del Código y, para los testigos, en el inciso 2º. del art. 191 CPP. La razón de ello es que dicho interrogatorio ya se habrá efectuado en la declaración indagatoria o en las declaraciones testimoniales anteriores a la diligencia de careo. No obstante, es conveniente que figure en el acta de esta diligencia la referencia exacta del acta en que figura el interrogatorio en cuestión. Será necesario, no obstante, que se recuerde al testigo su facultad de no declarar contra parientes (art. 186 CPP) o su deber de abstenerse de declarar (art. 187 CPP), o su condición de testigo sospechoso, en cuyo caso no se le tomará juramento o promesa de decir verdad (art. 191, final del inciso 1º., CPP).

Dispone el art. 220 que, a) se leerán, en lo pertinente, las declaraciones que se reputen contradictorias, o que se resaltará el punto de contradicción; b) se llamará la atención a los careados sobre las discrepancias, invitándoles a que libremente traten de ponerse de acuerdo, y c) que, posteriormente, se podrán solicitar de los careados, por las partes y el juez o tribunal, explicaciones complementarias para desvanecer conceptos oscuros o contradictorios, e interrogarlos sobre el punto de contradicción. Comenzará el citado interrogatorio la parte que propuso la diligencia de careo y a continuación las otras partes, en el orden que considere conveniente el juez o presidente del tribunal. En dicho interrogatorio las preguntas deberán concretarse a los puntos de contradicción, y se aplicarán las reglas establecidas para el interrogatorio de testigos en el art. 348 CPP.

805

4) El secretario levantará un acta de todo lo acontecido que contendrá la fecha, el nombre y apellidos de las personas que asistieron al acto y la calidad en que actuaron. Expresará, en su caso, la inasistencia de quienes estando obligados a intervenir no lo hicieron. Se indicarán asimismo las diligencias realizadas y su resultado, las declaraciones recibidas, si éstas han sido hechas espontáneamente o a requerimiento y si se ha prestado juramento o promesa de decir verdad.

Posteriormente, se procederá a la lectura del acta, que será firmada por todos los intervinientes. Cuando alguno no pueda o no quiera firmar, se hará mención de ello. Si alguna de las personas es ciega o analfabeta, el acta será leída y suscrita por una persona de su confianza, dejando aquella en todo caso la impresión digital del pulgar de la mano derecha o, en su defecto, de cualquier otro dedo que especificará el funcionario, y si esto no fuere posible, se hará constar así, todo bajo pena de nulidad.

Aunque la ley no lo diga, es indispensable que el juez de instrucción exprese en el acta cual de los declarantes ofrece mayor firmeza o credibilidad en sus manifestaciones. Semejante observación en la sentencia vendrá obligada por el deber de fundamentación y apreciación de todas y cada una de las pruebas (art. 162 CPP), conforme al criterio de la sana crítica.

Durante el *juicio oral* también se podrán efectuar careos (art. 351), aunque por lo general no sea el lugar adecuado para la práctica de los mismos. Sin embargo, en ocasiones resultará de una extraordinaria utilidad, ya que con el careo se puede romper la estrategia de quién no dice verdad, pudiendo percibirse por el juzgador elementos emotivos esenciales para la mayor o menor credibilidad de los declarantes, dada la tensión emocional y el factor sorpresa que suele caracterizar al acto.

Por lo general el careo tendrá el valor de una prueba anticipada, cuyo resultado accederá al plenario por la lectura del acta correspondiente, según establece el art. 330 CPP. Dicha lectura es el presupuesto para su validez probatoria, al permitir una cierta inmediatez y contradicción en el plenario. La lectura, por tanto, no es una mera formalidad, sino el único medio idóneo de carácter extraordinario para introducir la prueba anticipada en la vista pública y conferirle un valor probatorio determinado.

CAPÍTULO IX

CONFESIÓN DEL IMPUTADO

221

CONFESIÓN JUDICIAL

La confesión clara, espontánea y terminante de haber cometido y participado en un hecho punible, rendida por el imputado ante el juez competente, podrá ser apreciada como prueba, según las reglas de la sana crítica.

La confesión es indivisible y debe aceptarse tanto en lo favorable como en lo desfavorable.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12
- CPP, 8, 9 Y 10 (derecho de defensa): 15 y 162 (sana crítica); 22 (suspensión condicional del procedimiento); 89 y 90 (incapacidad del imputado); 222 (confesión extrajudicial); 259 a 264 y 269 (declaración indagatoria); 340 a 342 (declaración del imputado en el juicio oral); 379 (procedimiento abreviado); 393 (juzgamiento por faltas).
- PIDCP, 14
- CADH, 8

807

II. COMENTARIO

La confesión judicial es “el reconocimiento formulado libre y voluntariamente ante la autoridad judicial por el imputado acerca de su participación en el hecho en que se funda la pretensión represiva deducida en su contra” (CAFFERATA). Dicha definición viene a ser la misma que expresa el art. 221, para el que la confesión ha de consistir en una declaración “clara, espontánea y terminante de haber cometido y participado en un hecho punible rendida por el imputado ante el juez competente”, lo que implícitamente remite a los artículos del Código reguladores de la declaración indagatoria (arts. 259 a 264 CPP) y del interrogatorio del imputado en el juicio oral (art. 348 CPP).

Dicho lo cual, del contenido del art. 221 se infieren las siguientes cuestiones, que serán analizadas en apartados independientes: el régimen jurídico de la confesión

judicial, sus requisitos, el carácter indivisible de la misma y los criterios que deben regir su valoración judicial.

A) Régimen jurídico

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* garantiza (art. 14, núm. 3, letra g) el derecho de toda persona acusada de un delito “a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable” reitera la misma garantía. La *Convención Americana sobre Derechos del Hombre*, en su art. 8, reitera la misma garantía estableciendo que “la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”. Ambos tratados internacionales fueron en su momento suscritos por El Salvador y ratificados por la Asamblea Legislativa el 19 de junio de 1978 (la Convención) y 23 de noviembre de 1979 (el Pacto), por lo que son ley en toda la República.

Por su parte, el art. 12 de la Constitución dispone, como garantías de la libre confesión, que ninguna persona puede ser obligada a declarar y que “las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona carecen de valor”, incurriendo en responsabilidad penal quien así “las obtuviere y empleare”, con referencia implícita al delito de tortura, tipificado en el art. 297 CPP.

808

Por último, el art. 221 que comentamos establece los requisitos de validez de la confesión judicial, institución a la que también aluden los siguientes preceptos del Código Procesal Penal:

- El art. 22 sobre la suspensión condicional del procedimiento penal, que queda supeditada a que el imputado admita los hechos que se le imputan y se apreste a reparar el daño causado, añadiendo el precepto que si el Juez o Tribunal rechaza la solicitud de suspensión, “la admisión de los hechos por parte del imputado carecerá de valor probatorio”.
- Los arts. 259 a 264 y 269, que contienen las reglas para la declaración indagatoria durante la instrucción y para toda otra declaración del imputado.
- Los arts. 340 a 342, sobre la declaración del imputado en el juicio oral.
- El art. 379, que condiciona la aplicación del procedimiento abreviado, entre otros requisitos, a que el “imputado admita el hecho” ante el juez competente y su defensor acredite que aquel “ha prestado su consentimiento libremente”.

- El art. 393 del juzgamiento por faltas, que ordena al Juez dictar la resolución que corresponda si el infractor admite su culpabilidad y no son necesarias otras diligencias.

B) Requisitos de la confesión judicial

La exigencia legal de que la confesión judicial sea clara, espontánea y terminante, y esté rendida ante juez competente, reconduce su validez a la concurrencia de los siguientes presupuestos materiales y formales:

- 1) La *capacidad intelectual* del confesante, debiendo valorarse al respecto el normal desarrollo de sus capacidades intelectivas y volitivas (arts. 89 y 90 CPP) y, por tanto, la ausencia de alguna enfermedad mental invalidante.

Como dijimos al comentar el art. 89 CPP, existe un concepto excesivamente amplio e impreciso de enfermedad mental. En dicha categoría, en efecto, se incluyen, entre sus manifestaciones clínicas más comunes, la oligofrenia o retraso mental de diversa intensidad (idioticia, imbecilidad, debilidad mental), la esquizofrenia (paranoide, hebefrénica, catatónica), otras psicosis o perturbaciones psíquicas patológicas, la paranoia, la neurósisis y los llamados trastornos de la personalidad, (paranoide, esquizoide, antisocial o psicopáticas, trastornos de los hábitos y del control de impulso...).

809

Cuando el precepto que comentamos exige implícitamente, por aplicación analógica del art. 89 CPP, que el confesante no padezca enfermedad mental alguna que le prive de la necesaria capacidad intelectual para entender el sentido de su confesión, no se está refiriendo a cualquier tipo de enfermedad mental, sino a aquellas que provocan en el imputado de manera manifiesta y más o menos permanente déficits importantes de su capacidad de comprensión de lo que se decide en el proceso penal y de su capacidad de ejercitar el conjunto de derechos y facultades que conforman el contenido del derecho de defensa material o autodefensa en el procedimiento (art. 9 CPP). Por ello, podría ser necesario el auxilio de un perito especializado en psiquiatría o psicología, aunque el juez no estará condicionado por su dictamen.

- 2) La *libre manifestación de voluntad* reconociendo el hecho, por lo que es sospechosa la confesión de quien se encuentra en un anormal estado de intranquilidad o sufra cualquier tipo de coacción física o moral.

Para asegurarse que se dan esas condiciones, la ley exige que, antes de comenzar su declaración, se advierta al imputado que puede abstenerse de declarar, que esa decisión no será utilizada en su perjuicio, que es obligatoria

la presencia de su defensor -debiendo nombrarse un defensor público si aquel no está presente- y que podrá consultarlo durante la declaración en cualquier momento (art. 259, inciso 2º., CPP).

Como complemento de esa información de derechos, se establece que en ningún caso se le requerirá al imputado juramento o promesa, ni será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza, o se utilizará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se harán cargos o reconvencciones tendientes a obtener su confesión. Toda medida que menoscabe la libertad de decisión del imputado, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos será prohibida, tales como los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, las violencias corporales, la tortura u otros tratos inhumanos o degradantes, el engaño, la administración de psicofármacos, los sueros de la verdad, el polígrafo y la hipnosis (art. 262 CPP).

- 3) La confesión ha de ser por otra parte *expresa, clara y terminante* (art. 221), sin que se admita la *facta confesio* o deducción de la autoría de actitudes determinadas del acusado (no presentación, fuga...etc.), ni la conseguida provocando error en el declarante mediante el uso de preguntas capciosas o sugestivas.
- 4) La confesión ha de realizarse *ante el juez o tribunal competente*, que deberá ser el juez o tribunal encargado de dictar sentencia según las reglas determinantes de la competencia penal (arts. 48 y ss. CPP), aunque han de valorarse las contradicciones que sobre la participación del imputado en el hecho existan entre las declaraciones indagatorias y la declaración en el juicio oral.
- 5) Por último, es necesario *que la confesión judicial guarde concordancia “con otros elementos de juicio que existan en el proceso sobre el hecho punible”*, según expresión que utiliza el art. 222.1 CPP, aplicable tanto a la confesión judicial como a la confesión extrajudicial. Sobre esta importante cuestión, hacemos amplias reflexiones en el comentario del citado art. 222, que son también válidas para la confesión judicial.

Este requisito, por cierto, no se exige en el *procedimiento abreviado* (arts. 379 y 380 CPP), encontrándose la explicación de ello en meros criterios de utilidad (descongestionar a tribunales y fiscales de su excesiva carga de trabajo), pues “allí donde exista una organización eficiente por su capacidad y suficiente por su número y distribución, el juicio truncado no tiene razón de ser, porque nunca ofrecerá las garantías del juicio completo” (NICETO ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO).

No hay que olvidar que el juez penal, al contrario que el juez civil, que solo conoce por lo general la prueba que le suministran las partes, ha de procurar la verdad, sin calificativos, de los hechos sometidos a enjuiciamiento. No debe bastarle, en consecuencia, la sola confesión del acusado para dar por probados los hechos y dictar sentencia, como ocurre por lo general y salvo excepciones en el pleito civil, en el que la confesión del demandado admitiendo el contenido de la demanda equivale casi automáticamente a una sentencia en su contra. En el proceso penal las cosas, en absoluto, deben suceder así, razón por la que debemos criticar cualquier automatismo de condena penal basado solamente en la confesión del acusado, como podría ser el caso del procedimiento abreviado.

El propio legislador salvadoreño, al respecto, desconfía de la espontaneidad de la confesión del acusado en dichas circunstancias, como se desprende del último inciso del art. 380 del Código Procesal Penal, a cuyo tenor si el juez no admite la aplicación del procedimiento abreviado, ordenará la continuación del trámite ordinario y, en este caso, la admisión de los hechos por parte del imputado no podrá ser considerada como una prueba útil durante el procedimiento común.

Esta norma, además, resulta a mi entender procesalmente improcedente, ya que a la admisión de los hechos por el imputado en el marco de un frustrado procedimiento abreviado debe dársele al menos el mismo valor probatorio que la efectuada por aquel, libremente y en presencia de su abogado, ante la policía, la fiscalía, el juez de paz o el de instrucción; debiendo, en su día, el juez o tribunal sentenciador, de existir contradicción entre las diversas declaraciones del ya acusado (situación muy frecuente en la práctica), valorar cual de ellas ofrece, por las circunstancias del caso, mayor credibilidad, sin que esté vinculado exclusivamente a la prueba de confesión *stricto sensu*, que como sabemos es la practicada en el acto supremo del plenario.

811

C) La cuestión de la indivisibilidad de la confesión

El último inciso del art. 221 dispone que la *confesión es indivisible y debe aceptarse tanto en lo favorable como en lo desfavorable*. Sin embargo, es inadmisibles en el proceso penal moderno la idea de la indivisibilidad de la confesión, porque la práctica enseña que quien confiesa con veracidad, por la razón que fuere, introduce elementos falsos para intentar atenuar su responsabilidad penal.

La norma es una incorrecta transposición de la prevista para la confesión judicial en el proceso civil, de la que se afirma que hace prueba plena contra el confesante (arts. 1584, inciso 1º. Cc y 374, inciso 2º., CPC) y es indivisible contra el mismo, debiendo aceptarse tanto en lo que le perjudica como en lo que le beneficia, salvo las excepciones

que establezca la ley (arts. 1584, inciso 2º. Cc y 375 CPC). La indivisibilidad significa, pues, que la parte que invoca la confesión de su adversario debe aceptarla tal como es, en su integridad (CASTÁN). Pero, como dice CASTÁN, con referencia al derecho privado, la doctrina científica y las legislaciones atenúan la importancia de esta nota de indivisibilidad, admitiendo a la misma buen número de excepciones. Así, el Código Civil español (art. 1233) establece que la confesión es indivisible en contra de quien la hace, salvo en los tres casos siguientes: 1) que se refiera a hechos diferentes; 2) que una parte de la confesión esté probada por otros medios; y 3) que en algún extremo sea contraria a la naturaleza o a las leyes. En cualquier caso, en el Derecho Civil moderno la confesión no tiene valor preferente a los demás medios de prueba, estando proclamada por la jurisprudencia como norma general la libre apreciación integral de la prueba por los tribunales, norma a la que no puede ser sustraída la prueba de confesión judicial (CASTÁN TOBEÑAS).

812

Estas matizaciones nos acercan más al sentido que debemos dar a la confesión judicial en el proceso penal, en el que rige, por una parte, el sistema de prueba libre conforme a la íntima convicción y las reglas de la sana crítica (art. 221, inciso 1º.), y, por otra, el principio de legalidad penal y de búsqueda de la justicia material, que imposibilitan al juez penal aceptar en bloque una confesión, sin efectuar discriminación alguna respecto a aquellos aspectos de la misma que no estén debidamente probados por otros medios de prueba, tanto en lo que beneficien al confesante (causas excluyentes de la responsabilidad, error invencible y vencible, atenuantes) como en lo que le perjudiquen (agravantes genéricas y específicas). Por todo ello, resulta sencillamente inaplicable la prescripción sobre la valoración de la confesión judicial establecida en el inciso 2º. del art. 221 CPP.

D) La valoración de la confesión judicial

La apreciación judicial de la confesión tiene carácter discrecional, debiendo valorarse en conciencia según las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, tal como establece específicamente el art. 221 CPP. La sana crítica, por ejemplo, exigirá que el hecho confesado sea posible, verosímil, coherente y concordante con otros medios de prueba (CAFFARETA), es decir, que sea objetivamente creíble (MANZINI).

Con el fin de no repetirnos, nos remitimos a los comentarios que sobre esta cuestión se realizan a los arts. 15, 162, 224 y 225, 340 y muy especialmente en el art. 356, referido a las normas sobre la deliberación y fallo de la vista pública.

Antes de la valoración, debe verificarse que la confesión es válida, por haberse cumplido las exigencias impuestas por el principio de la legalidad de dicha prueba que hemos examinado con anterioridad. Particular rigor se ha de tener en la observación de que el acto de confesión no se haya producido como consecuencia de “tormento, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que afecte o menoscabe

la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas” (art. 15 CPP). Si la confesión hubiese sido obtenida ilícitamente, existe sencillamente una prohibición de valoración de la misma, así como de todos los actos probatorios que en una relación de causa-efecto deriven de ella.

222

CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL

La confesión de un imputado sobre su participación en un hecho delictivo, que no sea rendida ante el juez competente, será apreciada como prueba, si reúne los requisitos siguientes:

- 1) Si la misma guardare concordancia con otros elementos de juicio que existan en el proceso sobre el hecho punible;
- 2) Si se prueba su contenido por uno o más testigos que merecieran fe al juez, aunque la confesión haya sido rendida ante cada testigo en distintos momentos y lugares; y,
- 3) Si él o los testigos dieren fe que el imputado, al rendir su confesión o suscribir la escrita, en su caso, no fue objeto de violencia física ni moral.

813

La confesión ante autoridad administrativa podrá ser apreciada como prueba si además de los requisitos establecidos en este artículo, fuere rendida con asistencia de defensor.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12 (derechos del detenido); 194.II, 2º. y 4º. (defensoría pública)
- CPP, 8 (calidad de imputado), 9 (inviolabilidad de la defensa), 10 (derecho del imputado a la asistencia y defensa de un abogado), 87.3 (identificación del detenido), 107 a 115 (defensores), 152 y 324, inciso 3º. (citación de testigos); 121, 172 y 191 (juramento o promesa); 186 (facultad de abstención); 187 (deber de abstención); 188 (no residentes); 189 y 194 (negativa a declarar y falso testimonio); 192 (testigos con privilegios) y 193 (testigos físicamente impedidos); 190, 270, 271 y 330 (prueba testifical anticipada); 241.9 y 242 (asistencia al detenido); 259, inciso 2º. (declaración indagatoria); 325, 333.3 y 350, inciso 2º. (incomparecencia); 347 a 350 y 352 (prueba testifical en el plenario)

- CP, 305 (falso testimonio), 313 (desobediencia a mandato judicial), 307 (soborno)
- CADH, 8.2
- PIDCP, 14.3
- LOPGR, 58 a 63

II. COMENTARIO

La confesión extrajudicial ha de ser rendida por el imputado, al igual que la confesión judicial, con plena conciencia y voluntad, y de manera clara, espontánea y terminante, diferenciándose de la confesión judicial en que no se efectúa ante la autoridad judicial, como su propio nombre indica, sino ante particulares u órganos auxiliares de la administración de justicia.

Admite, pues, el Código dos clases de confesiones extrajudiciales: 1) La efectuada fuera del proceso ante particulares -uno o más testigos- que sean dignos de credibilidad judicial; y 2) La efectuada dentro del proceso -que se inicia con la imputación o con la autoinculpación- ante la autoridad administrativa -Policía o Fiscalía- en presencia de uno o más testigos y con la asistencia del abogado defensor.

814

A) La confesión ante particulares

La *confesión extrajudicial efectuada verbalmente* ante uno o más testigos se reconduce simple y llanamente a una mera prueba testifical, cuya apreciación estará sometida a la sana crítica.

Los requisitos para su validez que establece el precepto, expuestos en orden distinto al mismo, son los siguientes:

- 1) *Es necesario que se pruebe el contenido de la confesión por uno o más testigos que merecieran fe al juez (art. 222.2).*

Los testigos en cuestión deberán comparecer en el juicio oral y someterse al interrogatorio de las partes. La declaración del imputado es igualmente preceptiva en dicha ocasión, con el fin de contrastar las afirmaciones de los testigos. Si el imputado se abstuviere de declarar o incurre en contradicción con la confesión que dicen los testigos que efectuó fuera del proceso, deberá valorar el tribunal quiénes de ellos dice verdad.

Podemos imaginar como ejemplo de este tipo de confesión la de una persona que manifiesta haber cometido un hecho delictivo delante de terceros en la creencia de que sus palabras no tendrían trascendencia penal alguna,

aunque sus manifestaciones pueden ser falsas, y dichas solamente por razones de mera jactancia.

Mayor reparo suscita, sin embargo, la *confesión por escrito* ante particulares, porque la sospecha de falta de espontaneidad será muy fuerte, aunque no hay que excluir la veracidad tras un detenido análisis de las circunstancias. Es imaginable una situación en la que el autor de un delito contra la propiedad se avenga a devolver lo sustraído a cambio de que no se denuncie el hecho a la policía, firmando un escrito de reconocimiento de deuda en el que se reconozca la indebida apropiación de lo que se promete devolver. Con posterioridad, la falta de cumplimiento provocaría la denuncia, supuesto en el que la confesión extrajudicial evacuada por escrito sería válida.

En cualquier caso, la confesión hecha ante particulares es sumamente rara, lo que ha llevado a decir al DR. JOSÉ MARÍA MÉNDEZ, autor de una tesis doctoral sobre la confesión, que “nunca en nuestros tribunales ha aparecido una declaración de una persona que, ante particulares, diga algo”. Realmente ese parece ser el destino de la previsión del art. 222 CPP, salvo casos excepcionales, razón por la cual este tipo de confesión parece inocua, entre otras razones por su carácter extraordinario.

815

- 2) Para que este tipo de confesión sea válida *será también necesario que la misma guarde concordancia con otros elementos de juicio que existan en el proceso sobre el hecho punible* (art. 222.1).

Lógicamente, los otros elementos de juicio a que se refiere el precepto han de ser distintos a las declaraciones de los testigos ante quienes se rindió o suscribió la confesión.

El Código Procesal Penal de 1974, derogado en 1998, disponía que la confesión extrajudicial tenía que ser apreciada obligatoriamente como prueba suficiente si se daban los requisitos que establecía el art. 496, entre los que destacaba que la “confesión guardare concordancia con otros elementos de juicio que existan en el juicio sobre el mismo hecho punible”.

La exigencia en cuestión es aplicable a cualquier proceso en el que se pretenda un fallo condenatorio con la confesión judicial del imputado como único medio de prueba, ya que, como decía algún clásico, “no ha de imponerse castigo sólo por la confesión de su delito, pues ha de concurrir alguna otra prueba o ha de constar al menos que se cometió el crimen.” En este sentido, el art. 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española establece acertadamente que “la confesión del procesado no dispensará al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de

adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito”. Dicha comprobación es una exigencia del principio de legalidad y de responsabilidad por el hecho, establecidos, respectivamente, en los arts. 1 y 4 del Código Penal.

La razón de la regla que comentamos se debe a que experiencia enseña que algunas confesiones judiciales y extrajudiciales realizadas libremente pueden tener móviles fraudulentos, como cuando el imputado confiesa falsamente ser el autor del hecho para asumir la pena a cambio de una recompensa, o pretende asegurar una coartada de un delito mucho más grave (estaba robando a la hora en que se cometió el asesinato o la violación) u obedece a cálculos dictados por la desconfianza en el sistema judicial (prefiero que me impongan una pena pequeña a arriesgarme a una mucho mayor si no reconozco los hechos) o a otras razones de similares características.

Contra todo ese tipo de peligros, debe estarse atento, porque la confesión en el proceso penal no es, como en el civil, un medio que condiciona la valoración probatoria de la pretensión procesal, debido a que el Derecho Procesal Penal, como decía BELING, “se opone a la condena de un inocente”. A pesar de todo, sin embargo, parece imparable una cierta crisis del principio de legalidad en el ejercicio de la persecución penal, por influencia del modelo norteamericano de la justicia criminal consensuada, que tiene un intenso reflejo en el Código Procesal Penal salvadoreño.

816

- 3) Por último, la confesión extrajudicial ante particulares exige, como último requisito de validez, que *los testigos dieran fe de que el confesante, al rendir su confesión o suscribir la escrita, en su caso, no fue objeto de violencia física ni moral* (art. 222.3).

Se trata de una reiteración de lo dispuesto en el art. 12, inciso 3º. Cn, que priva de valor a las declaraciones que se obtengan si la voluntad de la persona; y del art. 262 CPP, que prescribe que en ningún caso será sometido el imputado a ninguna clase de coacción, amenaza, o se utilizará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se harán cargos o reconvenções tendientes a obtener su confesión. Toda medida, afirma el precepto, que menoscabe la libertad de decisión del imputado, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos será prohibida, tales como los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, las violencias corporales, la tortura u otros tratos inhumanos o degradantes, el engaño, la administración de psicofármacos, los sueros de la verdad, el polígrafo y la hipnosis.

B) La confesión ante la autoridad administrativa

La *confesión ante la autoridad administrativa*, concepto equívoco y eufemístico que se refiere, en mi opinión, al fiscal y a la policía, ha suscitado un vivo debate doctrinal en El Salvador, afirmándose de la misma su falta absoluta de espontaneidad, motivo por el cual se propugnó en la doctrina negarle todo valor probatorio, por no considerarla válida para enervar la presunción de inocencia y, por ende, por su inconstitucionalidad.

Expresión de esta postura en la doctrina latinoamericana la encontramos en ZAFFARONI, quien en 1986 señalaba “que la confesión del inculpado solamente es válida cuando es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. Argumentar que no hay razón alguna para presumir que los funcionarios policiales coaccionan al declarante es una ficción ridícula en cualquier país del área. En el plano jurídico y conforme a la sana crítica, cabe responder que es de presumir que ejerzan algún género de coacción, desde que son los encargados de investigar y esclarecer los delitos, y el exceso de celo que lógicamente pueden poner en su función, los inclinaría siempre a ejercer cierta presión para la confesión, aun cuando sólo sea con consejos. De cara a la realidad, esta respuesta no puede ser más ingenua...”

En El Salvador, el doctor JOSÉ MARÍA MÉNDEZ, entre otros, consideraba a la confesión extrajudicial como una “prueba completamente ineficaz y viciada para el procedimiento penal”, por no reunir los requisitos de la espontaneidad, recordando al respecto que “el reo ni siquiera es coercible para declarar y que se le concede y respeta el derecho del silencio: su primer arma de defensa. Esta libertad en la confesión no excluye tan sólo ayunos, flagelos y otros daños materiales ocasionados al reo, sino que también excluye la amenaza, el interrogatorio desesperante y abrumador, la pregunta capciosa, la indicación sugestiva, en una palabra, la coacción psíquica, a veces más terrible y de más efecto que la material...”.

817

Estas opiniones se daban en un contexto caracterizado por una cultura policial muy alejada de los requerimientos del moderno proceso penal y del propio estado de Derecho, ya que, a pesar de que la espontaneidad de la confesión ha venido estando garantizada con rango constitucional desde 1880, la práctica policial contradecía la norma legal, a lo que hay que añadir el dato de que, por ejemplo, hasta 1958, el jurado no podía contradecir la confesión judicial y “aunque fuera absuelto, era condenado el reo”, debiéndose esta situación al hecho de que, recuerda el DR. MÉNDEZ, “la tortura era elemento del proceso judicial de arbitrio irrestricto y era legal la aplicación de la tortura para obtener las confesiones”.

Afortunadamente, la actual situación política y jurídica de El Salvador, surgida tras los Acuerdos de Paz de 1992 y la entrada en vigor de la nueva normativa penal, ha dejado sin sentido una parte importante de las anteriores críticas, aunque la confesión extrajudicial sigue teniendo mala prensa entre los procesalistas de toda América Latina,

y aun en un país democrático como el actual El Salvador, se debe estar en guardia permanente respecto de la misma.

La confesión extrajudicial constituía prueba “semiplena” hasta 1974 y no se exigía para su validez la asistencia de defensor hasta el nuevo Código Procesal Penal de 1996, con efectiva vigencia dos años después. En el nuevo Código, se configura, por el contrario, como prueba de libre apreciación judicial conforme a la sana crítica, y se la rodea de las cautelas esencial de que ha de ser rendida con *asistencia de defensor* y con la previa *información al imputado* de que no puede ser obligado a declarar ni por tanto a confesar su culpabilidad (art. 12 Cn). Además *se exige el cumplimiento de los requisitos establecidos en el propio art. 220 para la confesión extrajudicial ante particulares*, que hemos examinado con anterioridad.

Resulta, pues, lógico que una confesión de tales características, con previa información de derechos al imputado, con asistencia de defensor, avalada por testigos, confirmada por otras evidencias y en la que el juez o tribunal esté convencido de que no ha existido violencia física o moral, tenga valor de prueba, aún en el supuesto de que el imputado contradiga la misma posteriormente en la declaración indagatoria o en el plenario, situación a la que se refiere específicamente el art. 340, inc. 3º. y 4º. del Código Procesal Penal.

818

Conviene enfatizar la necesidad de que la apreciación de la confesión extrajudicial como prueba de cargo venga condicionada en la práctica a la inexistencia de indicios de malos tratos al imputado por parte de los agentes que intervinieron en las diligencias policiales, debiendo rechazarse la validez de la misma ante la menor sospecha fundada de uso de la violencia física o psíquica para obtener la confesión. En este sentido, la vista oral sirve precisamente para que el tribunal sentenciador escuche las declaraciones de los policías intervinientes y del imputado, y valore la credibilidad de las mismas.

Por último, se plantea la cuestión de si el fiscal es autoridad administrativa a los efectos del art. 222 CPP, habida cuenta del nulo valor probatorio que la ley atribuye a las actas del mismo (art. 268 CPP). A mi criterio, la referida cuestión debe responderse afirmativamente, considerándose que en el presente caso existe una excepción a la regla del art. 268 CPP. Es pues válida la confesión rendida ante el fiscal, en presencia del abogado defensor, sin que haya mediado violencia física o moral sobre el imputado y se hayan cumplido los demás requisitos del art. 222; todo ello con independencia de la valoración de la misma por el juez o tribunal sentenciador.

C) Valoración de la confesión extrajudicial

Las reglas de valoración de este tipo de confesión son, por una parte, idénticas de las aplicables a las declaraciones testimoniales (art. 222.2 y 3), cuyo análisis se realiza en el art. 356 CPP; por otra, han de regir los criterios propios de la apreciación de las

evidencias, distintas a los testimonios, que puedan existir para probar los hechos (art. 222.1).

Particular rigor se ha de tener en la observación de que el acto de confesión no se haya producido como consecuencia de “tormento, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas” (art. 15 CPP). Si la confesión hubiese sido obtenida ilícitamente, existe sencillamente una prohibición de valoración de la misma, así como de todos los actos probatorios que en una relación de causa-efecto deriven de ella.

La apreciación judicial de la confesión tiene carácter discrecional, debiendo valorarse en conciencia según las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, según establece específicamente para la misma el art. 221 CPP. La sana crítica, requerirá, como dijimos para la confesión judicial, y en palabras de CAFFERATA NORES que el hecho confesado sea posible, verosímil, coherente y concordante con otros medios de prueba.

TÍTULO VI

CAPÍTULO ÚNICO

NULIDAD

223

DECLARACIÓN Y EFECTOS

Ningún trámite ni acto de procedimiento será declarado nulo si la nulidad no está 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.

820

La nulidad de un acto cuando sea declarada, invalidará sólo los actos posteriores que dependan de él, siempre que la invalidez sea indispensable para reparar el agravio de la parte que lo alega. Al declararla, el juez o el tribunal determinarán, además, a cuales actos anteriores o contemporáneos alcanzan la nulidad por conexión con el acto anulado; y ordenará, cuando fuere necesario y posible, la reposición de los actos anulados.

La declaratoria de nulidad no afectará la detención provisional, salvo que la nulidad afecte la fundamentación de esta medida cautelar.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 11, 12
- CPP, 1 (juicio previo); 2 (principio de legalidad); 3 (imparcialidad e independencia judicial); 7 (nom bis in idem); 9 y 10 (derecho de defensa); 11 (traductor o intérprete); 14 (igualdad procesal); 15 (prueba ilícita); 22, último inciso (invalidez de la prueba de confesión en caso de inadmisión de la suspensión condicional del procedimiento); 49 (invalidez de diligencias en caso de aforados); 56 (inobservancia reglas sobre competencia material); 62 (inobservancia reglas sobre competencia territorial); 72 (validez de actuaciones en caso de conflicto de competencias); 81 (efectos de la recusación); 87, 242 (derechos del detenido); 102, último inciso (vicios

formales de la querella); 118 (uso del castellano en todos los actos procesales); 121 (juramento y promesa de decir verdad); 123 a 125 (validez de las actas); 128 (asistencia del secretario); 130 (fundamentación); 151 (nulidad de las notificaciones); 162 (prueba ilícita); 167 (inspecciones corporales); 172 a 191 y 197 (juramento de testigos y peritos); 173 a 179 (registros de lugares públicos y privados); 183 (prohibición de secuestro); 186 (facultad de abstención); 187 (deber de abstención); 191 (forma de la declaración testifical); 192-A (declaración de agentes encubiertos); 198 y 199 (incapacidades para ser perito); 207 (cotejo de documentos); 211 a 217 (reconocimientos); 218 a 220 (careos); 221 y 222 (confesión del imputado); 223 (declaración de nulidad y efectos conexos); 224 (causas de nulidad absoluta); 225 (efectos de la nulidad absoluta); 226 (nulidad relativa); 227 (efectos de la nulidad relativa); 228 (subsanción); 259 a 261 y 262 (declaración indagatoria); 268 (valor de las actas de la Fiscalía General de la República); 270 y 271 (prueba anticipada); 276 (valor de las actas de la instrucción); 283 (declaración de nulidades en las resoluciones de admisión de excepciones dilatorias); 286 a 291 (formas y plazos en detenciones); 314 (requisitos del escrito de acusación); 322 (vicios del auto de apertura del juicio oral); 330 (incorporación de las actas de la prueba anticipada al plenario); 362 (vicios de la sentencia); 365 (invalidación del acta del juicio oral); 377 (nulidad del veredicto); 380, último inciso (efectos de la no admisión del procedimiento abreviado); 417 (recurso de apelación); 421 (recurso de casación); 431 (recurso de revisión)

II. COMENTARIO

A) Concepto y fundamento

Se define la nulidad como la “sanción procesal por la cual se declara inválido un acto procesal, privándolo de sus efectos por haber sido cumplido sin observar los requisitos exigidos por la ley” (DE LA RÚA).

Los actos procesales son actos típicos que producen los efectos que la ley les reconoce sólo cuando se realizan adecuadamente, es decir, de acuerdo con lo prevenido en la ley. Si tal relación de adecuación falta el acto puede ser declarado nulo. La nulidad se identifica entonces con la sanción que se aplica al acto defectuoso, privándole de la eficacia que estaba destinado a producir. Por tanto, se trata de una sanción, pero a la vez de un remedio procesal frente a los actos defectuosos, de una garantía límite que se vincula a la noción de juicio previo, como garantía de que el proceso se desarrolle en la forma establecida en la ley.

El fundamento de las nulidades se encuentra en la propia ley, pues como dispone este precepto “ningún acto será declarado nulo si la nulidad no está expresamente

determinada en la ley”; también en la propia Constitución, que consagra como derecho fundamental la garantía del proceso debido, al establecer que “ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes” (art. 11 Cn).

Se trata, en suma, de una concreción del principio de legalidad procesal, que impone el cumplimiento de las normas procesales como normas de “ius cogens” y, por tanto, indisponibles para las partes, en cuanto que son fuente legitimidad del proceso y del juicio, preservando los derechos de los que intervienen en el mismo y asegurándoles un proceso justo, lo cual obliga a observar un sistema de garantías establecido en las leyes.

Es preciso hacer hincapié en que la nulidad se concibe como un remedio para preservar la legalidad del proceso, como una garantía límite, que equivale a la sanción que la ley aplica al acto procesal defectuoso, privándole de eficacia. Como ha señalado FENECH, “la eficacia de los actos procesales, en cuanto depende de que concurren en ellos todos los presupuestos, requisitos y condiciones legales, viene modificada, disminuida o desaparece cuando el acto que debía producirla contiene un vicio” (FENECH p.187), es decir, cuando en el acto falta algún requisito esencial al que se condiciona su validez.

822

Ahora bien, no todos los actos defectuosos son nulos. Sólo cuando la falta de corrección del acto entraña la privación de su admisibilidad o la pérdida de eficacia, el acto es nulo; en los demás casos se dice que el acto es, simplemente, irregular. Cabe, pues, diferenciar entre actos nulos e irregulares y, dentro de los primeros, todavía se distingue entre supuestos de nulidad absoluta y de nulidad relativa.

B) Nulidad absoluta y relativa

Son actos absolutamente nulos aquellos que vulneran los principios procesales básicos, que se realizan prescindiendo de las normas esenciales de procedimiento o vulnerando derechos y garantías fundamentales establecidos en la Constitución.

Es lógico, pues si se considera la amplitud que han adquirido los presupuestos de la garantía del proceso debido, se observará que resulta muy difícil imaginar un supuesto de nulidad absoluta que no tenga su origen en la violación de disposiciones constitucionales, hasta el punto de que el motivo de nulidad establecido en el art. 224.6 CPP (desconocimiento de derechos y garantías constitucionales) comprende todos los vicios de nulidad incluidos en los números anteriores: la garantía del juez legal (art. 224.1 y 5 CPP), la vulneración del principio acusatorio (art. 224.2 y 3 CPP), la violación del derecho de defensa (art. 224.4 CPP).

Queda claro que en todos estos casos se trata de vicios especialmente graves, que afectan a los principios básicos del proceso penal, en los que consagran garantías esenciales para las partes. Esto explica, por una parte, que la nulidad sólo pueda ser declarada si ha causado indefensión a la parte que la alega, pues sólo en la medida en que el acto defectuoso haya perjudicado el derecho de la parte, la nulidad podrá ser declarada, según dispone el art. 223.1 CPP. Por ello, para que sea posible la declaración de nulidad tiene que mediar algún interés que se concreta en la exigencia de que el acto viciado haya interferido los fines del proceso, y ningún otro es más característico que la necesidad de evitar cualquier situación de indefensión.

Por otra, determina la imposibilidad de subsanación, que constituye el principal y más básico elemento diferenciador entre las nulidades absolutas y las relativas. Si todas las nulidades fuesen subsanables y sólo pudiesen ser alegadas por la parte, quedando vedada la facultad de declararlas de oficio, podría llegarse a sanear en el proceso la inobservancia de garantías constitucionales fundamentales, tales como convertir en debido proceso lo que constitucionalmente no lo es, admitir como juez natural a quien no ostenta sus caracteres... etc. (CREUS, p.64).

Por tanto, la primera y más radical consecuencia de la nulidad absoluta es que los actos nulos no pueden subsanarse ni convalidarse. La segunda, es que la nulidad debe ser declarada de oficio y en cualquier momento del proceso en que el tribunal advierta la existencia del defecto, cualquiera que sea la forma de conocimiento y, por tanto, ante cualquier petición de parte.

823

A ambas consecuencias se hace referencia en el art. 225 CPP, confirmando la idea inicial de que esta clase de nulidad, por ser cuestión de orden público, por basarse en el desconocimiento de derechos y garantías constitucionales ni admite subsanación ni puede dejarse a la disponibilidad de las partes. Como decíamos antes, afecta a la idea misma de legitimidad del juicio y esto impone que el vicio deba ser depurado a toda costa.

Se ponen como ejemplos de actos procesales nulos aquellos que afectan de una manera esencial a los principios de audiencia, contradicción o defensa, aunque, como después veremos, la infracción de estos principios no siempre acarrea la nulidad absoluta del acto defectuoso. También es la nulidad característica de las pruebas obtenidas con violación de derechos; piénsese, por ejemplo, en la confesión del imputado obtenida bajo coacción, amenaza, engaño o utilizando medios de indagación prohibidos (art. 262 CPP).

En cambio, la llamada nulidad relativa consiste en la sanción legal a un acto procesal con un defecto formal de posible subsanación, de modo que su validez y eficacia se hace depender, como si se tratara de una condición suspensiva, de un acto posterior cual es la subsanación misma. Se trata también de defectos formales

determinantes de la nulidad, que han de haber causado un perjuicio a la parte que la alega, pero que, a diferencia de lo que sucede con la nulidad radical, pueden ser convalidados (art. 228 CPP).

Ejemplo claro de nulidad relativa son los actos de comunicación defectuosos, que siendo actos nulos (art. 151 CPP), quedarán convalidados cuando la parte acepte la comunicación dándose por notificado, citado, emplazado... etc.

Distintos de los actos nulos son los actos irregulares. Aquellos formalmente incorrectos, es decir, realizados faltando algún requisito, pero cuya falta no impide que desplieguen plenos efectos, debido a la escasa trascendencia del defecto. Generalmente, sólo llevan aparejada una sanción al causante de la irregularidad.

En la doctrina se concede gran importancia a la distinción entre la nulidad y la irregularidad, que en nada afecta la validez proceso. SERRA DOMÍNGUEZ, ha señalado que la razón de que ciertos defectos no produzcan la nulidad hay que buscarla en la escasa trascendencia del acto mismo y en la causa del defecto. Normalmente, no afecta a los presupuestos del acto ni a los requisitos de validez, sino a los presupuestos temporales.

824 Es, por ejemplo, el caso del retraso en dictar las resoluciones judiciales que no se sanciona con la nulidad, sino que determina la denuncia de la demora del trámite (art. 161 CPP).

C) Principios de tipicidad, trascendencia, conservación, subsanación y proporcionalidad

El Código Procesal Penal contiene una regulación específica de la nulidad, estableciendo los supuestos de nulidad absoluta y relativa (arts. 224 y 225 CPP), la extensión de la nulidad a otros actos distintos del anulado (arts. 223.2 y 227 CPP), la posibilidad de subsanación (art. 228 CPP) y la caducidad para denunciarla (art. 226 CPP).

La regulación legal parte del principio de tipicidad, en el sentido de que la nulidad, para poder ser declarada, ha de estar expresamente determinada en la ley (art. 223.1 CPP). Aun así, la aplicación de esta regla general se atenúa, al tomar en consideración los principios de trascendencia, conservación, subsanación y proporcionalidad.

El primer correctivo a la regla general que impone la declaración de nulidad, cuando ésta se encuentra establecida en la misma ley (art. 223.1 CPP), viene dado por la necesidad de considerar, antes de declarar nulo del acto procesal defectuoso, la trascendencia que el mismo ha tenido para la parte que invoca el motivo de nulidad o a cuyo favor se ha establecido, pues sólo cabe declarar la nulidad, si de la realización de tal acto se deriva algún perjuicio para sus derechos (art. 223.1 CPP).

Se trata, consiguientemente, de verificar la incidencia y el menoscabo que el acto viciado haya tenido en el derecho de defensa de las partes, totalmente inviolable, según dispone el art. 9 CPP, en la medida que representa la esencia del derecho a un proceso justo y con todas las garantías. Por tanto, de no haberse producido indefensión, el vicio es inocuo y carecerá de trascendencia invalidante.

A lo anterior se añade el principio de conservación de los actos procesales, que impide declarar la nulidad del acto procesal defectuoso, más que en la medida imprescindible para restablecer los derechos de la parte perjudicada. El principio general de conservación de los actos procesales se encuentra enunciado en el art. 223.2 CPP, al preservar, de forma general, la validez de los actos independientes del defectuoso (“la nulidad de un acto cuando sea declarada, invalidará sólo los actos posteriores que dependan de él... determinarán, además, a cuales actos anteriores o contemporáneos alcanzan la nulidad por conexión con el acto anulado”).

Además, en virtud del principio de conservación, no sólo mantienen su vigencia los actos independientes del defectuoso, sino también las partes del acto viciado que no se ven afectadas por la nulidad. De acuerdo con ello, es posible recurrir a este principio general para sostener que en los casos en que la sentencia es anulada por defectos propios, la declaración de nulidad no se extienda a los actos anteriores, bastando con que el tribunal de instancia vuelva a dictar nueva sentencia; y para sostener que, incluso en estos casos, cuando la nulidad es parcial, debe conservar validez la parte de la resolución no afectada por la nulidad (art. 427 CPP).

825

La subsanación supone la subsistencia del acto defectuoso mediante la oportuna corrección. Como señalan ANTÓN BLANCO y MARCO COS, ya sea buscada expresamente, se produzca espontáneamente o por preclusión de un trámite establecido para denunciar el defecto, al que se asigna efecto convalidante (ANTÓN BLANCO y MARCO COS p. 575).

Ya se ha señalado que la subsanación es propia de las nulidades relativas, encontrándose excluida en los supuestos de nulidad absoluta. En este sentido, el art. 228 CPP regula los diversos supuestos que determinan la subsanación del vicio de nulidad. Con carácter general, produce la subsanación de los actos defectuosos el consentimiento, expreso o tácito, de las partes a la que perjudican, tal y como expresamente se señala en el ap. 2 de aquel precepto.

Siendo la regla general que la subsanación no es posible cuando se trata de un defecto de nulidad absoluta, tampoco en estos casos debe descartarse, absolutamente, la posibilidad de convalidación. El ejemplo más claro es el supuesto de falta emplazamiento que, aun suponiendo una violación de los principios básicos del proceso (audiencia, contradicción y defensa), quedará subsanada si la parte se da por enterada y cumple el trámite para el que fue emplazada.

Por tanto, en materia de nulidad debe realizarse una interpretación finalista, conjugando la proporcionalidad entre el defecto procesal y su sanción jurídica, de forma que ésta no resulte excesiva. Para ello, deberá realizarse una interpretación de los motivos de nulidad en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental, evitando reconocer efectos desmesurados a vicios leves, hasta el punto de privar de eficacia al derecho de la parte.

Debe señalarse, por último, que la declaración de nulidad en ningún caso afecta a la situación personal del imputado, en particular a la detención provisional, que sólo deberá ser modificada si es anulada la resolución en que se acuerda por falta de fundamentación suficiente para acordarla.

III. JURISPRUDENCIA

826

Perjuicio como presupuesto de la nulidad. “...la nulidad procesal sólo se decreta cuando el vicio en que incurre el tribunal, cause indefensión, lo que significa que no es importante el origen del vicio procesal, sea este absoluto o relativo, sino que interesa más evaluar los efectos reales que ha causado en el proceso, esto es, si ha producido irreparable indefensión, y en el caso de autos los recurrentes no lo han demostrado. En casos como el presente esta Sala a efecto de transformar los objetivos político criminales que inspiraban la nulidad, admite que la notificación tardía de la sentencia es una irregularidad procesal cuyo quebrantamiento no provoca la nulidad del fallo, toda vez que la nulidad por la nulidad misma ha perdido vigencia pues el respeto de las formalidades solo tiene sentido cuando asegure la aplicación real y efectiva de los principios que rigen el debido proceso, esto es, cuando verdaderamente el quebrantamiento de las formas haya ocasionado un perjuicio irremediable al debido proceso pues la nulidad no debe ser la herramienta de control con la que se asegure su reparación como un fin en sí mismo, razón por la cual la exclusión de un acto o de una etapa del proceso debe ser el último argumento aplicable solamente en aquellos casos en los que la vigencia efectiva de las garantías constitucionales no pueda lograrse de otra manera” (*Casación, 30-05-03*).

Principios rectores de la nulidad. “El impacto de las nulidades procesales se rige esencialmente por los principios de especificidad, trascendencia y convalidación, por lo que no basta alegar la concreción del supuesto legalmente previsto para declarar una nulidad, sino que resulta imperioso examinar en el caso específico si la infracción formal cometida ha producido un perjuicio a los derechos y cargas o facultades de alguna de las partes, para luego verificar si no ha precluido la oportunidad de reclamar contra la nulidad por la convalidación –expresa o tácita- de la actuación viciada por parte del sujeto afectado directamente con la misma: actividad técnico jurídica que corresponde efectuar, en principio, al juez que conoce de la causa en sede ordinaria” (*Amparo, 14-06-01*).

224

CAUSAS DE NULIDAD ABSOLUTA

El proceso es nulo absolutamente en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

- 1) Cuando el juez carece de competencia por razón de la materia o por razón del territorio, en los términos expresados por este Código, salvo las excepciones consignadas en este Código;
- 2) La falta de requerimiento del funcionario a quien corresponde darlo o del antejuicio respectivo en los procesos seguidos por delitos para los cuales la ley determina este requisito previo;
- 3) La falta de acusación o falta de capacidad para acusar en los delitos de acción privada, y la falta de solicitud de instancia particular en los delitos perseguibles por acción pública dependiente de instancia particular, salvo los casos de excepción que se expresan en este Código;
- 4) Cuando no se hubiere proveído de defensor al imputado detenido en los términos expresados en este Código;
- 5) Cuando se dicte sentencia sin someter el proceso al conocimiento del jurado conforme lo establecido en este Código, o cuando se dicte sentencia sometiendo el proceso al conocimiento del jurado en casos que este tribunal no es competente;
- 6) Cuando el acto implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en este Código;

827

Las nulidades absolutas comprendidas en los numerales 1, 2 y 3 de este artículo, producirán la invalidez de todo el proceso, sin embargo en el caso de antejuicio la nulidad sólo se decretará respecto de aquel que goza del mencionado privilegio constitucional si hubiesen más imputados procesados que no gozaren de dicho privilegio; y en los casos previstos en los numerales 4, 5, y 6, se invalidará el acto o diligencia en que se hubiere producido la infracción y los que sean conexos con éstos, en tales casos deberán reponerse en la forma establecida en el artículo anterior.

I. CONCORDANCIAS

- Ver concordancias del art. 223

II. COMENTARIO

Las nulidades absolutas son aquellas que vulneran gravemente las reglas esenciales del proceso, es decir, normas esenciales de procedimiento, principios procesales básicos o principios con rango constitucional. Deben ser declaradas, de oficio o a petición de parte, por el órgano judicial y, a diferencia de las nulidades relativas, no admiten posibilidad alguna de convalidación. No obstante, es preciso acotar su aplicación pues hoy en día tienen carácter excepcional.

A) Incompetencia del Órgano Judicial (art. 224.1)

La falta de jurisdicción por razón de la materia o del territorio constituye el primer motivo de nulidad radical o absoluta. Constituye un presupuesto de validez del proceso que éste se desarrolle ante un tribunal independiente e imparcial y, para hacer efectivo este derecho, las leyes procesales contienen normas de distribución de asuntos entre los distintos órganos judiciales. Por tanto, debe quedar claro que la finalidad a la que atiende este motivo de nulidad es, fundamentalmente, preservar la garantía de independencia e imparcialidad (art. 3 CPP), que es consustancial a la noción de proceso debido.

828 A causa de ello, la nulidad por falta de competencia que, en principio, se establece como absoluta, debe modularse en su aplicación, atendiendo a su trascendencia en relación con la imparcialidad del órgano judicial, valor fundamental que se pretende salvaguardar al privar de eficacia a los actos realizados por un juez o tribunal incompetente.

Por otro lado, es preciso llamar la atención acerca de que este motivo de nulidad sólo puede fundarse en la falta de competencia por razón de la materia o del territorio, quedando en principio excluida la falta de competencia funcional. En contra, ANTÓN BLANCO y MARCO COS, para quienes “también la incompetencia funcional debería tener virtualidad anulatoria absoluta, bien por entenderse integrada en el art. 224.1 CPP, siquiera por vía analógica o, tal vez con mejor criterio jurídico, por considerar que tal clase de incompetencia, a falta de expresa tipificación como causa de nulidad, constituye una palmaria violación de normas esenciales del proceso sería susceptible de reconducción al apartado 6 del mismo art. 224, por inobservancia de derechos y garantías fundamentales” (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, p.582).

En cuanto al alcance de este motivo de nulidad se establece, en este mismo precepto, que producirá la invalidez de todo el proceso. Por tanto, se trata de un supuesto de nulidad radical, que debe ser apreciada de oficio por el propio órgano judicial, que puede ser declarada en cualquier momento del procedimiento (art. 58 CPP) y que, como tal causa de nulidad, resulta insubsanable. Sin embargo, es preciso reconocer que el propio Código Procesal introduce importantes excepciones a este régimen general,

imponiendo en algunos casos la conservación de los actos procesales realizados por un juez o tribunal incompetente.

Así, la falta de competencia territorial sólo producirá la nulidad de los actos realizados después de que la incompetencia haya sido declarada (art. 62 CPP); y respecto de la falta de competencia por razón de la materia, al resolver el conflicto se ha de determinar qué actuaciones del juez declarado incompetente son válidas, sin perjuicio de la convalidación de las restantes por el juez competente (art. 72 CPP). Es más, como regla general, son válidas todas aquellas que no se puedan repetir (art. 56 CPP). Por tanto, no todas las actuaciones realizadas por un órgano judicial incompetente, sino muy al contrario, pueden ser anuladas.

Además, la regla de que la nulidad puede ser declarada en cualquier momento y apreciada de oficio tampoco se mantiene en todo su vigor. De acuerdo con lo establecido en el art. 58.2 CPP, en los supuestos de enjuiciamiento de hechos constitutivos de falta, el tribunal materialmente incompetente estará obligado a celebrar el juicio. A ello se añade que la falta de competencia territorial de los tribunales de sentencia o del jurado no podrá ser denunciada ni apreciada de oficio, una vez iniciada la vista (art. 61.2 CPP).

Incluso, el mismo Código Procesal sanciona la validez de los actos realizados por un órgano judicial territorialmente incompetente, después de haber sido declarado como tal, imponiéndole la obligación de realizar los actos de investigación urgentes (art. 61.1 CPP).

829

Por lo tanto, como han señalado ANTÓN BLANCO y MARCO COS, “resulta evidente que la rotundidad del efecto anulatorio absoluto, que se declara en el párrafo final del art. 224 CPP, no es más que un enunciado, con tantas salvedades que permite dudar de cuál es la regla general y cuál es la excepción” (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, p.583).

Por último, en la falta de competencia deben entenderse comprendidos los actos realizados por el juez o tribunal en el que concurren motivos legítimos de recusación, de tal modo que los actos realizados, una vez declarada la excusa o aceptada la recusación no tendrán valor (art. 81 CPP); y los realizados mientras se sustancia el incidente podrán ser denunciados por la parte en el término perentorio de veinticuatro horas desde la resolución del incidente, según dispone el art. 80 CPP, con lo que se viene a consagrar un supuesto particular de nulidad relativa.

B) Falta de requerimiento fiscal (art. 224.2)

En el caso de delitos perseguibles de oficio, es al Ministerio fiscal a quien corresponde, en exclusiva el ejercicio de la acción penal, formulando el correspondiente

requerimiento, que constituye un requisito imprescindible para que pueda tener lugar la audiencia inicial (art. 253 CPP).

Obvio es decir que la falta de requerimiento determina la vulneración de un principio esencial del proceso y, consiguientemente, los actos realizados prescindiendo del mismo carecen totalmente de validez. A pesar de ello, hemos de entender que constituye una manifestación del principio de convalidación, la disposición que autoriza al Juez de paz, que haya recibido una denuncia o querrela presentada por la víctima, a realizar los actos de investigación urgentes e irreproducibles, que de este modo conservan su eficacia a condición de la posterior presentación del requerimiento (art. 237 CPP).

Por otro lado, la ausencia de requerimiento fiscal no se equipara al requerimiento defectuoso, es decir, al presentado con defectos esenciales en su formulación, pues en el último apartado del art. 247 CPP se establece, para el caso de que se haya omitido el cumplimiento de alguno de los requisitos formales a que se sujeta la validez del requerimiento que será el juez el ordene su subsanación y sólo si ésta no se produce será declarado inadmisibile.

830 Tampoco se equipara a la falta de requerimiento su presentación extemporánea, pues el vencimiento del plazo no es causa de nulidad, sino una mera irregularidad que no priva de eficacia a la acción penal, con independencia de la responsabilidad, derivada del retraso.

Por tanto, sólo la falta absoluta de requerimiento conlleva la nulidad de todo el proceso por faltar la postulación del Ministerio fiscal, imprescindible para promover la acción en los delitos de acción pública (art. 19 CPP).

C) Falta de antejuicio (art. 224.2)

El antejuicio, regulado en los arts. 381 a 390 CPP constituye una presupuesto de admisibilidad imprescindible para que se pueda formular el requerimiento. Por tanto, todo acto procesal dirigido contra cualquier aforado que goce de este privilegio, sin haber pasado antes por el antejuicio, está viciado de nulidad, quedando afectado la totalidad del proceso, según se establece en este mismo precepto.

A pesar de ello, se establecen importantes excepciones al alcance del efecto anulatorio de la falta de antejuicio.

En primer lugar, conforme al art. 384 CPP será posible practicar los actos indispensables para fundar la denuncia de antejuicio.

También, el art. 389 CPP habilita expresamente para practicar las diligencias indispensables para comprobar la existencia de delito, cuando en el curso de una

investigación por delito de acción pública se descubra que el imputado goza de este privilegio constitucional.

Por último, en el caso de ser varios los imputados, el procedimiento conservará validez respecto del resto de los imputados aunque la pierda respecto del titular del fuero (art. 389 CPP).

Se trata, una vez más, de manifestaciones del principio de conservación de los actos procesales.

D) Falta de acusación: acción privada e instancia particular (art. 224.3)

Para promover la persecución de determinados delitos, los referidos en el art. 28 CPP, se precisa la acusación, por medio de querrela, de la víctima; y para perseguir los delitos previstos en el art. 26 CPP se exige la denuncia presentada por la víctima o por sus representantes legales, si aquélla fuese menor o incapaz.

En ambos casos, la acusación privada y la instancia particular constituyen condiciones de perseguibilidad, de tal modo que cualquier actuación procesal que se realice sin darse tales requisitos de persecución deberá considerarse radicalmente nula.

831

Así se establece en particular para los supuestos de ausencia de acusación en los delitos privados, que constituye un defecto insubsanable, no convalidable, con la consiguiente pérdida de eficacia de todos los actos procesales realizados.

Ahora bien, en ambos casos se reconocen ciertas posibilidades de subsanación:

Respecto de los delitos de acción privada, el art. 96 CPP admite la posibilidad de subsanación de los defectos formales observados en la formulación de la querrela. Se trata, por tanto, de favorecer la efectividad del principio "pro actione", que se vería menoscabada si se realizase una interpretación en exceso rigorista y formalista del cumplimiento de las exigencias procesales para promover la acción penal.

También en los delitos perseguibles a instancia particular, respecto de los cuales carece de trascendencia el cumplimiento de requisitos formales, pues lo esencial es que conste la reclamación de la víctima o de quienes la representan. De acuerdo con ello, no debería existir inconveniente en reconocer eficacia a la denuncia tácita, siempre que conste la voluntad del interesado de reclamar en defensa de sus intereses.

E) Falta de provisión de defensor al imputado detenido (art. 224.4)

El derecho del imputado a ser asistido por un defensor se configura como un derecho fundamental (art. 12 Cn), irrenunciable (art. 10 CPP) e inviolable (art. 9 CPP),

de tal modo que constituye una obligación para los poderes públicos proveer a su designación, si no lo hubiere hecho el mismo imputado (art. 259 CPP).

Es lógico, por tanto, que se configure como un supuesto de nulidad absoluta la falta de asistencia letrada al imputado detenido, la cual, constituyendo una garantía esencial del proceso, determinará la privación de eficacia de las declaraciones realizadas por el detenido sin abogado y de las demás diligencias en las que hubiera debido estar presente (art. 271 CPP).

Ahora bien, esto sentado, la vulneración, en tales casos del derecho de defensa, sólo determinará la existencia de nulidad, en la medida que se haya causado una situación de indefensión real y efectiva, es decir, en la medida en que resulte afectada la “ratio” de tal derecho (ANTÓN BLANCO y MARCO Cos p.590), pues “para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al imputado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, es necesario que con la infracción formal se produzca un efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa (CASADO PÉREZ, p.307).

832 Así, por ejemplo, debe entenderse que ninguna violación con trascendencia para al eficacia del proceso se ha producido si el imputado, a pesar de haber sido privado de su derecho a ser asistido por un abogado se niega a declarar o si habiendo declarado, ratifica después la declaración realizado sin asistencia de abogado. En tales casos, es obvio que ningún agravio, es decir, ningún perjuicio efectivo para el derecho de defensa de la parte, habría resultado de la falta de provisión de defensor (art. 223.1 CPP).

Por la misma razón, pero en sentido inverso, habría que admitir que el respeto formal o aparente al derecho a estar asistido por un defensor no evita la nulidad de los actos procesales realizados por éste, si la actuación del defensor ha sido manifiestamente inoperante o no se le ha permitido intervenir en los actos realizados con el imputado.

En consecuencia, la declaración de nulidad exige considerar, en cada caso, la trascendencia que para el derecho del imputado haya resultado de la falta de intervención del defensor. La ilegalidad, en su caso, privará de eficacia al acto o diligencia realizada vulnerando el derecho de defensa del imputado, pero no se extenderá ni, por tanto, implicará la nulidad de los actos procesales totalmente desconectados de aquél. En tal sentido no impone la libertad del imputado, ya que la detención del mismo “es en sí misma independiente del irrespeto de sus derechos, estando sólo y exclusivamente condicionada a que se den o no los requisitos de los arts. 292 y 293 CPP” (CASADO PÉREZ, p.309).

Así, se establece, además, en el art. 223 CPP, al disponer que la detención provisional no puede ser declarada nula salvo por falta suficiente de fundamentación,

es decir, tanto de los presupuestos habilitantes de la medida de internamiento (arts. 292 y 293 CPP) como de falta de motivación de la resolución habilitante (art. 296 CPP).

En todo caso, será al juez al que corresponde determinar la extensión del efecto anulatorio, indicando los actos que se encuentran afectados por conexión con el acto anulado (art. 223 CPP).

F) Inadecuación del procedimiento seguido ante el Tribunal de jurado (art. 224.5)

Esta causa de nulidad, que se establece como absoluta solamente opera en los casos de invasión de competencias entre los tribunales de jurado y de sentencia. En cambio, no se extiende a la falta de competencia territorial, que ha sido objeto de consideración al examinar el ap. 1º de este mismo precepto.

Dado que se trata de un motivo de nulidad radical o absoluto, puede ser apreciado y declarado en cualquier momento del proceso, de oficio o a instancia de parte. No obstante, la denuncia de la falta de competencia deberá producirse en el trámite incidental previsto en el art. 339 CPP. Aunque, a diferencia de lo que sucede con las nulidades relativas, hemos de entender que la omisión de tal denuncia carece de efecto saneador, por tratarse de una cuestión de orden público y, por tanto, insubsanable por falta de oposición.

833

En cuanto alcance de la nulidad debe quedar claro que si se acoge la excepción de incompetencia se declarará la nulidad de los actos realizados ante el tribunal incompetente y se remitirá la causa al que se entienda competente para conocer de ella. Sin embargo, la declaración de nulidad no afectará a lo actuado en la fase de instrucción y, por lo tanto, desconectado de esta causa de nulidad (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, p.92).

G) Violación de derechos y garantías fundamentales (art. 224.6)

Este motivo de nulidad opera en todos los casos de violación de derechos y garantías fundamentales, ya se produzcan en el proceso o fuera de él, es decir, con ocasión de la investigación preliminar. En el primer caso, se incluyen todos los vicios de procedimiento de carácter esencial que, además, conlleven la violación de un derecho procesal constitucionalizado. Así, por ejemplo, el desconocimiento del derecho a un juicio público (art. 12 Cn y arts. 272 y 327 CPP), el derecho a obtener una resolución motivada (arts. 130 y 162 CPP) o la delegación indebida de funciones (art. 128 CPP). En el segundo, se incluyen los supuestos de obtención o incorporación al proceso de las pruebas ilícitas (art. 15 CPP).

Aunque, en realidad, como ya se ha señalado, todos los supuestos de nulidad absoluta podrían quedar comprendidos en este apartado, que cumple una función residual, recogiendo todos los supuestos de vulneración de derechos no mencionados expresamente en los apartados anteriores, interesa destacar que la violación de derechos y garantías fundamentales permite tratar, en sede de nulidad, las denominadas prohibiciones probatorias, expresión que hace referencia a aquellos supuestos de prueba que, a causa de su ilicitud, ni pueden ser admitidas ni valoradas en el proceso penal.

En el tratamiento de la ilicitud probatoria cabe distinguir entre aquellas prohibiciones derivadas de la existencia de restricciones en la investigación de los hechos, es decir, en la búsqueda y obtención de las fuentes de prueba, y aquellas otras que se relacionan con la incorporación de las fuentes de prueba al proceso.

834 En ambos casos, su fundamento es el mismo. Como ha señalado MAIER, las restricciones impuestas a la actividad investigadora, perderían su sentido si la inobservancia de los requisitos legalmente establecidos para la obtención de las fuentes de prueba o de las normas que no admiten la injerencia, más que bajo ciertas condiciones y autorizaciones, no provocara la inadmisibilidad de incorporar al proceso los elementos de prueba —desfavorables para el imputado— obtenidos ilegítimamente o, si ya fueron incorporados, la expulsión de su seno (MAIER, p.695). A ello se refiere, expresamente, el art. 162 CPP, al condicionar la validez de las pruebas a que sean incorporados al proceso conforme a las disposiciones legales.

Se suele distinguir en la doctrina entre prohibiciones de producción de la prueba y prohibiciones de valoración de la prueba.

La averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el proceso penal, según resulta de lo establecido en los arts. 15 y 162 CPP. En efecto, la obligación procesal de averiguación no rige de un modo ilimitado. Al contrario, se encuentra restringida por un número de prohibiciones en la obtención de los medios de prueba.

En su virtud, determinados hechos no pueden ser objeto de investigación ni de prueba, como sucede con los amparados por secretos oficiales de Estado, salvo autorización expresa al funcionario que haya de prestar testimonio en juicio (art. 187 CPP); determinados medios de prueba no pueden ser empleados, como la prueba testifical de personas que deben o pueden abstenerse de declarar, a causa de la existencia de vínculos familiares, religiosos o profesionales con el imputado (art. 187 CPP); en la producción de la prueba no se puede hacer uso de ciertos métodos probatorios, que se encuentran prohibidos y, por tanto, son inadmisibles, como la tortura, el empleo de psicofármacos o la hipnosis, para obtener declaraciones (art. 262 CPP); y, por último, la obtención de ciertas pruebas sólo puede ser ordenada realizada u ordenada por determinadas personas, como sucede con la realización de inspecciones corporales (art. 167 CPP) y registros (art. 173 CPP).

Por otro lado, en cuanto al alcance de la prohibición cabe distinguir entre prohibiciones probatorias absolutas y relativas. Las primeras no admiten excepción por tratarse de métodos de investigación totalmente prohibidos por la Constitución (art. 12 Cn) y por el CPP (arts. 15, 87.7 y 262 CPP).

Así, carecerán de valor y, consiguientemente, de eficacia probatoria las declaraciones que se obtengan si la voluntad de la persona (art. 12 Cn). De acuerdo con ello, el Código Procesal rechaza las declaraciones bajo tortura, coacción o amenaza (art. 15 CPP) y prohíbe los interrogatorios utilizando preguntas indirectas, capciosas o sugestivas, así como el empleo de cualquier coacción o amenaza (arts. 221, 222, 262 y 263 CPP). Del examen de estos preceptos legales, resulta una consecuencia clara: la imposibilidad de utilizar en el proceso cualquier medio de investigación que limite la libertad del imputado en el momento de la declaración.

Asimismo, en relación con la prueba testifical, se establecen, por un lado, requisitos esenciales de forma, como la obligación de prestar juramento (arts. 121 y 219) y, por otro, una serie de excepciones al deber general de testificar, por razón del parentesco con el inculpado (art. 186 CPP) o por razón de la tutela del secreto profesional (art. 187 CPP).

Por el contrario, las prohibiciones relativas de pruebas hacen referencia a todos aquellos supuestos de restricción de derechos fundamentales, que se caracterizan por ser la ley procesal la que disciplina la forma de realizar las investigaciones, imponiendo la observancia de una serie de garantías y requisitos que actúan como instrumentos de defensa a favor del imputado. Es el caso, por ejemplo, de la entrada por la policía con una autorización judicial en una morada sin el consentimiento de su titular o los supuestos de privación de libertad con fines de obtención de prueba. En estos ellos, la ilicitud resulta no ya de la existencia de una prohibición legal expresa, sino de que la obtención de la fuente de prueba se haya conseguido de un modo ilegal, es decir, contrariando los derechos reconocidos en la Constitución.

Con carácter general, se discute el valor que puede darse a la pruebas obtenidas sin haber observado las condiciones establecidas para su obtención, es decir, si los resultados obtenidos ilícitamente pueden ser aprovechados, a pesar de la ilicitud probatoria.

En principio, tal posibilidad debe descartarse conforme a lo establecido en el art. 15 CPP, en cuya virtud “los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito”, a lo que el art. 162 CPP añade: “Para que las pruebas tengan validez deben ser incorporadas al proceso conforme a las disposiciones de este Código”. La regulación legal se completa con lo establecido en el art. 224.6 CPP que sanciona con la nulidad absoluta aquellos actos procesales que impliquen inobservancia de derechos y garantías fundamentales.

Para CASADO PÉREZ, “con ello se quiere expresar, en apretada síntesis, que toda persona a la que se le imputa un hecho delictivo goza de la presunción de inocencia, garantizado por el art. 12 Cn, que como presunción “iuris tantum” sólo puede destruirse con una prueba suficiente de cargo que en su obtención y durante la investigación y en su práctica durante el juicio oral pueda ser considerada lícita, por haberse respetado las “garantías fundamentales” de la persona consagradas en la Constitución de la República” (CASADO PÉREZ, p.112).

Ahora bien, esto sentado hemos de señalar que a los efectos de determinar el alcance de la ineficacia de los medios de prueba ilícitos, que se traduce en la prohibición absoluta de su valoración, forzosamente, hay que distinguir dos supuestos: la simple vulneración de requisitos procesales, que no lesionan el derecho fundamental, porque no afectan a su contenido esencial, en cuyo caso se trata de simples irregularidades procesales, intrascendentes desde el punto de vista de la nulidad; y la ilicitud, propiamente dicha, que resulta de la violación de un derecho, la cual, por su trascendencia constitucional, determinan la nulidad absoluta del medio de prueba y, por tanto, la privación de su eficacia.

836 Para dar una solución general a estos supuestos el BGH ha desarrollado la “teoría del ámbito jurídico”, en virtud de la cual, en caso de que se lesionen prohibiciones de producción de prueba, la posibilidad de valoración de las pruebas obtenidas depende de si la “lesión afecta en forma esencial al ámbito del derecho del recurrente o si ella es sólo de una importancia secundaria o no tiene importancia alguna para él. En este análisis se debe considerar, ante todo, el motivo de justificación de la disposición y la cuestión acerca de en el interés de quien ha sido creada” (BGHSt (GrS) 11, 213).

En todos estos casos, se debe realizar una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, para determinar el alcance anulatorio del vicio de nulidad, aunque, bien entendido que siempre que la prueba haya sido obtenida con violación de derechos fundamentales la nulidad despliega todos sus efectos. Cuestión distinta es, en cambio, que la incorporación al proceso de un medio de prueba obtenido lícitamente, se haya producido de forma irregular, en cuyo caso la prueba es admisible, pues sólo procede la nulidad del medio de prueba cuando se trata de violación de derechos y garantías fundamentales.

Por tanto, como ha observado ROXIN deben rechazarse concepciones globales y buscar la solución para las prohibiciones individuales de producción de la prueba separadamente, en un análisis de los diversos intereses comprometidos en el caso y su ponderación. “En ello es de fundamental importancia la diferenciación entre prohibiciones de valoración probatoria dependientes (estos es, aquéllas que se fundan en la lesión de una prohibición de producción de la prueba) y prohibiciones de valoración probatoria independientes (esto es, aquéllas que no se basan en una lesión a la ley, sino que son derivadas directamente de la Constitución)” (ROXIN, p.194).

De acuerdo con ello resulta el siguiente panorama:

1. Prohibiciones de valoración probatoria dependientes

a) La vulneración del derecho a guardar silencio, por no haber sido debidamente informado el imputado en el primer interrogatorio, integra un supuesto de nulidad radical insubsanable. Según ha declarado el BGH, el principio, según el cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo, figura entre los principios fundamentales del proceso penal, de modo que su lesión debe conducir a la prohibición de valoración (BGHSt 38, 214).

También en España las consecuencias de la falta de información de los derechos que corresponden al imputado determinan la ilicitud de la prueba consistente en la declaración del inculpado, por lo menos en lo que a él afecta, aunque no necesariamente en los que concierne a otros imputados, ya que los derechos fundamentales carecen de eficacia horizontal respecto a los terceros ajenos a su titularidad (STS es. 18 febrero 1997). A idéntica conclusión BayObLG NStZ 94,250, aplicando a este supuesto la teoría del ámbito jurídico. Críticamente, ROXIN, para quien “también el tercero tiene derecho a que sólo los medios de prueba obtenidos legítimamente sean usados en su contra. Fuera de ello, el negar efectos frente a terceros a las infracciones al mandato de informar debería conducir al resultado absurdo de que una prohibición de valoración se presenta cuando “un” imputado no fue instruido, pero no cuando dos coimputados no son instruidos y, a consecuencia de ello, declaran, Pues, en ese caso, uno de ellos siempre podría ser condenado a partir de la declaración del otro, ya que no podría invocar la violación jurídica cometida contra aquél” (ROXIN, p.196).

837

También suele admitirse la validez de las declaraciones realizadas por el imputado, debidamente informado de sus derechos, cuando antes ha declarado sin haber sido instruido. En la STS es. 7 de febrero de 2000, el imputado, después de la primera declaración, realizó otras dos, con información adecuada a sus derechos y con la asistencia de abogado, en las que ratificó sus primeras declaraciones; para el TS es. estas últimas declaraciones son “elementos probatorios validamente obtenidos”. En contra ROXIN: Si en un interrogatorio anterior no se informó al imputado sobre sus derechos y con posterioridad, después de haber sido informado, el imputado declara en el mismo sentido, se deberá hacer depender la valorabilidad de la segunda declaración de la información adicional al imputado (la llamada información calificada); porque si el imputado repite la declaración anterior sólo porque cree que, de todos modos, ya no podrá hacerla desaparecer, el vicio procesal, que sigue teniendo efecto, no puede considerarse subsanado (ROXIN, p.196).

b) La falta de información realizada al imputado sobre el derecho a consultar con un abogado ocasiona una prohibición de valoración, porque “la posibilidad de valerse de la asistencia de un defensor figura entre los derechos más importantes del imputado. De tal modo se asegura que el imputado pueda influir en el desarrollo y en el resultado

del procedimiento penal para salvaguardar sus derechos” (BGHSt 38, 274). También se admite que existe una prohibición de valoración cuando el imputado es informado sobre su derecho de asistencia, pero luego se le impide realizar el nombramiento de defensor (BGHSt 38, 372) e, incluso, cuando la policía no ayuda suficientemente a la búsqueda de defensor al imputado, ocultándole la existencia de un servicio de abogados de oficio (BGHSt 42, 15).

c) Se discute el alcance de la prohibición del interrogatorio por ardid (arts. 15 y 262 CPP), en los casos en que la policía, para obtener la confesión, recurre a una persona detenida para hablar por teléfono con el sospechoso, ocultándole que, en realidad, está siendo interrogado en una causa criminal. Para el TS es., en tales casos es evidente que la policía no puede eludir las garantías procesales que la ley le impone respetar, valiéndose de un no funcionario, que obra a sus órdenes, para obtener una prueba con engaño (STS es 1 marzo 1997).

838

En cambio, el BGHSt ha declarado admisible recurrir a un procedimiento semejante, basándose en que el principio de que nadie está obligado a incriminarse a sí mismo únicamente debe “proteger contra la suposición errónea de la obligación de declarar, experimentada posiblemente en virtud del carácter oficial del interrogatorio (...) la “libertad de declarar ante el error” no está protegida”. No obstante, añade ROXIN, la Gran Sala también deriva “reparos” contra el hecho de que “las autoridades de la investigación induzcan clandestinamente al imputado a formular declaraciones en la forma sometida a examen”. Sin embargo, esos reparos deben ser ponderados con la “obligación del Estado de Derecho a una persecución penal efectiva”. De acuerdo con ello, el interrogatorio por ardid sólo puede ser introducido “cuando se trata del esclarecimiento de un hecho punible de importante significado y con el uso de otros medios de investigación, la averiguación de los hechos sería mucho menos prometedora o se habría considerablemente más complicada” (BGHSt 42, 139).

Para ROXIN, en cambio, habría sido preferible prohibir absolutamente los interrogatorios por ardid y declarar invalores las declaraciones obtenidas a través de ellos, “pues muchos motivos contribuyen a sostener que el art. 136 StPO debe proteger al imputado no sólo contra la coacción hipotética, sino también contra la “autoincriminación dependiente del engaño y provocada por el Estado” (ROXIN, p.198).

d) Si se afecta el derecho del imputado a estar presente, los resultados del interrogatorio judicial a un testigo tampoco pueden ser valorados por el tribunal de enjuiciamiento, pues el acusado perdió toda posibilidad de influir en el resultado de la prueba (BGHSt 26, 232). A idéntica conclusión ha llegado el TC es., aplicando la jurisprudencia del TEDH, limitando el valor probatorio de los denominados “testimonios de referencia” (SSTC es 217/1989 y 303/1993) y condicionando la aportación de las declaraciones sumariales realizadas por los testigos al juicio oral a que resulte respetado el principio de contradicción (SSTS es. 27 septiembre 1996 y 17 junio 1995).

En materia de audición de testigos lo más importante es la igualdad entre el inculpado y la acusación. De acuerdo con ello, constituye un principio general que “los medios de prueba se obtengan ante el acusado, en audiencia pública y en el curso de un debate contradictorio” (STEDH. Barberá, Messegué y Jabardo, 6 diciembre 1988). Aunque el artículo 6.3 d) CEDH no lo reconozca expresamente, el acusado tiene “derecho a estar presente” mientras los testigos de cargo son interrogados, pues el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo se concibe mal sin la posibilidad para el acusado de carearse con los que hacen declaraciones en su contra (SSTEDH. Unterpertinger, 24 noviembre 1986; Bricmont, 7 julio 1989; Kostovski, 20 noviembre 1989; Windisch, 27 septiembre 1990; Delta, 19 diciembre 1990; Isgrò, 19 febrero 1991; Asch, 26 abril 1991; Lüdi, 15 junio 1992). En la jurisprudencia española se ha reconocido este derecho al inculpado SSTS es. de 20 de febrero de 1989 y 17 de septiembre de 1990, que rechazan la validez de la prueba testifical obtenida en el juicio oral en ausencia del procesado.

e) La omisión de la información a los parientes sobre su derecho a abstenerse de declarar torna su declaración en invalorable, según opinión unánime. Para CASADO PÉREZ, será ilícita y constituye un supuesto de nulidad absoluta, la declaración de un testigo que, teniendo la facultad de abstenerse de declarar, no es instruido por el juez de ese derecho (CASADO PÉREZ, p.117). Según el BGH, ello viene exigido por el principio de “protección a la familia del acusado”, a la que aspira la prohibición de producción de la prueba (BGHSt 11, 216). Sólo de modo excepcional la prohibición de valoración no opera cuando es seguro que el testigo no informado tenía conocimiento de su derecho de abstención y consta que tampoco hubiera hecho uso de él en caso de que hubiera sido informado en debida forma, porque en este caso, no existe violación del principio constitucional que sirve de fundamento a la prohibición probatoria (BGH NSTz 90, 549).

839

f) La solución es distinta en cuanto se refiere a los testigos que declaran voluntariamente violando el deber de guardar el secreto profesional. Es opinión unánime la de considerar que si el portador del secreto profesional conoce su derecho de abstenerse de declarar testimonialmente y, no obstante, declara violando el secreto, esa declaración es valorable, ya que la decisión esta sujeta exclusivamente al ámbito de responsabilidad del testigo (BGHSt 9, 59; 15, 200; 18, 146). A una solución similar se llega en relación con la violación de los funcionarios públicos sobre secretos de Estado. Para el BGH el secreto oficial no sirve a los intereses de la defensa y, por ello, de la violación a la prohibición del tema de prueba no se deriva una prohibición de valoración (BGH MDR 51, 275; NJW 52, 151).

2. Prohibiciones de valoración probatoria independientes

En el curso de la investigación penal está permitido producir injerencias en los derechos fundamentales, respetando ciertos límites impuestos por la Constitución y las leyes. En tales casos, la valoración del resultado de la investigación es imposible cuando

se lesiona el contenido esencial de la regulación constitucional. El fundamento de esta prohibición se encuentra en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su afirmada condición de inviolables (STC es 114/1984) y en el carácter intangible de la personalidad y, con ello, de la dignidad humana (BVerfGE 34, 238).

En España, este tipo de prohibiciones probatorias se han desarrollado en relación con la protección de los siguientes derechos fundamentales: a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE), a propósito de las intervenciones corporales (SSTC es. 37/1989 y 207/1996); al secreto del domicilio (art. 18.2 CE), a propósito de los registros ilícitos (SSTC es. 137/1985, 171/1999 y 94/1999); y al secreto de la comunicaciones particulares (art. 18.3 CE), a propósito de las escuchas ilegales (SSTC es. 81/1998 49/1999 y 50/2000).

La restricción de todo derecho fundamental debe satisfacer una serie de requisitos, de naturaleza legislativa y jurisdiccional, y sujetarse al principio de proporcionalidad.

840 En primer lugar, es necesario que la concreta injerencia se encuentre autorizada en la ley, por lo que habrá que estar a la regulación constitucional de cada derecho para determinar hasta qué punto y en qué medida es posible la restricción. Por otro lado, dentro de la regulación legislativa es preciso distinguir entre el plano de legalidad constitucional y el de legalidad ordinaria, pues sólo la vulneración de las exigencias legales que afectan al núcleo esencial del derecho constitucional determina la ilicitud del medio de prueba y consiguientemente, la prohibición de valoración del resultado adquirido como consecuencia de la vulneración del derecho.

En segundo lugar, resulta imprescindible que se asegure el control judicial en la limitación del derecho fundamental, generalmente con anterioridad a la realización de la injerencia, exigiendo la existencia de autorización judicial previa que legitime la intervención. La ausencia de autorización judicial o la existencia de defectos esenciales en la misma, falta de fundamentación, determinará la violación del derecho y, consiguientemente, la existencia de una prohibición de valoración de la prueba obtenida ilegítimamente.

En tercer lugar, el principio de proporcionalidad supone la ponderación de los intereses en juego para asegurarse de que la restricción de los derechos fundamentales se limita a lo estrictamente indispensable para asegurar la vigencia de otros bienes e intereses constitucionales. Supone, fundamentalmente, atender a la gravedad del delito y a la posibilidad o no de su descubrimiento por otros medios menos lesivos.

De la inobservancia de las prescripciones legales para la obtención de las pruebas, que supongan una restricción de los derechos fundamentales, se deriva una prohibición de valoración de prueba. Pero, bien entendido, que de la inobservancia ha de resultar

una “vulneración flagrante” de los derechos individuales, pues, como ha señalado CASADO PÉREZ, en los demás casos la prueba debe valorarse “sin absurdos formalismos, ponderando los intereses en conflicto”, por una parte, el interés de la justicia en la eficaz persecución de los delitos y, por otra, las necesidades específicas de protección del derecho fundamental afectado por la ilicitud probatoria (CASADO PÉREZ, p.122).

H) Extensión del efecto invalidante

El legislador se ocupa de aclarar cuál es el alcance del efecto invalidante del vicio de nulidad que en unos casos (aps. 1, 2 y 3) conlleva la nulidad de todo el proceso, mientras que en resto (aps 4, 5, y 6) sólo provoca la ineficacia del acto o diligencia nula y de los actos que sean conexos. Determinar en qué consiste esta relación de conexidad, especialmente cuando se trata del efecto invalidante de la prueba ilícita no es, como veremos inmediatamente, tarea sencilla.

El efecto inmediato de la declaración de nulidad es la anulación del acto afectado por la irregularidad, con lo que desaparecen los efectos que habría producido o estaba produciendo y se impide que en el futuro pueda tener algún efecto. Pero, además de este efecto inmediato, consistente en la anulación del acto declarado nulo, la invalidez se extiende a otros actos válidos en virtud de la relación de dependencia, fáctica o funcional, que exista entre el acto ineficaz y el acto originariamente válido. A ello también se refiere el art. 227 CPP, al establecer que la extensión de la ineficacia del acto viciado se produce respecto de “todos los actos consecutivos que de él dependan o se relacionen estrechamente con el acto nulo”.

841

Sin embargo, una vez consagrado el principio de la imposibilidad de otorgar eficacia a la prueba obtenida violentando los derechos fundamentales, la cuestión que surge se centra en delimitar el alcance de las consecuencias que resultan de la prueba ilícita. Ciertamente, se trata de una cuestión polémica, como demuestra que el alcance del efecto anulatorio de la prueba ilícita varíe en cada ordenamiento. Tomemos dos ejemplos extraídos del Derecho comparado: el tratamiento que se da a esta cuestión en el Derecho norteamericano y en el Derecho español más reciente.

Es originaria del Derecho norteamericano la regla de la “exclusionary rule”, que impide admitir como prueba la que ha sido obtenida con violación de los derechos fundamentales del acusado. Tal prohibición se invoca, sobre todo, en relación con detenciones, registros personales, entradas en el domicilio y confesiones obtenidas con infracción de las garantías establecidas en la IV y V enmiendas de la Constitución. Además, el efecto excluyente de la prueba ilícita comprende tanto a ésta como al conocimiento derivado obtenido regularmente (“fruits of the poisonous tree”).

Sin embargo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha desarrollado una doctrina para limitar el efecto reflejo de la prueba ilícita, imponiendo diversas excepciones

a su aplicación: la más importante, la excepción de buena fe, que no es más que la lógica consecuencia de la finalidad disuasoria en que se fundamenta la regla de exclusión. También la excepción del descubrimiento independiente, en cuya virtud una prueba es admisible si proviene de dos fuentes, de las cuales sólo una se encuentra afectada por la ilicitud probatoria. La excepción del inevitable descubrimiento, en virtud de la cual la prueba derivada es admisible, si el resultado hubiese sido el mismo de no haber existido la prueba inicial invalida. Y la excepción del defecto purgado, que permite utilizar la prueba derivada si la relación de causalidad entre la prueba ilícita y la prueba finalmente obtenida es tan tenue, como para que el juez estime que el defecto está olvidado, atenuado o purgado.

842

Por su parte, el Tribunal Constitucional español se ha ocupado, con una energía particularmente intensa, de mitigar el alcance anulatorio de la prueba ilegal. Primero, aceptando la doctrina de la fuente independiente de prueba, en cuya virtud se excluye el efecto derivado cuando se trata de apreciar, como elemento de convicción, las declaraciones realizadas por el acusado durante el juicio oral, en virtud del tiempo transcurrido entre la ilicitud originaria y la prueba derivada (STC es. 85/96). Después, incorporando nuevas perspectivas, exigiendo, lo que se ha dado en llamar “conexión de antijuridicidad”, no simplemente material, entre la prueba ilícita y la prueba válida derivada (SSTC es. 81/1998, 49/1999, 94/1999, 134/1999 y 161/1999). Es decir, no basta, con que entre ambas pruebas exista una conexión natural, fáctica o material, sino que, para que se produzca la consecuencia anulatoria, es necesario que exista una relación entre ambos medios de prueba lo suficientemente fuerte para estimar que la ilicitud originaria de las primeras trasciende a las segundas, hasta el punto de provocar la sanción invalidante.

Evaluar la existencia o no de esta conexión de antijuridicidad requiere aplicar “estándares” normativos que el mismo Tribunal Constitucional se ha ocupado de concretar y que se refieren, por un lado, a la índole y características de la vulneración originaria y su resultado y, por otro, a las necesidades de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud. En primer término, es preciso considerar si la prueba refleja también habría podido obtenerse prescindiendo de la información obtenida a partir de la prueba ilícita y, en este sentido, según cual sea el resultado a este interrogante, si se puede razonablemente afirmar que la prueba derivada, desde una óptica estrictamente normativa, es o no independiente de aquélla. Además, han de tenerse en cuenta las necesidades específicas de protección del derecho fundamental vulnerado en el proceso de obtención de la prueba, lo que, a su vez, exige considerar la actuación de los distintos órganos encargados de la persecución penal y, en concreto, si la ilicitud fue consecuencia de una actuación dolosa o causada por negligencia grave o, simplemente, debida al error, pues en este último caso las necesidades de disuasión no son indispensables para la protección del derecho fundamental.

En fin, el anterior examen de la regulación de la prueba ilícita permite extraer ciertas conclusiones. Así, si bien es cierto que todos los ordenamientos, de un modo general, establecen sanciones para impedir el aprovechamiento de la prueba ilícita, no lo es tanto, sino más bien al contrario, que el efecto anulatorio de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales se extienda, automáticamente, a los conocimientos derivados de la prueba ilícita, es decir, a las pruebas obtenidas lícitamente que, sin embargo, son consecuencia de una actuación inicial ilícita.

Incluso en los países en los que tal regla de exclusión existe, su aplicación no se produce en cualquier caso, sino que se conceden al juez amplias facultades para concretar el alcance y los efectos de la regla de exclusión. Como consecuencia de ello, la prohibición de utilizar la prueba obtenida ilícitamente no tiene carácter absoluto, ni se proyecta ilimitadamente a todos los elementos de prueba obtenidos con posterioridad por el mero hecho de que guarden una relación de dependencia fáctica con la prueba ilícita. La existencia de tal relación es, lógicamente, el presupuesto, el punto de partida para que la consecuencia anulatoria llegue producirse, pero que se produzca efectivamente depende, fundamentalmente, de la ponderación de los intereses en juego que se realiza a partir de “estándares” jurisprudenciales, complementando la relación de dependencia material con una relación de dependencia en cuanto a la ilicitud.

III. JURISPRUDENCIA

843

Improcedencia por falta de agravio. “En virtud de lo expuesto, considera esta Sala que cabe hacer una interpretación más flexible del Art. 359 Inc. 2º Pr.Pn., pese a no haberse ampliado la acusación, ni haber hecho el tribunal la advertencia a que se refiere el Art. 344 Pr.Pn., es posible la condena por un delito distinto del que fue objeto de la acusación, toda vez que entre éste y el considerado en sentencia exista uniformidad, de tal claridad o condición que no dé lugar a ninguna duda. Se dice que son delitos homogéneos los que pueden constituir modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal manera que están contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo objeto de la acusación, -además, que la calificación correcta sea más leve, y que no haya ningún elemento nuevo del que el acusado no ha podido defenderse. Sirvan los anteriores argumentos para considerar que en el presente caso no se ha dado la pretendida infracción que se alega, ya que no existe agravio, pues la posición jurídica del impugnante no fue desmejorada por la resolución impugnada.”; siendo únicamente relevante resaltar que la pena a imponer por la primera calificación era de cinco a diez años de prisión, mientras que la aplicable en el segundo y final supuesto se eleva hasta un máximo de diez años y medio, en virtud de la correlación entre los Arts. 144 No. 2, con la agravante del Art. 145 en relación con el 129 No. 10 Pn.; aunque finalmente se impuso una pena de diez años de pena privativa de libertad” (*Casación, 16-05-03*).

“No está demás hacer mención de que no toda irregularidad formal ha de convertirse en el obstáculo que malogre el desarrollo de la impugnación, ya que es criterio de esta Sala que en muchas resoluciones de los juzgados y tribunales en los que se decreta la nulidad de diferentes actos, se observa una visión ritualista del proceso en la que se le da predominio al cumplimiento de las formalidades que impide apreciar el valor del acto en correspondencia con los objetivos fundamentales que pretende cumplir el proceso penal, ignorando que las formalidades sólo tienen sentido si aseguran la efectividad de las garantías constitucionales” (*Casación, 02-04-03*).

225

EFFECTOS DE LAS NULIDADES ABSOLUTAS

Las nulidades absolutas señaladas en el artículo anterior no podrán cubrirse ni aún con expreso consentimiento de las partes y deberán declararse a pedimento de éstas o de oficio, en cualquier estado o grado del proceso.

Las declaraciones de nulidad a que se refiere el inciso anterior, admitirán recurso de apelación cuando fueren proveídas en primera instancia.

844

I. CONCORDANCIAS

- Ver concordancias del art. 223

II. COMENTARIO

La nulidad absoluta se produce siempre que un acto procesal adolezca de una circunstancia esencial, fijada por las leyes procesales, para que el acto produzca sus efectos normales (SERRA, p.631). Decíamos que dos consecuencias resultan de la estimación de un vicio absoluto de nulidad: los actos nulos no pueden subsanarse ni convalidarse y la nulidad debe ser declarada de oficio y en cualquier momento del proceso en que el tribunal advierta el defecto, cualquiera que sea la forma de conocimiento y, por tanto, ante cualquier petición de parte.

La nulidad absoluta produce la total invalidez del acto viciado y, consiguientemente, de acuerdo con lo establecido en este precepto: es imposible la subsanación, en cuanto que “no pueden cubrirse ni aun con expreso consentimiento de las partes”; no existen fases preclusivas para denunciar la invalidez, a las que se anude un efecto convalidante; y, la nulidad debe establecerse, de oficio o a instancia de parte, tan pronto sea advertida.

Sin embargo, al examinar el art. 224 CPP, hemos podido comprobar que el alcance anulatorio del acto viciado se encuentra, en ocasiones, modulado por los principios de trascendencia del vicio, conservación, subsanación y proporcionalidad, a los que recurre el legislador, en relación con cada motivo específico de nulidad, para consagrar auténticas excepciones a la regla general de ineficacia absoluta del acto viciado.

También, en el mismo art. 224 CPP se distingue entre los motivos de nulidad que provocan la nulidad de todo el proceso y aquellos que sólo invalidan el acto nulo y los que sean conexos con éste, cuya validez sólo se verá afectada en cuanto resulte “indispensable para reparar el agravio” (art. 223 CPP).

Asimismo, debe quedar sentado que la nulidad sólo puede declararse dentro del proceso (“en cualquier estado o grado del proceso”), esto es, antes de que recaiga sentencia definitiva y, por tanto, antes de que la cosa juzgada despliegue sus efectos. Como ha señalado VERGÉ GRAU, “la consecuencia fundamental que tiene la cosa juzgada en el campo de la nulidad o ineficacia procesal es que cuando aquélla se alcanza en un proceso, quedan, por la propia voluntad del Estado reflejada en el ordenamiento jurídico, convalidados todos los actos nulos: la cosa juzgada constituye la causa extrema de convalidación de la nulidad procesal” (VERGÉ GRAU, p.31).

Por lo tanto, la declaración de nulidad sólo podrá hacerse antes de la sentencia definitiva y siempre que, de acuerdo con lo expuesto, no proceda la subsanación. Una vez firme la sentencia, no es posible la nulidad, más que a través de los motivos de revisión, que permiten invocar auténticos motivos de nulidad. Generalmente extrapocesales (art. 431.3 CPP), aunque también producidos dentro del mismo proceso, como pone de relieve la cláusula genérica que autoriza la revisión por violación directa y manifiesta de las reglas del proceso debido (art. 431.4 CPP).

Debe señalarse, por último, que si la nulidad, no sólo puede ser apreciada de oficio por el tribunal, sino también alegada por la parte, existen en el proceso diversas vías para denunciar la existencia de un vicio de nulidad:

En la audiencia inicial, al imponer al juez la obligación de pronunciarse sobre cualquier incidente, pudiendo las partes denunciar cualquier motivo de nulidad producido con ocasión de las investigaciones preliminares (art. 256.11 CPP).

En la audiencia preliminar, las producidas durante la instrucción que podrán ser denunciadas por la parte en el plazo que se les concede para su preparación (art. 316.11 CPP).

Las producidas durante la audiencia preliminar al comienzo de la vista promoviendo incidente de nulidad (art. 339 CPP).

En las alegaciones finales, las producidas en la vista oral.

A través de los recursos ordinarios y extraordinarios, fundamentalmente, el de casación, que puede fundarse en la existencia de vicios en el procedimiento, entre los que se incluyen los vicios de nulidad no subsanables y los vicios de nulidad de la sentencia o del veredicto del jurado (art. 421.2 CPP).

226

NULIDADES RELATIVAS. OPORTUNIDAD

La nulidad de los actos o diligencias judiciales por la falta de las formalidades que para ello se prescribe bajo pena de nulidad, podrá declararse de oficio o a petición de parte.

Las nulidades relativas sólo podrán ser opuestas, bajo pena de caducidad, en las oportunidades siguientes:

846

- 1) Las producidas durante los actos iniciales de investigación, en la audiencia inicial;**
- 2) Las producidas en la instrucción formal, durante su desarrollo o en la audiencia preliminar;**
- 3) Las producidas durante la audiencia preliminar, al inicio de la vista pública;**
- 4) Inmediatamente después de producidas, las acaecidas durante la vista pública; y,**
- 5) Dentro de las cuarenta y ocho horas, las producidas durante la tramitación de un recurso.**

La petición de nulidad deberá ser motivada, bajo pena de inadmisibilidad y tramitarse según lo previsto para las excepciones, salvo que ella se interponga durante las audiencias, caso en el cual se resolverá de inmediato.

La fundamentación del pedido de nulidad durante las audiencias será verbal y el interesado podrá solicitar se deje constancia sucinta en el acta.

I. CONCORDANCIAS

- Ver concordancias del art. 223

II. COMENTARIO

Se dice que la nulidad es relativa cuando el acto defectuoso puede ser subsanado. El acto procesal relativamente nulo se equipara, de no ser subsanado, al acto absolutamente nulo, no siendo susceptible de producir efecto alguno. Pero producida la subsanación, los efectos del acto se producen desde el momento de la subsanación (SERRA DOMÍNGUEZ, p.632).

La principal característica en que se inspira la regulación de las nulidades relativas es la posibilidad de subsanación, pues en ello reside, precisamente, su diferenciación de las nulidades absolutas: las primeras son subsanables, las segundas, por el contrario, no lo son en absoluto.

A esta nota diferenciadora se añaden otras dos, que también deben destacarse: no pueden ser declaradas de oficio y no pueden ser alegadas por la parte que haya provocado la nulidad.

En contra de lo que expresamente se establece en este precepto (“la nulidad ... podrá declararse de oficio o a petición de parte”), decimos que las nulidades relativas, en el Código Procesal, se configuran como auténticos supuestos de anulabilidad, pues el acto defectuoso despliega sus efectos mientras no sea impugnado dentro de cierto plazo, quedando convalidado por el consentimiento expreso e, incluso tácito, de la parte, como demuestra el hecho de que se reconozca eficacia saneadora a la falta de denuncia (art. 228.1 CPP), una vez precluido el trámite para hacer valer el motivo de nulidad (art. 226 CPP). Por ello, resulta incongruente afirmar que la nulidad puede ser apreciada de oficio, al tiempo que se reconoce eficacia saneadora a la inactividad procesal de la parte interesada.

847

Por otro lado, estas causas de nulidad no pueden ser invocadas por la parte causante del defecto procesal. Dicha previsión es totalmente lógica y constituye una aplicación al terreno de las nulidades del principio general según el cual nadie puede ir contra sus propios actos, ya que si la parte es culpable de la nulidad, o conociéndola no la ha denunciado oportunamente, resulta improcedente que pretenda la suspensión del proceso para analizar un problema que debió suscitar oportunamente (SERRA DOMÍNGUEZ, p.638).

También se puede recurrir, para explicar el fundamento de esta limitación, a otros principios procesales como el de buena fe y lealtad procesal. Como sostienen ANTÓN BLANCO y MARCO COS, “lo contrario sería ir contra los más elementales principios de la buena fe procesal. Quien con su actuación negligente, o incluso malintencionada, ha dado lugar a que se produzca la irregularidad que sustenta la nulidad relativa no puede aprovecharse de una situación que él mismo ha generado para extraer beneficio de la misma mediante su denuncia. Permitir que hiciera uso torcido del derecho genérico

que las partes tienen para hacer valer cualquier irregularidad procesal quien ha ocasionado la misma, convertiría el ejercicio abstracto del derecho en un concreto abuso del mismo” (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, pp.606-607).

En cuanto a los motivos de nulidad no se concretan en este artículo, que tan sólo incluye una referencia genérica a la “falta de las formalidades”, prescritas por la ley. Pero, para que la nulidad exista y el acto defectuoso pueda ser declarado nulo, se precisa que la sanción anulatoria se encuentre prevista en la ley. Así se establece en el art. 223 CPP, al decir que “ningún trámite ni acto será declarado nulo si la nulidad no está expresamente determinada por la ley”, y se confirma en este mismo precepto, al referir la nulidad relativa a “los actos o diligencias judiciales por la falta de las formalidades que para ello se prescribe bajo pena de nulidad”.

A ello hemos de añadir que, también en este caso, el vicio determinante de la nulidad ha de causar indefensión o perjudicar los derechos de la parte que la alega a su favor (art. 223 CPP), pues de otro modo se trataría de un acto meramente irregular, que por su escasa trascendencia, no precisa ser subsanado para producir sus efectos típicos.

Son muchas las previsiones de nulidad que se contienen a lo largo del Código Procesal y que, al ser posible su subsanación, entendemos deben quedar incluidas dentro de las nulidades relativas:

848

A) Uso de la lengua castellana en la realización de los actos procesales (art. 118)

Dispone el art. 118 CPP que en todos los actos procesales se utilizará el idioma castellano, bajo pena de nulidad.

El idioma oficial de El Salvador es el castellano, según dispone el art. 62 Cn. Es el único que puede ser utilizado en el proceso. Por ello, cuando el imputado o el testigo es extranjero, y no hable o no entienda el castellano, se recurrirá al interprete que traduzca las preguntas y las respuestas en los interrogatorios, el contenido de las audiencias procesales o los documentos y resoluciones que se producen en el proceso.

A este respecto, recuérdese lo establecido en el art. 11 CPP, en el que se garantiza al imputado, que no comprenda suficientemente la lengua utilizada en el proceso, el derecho a servirse de un intérprete, que se extiende incluso a las comunicaciones que se produzcan entre el imputado y su defensor.

También deberán ser traducidos al idioma castellano los documentos realizados en un idioma extranjero y los abogados tendrán obligación de dirigirse al tribunal en la lengua oficial del proceso.

La falta de traducción constituye un supuesto de nulidad relativa ya que el defecto procesal, consistente en la utilización de una lengua no oficial, siempre puede ser subsanado.

De esta regla general, deben excluirse, los casos en los que se haya producido una violación sustancial de los derechos reconocidos al imputado en el art. 11 CPP, en cuyo caso sí hemos de entender que se trata de un supuesto de nulidad absoluta, (art. 224.6 CPP), que obliga a privar de eficacia al acto o diligencia concretos en que se haya privado al imputado de su derecho a estar asistido de intérprete.

B) Falta de firma del funcionario o secretario (arts. 119 y 123)

Conforme al art. 119 CPP, el acto será nulo si falta la firma del funcionario actuante, la del secretario o testigo de la actuación; en el mismo sentido el art. 123 CPP dispone que los secretarios serán los encargados de redactar las actas judiciales y carecerán de valor sin su firma.

Con la firma puesta en el documento, se acredita la intervención, en el acto o diligencia, del funcionario que actúa o lo autoriza, así como su presencia efectiva en el lugar y al tiempo de la realización del acto.

849

La nulidad derivada de la falta de firma es un claro supuesto de nulidad relativa, en cuanto cabe la sanación del defecto mediante su incorporación posterior. Como han destacado ANTON BLANCO y MARCO COS, “lo que determina la nulidad no es la ausencia del funcionario, del secretario o de quien se diga que fue testigo del acto, sino simplemente la falta de firma de tales personas. Esto es, no se cuestiona que ellos estuvieron presentes, sino que, simplemente se echa en falta la firma que debieron poner al tiempo de realizarse el acto procesal. Partiendo de que sí lo presenciaron o lo autorizaron cuando procediera, no es difícil el remedio del defecto, a fin de evitar la nulidad a que la ley se refiere: bastará con que el funcionario, el secretario o el testigo procedan, posteriormente, a poner en el documento, en que se refleje el acto, la firma que antes omitieron, pese a estar presentes” (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, p.610).

C) Mención de la fecha (art. 119)

Se establece en el art. 119 que “se fechará un acto con el lugar, hora, día, mes y año en que se cumpla. Si falta la fecha, el acto será nulo, pero ésta sólo podrá ser declarada cuando aquélla, en virtud de los elementos del acto o de otros conexos, no se pueda establecer”.

Sólo la omisión de la fecha, es decir, del día, mes y año, es relevantes en orden a la declaración de nulidad. No obstante, la falta de mención de la fecha integra un supuesto de nulidad relativa, pues el defecto se subsana determinado el día en que tuvo lugar el

acto a partir de otros elementos del acto o de otros conexos. Solo cuando la fecha no se pueda establecer con certeza el acto será irremediabilmente nulo.

D) Intervención de persona ciega o analfabeta (art. 124)

Se contiene una previsión especial sobre la forma en que las actas deberán ser firmadas, cuando quien haya de hacerlo es ciego o no sepa leer y escribir. En tal caso, establece este precepto, el acta será leída y suscrita por una persona de su confianza y, además, dejará aquella la impresión de su huella digital en el documento de que se trate.

Se sanciona con la nulidad la inobservancia de estas formalidades que, hemos de entender es relativa, pues el defecto puede ser subsanado mediante la posterior ratificación en el contenido del acto.

E) Falta de firma en las resoluciones (art. 131)

Las sentencias y los autos, para ser válidos, serán firmados por el juez o por todos los jueces del tribunal; los decretos, por el secretario, por el juez o presidente del tribunal. “La falta de firma producirá la nulidad del acto, salvo disposición en contrario expresamente determinada por la ley”.

850

Aunque no puede dudarse de la importancia que tiene la firma en el instrumento que documenta la resolución, ya que no sólo acredita que ha sido adoptado, sino también el contenido que expresa, hemos de entender que también se trata de un supuesto de nulidad relativa y, por tanto, subsanable mediante la adición posterior de la firma. En este sentido, ANTÓN BLANCO y MARCO COS: “Consideramos que se trata de una nulidad relativa, por cuanto la firma posterior del documento que contiene la sentencia, el auto o el decreto constituye la subsanación del defecto, a la vez que la confirmación de que la omisión se debió a un simple olvido o descuido que, por razones obvias, no debe tener como consecuencia la nulidad radical o absoluta del acto” (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, p.612).

F) Falta de formalidades en los actos de comunicación (art. 151)

Se establece la sanción de nulidad en los siguientes casos: si ha existido error sobre la identidad de la persona notificada o sobre el lugar de la notificación; si la resolución ha sido notificada de forma incompleta; si en la diligencia no consta la fecha o la entrega de la copia; si falta alguna de las firmas requeridas; si existe disconformidad entre el original y la copia siempre que cause indefensión.

Es evidente la importancia que los actos de comunicación tienen para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa. De ellos depende, en último, término que

pueda instaurarse el contradictorio y que las partes puedan hacer valer ante los tribunales de justicia sus derechos e intereses legítimos.

No obstante, es claro que se trata de vicios que pueden ser subsanados, mediante una nueva notificación realizada correctamente, e incluso ésta no resultará necesaria si el interesado ha adquirido conocimiento por otro medio de la resolución que le afecta y, con su actividad posterior, convalidó el defecto, por ejemplo interponiendo el recurso pertinente contra la resolución que le afectaba.

G) Nulidad del requerimiento fiscal y del escrito de acusación (arts. 247 y 314)

Tanto la formulación del requerimiento fiscal como el dictamen de acusación se sujetan al cumplimiento de diversos requisitos de forma, expresados en los arts. 247 y 314 CPP. La formulación incorrecta de estos escritos de promoción de la acción penal es causa de inadmisibilidad y sólo de nulidad, si no se subsanan los defectos observados a requerimiento del juez.

Por tanto, en ambos casos, se trata de defectos subsanables que afectan más bien a las condiciones de admisibilidad de tales escritos que a la validez del acto mismo. Una disposición equivalente se contiene en el art. 96. CPP en relación con la admisión de la querrela.

851

En todos estos casos se trata de una sanción previa al acto, o mejor, previa a la introducción del acto en el proceso. Consiste en una declaración de invalidez para el futuro, puesto que cuando se produce el acto no ha producido efecto procesal alguno, a diferencia del acto defectuoso. En realidad, como advierte CREUS, con la inadmisibilidad se anticipa y previene la nulidad (CREUS, p.114).

H) Procedimiento para la declaración de nulidad

Este precepto somete la denuncia de las nulidades relativas a estrictos requisitos procesales, en cuanto al momento en que puede ser promovida la declaración de nulidad: en la audiencia inicial, las producidas con ocasión de la realización de los actos de investigación; en la audiencia preliminar, las producidas durante la instrucción formal; al inicio de la vista pública, las producidas en la fase intermedia; y dentro las cuarenta y ocho horas, las que afecten a la tramitación del recurso.

Pero lo más importante es señalar que, con arreglo al art. 228.1 CPP, se consagra un plazo sujeto a caducidad de tal modo que los vicios existente quedarán subsanados cuando las partes no las hagan valer en el momento correspondiente. Por tanto, a diferencia de la nulidad absoluta, que puede ser alegada en cualquier momento del

proceso, la facultad de alegar las nulidades relativas está sujeta a una sanción de caducidad.

La nulidad puede ser alegada verbalmente, si se invoca en el curso de una audiencia, o en forma escrita. En todo caso la denuncia de nulidad deberá ser motivada, es decir, expresar el vicio o defecto concurrente en el acto procesal y el precepto legal en el que se establece la sanción de nulidad.

La sustanciación del incidente de nulidad se realizará conforme a lo establecido para las excepciones (arts. 277 a 284 CPP).

Hemos de realizar una última observación referida a la legitimación para promover la declaración de nulidad. En principio, cuando el juez sólo puede declarar la nulidad a instancia de parte, cualquiera puede promover el incidente. Por tanto pueden hacerlo, tanto el Ministerio fiscal, como el imputado, el querellante... etc. Sin embargo, existe una importante limitación que se deriva de la obligación general de la existencia de un agravio o perjuicio causado al promotor del incidente (art. 223 CPP). Se trata de la imposibilidad, para la parte que fue la causante de la nulidad, de hacerla valer en su provecho. Se trataría, por lo demás, de una especificación del principio general que impide ir contra los propios actos, según hemos señalado anteriormente.

852

227

EFFECTOS DE LAS NULIDADES RELATIVAS

La nulidad de un acto o diligencia judicial, cuando es declarada, vuelve nulos todos los actos consecutivos que dependan o se relacionen estrechamente con el acto nulo. Declarada la nulidad, se ordenará la reposición o ratificación de tales actos o diligencias.

I. CONCORDANCIAS

- Ver concordancias del art. 223

II. COMENTARIO

La diferencia entre la nulidad absoluta y la relativa reside, como ya hemos señalado, en la posibilidad de subsanación y en la forma de promover la declaración de nulidad, pero no en sus efectos, pues como destaca la doctrina una vez declarada produce los mismos efectos. Coinciden VERGÉ, SERRA y FENECH en que el acto procesal que está

viciado con nulidad relativa se equipara, si no es subsanado, al acto nulo de pleno derecho, no siendo susceptible de producir ningún efecto, aunque si se produce su subsanación, los efectos del acto se retrotraen al momento de la realización del acto defectuoso.

Así pues, el efecto inmediato de la declaración de nulidad es la anulación del acto afectado por la irregularidad, determinando su ineficacia procesal, es decir, desaparecen los efectos que habría producido o estaba produciendo y se impide que en el futuro pueda tener algún efecto.

No obstante, conviene hacer una salvedad. La privación de eficacia supone, únicamente, privar al acto procesal de sus efectos típicos, es decir, los previstos por el ordenamiento para el acto concreto, pero esto no significa que el acto declarado nulo no pueda desplegar eficacia “subsidiaria” dentro del mismo proceso. Esto ocurre, como ha observado CREUS, cuando un acto puede desempeñar distintos cometidos que se corresponden con diferentes tipos procesales. En tal caso, “la declaración de su nulidad pronunciada en consideración a uno de esos tipos, puede no interferir en su validez respecto de los otros tipos” (CREUS, p.95).

Este fenómeno, ciertamente excepcional, aunque no infrecuente, ha sido descrito por LEONE: la circunstancia de que el acto sea nulo con referencia a su función, es decir, inidóneo para producir los efectos que la ley vincula a aquel determinado acto, no obsta a que pueda presentar, en cambio, los requisitos formales y sustanciales para la obtención de aquellos efectos que la ley vincula a otro acto procesal (LEONE, t. I p. 726).

853

Piénsese, por ejemplo, en la transmisión de la “notitia criminis”: una denuncia prohibida por mediar parentesco (art. 231 CPP) o inadmisibile (la denuncia anónima art. 230 CPP) podrá ser nula como denuncia, pero de todos modos constituirá un medio eficaz de transmitir la “notitia criminis”, que podrá dar lugar a una investigación preliminar, cuyo resultado, prescindiendo de la denuncia misma, permitirá fundar el requerimiento fiscal.

Además del efecto inmediato, consistente en la anulación del acto declarado nulo, la invalidez que éste provoca puede extenderse a otros actos típicamente perfectos, en virtud de la relación de dependencia o conexión que exista entre el acto ineficaz y el acto originariamente válido. La extensión de la ineficacia del acto viciado se produce, según este precepto, respecto de “todos los actos consecutivos que de él dependen o se relacionen estrechamente con el acto nulo”.

La primera de estas circunstancias se produce cuando el acto viciado es presupuesto procesal de otros que le suceden en el proceso. Es la relación que existe, por ejemplo, entre el requerimiento fiscal, la convocatoria a la audiencia inicial y la

orden de apertura de la instrucción. Es claro que si el requerimiento fiscal es nulo, las actuaciones subsiguientes también habrán quedado privadas de eficacia.

Más complejo es el supuesto en que el acto nulo es presupuesto material de otros subsiguientes y válidos. Tal es lo que ocurre en materia probatoria con el efecto reflejo o extensivo de las pruebas ilícitas (“teoría de los frutos del árbol envenenado”) que, según hemos señalado, exige atender no sólo a la existencia de una relación de dependencia fáctica, causal o material, sino también de antijuridicidad o ilicitud entre el acto originario ilícito y el derivado lícito.

La segunda circunstancia hace referencia a la extensión de los efectos de la nulidad por razones de conexidad. A diferencia de los anteriores, se tratará de actos anteriores o coetáneos al acto nulo, pero cuya ineficacia también ha de ser declarada por estar integrados en la secuencia del acto defectuoso, hasta el punto de formar una “unidad conceptual” que unifica los diversos actos plurales. Es lo que sucede, según han puesto de manifiesto NUÑEZ y CLARÍA OLMEDO, en los dos casos siguientes: la nulidad de una notificación para una audiencia, que necesariamente provoca la nulidad de las notificaciones no defectuosas realizadas a las otras partes, al exigirse una convocatoria común; o la nulidad de la sentencia en los casos que exija la repetición del juicio ante el tribunal de reenvío.

854

Cabe señalar, por último, que según este precepto “declarada la nulidad se ordenará la reposición o ratificación” de los actos anulados.

La reposición es el efecto inmediato de la anulación, pues consiste en la renovación o rectificación del acto anulado, que se sustituye por otro válido. Sin embargo, el acuerdo disponiendo la reposición se encuentra sujeto a que concurren dos condiciones: que resulte necesaria, pues sólo deberá ordenarse cuando la validez del proceso en su conjunto haga imposible prescindir del acto anulado; y que sea posible, pues existen actos irrepetibles, cuya reproducción resulta imposible por razones procesales y materiales.

De acuerdo con ello, siguiendo a CREUS, pueden distinguirse las tres clases de actos procesales siguientes en relación con la posibilidad de reposición: “actos cuya declaración de nulidad los elimina definitivamente del proceso por imposibilidad jurídica o material de renovarlos (ej. una declaración testimonial vertida en el debate por quien no podía ser convocado como testigo; una pericia, cuando para practicarla se agotó el material periciable ... etc); actos cuya declaración de nulidad los elimina del proceso, pero sin que ello impida sus sustitución pro otros que respondan al mismo tipo procesal que, por lo demás, será necesaria para regularizar aquél (ej. actos de acusación y defensa); y actos respecto de los cuales la misma declaración de nulidad, al eliminarlos del proceso, no hace otra cosa que “restablecer su regularidad”, por lo que no será

necesario renovarlos o rectificarlos (ej. sobreseimiento dictado durante el juicio por una causal no prevista)” (CREUS, p.106).

A ello se añade, en el precepto comentado, la “ratificación” del acto que, en opinión de ANTÓN BLANCO y MARCO COS, no es más que “la subsanación del acto nulo mediante la integración de lo realizado defectuosamente con la debida cumplimentación del requisito que en su día no se observó o se vulneró” (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, p.628).

Finalmente, llama la atención que este precepto no se refiera a la retroacción del procedimiento al momento procesal en el que se realizó el acto causante de la nulidad. Hemos de señalar que algunas legislaciones, como el Código Procesal Italiano, excluyen absolutamente esta posibilidad cuando la nulidad afecta a los actos de prueba. Sin embargo, entendemos que la regresión en el proceso no sólo debe ser considerada posible, sino que en muchos casos resultará necesaria para hacer posible la reposición del acto. Aunque, eso sí, con una importante limitación que no se puede pasar por alto: que la nulidad de un acto de prueba no puede determinar el retroceso del proceso a una etapa ya precluida, como la reapertura de una instrucción clausurada (CREUS, p.107).

228

855

SUBSANACIÓN DE NULIDADES RELATIVAS

Las nulidades relativas quedarán subsanadas;

- 1) Cuando las partes no las opongan oportunamente;**
- 2) Cuando quienes tengan derecho a oponerlas hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto; y,**
- 3) Si no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin con respecto a todos los interesados.**

I. CONCORDANCIAS

- Ver concordancias del art. 223

II. COMENTARIO

La posibilidad de subsanación es la característica fundamental, en la que se inspira la regulación de las nulidades relativas. Esto explica que el Código Procesal establezca plazos para denunciar la nulidad (art. 226 CPP), a cuyo vencimiento ya no puedan ser

alegadas (art. 228.1 CPP). La caducidad para denunciar la nulidad se convierte, de este modo, en un supuesto de subsanación, al que se agregan el consentimiento del acto viciado por el titular de la facultad para oponer la nulidad (art. 228.2 CPP) y la consecución de los fines del acto, pese a su irregularidad formal (art. 228.3 CPP).

A) Saneamiento por caducidad

El saneamiento por caducidad de la acción para promover la declaración de nulidad es característico de los sistemas que configuran la nulidad como declarable, únicamente, a petición de parte. Por tanto, la parte que pretenda hacer valer un motivo de nulidad, deberá instarla en los motivos establecidos perentoriamente en el art. 226 CPP, pues si no lo hace, si deja transcurrir pasivamente el momento establecido para promover el incidente de nulidad el vicio se subsana y, con posterioridad, ya no podrá hacerla valer.

La finalidad pretendida por el legislador es clara: “Se pretende en aras de la seguridad jurídica y de la pronta administración de justicia, que la nulidad que pueda llegar a declararse dañe lo menos posible al proceso y, para evitar que la alegación en una fase avanzada de la nulidad cometida en un momento inicial dé al traste con el procedimiento entero, se distribuye aquél en compartimentos estancos, con la consecuencia de que, según en que fase del procedimiento se haya realizado el acto viciado, podrá la nulidad oponerse en la misma o en otra específicamente determinada, pero en ninguna diferente” (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, p.631).

856

B) Consentimiento del acto viciado

También determina la subsanación del acto defectuoso, el consentimiento del acto viciado por la parte que está facultada para oponer la nulidad. La aceptación puede ser expresa o tácita. En este último caso, puede proceder tanto del cumplimiento de la carga que el acto impone, como de la realización de la actividad procesal subsiguiente, es decir, de la facultad a cuyo ejercicio el acto nulo estaba preordenado. Como hemos señalado, ésta es la forma más común de saneamiento de los actos de comunicación defectuosos.

La cuestión, sin embargo, es polémica cuando la parte, cuya citación se omitió o se realizó defectuosamente, comparece a la audiencia con el sólo fin de oponerse a la misma y solicitar su suspensión. En estos casos hay que distinguir dos supuestos: que la presencia del interesado tenga como único objetivo controlar el acto, en cuyo caso, por más defectos que existan en la citación, con su presencia se habrá cumplido el fin pretendido; y aquellos otros en que la citación también tiene por finalidad conceder a la parte un plazo suficiente para preparar su intervención, en cuyo caso que no se habría cumplido el fin, al haberse producido la citación incorrecta (CREUS, p.86).

C) El cumplimiento de la finalidad del acto

Es un principio doctrinal y legal, el que impide pedir o declarar la nulidad de un acto por defectos formales, cuando a pesar de ello el acto ha alcanzado el fin que la ley le asigna (VERGÉ, p.235), pues no puede concebirse la nulidad por la nulidad misma, que sólo supondría una declaración ineficacia sin utilidad alguna (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, p.633). Y, de acuerdo con CREUS, “el acto cumple su finalidad respecto de los interesados cuando, pese a sus irregularidades, no ha obstaculizado el ejercicio de sus facultades procesales” (CREUS, p.87).

Puede decirse, por tanto, que existe unanimidad en afirmar que la declaración de nulidad es improcedente cuando el acto ha cumplido su fin con respecto a todos los interesados, tal y como dispone el precepto comentado. La única discrepancia existente entre los autores se reduce a si realmente se trata de un motivo de subsanación (BERNALDO DE QUIRÓS y RODRÍGUEZ) o se trata, más bien, de un presupuesto para la declaración de nulidad (CREUS y CLARÍA OLMEDO).

En realidad, lo que sucede en estos casos es que el defecto, por su escasa trascendencia, queda convertido en una mera irregularidad procesal, que carece de capacidad suficiente para provocar la nulidad, por lo que tal supuesto, en realidad, debe ser tratado como un supuesto de imposibilidad de declarar la nulidad.

LIBRO SEGUNDO

PROCEDIMIENTO COMÚN

TÍTULO I

INSTRUCCIÓN

CAPÍTULO I

ACTOS INICIALES

229

DENUNCIA

858 La persona que presenciare la perpetración de cualquier delito de acción pública, está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento de la Fiscalía General de la República, la policía o el Juez de Paz inmediato. Si el conocimiento se originare en noticias o informes, la denuncia será potestativa.

Si se trata de un delito que depende de instancia particular, no se puede proceder sin ella, salvo los actos urgentes de investigación.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 26, 28, 95, 100, 232, 233, 234, 235 y 237

II. COMENTARIO

A) Concepto y naturaleza

La denuncia es la forma ordinaria de iniciación del proceso penal, el medio mediante el cual se informa de la realización de un hecho delictivo, más bien de la sospecha de su comisión, a la autoridad encargada de promover su persecución. A partir de su formulación, es decir, tan pronto existe la sospecha inicial de que se ha producido un hecho penal perseguible, surge la obligación de practicar las primeras diligencias de investigación encaminadas a la comprobación del delito y a la averiguación de su autor.

La denuncia es, por tanto, el acto procesal que de ordinario da lugar al inicio del proceso penal. Sin embargo, aparte de la denuncia, también es posible que el procedimiento preliminar se ponga en marcha a causa de una constatación policial, pues no debe olvidarse que los fiscales y los funcionarios de la policía están obligados, conforme a los principios de legalidad e investigación de oficio, a intervenir siempre que tengan conocimiento, en el ejercicio de sus funciones, de la existencia de indicios de la comisión de un delito.

No obstante, en la mayoría de los casos, los indicios fácticos requeridos para iniciar la investigación preliminar se dan a conocer a las autoridades encargadas de la persecución penal a través de la denuncia. Por esta razón, la doctrina se ha encargado de destacar la función de transmisión de la “notitia criminis” en que la denuncia consiste, a lo que se añade la incorporación de determinados elementos volitivos cuando se refiere a un delito sólo perseguible a instancia particular.

De acuerdo con ello, la denuncia, sintéticamente, se define como “una declaración de conocimiento y, en su caso, de voluntad por la que se transmite a un órgano judicial, Ministerio fiscal o autoridad con funciones de policía judicial la noticia de un hecho constitutivo de delito” (GIMENO SENDRA, 1999, p.290).

Así pues, el núcleo esencial de la denuncia consiste en la función que se le atribuye de transmisión de conocimiento a la autoridad competente de un hecho que, “prima facie”, constituye una infracción penal. A ello se une, un aspecto residual, pero no por ello menos importante, la incorporación de determinados “elementos volitivos” en la persecución del hecho punible cuando se trata de un delito sólo perseguible previa instancia particular.

859

No obstante, hay que resaltar que la incorporación de dichos elementos volitivos no transforma la naturaleza de la denuncia como simple acto de transmisión de conocimiento en efectivo ejercicio de la acción penal, sólo ejercitable mediante querrela (arts. 95 y 106 CPP).

Por tanto, debe quedar claro que la denuncia en ningún caso implica el ejercicio de la acción penal por quien la interpone. Es tan solo un acto de transmisión de conocimiento que, como regla general, provocará el acto promotor de la acción penal. A diferencia de la querrela, la denuncia entraña, únicamente, una mera declaración de conocimiento, consistente en la transmisión de la “notitia criminis” a una autoridad encargada de promover la persecución del hecho delictivo. En efecto, mientras que en el caso de la denuncia se trata de una mera sugerencia a los órganos encargados de la persecución que desencadena, en su caso, la obligación de perseguir, la querrela penal incorpora la manifestación de un interés privado en la persecución y, como consecuencia de ello, la constitución como parte en el proceso que se desencadena a consecuencia de su admisión.

B) Obligación de denunciar: testigos presenciales y de referencia

La regulación legal responde a la idea de que tratándose de un delito público toda persona que tenga conocimiento de un hecho punible tiene obligación de ponerlo en conocimiento de la autoridad. La formulación de la denuncia se configura como la realización de un deber que se justifica por el carácter público de los intereses en juego en materia penal, fundamentalmente, mantener el orden jurídico y evitar la impunidad de los delitos y de los delincuentes. Por ello, como establece el precepto, toda persona que haya presenciado la comisión de un delito está obligado a denunciarlo y, como después veremos, a declarar como testigo sobre lo realmente observado. De este modo, el deber legal de denunciar se complementa con el deber legal de testificar, del que ni tan siquiera se excusa al denunciante que deduce querrela (art. 100 CPP).

860

Por lo tanto, como regla general, denunciante será la persona que es testigo directo de la comisión del hecho punible y el destinatario de la denuncia el órgano público encargado de la prevención e investigación de los delitos. En tales casos, la denuncia se configura como una auténtica obligación legal. Ahora bien, para que surja el deber de denunciar es necesaria la inmediatez temporal y espacial entre el hecho objeto de denuncia y el sujeto obligado a formularla, inmediatez que se da tanto cuando el particular ha presenciado su comisión o su resultado, como cuando llega a conocer la producción del delito. Como señala TORRES ROSELL, “para que surja el deber de denunciar es necesaria la cercanía temporal y especial entre el objeto y el sujeto; inmediatez que se da tanto cuando el particular presencia la comisión o el resultado como cuando percibe su comisión a través de otro sentido. El denunciante “percibe” el hecho aparentemente delictivo (...) cuando presencia una situación o circunstancia o conoce un dato referido a un hecho anterior y del que presume tintes de criminalidad” (TORRES ROSELL, 1991, p.71).

Pero también puede ser denunciante el testigo indirecto, es decir, aquél que ha tenido conocimiento del hecho delictivo en virtud de noticias o informes. En este caso, a diferencia de lo que sucede con el testigo presencial, no existe obligación de denunciar, salvo que el denunciante esté obligado a hacerlo por virtud de su cargo, profesión u oficio (art. 232.1 y 2 CPP), pues excepción hecha de estos concretos supuestos, el ciudadano no puede ser constreñido a denunciar los hechos punibles de los que sólo ha tenido conocimiento en virtud de simples referencias.

Distinto es el deber de denunciar el propósito de cometer una acción punible. En este caso, la obligación de denunciar no se extiende al hecho punible realizado, sino al conocimiento de que se está planeando la comisión de un hecho delictivo; en tales casos, en el marco del art. 309 CP existe el deber jurídico de denunciar ante el amenazado o ante las autoridades, si bien limitado a ciertos delitos graves: delitos contra la vida o la integridad personal, libertad individual o sexual.

C) Sujetos de la denuncia: denunciante, denunciado y destinatario

Denunciante puede serlo cualquier persona, naturalmente persona física, que tenga conocimiento de la realización de un delito, bien por percepción directa o indirecta. La formulación de la denuncia no precisa requisitos especiales de capacidad, basta la capacidad natural para adquirir conocimiento del hecho y comprender su significación delictiva, de tal modo que todas las personas físicas, que no sufran alteraciones o deficiencias que le impidan realizar alguna de las actividades cognitivas descritas, tienen capacidad para denunciar. Cuestión distinta es que cuando la denuncia incorpora ciertos elementos volitivos, como sucede en los delitos sólo perseguibles a instancia particular, la falta de capacidad de obrar del ofendido haya de ser completada por su representante legal (art. 26 CPP).

Más discutible es si también pueden ser denunciante las personas jurídicas, que sólo pueden denunciar los hechos delictivos, especialmente de los que sean ofendidas, a través de su representante legal (art. 232.3 CPP). Resulta lógico que se imponga esta exigencia, pues si se reconociera a la persona jurídica la facultad de denunciar, por sí misma, nunca se le podría exigir responsabilidad en caso de que la denuncia resultase falsa. A ello se añade un dato esencial, su falta de aptitud natural para la observación, valoración jurídico-penal y transmisión del conocimiento que resulta esencial para reconocer capacidad para denunciar.

861

La denuncia, a diferencia de la querrela (art. 96.2 CPP), no tiene por qué dirigirse contra una persona determinada, que bien puede suceder no sea conocida por quien la formula. Es más, la denuncia ni tan siquiera atribuye la condición de imputado. Precisamente, uno de los fines principales de las diligencias de investigación que se realizan tras la presentación de la denuncia es la determinación de la persona a quien imputar la realización del hecho delictivo. A pesar de ello, resulta claro que si el denunciante conoce la identidad del denunciado deberá proceder a su identificación.

Destinatario de la denuncia lo es el Ministerio fiscal, un funcionario de policía y, excepcionalmente, el órgano judicial. Lo importante es que tan pronto se presenta surge la obligación de proceder a su comprobación, salvo que sea manifiestamente infundada, es decir, que el hecho denunciado resulte manifiestamente falso o no sea constitutivo de delito, en cuyo caso el Ministerio fiscal deberá instar su desestimación (art. 249 CPP).

Esta función de comprobación corresponde realizarla al Ministerio fiscal, que en nuestro sistema actúa como el auténtico dueño del procedimiento preliminar. En efecto, desde su inicio, el procedimiento preliminar está concebido para terminar con una decisión del Ministerio fiscal sobre si va a ejercer la acusación formulando el correspondiente requerimiento fiscal. A causa de ello, no es extraño que si la denuncia

no es recibida directamente por la fiscalía surja en el destinatario de la denuncia, funcionario de policía o Juez de Paz, una obligación de comunicarla a la fiscalía.

D) Delitos perseguibles previa instancia particular y delitos de acción privada

Hasta ahora se ha expuesto el régimen general que rige en la persecución de los delitos públicos. Tratándose de los delitos privados, es decir, los perseguibles previa instancia particular (art. 26 CPP), existe una importante particularidad. La persecución del delito se encuentra condicionada a la existencia de un acto de parte, la denuncia privada, que ya no es únicamente el medio de hacer llegar la “notitia criminis” a la autoridad encargada de su persecución, sino que, además, incorpora una auténtica manifestación de voluntad del ofendido de que se persiga la infracción.

En suma, la denuncia privada añade a la declaración de conocimiento, en que consiste la transmisión de la “notitia criminis”, un elemento volitivo dirigido a promover la persecución del hecho punible. En tales casos, el sujeto pasivo de la infracción tiene un auténtico derecho a disponer sobre la incoación del proceso y, como consecuencia de ello, ni existe obligación de denunciar ni se puede proceder sin la existencia de la denuncia, a salvo, claro está, de las actuaciones urgentes e inaplazables encaminadas a asegurar las fuentes de prueba.

862

En la doctrina se configura la exigencia de denuncia previa del ofendido por el delito como una “condición objetiva de procedibilidad” (GÓMEZ ORBANEJA, p.150) o como un supuesto de “no perseguibilidad del delito”, vinculado al derecho a la incoación del proceso que se establece a favor de la víctima (GIMENO, p.281). En cualquier caso, lo que sí resulta importante es determinar si el rigor de la regulación legal puede ser flexibilizado reconociendo efectos a la “denuncia tácita”, es decir, cuando el ofendido por el delito declara los hechos durante la instrucción o colabora de forma activa a su esclarecimiento y, en todo caso, no muestra reparo alguno a la prosecución del proceso. Siendo esto dudoso, lo que sí cabe estimar es que la falta de denuncia es un defecto subsanable (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, p.587), si bien de no producirse la subsanación podrá alegarse como excepción (art. 277. 2 CPP).

Existe un tercer grupo de delitos perseguibles, únicamente, en virtud de acción privada (art. 28 CPP). La persecución de estos delitos se caracteriza porque la persecución corresponde, exclusivamente, a los particulares ofendidos por el delito mediante la formulación de querrela, es decir, una denuncia a la que se suma una instancia o solicitud de constitución como parte procesal. Sus efectos son los mismos que los de la denuncia, pues una vez interpuesta obliga a los órganos encargados de la persecución penal a la investigación de los hechos denunciados.

De entre las muchas diferencias que existen entre el acto procesal de denuncia y el de querrela destaca sobre todo que mediante la querrela el querellante no se limita a transmitir los hechos constitutivos de delito, sino que además ejercita la acción penal, convirtiéndose en parte acusadora (art. 95 CPP). Por ello, la segunda gran diferencia es que si la denuncia, en un buen número de supuestos, constituye la manifestación de un deber frente al Estado, la querrela es siempre la manifestación del ejercicio de una facultad, de un derecho para los ciudadanos, especialmente para el ofendido por el delito, al que se le ofrece la posibilidad de intervenir el proceso mediante la formulación de la querrela.

E) Objeto de la denuncia: el hecho denunciado

Queda por señalar que el objeto de la denuncia es el hecho que reviste la apariencia de delito, no el delito mismo identificado en todos sus elementos. “El contenido de la denuncia no es el delito, al igual que tampoco éste es el objeto del proceso. El contenido de la denuncia y el objeto del proceso es el hecho y aparente y abstractamente delictivo. No el delito legalmente configurado, sino el hecho ilícito sancionado con una pena; con cualquier pena” (TORRES ROSELL, 1991, p.186). En realidad, la función que se desarrolla en el proceso se dirige a comprobar la existencia de delito, pero ésta es una función que realiza primero el Ministerio fiscal y, en última instancia, el juez, no al denunciante, que puede ser cualquier persona carente del conocimiento jurídico preciso para identificar el hecho como delito.

863

La denuncia, en suma, introduce en el proceso un hecho aparentemente delictivo, un hecho entendido como realidad histórica, a través del cual se concreta el objeto del proceso, debiendo existir, por tanto, la necesaria correlación entre el “hecho denunciado”, el “hecho investigado”, el “hecho que permite la apertura del juicio oral”, el “hecho objeto de acusación” y el “hecho objeto de la sentencia definitiva”.

F) La autodenuncia

Puede ocurrir, por último, que sea el propio denunciado quien formule la denuncia. Ciertamente, la “autodenuncia” no se encuentra contemplada en el Código Procesal, a pesar de lo cual ninguna dificultad existe para su admisión, aunque, bien entendido, la denuncia, en la que el denunciante se imputa a sí mismo la comisión del hecho, no constituye una auténtica denuncia, a pesar de que en la misma se incorpora una declaración de conocimiento realizada para transmitir la noticia de la comisión de un hecho delictivo.

En realidad, la denuncia requiere que el autor de la declaración sea una persona distinta al autor del hecho denunciado y, lógicamente, este requisito no se da en el supuesto de la “autodenuncia”. Mas esta particularidad no impide que pueda tratarse

como una denuncia, imponiendo al órgano público que la recibe la obligación de comprobar la realidad del hecho delictivo puesto en su conocimiento.

G) Efectos de la denuncia

La denuncia no tiene, por sí, eficacia procesal directa, puesto que ni atribuye la calidad de imputado ni determina la incoación del proceso penal. Sus efectos se condicionan a su estimación por la autoridad competente y sólo entonces se pueden atribuir ciertos efectos procesales a la denuncia, fundamentalmente un efecto informativo y un efecto propulsor (WASHINGTON ABALOS, p.203).

Un efecto informativo, en cuanto que a través de la denuncia se pone en conocimiento de la autoridad la perpetración de un hecho delictivo y, eventualmente, se informa de su autor.

Un efecto propulsor, en cuanto que la denuncia, si no es manifiestamente infundada, provoca como efecto inmediato una obligación de comprobación y en el Ministerio fiscal la obligación de promover la acción penal.

864 En cambio, la denuncia, por sí sola, carece de eficacia probatoria (TORRES ROSELL, p.309). Tan sólo si es ratificada por el denunciante, durante la celebración del juicio oral, puede atribuírsele un cierto efecto probatorio como fundamento de la condena del acusado, pero en este caso, la ratificación es una prueba más, una declaración testifical, por lo que se mantiene en todo su valor la afirmación inicial: la denuncia no tiene virtualidad probatoria, sin perjuicio de la que pueda otorgarse a la declaración realizada por el denunciante en el juicio oral. Se trata, por tanto, de actividades procesales distintas, no sólo por su respectiva finalidad, sino también por el distinto alcance y valor que se asigna a cada una de ellas en la formación del convencimiento del tribunal.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Delitos perseguibles previa instancia particular y de acción privada. Ocorre usualmente, que cuando se denuncia un delito de acción pública previa instancia particular y no se dice expresamente en la misma que se autoriza a la Fiscalía General de la República para que ejerza la acción penal (Art. 26 CCP), la defensa alega nulidad absoluta del proceso (Art. 224 No. 3 CCP). En estos casos, si el denunciante es la víctima hay que entender que esa denuncia del hecho criminal, es la que motiva precisamente la investigación, convirtiéndose en el requisito legal. Esto es así porque el que denuncia un hecho sufrido por él, lo que pide es que se investigue. Esta es *la denuncia como derecho* (ASENCIO MELLADO, año: 1998. p. 118). Si el que denuncia no es la víctima, habría que obtener de su parte esa autorización.

Características de la denuncia: Es sólo un acto de transmisión de conocimiento de hechos, hacia la autoridad prevista en la ley para recibirlos y que el denunciante aprecia como delictuosos, (*noticia criminis*); esa noticia ha de estar relacionada con la eventual comisión de un delito de acción pública propiamente o de acción pública previa instancia particular (Art. 19 CPP); para ser denunciante, no se requiere la calidad de víctima, puede ser cualquier ciudadano; no se requiere que el denunciante haya presenciado el delito, basta con que lo conozca; la autoridad receptora de la denuncia, debe estar autorizada por ley para recibirla, la Fiscalía General de la República, la Policía o el Juez de Paz.

Capacidad para Denunciar. Como se dijo, cuando el CPP utiliza el vocablo “persona”, quedan comprendidas las personas de existencia visible, las personas físicas, así como las de existencia ideal, las personas jurídicas. En cuanto a las personas físicas, atendiendo a la literalidad del CPP, no exige ninguna capacidad civil, procesal o de otra índole para denunciar un hecho penal. Sobre este aspecto, en doctrina (Rubianes: 1985, pp. 29 y 30, Tomo III) se dan dos interpretaciones: La primera, es que se requiere la capacidad civil, especialmente ser mayor de dieciocho años (Arts. 26, 1316, 1317 y 1318 CC); y la otra es la capacidad penal, (Art. 17 CP y Art. 2 de la Ley del Menor Infractor). En ambas opciones se toma como base la edad. Sin embargo, es difícil aplicarlas cuando el denunciante es una persona jurídica. En este caso lo recomendable es que el denunciante sea la persona física, aunque invoque la representación de un ente ideal. Ahora bien, desde el ámbito procesal estrictamente, el tema de la denuncia suele no tener trascendencia, pues, aunque sea un incapaz el que denuncie, tanto el policía, el Fiscal o el Juez de Paz, deben comenzar una investigación en virtud de sus propias facultades oficiosas, siempre que se trate de delitos de acción pública. Aunque debe tenerse sumo cuidado sobre esto, por las consecuencias de una denuncia calumniosa hacia el denunciado. Es decir que la relevancia del asunto puede surgir en el ámbito del Derecho Penal Material.

865

230

FORMA Y CONTENIDO

La denuncia podrá presentarse en forma escrita o verbal, personalmente o por mandatario con poder general.

La denuncia contendrá, en cuanto sea posible, la relación circunstanciada del hecho, con indicación de sus partícipes, perjudicados, testigos y demás elementos que puedan conducir al funcionario tanto a la comprobación del hecho punible, como a su calificación legal.

Cuando sea verbal, se hará constar en acta.

En ambos casos, el funcionario comprobará y dejará constancia de la identidad del denunciante.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 96.1

II. COMENTARIO

La denuncia no requiere de ningún requisito especial fuera de la transmisión de la “notitia criminis” y la identificación del denunciante. Consiguientemente, el acto de iniciación del proceso se rige por un principio antiformalista, que es congruente con la obligación general de denunciar los delitos que se conocen, pues difícilmente podría considerarse equitativo y proporcionado que el cumplimiento de este deber legal no estuviera acompañado de todas las facilidades imaginables en la formulación de la denuncia.

866

La denuncia podrá ser verbal o escrita, personal o por medio apoderado. De lo anterior resulta que, cuando la denuncia se hace de forma escrita, en forma personal o por medio de mandatario, el escrito deberá estar firmado por el denunciante o por el apoderado general que, además, debe justificar su representación. Si la denuncia es verbal, el órgano que la recibe la documentará en un acta de declaración que será firmada por el denunciante. En este último caso, al admitir la denuncia se dispondrá que se ratifique de inmediato, si no ha sido realizada por el propio denunciante.

Así pues, la forma de la denuncia abarca todas las formas posibles de transmitir la “notitia criminis”, pues ésta es su función primordial.

La denuncia puede hacerse por escrito o verbalmente. Puede presentarse en forma escrita, con los datos esenciales que se mencionan en este precepto, fundamentalmente la relación circunstanciada del hecho y la identidad del denunciante, que debe firmarla, identificándose a tal efecto por medio de documentos idóneos. Si se formula verbalmente, se formalizará en un acta de declaración que también será firmada por el denunciante.

La denuncia puede hacerse personalmente, a través del representante legal o por medio de mandatario. El representante legal y el mandatario pueden denunciar, por cuenta de su representado y mandante, respectivamente, en las formas ya señaladas, sin perjuicio de que sea llamado a declarar quien conocía originariamente el hecho, ya

que de él surge el contenido intelectual de la denuncia y no del representante o mandatario.

La denuncia, que habrá de ser firmada por el denunciante ante el funcionario que la recibe, deberá contener una descripción precisa, lo más detallada que sea posible, de las circunstancias en que se produjo el hecho, especialmente de aquellas que resulten indispensables para realizar su calificación legal. Con ello, queda cumplida la función esencial que se asigna a la denuncia, la puesta en conocimiento de los hechos y de las circunstancias en que se produjo, si son conocidas. En cambio, la identificación del denunciado, del perjudicado y de los testigos no resulta indispensable, más que si son conocidos por el denunciante.

Por tanto, cabe distinguir entre los requisitos referidos a la identificación del denunciante y la relación del hecho denunciado, cuyo cumplimiento resulta indispensable para que se le pueda dar curso, y los relativos al contenido de la denuncia, que no son exigidos inexcusablemente, sino “en cuanto sea posible”, como expresamente se establece en la norma (WASHINGTON ABALOS, p.201).

En todo caso, sí resulta esencial que la denuncia incorpore la descripción de un hecho que la ley repute delictivo. Es decir, lo que resulta esencial es el hecho que sirve de base a la calificación jurídica posterior, pues la denuncia consiste, precisamente, en la noticia de un hecho que la ley califica como delito. Sin embargo, la denuncia no exige elementos de valoración jurídica, porque es a los órganos destinatarios de la misma a quienes corresponde realizar esta tarea de calificación (WASHINGTON ABALOS, p.201).

867

Más preciso es el contenido que debe presentar la querrela. No se concibe en forma verbal y el escrito mediante el que se formula debe contener, según el art. 96.1 CPP, las siguientes menciones: las circunstancias del hecho delictivo por el que se deduce la querrela, es decir, debe expresar la relación de los hechos que le sirven de fundamento; la identificación de las personas contra las que se dirige; los elementos de prueba que se ofrecen para establecer la responsabilidad del querrellado: la identificación del querellante y, en su caso, de la persona o asociación que representa Y tratándose de asociaciones, la denominación o razón social y el nombre del representante legal.

Es claro, según establece el mismo precepto, que la ausencia de cualquiera de estos requisitos formales determina la inadmisión de la querrela, de no procederse a su subsanación.

A) La denuncia anónima

La ley exige que el autor de la denuncia sea siempre conocido, pues de lo contrario eludiría completamente la responsabilidad penal que se deriva de la presentación de una denuncia falsa, de donde se sigue que las presentadas anónimamente deban ser

radicalmente inadmitidas, sin que puedan producir como efecto la incoación de un proceso penal. Las denuncias anónimas, propias de los sistemas políticos autoritarios y, por lo tanto, incompatibles con los presupuestos del Estado de Derecho, han de ser radicalmente excluidas de la práctica forense.

El Código Procesal permite alcanzar esta conclusión, el rechazo de las denuncias anónimas, no sólo por cuanto habrán de estar firmadas por el denunciante, sino también al ordenar que el funcionario que reciba la denuncia, sea verbal o escrita, comprobará y dejará constancia de la identidad del denunciante. Por consiguiente, la denuncia requiere que su autor sea conocido, para que pueda tener eficacia como acto procesal. De donde se deriva que una denuncia formulada anónimamente no puede dar lugar a la incoación de un proceso penal ni a la realización de las actividades encaminadas a averiguar los hechos delictivos contenidos en tal clase de denuncias.

868 Cuestión distinta es si las informaciones contenidas en las denuncias anónimas, siendo verosímiles, autorizan a la policía a iniciar sus investigaciones, aunque nunca puedan ser aportadas al proceso como tales denuncias (MONTERO AROCA, 1994. pp.34 y 38). También en la jurisprudencia se observa una tendencia reputar lícitas las actuaciones de investigación de la policía judicial, realizadas a partir de denuncias anónimas: “La policía puede iniciar sus investigaciones en virtud de cualquier dato o noticia que haya llegado a su conocimiento, practicando aquellas pesquisas necesarias para verificar la fiabilidad y certeza de las pistas facilitadas. Todo ello tiene lugar fuera del proceso y antes de que se inicien las actuaciones judiciales sin que ello suponga obstáculo alguno para su intervención preventiva” (STS es 3 marzo 1995) En idéntico sentido, ROXIN: “En principio, las autoridades de la persecución penal deben tratar de aclarar toda denuncia. En especial, también deben ser consideradas las denuncias anónimas, aunque aquí es necesario un especial cuidado. Asimismo, en general está permitida la promesa de tratar confidencialmente una denuncia; para ello es competente la fiscalía” (ROXIN, 2000, p.328)

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

En cuanto a la forma o modo de recibir la noticia del delito, la podemos clasificar en formales e informales. Entre las vías informales, tenemos por ejemplo la comunicación telefónica o escrita sin individualizar quien la realiza, muy utilizada en los delitos de narcotráfico y de crimen organizado. Otras son informaciones periodísticas (escritos, radiales, televisivos, etc.) y conversaciones entre terceros que llegan a conocimiento de la autoridad facultada. Y las formales son precisamente la denuncia o la querrela. La denuncia formal debe presentarse por escrito o verbalmente. Es importante precisar que cuando se haga por la vía escrita esté firmada por el denunciante o su apoderado. Si no puede firmar por ser ciego o analfabeta, impedido físicamente o manco, debe firmarla a ruego una persona de su confianza, mientras el denunciante dejará la impresión

digital del pulgar derecho u otro en su defecto. Ello en aplicación de las reglas generales de las actas y actos judiciales (Arts. 123 y 124 CPP).

También tiene suma importancia la identificación del denunciante a través de su documento de identidad (Documento Único de Identidad), o cualquier otro documento con fotografía extendido por autoridad legal y competente (Pasaporte, Licencia de Conducir Automotores, etc.), no la Cédula de Identidad Personal, por haber sido derogada la ley que la regulaba como documento de identidad. Lo que ocurre frecuentemente es que el denunciante no porta consigo o no ha obtenido el documento que le identifique e individualice (DUI), y no tiene otro documento con el que acredite esas circunstancias. Al receptor de la denuncia se le dificulta cumplir con el requisito legal. Sin embargo, debe recibirse la información siempre por escrito, levantarse un acta para dejar constancia del hecho, partícipes, víctimas y los demás elementos que señala la norma para toda denuncia, aunque ésta tendría el carácter de informal, debiendo la autoridad receptora proceder a realizar una investigación a fin de corroborar la información. Son válidas estas maneras “anormales” de denunciar, pues, persiguen un fin solidario con la víctima y además, sirven para lograr que hechos muy complejos y graves no queden impunes, es decir, ayudan a la administración de justicia. Por lo tanto, son necesarias en un sistema procesal penal como el salvadoreño.

Con relación al contenido de la denuncia escrita es normal, que la Policía o la Fiscalía General de la República, hagan comparecer al denunciante cuando es víctima o damnificado por el delito, para que ratifique dicho contenido o dé más información en atención a las necesidades de la investigación. Además, para completar requisitos formales y de fondo. Cuando la víctima es la que denuncia, en cualquiera de las sedes se levanta un acta que contiene generalmente los requisitos legales y se aprovecha a la vez para entrevistarla a fin de obtener datos precisos de ella.

869

231

PROHIBICIÓN DE DENUNCIAR

No podrá denunciar el descendiente contra su ascendiente, éste contra aquél, el marido contra la mujer o viceversa, hermanos contra hermanos, adoptante contra el adoptado o viceversa y el compañero de vida contra su conviviente.

Esta prohibición no comprenderá la denuncia por delito cometido contra el denunciante o contra personas que legalmente represente o cuyo parentesco con él sea igual o más próximo que el que lo liga con el denunciado.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 32
- CPP, 186

II. COMENTARIO

La obligación genérica de denunciar, que se impone a todo testigo presencial de los delitos públicos, desaparece cuando entre denunciante y denunciado existe una determinada relación de parentesco. Hemos visto que la ley impone, con carácter general, la obligación de denunciar los delitos públicos, y este precepto prevé la hipótesis contraria.

Como inmediatamente veremos, la ley impone a determinados sujetos, en determinadas circunstancias, una obligación específica de denunciar los hechos delictivos conocidos en el ejercicio de determinadas actividades. A causa de ello, es imaginable la hipótesis de colisión entre ambos deberes. En tal caso, deberán tenerse en cuenta los intereses tutelados por cada una de las normas, por un lado, el interés general de la sociedad en la persecución eficaz de los hechos delictivos y, por otro, el interés privado en la conveniencia de respetar los vínculos familiares. En tal situación de conflicto, debe prevalecer la prohibición de denunciar frente a la obligación de hacerlo, pues el interés familiar debe ser considerado preeminente frente al interés social de la persecución del delito.

870

En suma, el fundamento de esta prohibición se encuentra en los vínculos de solidaridad y concordia familiar que el ordenamiento tradicionalmente ha tratado de preservar, impidiendo el ejercicio de acciones penales entre familiares próximos. La necesidad de preservar los vínculos familiares de solidaridad constituye, además, una obligación constitucional del Estado (art. 32 Cn) y, en tal sentido, puede decirse que la prohibición contenida en este precepto no es más que la concreción de aquélla obligación constitucional.

Idéntica excepción se consagra para la declaración como testigo (art. 186 CPP), lo cual resulta lógico si se tiene en cuenta que en ambos casos se trata de incorporar al proceso una declaración de conocimiento que puede perjudicar a una persona unida al testigo o al denunciante por vínculos de parentesco, perturbando los intereses comunes que se presumen existentes entre los parientes.

Por ello, la ley, atendiendo a la protección de los intereses de la familia, prohíbe formular denuncia contra el cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano; y es de tal importancia esta prohibición que, si a pesar de la prohibición legal, se formulara la denuncia contra ellos, la consecuencia sería la nulidad, dejando la denuncia de producir

los efectos que le son propios y provocando, a su vez, la nulidad de los actos que son consecuencia de la misma.

Tal prohibición, sin embargo, no comprende la denuncia por delito cometido contra el denunciante o contra la persona que legalmente represente, cuyo parentesco con él sea igual o más próximo que el que lo liga con el denunciado. Es lógico, en tales casos la prohibición ya no tiene razón de ser, hasta el punto de que es la protección familiar en estos casos la que impone la denuncia. No obstante, todavía en estos casos subsiste la facultad de abstenerse de declarar consagrada en el art. 186 CPP, por lo que debe entenderse que cuando el denunciante es el ofendido por el delito y el denunciado es alguno de los parientes designados en este precepto, la obligación de denunciar se transmuta en la facultad de hacerlo, que se corresponde con la facultad de disponer de su propia declaración testifical.

En tales casos surge la duda de si quien primero ha denunciado puede después ampararse en la facultad que le reconoce el art. 186 CPP para abstenerse de declarar como testigo. En tales supuestos debe decaer esta última facultad, por cuanto tal actitud produce una desviación de la finalidad pretendida por la norma, cual es proteger los lazos familiares y de afecto, en definitiva el derecho a la intimidad o “vida familiar”, los cuales ya se han visto alterados por la voluntaria presentación de la denuncia (GIMENO SENDRA, 1999, p.293).

871

Además, de admitirse la solución contraria resultaría vulnerado el derecho a la inviolabilidad de la defensa en juicio, que asiste al denunciado, que no tendría ocasión de interrogar a quien la denunció. Así lo ha venido a reconocer el TEDH en dos casos, Unterpertinger y Asch (SSTEDH 24 noviembre 1986 y 26 abril 1991), en los que examinó, desde la óptica del art. 6.3 d) CEDH, derecho a la prueba y a la defensa, la eficacia otorgada a la denuncia presentada por un cónyuge, que se negó a declarar como testigo en el juicio oral, como fundamento de la sentencia condenatoria.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Puede considerarse problemático cuando a pesar de la prohibición de denunciar, por cualquier motivo (desconocimiento de la norma, por problemas familiares serios y se aproveche de ello el denunciante, por un interés exagerado de la autoridad al querer perseguir el delito a todo costa), se formula y recibe se denuncia. La cuestión es si tal situación provocaría automáticamente anular el proceso, pues todo lo investigado después, resulta de ella. Aquí hay que ser muy crítico y a la vez cuidadosos. Las nulidades tienen entre sus características la taxatividad y la especificidad; es decir, deben estar previstas en la norma. Si no lo están para el acto, éste no tiene por que ser nulo. El artículo 231 CPP, no prevé sanción procesal para el caso de incumplirse. Otra opinión, es que el recibir una denuncia, habiendo prohibición expresa de hacerlo, el acto como tal es nulo y de ningún valor (Art. 10 CC) y por tanto, está demás incorporar a la

descripción del tipo procesal la sanción, si de antemano el legislador lo prohíbe (Art. 1 y 224.6 CPP). Para evitar que el proceso nazca viciado por esta circunstancia, es necesario que el receptor de la denuncia, sea éste la Policía, la Fiscalía o el Juez de Paz, expliquen al denunciante esas prohibiciones, así como sus consecuencias.

232

OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR. EXCEPCIÓN

Tendrán obligación de denunciar los delitos de acción pública:

1) Los funcionarios que los conozcan en el ejercicio de sus funciones. También deberán denunciar los delitos oficiales cometidos por funcionarios o empleados que les estén subordinados y si no lo hicieren oportunamente, incurrirán en responsabilidad penal;

2) Los médicos, farmacéuticos, enfermeros y demás personas que ejerzan profesiones relacionadas con la salud, que conozcan esos hechos al prestar los auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté bajo el amparo del secreto profesional; y,

872

3) Las personas que por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tengan a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o control de bienes o intereses de una institución, entidad o persona, respecto de delito cometido en perjuicio de ésta o de la masa o patrimonio puesto bajo su cargo o control, siempre que conozca el hecho con motivo del ejercicio de sus funciones, salvo que se trate de delitos que no afecten gravemente los bienes.

En todos estos casos, la denuncia no es obligatoria si razonablemente arriesga la persecución penal propia, del cónyuge o de ascendientes, descendientes, hermanos o del compañero de vida o conviviente.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12 y 32
- CPP, 187
- CPP, 311 y 312

II. COMENTARIO

Al igual que existen personas que están impedidas legalmente de denunciar, existen otras que, por razón del cargo o profesión que ejercen, están obligadas a hacerlo respecto

de los hechos delictivos que conocen en el ejercicio de tales actividades. Para ellos, la denuncia es obligatoria aunque su conocimiento del delito venga dado por simples referencias o informes, es decir, aunque no haya sido testigo presencial de su realización.

A) Obligación de denunciar: funcionarios

Se trata, en primer lugar, de los funcionarios que están obligados a denunciar los delitos de que conocen en el ejercicio de sus funciones públicas. Ya no se trata de un simple ciudadano que pueda ser excusado de denunciar los hechos de los que no tiene conocimiento directo, sino de un ciudadano que desempeña una función al servicio de los intereses públicos y, por ello, su responsabilidad para con la comunidad es mayor. El delito que se exige denunciar es el que se conoce en calidad de funcionario, es decir, en razón de la naturaleza de la función, que no sólo impone el deber denunciar, sino también el de perseguir los delitos en el caso concreto. Por ello, el precepto aclara algo que, por lo demás, resulta obvio: la obligación de denunciar se extiende a los delitos oficiales cometidos por sus subordinados.

Ahora bien, debe quedar claro que si el delito se conoce fuera del ejercicio de la función, la obligación de denunciar se transforma en facultad, salvo que el funcionario haya sido testigo presencial del delito conforme a lo establecido en el art. 229 CPP. No obstante, en ciertos casos la propia naturaleza de la función impone no sólo el deber de denunciar, sino el de actuar en el caso concreto. Tal es el supuesto de la fiscalía y de la policía, que no sólo están obligados a denunciar el hecho, sino fundamentalmente a iniciar el procedimiento de investigación, realizando por ellos mismos las investigaciones. Por tanto, respecto de tales funcionarios resulta impropio de hablar de un específico “deber de denunciar”; existe un deber genérico de promover la persecución del hecho delictivo, que si se omite provoca la comisión de un delito (art. 311 CP).

873

B) Obligación de denunciar: profesionales de la salud

En segundo lugar, los médicos, cirujanos, farmacéuticos, enfermeros y demás personas que ejerzan una profesión directamente vinculada con la protección de la salud. Evidentemente, en ciertos delitos, los de sangre o abuso sexual principalmente, estos profesionales son los primeros en obtener la versión sobre la forma en que se han producido los hechos, al ser llamados a prestar servicios asistenciales al agredido. El cumplimiento de los deberes profesionales de asistencia no resulta incompatible con la obligación legal de comunicar la “notitia criminis” a las autoridades encargadas de su persecución. En efecto, el cumplimiento de este deber no contradice los principios éticos que rigen la asistencia a las personas que auxilian. Además, la denuncia de los hechos delictivos coadyuva a que los mismos no queden impunes y a evitar el recurso a la venganza privada (ESCALANTE SARAVIA, 2000, p.641)

La única excepción que cabría reconocer a tal obligación es la que deriva de la correlativa obligación de respetar el secreto profesional. Sin embargo, en el sentir mayoritario de la doctrina, el deber de respetar el secreto puede oponerse en relación con otros extremos relativos a la asistencia médica, pero nunca en relación con la obligación de denunciar el delito público que conozcan con ocasión de prestar dicha asistencia. A idéntica solución llega WASHINGTON ABALOS, para quien hay que entender que dentro del deber de guardar el secreto profesional se comprende, únicamente, el supuesto de que la persona atendida hubiese confiado al profesional ser el autor del delito, con lo que la obligación legal de denunciar quedaría reducida a aquellos casos en que el paciente es víctima del delito (WASHINGTON ABALOS, p.207).

Además, debe recordarse que, en ambos supuestos, de la omisión del deber de denuncia nace responsabilidad penal tanto para el funcionario público que tenga conocimiento, en el ejercicio de sus funciones de la perpetración de un hecho punible, y omita dar aviso en el plazo de veinticuatro horas, como para el médico o facultativo que no informe del ingreso en un centro hospitalario de una persona lesionada, en las ocho horas siguientes a haberse producido el ingreso (art. 312 CP).

C) Obligación de denunciar: administradores de las personas jurídicas

874 En el apartado tercero de este precepto se incluyen todas aquellas personas encargadas de la administración, cuidado o control de bienes o intereses de una persona jurídica, entidad o institución. También estas personas están obligadas a denunciar los delitos cometidos en perjuicio de la persona o institución de cuya administración se encuentren encargadas, siempre, claro está, que tengan conocimiento de los hechos delictivos con ocasión o en el ejercicio de tales funciones. No obstante, en perfecta armonía con el principio de mínima intervención tal obligación no existe cuando las acciones delictivas no afectan gravemente a los bienes de la persona o institución.

D) Excepciones

Incluso en estos tres casos, la denuncia pierde el carácter de obligatoria cuando con la misma se arriesga, razonablemente, la persecución penal propia o de los parientes más próximos. Este régimen excepcional es consecuencia de la salvaguarda de dos principios constitucionales que, de otra forma, se verían afectados: el privilegio frente a la autoincriminación (art. 12.2 Cn) y la protección familiar a cargo del Estado (art. 32 Cn).

Llama la atención que entre las excepciones al deber de denunciar no se hayan incluido los diversos supuestos que se vinculan a la obligación de respetar el secreto profesional, singularmente, el de los abogados, que deben entenderse facultados para no revelar las noticias que confidencialmente, y con relación a su defensa, les comuniquen sus defendidos. De otro modo, el mismo derecho de defensa y con él los

intereses de una buena administración de justicia resultarían comprometidos. En todo caso, la consagración de un deber legal de abstenerse de prestar testimonio (art. 187 CPP), salvo cuando sean liberados por el interesado, permite sostener que en estos supuestos también se excepciona el deber de denunciar.

Es obvio, la relación de confianza que se establece con el abogado quedaría irremisiblemente rota si éste tuviera el deber de denunciar a su propio cliente. En este sentido cabe considerar que el deber de secreto alcanza no sólo a los hechos conocidos por confidencias del cliente, sino también a los constatados por el profesional, según se deduce del art. 187 CP, en el que se incrimina la divulgación de los secretos conocidos en el ejercicio de su profesión.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

A los que se dedican al arte de curar, los médicos, farmacéuticos, enfermeros y demás personas que ejercen profesiones relacionadas con la salud se les impone la obligación de denunciar los hechos que conozcan a raíz del auxilio que presten a las personas, cuando éstos sean producto de la comisión de un delito. Pero cuando el conocimiento se ha adquirido bajo el amparo del secreto profesional, no tienen obligación de denunciarlos y su revelación sin justa causa lo hace incurrir en la comisión de un delito (Art. 187 CP). El secreto profesional es la obligación que tiene el médico de guardar reserva de todo lo que se le haya manifestado en una consulta médica (YUNGANO-LÓPEZ: 1992. p 312). Es un deber para el médico y una garantía para el paciente. Es innegable, que al médico se le plantean ciertos conflictos ligados al secreto profesional, los que surgen de una colisión de deberes, como son la obligación de denunciar delitos frente al secreto profesional, pues la obligación de denunciar delitos nace del conocimiento que el médico tiene en razón de su profesión.

875

Al médico y a los otros que señala este artículo, se les presenta un dilema, la contradicción de incurrir en una acción criminal al no expresar lo que debió, o al denunciar lo que no debió. Depende de si consideramos el secreto profesional como absoluto o relativo, pero en última instancia, es el médico el que conoce el hecho. Su conciencia le dirá si debe callar o hablar (denunciar). Es el único que está en condiciones de pesar las razones y los intereses vinculantes a ese secreto, cuyo verdadero carácter o magnitud sólo él puede apreciar.

Ocurre a menudo, principalmente en las instituciones hospitalarias del Estado, donde son atendidas o auxiliadas diariamente una cantidad considerable de víctimas que han sufrido o participado en un hecho penal, que no obstante conocer el médico y el personal auxiliar esa circunstancia, no se denuncia a la autoridad correspondiente. Lo cual es entendible debido a que esos facultativos concentran su atención en la mejora de la salud del paciente, olvidando las obligaciones de índole legal. De ahí que el CP (Art. 312.2) impone al jefe o persona encargada del establecimiento, la obligación

de informar del ingreso de personas lesionadas a un centro hospitalario, clínica u otro establecimiento semejante, público o privado. Sin embargo, en muchos casos esa obligación no se cumple, por varios motivos, que pueden ser negligencia, desconocimiento de la norma e inclusive interés económico o de otra índole. Para evitar que muchos hechos criminales queden impunes, es importante que se divulgue en estos centros de asistencia médica, la obligación de denunciar o informar de los sucesos que conozcan, en los plazos previstos. Mejor aun si lo es de manera inmediata, porque el éxito de una investigación depende primordialmente de la diligencia con que se actúe.

876 Ha ocurrido, que la persona lesionada por arma de fuego es sometida de inmediato a una intervención quirúrgica y se le extraen proyectiles o restos de éstos, a los cuales se les da un destino inadecuado. No se protegen debidamente y se dificulta en juicio poder utilizarlos como prueba, por no existir una protección correcta de dicha evidencia. Es estos casos, es trascendental que se denuncie el hecho, o por lo menos que se dé el informe a la autoridad (policía o Fiscalía) a fin que realice las averiguaciones previas. Ese informe puede darse utilizando las vías o medios electrónicos actuales, que facilitan su transmisión inmediata. Es importante también, que se utilice un formulario sencillo que contenga la denuncia o informe, únicamente con datos esenciales, fácil de llenar para cualquier persona. Esto podrá ser usado en el proceso, como constancia del cumplimiento de la obligación impuesta al centro asistencial y obviamente como noticia del delito que motivó la investigación.

Otra utilidad que debe resaltarse como generada por la denuncia o informe del facultativo o sus auxiliares -o del jefe o encargado de un centro hospitalario, clínica o semejante, público o privado- es que permite al investigador (policía o fiscal) recoger información vital o de suma importancia que pueda brindar la persona que recibe la asistencia médica, e inclusive si se teme por su vida, anticipar su testimonio. De todo ello dependerá el éxito de la investigación y solución del caso.

233

RESPONSABILIDAD

El denunciante no será parte en el procedimiento ni incurrirá en responsabilidad alguna, excepto cuando las imputaciones sean falsas. Cuando la denuncia sea calificada por el juez o tribunal de temeraria o falsa, le impondrá al denunciante el pago de las costas.

I. CONCORDANCIAS

- CP, 303

II. COMENTARIO

Aclara este precepto dos aspectos fundamentales que, para el denunciante, se derivan de la interposición de la denuncia. En primer término, a diferencia de lo que sucede con el querellante, el denunciante no es parte en el proceso penal, pues la denuncia agota sus efectos al poner en conocimiento de la autoridad la perpetración del hecho delictivo.

Por ello, una vez formulada, la denuncia es irrevocable, es decir, no vale ninguna manifestación en contra dirigida a dejarla sin efecto, pues con su interposición se agota el poder dispositivo de voluntad que resulta de su promoción, hasta el punto de que las consecuencias derivadas de su interposición (inicio del proceso o desestimación) ya no dependen de la voluntad del denunciante. Naturalmente, es posible la retractación ulterior del denunciante, pero ello carece de efecto en relación con la actuación originaria que se agota en la mera interposición de la denuncia.

El denunciante, al denunciar el hecho delictivo se limita a cumplir un deber ciudadano y, consiguientemente, del cumplimiento de tal deber no puede derivarse otra responsabilidad que la que resulta de haber realizado, deliberadamente, una acusación calumniosa (art. 303 CP). Por ello, una denuncia penal efectuada de buena fe, que no sea imprudente, pero cuyo reproche no pueda demostrarse, no acarrea el derecho a indemnización, pues la difamación que ella implica está justificada (Roxin, p.327).

877

En suma, la ley protege las denuncias sinceras y las efectuadas de buena fe, por ello no puede sancionarse al denunciante que equivocadamente denuncie un hecho que, a su juicio, es delictivo, que relate algo que le pareció ser delito sin serlo. Pero si la denuncia se formuló imputando falsamente la comisión de un delito existe responsabilidad por la interposición de la falsa denuncia y el Ministerio fiscal necesariamente realizará el requerimiento fiscal respectivo.

Además, en este caso, se exigirá del denunciante el pago de las costas correspondientes.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Establece este artículo, que el denunciante como tal no es parte en el proceso penal, por lo que interpuesta la denuncia caduca su interés procesal. Por tanto, el resultado del proceso no le afecta, a no ser que a sabiendas denuncie hechos o

imputaciones falsas. Entonces la responsabilidad del denunciante, se traslada al ámbito penal, ya que será sometido él a un proceso penal por haber denunciado o imputado hechos falsos, pues esa conducta configura un hecho delictivo (Art. 303 CP). Es importante aclarar, que la responsabilidad penal del denunciante, está estrechamente relacionada con el resultado de los hechos por él denunciados. Esto significa que la autoridad receptora de la denuncia debe constatar y determinar que los hechos denunciados son falsos. Es decir, que debe existir una investigación sobre ese hecho y luego someterla al control jurisdiccional (Art. 238 y 247 CPP). Así las cosas, la autoridad administrativa no puede calificar la falsedad de los hechos o imputaciones. El Juez es el único que puede hacerlo. Lo que sí puede hacer el fiscal es que si luego de la denuncia y la investigación del caso no logra individualizar al imputado, archivará el expediente (Art. 246 CPP), pero esa decisión no puede originar el delito de Denuncia o Acusación Calumniosa. En el proceso que se siga a raíz de la denuncia (calumniosa) –contra el autor del hecho a que ella se refiere, no contra el denunciante, por supuesto- y si el Juez en la decisión final la califica como temeraria o falsa, aunque el denunciante no sea parte le impondrá el pago de las costas (Art. 447 CPP). Estas costas, no deben confundirse con las que corresponderían al proceso por denuncia calumniosa.

878

234

DENUNCIA Y QUERRELLA ANTE LA POLICÍA

Cuando la denuncia o querrela sea presentada ante la policía, ésta actuará con arreglo a lo dispuesto en el capítulo siguiente, informando de su recibo a la Fiscalía General de la República y al Juez de Paz dentro de un plazo máximo de ocho horas.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 239, 240 y 241
- CPP, 288

II. COMENTARIO

Si la denuncia y la querrela son formuladas ante la policía judicial, ésta debe actuar de inmediato, realizando las actuaciones necesarias, por una parte, para impedir que el hecho delictivo produzca mayores consecuencias y, por otra, para asegurar los elementos de prueba.

Así pues, la policía judicial debe investigar, por su propia iniciativa, los delitos de acción pública (art. 239.1 CPP). Sin embargo, en los delitos de acción privada sólo puede intervenir por orden expresa del juez y de acuerdo con los términos de dicha orden. En cambio, en los delitos de acción pública previa instancia particular podrá intervenir, a prevención, para realizar los actos necesarios para la interrupción de la acción delictiva, auxiliar a la víctima y ejecutar los actos urgentes de investigación (art. 239. 2 CPP).

Por tanto, la actividad investigadora de la policía judicial se produce, de acuerdo con el principio de oficialidad, por su propia iniciativa, siempre que se trate de delitos públicos y tanto cuando los agentes presencian la comisión del hecho delictivo, como cuando reciben directamente la noticia de su perpetración, pues en este último caso no debe olvidarse que entre sus atribuciones se encuentra el recibir denuncias (art. 241.1 CPP).

Así pues, se reconocen a favor de la policía judicial facultades de investigación autónoma, facultándoles para realizar, por iniciativa propia, las actuaciones urgentes para comprobar los delitos y descubrir a sus autores, asegurando las personas sospechosas y las pruebas de la infracción. No debe olvidarse que, conforme al art. 288 CPP, la policía se encuentra facultada para detener a quien sorprenda en flagrante delito.

879

Por otra parte, si se tiene en cuenta que la policía actúa por delegación y bajo la dirección del Ministerio fiscal, siguiendo las instrucciones de éste y de la autoridad judicial (art. 240 CPP), resulta lógico que se establezca la obligación de informar de la interposición de la denuncia a la Fiscalía General de la República y al Juez de Paz, en un plazo máximo de ocho horas.

Excepcionalmente, en los delitos de acción privada, la policía judicial no puede intervenir por su propia iniciativa o por delegación del Ministerio fiscal. Sólo la autoridad judicial está facultada para ordenar la realización de las investigaciones y para concretar su alcance.

Por último, no se puede dejar de destacar que la actuación de la policial es siempre una actividad jurídica, regulada normativamente, lo que excluye cualquier posibilidad de considerar que sus poderes sean discrecionales.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La obligación que impone este artículo a la Policía, precisamente al policía a cuyo cargo está la investigación de un caso, de informar a la Fiscalía General de la República y al Juez de Paz competente, dentro del plazo de ocho horas, de la presentación de toda denuncia o querrela, ha dejado hace mucho tiempo de tener efectos prácticos,

principalmente con respecto al Juez de Paz. La razón aparenta ser simple y es que el Juez de Paz no hace nada con ese informe, y quizás sea cierta esa aseveración, pues no se conocen casos en que el informe haya sido útil. Por eso se dice que más bien implica gastos innecesarios de recursos. La razón del informe en realidad va más allá: el Juez de Paz, por disposición legal, controla no sólo la legalidad de los actos administrativos en cualquier investigación originada por un hecho penal, sino que es el responsable de velar porque a la persona sometida al proceso se le respeten todos sus derechos y garantía reconocidas en la Constitución y en las leyes (Arts. 11 y 12 Cn., 84, 87 CPP). Y además, porque puede estar presente en los actos de investigación inicial si fuere requerido o así lo dispusiese. Más en aquellos que implican anticipar la prueba o que tengan la calidad de urgente y se tema su pérdida (Arts. 238 y 270 CPP).

235

DENUNCIAS Y QUERRELLA ANTE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

REQUERIMIENTO

880

La Fiscalía General de la República, al recibir una denuncia, querrela o el informe de la policía, previsto en el artículo anterior, formulará requerimiento ante el juez de Paz en el plazo de setenta y dos horas, si el imputado se encuentra detenido y si no lo está, deberá realizar las diligencias de investigación necesarias para formular el requerimiento respectivo en el menor tiempo posible. (2)

(8)

Si el imputado se halla detenido, será puesto a disposición del Juez de Paz lo antes posible, dentro del plazo máximo de setenta y dos horas.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 247 y 248

II. COMENTARIO

Si la denuncia, la querrela o el informe policial, a que hace referencia el art. 243 CPP, es presentado ante la Fiscalía General de la República, ésta formulará el respectivo requerimiento fiscal ante el Juez de Paz en el plazo legalmente establecido.

La extensión del plazo varía según exista o no imputado detenido. Si existe imputado detenido, el fiscal debe formular su requerimiento en el plazo de setenta y

dos horas, plazo que coincide con el tiempo en que el detenido debe ser puesto a disposición judicial. Si el imputado no se encuentra detenido, la actuación del Ministerio fiscal encaminada a la comprobación de los hechos no se sujeta a plazo, pues únicamente se establece que habrá de mantenerse abierta durante el tiempo que resulte imprescindible. En este último caso, resulta comprensible que la presentación del requerimiento fiscal no se sujete a plazo, pues resulta imposible predecir el tiempo que durarán las investigaciones. Por esta razón, debe valorarse positivamente la nueva redacción dada a este precepto por el Decreto Legislativo 281 de fecha 8 de febrero de 2001, que ha optado por suprimir la exigencia de que el requerimiento se formulase en el plazo de diez días desde la recepción de la denuncia, querrela o informe policial. Tal exigencia no sólo resultaba imposible de cumplir, sino que abocaba al fracaso de la investigación preliminar por falta del tiempo necesario para realizarla. Supuesto bien diferente es el que tiene lugar cuando existe un imputado conocido y, además, se encuentra privado de libertad. En este caso la intervención judicial resulta imprescindible para controlar la situación personal del imputado y el estado de las investigaciones.

Así pues, recibida la denuncia, el fiscal ha de proceder a la comprobación de los hechos denunciados, realizando u ordenando realizar las correspondientes diligencias de investigación. Practicada la investigación inicial y existiendo un imputado detenido, el fiscal dispone de un plazo de setenta y dos horas para formular el correspondiente requerimiento, mediante el cual puede solicitar la instrucción formal, el sobreseimiento, la desestimación de la denuncia e, incluso, cualquier medida alternativa a la incoación del proceso, según dispone el art. 248 CPP.

881

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Este artículo ha sido objeto de dos reformas, ambas referidas al plazo para que el fiscal investigue los hechos que llegan a su conocimiento, formule el requerimiento y únicamente para los casos en que la persona no está detenida. Originalmente, el fiscal tenía cinco días luego de recibir una denuncia, querrela o el informe policial para presentar ante al Juez de Paz el Requerimiento, luego se amplió a diez y por último se suprimió todo plazo. Sólo ordena que las diligencias se realicen en el menor tiempo posible. Esto de alguna forma es comprensible: el Ministerio Público Fiscal no tiene los suficientes recursos para cumplir con su misión en plazos tan cortos. Además, existen casos tan complejos que para investigarlos no sólo requieren días o meses, sino años inclusive. Para citar algunos: lavado de dinero y de activos, tráfico de estupefacientes, secuestros y todos los delitos relacionados con el crimen organizado. Desde luego, el suprimir todo plazo para que el fiscal investigue los hechos penales ha generado muchas críticas. La más reiterada es que la investigación de algunos casos se ha vuelto excesivamente lenta, que esos procedimientos “duermen el sueño de justos”. Por otra parte se afirma que no fue conveniente imponer al fiscal un plazo para investigar, pues sujetarlo a ello implicó que muchos de esos casos se investigaran

superficialmente, teniendo resultados desastrosos a nivel judicial. En última instancia, se optaba por la desestimación, sobreseimiento o el archivo, lo cual implicaba un desgaste para todos los sujetos del proceso.

Abolir el plazo para que el fiscal investigue el caso no significa que se deje sin protección a la víctima o la sociedad, como directamente afectados por la comisión de los injustos, sino que persigue fines asegurativos de la investigación. Si el fiscal, se niega a investigar el hecho denunciado o a ejercer la acción penal a través del correspondiente requerimiento, responderá penalmente, pues comete entonces el delito de Omisión de Investigación (Art. 311 CP). Entonces no es cierto que la víctima o damnificado estén desprotegidos por causa de esas reformas.

236

PRESENTACIÓN VOLUNTARIA

Quien tuviere conocimiento que se le imputa o que se le puede imputar la comisión de un hecho punible, podrá presentarse ante la Fiscalía General de la República, debiendo ser escuchado y a que se le informe sobre la denuncia o querrela.

882

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 9
- CPP, 343

II. COMENTARIO

Aunque el derecho del imputado a la defensa comienza con la admisión de la denuncia, conforme a este precepto, la persona que tenga conocimiento de que existe una imputación en su contra, podrá presentarse voluntariamente ante la Fiscalía General de la República con el fin de recibir información sobre la misma.

Se consagra, pues, una obligación, que es común a todos los órganos encargados de la persecución penal, la de informar al imputado sobre la existencia de la imputación. La importancia que adquiere esta información reside en que a partir de ese momento comienza la defensa, pues difícilmente puede una persona defenderse de la imputación que no conoce.

En la doctrina se conoce con el nombre de “intimación de la imputación” y, en concreto, se habla de intimación originaria para referirse a aquella que se contiene en

el acto inicial de investigación, la denuncia, la querrela o el informe policial, así como la que se establece en el ulterior requerimiento fiscal.

En tal sentido, los hechos imputados, que originariamente son conocidos por la defensa y por el imputado, permiten preparar la estrategia de la defensa y, consiguientemente, prepararse para hacer frente a dichos cargos que constituyen el objeto de la investigación preliminar. No obstante, es posible que el resultado de la investigación preliminar haga variar el hecho imputado. En tal caso los nuevos cargos deberán ser objeto de una ampliación de acusación (art. 343 CPP).

En efecto, en estos casos de ampliación de la acusación es imperativo que se haga al imputado o acusado una nueva intimación de los cargos, pues su defensa estaba preparada sobre los cargos originarios. Bajo esta circunstancia se da la intimación complementaria. Pero si la intimación complementaria causa gran impacto en la estrategia de la defensa debe suspenderse el juicio para permitir la debida preparación de cara a los nuevos cargos. De ahí que se establezca la necesidad de completar la intimación originaria.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Esta es una de las manifestaciones del derecho de defensa material y de la garantía de audiencia, reconocidos en nuestra Constitución y en la ley. Posibilita que cualquier persona al conocer que se le imputa o que se le puede imputar la comisión de un delito, por cualquier vía, se presente a la Fiscalía a fin que se le informe del procedimiento y que se le escuche. A partir de ese momento el imputado está demostrando su interés en participar en el proceso, por tanto el fiscal debe asegurar no sólo la intervención del imputado en los actos o diligencias que él solicite estar presente, sino que también asegurarle la asistencia técnica de un letrado.

883

Si el imputado no está detenido ni se ha presentado voluntariamente ante el fiscal, pero se ha incoado una investigación en su contra, ni la Constitución ni la ley exigen que sea obligación hacer de su conocimiento la investigación y mucho menos nombrarle defensor. Estas garantías sí son plenas para el imputado detenido, es decir, que además de que conozca la imputación, tiene derecho desde el momento en que es detenido a ser asistido por su abogado o por un defensor público. El código recoge el tratamiento que ha tenido esta situación en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en muchas sentencias. Para citar una, en el expediente 39-97 Exhibición Personal, entre otras cosas se dijo: *“a) Que respecto a la violación a la garantía de defensor en las diligencias de la Policía Nacional Civil, alegada por el peticionario, consta en autos que el instructor de las diligencias extrajudiciales practicó diligencias inculpativas, sin garantizarle al favorecido la asistencia de defensor, por lo que las declaraciones rendidas... a criterio del solicitante, adolecen de infracción constitucional. No obstante, esta Sala considera que la garantía a la defensa tal como*

lo desarrolla nuestra Constitución de la República, es establecida para el detenido y no para el imputado ausente -calidad que el favorecido tenía en aquel estadio procesal- por lo que no se puede afirmar que sea cierto que existe infracción constitucional en el punto alegado. Ciertamente, la práctica policial consistente en la obtención de la prueba de cargo en contra del imputado durante las diligencias extrajudiciales, se da en forma secreta, sin posibilidad de contradicción y en plena desigualdad entre “las partes”, aunque en aquel prematuro estadio procesal en el que se dicta la medida que Gimeno Sendra define como “medida pre-cautelar”, no pueda hablarse de partes, pues todavía se «investiga» la existencia de los extremos de la imputación; sin que aún se logre configurar el sustrato fáctico de la pretensión punitiva del Estado; por lo que la calidad de partes no existe procesalmente.... Sin embargo, una vez la persona se encuentra detenida, nuestra Constitución le garantiza la asistencia de defensor, por lo que debe tener la posibilidad de controvertir la prueba recabada, proponer prueba de descargo o por lo menos, tener conocimiento de las diligencias que se practicarán en la investigación de los hechos inculpativos. Mientras la Constitución prescriba la garantía de defensor única y exclusivamente para el detenido, no puede esta Sala hacer extensiva tal garantía al imputado ausente...”

884

237

DENUNCIA Y QUERRELLA ANTE EL JUEZ DE PAZ

El Juez de Paz que reciba una denuncia o querrela la pondrá inmediatamente en conocimiento de la Fiscalía General de la República, sin perjuicio de realizar los actos irreproducibles urgentes.

Si con la denuncia se presenta una persona que deba continuar detenida, ella quedará a disposición del Juez de Paz, quien convocará a la audiencia inicial dentro de las setenta y dos horas.

La Fiscalía General de la República deberá presentar el requerimiento antes del inicio de la audiencia.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 247, 254

II. COMENTARIO

Si la denuncia o la querrela es presentada ante el Juez de Paz, éste la comunicará, tan pronto como la reciba, a la Fiscalía con el fin de que se formule el correspondiente requerimiento fiscal.

No obstante, el Juez de Paz está habilitado para realizar cualquier acto o diligencia urgente e irreproducible imprescindible para la averiguación del hecho y sus circunstancias, como el reconocimiento del cadáver, la realización de la autopsia, registros, allanamientos etc. Se trata de aquellos actos de investigación que no pueden realizarse con posterioridad sin riesgo de que resulte perjudicada la investigación misma.

Si con la denuncia o la querrela se le presenta al imputado y el juez entiende que debe mantenerse la detención, el detenido quedará a su disposición y convocará a la audiencia inicial en el plazo de setenta y dos horas. En este caso, el fiscal debe presentar su requerimiento antes de que comience la audiencia inicial.

No debe olvidarse que el sistema establecido en el Código Procesal es al Ministerio fiscal a quien corresponde requerir al juez para que incoe el correspondiente proceso penal, por lo que sólo excepcionalmente cabe la actuación de oficio, limitada a la realización de actuaciones a prevención, es decir, con una finalidad meramente aseguratoria y para evitar que se perjudique el resultado futuro de la investigación.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La existencia de esta norma puede explicarse porque al entrar en vigencia el actual CPP, la Fiscalía y la Policía, no tenían la suficiente capacidad y recursos para atender toda la demanda. Carecían de oficinas llamadas regionales y sub-regionales, delegaciones y sub-delegaciones o puestos policiales, instaladas en todos los municipios del país. Sin embargo, no hay ningún municipio que no tenga Juez de Paz. Por ello, a fin de garantizar y posibilitar el acceso de toda persona a la justicia, se delegó también al Juez de Paz estas funciones.

885

Actualmente, este artículo ha perdido toda aplicación práctica. El denunciante y el querellante acuden directamente a la Fiscalía o a la Policía, dado que ambas instituciones ya cuentan con más recursos para cubrir los hechos que ocurren en el territorio nacional, aunque siempre se observan muchas limitantes. La utilidad actual de esta disposición, y que motiva su vigencia, se debe a lo regulado en el Art. 136.2 CPP, cuando durante el procedimiento el juez o tribunal tienen conocimiento de otro delito perseguible de oficio, que deberá certificar al fiscal para que investigue y luego requiera. También es útil para los casos de incompetencia declarada por los Juzgados de Menores, quienes al declararla remiten el proceso al Juez de Paz y le ponen a su orden al o a los imputados (Art. 58 CPP). El Juez de Paz, remite el expediente para que el fiscal dentro de las setenta y dos horas presente el requerimiento, por ser éste el único medio para ejercer la acción penal en un proceso ordinario.

CAPÍTULO II

DILIGENCIAS INICIALES DE INVESTIGACIÓN

238

INVESTIGACIÓN INICIAL

Tan pronto como la Fiscalía General de la República tenga conocimiento de un hecho punible, sea por denuncia o por cualquier otra vía fehaciente, procurará en lo posible que no se produzcan consecuencias ulteriores e iniciará la investigación, salvo los casos de excepción autorizados por este Código o por la ley.

El fiscal extenderá la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino, también, a las que sirven para descargo del imputado procurando recoger con urgencia los elementos de prueba cuya pérdida es de temer. Si estima necesaria la práctica de un acto conforme a lo previsto para los definitivos e irreproducibles o necesita una autorización judicial, la requerirá enseguida al Juez de Paz competente; en caso de urgencia, al más próximo. También realizará las investigaciones que soliciten el imputado o su defensor para aclarar el hecho y su situación.

886

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 193
- CPP, 83 y 84
- CPP, 235 y 240
- CPP, 248

II. COMENTARIO

Antes de iniciarse la fase instructoria, generalmente se desarrolla una fase preliminar a cargo de la policía judicial o del Ministerio fiscal, cuya función primordial es confirmar la “notitia criminis” y, en su caso, proporcionar al Ministerio público los elementos necesarios para promover la acción penal, que se ejercita a través del correspondiente requerimiento fiscal, dando así lugar al inicio del proceso penal propiamente dicho.

Las diligencias previas de investigación integran una fase preprocesal, eventual y no necesaria que, a diferencia de la instrucción formal, participa de la naturaleza administrativa propia de los actos de policía judicial y que, siendo previa a ésta, se

encuentra a cargo del Ministerio fiscal que actúa por sí o dirigiendo la actividad investigadora de la policía de investigación.

Se dice que es una fase eventual y no necesaria, porque la decisión acerca de proceder o no a las indagaciones previas se encuentra supeditada al criterio discrecional del Ministerio público. Puesto que su finalidad es proporcionar el material necesario para efectuar el requerimiento fiscal, es evidente que si la noticia del delito llega acompañada de suficientes elementos indiciarios, resultará inútil realizar tales investigaciones. En caso contrario, el Ministerio fiscal, o la policía judicial bajo su dirección, realizarán las indagaciones necesarias para concretar el hecho delictivo y determinar quienes han intervenido en su realización.

Así pues, puede decirse que las diligencias iniciales de investigación constituyen un conjunto de actividades ordenadas por el Ministerio fiscal y orientadas a fundamentar cualquiera de las solicitudes establecidas en el art. 248 CPP, al formularse el requerimiento fiscal. Mediante estas actividades, sustancialmente, se pretende: procurar que el delito no produzca consecuencias ulteriores; recolectar los elementos de prueba cuya pérdida pueda temerse fundadamente y obtener los antecedentes necesarios para fundar la acusación o el sobreseimiento; identificar y, en su caso, aprehender a los responsables de la infracción, autores y demás partícipes.

887

Las diligencias iniciales de investigación constituyen una fase preprocesal que entra dentro de la esfera de los actos propios de policía judicial. Su naturaleza es administrativa, con la única excepción de los supuestos de preconstitución de prueba, en los que será preciso recabar la autorización judicial (art. 270 CPP). Además, como consecuencia de lo anterior, las diligencias previas de investigación sólo pueden llevarse a cabo mientras no se haya requerido de la autoridad judicial la instrucción formal. Se trata, en suma, de una actividad previa a la instrucción judicial y, por lo tanto, anterior a la incoación del proceso.

De todas las funciones que tiene asignadas el Ministerio público, la más característica y fundamental es la función requirente, que constituye el presupuesto al que se condiciona el ejercicio de la potestad punitiva estatal. En su virtud, corresponde al Ministerio fiscal no sólo promover la acción de la justicia ejercitando la acción penal, sino también dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil (art. 193 Cn), encontrándose totalmente excluida cualquier posibilidad de actuación de oficio del juzgador, conforme al principio "nemo iudex sine actore".

En idéntico sentido se expresa el art. 83 CPP, a cuyo tenor compete a la Fiscalía General de la República dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal ante los jueces y tribunales. De acuerdo con ello, la función que se asigna al fiscal en el sistema procesal va más allá que la de acusar o pretender la realización del

“ius puniendi” estatal; su función es más amplia y se inspira en la finalidad más general de administrar justicia.

De acuerdo con ello la función requirente es la excitación que el fiscal hace al órgano jurisdiccional por la que requiere la obtención de una decisión justa sobre el fundamento de las investigaciones realizadas a consecuencia de la comisión de un delito y, en este sentido, se extiende más allá del mero ejercicio de la acción penal o la simple formulación de la pretensión punitiva.

En efecto, la función requirente se identifica con el ejercicio de la pretensión penal estatal, pues si como resultado de la investigaciones resulta que una persona determinada es sospechosa de haber cometido un delito, el fiscal en su requerimiento instará su persecución. Pero si la función requirente se identifica con el ejercicio de la pretensión punitiva, lo cierto es que éste no agota su contenido. Si el resultado de las investigaciones lo imponen, el fiscal solicitará el sobreseimiento del proceso o, llegado el caso, la absolución del imputado.

Por esta razón se afirma que la función del Ministerio fiscal no es sinónimo de acusación o ejercicio de la acción penal, sino que lo que caracteriza su actuación es la función requirente que se inspira en la finalidad de administrar justicia y se desenvuelve en la esfera de la verdad y del derecho (VÉLEZ MARICONDE, pp.250-251).

888

Para preservar el principio acusatorio, que es un principio jurídico esencial e irrenunciable del proceso penal en cada una de sus fases y, por tanto, no sólo en el plenario o juicio oral, en cada órgano judicial se constituye un representante del Ministerio fiscal. Si en general se conoce al fiscal por su aparición como representante del Ministerio público en el plenario, no es menos importante la función que tiene encomendada de formar y concluir el procedimiento preliminar.

En el ejercicio de la función requirente, la actuación del Ministerio fiscal está permanentemente sometida a los principios de legalidad e imparcialidad. Conforme al principio de legalidad, el Ministerio fiscal debe ajustar su actuación a la Constitución y a las leyes, promoviendo la acción de la justicia en defensa de la legalidad. En ocasiones, sin embargo, juega el principio de oportunidad que, en determinados casos, permite al fiscal adoptar la decisión de no perseguir algunos delitos.

Además, el fiscal debe actuar con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que tiene encomendados y, por lo tanto, extendiendo la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las de descargo y, para hacerlo posible, realizando las actuaciones que le propongan el imputado y su defensor. Ciertamente, el Ministerio fiscal desempeña el papel de acusador, determinado por la vigencia del principio acusatorio. No obstante, como autoridad pública y objetiva, también ha de investigar los hechos exculpativos. En este sentido, su posición es similar a la

del juez, en cuanto que ambos se encuentran vinculados a la realización del valor justicia y al descubrimiento de la verdad.

Por ello, se dice que en el proceso penal el fiscal “no es parte” (ROXIN, p.53) o, al menos, no lo es en el sentido de que su función no es reunir, unilateralmente, material de cargo contra el imputado, sino que debe investigar tanto las circunstancias de cargo, como las sirven de descargo. Lo contrario, añade ese autor, sería irreconciliable con su obligación hacia la verdad y la justicia.

La existencia de indicios fundados de delito (sospecha fundada) permite abrir la investigación preliminar. Basta con que estos indicios existan, aun siendo poco fundados para que el delito sea perseguible, siempre claro está que se trate de un delito perseguible de oficio, pues siendo de instancia particular será precisa la denuncia o querrela del ofendido por el delito.

De este modo, el fiscal se encuentra obligado a examinar cada información adquirida oficialmente, es decir, en virtud de denuncia o por cualquier otra vía fehaciente, para descubrir el eventual comportamiento criminal denunciado.

Puede plantearse si la adquisición de información de forma extraoficial también lleva aparejada la obligación de persecución, especialmente cuando se trata de delitos que afectan gravemente a los intereses públicos. En tales casos también debe considerarse que existe obligación de persecución para el fiscal en el caso de conocimiento extraoficial, si bien determinadas decisiones basadas en consideraciones de orden moral del propio fiscal deben ser respetadas, pues violaría la dignidad humana que corresponde a toda persona, y por tanto al fiscal, imponer la obligación de perseguir familiares o amigos íntimos.

889

Para la instrucción de investigaciones propias se conceden al Ministerio fiscal amplias facultades. Así el Ministerio fiscal podrá ordenar la declaración de testigos y peritos. Sin embargo, para la realización de actos definitivos e irroproducibles, así como para la adopción de medidas cautelares privativas de libertad, es precisa la intervención de la autoridad judicial, que actuará a instancia del Ministerio fiscal.

Sin embargo, el Ministerio fiscal no está suficientemente dotado ni desde el punto de vista material, ni desde el punto de vista personal, para realizar por sí mismo todas las investigaciones. Esto explica la posición prevalente de la policía en el ámbito de la investigación previa, que no obstante actúa como auxiliar del Ministerio público, bajo su dirección y de acuerdo con el principio de legalidad.

La actividad investigadora de la fiscalía tiene su centro de gravedad en el procedimiento preliminar, aunque después de formulado el requerimiento fiscal y ordenada la instrucción, todavía le está permitido realizar nuevas investigaciones (art.

268 CPP). Pero lo más importante, es destacar que el Ministerio fiscal tiene a su cargo la investigación inicial (arts. 83, 84, 239 y 240 CPP), es el auténtico “dueño de la investigación” (ESCALANTE SARAVIA, p.657) y, por ello, entre las tareas que le corresponde realizar, se le faculta para recibir denuncias (art. 235 CPP), dirigir y concluir el procedimiento de investigación (art. 238 CPP), ordenar la detención (art. 289 CPP), ordenar secuestros, requisas, asegurar cosas, determinar identidades y realizar otras diligencias de averiguación y, en fin, decidir si debe ser ejercida la acusación pública (art. 247 CPP).

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

890 Ya no se le viene considerando al fiscal como “parte” en el proceso penal, entendida como aquella que tiene un interés unilateral y parcial, una sola pretensión en el proceso, sino que es un sujeto procesal cuya función es en esencia requirente: motivar la acción de la justicia. Pero su actuación debe respetar los principios de legalidad, imparcialidad, igualdad, y los demás que rigen el proceso penal. Esa actuación no sólo es de acusador, aunque constitucional y legalmente, sea ésta la más importante. Tan importante es para el fiscal su función de acusador que siempre, o casi siempre, al iniciar una investigación por un hecho penal, orienta la misma hacia la obtención de elementos de cargo exclusivamente. Es raro encontrar en un proceso que por iniciativa propia el fiscal busque elementos o información probatoria de descargo o exculpación de una persona sometida a la investigación. No obstante este artículo obliga al fiscal a investigar y recolectar los elementos de cargo y de descargo. Además existe una norma penal que sanciona la omisión de la investigación. Es conocido el hecho que a un fiscal se le califica como excelente, bueno, regular o malo, dependiendo de su carácter inquisitivo y acusador, esencialmente.

Lo dicho hasta acá, ha provocado muchos fallos judiciales adversos a la Fiscalía, pues al momento de someter el caso a sede jurisdiccional, se dan cuenta que debieron incorporar información de descargo, que posibilitara al juez dictar una decisión más justa y evitara recorrer o transitar todas las fases o etapas del proceso. Esto repercute primero en un desgaste por el incremento de la carga laboral y también una desmotivación hacia el fiscal, pues, normalmente los casos son publicitados, haciendo observaciones negativas a la investigación. Es importante entonces destacar, que el fiscal cuando inicia la investigación de un caso, siempre en la recolección de las probanzas, debe hacerlo tanto sobre lo que incrimina al imputado, como respecto de aquellos elementos de descargo o desvinculantes, y luego someterlos al control del Juez. En esa búsqueda de información de descargo, tiene un rol importante el abogado defensor, quien le deberá proponer al fiscal que sean recogidos. Igualmente lo puede hacer el imputado conforme a su derecho de defensa material. En ese sentido, no se justifica el rechazo por parte del fiscal de recoger los elementos probatorios propuestos, pues este artículo le impone esa obligación.

Sucede a menudo en la práctica que el fiscal, cuando es necesaria la realización de un acto conforme a lo previsto para los definitivos e irreproducibles -o necesita una autorización judicial, como en los casos de registro y allanamiento (Art. 270 CPP)- no se lo pide al Juez del lugar donde ha ocurrido el hecho o donde el acto debe practicarse, sino que a otro, amparándose en que es el “más próximo”. Es importante que en estos casos el fiscal justifique o fundamente el motivo por el cual no solicita la diligencia al juez del lugar. Estos motivos -por ejemplo- pueden ser: que el juez esté realizando una audiencia u otro acto propio de su actividad; un imprevisto o fuerza mayor que le imposibilita realizar el acto o expedir la autorización urgente; o el más recurrente, que es la falta de confianza en el personal del Juzgado. Si no se justifica la solicitud, ello puede ocasionar roces con la competencia de cada juez, y puede producir efectos nefastos al proceso. Además, por el principio de juez natural. En la sentencia 15-96 sobre la inconstitucionalidad de la ley de emergencia, la Sala de lo Constitucional, sobre la necesidad de respetar dicha exigencia sostuvo: *“En su aspecto procesal penal, el principio de legalidad implica que una persona sólo puede ser juzgada por un tribunal cuya jurisdicción y competencia hayan sido erigidas con anterioridad a la ejecución de la conducta que se trate, es decir, que una persona sólo puede ser juzgada por su «juez natural»; asimismo, implica que una persona sólo puede ser juzgada en la forma que se haya previsto con anterioridad al hecho, es decir, que el proceso a seguir para juzgar a una persona debe existir con anterioridad a la ejecución de la conducta delictiva.”*

239

FUNCIÓN DE LA POLICÍA DE INVESTIGACIÓN

La policía, por iniciativa propia, por denuncia o por orden del fiscal, procederá a investigar los delitos de acción pública, a impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, a identificar y aprehender a los autores, partícipes, recogerá las pruebas y demás antecedentes necesarios para fundar la acusación o el sobreseimiento.

Si el delito es de acción privada, no procederá salvo orden del Juez y en los límites de esa orden; cuando se trate de un delito de instancia particular sólo actuará cuando exista expresa solicitud de la persona facultada para instar la acción, o de oficio, en los límites absolutamente necesarios para interrumpir la comisión del delito, prestar auxilio a la víctima o realizar actos urgentes de investigación.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 159
- CPP, 234

- CPP, 239, 240, 241, 244 y 245

II. COMENTARIO

La Policía Judicial deberá investigar, por iniciativa propia, en virtud de denuncia o por orden del Ministerio fiscal los delitos de acción pública, impedir que los ya cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas necesarias para servir de fundamento a la acusación.

La expresión Policía Judicial, represiva o de investigación, da idea de la existencia de un cuerpo de policía destinado a auxiliar a los órganos encargados de la persecución penal, fundamentalmente el Ministerio fiscal, en el ejercicio de sus funciones.

Se trata de una actividad auxiliar de la que realiza el Ministerio fiscal, a quien corresponde concretar la extensión y el contenido, es decir, el qué y el cómo de la investigación previa. Por ello, aunque la policía actúe autónomamente en la investigación de los delitos, sólo puede hacerlo en caso de urgencia, ya que en último término existe la obligación de informar, sin demora, a la Fiscalía General de la República de todos los delitos que llegan a conocimiento de la policía de investigación (art. 244 CPP).

892 A pesar de ello, la realidad de muchas legislaciones demuestra que la actividad del Ministerio fiscal se reduce, por lo general, a producir resoluciones de tramitación (requerimientos, acusaciones, solicitudes) mientras que es la policía la que investiga independientemente y sólo cuando la investigación se ha completado la fiscalía decide el archivo del procedimiento de investigación o si promueve la acusación. Esto no sólo resulta cuestionable porque afecta a la conducción del procedimiento de investigación por las autoridades judiciales, sino que, además, de mantenerse esta situación, es de temer que pierda peso la posición del Ministerio público, a quien corresponde la dirección y la coordinación de las investigaciones preliminares, en la persecución de los delitos públicos, con las irreversibles consecuencias para el Estado de Derecho.

El establecimiento de la Policía Judicial es una exigencia del Estado democrático de Derecho que se concreta en el art. 159 Cn: “La Seguridad Pública está a cargo de la Policía Nacional Civil, que será un cuerpo profesional, independiente de la fuerza armada y ajeno a toda actividad partidista (...) tiene a su cargo las funciones de policía urbana y rural que garanticen el orden, la seguridad y la tranquilidad pública, así como la colaboración en el procedimiento de investigación del delito, y todo ello con apego a la ley y estricto respeto a los Derechos Humanos”.

Así pues, en los Estados democráticos se distinguen dos servicios policiales totalmente diferenciados: uno de carácter preventivo dirigido al mantenimiento de la tranquilidad y el orden público; y otro de carácter represivo, que realiza las funciones de investigación de los delitos. Consecuentemente, se distingue entre una función

preventiva o de seguridad, cuya finalidad es la defensa del orden jurídico existente, previniendo o contrarrestando la posibilidad de cualquier ataque ilícito que implique daño o peligro para los bienes jurídicos, y una función investigativa, cuyo objetivo es garantizar la efectividad de la persecución penal mediante la recolección y el aseguramiento de todos los elementos de convicción indispensables para la debida preparación del requerimiento fiscal y el ejercicio de la acusación.

Como ha señalado VÉLEZ MARICONDE, “la policía judicial y la policía de seguridad tienen fines y métodos distintos: la primera es una actividad represiva que se cumple, cuando se presume cometido un hecho delictuoso dentro de una órbita jurídica precisa (“nullum crimen nulla poena sine lege”) y con arreglo a normas rígidas de la ley procesal; la segunda, actividad de prevención, anterior a toda hipótesis delictiva, obedece a normas genéricas que permiten un margen de discrecionalidad en una tarea que quiere evitar daños o peligros capaces de alterar el orden o la tranquilidad pública. La primera, y no la segunda implica el comienzo del procedimiento penal, de un método prescripto por la ley para asegurar la administración de justicia”.

El fundamento de esta distinción se asienta en la consideración de que la Policía Judicial debe integrarse en la función jurisdiccional, como auxiliar de la misma, y por eso mismo su actuación inspirarse en criterios de legalidad (art. 84 CPP). En definitiva, es judicial porque está dirigida a la realización del Derecho penal y a la tutela del ordenamiento jurídico y esta función sólo puede realizarse mediante la aplicación de las normas de Derecho penal sustantivo y procesal, lo que en último término constituye un importante instrumento de garantía del individuo en el respeto de sus derechos y en la salvaguarda de los principios inspiradores del Estado de Derecho.

893

Sintéticamente, la función de policía criminal represiva se define como “aquella actividad policial dirigida a la averiguación de los delitos y al descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes, así como a garantizar el cumplimiento y, en su caso, la ejecución coactiva de las resoluciones de las autoridades judiciales y fiscales, auxiliándolas en sus funciones procesales de carácter criminal” (DE LLERA, p.78).

Se trata, en suma, de una actividad auxiliar, que generalmente precede y fundamenta el inicio de la instrucción de los delitos y que se contrae a la investigación de los delitos de acción pública, a impedir el agotamiento de los ya cometidos, a individualizar a los partícipes en los mismos y a reunir las pruebas suficientes que sirvan de base a la instrucción preliminar (art. 239.1 CPP).

En virtud del principio de oficialidad, cuando la Policía Judicial tiene conocimiento de la comisión de un hecho delictivo o sospecha de su comisión, le corresponde investigar, por iniciativa propia o por orden del Ministerio fiscal, los delitos de acción pública. También actúa en virtud de denuncia, si bien en este caso comunicará inmediatamente su interposición al Ministerio fiscal y a la autoridad judicial.

Por tanto, la actividad investigadora de la Policía Judicial puede producirse por su propia iniciativa, cuando los agentes presencian la comisión del hecho delictivo o reciben directamente la noticia de su perpetración, o por mandato del Ministerio fiscal, lo que hace posible distinguir entre una actividad investigadora autónoma y una actividad investigadora comisionada o delegada de la policía judicial.

La actividad investigadora autónoma se produce como consecuencia del deber que se impone a todos los miembros de la Policía Nacional Civil de realizar, por su propia iniciativa, las actuaciones urgentes y necesarias para comprobar los delitos y descubrir a sus autores, asegurando sus personas y las pruebas de la infracción. La actividad investigadora ordenada o delegada se produce cuando los agentes de la Policía Judicial actúan siguiendo las ordenes del fiscal, en cuyo caso es éste quien delimita la extensión y los límites de la actuación policial.

Conviene resaltar que en ambos casos la actuación de la policía de investigación es siempre una actividad jurídica, regulada por normas, que excluyen la posibilidad de tengan poderes discrecionales los funcionarios que las cumplen y que les obliga a observar siempre las normas procesales que regulan la diligencia concreta que haya de ejecutarse.

894 Por otra parte, la función policial no se limita a la investigación de los delitos, también le corresponde una tarea preventiva, evitando que los delitos ya cometidos sean llevados a sus consecuencias ulteriores, haciendo cesar los efectos de los mismos.

La tarea de individualizar a los culpables de la infracción y reunir las pruebas a fin de dar base a la acusación sintetiza la función instructora. Por ello, a la Policía Judicial le corresponde realizar una función aseguratoria del imputado y de las primeras pruebas.

Las funciones de la Policía Judicial tienen carácter público y, por ello, sólo puede desarrollarse en torno a los delitos públicos, esto es, los perseguibles de oficio. Tratándose de delitos privados, perseguibles únicamente a particular, la policía de investigación no puede ejercer sus funciones de averiguación si no es previamente requerida al efecto por el ofendido por la infracción (art. 239.2 CPP).

El cumplimiento de esta exigencia ha llevado a dudar de la legalidad de la detención que la policía realiza ante la existencia de un delito flagrante cuando la persecución de éste se condiciona a la instancia de la víctima y ésta aun no la ha ejercido. En tales casos, no debe dudarse de la legalidad de la actuación policial que se sujeta, estrictamente, a interrumpir la comisión del delito, prestar auxilio a la víctima y realizar los actos urgentes de investigación, para los que se encuentra expresamente facultada en virtud de lo establecido en este precepto.

Es claro, a nuestro juicio, que la detención de la persona hallada en el supuesto de flagrante delito es una actuación que se ajusta a estos requisitos, pues la detención no sólo es necesaria para impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores, sino que además constituye un acto urgente de investigación.

Cuestión distinta es el tiempo por el que puede mantenerse la detención sin que se haya formulado la instancia particular. A este respecto debe respetarse el plazo máximo de la detención administrativa, procurando por todos los medios posibles que el titular de la instancia manifieste si autoriza o no la promoción de la acción. La negativa de la víctima o el transcurso del plazo sin haber ejercitado la acción determinarán, sin más, la obligación de obligación de dejar en libertad al detenido.

Excepcionalmente, en los delitos de acción privada es la autoridad judicial la que autoriza y concreta el alcance de la investigación preliminar (art. 239.2 CPP). Es necesario recalcar que en este tipo de delitos no existe, propiamente una instrucción formal. A pesar de ello, sí es posible recabar el auxilio judicial previo para suplir las carencias en el contenido de la acusación, tales como la identificación del acusado, la determinación de su domicilio o lugar de residencia o para establecer las circunstancias del hecho imputado. Para obtener tales informaciones, que el acusador no pueda recabar por sí mismo, es posible reclamar del juez el auxilio de la policía de investigación.

895

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Se discute actualmente, si es legal la actuación policial con respecto a la detención en flagrancia por un delito de acción penal pública previa instancia particular. Existen básicamente dos posturas: la comentada antes y que considera que *en ciertos casos* dicha actuación no es legal. La detención en flagrancia (Art. 288 CPP) consiste en que *“la policía aprehenderá a quien sorprenda en flagrante delito. En el mismo caso, cualquier persona está autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores e inmediatamente se entregará al aprehendido a la Policía Nacional Civil, para el inicio de la investigación correspondiente. Se considera que hay flagrancia cuando el autor el hecho punible es sorprendido al momento de intentarlo o cometerlo...”* Si nos atenemos a la literalidad de esta disposición, no cabe duda que el policía -e inclusive el particular a quien se le delegan funciones de seguridad y de represión contra el delito- están facultados para detener a toda persona en flagrante delito, independientemente si es un delito de acción pública, de acción pública previa instancia particular o de acción privada. Nótese que no incluye a las faltas y ello por una razón muy simple: en las faltas no se aplican medidas cautelares y el procedimiento para un juicio por falta sólo faculta al policía a intimar al imputado para que se presente ante el Juez. No puede capturarlo o aprehenderlo, aunque fuese en flagrancia y además, para incoar el proceso por falta, es necesario que ésta se haya consumado (Art. 391 y 396 CPP, y Art. 371 CP). Es criticable entonces la actuación policial y fiscal, de presentar solicitudes para juicios por falta ante el Juez de Paz, poniendo a su disposición al

imputado como detenido, quien con sólo la vista de la solicitud libera inmediatamente al infractor.

Siguiendo con la idea principal, no se conoce ningún caso en que la policía haya capturado o aprehendido en flagrancia al imputado por delito de acción privada, ello precisamente porque no puede actuar sin previa orden judicial. Además porque no sabría qué hacer con el sujeto, pues el cauce ordinario no es viable para estos delitos, ya que la promoción y ejercicio de la acción es exclusiva del particular. Se corre el riesgo de caer en un vicio de ilegalidad, con consecuencias inclusive penales. Pero qué sucede con los delitos de Acción Pública dependientes de Instancia Particular. Para la autoridad policial y fiscal, la dificultad se presenta cuando ocurre un delito de los señalados en el Art. 26 CPP, y el caso está en flagrancia, ¿qué hacer con el imputado? Por ejemplo, si se trata de lesiones imprudentes a raíz de un accidente vehicular, la víctima presente, y expresa no pedir ni autorizar la persecución penal. En estos casos, generalmente, el policía bajo la supervisión del fiscal, proceden a la detención del imputado sometiéndolo a la jurisdicción penal, pidiendo el fiscal al Juez que desestime el parte del policía por el obstáculo que impide la persecución, es decir, la petición de la víctima.

896 Igual que en los delitos de acción privada en los que la actuación policial está supeditada a lo que el juez ordena y en los delitos de acción pública previa instancia particular sólo puede actuar la policía por “orden” o solicitud expresa de la persona facultada para instar la acción, que generalmente es la víctima. Sin ella, la facultad oficiosa de la policía se reduce a interrumpir la comisión del delito, prestar auxilio a la víctima o realizar actos urgentes de investigación, no más. Al amparo de estas tres facultades, que sólo puede ejercer en los límites absolutamente necesarios, no le autoriza proceder a la detención del imputado, para el caso planteado, es decir, cuando la víctima expresamente dice que no desea la persecución penal (Art. 17 CPP). La privación de libertad del imputado, como medida cautelar, no se justifica para el caso, pues no cumple los requisitos de ser instrumental o necesaria para el proceso. Lógicamente, cuando hay autorización expresa de la víctima, de su representante legal o guardador, cuando la víctima sea un menor de edad que no tenga padres ni tutor (que sea incapaz sin tutor), el perjudicado sea el Estado y la víctima esté física y mentalmente imposibilitada para solicitar la investigación, sí procede la detención en flagrancia (241.7 y 288 CPP).

240

COORDINACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN

Los oficiales, agentes y auxiliares de la policía, cumplirán sus funciones, en la investigación de los hechos punibles bajo el control de los fiscales y ejecutarán las órdenes de éstos y de los jueces.

El fiscal que dirige la investigación podrá requerir en cualquier momento las actuaciones de la Policía o fijarle un plazo para su conclusión.

Los oficiales y agentes de la policía que por cualquier causa no puedan cumplir la orden que han recibido de la Fiscalía General de la República o de la autoridad judicial, lo pondrán inmediatamente en conocimiento de quien la emitió, con el fin de que sugiera las modificaciones que estime convenientes.

Los oficiales y agentes de la policía, en cuanto cumplan actos de policía de investigación, estarán en cada caso bajo el control de los fiscales, sin perjuicio de la autoridad general administrativa a la que estén sometidos.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 83, 84, 238, 239 y 244

II. COMENTARIO

Es un hecho que no admite discusión que la Constitución ha configurado al Ministerio público como el órgano estatal encargado de dirigir la investigación de los delitos (art. 193 Cn). Consecuencia de ello, es la función directora de los actos de policía de investigación que se atribuye al Ministerio fiscal y, consiguientemente, la obligación que se impone a los oficiales y agentes de la policía de seguir sus instrucciones (arts. 83 y 84 CPP). Se dice, con razón que la fiscalía es una “cabeza sin manos”, ya que, para la realización del procedimiento de investigación preliminar, no tiene órganos ejecutores propios, sino que ha de servirse de los funcionarios de policía, que actúan bajo su control y de acuerdo con sus instrucciones.

La labor de control que se atribuye al Ministerio fiscal sobre la investigación policial responde a un doble significado: por un lado, constituye un medio de control efectivo para evitar que los actos policiales se tornen en procedimientos viciados; por otro, constituye un mecanismo de orientación técnica y jurídica de los actos de investigación policial.

El sometimiento de la acción investigadora al principio de legalidad y, consiguientemente, al respeto a la libertad y dignidad de la persona, así como la preeminencia de los derechos y garantías constitucionales, imponen al fiscal la obligación de delimitar el marco jurídico legal de la acción investigadora, a fin de evitar la sanción de ineficacia que se deriva de la obtención ilegal de las evidencias.

Además, si el fiscal es el responsable de formular la acusación, lo más lógico es que sea él y no cualquier otro funcionario quien delimite la estrategia investigadora atendiendo a consideraciones de orden técnico y jurídico.

La subordinación de la policía de investigación respecto del Ministerio fiscal suscita la cuestión de la naturaleza de tal relación de dependencia. Conviene aclarar que no se trata de una dependencia plena y total del Ministerio fiscal, pues como señala el mismo precepto legal los oficiales y agentes de la policía sólo estarán sujetos al control de los fiscales en cuanto cumplan funciones de policía de investigación y sin perjuicio de su dependencia respecto de las autoridades administrativas.

898 Así pues, al igual que sucede en otros sistemas jurídicos, cabe distinguir entre la llamada dependencia orgánica, esto es, la integración de la policía de investigación en un cuerpo único, la Policía Nacional Civil, con subordinación jerárquica y estatutaria al Presidente de la República por intermedio del Ministro del Interior y del Viceministro de Seguridad Pública; y una dependencia funcional respecto del fiscal encargado de conocer los asuntos objeto de investigación y que, lógicamente, ha de ser interpretada como la obligación de atenerse a las órdenes y directrices que reciban en relación con la ejecución de las concretas investigaciones que se les encomienden.

Conforme a tal relación de dependencia los oficiales y agentes de la policía están obligados a seguir en el desarrollo de las investigaciones las instrucciones que reciban del Ministerio fiscal y, en su caso, de las autoridades judiciales. Ahora bien, la existencia de tal relación de dependencia carecerá de virtualidad si no se encuentra suficientemente garantizada la inamovilidad de los funcionarios encargados de realizar las investigaciones.

Es claro que una forma de inmiscuirse en las funciones de investigación y de relativizar la relación de dependencia que se establece entre el Ministerio fiscal y los agentes encargados de realizar la actividad investigadora es permitir que sean removidos o apartados de la investigación por la autoridad administrativa. Por ello, debería encontrarse suficientemente garantizada la inamovilidad de tales funcionarios, impidiendo que puedan ser apartados de una investigación concreta hasta la conclusión de la misma, si no es por decisión o con la autorización del fiscal responsable de la misma.

Complemento también de la relación de dependencia que se establece entre el Ministerio fiscal y la policía de investigación es el deber de sigilo que deben guardar los oficiales y agentes encargados de realizarla sobre el desarrollo de la actividad investigadora. En este sentido, debe garantizarse la reserva del contenido de las investigaciones frente terceros ajenos a la relación entre el fiscal y la policía de investigación, incluidos sus superiores orgánicos, que lógicamente son ajenos a esa relación funcional. Aunque, por razones obvias de operatividad, debe permitirse el intercambio de información entre los distintos servicios policiales, pero incluso esta excepción sólo debería entrar en juego si no existe la prohibición expresa del fiscal encargado del caso.

Como complemento imprescindible del principio de dependencia de la policía de investigación respecto del Ministerio fiscal se impone a los miembros policiales el deber de cumplir las órdenes instrucciones referentes a la práctica de diligencias de investigación y se consagra un principio de prevalencia de la actuación jurisdiccional se concreta al fiscal encargado del caso para reclamar las actuaciones realizadas por la policía y fijar un plazo para su conclusión.

Debe observarse que la obligación que impone este precepto a la policía actuante no se limita al cese de su actividad, sino que se extiende a la obligación de entregar la documentación y el resultado de las diligencias practicadas, incluidos los efectos del delito que hubieran intervenido con las huellas y vestigios materiales del mismos y, en su caso, las personas que se encontrasen detenidas. La policía no puede retener legítimamente ninguna prueba ni silenciar la información que hubiera obtenido, sino que se encuentra obligada, en virtud de lo establecido en este precepto, a participarlas al Ministerio fiscal.

899

Por otra parte, debe señalarse que el Código Procesal, no autoriza que el funcionario policial pueda incumplir, sin razón alguna, la orden fiscal. El mismo precepto se ocupa de establecer el sistema para proceder en caso de imposibilidad de cumplimiento de las instrucciones recibidas. Lógicamente, el incumplimiento únicamente se encuentra justificado si es por causa legítima, legitimidad que no sólo significa acomodación a la Constitución o a la ley, sino también a la imposibilidad práctica de proceder a lo ordenado o requerido. Como razones fácticas de imposibilidad pueden alegarse la falta de medios adecuados para cumplir la diligencia, la inconcreción de la orden que no permita determinar su sentido, la incompatibilidad con el cumplimiento de otras órdenes recibidas. En todos estos casos, es la autoridad que ha impartido la orden o instrucción quien debe valorar objetivamente el motivo aducido para justificar el incumplimiento y, en su caso, proveer de otro modo su ejecución.

La condición de no legítima de la causa del incumplimiento trasciende al terreno de la responsabilidad disciplinaria, e incluso penal, a la que nos referiremos al examinar el art. 245 CPP.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Aquí se describe la tarea principal de fiscal sobre el policía que investiga los delitos. Aquél ejerce una función dirigiendo los actos de investigación, lo que se conoce como dirección funcional. Esta no equivale a un simple papel o nota que se entrega al policía donde se le dice que haga o realice algunas diligencias, sino que como ya lo ha dicho la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en varias ocasiones (una de ella en el Habeas Corpus: 568-98) *“La verdadera dirección funcional de la Fiscalía General de la República en la Policía Nacional Civil deber consistir en una investigación objetiva que busque la legalidad del proceso y no la acusación directa del procesado. Esto implica también la igualdad de oportunidades de las partes y la posibilidad que un sujeto diferente a ellas, en representación del Estado, decida sobre la controversia suscitada”*.

241

ATRIBUCIONES Y OBLIGACIONES

900 Los oficiales y agentes de la policía tendrán las atribuciones y obligaciones siguientes:

- 1) Recibir denuncias;
- 2) Cuidar que los rastros del delito sean conservados y que el estado de las cosas o de las personas no se modifique, hasta que llegue al lugar del hecho el encargado de la inspección;
- 3) Hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspección, planos, fotografías, exámenes y demás operaciones técnicas, si existe peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación;
- 4) Ordenar, si es indispensable y por el tiempo mínimo necesario el cierre del local en que se presume, por suficientes indicios, que se ha cometido un delito grave y levantar acta detallada;
- 5) Ordenar las medidas necesarias para que los testigos que estén presentes en el sitio no se alejen ni se comuniquen entre sí;
- 6) Interrogar a los testigos resumiendo la entrevista en un acta sucinta;
- 7) Citar o aprehender al imputado en los casos y forma que este Código autoriza;
- 8) Identificar al imputado, determinando sus generales, domicilio y residencia;

9) Asegurar la intervención del defensor en los términos que prevé este Código y facilitarle las diligencias instruidas contra el imputado, así como toda información necesaria para su defensa;

10) Rendir informes al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos en todos los casos de detención y comunicarla al Registro de Personas Detenidas; y,

11) Auxiliar a la víctima y proteger a los testigos.

Quando con ocasión de actos realizados en el ejercicio de sus funciones, los oficiales y agentes de la policía, o de los elementos militares que colaboren en la ejecución de un procedimiento policial, debidamente autorizado, lesionaren un bien jurídico, se considerará como excluyente de responsabilidad penal a favor del imputado, el informe remitido a la Fiscalía General de la República o al Juez respectivo por la autoridad competente, sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos. (8)

El Director de la Policía Nacional Civil será responsable de la veracidad del informe que se señala en el inciso anterior, el cual será apreciado por el juez, junto con el resto de las evidencias que sobre las circunstancias en que sucedieron los hechos hubieren, a efecto de dictar la resolución que proceda. (8)

Los auxiliares de la policía de investigación tendrán las mismas atribuciones para los casos urgentes o cuando cumplan órdenes de los fiscales o jueces.

901

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 164, 166 y 168

II. COMENTARIO

Para poder llevar a cabo su cometido la policía de investigación ha de contar con atribuciones autónomas de investigación. Por ello, de acuerdo con la finalidad de las diligencias previas de investigación que, recuérdese, no es otra que proporcionar el material imprescindible para la incoación de la instrucción formal se encuentra facultada para realizar diversas diligencias de investigación que tienden a la comprobación de las circunstancias en que se ha producido el hecho delictivo, la averiguación de los responsables de los mismos y, en su caso, proceder a su detención.

No hay que olvidar el carácter meramente introductorio que tiene la investigación preliminar. No se trata de realizar una investigación amplia y desbordada, pues si se agota en esta fase preliminar, cuando todavía ni tan siquiera ha dado comienzo el proceso penal, la instrucción formal, como fase procesal, preparatoria del juicio, perdería su valor, naturaleza y significado.

En este momento preliminar se trata, fundamentalmente, de asegurar las pruebas de la infracción y las personas responsables de la misma, realizando únicamente aquellas investigaciones que resulten imprescindibles para que el fiscal o el querellante puedan promover la acción penal.

De acuerdo con ello, los oficiales y agentes de la policía están facultados, en primer lugar, para recibir denuncias (art. 234 CPP), con las que generalmente da comienzo la investigación preliminar, toda vez que resulta imperativo, en virtud del principio de oficialidad, proceder inmediatamente a su comprobación.

Están obligados a adoptar las medidas necesarias para asegurarse de la conservación del cuerpo y los efectos del delito y que el estado de cosas de la escena del crimen no sea alterado hasta la presencia del fiscal y del juez, permitiendo, si resultase necesario, la reconstrucción de los hechos.

902 A esta función de aseguramiento de las evidencias del delito se refieren, específicamente, los arts. 164 y 168 CPP: el primero, facultando a la policía para inspeccionar el lugar del delito (“la policía deberá hacer una inspección en el lugar en el que hubiera ocurrido el hecho, consignado en acta el lugar, la descripción detallada de rastros, huellas, el estado de las cosas y demás efectos materiales que el hecho hubiere dejado y cuando fuere posible recogerá y conservará los elementos probatorios útiles a la investigación”); el segundo, imponiendo la realización de la inspección del cadáver en los casos de muerte violenta, súbita o sospechosa de criminalidad.

Ciertamente, la escena del delito es una de las fuentes principales de prueba, por lo que resulta imprescindible que la policía se constituya inmediatamente en la misma y, de ser posible, también el fiscal y el juez. La constitución tardía puede provocar la alteración del estado de cosas existente en el momento en que se produjo el hecho y, con ello, la pérdida, destrucción o contaminación de las evidencias dejadas por el autor del delito.

Es cierto que el CPP no impone, como requisito de validez, la presencia del fiscal o del juez en el lugar del delito, pero parece aconsejable su presencia, pues cuando menos garantizará la legalidad en la recolección de las pruebas. Por ello, a nuestro juicio, este supuesto debería tratarse como un anticipo de prueba incardinable en el art. 270 CPP. De la misma opinión es CASADO PÉREZ, para quien “la supresión de la referencia al juez (arts. 164 y 168 CPP) no significa que éste, si lo desea o se lo piden las partes, no pueda estar presente en la inicial y urgentísima inspección del lugar del hecho” (CASADO PÉREZ, p.199).

En concreto, a la protección de la escena del delito se refieren diversos apartados de este precepto. Así cuando se impone la obligación de conservar las huellas del delito (ap. 2), realizar inspecciones oculares (ap. 3), levantar planos, tomar fotografías

y realizar exámenes y demás operaciones técnicas (ap. 3), ordenar el cierre del local en el que se ha cometido el delito (ap. 4), disponer lo necesario para que los testigos presenciales no se alejen del lugar del hecho ni se comuniquen entre sí (a. 5) e incluso interrogarles levantando acta de su declaración (ap. 6).

Por otro lado, es necesario advertir que en las escena del crimen pueden aun encontrarse los sujetos involucrados en el hecho delictivo. La detención “in fraganti” es siempre procedente según establece el art. 288 CPP. Es claro que si la facultad de realizar la detención la tiene cualquier ciudadano, con mayor razón la Policía Nacional Civil, que podrá, según los casos, citar y aprehender al imputado (ap. 7), así como proceder a su identificación (ap. 8). La Ley procesal también prevé el arresto en forma colectiva cuando todavía no se ha podido individualizar a los partícipes del hecho punible y a los testigos del mismo (art. 166 CPP). Por ello no es de extrañar que se faculte a la policía para ordenar que no se ausenten del lugar las personas que se encontraban en el mismo cuando se produjo el hecho (ap. 5).

Además, obviamente, la policía no sólo está facultada, sino incluso obligada a proporcionar el auxilio necesario a cualquier persona afectada por la comisión del delito, extendiéndose sus facultades a la adopción de las medidas de protección de los testigos previstas legalmente (ap. 11), teniendo en cuenta que uno de los principios que inspira el nuevo proceso penal es la dispensar una protección adecuada a los derechos de la víctima (art. 11 CPP).

903

En todos los casos mencionados en este precepto se faculta a la policía para realizar la “primera intervención”, es decir, para adoptar las medidas de aseguramiento de personas y cosas que no admitan demora. Acto seguido, deberá poner las investigaciones a disposición de la fiscalía, actuando en lo sucesivo bajo la dirección de los fiscales (art. 244 CPP), pues es bajo su dirección como se completa la investigación preliminar.

Llegados a este punto, no podemos dejar de llamar la atención sobre el desarrollo que en los últimos veinte años han tenido algunos métodos de investigación criminal, utilizados sobre todo en la lucha contra la gran criminalidad organizada. Poco a poco, se van introduciendo en la regulación legal de los diferentes Estados, ante la necesidad de dotar a la policía de nuevos instrumentos legales, al tiempo que se refuerza la protección de ciertos derechos fundamentales, singularmente la vida privada y familiar, cada vez más expuestos frente a estas nuevas técnicas de investigación.

Representa una injerencia en la vida privada y familiar, en particular en lo que se ha dado en llamar autodeterminación informativa, el control de los datos personales por medios automatizados. No sólo la comparación de los datos con fines de investigación penal, sino también el almacenamiento y el control de los datos mediante la constitución de las llamadas redes de búsqueda informáticas. La realización de tales

investigaciones requiere la existencia de un principio de sospecha y, para evitar extralimitaciones, el control a cargo de la autoridad encargada de las investigaciones.

No solo es preciso el control cuando se trata de la vigilancia de los datos, sino también cuando se extiende a la observación y vigilancia de personas o vehículos, cuyo fin, por lo general, es conocer el ámbito de relaciones y vínculos colaterales del sospechoso con un círculo de personas criminales. Estas observaciones suelen completarse recurriendo a la utilización de medios técnicos de vigilancia que, en los últimos años, han tenido un desarrollo notable. Se trata de la obtención de fotografías, la utilización de transmisores, detectores de movimientos y aparatos para ver de noche. Es claro, que el recurso a estas medidas de vigilancia se encuentra limitado por la protección constitucional que se dispensa al domicilio.

904 La grabación de las conversaciones privadas es una medida de investigación a la que, frecuentemente, se recurre en otros muchos países. Sin embargo, por su extraordinaria capacidad ofensiva para la intimidad, su aplicación está sometida a importantes limitaciones: sólo se admite en relación con la investigación de delitos de extrema gravedad, cuya investigación mediante métodos convencionales se encuentra abocada al fracaso; es precisa la autorización judicial, que en todo caso debe establecer el tiempo máximo de la intervención; y requiere un exhaustivo control judicial durante el desarrollo de las investigaciones. Además, debe señalarse que, en algunas legislaciones, la vigilancia de las conversaciones privadas se completa autorizando la observación acústica del domicilio, previa autorización especial de un tribunal penal y sólo para la investigación de los delitos contra la seguridad del Estado.

Recientemente, se ha modificado el art. 15 CPP para autorizar las actividades encubiertas, técnica de investigación especialmente importante en el ámbito de la criminalidad de estupefacientes y, en general, de la criminalidad organizada. La regulación, sin embargo, ha sido tachada de insuficiente, porque los siguientes motivos: no matiza la figura del agente encubierto, distinguiendo su actuación del agente provocador; no se establecen los criterios de autorización, supeditada al control de la Fiscalía General de la República; no se expresan los delitos para cuya investigación es posible recurrir al encubrimiento policial, que sólo puede aplicarse acudiendo a criterios de excepcionalidad y subsidiariedad; debe aclararse la forma en que opera la exclusión de responsabilidad por los delitos cometidos por el agente encubierto; y, en fin, debe imponerse la preceptiva autorización judicial cuando exista riesgo de que resulten afectados otros derechos fundamentales del sospechoso (CASADO PÉREZ, pp.136-137).

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La Constitución (Art. 159) define dos de las funciones más importantes de la Policía Nacional Civil. Una es la Seguridad Pública, para lo cual ejercerá funciones de policía urbana y rural, con lo que se persigue garantizar el orden, la seguridad y

tranquilidad de los habitantes. La otra es de colaboración en el procedimiento de investigación del delito (Art. 72 Ley de la Carrera Policial; Arts. 1, 2, 13 y 23 de la Ley orgánica de la Policía Nacional Civil). A esta última función es la que dedica mayor esfuerzo, es la que absorbe mucho personal y recursos, y la que justifica en gran medida su credibilidad. La Constitución ha optado por un modelo de Policía más intervencionista y con mayores funciones en el ámbito del proceso. Esta norma procesal (Art. 241 CPP) regla unas atribuciones, obligaciones y competencias, que convierte la actuación de la Policía, en un factor decisivo del éxito del proceso penal. Esa intervención de la Policía en nuestro proceso penal, no está exenta de críticas serias y ello a raíz de que en algunos casos su actuación se considera ilícita y hasta abusiva. Sin embargo, en términos generales, a juzgar por el comportamiento en los procesos, su actuación se acomoda a las normas que rigen estado de derecho. En cuanto a los abusos o conductas incorrectas o delictivas atribuidas, el ordenamiento jurídico contempla medidas suficientes de corrección, no sólo en el ámbito penal, sino que también en el administrativo.

Otro aspecto es considerar el informe remitido a la Fiscalía General de la República o al Juez respectivo por la autoridad competente (policial), sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos como excluyente de responsabilidad penal a favor de los miembros de la Policía Nacional Civil y elementos militares, que en ejercicio de sus funciones lesionen un bien jurídico. Se pueden exponer varias incoherencias en la inclusión de la norma procesal penal en comentario (Art. 241 Inc. 2° y 3° CPP). La primera sería que las excluyentes de responsabilidad penal tienen un tratamiento específico en el Art. 27 CP. En segundo lugar, es normal que ocurra que la Policía en cumplimiento de su deber legal, de sus funciones, lesione bienes jurídicos. Comprobada esa circunstancia (que se hizo “en el ejercicio de sus funciones”) no responderá penalmente el que la ejecuta. En todo caso, si se quería ampliar la casuística de las excluyentes de responsabilidad penal, debió de hacerse en el Art. 27 CP.

905

242

DECLARACIÓN DEL IMPUTADO. LIMITACIONES

Antes de dirigir cualquier pregunta al imputado, los miembros de la policía le solicitarán el nombre del abogado defensor, el que se tendrá por designado con la simple comunicación verbal o escrita, o por la designación hecha por cualquier otra persona en nombre del imputado, siempre que éste acepte esa designación.

El imputado deberá entrevistarse previamente con su defensor, antes de contestar cualquier interrogatorio.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 2 y 12
- CPP, 9, 10, 223, 243 y 262

II. COMENTARIO

Es imputado toda persona física, señalada por la policía, los fiscales o por los jueces como autor o partícipe en un hecho punible (art. 8 CPP), en cuya virtud adquiere la condición de sujeto del proceso y, consiguientemente, la titularidad de una serie de derechos, que se le reconocen para asegurar el respeto a su dignidad personal.

El respeto a la dignidad de la persona constituye uno de los principios esenciales del Estado de Derecho (art. 2 Cn) y, a causa de ello, inspira la actuación de la policía de seguridad, singularmente respecto de las personas detenidas, prohibiendo expresamente: la utilización de la tortura, la aplicación del tormento o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 243.3 CPP); presentar públicamente a los detenidos en condiciones que menoscaben su dignidad personal (art. 243.4 CPP); utilizar métodos prohibidos para obtener su declaración (art. 262 CPP).

906 Además, para asegurar la efectividad de estos derechos, se impone a los funcionarios de policía la obligación de instruir al detenido de todos los derechos que le asisten como imputado (art. 243.6 CPP) y comunicar a sus parientes el lugar de detención o custodia en el que se encuentra la persona detenida (art. 243.7 CPP).

Pero lo más importante en este momento es resaltar que, en cuanto sujeto pasivo del proceso, al imputado le asiste el derecho a la defensa, que conforme al art. 12 Cn y 9 CPP es inviolable. Su importancia es tal que se recurre a ella, más bien a la existencia de vulneración, como criterio normativo para evaluar la nulidad de los actos procesales, que únicamente se reputan nulos si a la existencia de un defecto procesal se añade la producción de un agravio para la defensa de la parte (art. 223 CPP).

Interesa ahora mencionar que el derecho de defensa del imputado, cuya concreción se realiza en este precepto a propósito de la actuación de los miembros de la policía, comprende no sólo la facultad de intervenir en todos los actos del procedimiento, sino además hacerlo en condiciones de igualdad con la acusación, sirviéndose para ello de un abogado que defienda sus intereses (art. 10 CPP).

Es lógico, por tanto, que se imponga la obligación de instruir al imputado de sus derechos antes de su primer interrogatorio, es decir, del derecho que le asiste a declarar o a no hacerlo y del derecho que se le reconoce a consultar con un defensor, al que específicamente se refiere este precepto.

Existe general coincidencia en considerar que se tiene la cualidad de imputado desde que la sospecha del hecho se concreta en una persona determinada. Desde ese momento, el imputado ostenta la condición de sujeto pasivo del proceso, lo que trae consigo el ejercicio del derecho a servirse de un defensor en todos los actos de investigación y, consiguientemente, también en las declaraciones que puedan obtenerse del mismo.

Un principio fundamental, que resulta de la consideración del imputado como sujeto procesal, es que en todo momento se debe respetar la dignidad de la persona y esto significa que nadie puede verse forzado a declarar contra sí. Esta garantía se extiende a todos los interrogatorios que se producen a lo largo del proceso, es decir, tanto en los interrogatorios judiciales, policiales como del Ministerio fiscal.

Por ello, ya en los momentos preliminares de la investigación se debe instruir al imputado sobre su derecho a guardar silencio. Si la instrucción de derechos no se produce o tiene lugar de manera tal que el inculcado no la comprenda, existirá un vicio de nulidad que impide la utilización ulterior del material probatorio así obtenido.

Para asegurarse que el resultado del interrogatorio es, únicamente, la expresión de la libre voluntad del inculcado en el momento de su declaración, se establece la necesidad de que se encuentre asistido por un defensor en todas las declaraciones que realice.

907

Hay que tener en cuenta que el imputado se encuentra en situación de desventaja frente al órgano público que desempeña la función acusadora y, además, la situación psicológicamente desfavorable de quien, hallándose detenido, a de prestar declaración.

El ejercicio del derecho de defensa compensa estos déficits, por cuanto el inculcado, a través de su defensor, controla la actuación de los órganos de persecución y recibe información sobre su situación jurídico-procesal. Por ello, se dice que el deber de asistencia que se impone al defensor representa una de las funciones esenciales del derecho de defensa, en cuanto consiste precisamente en dotar al imputado del asesoramiento necesario respecto de la imputación, salvaguardando sus derechos e intereses legítimos.

El asesoramiento puede consistir en que se abstenga de declarar o, por el contrario, en que preste declaración, introduciendo de este modo los elementos de descargo que han de ser comprobados, delimitando en suma la estrategia de la defensa. Por esta razón resulta imprescindible que se garantice al inculcado el derecho a entrevistarse reservadamente su defensor antes de efectuar cualquier declaración.

El nombramiento del defensor no está sujeto a formalidades especiales. Basta que el imputado manifieste verbalmente ante la autoridad competente el nombre del

letrado que ha de asistirle. También es posible que el nombramiento se efectúe por escrito, en cuyo caso, debe hacerse de manera que sea posible establecer quien es el defensor designado. En ambos casos será preciso que el nombrado acepte la designación.

Es, incluso, posible que el nombramiento no lo realice el mismo imputado sino otra persona en su nombre y, en ausencia de nombramiento, el fiscal o el juez solicitarán la designación de un defensor público.

908 Siguiendo a QUINTANILLA NAVARRO, la intervención del defensor, en esta fase de investigación inicial, comprende los siguientes aspectos: El defensor debe conocer la imputación, lo que le permitirá realizar mejor la estrategia de coordinación con la defensa material que realiza el propio imputado; una vez conocida la imputación es fundamental la entrevista con el imputado, que debe tener lugar de forma reservada; lo anterior permitirá verificar que ha sido suficiente y correctamente informado de la imputación y de los derechos que se le reconocen, pudiendo, en caso contrario, solicitar que se realice nuevamente la instrucción de derechos; a raíz de la entrevista con el imputado, el defensor debe iniciar la relación entre la defensa material y la defensa técnica, con el objeto de sentar la mejor estrategia de defensa; como parte de la investigación inicial, debe verificar la versión del imputado, a fin de evitar posibles conflictos entre ambas y reorientar, en su caso, su defensa material; la estrategia de defensa debe tener en cuenta tanto los aspectos procesales como materiales del caso; debe proponer la investigación de descargo; y debe controlar la legalidad de la actividad investigadora desarrollada por los órganos públicos de investigación.

En idéntico sentido CASADO PÉREZ, que se refiere a las funciones del defensor, señalando que consisten en prestar asistencia, representación y asesoramiento; información sobre el desarrollo de la causa; asistencia a los actos de investigación y a las audiencias; control de la legalidad del procedimiento; contestación técnica de los requerimientos fiscales y, en particular, al dictamen de acusación; intervención en la proposición y práctica de la prueba; e impugnación de las resoluciones que perjudiquen al imputado (CASADO PÉREZ, p.312).

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Las facultades, atribuciones y derechos procesales del imputado tienen su base en las garantías constitucionales de defensa, libertad, prohibición de obligarlo a declarar contra sí mismo y otras. No son tan absolutas, pues están limitadas por otras normas procesales, en atención al otro interés tutelado por el proceso penal, que es la represión de la delincuencia. Sin embargo, se exige el pleno ejercicio de la defensa, la cual reviste suma importancia en un proceso penal. Ella se produce aun prescindiendo del interés del particular (imputado), por descuido, renuncia o abandono, expreso o implícito. La razón es que está en juego la realización de la justicia como interés colectivo o social,

el cual persigue que se castigue al culpable, no a aquel del que no se tiene certeza que ha cometido el delito. Entonces, cabe decir, que una serie de garantías protegen el acto de la declaración del imputado. Entre ellas, la facultad de no declarar, sin que ello pueda invocarse como presunción desfavorable; la de conocer cual es la imputación en su contra; la de nombrar defensor particular y requerir su presencia; la de declarar cuantas veces quiera; la de no ser sometido a coacción, promesa o juramento alguno de decir verdad.

Sobre la justificación de la defensa técnica en la declaración del imputado, la Sala expresó, *“la asistencia de defensor, garantizada por la Constitución al detenido en su artículo 12, efectivamente implica una defensa técnica, es decir (...) una defensa realizada por personas peritas en derecho, que tienen como profesión el ejercicio de esta función técnica-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso penal, para poner de relieve sus derechos. Dicha defensa técnica se justifica en virtud de ciertas circunstancias específicas del proceso penal, tales como la inferioridad en que puede encontrarse el imputado en el proceso, sea por falta de conocimientos técnicos o de experiencia forense; el sentirse disminuido ante el poder de la autoridad estatal; la dificultad para comprender adecuadamente los resultados de la actividad desarrollada en el proceso; la falta de serenidad en su actuación, tomando en cuenta que es la persona cuya libertad se cuestiona; la imposibilidad de actuar oportunamente a consecuencia de la detención; y las limitaciones que en cualquier caso implican la incomunicación de los detenidos”* (Hábeas Corpus, 06-06-95).

909

243

DETENCIÓN DEL IMPUTADO. PRINCIPIOS BÁSICOS DE ACTUACIÓN

Los oficiales o agentes de la policía deberán detener a los imputados en los casos que este Código autoriza, cumpliendo estrictamente con los siguientes principios básicos de actuación:

- 1) No hacer uso de la fuerza, excepto cuando sea estrictamente necesario y en la proporción que lo requiera la ejecución de la detención;**
- 2) No hacer uso de las armas, excepto cuando haya resistencia que ponga en peligro la vida o la integridad física de personas, o con el propósito de evitar la comisión de otro delito, dentro de las limitaciones a que se refiere el apartado anterior;**
- 3) No infringir, instigar o tolerar ningún acto de tortura o tormento u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, tanto en el momento de la captura como durante el tiempo de la detención;**

4) No presentar públicamente a los detenidos, en condiciones que menoscaben sus derechos fundamentales.

5) Identificarse, en el momento de la captura, como agente de autoridad y cerciorarse de la identidad de la persona o personas contra quienes procedan, no estando facultados para capturar a persona distinta de aquélla a que se refiere la correspondiente orden de detención. La identificación de la persona a detener no se exigirá en los casos de flagrancia;

6) Informar a la persona en el momento de la detención de todos los derechos del imputado;

7) Comunicar al momento de efectuarse la detención, a los parientes u otras personas relacionadas con el imputado, el establecimiento a donde será conducido;

8) Asentar el lugar, día y hora de la detención en un registro inalterable; y,

9) Cumplir con otros principios de actuación establecidos en otras leyes.

I. CONCORDANCIAS

910

- Cn, 13
- CPP, 87, 288 y 290
- CP, 290

II. COMENTARIO

Se contienen en este precepto una serie de principios o estándares objetivos, a los que debe ajustarse la acción de la policía de seguridad. No basta con afirmar que la Policía, en su actuación, debe respetar los derechos humanos, ya que esto nadie lo puede negar, sino que es preciso fijar normativamente cómo debe producirse esta actuación, reduciendo al máximo el margen de apreciación policial.

Una de las técnicas reductoras de ese margen lo constituyen, precisamente, los principios básicos de actuación, a los que se encuentra sometida la actividad policial y que, como inmediatamente veremos, se construyen en torno a cuatro pilares básicos: el principio de legalidad o de habilitación legal, el principio de necesidad, el principio de idoneidad y el principio de proporcionalidad. Se trata, en suma, de principios básicos e imprescindibles, a los que debe someterse toda la actividad policial, y cuya trasgresión no sólo la hace ilícita, sino incluso, en la mayor parte de los casos, delictiva.

Constituye un principio básico que la actuación de la policía tenga una base legal. Es un principio consustancial a la idea misma de Estado de Derecho, en el que se

inspira la actuación de todos los poderes públicos y que consiste en una idea muy simple: las competencias de actuación nacen de la ley y, consiguientemente, sin ley no hay posibilidad de actuación pública. La ley es, pues, la única fuente habilitante de la que pueden emanar limitaciones de derechos subjetivos, como la libertad o la propiedad.

El caso de la detención resulta paradigmático: “Ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o prisión si no es de conformidad a la ley” (art. 13 Cn), lo que quiere decir que, en esta materia, la actuación de la policía sólo es posible si se desarrolla conforme a la ley y exclusivamente dentro de los límites legales, establecidos, tanto en el Código Penal, al regular el delito de detención ilegal (art. 290 CP), como en la normas de procedimiento, al establecer la forma y los requisitos de acuerdo con los cuales la detención es posible (arts. 288 y 290 CPP).

La exigencia de idoneidad supone la adecuación, en abstracto, del medio que mejor se adapte a una situación concreta. Se requiere, además, que antes de utilizar el medio idóneo se proceda al apercebimiento de los destinatarios de la coacción, lo cual supone que en cada actuación a realizar por la policía judicial (al practicar detenciones, requerir identificaciones, proceder a registros o inspecciones), el agente deberá darse a conocer inequívocamente como tal. En tal sentido, el art. 243.5 CPP es claro al establecer que los miembros de la policía se identificarán en el momento de la captura.

911

Completa la exigencia de idoneidad, el llamado principio de necesidad o de idoneidad en concreto, con el que se quiere expresar que un medio legítimo de coacción sólo podrá ser considerado idóneo si, además, es necesario en el caso concreto para lograr el fin perseguido y no existe otro medio más gravoso para obtener el mismo resultado. De acuerdo con ello, el art. 243 impide que los miembros de la policía hagan uso de la fuerza, salvo cuando sea “estrictamente necesario” (ap. 1), al tiempo que les impide, con carácter general, hacer uso de las armas, que sólo podrán utilizar cuando exista resistencia que ponga en riesgo la vida o la integridad física de las personas, o para evitar la comisión de otros delitos (ap. 2), y siempre que resulte estrictamente necesario y en la proporción que requiera la detención (ap. 1).

El último de los criterios rectores se identifica con el principio de proporcionalidad, como principio general que inspira la actuación de todos los poderes públicos. Supone que el uso de la coerción estatal debe limitarse a lo imprescindible para restablecer el orden jurídico vulnerado, es decir, siendo necesaria la intervención debe causar el menor mal posible en la esfera jurídica del infractor o en los derechos de cualquier otra persona.

En resumen, de acuerdo con lo expuesto, el uso legítimo de la fuerza, de la coerción estatal administrada por los miembros de la policía judicial, se encuentra condicionado a que resulte necesaria y, además, sea proporcionada en las condiciones de ejecución.

Por tanto, una concreta actuación policial, para ser legítima, requiere que sea idónea y resulte necesaria en el caso concreto. A ello se añade la exigencia de proporcionalidad, en cuya virtud el uso de la violencia estatal ha de limitarse al que sea imprescindible para restablecer el orden jurídico perturbado, causando para ello el menor mal en la esfera jurídica de la persona directamente afectada o de terceras personas.

Una aplicación concreta de esta regla se realiza en el art. 243.1 y 2 CPP para los casos en que la actuación policial precisa del uso de armas de fuego. En tales casos, la actuación de los agentes sólo será legítima si puede afirmarse que se han respetado estos principios, es decir, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Afirmar la idoneidad de una actuación concreta requiere que nos encontremos ante uno de los dos únicos supuestos en que la norma autoriza el uso del arma, es decir, que exista riesgo para la vida y la integridad física de las personas o que se trate de evitar la comisión de un delito. Así pues, únicamente en tales supuestos, contemplados de forma expresa en el precepto examinado, puede afirmarse que el recurso a la coacción en que consiste el uso del arma de fuego es idónea.

912 Aunque el medio resulte idóneo, es preciso, además, que pueda afirmarse su necesidad, es decir, que en la situación concreta no exista otra alternativa razonable que el uso del arma. Por último, determinada la idoneidad y la necesidad del uso del arma a emplear, se ha de proceder a la ponderación de los bienes en juego, por lo que la lesión o puesta en peligro de dichos bienes no ha de ser mayor que la del restablecimiento de la situación o que la remoción de las cosas a su estado anterior a la perturbación motivadora de la actuación policial.

Por otro lado, se refiere este precepto a los principios básicos de actuación relativos al tratamiento de los detenidos, entre los que se incluye, como una derivación del principio al respeto de la dignidad de la persona la prohibición absoluta de la tortura o de los tratos inhumanos o degradantes (ap. 3) y, como especificación de esta exigencia, se concreta la obligación de proceder en cualquier circunstancia de forma respetuosa con la dignidad de la persona detenida, de donde resulta, a su vez, la prohibición de menoscabarla, presentándola, públicamente, en forma tal que resulten afectados sus derechos (ap. 4).

Se contienen, por último, una serie de principios que tienden a procurar la seguridad de las personas detenidas, obligando a los funcionarios a identificarse, a proceder únicamente contra personas suficientemente identificadas (ap. 5), a informar al detenido de sus derechos (ap. 6) a comunicar a sus parientes el hecho de la detención y el lugar de custodia (ap. 7) y, en fin a anotar en un registro inalterable las principales circunstancias de la detención: lugar, día y hora (ap. 8).

Todas ellas son garantías procedimentales que han de completarse con la remisión genérica a la regulación de la detención contenida en los arts. 288 CPP. Conviene poner de manifiesto que la detención, a la que nos referimos, es la que lleva a cabo la policía antes de poner a disposición de la autoridad judicial o del Ministerio fiscal a la persona detenida. No se trata, pues, de una detención ordenada por el juez o fiscal, sino de una detención preventiva, basada en la fuerza de la sospecha de la comisión de un hecho delictivo, que a tenor de lo establecido en el art. 288 CPP se evidencia por haber sido sorprendido el detenido en situación de flagrante delito.

La propia regulación legal ofrece una noción de delito flagrante, más amplia que la simple constancia visual del hecho. Podemos decir, de acuerdo con el art. 288.2 CPP, que delito flagrante es el que se perpetra o acaba de perpetrarse en presencia de los agentes de policía que practican la detención. Por lo tanto, no sólo el cometido al alcance visual directo de aquellos, es decir, el que se está cometiendo cuando los malhechores son sorprendidos, sino también el que se acaba de cometer cuando sus autores son sorprendidos y el ya concluido, pero cuyos autores son objeto de persecución inmediata, continua y directa.

Establecidos los casos en que la detención es posible a iniciativa de los agentes de la policía, hemos de concluir el comentario de este precepto con una breve referencia a la forma en que debe realizarse la detención y a las garantías jurídicas establecidas a favor de la persona detenida.

913

De nuevo hemos de recordar que cuando, para proceder a la detención debe recurrirse a la utilización de la fuerza, ésta para ser legítima ha de ajustarse a los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad ya examinados. Además, ha de quedar a salvo en todo momento el respeto a la dignidad de la persona detenida, que excluye el recurso, en cualquier circunstancia, a los tratos inhumanos o degradantes, a las violencias innecesarias de la persona que ya se encuentra detenida. El policía no debe infligir maltrato alguno al detenido y el maltrato empieza cuando el recurso a la fuerza deja de ajustarse a los parámetros aludidos (QUERALT, pp.73-74).

Además, en la detención deben observarse unas mínimas formalidades jurídicas. Ante todo, la información al detenido de sus derechos y de los motivos de la detención. Desde el momento de la detención, se reconocen a favor del detenido todos los derechos que son propios del imputado (art. 87 CPP). De todos ellos deberá ser informado de forma precisa y comprensible, aunque quizás insistiendo especialmente en el derecho que le asiste a abstenerse de declarar (art. 87.5 CPP), a designar la persona o entidad a la que debe comunicarse su captura (art. 87.2 CPP) y a ser asistido por un abogado, el que él mismo designe o a obtener la asistencia de un defensor público (art. 87.3 CPP).

La asistencia del abogado defensor requiere, por último, su intervención en todas las diligencias policiales que tengan como objeto de averiguación a la persona detenida. Así, deberá estar presente en todas las declaraciones que realice y deberá asistirle en los registros, reconocimientos, reconstrucciones e inspecciones en que aquélla haya de participar.

Como el resto de las diligencias policiales, de todas las circunstancias relativas a la detención, y especialmente de la información de derechos al detenido, se levantará acta, que deberá estar firmada por todos los funcionarios que intervinieron en las diversas diligencias realizadas con el detenido, por su abogado respecto de las diligencias en que hubiere participado y por el mismo detenido.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

914 En muy frecuente, que la Policía, al ejercer sus funciones de policía judicial, no cumpla con todos esos principios básicos de actuación. Para citar un ejemplo: el presentar públicamente a los detenidos en condiciones que menoscaben sus derechos. Se les exhibe ante el público, ante los medios de comunicación, de lo cual puede resultar afectada su derecho a la intimidad y principalmente su derecho a la propia imagen, reconocidos en la Constitución (Art. 2). Sobre tales derechos, en la sentencia definitiva de inconstitucionalidad 2-99, se expresa “...*El derecho a la intimidad personal y familiar es una consecuencia del progresivo perfeccionamiento de la protección jurídica a la libertad y consiste “en reservar para sí un determinado ambiente o sector, donde la intromisión de extraños perjudicaría su autonomía de la voluntad para determinar su conducta o heriría sentimientos espirituales que el legislador juzga dignos de respeto”. Esa esfera de intimidad o reserva, comprende un aspecto material que podría ser afectado por hechos como la violación de domicilio, y otro aspecto espiritual, que comprende el secreto en sus diversas variedades. El derecho a la propia imagen, conforme jurisprudencia española, “es la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en cuanto se trata de un derecho de la personalidad”...*”

244

FORMALIDADES DE LAS DILIGENCIAS POLICIALES

Los oficiales o agentes de la policía informarán a la Fiscalía General de la República dentro del plazo máximo de ocho horas, de todos los delitos que lleguen a su conocimiento y practicarán una investigación inicial para reunir o asegurar con urgencia los elementos de convicción y evitar la fuga y ocultación de los sospechosos. En todo caso actuarán bajo la dirección de los fiscales.

Para documentar sus actos, la policía observará, en lo posible, las reglas previstas para la instrucción. Bastará asentar en una sola acta, con la mayor exactitud posible, las diligencias de utilidad para la investigación. Se dejará constancia en el acta de las instrucciones recibidas de los fiscales y jueces.

El acta será firmada por quien dirige la investigación y, en lo posible, por las personas que han intervenido en los actos o que han proporcionado alguna información. Si el defensor hubiere participado en alguna diligencia se hará constar y también deberá firmar el acta; pero la falta de firma de este no invalidará la misma.

Los objetos secuestrados serán enviados de inmediato al depósito judicial, remitiendo el informe correspondiente al juez competente; salvo cuando la investigación sea compleja, existan obstáculos insalvables o los objetos sean necesarios para la realización de actos de prueba, serán enviados inmediatamente después que se hayan realizado las pruebas técnicas o científicas correspondientes.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 123, 124 y 180

II. COMENTARIO

915

Conforme a lo establecido en este precepto y a lo dispuesto en el art. 234 CPP, la policía, al recibir la noticia de la comisión de un hecho delictivo tiene que llevar a cabo las diligencias necesarias de investigación para confirmar la sospecha inicial e informar a la fiscalía y al Juez de Paz en el plazo máximo de ocho horas.

Las fuentes de iniciación de las diligencias policiales son de tres clases: la denuncia de particular, en cuanto que los funcionarios policiales se encuentran facultados para recibir denuncias; de oficio, esto es, por propia iniciativa del agente actuante o de sus superiores orgánicos, en cuanto éstos tenga noticia o sospecha de la comisión de un delito; y por orden del Ministerio fiscal.

Ante todo debe quedar claro que cuando el sospechoso ya se encuentre detenido, esas ocho horas deben quedar incluidas dentro del plazo más amplio de la detención administrativa, que es de setenta y dos horas. Aunque el Código Procesal no indique claramente el momento a partir del cual se computan estas setenta y dos horas, si desde la captura o desde la recepción del informe, a tenor del ap. 2º del art. 235 debe entenderse que el cómputo del plazo máximo de detención se inicia desde el momento de la captura, pues se establece claramente que el imputado detenido será puesto a disposición del juez lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo máximo de setenta y dos horas.

Por lo que se refiere a la forma de las diligencias previas de investigación, es importante destacar la obligación de documentar las constataciones y diligencias. Conforme a lo establecido en los arts. 123 y 124 CPP, toda la actividad investigadora debe plasmarse en actas y diligencias, que deberán firmar quien ha dirigido la investigación y todas las personas, funcionarios o particulares, que hayan intervenido en cada una de las diligencias, incluido el defensor del imputado si hubiere concurrido a la misma.

En las distintas actas deberá hacerse constar todas las diligencias que se han practicado, especificando con la mayor exactitud posible las circunstancias del hecho, las inspecciones, declaraciones e informes técnicos practicados y todas las circunstancias de interés para la investigación. Imponiendo tales cautelas, se trata de garantizar que la evidencia recolectada en la escena del crimen es auténtica.

Deberá quedar constancia expresa del lugar, hecho y hora de la iniciación de las diligencias, y se consignarán los datos personales de quienes por cualquier motivo hayan intervenido en las mismas. Las declaraciones se consignarán íntegramente y con la mayor fidelidad posible al sentido literal de las palabras de quien declara. Se incorporarán los informes, dictámenes y actas de constatación de todas las diligencias practicadas.

916

A la investigación preliminar se incorporan generalmente dos tipos de diligencias; las objetivas o de hecho, esto es, las referentes a los hechos averiguados y a las circunstancias que se hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio de delito que en general se documentan mediante diligencias de constatación, como percepción directa de los agentes encargados de las investigaciones; y las subjetivas, generalmente declaraciones personales de los imputados o testigos, incluidas las de los propios agentes respecto de los hechos conocidos personalmente. A estas diligencias se añaden las medidas cautelares o de aseguramiento, tanto reales, recogida del cuerpo y efectos del delito, como personales, aprehensión de los imputados.

Estos tres tipos de diligencias materiales se completan con las formales o de trámite, que componen el “iter” del desarrollo de la investigación. Estas diligencias de trámite recogen los diferentes pasos seguidos en la investigación y sus incidencias: recepción de la denuncia, designación y cambios de los funcionarios actuantes, presentación del determinado, comunicaciones con las diversas autoridades y organismos, incorporación de dictámenes e informes etc.

Cuando una diligencia se lleva a cabo fuera del lugar en que se redacta el atestado suele hacerse constar a por medio de acta, redactada en el propio lugar en que se practica y en la que se hace constar el resultado de la misma (una observación ocular, el resultado de un registro, la ocupación de efectos, etc.). Así se establece, por ejemplo,

en el art. 164 CPP, para dejar constancia del resultado de la diligencia de inspección del lugar del hecho: "(...) dejando constancia de todo ello en el acta".

Para documentar las diligencias de investigación cada vez es más frecuente utilizar impresos normalizados que facilitan la documentación de las diligencias. En todo caso es preciso que sean firmadas por los funcionarios responsables de la investigación y por las demás personas que hubiesen intervenido.

Por otro lado, se refiere este precepto al destino de los objetos secuestrados, que serán enviados, de inmediato, al depósito judicial, remitiendo el informe correspondiente al juez competente. Solamente se exceptúan de esta regla general, por evidentes razones de seguridad, las armas de fuego, que quedarán bajo la custodia de los organismos militares, y los objetos peligrosos para la salud o de tenencia prohibida o de comercio no autorizado, que serán destruidos, por orden del juez o tribunal que conozca de la causa, cuando no sean necesarios para la investigación. También se retendrán aquellos objetos cuyo examen resulte necesario para la realización del examen pericial.

Por último, es necesario tener en cuenta que muchas de las actividades previas de investigación requieren, para su realización, la preceptiva autorización judicial, cuando afectan a derechos o garantías fundamentales de las personas investigadas. En estos casos, el control de las investigaciones ya no corresponde al fiscal encargado del caso sino al juez competente. Así sucede cuando es preciso realizar registros y allanamientos, pericias, inspecciones u otras diligencias que por su naturaleza incorporen actos de prueba por ser irreproducibles y, por tanto, su resultado definitivo.

917

Como regla general la solicitud debe hacerse al juez de paz competente para que otorgue la autorización. Sin embargo, si existen motivos de urgencia que lo justifiquen la solicitud podrá obtenerse del juez más próximo.

Debe quedar claro que el Juez no está obligado a expedir automáticamente la orden judicial. Como ha recordado la Sala Constitucional "el papel de los jueces en un Estado de Derecho en el que se respeten las garantías del debido proceso, se encuentre en el tener la última palabra en la determinación de los hechos y en la aplicación de las normas del sistema jurídico a tales hechos. Principalmente en materia de medidas de investigación que limitan derechos fundamentales, dicha función judicial se manifiesta al controlar la vigencia del principio de proporcionalidad" (29 agosto 1995).

La aplicación en el caso concreto del principio de proporcionalidad exige la realización de un contrapeso de los bienes en conflicto, dentro del cual deben ser ponderados no sólo el interés en la persecución, sino también los intereses individuales afectados. En concreto, al juez le corresponde garantizar que la gravedad de las medidas

adoptadas contra el sospechoso mantengan una estrecha relación con el objeto de la imputación o si se prefiere con la fuerza de la sospecha.

Sin duda alguna, el fiscal tiene el señorío del procedimiento de investigación y, en este sentido, le corresponde adoptar las medidas necesarias para el esclarecimiento de los hechos y la realización de la pretensión punitiva estatal. Sin embargo, existen una serie de medidas de investigación, particularmente graves por afectar a los derechos individuales, cuya adopción la ley reserva, en exclusiva al juez. A pesar de ello, puede afirmarse que el fiscal conserva el señorío de la investigación preliminar, pues el control judicial se agota en el examen de la admisibilidad medida solicitada, es decir, en controlar la vigencia del principio de proporcionalidad. En cambio, al juez en modo alguno le corresponde examinar la utilidad de la medida, aspecto, al que se encuentra vinculado a las determinaciones de la fiscalía (ROXIN, p.73).

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

918

A pesar de no ser sujeto procesal, en el proceso penal aparece la Policía desempeñando un rol importante, cual es de colaborador y auxiliar del Fiscal y del Juez, en las diligencias iniciales de investigación, en la instrucción e incluso en el desarrollo del juicio. Igual que al Fiscal, el ordenamiento procesal da facultades investigativas a la Policía. La función de la Policía en el proceso penal es de naturaleza jurídica, por ello se dice que es una función esencialmente judicial. Dichas funciones básicamente son dos: a) actúa en virtud de facultades propias, en las diligencias iniciales de investigación, para impedir que los cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las prueba pertinentes, a fin de dar base a la actividad requirente y a la instrucción preparatoria; b) y la otra es la realización de todas las actividades o diligencias por encargo del fiscal o del Juez, ejecutando sus instrucciones. Este artículo (244 CPP) es el que aplica la Policía cuando un caso o hecho constitutivo de delito llega a su conocimiento, informando al fiscal dentro de las ocho horas posteriores, pero no lo hace al Juez de Paz, (Art. 234 CPP), por las razones expresadas en el comentario de esta disposición.

El inciso segundo y tercero de este artículo, le establece a la Policía que para documentar sus actos, observará las reglas previstas para la instrucción, lo cual nos remite al Art. 276 CPP, el que a su vez nos remite a los Arts. 123 y 124 CPP. Generalmente, esas actas carecen de *valor para probar los hechos en el juicio*, a no ser que se trata de aquellas actas cuya lectura está permitida en la vista pública (Art. 330 CPP), o documenten actos irreproducibles. Sin embargo, las diligencias iniciales de investigación, que generalmente consisten en el atestado policial, son muy útiles en las fases anteriores al juicio, pues de su control el juez decide transitar o no a la fase siguiente. Además, la adopción de toda medida cautelar, tanto de índole personal como patrimonial, tiene que fundamentarse en una mínima actividad probatoria. Así lo ha dicho la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, una de ellas, fue en

la sentencia de Habeas Corpus 568-98, “...durante la detención para inquirir el juez requiere al Fiscal la presentación de las pruebas hasta ese momento recogidas para garantizar mayor transparencia, credibilidad y objetividad en la audiencia inicial en la cual estarán presentes el indiciado, su defensor y el fiscal, para evitar la parcialidad que podría generar únicamente la enunciación de la prueba del requerimiento fiscal, en caso contrario, si el juez no realiza la situación señalada podría incurrir en infracciones constitucionales tales como la violación al debido proceso legal, manifestado a través del irrespeto al derecho de defensa, juicio previo y presunción de inocencia, cuando por diversas circunstancias reguladas en la normativa sustantiva o adjetiva penal se resuelve únicamente con vista del requerimiento formulado por la representación fiscal...”

245

SANCIONES

Los oficiales, agentes y auxiliares de la policía que violen disposiciones legales o reglamentarias, que omitan o retarden la ejecución de un acto propio de sus funciones lo cumplan negligentemente o no obedezcan las instrucciones de los fiscales, serán sancionados por los tribunales o, de conformidad con las normas que rigen el estatuto policial.

919

El incumplimiento de cualquiera de estos principios, hará incurrir a los oficiales y agentes de policía en la responsabilidad disciplinaria correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad penal.

I. CONCORDANCIAS

- CP, 322 y 323

II. COMENTARIO

En el terreno disciplinario este precepto prevé que el incumplimiento, por causa no legítima, de las instrucciones recibidas por los funcionarios de policía de investigación dará lugar a la correspondiente corrección disciplinaria.

El mismo precepto contempla la posibilidad de que del incumplimiento de la orden, sin causa legítima, se deriven responsabilidades más graves. Se refiere, en particular, a la responsabilidad penal por los delitos de desobediencia o denegación de auxilio (arts. 322 y 323 CP).

Hemos de destacar que para que del incumplimiento resulte responsabilidad para el funcionario es preciso que la desobediencia se produzca sin causa legítima. El mismo art. 322.2 CP consagra, expresamente, un supuesto de desobediencia justificada o atípica, al establecer que “no incurrirán en responsabilidad penal los funcionarios o empleados públicos, agentes de autoridad o autoridad pública, por no dar cumplimiento a un mandato que constituyere una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquiera otra disposición reglamentaria”.

Cabe afirmar que en esta disposición se contiene una causa especial de justificación o atipicidad, según los autores, al declarar lícita, es decir, carente de responsabilidad la conducta del funcionario que desatiende una orden que es manifiestamente ilegal.

Con ello, se plantea el problema de la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios, en el sentido de que “a contrario sensu” existiría obligación de cumplir aquellos mandatos que, siendo antijurídicos, no infringen de forma manifiesta, clara y terminante una disposición legal o cualquier otra disposición general.

920 La cuestión, sin embargo, reside en comprender que sólo cabe la desobediencia ante lo que es “manifiesto y terminante”, y que esto sólo puede ser advertido en función de las condiciones y conocimiento del subordinado.

Lógicamente, si el subordinado no se percata del carácter antijurídico del mandato, no podrá hacer otra cosa que cumplirlo, sin caer en responsabilidad, que sólo será exigible al superior por haberlo utilizado a través de la orden.

El subordinado también puede equivocarse tanto en lo que se refiere a la legalidad de la orden recibida como sobre el carácter antijurídico del mandato. Pero, en este caso el subordinado habrá incurrido en un error sobre su legitimación para desobedecer que deberá ser tratado aplicando las reglas generales del error.

De esta forma se intenta poner solución a la disyuntiva que siempre ha estado presente en la regulación de la desobediencia. Por un lado, es consustancial al Estado de Derecho la primacía de la ley sobre el ejercicio de la autoridad, lo que resulta incompatible con el ejercicio antijurídico de la autoridad. Por otro, no es posible conceder al funcionario un derecho constante de revisión de las órdenes que recibe.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Además de la responsabilidad penal que puede originar una inadecuada actuación policial en la investigación de los delitos, también se responderá administrativamente ante los superiores. Para ello la ley (Ley de la Carrera Policial y Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil) establece los procedimientos a seguir e instituye tribunales

disciplinarios que juzgan las conductas policiales en el ámbito administrativo. El resultado de ese juzgamiento no depende del resultado del proceso penal por el delito cometido a raíz de la actuación policial; puede ser un parámetro pero no el fundamento del fallo administrativo. Eso significa que en sede judicial el Policía puede ser sobreseído o absuelto, pero condenado en sede administrativa, o a la inversa. Pueden disminuirse esas actuaciones inadecuadas y en ocasiones delictivas de la agencia policial en la investigación de los delitos, si la Fiscalía General de la República ejerce una verdadera dirección funcional, *a priori* y no *a posteriori*, es decir, desde el inicio de la investigación, como ya lo ha dicho la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia definitiva de Hábeas Corpus 447-98. Dirección funcional que no se limita a avalar la actividad de investigación realizado por la Policía.

246

ARCHIVO

Si en la denuncia no ha sido individualizado el imputado y después de recibidas todas las pruebas disponibles no sea posible atribuir la comisión del hecho investigado a ninguna persona y no existan posibilidades razonables de hacerlo, el fiscal podrá ordenar, mediante resolución debidamente fundamentada, el archivo de las actuaciones; caso contrario continuará con la investigación hasta la individualización.

921

Dicha resolución podrá ser impugnada por la víctima, ante el fiscal superior, indicando los medios de prueba practicables que permitan establecer la identidad del imputado.

Cuando la víctima sea el denunciante o haya comparecido en el procedimiento será instruida acerca de esta facultad.

Si el superior da la razón al fiscal inferior, las diligencias serán archivadas, caso contrario, se ordenará continuar la investigación y formular el requerimiento fiscal, cuando sea individualizado.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 13

II. COMENTARIO

La investigación preliminar dará lugar a la promoción de la acción penal pública, formulando el correspondiente requerimiento fiscal, si existe una persona identificada

contra la que dirigirla. En caso contrario, es decir, cuando haya sido totalmente imposible individualizar a la persona que cometió el hecho delictivo, deberá proceder al archivo de las diligencias de investigación.

En efecto, si en la denuncia no se ha individualizado al imputado y, pese a haber realizado todas las averiguaciones necesarias para lograr este objetivo, no se ha conseguido individualizarlo, de tal modo que no es posible atribuir la realización del hecho a ninguna persona concreta contra la que dirigir la acción penal, el fiscal ordenará el archivo de las diligencias previas de investigación. Naturalmente, el archivo es provisional y, por lo mismo, ni es equiparable al sobreseimiento ni produce efectos de cosa juzgada, ni impide la reapertura posterior de las investigaciones si el responsable llegase a ser conocido, pues en modo alguno determina la extinción de la acción penal.

La decisión de archivo debe plasmarse en una resolución debidamente motivada, que si bien no es objeto de recurso jurisdiccional, sí puede ser objeto de revisión por el superior jerárquico del fiscal encargado de la investigación. A tal fin, deberá ser notificada al ofendido por el delito, según resulta de lo establecido en el art. 13 CPP, en el que se establece que la víctima tendrá derecho a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal. Además, es claro que de otro modo la víctima no tendría posibilidad alguna de impugnar la decisión de archivo, facultad que este mismo precepto le otorga expresamente y de la que debe ser informada en el momento de la notificación.

922

La impugnación se formaliza ante el fiscal superior, entendemos que por medio de escrito en el que se deberán expresar los motivos en que se basa para no estar de acuerdo y, muy especialmente, las investigaciones que todavía podrían llevarse a cabo para conseguir individualizar al imputado.

La decisión del fiscal superior, a quien corresponde controlar la legalidad del archivo, puede orientarse en dos sentidos. Confirmarla, en cuyo caso las diligencias de investigación se paralizarán hasta que surjan nuevos indicios que permitan proceder a su reapertura; o revocarla, supuesto en el cual ordenará al fiscal encargado del caso la realización de nuevas diligencias de investigación hasta conseguir la individualización del imputado, procediendo en su momento a formular el requerimiento fiscal.

CAPÍTULO III

REQUERIMIENTO FISCAL

247

EL REQUERIMIENTO FISCAL. REQUISITOS

La solicitud contendrá:

- 1o.) Las generales del imputado o las señas para identificarlo;
- 2o.) La relación circunstanciada del hecho con indicación, en la medida de lo posible, del tiempo y medio de ejecución, las normas aplicables, y la calificación jurídica de los hechos;
- 3o.) La indicación de las diligencias útiles para la averiguación de la verdad; y,
- 4o.) La estimación del plazo necesario para la instrucción, considerando los plazos máximos establecidos en este Código.
- 5º) La petición todo lo que se considere pertinente para el ejercicio efectivo de la acción civil, tales como el secuestro, el resguardo de los bienes del imputado o del civilmente responsable.

Si fuere procedente solicitará, además que se decrete o mantenga en detención provisional u otra medida cautelar al imputado.

En caso que se solicite sobreseimiento y se trate de los supuestos señalados en el artículo 45 numeral 2, de este Código o de la aplicación del procedimiento abreviado, el fiscal podrá pedir, si fuere procedente, que el Juez de Paz se pronuncie sobre la reparación o resarcimiento civil.

Si falta alguno de estos requisitos, el juez ordenará que se completen durante la audiencia inicial si el imputado estuviere detenido, o fijará un plazo de tres días para ello si el imputado no estuviere detenido. Si los datos no son completados el requerimiento será declarado inadmisibile. En caso de declararse inadmisibile el requerimiento, las partes agraviadas podrán interponer el recurso de apelación.
(2)(5)

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 193.2
- CPP, 20, 22, 32, 43, 45.2, 238, 239, 260, 274, 275, 308, 309, 379

II. COMENTARIO

Una vez que el Código Procesal no permite que el juez actué de oficio, la promoción de la acción penal corresponde, en exclusiva, al Ministerio fiscal que debe requerir al juez para que inicie el proceso penal. De acuerdo con ello, el requerimiento fiscal es el acto procesal que realiza el Ministerio público a fin de provocar el comienzo de la actividad instructora, proporcionando elementos de juicio suficientes respecto del delito presuntamente cometido y la identificación de su autor. En este sentido, puede decirse que el requerimiento es, sustancialmente, el medio procesal a través del cual se promueve la acción pública, que corresponde en exclusiva al Ministerio fiscal de acuerdo con el art. 193.2 Cn.

924

El requerimiento fiscal se promueve una vez concluidas las diligencias iniciales de investigación y dentro de los plazos establecidos la ley. En efecto, una vez obtenida la información sobre la comisión de un hecho delictivo surge, para la policía y para la fiscalía, la obligación de promover la investigación de los hechos denunciados, realizando las correspondientes diligencias de investigación. Practicados los actos de investigación inicial, el fiscal dispone, conforme establece en el art. 235 CPP, de setenta y dos horas, para formular su requerimiento ante el juez de paz, si el sospechoso se encuentra detenido.

Es evidente que el Código Procesal no concreta el tiempo que debe durar la investigación inicial, lo que había llevado a algún autor a entender que el plazo de la investigación coincide con el que se concede al fiscal para presentar su requerimiento. Se aducía en favor de esta interpretación diversos principios, como el de celeridad o el de concentración y continuidad de la actividad procesal, recordando que la llamada investigación inicial no comprende una amplia y extensa averiguación que imponga la comprobación de todos los aspectos del ilícito penal, sino el primer soporte investigativo que realiza el Ministerio fiscal para poder fundar en él su requerimiento (ESCALANTE SARAVIA, p.679). Sin embargo, no podemos compartir este criterio, que sujetaba la realización de la investigación preliminar a un lapso de tiempo extraordinariamente breve y, por ello, condenado en muchas ocasiones al archivo por falta de autor conocido (art. 246 CPP), hasta el punto de que ha sido precisa una modificación legislativa ulterior del art. 235 CPP, disponiendo que el Fiscal deberá realizar las diligencias de investigación necesarias para formular el respectivo requerimiento en el menor tiempo posible.

Es cierto que el Código Procesal Penal no establecía tiempo alguno para la conclusión de la investigación preliminar, pero ni se trataba de un olvido ni había motivo para integrar esta supuesta omisión, imponiendo al Ministerio fiscal un plazo brevísimo para completar la investigación preliminar, en el que, a todas luces, resultaba imposible realizar las investigaciones mínimas, aunque indispensables para comprobar las circunstancias del hecho delictivo y, en muchas ocasiones, para individualizar a su autor. Si el legislador no estableció plazo era, simplemente, porque cometido el delito resultaba imposible fijar el tiempo en que el autor sería descubierto o se podrían obtener las evidencias de su autoría. Desde esta perspectiva, la regulación legal era correcta entonces y lo es también ahora al imponer, únicamente, la necesidad de observar un plazo determinado, setenta y dos horas, a contar desde que se produce la detención del imputado, pues a partir de ese momento no hay razón alguna para retrasar por más tiempo la presentación del requerimiento.

El requerimiento fiscal es el único medio para ejercitar la acción penal en los delitos públicos, una vez valorado el resultado de los actos de investigación inicial. De acuerdo con ello se ofrecen al fiscal diversas posibilidades de actuación que se expresan en el acto del requerimiento. Así, el requerimiento puede contener la petición de instrucción formal o el sobreseimiento, definitivo o provisional; puede solicitar la desestimación de la denuncia, la aplicación de criterios de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, la incoación de procedimiento abreviado o la conciliación. Todas estas pretensiones serán objeto de consideración al examinar el contenido del art. 248 CPP.

925

La solicitud fiscal deberá contener diversos requisitos que se concretan en los diversos apartados de este precepto:

A) Identificación del imputado

Contendrá, en primer término, la identificación del imputado, pues recuérdese que si después de realizadas todas las indagaciones posibles el responsable no ha llegado a ser individualizado procederá el archivo (art. 246 CPP). En tal sentido, los arts. 238 y 239 CPP imponen a los órganos encargados de la investigación penal, la Fiscalía General de la República y la policía de las investigaciones preliminares, la obligación de comprobar quiénes fueron los autores y partícipes en el hecho delictivo, a fin de establecer, plenamente, sus circunstancias de identidad, como condición inexcusable para formular el requerimiento.

Así pues, en el requerimiento se deberán relacionar todos los datos personales del imputado que sean conocidos: el nombre y apellidos, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, domicilio, lugar de residencia, condiciones de vida, nombre de los padres, cónyuge, hijos u otras personas con las que convive, depende o se encuentran bajo su tutela.

No obstante, hay que tener en cuenta que en el momento de formular el requerimiento fiscal no se exige la identificación completa del imputado, que puede no ser conocida en cuanto a su nombre y apellidos. Para el caso de que tales datos de identidad no sean conocidos, la ley permite que puedan relacionarse algunas señas especiales que puedan servir para su identificación.

En resumen, como regla general, se incluirá en el requerimiento fiscal, si ello es posible, el nombre, la edad, el domicilio y la profesión u oficio del imputado y, en general, todos los datos a que se refiere el art. 260 CPP; pero, si tales datos no fuesen conocidos, se le designará mediante otras indicaciones que también sirvan para identificarle, como el sobrenombre, el apodo o el seudónimo. Y, para el caso de que después de realizadas todas las investigaciones posibles no se haya conseguido individualizar al sospechoso y no existan posibilidades razonables de hacerlo, procederá la medida de archivo.

A los efectos de la identificación del imputado, también debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 88 CPP, en cuya virtud la identificación se realiza a través de sus datos personales, impresiones dactilares, señas particulares o por cualquier otro medio que sirva para la identificación. En el caso de que el imputado se niegue a facilitar sus datos personales o los que facilite sean falsos, la identificación se realizará por medio de testigos o por cualquier otro medio que se considere útil para conseguirla.

926

B) Relación circunstanciada del hecho punible

Además de la identificación del imputado, ha de incluirse la relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que hubiese sido ejecutado. La exposición de los hechos, que constituye la base del requerimiento fiscal, ha de estar formulada de la forma más detallada posible, de modo que debe contener una descripción concreta, clara y precisa de los hechos que constituyen el objeto de la imputación, incluida su calificación jurídica.

La importancia de concretar el hecho imputado en el requerimiento fiscal salta a la vista. El hecho imputado delimita el objeto del proceso y cumple una importante función de garantía para salvaguardar los derechos esenciales de la persona sometida a juicio. Piénsese, por ejemplo, en el derecho a ser informado de la acusación o en el derecho a no ser objeto de doble persecución. En ambos casos, el grado de concreción de los hechos imputados resultará esencial para evaluar el alcance de estos derechos.

Además, a partir del requerimiento queda establecido el objeto de la instrucción, es decir, queda establecido el ámbito objetivo y subjetivo de la investigación. Este efecto de promoción de la acción, por una parte, es consecuencia del principio acusatorio, en el sentido de que el juez sólo puede ocuparse de hechos y personas contra quienes se haya dirigido la acción penal; por otra, constituye una garantía para el imputado evitando los abusos de la inquisición general característica de los antiguos procesos inquisitivos.

Por ello, es fundamental que el requerimiento incluya la relación circunstanciada del hecho, expresando todos los elementos, objetivos y subjetivos, de la infracción que es objeto de persecución; debe completarse con la individualización precisa de los imputados, con la referencia a la participación que se atribuye al imputado y con la calificación jurídica de los hechos en que se basa la imputación, citando a tal efecto las disposiciones legales aplicables al caso.

La relación circunstanciada del hecho es, por otro lado, la base del requerimiento fiscal, ya que el cumplimiento de este requisito se encuentra directamente relacionado con el especial deber de motivación que se impone al fiscal en sus actuaciones, al que expresamente se refiere el art. 83.2 CPP Sin embargo, la forma de cumplir con esta obligación varía según las diversas pretensiones que puede incorporar el requerimiento.

Así la relación circunstanciada del hecho, incluyendo los elementos objetivos y subjetivos de la infracción y la calificación jurídica, será imprescindible cuando en el requerimiento se afirme la existencia de un hecho constitutivo de delito. Por el contrario, si con el requerimiento se pretende el sobreseimiento definitivo (art. 308 CPP) o la desestimación de la denuncia (art. 249 CPP), por no ser los hechos constitutivos de infracción penal, bastará con que contenga la relación circunstanciada del hecho denunciado, expresando los motivos por los que el fiscal concluye que tales hechos no son constitutivos de infracción penal.

927

En los casos en que mediante el requerimiento se pretenda el sobreseimiento provisional, la conciliación, la aplicación de criterios de oportunidad o la suspensión condicional del procedimiento, el cumplimiento de este requisito obliga a concretar el hecho y su calificación legal, pues en todos estos casos nos encontramos en presencia de un ilícito penal. También deberán quedar expresados los presupuestos legales que, en todo caso, impiden la continuación del proceso, bien porque extinguen la acción penal, bien porque suspenden temporalmente su ejercicio.

Un deber especial de justificación se exige cuando, al solicitar la instrucción formal, se reclama la detención provisional del imputado. En tal caso, el requerimiento deberá expresar las circunstancias de hecho que justifican la adopción de esta medida cautelar, a las que en concreto se refieren los arts. 292 y 293 CPP; la fuerte sospecha de que el imputado es responsable del hecho punible objeto de persecución; y, finalmente, las razones que existen para poder considerar que el comportamiento del imputado pondrá en peligro los fines del proceso penal, evadiéndose u obstaculizando la obtención de las pruebas del delito.

En atención a ello, se exige que el fiscal, en su requerimiento, detalle las evidencias existentes que permiten fundar la probabilidad acerca del delito cometido y la responsabilidad de su autor. Además, los motivos que existen para justificar el riesgo de que el sospechoso evada la acción de la justicia u obstaculice la investigación. A

estos efectos, deberá considerarse la gravedad del delito imputado, las circunstancias en que se produjeron los hechos y las propias de su autor.

C) Diligencias de investigación

En tercer lugar, el requerimiento fiscal debe contener una referencia a las diligencias que se proponen para la comprobación del hecho. Cuando el fiscal solicita la instrucción formal debe proponer las diligencias de investigación que considere necesarias para comprobar los hechos denunciados, incluyendo todos los actos de investigación que hayan de realizarse, precisen o no autorización judicial, y muy especialmente los denominados “anticipos de prueba” (art. 270 CPP), basándose en la necesidad urgente de su obtención y, en tal sentido, si deberán realizarse durante la instrucción o incluso antes en la misma audiencia inicial.

La instrucción es la etapa del proceso dirigida a determinar hasta qué punto la “notitia criminis” contenida en el acto inicial de denuncia puede dar lugar a un juicio oral y público. Para ello, han de realizarse determinadas actividades investigadoras encaminadas, fundamentalmente, a la comprobación del hecho y a la determinación de su autor. Estas actividades son las denominadas diligencias instructoras, que no son propiamente actos de prueba.

928

La actividad probatoria es la que se desarrolla en el juicio oral y se dirige a demostrar la existencia de unos hechos que, según los casos, darán lugar a la absolución o la condena. En cambio, las actividades instructoras van encaminadas a determinar las circunstancias que posibilitarán abrir o no el juicio oral, es decir, acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y la autoría.

Así pues, no cabe confundir los actos de investigación sumarial con los actos de prueba, los cuales, como regla general, son los que se obtienen ante la intermediación del tribunal encargado del enjuiciamiento y en el marco del juicio oral. Sólo, excepcionalmente, en esta fase preparatoria resultará necesario asegurar determinadas fuentes de prueba, pues en ocasiones la fugacidad de los elementos probatorios impide su ulterior reproducción en el juicio oral.

Se trata de la denominada prueba instructora anticipada o preconstituida, denominada también “anticipos de prueba”, que debe practicarse ya en este momento inicial, asegurando la intervención judicial y el respeto a los derechos de la defensa mediante la contradicción. A ello se debe la necesidad de destacar que, ya en este momento inicial del proceso, el fiscal, en su requerimiento, exprese los elementos de prueba que han de quedar validamente preconstituidos para el juicio oral, evitando que resulten perjudicados ante la imposibilidad de su obtención ulterior.

Por lo demás, tan sólo es preciso llamar la atención acerca del hecho de que las diligencias de investigación deben ser indicadas de manera precisa y concreta, sin que resulte necesario que la solicitud se extienda a las investigaciones ya realizadas en las diligencias iniciales de investigación.

D) Determinación del plazo de la instrucción

El requerimiento fiscal también debe incluir la estimación del plazo necesario para realizar la instrucción. La instrucción debe realizarse dentro de un plazo fijado por el Juez de instrucción, el cual debe sujetarse a los límites establecidos legalmente.

A este respecto, el art. 274 CPP establece como plazo máximo de la instrucción seis meses. Pero se trata de un plazo máximo que, lógicamente, deberá ser menor si no resulta necesario agotarlo.

No obstante, la instrucción, en algunos casos, podrá exigir un plazo mayor. La posibilidad de ampliar el plazo se encuentra prevista en el art. 275 CPP, que autoriza a que la Cámara de segunda instancia, a petición del juez de instrucción o instancia de las partes, prorrogue el plazo inicialmente fijado.

E) Responsabilidad civil derivada del delito

929

El último aspecto que debe comprender el requerimiento fiscal es el que se refiere a la responsabilidad civil derivada de delito, solicitando todo lo que considere pertinente para el ejercicio de la acción civil cuando se trate de un delito de acción pública, como por ejemplo la imposición o la modificación de las medidas cautelares, tales como fianzas, embargos, depósitos... etc.

No debe olvidarse que el fiscal está facultado para promover la reparación del daño causado a la víctima por el delito y ello, lógicamente, supone que la acción civil se promueva en el mismo acto en el que se promueve la acción penal. En este sentido, resulta claro que la acción civil debe formularse en el mismo acto en el que se promueve el requerimiento, a no ser que el querellante expresamente haya renunciado a ella, tal y como expresamente prevé el art. 43 CPP.

Además, para el caso de que se solicite el sobreseimiento por los motivos establecidos en el art. 45.2 CPP, es decir, inimputabilidad, concurrencia de una excusa absoluta, muerte del procesado, amnistía, prescripción de la acción penal, aplicación de un criterio de oportunidad o revocatoria de la instancia particular y en los casos de aplicación del procedimiento abreviado, el fiscal también solicitará que el Juez de Paz se pronuncie sobre la responsabilidad civil.

F) Requerimiento defectuoso y subsanación

En el último apartado se reitera, como requisito de inexcusable cumplimiento, que el fiscal se pronuncie por todo lo pertinente de la acción penal, para que la misma se ejercite de forma efectiva, siempre que se trate de un delito de acción pública.

También se estipula que, si alguno de los requisitos establecidos en este precepto faltase, el juez deberá ordenar que se subsane en la audiencia inicial, si el imputado se encontrase detenido o concederá un plazo de tres días, si el imputado no estuviese detenido. Si la subsanación no se produce, el requerimiento se declarará inadmisibles, sin perjuicio de la posibilidad que se reconoce a los agraviados de recurrir en apelación.

Esta es una facultad que el juez de paz debe realizar “a prevención” por cuanto forma parte del control de admisibilidad del requerimiento; por tanto, revisando los requisitos procesales que impiden darle curso y que, en su caso, deberán ser puestos de manifiesto al fiscal, de forma suficientemente precisa, para que sea posible la subsanación. Como ha destacado algún autor, el juez debe ser sumamente claro al señalar los defectos del requerimiento fiscal y nunca recurrir al fatídico e inconstitucional (por inmotivado) “viniendo en forma se proveerá”, que constituye una manifiesta denegación de justicia.

930

G) Diligencias del fiscal

Por último, aunque no aparezca incluido entre los requisitos del requerimiento, el fiscal deberá adjuntar el resultado de las actuaciones que haya realizado, según sea el contenido de la pretensión que incorpore al mismo.

Si el fiscal solicita la desestimación de la denuncia, porque el hecho no es constitutivo de delito o porque no es posible proceder, el fiscal deberá adjuntar al requerimiento el acto inicial de denuncia, querrela o informe policial, pues sólo a través de su lectura podrá el juez comprobar si el hecho denunciado es o no constitutivo de infracción penal.

Si la desestimación se fundamenta en la falta de la condición objetiva de procedibilidad consistente en la falta de denuncia de la víctima, en los delitos perseguibles previa instancia particular, al requerimiento deberá adjuntarse la certificación de que la víctima no dio su consentimiento para proceder. Y, si se trata de un funcionario que goza de fuero constitucional (art. 236 Cn), es preciso que se acompañe la certificación que justifique que el imputado goza de tal privilegio constitucional.

Cuando el fiscal solicita el sobreseimiento, es recomendable que se adjunten todas las diligencias practicadas por el fiscal, a fin de que el juez pueda examinarlas para

fundamentar, debidamente, la resolución de sobreseimiento, de acuerdo con los motivos expresados en los arts. 308 y 309 CPP.

Así, cuando el sobreseimiento se solicita por falta de tipicidad del hecho (art. 308.1 CPP), sólo el examen de las diligencias permitirá que el juez obtenga la certeza negativa respecto a que el hecho no ha existido, es atípico o el imputado no participó en él.

En el supuesto de sobreseimiento basado en la imposibilidad de fundamentar la acusación y en la imposibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba (art. 308.2 CPP), sólo el examen de las actuaciones realizadas por el Ministerio fiscal permitirá concluir que es imposible, razonablemente, incorporar nuevos elementos de prueba, completando las investigaciones ya realizadas.

De igual modo, cuando el sobreseimiento se fundamente en la concurrencia de alguna causa extintiva de la responsabilidad penal (art. 308.3 CPP), resulta lógico que se incorpore el resultado de las investigaciones que, en cada caso, permitan afirmar que la causa de exención se encuentra suficientemente probada, por tratarse de un requisito esencial para apreciar el sobreseimiento.

Por último, si el sobreseimiento se basa en que la responsabilidad penal se ha extinguido o en que concurre la excepción de cosa juzgada (art. 308.4 CPP), deberán acompañarse las diligencias que permitan establecer suficientemente que la responsabilidad penal ha quedado extinguida, por ejemplo adjuntando la certificación de defunción del imputado, la revocatoria de la instancia particular de la víctima o la sentencia o resolución equivalente que puso fin al proceso en una instancia anterior.

931

A idéntica conclusión debe llegarse en relación con el sobreseimiento provisional (art. 309 CPP). A esta solicitud también deberán acompañarse las diligencias que haya practicado el fiscal, con la finalidad de que el juez pueda valorar el resultado de las investigaciones y, a la vista de ellas, concluir que no es posible, por el momento, el ejercicio de la acción penal, por carecer de la evidencia mínima respecto de la participación del imputado en el hecho delictivo.

La solicitud basada en la aplicación de los criterios de oportunidad establecidos en el art. 20 CPP deberá contener la justificación de que concurren los presupuestos legales exigidos para su aplicación, resultando necesario, por lo general, que se adjunten las investigaciones realizadas por el fiscal. Sólo a través del examen de las mismas será posible comprobar la insignificancia del hecho o lo exiguo de la contribución del partícipe a la realización del delito o su mínima culpabilidad a que se refiere el apartado 1º. De igual modo, respecto de los restantes números, especialmente el 2º que condiciona la extinción de la acción penal a la colaboración prestada por el imputado y a la eficacia de la información facilitada por el mismo.

Respecto de la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, el requerimiento fiscal debe contener todos los requisitos que se establecen en el art. 22 CPP, para permitir que el juez resuelva sobre la solicitud, especialmente la admisión de los hechos imputados, la conformidad con la suspensión y con las reglas de conducta que han de aplicarse, así como la reparación de los daños causados por el delito.

La aplicación del procedimiento abreviado requiere, por un lado, justificar los requisitos establecidos en el art. 379 CPP y, además, el resultado de todas las investigaciones como medios para que el juez dicte sentencia. En este caso, adquiere una relevancia especial acreditar que el imputado ha admitido el hecho y que ha prestado, libremente, su consentimiento con la aplicación de este procedimiento. También deberá adjuntarse la opinión, favorable o desfavorable, de la víctima.

La conciliación requiere que se adjunte el acta de conciliación entre el imputado y la víctima que deberá ser verificada por el juez en la audiencia inicial. El acta de conciliación, de acuerdo con el art. 32 CPP contendrá las obligaciones pactadas, que se extenderán a la reparación del daño causado por el delito, y el plazo para su cumplimiento.

932 Por último, tratándose de la solicitud de instrucción formal, es conveniente que se adjunten las diligencias de investigación realizadas por el fiscal, ya que en este caso el juez debe comprobar la existencia de un ilícito penal y que se cuentan con suficientes evidencias de que el imputado es el responsable del mismo. Además, es preciso resolver sobre la aplicación de las medidas cautelares y, para ello, resulta esencial que se encuentren suficientemente justificados los presupuestos que permiten su adopción.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Continúa la práctica de la Fiscalía, aunque no es tan frecuente, que cuando se presenta el requerimiento al Juez de Paz, no se agregan las diligencias iniciales de investigación, bajo el argumento de que esta disposición legal no lo exige (Art. 247 CPP). Se olvida que el derecho procesal penal es un todo unitario y armónico, que para resolver cualquier aspecto se requiere de una labor integradora. Este artículo, no tiene por que decir que se agreguen esas diligencias, si hay normas de rango constitucional (Art. 13), que imponen la obligación al Fiscal de presentarlas, también de tipo legal, Art. 55 CPP. Esta última disposición legal no excluye o excepciona casos en que deban presentarse las diligencias de iniciales de investigación. Otra razón fundamental que obliga a la presentación de la carpeta investigativa es el derecho defensa tanto material como técnica. El imputado y su defensor, deben saber y conocer las pruebas que hay en contra del primero, lo cual sirva para el diseño de una verdadera estrategia de defensa. Es el Juez en última instancia, por disposición constitucional y legal, el que garantiza todos los derechos del imputado. Además, la investigación inicial forma parte del proceso judicial, es la que motiva el acceso a sus distintas etapas. Es la que sirve al

Juez para fundamentar sus fallos, pues éste, debe apoyarse en una mínima actividad probatoria. Esto lo hace a través del control de la investigación inicial (Policial y Fiscal). Esto es así, debido a que el Juez no puede fallar con lo que le digan las partes (Art. 130 CPP). En ese sentido la investigación inicial adquiere mucha relevancia, por que en ella el Juez encuentra los elementos de convicción que le darán sustento a su decisión, independientemente de la pretensión del requirente, acusador y defensor e inclusive de las partes materiales.

248

PETICIONES

Recibidas las diligencias iniciales de la policía, el fiscal formulará requerimiento dentro de los plazos establecidos. En él podrá solicitar:

- 1) La instrucción con o sin detención provisional del imputado;**
- 2) La desestimación de la denuncia, querrela o de informe de la policía;**
- 3) El sobreseimiento, definitivo o provisional;**
- 4) Se prescinda de la persecución penal en razón de criterios de oportunidad de la acción pública;**
- 5) La suspensión condicional del procedimiento a prueba;**
- 6) El procedimiento abreviado conforme a las reglas previstas en este Código; y**
- 7) La conciliación.**

933

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 20, 22, 23, 26, 32, 246, 252, 253, 308, 309, 379

II. COMENTARIO

Mediante el requerimiento, el Ministerio fiscal promueve la acción penal, provocando el inicio del proceso penal propiamente dicho. Sin embargo, entre las diversas solicitudes que puede formular, no sólo se contempla la petición de instrucción formal, sino que, atendiendo al resultado de la investigación inicial, el requerimiento fiscal puede tener diversas finalidades: contener la petición de desestimación de la denuncia, instar el sobreseimiento en cualquiera de sus clases, solicitar la aplicación

de los criterios de oportunidad, pedir la suspensión del procedimiento a prueba, demandar la incoación de procedimiento abreviado e, incluso, la conciliación.

La investigación inicial concluye, como regla general, con el requerimiento fiscal. Únicamente, cuando el resultado de la investigación inicial no haya permitido individualizar al autor del hecho delictivo y no exista posibilidad razonable de conseguirlo, el Ministerio fiscal podrá, por sí, acordar el archivo de la denuncia, sin perjuicio del derecho que asiste a la víctima de la infracción de impugnar la decisión de archivo ante el fiscal superior, que podrá disponer la continuación de la investigación y ordenar al fiscal del caso que formule el correspondiente requerimiento (art. 246 CPP).

Consiguientemente, la decisión del fiscal de archivar las primeras diligencias debe plasmarse en una resolución debidamente motivada, que deberá ser notificada a la víctima de la infracción. Esta exigencia resulta, por una parte, de lo establecido en el art. 83.2 CPP, en el que se establece que los fiscales formularán específica y motivadamente sus requerimientos y conclusiones; y, por otra, de lo establecido en el art. 13.3 CPP, en el que se reconoce, a favor de la víctima el derecho a ser escuchada antes de cada decisión que determine la extinción o suspensión de la acción penal.

934 Es claro que la decisión de archivo, a estos únicos efectos, es equivalente a las que enumera el art. 31 CPP en cuanto que imposibilita materialmente que la víctima ejercite la acción penal. En tal sentido, es obligado que la se notifique a la víctima la decisión de archivo, permitiéndole impugnar la decisión ante el fiscal superior, expresando los motivos por los que se muestra disconforme y, en su caso, los medios de investigación que podrían conducir a establecer la identidad del imputado.

La decisión del fiscal superior puede orientarse en amparar la petición de la víctima. En tal caso, el fiscal deberá continuar la investigación preliminar, debiendo formular el oportuno requerimiento fiscal, solicitando llegado el caso la apertura de la instrucción formal.

A) Solicitud de instrucción formal

Cuando la solicitud que contiene es la de instrucción formal es porque, existiendo un hecho constitutivo de delito y encontrándose individualizado el autor del mismo, se han identificado suficientes medios de prueba en contra del imputado que justifican el inicio del proceso penal propiamente dicho. En tales casos, el requerimiento fiscal deberá contener los requisitos establecidos en el precepto anterior y, además, podrá incluir la petición de que se sujete al imputado a las medidas cautelares necesarias para asegurar el buen fin del proceso.

Se trata de una de las manifestaciones procesales del ejercicio de la acción pública, de una importancia a trascendental para el desarrollo del proceso, por cuanto se deriva

del principio acusatorio, conforme al cual el órgano judicial sólo puede actuar cuando la acción ha sido promovida por el Ministerio fiscal: “No podrá realizarse la audiencia inicial ni ordenarse la instrucción sin el respectivo requerimiento fiscal” (art. 253 CPP).

La fiscalía, además, está obligada a promover el ejercicio de la acción pública, en virtud del principio de legalidad, siempre que existan motivos para estimar que se ha cometido un hecho punible y exista una persona determinada sobre la que recaiga la sospecha de haberlo cometido, pues en caso contrario deberá instarse la desestimación de la denuncia, en el primer caso, y el archivo, en el segundo.

B) Solicitud de desestimación de la denuncia

El Ministerio fiscal solicitará la desestimación de la denuncia, si el hecho no fuese constitutivo de delito o no se pudiese proceder por razón del mismo ante la ausencia de algún presupuesto procesal o sustantivo. Respecto de este último inciso, el caso más común será el de la ausencia de algún requisito de procedibilidad, en particular, la falta de la instancia de la víctima en los delitos perseguibles previa instancia particular.

En efecto, determinadas infracciones, las previstas en el art. 26 CPP, sólo pueden ser perseguidas previa petición de la víctima o, en su caso, de la persona que legalmente la represente. En tales caso, conforme se establece en el art. 239 CPP sólo se procederá cuando exista expresa solicitud de la persona facultada para instar la acción y la falta de solicitud de instancia particular es motivo de nulidad (art. 224.3 CPP) y puede ser opuesta como excepción por falta de acción (art. 277.2 CPP).

935

Asimismo deben incluirse los delitos cometidos por funcionarios públicos que gozan del privilegio del fuero constitucional (art. 236 CPP) respecto de los cuales deberá obtenerse del órgano correspondiente, Asamblea Legislativa o Corte Suprema de Justicia, la declaración de haber lugar a la formación de la causa (arts. 381 y ss. CPP).

En todos estos casos, la petición expresada en el requerimiento fiscal, que en cuanto supone el archivo definitivo del acto inicial deberá encontrarse suficientemente justificada, para evitar cualquier sospecha de arbitrariedad, consistente en no proceder por el hecho denunciado.

C) Solicitud de sobreseimiento

Si se dan los supuestos establecidos en los arts. 308 y 309 CPP, el Ministerio fiscal, ya en este momento inicial, solicitará el sobreseimiento, en cualquiera de sus formas, es decir, provisional o definitivo.

El sobreseimiento es la resolución judicial emanada del órgano competente mediante la cual se pone fin al proceso, provisional o definitivamente, sin actuar el “ius

puniendi” estatal. Constituye la alternativa a la apertura del juicio oral, pues como ha destacado la doctrina es un acto que pone fin al proceso, guardando gran semejanza, en cuanto a los efectos que produce, con la sentencia absolutoria.

Dos son los caracteres que cabe extraer del concepto de sobreseimiento adoptado. Por un lado, es un acto procesal que se concreta en la falta de acusación, por lo que debe ser objeto de una fundamentación minuciosa, es decir, en el requerimiento el fiscal debe expresar los motivos que permiten considerar que se dan los presupuestos que impiden el ejercicio de la acción penal.

Por otro, el sobreseimiento es una decisión de fondo, que permite equipararlo a la sentencia absolutoria, en cuanto que es capaz de producir los efectos de la cosa juzgada, impidiendo una nueva persecución por el mismo hecho (“ne bis in idem”). El valor de este pronunciamiento es, por tanto, el cierre del proceso de manera definitiva e irrevocable.

No obstante, se distinguen dos clases de sobreseimiento, con diferente alcance: el definitivo y el provisional. Sólo el primero provoca la terminación anticipada del proceso e imposibilita que se pueda iniciar otro proceso sobre los mismos hechos y contra el mismo imputado. El sobreseimiento provisional, en cambio, no impide que en un momento ulterior, aunque sujeto a un plazo de caducidad, el proceso se ponga de nuevo en marcha.

936

Por los distintos efectos que produce el sobreseimiento, según sea provisional o definitivo, resulta lógico que las causas que provocan el primero sean temporales, ya que es su modificación posterior la que puede provocar un cambio en el estado del proceso. En cambio, los motivos que provocan el sobreseimiento libre están basados en la certeza, es decir, en la ausencia, definitiva e irreversible, de los elementos de hecho o de derecho que hacen posible el ejercicio de la acción penal y, en consecuencia, el enjuiciamiento final de la causa.

Es claro que el sobreseimiento definitivo, en cuanto que supone el cierre del proceso, sin posibilidad ulterior de reapertura, sólo se podrá instar en este momento inicial del proceso si se dan, de forma manifiesta, las condiciones que autorizan a acordarlo, es decir, que resulte con certeza la inexistencia de hecho, de delito o de persona responsable (art. 308.1 CPP), que no sea posible fundamentar la acusación ni exista la posibilidad razonable de obtener nuevos elementos de prueba (art. 308.2 CPP), que el imputado se encuentre exento de responsabilidad (art. 308.3 CPP) o que se haya extinguido la responsabilidad penal o se de la cosa juzgada (art. 308.4 CPP).

Por el contrario, procederá el sobreseimiento provisional cuando los elementos que resulten de la investigación preliminar sean insuficientes para solicitar la instrucción

formal, aunque exista la posibilidad de incorporar en el futuro nuevos elementos de convicción.

En tal caso el sobreseimiento provisional conlleva la suspensión del proceso en virtud de la posibilidad razonable de que aparezcan nuevos elementos de prueba que permitan fundar la acusación para proceder a la incoación del proceso. Por ello, el fundamento de esta clase de sobreseimiento es que la acusación adolezca del fundamento necesario por que los elementos de prueba no sean suficientes.

D) Solicitud de aplicación de los criterios de oportunidad

También podrá solicitar la aplicación de los criterios de oportunidad, si se dan los requisitos establecidos en el art. 20 CPP, basados, fundamentalmente, en la ausencia de interés público en la persecución, en la insignificancia de la culpa, en la contribución relevante para impedir la ejecución del hecho o para conseguir su esclarecimiento, en la existencia de un daño moral de difícil reparación que haya sufrido el imputado como consecuencia de la realización del delito o en la existencia de una pena carente de importancia en consideración a la pena ya impuesta en otro proceso.

La aplicación de los criterios de oportunidad le corresponde, en exclusiva, al Ministerio fiscal, ya sea en el momento del requerimiento, solicitando del Juez de Paz se prescinda de la persecución penal, o con posterioridad, hasta diez días antes de la fecha fijada para la celebración de la audiencia preliminar. En cualquier caso lo importante es destacar que es a la fiscalía a la que corresponde apreciar y proponer la aplicación del criterio de oportunidad, y no al órgano jurisdiccional. Si el juez considera oportuno la aplicación de algún criterio de oportunidad únicamente puede solicitar la opinión del fiscal, que deberá estar de acuerdo con su aplicación para que el juez pueda acordarlo (art. 20 CPP).

937

El hecho de que la aplicación de la oportunidad determine la extinción de la acción penal (art. 31.6 CPP). No obstante, la extinción de la acción pública no impide la persecución del hecho por medio de la acción privada, aunque su promoción se encuentra sujeta a un plazo de caducidad, tres meses desde la fecha de la resolución (art. 21 CPP).

Los limitados efectos que conlleva la aplicación de un criterio de oportunidad en cuanto a la extinción de la acción penal justifica la previsión contenida en el art. 252 CPP, según el cual no exime a la Fiscalía General de la República de realizar las diligencias de investigación que permitan asegurar las fuentes de prueba.

E) Solicitud de suspensión condicional del procedimiento

La suspensión condicional del procedimiento, mediante la sujeción del imputado a determinadas reglas de conducta, también es posible en este momento preliminar, siempre que se den las condiciones establecidas en el art. 22 CPP. La suspensión del procedimiento es un instrumento procesal que paraliza el ejercicio de la acción penal a favor del imputado, quien se somete durante un cierto tiempo, entre uno y cuatro años, a prueba, en particular, al cumplimiento de determinadas condiciones impuestas por el juez aceptadas previamente por el imputado. Transcurrido el plazo y cumplidas las condiciones se produce la extinción de la acción penal (art. 31.7 CPP).

Los presupuestos para suspensión condicional del procedimiento son los siguientes:

Que se trate de un delito menos grave, es decir, castigado con pena que no exceda de tres años.

938 Solicitud de alguna de las partes con señalamiento de las reglas de conducta. La solicitud podrá formularse ya en este momento inicial del procedimiento, al formular el requerimiento fiscal ante el Juez de Paz (art. 248.5 CPP). También con posterioridad, en el dictamen de la audiencia preliminar ante el Juez de Instrucción (art. 313.4 CPP) e, incluso, ante el tribunal se sentencia por vía de excepción (art. 324.2 CPP), según la opinión de algún autor.

Conformidad del imputado con la suspensión, que no sólo ha de admitir los hechos que se le imputan y haber reparado los daños causados por el delito o, al menos, asumido formalmente la obligación de repararlos en la medida de sus posibilidades, sino que también ha de aceptar el cumplimiento de las reglas de conducta que caracterizan esta forma de terminación del proceso.

Las reglas de conducta a que podrá quedar sometido el imputado son las previstas en el art. 23 CPP, las cuales, en ningún caso, podrán ser vejatorias o susceptibles de ofender su dignidad o afectar a su ámbito de privacidad ni contrariar sus creencias religiosas, políticas o sus hábitos de conducta no directamente relacionados con el delito cometido.

F) Solicitud de incoación del Procedimiento Abreviado

También procederá la incoación de Procedimiento Abreviado si se dan las circunstancias previstas en el art. 379 CPP, en cuya virtud del fiscal puede evitar la instrucción formal y el ulterior juicio si el imputado admite voluntariamente su culpabilidad y la pena solicitada por el fiscal no es privativa de libertad o siéndolo no supera los tres años de prisión.

Se puede solicitar la aplicación del procedimiento abreviado en el requerimiento fiscal, para su resolución en la audiencia inicial, pero también posteriormente hasta la celebración de la audiencia preliminar.

La solicitud deberá contener el acuerdo de los interesados incluido el consentimiento de la víctima, cuya negativa, sin embargo, no impide que el juez pueda acordar la incoación de este proceso, dictando la sentencia que corresponda.

G) Solicitud de conciliación

La conciliación consiste en el acuerdo entre el imputado y la víctima, que determina, en los casos legalmente previstos, la suspensión del procedimiento y conlleva, si el imputado cumple con lo que se hubiere comprometido, la extinción de la acción penal.

Sólo es posible cuando se trate de delitos menos graves previstos en el art. 32 CPP y comprende la reparación del daño a la víctima o al ofendido por el delito. Podrá hacerse ante el Juez de Paz, incorporándola al requerimiento fiscal, pero también ulteriormente, ante el Juez de Instrucción (arts. 317.7 y 319 CPP) y ante el Tribunal de sentencia, si se hace antes de que se clausuren los debates de la vista pública (art. 32 CPP).

939

La conciliación sólo producirá plenos efectos extintivos de la acción penal si el imputado cumple dentro del plazo lo convenido. En caso contrario el procedimiento continuará, como si no se hubiese conciliado.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Hay que destacar que estas solicitudes del Fiscal al Juez de Paz deben hacerse en forma escrita, fundamentando el requerimiento en las razones de hecho y de ley que la sustenta. Para ello, debe apoyarse en la investigación. Debe tener sumo cuidado, porque cuando la persona está detenida hay un plazo para presentar el requerimiento (Art. 13 Cn.). La inobservancia de ese plazo puede ocasionar serias consecuencias, no solo al proceso, sino al requirente, tanto administrativas como penales. Igualmente se exige del Juez de Paz, que luego de ponerse a su orden el procesado (detenido), dentro de las setenta y dos horas siguientes, se pronuncie decretando la libertad o la detención.

249

DESESTIMACIÓN

Si el hecho no constituye delito o no es posible proceder, el fiscal solicitará al Juez de Paz, mediante requerimiento fundado, la desestimación. Si el juez no está de acuerdo con la petición, requerirá la opinión del fiscal superior conforme lo previsto en este Código.

La solicitud de desestimación no eximirá al fiscal y al juez del deber de practicar los actos de investigación que no admitan demora.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 256.3

II. COMENTARIO

940 Cuando el hecho denunciado no es constitutivo de delito, lógicamente, no puede incoarse proceso penal alguno para su averiguación y descubrimiento y, por tanto, el Ministerio fiscal ha de solicitar del Juez de Paz que disponga la desestimación de la denuncia. Debe entenderse como un supuesto de rechazo de la denuncia “a limine litis” que exige una resolución judicial de desestimación (art. 256.3 CPP) previa celebración de la audiencia inicial, a la que, no obstante, será preciso convocar al imputado.

La denuncia también puede ser desestimada por la falta de una condición objetiva de procedibilidad, fundamentalmente la ausencia de instancia de la víctima en los delitos que requieren la previa instancia particular.

No obstante, para los casos en que el órgano judicial conceptúe improcedente la petición de desestimación hecha por el Ministerio fiscal y, ante la imposibilidad de ordenar de oficio la admisión a trámite de la misma, se autoriza al juez a acudir al superior jerárquico del fiscal que tomó la decisión de pedir la desestimación.

El mecanismo para plantear la cuestión es que el Juez de Paz remita la denuncia al superior del fiscal, mediante resolución fundada en donde exprese las razones de su disconformidad con el requerimiento fiscal, para que el superior realice un reexamen de la misma y emita un nuevo juicio sobre su contenido. La decisión del fiscal consultado debe ser comunicada al órgano judicial, aunque no sólo a éste; también al fiscal actuante en la causa, a fin de que ratifique la petición de desestimación o, en su caso, formule requerimiento.

Se establece, por último, que la solicitud de desestimación no exime al fiscal de realizar las diligencias urgentes de investigación, especialmente importante para el caso de que el motivo de la desestimación es la falta de acción, que podrá ser subsanada en el futuro.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Desestimar, significa denegar o desechar. La procedencia de la Desestimación, como un instituto procesal que impide la iniciación de un proceso penal surge cuando, luego de realizar la investigación, el fiscal estima que el hecho no es delito o no es posible proceder. Ha creado muchos problemas en la práctica la aplicación de esta salida alternativa. Principalmente, por la aparente regulación semejante que hay con el artículo 208.1 CPP, el cual dice “1) Cuando resulte con certeza que el hecho no ha existido o *no constituye delito* o que el imputado no ha participado en él”. Así como está redactada la norma procesal (Art. 249 CPP), cuando expresa “si el hecho no constituye delito”, se está refiriendo a las *condiciones objetivas de punibilidad*, que Luzón Domingo (Casero Linares, P. 23) las define como la necesidad de que en el momento de realizarse la conducta delictiva concurren unas determinadas circunstancias de hecho, extrañas a la misma conducta, ajenas al agente y que no tienen por que ser conocidas por el mismo, ni, por tanto, su voluntad tiene que aceptarlas o rechazarlas, para que a dicha conducta pueda imponérsele la pena con que aparece sancionada por el precepto legal. Como ejemplos de condiciones objetivas de punibilidad, pueden destacarse: Art. 131 CP, la necesidad de que se produzca la muerte; Art. 233 CP, la calificación por la autoridad administrativa del alza inmoderada de precios en los supuestos de acaparamiento; Art. 242 CP, la declaración por el Juez competente de quiebra, concurso o suspensión de pagos; Art. 353 CP, la declaración de guerra o la realización de actos hostiles contra el Estado Salvadoreño, en los supuestos de inteligencia con estado extranjero; Art. 357 CP, la circunstancia de guerra, grave trastorno del orden público o calamidad nacional en los delitos de sabotaje; Art. 249 CP, la cantidad mínima exigida para considerar la existencia de una delito de evasión de impuestos; existen más por supuesto. En estos casos debe desestimar la denuncia o informe.

941

No es procedente solicitar por parte del fiscal el sobreseimiento definitivo, ni el juez resolver en ese sentido, porque puede suceder posteriormente que la condición objetiva de punibilidad se cumpla, para perseguir judicialmente al imputado. El sobreseimiento libre o definitivo, “es aquel que se equipara a una sentencia absolutoria impidiendo por ello un proceso posterior para el enjuiciamiento del mismo hecho frente al mismo imputado” (Asencio Mellado: 1998. p. 211). Éste solo ocurre cuando realizada la investigación, la misma haya deparado razones bastantes para estimar con certeza que el hecho imputado no ha existido como tal, o que éste aún existiendo *no es típico*, o que el imputado no es su autor. Generalmente, este tipo de sobreseimiento se pide luego de agotada la investigación. Significa que la certeza negativa puede adquirirse

antes de la culminación del proceso con todos sus trámites, o sea, antes del juicio. Entonces, la diferencia sustancial entre Desestimación y Sobreseimiento definitivo, es que en la desestimación de la denuncia o informe, *por no ser delito el hecho*, no se ha adquirido la certeza de esa circunstancia, sino que más bien, puede existir la posibilidad de que se completen los elementos objetivos del injusto penal, como lo son las condiciones objetivos de punibilidad e iniciar la persecución penal por el mismo hecho y contra el mismo imputado. El sobreseimiento definitivo, como se dijo, produce los efectos de una sentencia definitiva, por tanto está prohibida toda persecución penal posterior por el mismo hecho; produce los efectos de cosa juzgada (*ne bis in idem*).

942 Ahora bien, cuando el Art. 249 CPP, se refiere a que “*no es posible proceder*”, como otro de los motivos para solicitar por parte del fiscal la desestimación, se está refiriendo a lo que en doctrina se conoce como *requisitos de procedibilidad*, en las que se distinguen la condiciones o requisitos de procedibilidad y las de perseguibilidad. Las primeras son aquellos requisitos necesarios para que pueda iniciarse un proceso penal, son condiciones que determinan la posibilidad del procedimiento; no afectan a ninguno de los elementos del delito. Las condiciones de perseguibilidad, son manifestaciones formales de voluntad del perjudicado para que se inicie el proceso. A manera de ilustración se citan los siguientes ejemplos: Art. 236 Cn., autorización para poder proceder contra el Presidente y los demás que cita la norma; Arts. 382 y siguientes CPP, que consiste en el antejuicio necesario para exigir responsabilidad criminal, por los delitos oficiales que cometan los Jueces de Primera Instancia, y otros que menciona la disposición; Art. 26 CPP, la autorización expresa de la víctima para proceder a la persecución penal en los delito de acción pública dependientes de instancia particular; Art. 238 CPP, en los supuestos de competencia desleal, el ejercicio de acción penal se hace depender de lo establecido en el Art. 497 del código de Comercio; Art. 241 CPP, en los casos de Alzamiento de Bienes, la acción penal depende que la insolvencia resulte acreditada a través de actos de ejecución infructuosa en vía civil; otros ejemplos, son los Arts. 243 y 251 CPP.

250

SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL

Cuando el fiscal estime que se dan en el caso las condiciones previstas para el sobreseimiento provisional, así lo solicitará, sin perjuicio de la reapertura posterior de la investigación.

Con la solicitud remitirá al Juez de Paz las actuaciones y evidencias que tenga en su poder.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 309 y 310

II. COMENTARIO

El sobreseimiento provisional procede por dos motivos fundamentales, que no exista prueba suficiente para hacer la calificación del hecho y que no exista prueba suficiente respecto a la participación concreta de una persona en el delito.

A diferencia de lo que sucede con el sobreseimiento definitivo, el sobreseimiento, cuando es provisional, produce, como su nombre indica, un efecto no definitivo, provocando una conclusión del proceso que es meramente provisional, es decir, con efectos más de suspensión que de conclusión.

A causa de ello, con el sobreseimiento provisional no precluye el proceso, siendo posible su futura reapertura si aparecen nuevos elementos de prueba. Ahora bien, la revocación del sobreseimiento y la reapertura del proceso sólo procede si aparecen nuevos elementos de prueba durante el término fijado en el art. 310 CPP, un año, transcurrido el cual el sobreseimiento se vuelve definitivo.

943

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

El Sobreseimiento Provisional consiste “en una resolución judicial que pone fin al proceso en forma anticipada en aquellos casos en que, con anterioridad a la celebración del juicio oral, concurren circunstancias que aconsejan su suspensión ante la falta de elementos suficientes para un correcto enjuiciamiento.... No es necesario que exista una certeza absoluta con respecto a los presupuestos exigibles para su acuerdo, bastando, pues, la simple duda, toda vez que siempre quede abierta la puerta para la reapertura del proceso ante la aparición de nuevos datos”. (Asencio Mellado: 1998. p. 213). Así entendido, el sobreseimiento provisional produce el cese temporal de la actividad procesal, impidiendo la acusación o el desarrollo del proceso en su curso hacia la sentencia definitiva o imposibilitando el dictado de ésta. El legislador no describe la casuística para la procedencia de este sobreseimiento, como sí lo hizo para el sobreseimiento definitivo (Art. 308 CPP). Sin embargo, del artículo 309 CPP, podemos deducir la misma, es decir, que el sobreseimiento provisional sólo será factible cuando la información probatoria contenida en los elementos de convicción recolectados, no permita poder acusar, lo que nos remite a los requisitos de la acusación (Art. 314 CPP). Específicamente los contenidos en los números dos, tres y cuatro, relacionados precisamente con la demostración de la perpetración del hecho penal, que no se tenga la prueba suficiente de su existencia, o que no hayan suficientes indicios para acreditar la participación del imputado en el hecho, pero que tampoco excluya la posibilidad de establecer dichas circunstancias. El efecto que produce esta decisión judicial, es

suspender el trámite del proceso, que puede reanudarse cuando aparezcan nuevos elementos, sean favorables o desfavorables al imputado, de modo que continúe el trámite o que el mismo adquiera la calidad de definitivo (Art. 310 CPP).

251

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

Asimismo, podrá el fiscal solicitar el sobreseimiento definitivo cuando sea manifiesto que se dan en el caso las condiciones que permiten dicho sobreseimiento.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 308

II. COMENTARIO

944

El sobreseimiento definitivo, en cuanto que supone el cierre del proceso, sin posibilidad ulterior de reapertura, sólo se podrá instar en este momento inicial del proceso si se dan, de forma manifiesta, las condiciones que autorizan a acordarlo, es decir, que resulte con certeza la inexistencia de hecho, de delito o de persona responsable (art. 308.1 CPP), que no sea posible fundamentar la acusación ni exista la posibilidad razonable de obtener nuevos elementos de prueba (art. 308.2 CPP), que el imputado se encuentre exento de responsabilidad (art. 308.3 CPP) o que se haya extinguido la responsabilidad penal o se de la cosa juzgada (art. 308.4 CPP).

En todos estos casos se dispone el sobreseimiento definitivo, que a diferencia del provisional es una decisión de fondo, parangonable a la sentencia absolutoria, en cuanto que es capaz de producir los efectos de la cosa juzgada que le son propios, impidiendo una nueva persecución por el mismo hecho (“ne bis in idem”). El valor de este pronunciamiento es, por tanto, el cierre del proceso de manera definitiva e irrevocable.

Puede observarse que el primer motivo por el que cabe acordar esta clase de sobreseimiento coincide sustancialmente con el primer motivo previsto en el art. 249 CPP, que provoca la desestimación de la denuncia: en ambos casos, que el hecho no sea constitutivo de infracción penal.

Uno y otro son supuestos de atipicidad. A pesar de ello existen diferencias en el tratamiento procesal entre ambos, pues si la desestimación supone el rechazo a “limine litis” de la denuncia, sin necesidad de realizar ningún acto de investigación para

comprobar la realidad del hecho, el sobreseimiento por no ser el hecho constitutivo de infracción penal habrá requerido una investigación previa para determinar si, efectivamente, el hecho denunciado integra un tipo penal en todos sus elementos.

A ello, se añade una importante diferencia en sus efectos, por cuanto que en opinión de la doctrina la decisión de archivo no produce efectos de cosa juzgada, lo que permite reabrir la investigación de existir nuevos indicios que revelen la existencia de delito.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Cuando el fiscal agote la investigación de un hecho penal, o sin agotarla, llegue a la conclusión que concurre alguno de los casos previstos por el artículo 308 CPP, debe solicitar al Juez de Paz el sobreseimiento definitivo, es decir, una resolución judicial mediante la cual se ponga fin de forma anticipada al proceso penal, la cual tiene los mismos efectos de una sentencia absolutoria. Es necesario, que el fiscal agregue las diligencias de investigación que apoyan su pretensión, pues el Juez de Paz deberá ejercer control sobre ellas, a fin de fundamentar esa decisión, ya que de no estar de acuerdo con la petición puede perfectamente plantear la disconformidad ante el fiscal superior (Art. 258 CPP).

945

252

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO. DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

La suspensión condicional del procedimiento y la aplicación de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción pública, no eximirán a la Fiscalía General de la República de la obligación de realizar las diligencias que permitan asegurar los elementos de prueba imprescindibles.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 20, 21 y 24

II. COMENTARIO

Resulta lógico que la suspensión condicional del procedimiento y la aplicación de los criterios de oportunidad no eximan a la Fiscalía General de la República de la obligación de realizar las diligencias necesarias para asegurar las fuentes de prueba

imprescindibles para acreditar el hecho punible y la responsabilidad de su autor. La razón es clara, dada la posibilidad de revocar el beneficio y, consiguientemente, la eventual reanudación del procedimiento.

La revocatoria del beneficio de suspensión condicional del procedimiento se encuentra prevista en el art. 24 CPP, para el caso de que el imputado se apartase, de forma injustificada, de las reglas impuestas, cometiese un nuevo delito o incumpliese las previsiones sobre la reparación de los efectos del delito. En todos estos casos, el procedimiento seguirá su curso, resultando esencial que, previamente, se hayan asegurados las fuentes de prueba, tal y como se prevé en este precepto.

La aplicación de un criterio de oportunidad determina, como regla general, la extinción de la acción penal (art. 31.6 CPP). No obstante, la extinción de la acción pública no impide la persecución del hecho por medio de la acción privada, aunque su promoción se encuentra sujeta a un plazo de caducidad, tres meses desde la fecha de la resolución (art. 21 CPP).

Por esta razón, a causa de los limitados efectos que conlleva la aplicación de un criterio de oportunidad en cuanto a la extinción de la acción penal, resulta lógica la previsión contenida en este precepto, que impone a la Fiscalía General de la República la obligación de realizar las diligencias de investigación que permitan asegurar las fuentes de prueba ante la posibilidad de continuación del proceso.