

# 1. NOTAS SOBRE EL REGISTRO Y ALLANAMIENTO DE LA MORADA COMO MEDIDA RESTRICTIVA A DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL SALVADOREÑO

Lic. Salomón Enrique Landaverde Hernández  
Lic. Alex David Marroquín Martínez

Asesor:  
Lic. Edward Sydney Blanco Reyes

## SUMARIO

CAPÍTULO 1: MEDIDAS RESTRICTIVAS A DERECHOS FUNDAMENTALES. 1 Consideraciones introductorias sobre las medidas restrictivas a derechos fundamentales. 2. Los derechos fundamentales, sus restricciones y la configuración normativa. 3. Límites a las medidas restrictivas: la persona humana y su dignidad como justificaciones externas del Estado y del derecho (Heteropoiesis). 4. ¿Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales?. 5. ¿Ámbitos vedados a las injerencias jurisdiccionales?. CAPÍTULO II: EL REGISTRO Y ALLANAMIENTO DE LA MORADA COMO MEDIDA RESTRICTIVA A DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL. 1 Consideraciones introductorias. 2 El concepto legal y constitucional de domicilio. Extensión y restricción conceptual. 3 La inviolabilidad de la morada e intimidad personal como derechos fundamentales. 4. La inviolabilidad del domicilio como garantía normativa del derecho fundamental de la intimidad. 5 El registro y allanamiento domiciliario como medida restrictiva a los derechos fundamentales de la inviolabilidad de la morada e intimidad personal y familiar. 6. Supuestos legales: las excepciones al Art. 20 Cn. 6.1. Consentimiento. 6.2. Mandato Judicial. 6.3 Flagrante delito o peligro inminente de su perpetración. 6.4 Grave riesgo de las personas. 7. El Registro y allanamiento: mandato judicial. 7.1 Principios constitucionales en torno a su configuración. 7.2. Legalidad. 7.3. Jurisdiccionalidad. 7.4. Excepcionalidad y temporalidad. 7.5. Motivación. 7.6. Proporcionalidad. CAPÍTULO III: EL REGISTRO Y ALLANAMIENTO DOMICILIARIO: ANÁLISIS CRÍTICO-VALORATIVO. 1. Consideraciones generales. 2. Órgano Requirente: deficiencia institucional administrativa. 2.1. Falta de dirección funcional. 2.2. Falta de motivación de las solicitudes de registro y allanamiento. 3. Órgano jurisdiccional: decisión judicial como medio de control ¿Cognoscitividad o decisionismo?. 4. La denuncia anónima como noticia criminal y validez de los ulteriores actos de investigación. 5. Ámbito temporal para la práctica del registro y allanamiento. 5.1 ¿Obligación del Juez de asistir a su

práctica o discrecionalidad judicial? 5.2. Independencia judicial y obligación legal del Juez para resolver dentro de las dos horas subsiguientes a la petición. 6. La flagrancia como permisión constitucional para el ingreso al domicilio, y su especial problemática en torno a los delitos permanentes o continuos. ¿Superflagrancia?. 7. Problemática en torno a la interpretación del consentimiento. 8. Descubrimiento de delito diferente al investigado. 9. La prueba derivada de un registro y allanamiento inválido. Posibles consecuencias jurídico-procesales en sede del Juez de Paz.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se orienta a analizar y reflexionar sobre la problemática que presenta en la práctica la solicitud y posterior autorización de las diligencias de registro y allanamiento domiciliario, haciendo hincapié en cada uno de los factores o aspectos que generan más controversia a la luz de las garantías y principios constitucionales. Así como a la función que desarrollan, y la que deberían desarrollar, instituciones como la Fiscalía General de la República y la Policía Nacional Civil; destacando las deficiencias más significativas que les caracterizan en torno a la solicitud de las medidas mencionadas.

El trabajo se estructura o gira en torno a tres componentes fundamentales: un análisis general sobre las medidas restrictivas a derechos fundamentales, un análisis en concreto sobre el registro y allanamiento de la morada como medidas restrictivas a derechos fundamentales en el proceso penal, y finalmente, concluye este trabajo con un análisis crítico-valorativo sobre la práctica judicial de planteamiento y autorización de registros y allanamientos.

El primer componente pretende hacer un análisis introductorio general en torno a la realidad y significación de las medidas restrictivas a derechos fundamentales, específicamente y con un mayor énfasis en lo que respecta a la posibilidad lógica y jurídica de limitarlos, y de configurarlos normativamente. Así también, se desarrollan los límites que debe respetar toda actividad limitadora de derechos fundamentales, y, por otra parte, si existe una exclusividad jurisdiccional para restringirlos, y en suma, si existen algunos ámbitos vedados a todo tipo de injerencias jurisdiccionales.

El segundo componente está referido al análisis del Registro y Allanamiento de la morada como una medida restrictiva a derechos fundamentales, concretamente, a los de la inviolabilidad del domicilio e intimidad personal y familiar. Para ello partimos de un análisis jurídico-constitucional de lo que debe entenderse por morada, por inviolabilidad de la misma, de los derechos constitucionales de intimidad personal y familiar, para luego adentrarnos al análisis de la casuística constitucional

que autoriza el ingreso a la morada, y finalmente, sobre los principios constitucionales que debe respetar toda actividad que tienda a restringir las áreas de libertad de los justiciables.

En el último componente, se realiza un análisis crítico-valorativo de los distintos aspectos que, a nuestro juicio, constituyen el núcleo esencial de la problemática que gira entorno a la concreción de las diligencias de registro y allanamiento. Así, ahondamos en aspectos importantes tales como la falta de fundamentación que caracteriza tanto a las solicitudes que requieren su práctica, como a las resoluciones judiciales que las autorizan, las deficiencias administrativas que caracterizan a la Fiscalía General de la República y a la Policía Nacional Civil, los medios de conocimiento que derivan en la necesidad de adoptar tales medidas, la flagrancia como circunstancia fáctica de urgencia que permeabiliza la urgencia de la orden escrita, los requisitos que debe reunir el consentimiento para ser reputado válido, así como las consecuencias procesales que eventualmente se derivarían de la práctica de tales medidas.

Se pretende, con lo anterior, hacer un análisis crítico de la realidad en que se circunscribe la solicitud y posterior autorización de registro y allanamiento como medidas restrictivas a derechos fundamentales, principalmente del derecho a la intimidad; tomando como parámetro analítico una sistematización dogmático-jurídica y normativa jurisprudencial, con la finalidad de promover en primer lugar, una mayor eficiencia de las instituciones involucradas, bajo la guía de las garantías y principios constitucionales; y en segundo lugar, posibilitar la discusión en torno a un proceso de reforma que establezca de manera clara y precisa, la concordancia de los presupuestos objetivos que configuran la adopción de dichas medidas con los valores y principios sustentados en la Constitución.

No podemos dejar de mencionar el apoyo que hemos recibido del Lic. Edward Sydney Blanco Reyes, Juez Quinto de Instrucción de San Salvador, quien, en calidad de asesor de nuestro trabajo, hizo importantes observaciones a las ideas por nosotros planteadas, y de igual manera nos hizo ver su oposición u opinión disidente a las mismas en lo referente a la dirección funcional, la interpretación del consentimiento y a la posibilidad de que la PNC pueda, por sí misma, plantear solicitudes de registro o allanamiento. Dichas ideas, obviamente no las compartimos, y en el conjunto del trabajo aportamos los elementos de análisis, que sustentan nuestra inconformidad con las mismas; pero, definitivamente, consideramos que la esencia del derecho se encuentra, precisamente, en el análisis y la discusión de las ideas que surgen a partir del estudio de las instituciones jurídicas. En ello, entonces, radicamos la importancia del aporte del Juez Sydney Blanco, por lo que de antemano agradecemos su contribución.

## 1. MEDIDAS RESTRICTIVAS A DERECHOS FUNDAMENTALES

### SUMARIO:

1. Consideraciones introductorias sobre las medidas restrictivas a derechos fundamentales. 2. Los derechos fundamentales, sus restricciones y la configuración normativa. 3. Límites a las medidas restrictivas: la persona humana y su dignidad como justificaciones externas del Estado y del derecho (Heteropoiesis). 4. ¿Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales? 5. ¿Ámbitos vedados a las injerencias jurisdiccionales?.

### 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS A DERECHOS FUNDAMENTALES.

Un Juez de Familia ordena la exclusión –temporal- del hogar de una persona denunciada por ejercer violencia física sobre su grupo familiar, obligándole a cambiar su domicilio, o más exactamente, su residencia. Este caso de familia, al igual que muchos otros que acontecen en la vida cotidiana de los diferentes tribunales, se nos presentan a diario, los cuales consideramos como rutinarios. A manera de ejemplo, vemos como los jueces dentro de su respectiva competencia, decretan diferentes medidas que restringen ciertos derechos, como el embargo de bienes, la imposición de la detención provisional, el secuestro de objetos o efectos del delito, el internamiento de un presunto enfermo mental en un centro psiquiátrico, una intervención corporal, la esterilización de una persona incapaz que adolece grave deficiencia psíquica, la imposición de una pena, el comiso, etc.

Un observador externo ajeno al conflicto, quizás vería tales sucesos como normales dentro de la práctica forense de los juzgados, como decisiones rutinarias que toman los jueces. Empero, para la persona que soporta la limitación de sus derechos, la decisión no es normal, pues la misma importa una injerencia en sus bienes, en sus derechos más vitales, y que ostenta frente a todos por el simple hecho de ser persona.

En los casos antes citados, la persona que sufre la injerencia estatal, a lo mejor no conozca técnicamente que ha sido objeto de coerción, y que esta debe comportar o reunir ciertos requisitos que la vuelven válida. En tales supuestos, claro está, nos enfrentamos ante verdaderas medidas restrictivas a derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el tránsito de un proceso, al momento de su finalización, y en muy raras veces, en las etapas previas al mismo.

Conforme al Art. 11 Inc. 1º de la Constitución –en adelante Cn-, “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...” Obviamente, dicho mandato no es taxativo en cuanto al casuismo de derechos que protege, sino más bien ejemplificativo, pues protege una pluralidad de derechos que sería agotador detallar. Por otra parte, de dicho enunciado constitucional se puede inferir semánticamente, que los derechos fundamentales no son absolutos, en tanto que, pueden ser restringidos excepcionalmente, siempre y cuando se den las condiciones mínimas para su válida limitación.

En diferentes normas de la Cn, encontramos ciertas permisiones del constituyente a los órganos estatales, para que eventualmente puedan injerir en el ejercicio legítimo de ciertas libertades de los justiciables. Tal es el caso del Art. 5 Inc. 2º, que prevé la posibilidad en abstracto de obligar a una persona a cambiar de domicilio o residencia; el Art. 6 Inc. 2º que norma implícitamente el secuestro; el Art. 13 Inc. 3º que prescribe la detención administrativa, la detención por inquirir y la detención provisional de la persona; el Art. 19 que autoriza el registro o pesquisa de la persona; el Art. 20, que autoriza el ingreso a la morada en determinados supuestos; el Art. 24, sobre la interceptación de la correspondencia, en caso de concurso y quiebra; etc.

En estos supuestos, así como en otros que prevén las leyes secundarias, nos encontramos frente a facultades coercitivas delegadas a los entes públicos por imperio de la propia Constitución. Tales facultades constituyen en abstracto un verdadero poder que eventualmente puede ser ejercido sobre la persona, delegado por la propia sociedad –por los factores reales y efectivos de poder- en el momento histórico de la formación del contrato social de la Constitución.

Tales intromisiones de los entes públicos en las libertades de la persona, suelen llamarse comúnmente como “medidas restrictivas a derechos fundamentales”, las que deben aparecer normadas explícita o implícitamente en la Constitución y delimitadas en la ley secundaria. Así lo afirman Francisco Bertrand Galindo, José Albino Tinetti, y otros<sup>1</sup>, (al igual que otras doctrinas foráneas), para quienes “las limitaciones deben estar contenidas en la propia Constitución o bien que esta autorice a la Asamblea Legislativa para imponerlas”.

En principio, la alusión a medidas restrictivas a derechos fundamentales -en sentido amplio-, hace necesario comentar, ciertas acciones del Estado o de los particulares, que legítima o ilegítimamente restringen o lesionan un derecho fundamental reconocido en la

1. BERTRAND GALINDO, Francisco; ALBINO TINETTI, José; y otros: Manual de Derecho Constitucional, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Capacitación Judicial, tomo II, San Salvador, 1992, pp. 708 y ss.

Constitución. Sin embargo, en lo que sigue del presente ensayo, vamos a dejar fuera las injerencias e intromisiones de los particulares, pues el término “medidas restrictivas” sugiere más exactamente, la actividad de los órganos públicos que bajo el ropaje de la ley, limitan temporalmente un derecho fundamental.

En ese sentido, podríamos definir dichas medidas –las restrictivas-, como aquellas que inciden en el contenido de un derecho en un sentido reductor de acuerdo con el alcance de la medida misma<sup>2</sup>.

Como se observa de la anterior definición, las medidas restrictivas inciden directamente sobre los derechos que limitan de acuerdo a su extensión. Sin embargo, tal limitación no puede ser total, pues la injerencia en si no puede penetrar en el contenido esencial del derecho que limita, pues de lo contrario, estaríamos frente a una verdadera vulneración o anulación del derecho. De allí que, los derechos fundamentales tienen un núcleo esencial que no puede ser restringido. Esto último, al igual que las restricciones serán abordadas en el siguiente párrafo.

En definitiva, entendemos –con temor a equivocarnos- que tales medidas son aquellas decisiones adoptadas por los entes públicos, generalmente los jueces, que cumpliendo un mínimo de requisitos exigidos por la Constitución, reducen o limitan el ejercicio legítimo de un derecho fundamental sin vulnerar su esencia, de acuerdo a ciertas exigencias reales que las vuelven imprescindibles en el caso concreto, por razones de necesidad e instrumentalidad en la tutela de bienes jurídicos derivados de la ley fundamental.

Empero, la validez jurídica de dichas medidas descansa sobre ciertos requisitos que las vuelven legítimas, pues por tratarse de injerencias –excepcionales- en las libertades de los ciudadanos –regla general-, aquellas deben cumplir un mínimo de condiciones exigibles a la luz de nuestra Constitución. Dichos requisitos serán enunciados y analizados más adelante.

Los argumentos que preceden, son aplicables –creemos- a todo tipo de medidas restrictivas de derechos fundamentales, ya sea que fuesen adoptadas en un proceso civil, en un proceso de familia, en el penal, etc. Sin embargo, en las líneas que a continuación dedicamos, nos referiremos mas exactamente a las medidas de coerción que pueden ser adoptadas en el tránsito del proceso penal (incluyendo las etapas pre-procesales del mismo).

Para finalizar estas breves notas introductorias sobre las medidas tantas veces citadas, consideramos necesario hacer una breve clasificación de las mismas dentro del ordenamiento jurídico penal salvadoreño. El

---

2. ORTELLS RAMOS, Manuel: "Exclusividad Jurisdiccional para la Restricción de Derechos Fundamentales y Ámbitos Vedados a la Injerencia Jurisdiccional", en Las Restricciones de los Derechos Fundamentales de la Persona en el Proceso Penal. Mateo Croma. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, 1992, p. 2.

resto de medidas que prevén otras áreas del derecho –civil, familia, mercantil, etc.-, obvio está, son ajenas a los fines de esta investigación. Con el temor de ser arbitrarios en la clasificación, hacemos la siguiente sistematización:

1) Medidas restrictivas que tienen por causa la imposición de una sanción penal, como consecuencia de la comisión de un delito:

- Penas: prisión, trabajo de utilidad pública, días-multa, etc.
- Medidas de seguridad
- Consecuencias accesorias del delito: comiso, responsabilidad civil, etc.

2) Medidas que tienen por objeto prevenir la comisión de delitos, su investigación y ulterior procesamiento:

- La pesquisa o registro de la persona
- Las intervenciones corporales
- El secuestro
- El registro y allanamiento
- Inmovilización de cuentas bancarias
- La detención provisional
- La detención por inquirir
- El apremio de testigos, peritos
- Las intervenciones telefónicas(prohibidas)
- Etc.

De esta doble clasificación y para los fines de estos apuntes, nos interesan las segundas, pues el registro y allanamiento domiciliario esta comprendido dentro de tal categoría. En el capítulo 2º será analizado detalladamente el ingreso al domicilio como medida de coerción procesal.

## **2. DERECHOS FUNDAMENTALES, SU CONFIGURACIÓN NORMATIVA Y SUS RESTRICCIONES.**

Siendo que tales medidas inciden directamente sobre ciertas áreas vitales de la persona, vale decir, sobre sus derechos fundamentales, es menester hacer una breve referencia a lo que doctrinal y jurisprudencialmente se entiende por derechos fundamentales, su configuración o regulación normativa, y la diferenciación de éstas con las restricciones de aquellos.

Como es sabido, la doctrina especializada se decanta por una amplia nominación de los derechos objeto de nuestro examen. Bastaría con mencionar los conceptos de derechos humanos, derechos subjetivos,

derechos del hombre, derechos naturales, derechos fundamentales, libertades públicas, etc., para afirmar la amplitud de diversos juegos de lenguaje para referirse a un mismo hecho: los derechos. De allí que cada categoría tenga algunas veces una significancia semejante y en otras, sea totalmente distinta, de acuerdo a la base filosófica sobre la cual descansa. Sin embargo, por la anticipación conceptual que proporciona nuestro tema, nos referiremos únicamente al concepto de derechos fundamentales. El análisis del resto de categorías es ajeno a nuestro examen, pues desbordarían los límites de nuestra investigación.

En ese sentido, y retomando el pensamiento de Peces-Barba<sup>3</sup>, para que un derecho sea considerado como fundamental, es necesario que se den ciertas exigencias, a saber: “1) Que una norma jurídica positiva lo reconozca (normalmente con rango constitucional o de ley ordinaria); 2) Que de dicha norma derive la posibilidad para los sujetos de derecho de atribuirse como facultad, como derecho subjetivo, ese derecho fundamental; y 3) Que las infracciones de esas normas, y por lo tanto el desconocimiento de los derechos subjetivos que derivan de ellas, legitime a los titulares ofendidos para pretender de los tribunales de justicia el restablecimiento de la situación y la protección del derecho subjetivo, utilizando si fuese necesario para ello el aparato coactivo del Estado”. Solamente si se dan las anteriores circunstancias, dice el citado profesor español<sup>4</sup>, estaremos ante la plenitud de un derecho fundamental.

Por su parte, Ferrajoli<sup>5</sup> propone una definición formal o estructural de derechos fundamentales, y considera que “<son derechos fundamentales> todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por <<estatus>> la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas”.

Lo común de ambas definiciones, es que tienen una carga positivista, al estimar que los derechos fundamentales tienen que estar previstos en una norma jurídica positiva –sin importar si es la Constitución o una ley secundaria- que los reconozca, y de la cual se derive para la persona una facultad jurídica subjetiva que pueda exigir u oponer al Estado mismo. De allí que no importa la jerarquía de la fuente de derecho que la prevé, pues puede ser la Constitución, un tratado internacional o una ley secundaria, siempre y cuando exista la posibilidad para la

3. PECES-BARBA, Gregorio: "Derechos Fundamentales", Editorial Latina, 3ª Edición, Madrid, España, 1980. p. 63.

4. PECES-BARBA, Gregorio. Ob. Cit. p. 63.

5. FERRAJOLI, Luigi: Derechos y Garantías. La Ley del más débil, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999. p. 37.

persona de exigir su tutela frente a la eventual violación o restricción arbitraria.

Obviamente, existen muchas otras definiciones en la dogmática jurídica, derivadas de diferentes posturas filosóficas –iusnaturalistas, positivistas, dualistas- para fundamentar los derechos fundamentales. Empero, por la simplicidad de estos apuntes, basta con la definición de los dos positivistas mencionados, para ilustrar conceptualmente la definición objeto de estudio en este apartado. Pasemos ahora, al concepto adoptado por nuestra Sala de lo Constitucional.

Nuestra Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia –en adelante SC- haciendo eco del pensamiento del profesor norteamericano Karl Loewenstein, considera que "los llamados Derechos Individuales, Derechos del Hombre, Garantías Individuales o Garantías Fundamentales de la persona, son barreras establecidas en la Constitución a la acción del poder público a favor de los gobernados. O, mejor dicho, es la parte de la soberanía que cada uno de los hombres se reservó para sí y por consiguiente no delegó a las autoridades al concurrir por medio de sus representantes a formar la Constitución. El propósito jurídico-político de tales Derechos es, pues, garantizar contra toda intervención arbitraria del Estado, un mínimo de libertad a la persona, concebida esta libertad, no solo como una potestad psicológica de elegir, sino como una actividad externa que debe ser no sólo permitida, sino también protegida y tutelada por el Estado, para que la persona se realice"<sup>6</sup>.

Recientemente la SC, en la sentencia del 23-III-2001, proveída en el proceso de inconstitucionalidad 8-97, da un giro en la definición de derechos fundamentales, al explicitar en el romano VI de la misma que: "Con el concepto de derechos fundamentales se hace referencia a las facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivación desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución".

Lo novedoso de esta última definición con respecto a la anteriormente citada, es que la SC parte de una triple concepción que debe quedar cubierta por el concepto de derechos fundamentales, a saber: 1) concepción a partir de su conexión con la dignidad, libertad e igualdad; 2) concepción a partir de su positivación constitucional; y 3) concepción a partir de su protección reforzada. En suma, la SC entiende

6. GUTIÉRREZ CASTRO, Gabriel Mauricio; Derecho Constitucional Salvadoreño, Catálogo de Jurisprudencia. Citado por Bertrand Galindo, Tinetti, y otros. Ob. Cit. p. 700.

que un derecho es fundamental, si las facultades o poderes conferidos a la persona se derivan de los valores ético-jurídicos exigidos por la dignidad de la persona, su libertad e igualdad; que tales facultades y poderes estén previstos en la propia Constitución; y, que a su favor pueda exigirse tutela judicial efectiva ante su eventual violación.

Con este concepto- creemos-, la SC deja fuera las facultades y poderes conferidos a la persona por otras fuentes del derecho, como los tratados internacionales sobre derechos humanos, u otros textos normativos infraconstitucionales. Además, de una interpretación meramente semántica del concepto, puede inferirse que sólo son titulares de derechos fundamentales las personas naturales, no así las personas jurídicas privadas ni las corporaciones de derecho público<sup>7</sup>.

En resumen, las anteriores definiciones son diferentes juegos de palabras para referirse a una misma realidad jurídica, producto de la evolución del pensamiento humano y de la lucha por los derechos a lo largo de la historia de la humanidad. Lo realmente importante de esa realidad jurídica de los derechos fundamentales, es que los mismos operan en favor de la persona como límites a la actuación de los entes públicos -y no sólo frente a estos, sino también frente a los particulares, ante cualquier tipo de injerencias arbitrarias o irrazonables. O como diría más exactamente Robert Alexy, "...los derechos fundamentales, en tanto tales, son restricciones a su restricción y restringibilidad<sup>8</sup>".

Sin embargo, y como lo ha manifestado la SC en diferentes oportunidades, los derechos fundamentales no son absolutos, en tanto y en cuanto que, eventualmente pueden ser restringidos de acuerdo a ciertas necesidades derivadas de la propia Constitución. Cabe preguntarse entonces, ¿qué es una restricción a un derecho fundamental? y ¿cuál es su diferencia esencial con la llamada configuración o regulación normativa? En el apartado que precede –en el No 1-, tratamos de dar una explicación general de la naturaleza de las medidas restrictivas a derechos fundamentales. En lo que sigue de estos apuntes, describiremos más concretamente lo que la doctrina científica y la jurisprudencia entienden por restricciones a derechos fundamentales y normas que los regulan o los configuran.

Para hablar de estos tópicos, debemos remitirnos forzosamente al pensamiento del ilustre profesor alemán Robert Alexy. Para este autor, "... las restricciones a derechos fundamentales son normas que restringen

---

7. CUBIAS MEDINA, Ana Elizabeth: ¿Son titulares de derechos fundamentales las personas jurídicas de carácter privado y público, incluyendo al Estado? Revista de Derecho Constitucional No 21, octubre-diciembre/96. Centro de Jurisprudencia de la CSJ. Para esta autora, "La persona jurídica de derecho privado puede ser titular de derechos fundamentales, en la medida en que la "naturaleza del derecho"... posibilite su ejercicio por parte de dichas personas, es decir, derechos que por su naturaleza puedan serle atribuibles...En cambio es más difícil hablar de titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho público. En principio, hay que negarles la titularidad cuando se trate de organizaciones construidas sobre la base institucional burocrática, puesto que no gozan de autonomía ya que su capacidad de obrar esta determinada por el objeto expresado en los estatutos o en las leyes correspondientes, esto implica una capacidad jurídica limitada de acuerdo a las potestades y competencias que le atribuye el ordenamiento jurídico".

8. ROBERT ALEXY: "Teoría de los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993, p. 286.

posiciones iusfundamentales prima facie<sup>9</sup>). Como el mismo autor lo advierte, dicha respuesta tiene un carácter circular, en la medida que remite nuevamente al concepto de restricción, pero nos permite avanzar un poco al establecer que las restricciones de derechos fundamentales son normas.

Más adelante, el referido catedrático de la Universidad de Kiel (Alemania), advierte que, una norma puede ser restricción a un derecho fundamental sólo si es constitucional, y las clasifica como<sup>10</sup>: 1) restricciones directamente constitucionales; y 2) restricciones indirectamente constitucionales. Las primeras –según el citado autor- tienen la peculiaridad que ha sido el propio legislador constitucional quien ha formulado la restricción definitiva; en tanto que en las segundas, su imposición esta autorizada por la constitución.

Ejemplo de las primeras en nuestra realidad constitucional, sería el caso del Art. 7 Cn, que explicita que “Los habitantes de El Salvador tienen derecho a asociarse libremente y reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito. Como se observa, es la propia constitución la que por una parte confiere el derecho de asociarse libremente (y también a reunirse), y por otra, lo restringe bajo dos condiciones insoslayables: de forma “pacífica y sin armas”. De igual forma, el Art. 20 Cn, consagra el derecho a la inviolabilidad de la morada, que protege a su vez el derecho fundamental de la intimidad personal y familiar; empero, la misma norma constitucional los restringe para los supuestos de consentimiento del morador, mandato judicial, flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, o por grave riesgo de las personas; consecuentemente, podemos afirmar que dicho enunciado normativo es otro ejemplo de una restricción directamente constitucional.

El caso típico de las segundas –de las restricciones indirectamente constitucionales-, lo constituyen las cláusulas de reservas explícitas previstas en la ley fundamental, que si bien no restringen directamente un derecho fundamental, conceden al legislador la facultad para que en virtud de ley –en sentido estricto- pueda crear normas que establezcan la posibilidad jurídica de restringibilidad de un derecho fundamental. Como ejemplo de estas en nuestra constitución, podríamos citar el Art. 5 Inc. 2º, que prevé “... nadie puede ser obligado a cambiar de domicilio o residencia, sino por mandato de autoridad judicial, en los casos especiales y mediante los requisitos que señale la ley.

Si bien nuestra Constitución en algunos casos limita –o más exactamente delimita- ella misma derechos fundamentales, y en otras, deja abierta la posibilidad al legislador secundario a través de cláusulas de reserva explícitas, para que eventualmente y mediante ley secundaria

9. ROBERT ALEXY: Ob. Cit. p. 272.

10. ROBERT ALEXY: Ob. Cit. p. 277 y ss.

pueda crear –en abstracto- limitaciones a derechos, tales injerencias deben respetar el contenido esencial de los derechos que afectan o reducen. De lo contrario, se corre el riesgo –muy grave por cierto- de que tales intromisiones sean restricciones desproporcionadas o se conviertan en vulneraciones de las referidas entidades jurídicas.

Sobre las teorías del contenido o núcleo esencial de los derechos fundamentales, Robert Alexy <sup>11</sup> distingue entre teorías objetivas y subjetivas. Dentro de estas últimas, hace el distingo entre la teoría relativa y la teoría absoluta. Advierte –el referido autor- que para la “... teoría relativa, el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación. Las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad...” En cambio –sigue diciendo- “... según la teoría absoluta, existe un núcleo de cada derecho fundamental que, en ningún caso, puede ser afectado...”

Consecuentemente, podemos hacer extensiva la garantía del núcleo esencial a toda medida que restringe derechos fundamentales. Si retomamos la teoría relativa, llegaremos a la conclusión –temporal- que una medida restrictiva incide o lesiona el núcleo esencial del derecho fundamental que limita, cuando es desproporcionada, vale decir, cuando es innecesaria, es inadecuada y desproporcionada en estricto sentido a los fines perseguidos. Este juicio de proporcionalidad, al igual que el de razonabilidad y otros, serán analizados más en detalle infra, respecto al registro y allanamiento domiciliario. Lo que aquí interesa apuntar, es que toda restricción a un derecho fundamental que sea desproporcionada, lesiona su núcleo esencial.

En idéntico sentido, la SC en sentencia del 27-III-2001, proveída en el proceso de inconstitucionalidad documentado en expediente número 22-1997, ha manifestado que “la limitación o restricción de un derecho –que supone siempre una regulación, aunque de un grado diferente-, implica necesariamente la modificación de su objeto o sujetos –elementos esenciales del derecho fundamental-, de forma que implica una obstaculización o impedimento en el ejercicio efectivo del mismo, con una finalidad justificada desde el punto de vista constitucional y sin alterar su núcleo esencial”.

En definitiva, y tomando en cuenta lo dicho hasta el momento, podemos afirmar que toda restricción a un derecho fundamental es una norma constitucional, que directa o indirectamente, reduce o establece la posibilidad de reducir una potestad o facultad conferida a la persona por la propia ley fundamental, sin afectar su núcleo esencial, de acuerdo

---

11. ROBERT ALEXY, Ob. Cit. Pág. 286 y ss.

a ciertas necesidades que priman en el caso concreto por sobre el derecho vital que afectan.

Lo dicho hasta el momento, claro esta, es respecto a las restricciones de derechos fundamentales. En cambio, configurar o regular un derecho fundamental es distinto a restringirlo. Su diferencia no es una mera cuestión gramatical o semántica, sino más bien, sustancial. De allí la necesidad de hacer un distingo aproximativo entre tales categorías.

Nuevamente, resulta de obligada referencia el pensamiento de Robert Alexy, para quien<sup>12</sup> es necesaria la distinción entre normas restrictivas y normas no-restrictivas. Afirma —el referido autor— que una norma no restrictiva en el ámbito de un derecho fundamental es una norma que tiene que ver con aquello que abarca el derecho fundamental. Puede decirse que esta norma lo “configura”.<sup>13</sup> Sigue diciendo, que ya dentro de la Constitución, podemos encontrar normas que ordenan que algo, a través de o en virtud de una ley, sea “reglado” “determinado”, etc.

Para Haberle<sup>14</sup>, <todos los derechos fundamentales son “susceptibles y requieren” no sólo una restricción legal sino también una configuración legal>.

Por su parte, la reciente jurisprudencia de la SC no es ajena frente a estos tópicos. En múltiples ocasiones ha hecho el distingo entre configuración y restricción de derechos fundamentales, aunque cree —siguiendo a Haberle—, que el concepto de configuración es más amplio y abarca el de restricción. Así lo ha manifestado en la sentencia últimamente citada<sup>15</sup>, en la que además advierte que: “La simple regulación de derechos fundamentales puede hacerse por cualquier disposición de carácter general, impersonal y abstracta, siempre que se haga por órganos estatales o entes públicos con la potestad suficiente de y en la medida en que no se altere, como en cualquier tipo de regulación, el núcleo de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente... la reglamentación sólo posee facultad para regular derechos fundamentales, entendiendo esta simple regulación como mecanismo a través del cual se desarrolla un mandato normativo expreso o tácito, de nivel superior, en el cual se faculta al reglamento para que concrete una norma que ya de suyo afecte la esfera jurídica de los gobernados..”

Posteriormente dicho tribunal constitucional, en sentencia del 28-V-2001, en el proceso de inconstitucional número 4-1999, define lo que entiende por configuración o regulación, al manifestar que “...la regulación normativa o configuración es la dotación de contenido material

12. ROBERT ALEXY: Ob. Cit. Pág. 321 y ss.

13. HABERLE, Peter: Die Wesensgehaltgarantie, p. 180 ss. Citado por Robert Alexy: Ob. Cit. p. 322.

14. HABERLE, Peter: Ob. Cit. p. 181, citado por Robert Alexy: Ob. Cit. p. 322.

15. SSC de fecha 22-III-2001, en el Proceso de Inconstitucionalidad No 22-1997. En Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional-2001. Centro de Documentación Judicial de la CSJ. San salvador, 2001.p. 169 y ss.

a los derechos fundamentales – a partir de la insuficiencia que la Constitución les otorga-, lo cual lleva a adoptar disposiciones que establezcan sus manifestaciones y alcances, las condiciones para su ejercicio, así como la organización y procedimientos que sean necesarios para hacerlos efectivos, y sus garantías. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que un derecho constitucional puede ser regulado por las disposiciones infraconstitucionales provenientes de aquellos órganos estatales o entes públicos que se encuentren constitucionalmente facultados para ello”<sup>16</sup>.

Consecuentemente, entendemos –con temor a equivocarnos- que una norma que configura un derecho fundamental, es aquella que establece su contenido, vale decir, que regula hasta donde abarca materialmente el derecho. En estricto sentido, estas normas no restringen el derecho, sino más bien, lo regulan normativamente, estableciendo las facultades que de él derivan para la persona. De allí que la simple regulación pueda hacerse a través de un reglamento de acuerdo a la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

En ese sentido, las restricciones a derechos fundamentales sólo puedan ser acordadas por la propia Constitución o por ley en sentido estricto. En cambio, la simple regulación o configuración normativa, pueda hacerse vía reglamentaria, siempre y cuando no afecte el núcleo o contenido esencial del derecho, pues de lo contrario resultaría inválida

Hechas las anteriores consideraciones, podemos hacer un breve ejercicio mental en torno al tema que nos ocupa. En ese sentido, si tomamos como punto de partida el derecho fundamental de la inviolabilidad de la morada, Art. 20 Cn, que protege a su vez, el también derecho fundamental de intimidad personal y familiar, Art. 2 Inc. 2 Cn, llegaremos a la conclusión temporal, que estos derechos aparecen restringidos en abstracto, por el mismo enunciado constitucional del Art. 20, al normar taxativamente la casuística que da lugar al ingreso del domicilio.

Pero también aparece restringido por normas secundarias, como los Arts. 173, 174, 175, 176 y 177 del Código Procesal Penal –en adelante CPP-, que prevén la posibilidad de ingresar a la morada o lugar público sin el consentimiento de su titular, con el objeto prevenir la comisión de delitos, facilitar su investigación y ulterior procesamiento, entre otros fines.

Igualmente, aparece restringido por causas que no guardan relación con leyes penales y su aplicación, como el Art. 7 literal G de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, que autoriza al Juez de Familia o de Paz, dictar la respectiva “orden judicial de allanamiento de morada,

---

16. SSC 4-99. En Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional-2001. Centro de Documentación Judicial de la CSJ. San Salvador, 2001. p. 170 y ss.

cuando por violencia intrafamiliar se arriesgue gravemente la integridad física, sexual, psicológica y patrimonial de cualquiera de sus habitantes”.

El código Tributario también prevé ciertas restricciones a la inviolabilidad de la morada. Así el Art. 186 prescribe, que “en ejercicio de las facultades de fiscalización, inspección, investigación y control, con el fin de garantizar el interés del Fisco en lo que concierne a la percepción oportuna e íntegra de los tributos, al igual que para prevenir un perjuicio eventual del mismo, la Administración Tributaria podrá solicitar a través del Fiscal General de la República, al juez correspondiente(...)medidas precautorias (...) como el Allanamiento y registro de las oficinas, establecimientos de comercio, imprentas, locales, consultorios, domicilios particulares, bodegas, lugares de producción, transporte o comercialización o sitios análogos, a efecto de realizar secuestro de documentos, libros y registros contables, especiales o relativos al Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y la Prestación de Servicios que constituyan elementos de prueba útiles para llevar a cabo el proceso de fiscalización, inspección, investigación y control.

Estas últimas restricciones a los derechos de inviolabilidad del domicilio e intimidad, si bien no son acordadas directamente por la propia Constitución -sino por ley secundaria-, las mismas se derivan de la cláusula general restrictiva del Art. 11 Cn, que autoriza privaciones –que puede ser interpretado como simple restricción- a los derechos fundamentales, siempre y cuando sea oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes. Además, tales medidas deben ser autorizadas por mandato judicial, lo cual es congruente con el Art. 20 Cn. Empero, lo realmente importante, es que tales normas son verdaderas restricciones en abstracto a los derechos de inviolabilidad de la morada e intimidad.

En cambio, normas que configuran el domicilio serían los Arts. 57 y siguientes del Código Civil, que establecen los distintos tipos de domicilio y residencia para los efectos civiles. El Art. 37 del Código de Familia, en cuanto a la fijación de la residencia conyugal. Igualmente el Art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos –en adelante DUDH-, que prohíbe las injerencias arbitrarias en la vida privada, en la familia, domicilio o correspondencia (...), así como otras normas previstas en instrumentos internacionales que establecen prohibiciones a injerencias arbitrarias en el domicilio e intimidad.

Para los fines de estas breves notas, nos interesan las normas que restringen el derecho fundamental de la inviolabilidad de la morada e intimidad personal y familiar, principalmente en el ámbito del proceso penal salvadoreño.

### **3. LÍMITES A LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS: LA PERSONA HUMANA Y SU DIGNIDAD COMO JUSTIFICACIONES EXTERNAS DEL DERECHO Y DEL ESTADO (HETEROPOIESIS).**

Resulta paradójico que los derechos fundamentales puedan ser restringidos o limitados, y que a su vez, ellos mismos operan –principalmente- como restricciones a la restricción. Al parecer, -siguiendo un viejo adagio- tanto el derecho como la restricción son dos caras de una misma moneda. Por otra parte, si los derechos fundamentales no son absolutos, sino relativos –en tanto que son limitables-, las restricciones como normas excepcionales tampoco pueden ser absolutas, por el contrario, son entidades derrotables –generalmente- por ciertos valores ético-jurídicos que priman sobre ellas, y que deben ser tomados siempre en cualquier juicio o ponderación en el que este en juego un derecho o una libertad iusfundamental reconocida por la Constitución.

Si hacemos una mirada orgánica a nuestra Constitución, llegaremos a la conclusión –conjetura-, de que el telos general del constituyente fue dotar y garantizar al máximo las libertades de la persona, y a su vez, minimizar las áreas de restringibilidad.

Pero también numerosos instrumentos internacionales garantizan las áreas de libertad, limitando las intromisiones arbitrarias del Estado –y también de los particulares- en las esferas de la persona, derivadas de su dignidad humana. En tal sentido, basta con mencionar el Art. 12 de la DUDH, que reza: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni ataques a su honra o a su reputación”; pero también, los Arts. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –en adelante PIDCP-, y el 11.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos –en adelante CADH-, que reproducen casi con exactitud y con algunas variantes el Art. 12 supra citado; para afirmar con propiedad que, la persona esta protegida normativamente frente a tales injerencias.

Si todo lo anterior es cierto, cabe preguntarse entonces ¿cuales son los límites a la restricción de derechos?, vale decir, ¿qué opera como límite a los límites?.

Si partimos de la concepción –sostenida por la SC- de que los derechos fundamentales son facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad, nadie dudará que tales exigencias actúan como límites a las restricciones. Tales entidades jurídicas –los derechos fundamentales-, constituyen leyes del más débil<sup>17</sup> en las modernas sociedades democráticas, los que

17. Frase acuñada por Luigi Ferrajoli: Derechos y Garantías. La Ley del más débil, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999, p. 54.

no pueden ser suprimidos ni limitados arbitrariamente por ninguna mayoría.

Así lo sostiene Ferrajoli, para quien “ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la esfera de lo indecible que y de lo indecible que no; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones”<sup>18</sup>

Como consecuencia de lo sostenido por el referido profesor italiano, puede afirmarse fácilmente, que los derechos supra citados están por encima de cualquier ética utilitarista, que supone que el derecho tiene que procurar proporcionar el mayor bien al mayor número. El Utilitarismo afecta los derechos de las minorías, ya que estas no pueden ser incluidas en el mayor número. De allí que, debemos tomarnos en serio –en términos de Dworkin- los derechos fundamentales, los que no pueden ser restringidos en su núcleo o contenido esencial, pues este opera siempre como límite a la restricción, caso contrario la violación o vulneración al mismo es segura.

La dignidad de la persona como metavalor del ordenamiento jurídico, constituye la barrera infranqueable a cualquier tipo de injerencia o intromisión. En palabras del profesor salvadoreño Roberto Rodríguez<sup>19</sup>, “la dignidad humana supone el valor básico fundamentador de los derechos humanos, que justamente tiende a explicitar de forma más concreta la realización de la persona dentro de una sociedad. Constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. Este desarrollo pleno supone a su vez, de la total auto-disponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos, dentro de las posibilidades de actuación propia de cada individuo, y por otra parte de una autodeterminación, que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza”.

Si parte de la garantía positiva –y también la negativa- deriva de la dignidad humana como valor supremo que sustenta el ordenamiento jurídico, forzosamente tendremos que afirmar y sostener que, el Derecho y el Estado como entidades artificiales han sido creadas por el hombre y para el servicio del hombre que constituye lo natural. En palabras de

18. FERRAJOLI, Luigi: Ob. Cit. p. 24.

19. RODRIGUEZ MELÉNDEZ, Roberto: “El Fundamento Material de la Constitución: Una Aproximación a la Idea de Valor, Principio y Norma Constitucional”, en “Teoría de la Constitución Salvadoreña”, en coautoría de Enrique Anaya Barraza B. y otros. Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en la República de El Salvador. Publicación de la CSJ. San Salvador, 2000. p. 149.

Ferrajoli, “Lo natural de por sí no es en efecto el estado o el poder, sino las personas y sus necesidades vitales; mientras que lo artificial no es la libertad y la vida, sino sus garantías jurídicas y en general los deberes y los poderes instituidos por las normas positivas para tutelarlos y/o limitarlos”<sup>20</sup>.

Si el Derecho y el Estado son entes artificiales –son producto de la mente humana y por ende, pertenecientes al Mundo 3 diría Popper-, su existencia se justifica por estar al servicio y por ser instrumentos de la persona humana y su dignidad. Vale decir, al no ser el Derecho y el Estado éticamente valiosos por sí mismos, requieren de una justificación externa: esta justificación no puede ser otra cosa que los derechos fundamentales derivados de las exigencias ético-jurídicas de la dignidad, libertad, igualdad, como valores que los nutren.

Esta concepción del Estado y del Derecho como instrumentos al servicio de la persona humana, viene dada ya por el propio constituyente, al normar en el Art. 1 de la Constitución, “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin –el subrayado es nuestro- de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común”. Y es que no puede ser de otro modo, pues las modernas sociedades democráticas (por contraposición a las concepciones absolutas del Estado), no pueden reconocer al Estado como un fin en sí mismo, y al ser humano como instrumento para la consecución de sus fines.

La Idea del Estado-instrumento, no es nueva. Ya Hobbes advertía: “pues es mediante el arte como se crea ese gran Leviatán que llamamos república o estado, en latín civitas, y que no es otra cosa que un hombre artificial. Es este de mayor estatura y fuerza que el natural, para cuya protección y defensa fue concebido”<sup>21</sup>

En suma, a juzgar por el telos del enunciado constitucional últimamente citado –el Art. 1 Cn-, la filosofía política de la que parte nuestro constituyente, no es otra que la de estimar al Derecho y al Estado salvadoreños, como productos de doctrinas hetero-poyéticos, las que –según Ferrajoli- predicar que el Estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza, o el mismo los lesiona<sup>22</sup>.

Por tanto, si el Estado y el Derecho han sido instaurados para garantizar los derechos fundamentales de los justiciables y principalmente, los de las minorías, las restricciones a los derechos que eventualmente

20. FERRAJOLI, Luigi: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, 4ª edición en español, Madrid, España, 2000, p. 882 y ss.

21. HOBBS, T., citado por Ferrajoli, Luigi: Ob. Cit. p. 883.

22. FERRAJOLI, Luigi: Ob. Cit. p. 881 y ss.

puede adoptar el propio constituyente –directamente constitucionales- o el legislador secundario – restricciones indirectamente constitucionales, tienen como límites inmanentes la persona y su dignidad humana.

Pero también el Juez en sus decisiones judiciales, al momento de adoptar cualquier medida que restrinja un derecho fundamental, amparado en aquellas normas, tiene las mismas limitaciones. Este -al igual que el legislativo y el ejecutivo- tiene como misión constitucional, la tutela de los derechos tantas veces citados, pues sino fuera así, ¿cuál sería la legitimación democrática del Juez en la sociedad? Esta no puede ser otra que –parafraseando a Ferrajoli- la sujeción a la Constitución, y, en consecuencia, ser garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, aunque sea poder de mayoría <sup>23</sup>.

Consecuencia de todo lo anterior, es que el Juez penal –pero también el de familia, el civil, etc.- al momento de adoptar cualquier medida restrictiva, debe buscar un equilibrio razonable entre la eficacia de la ley penal y los derechos fundamentales de los justiciables; tomando en cuenta a su vez, que las limitaciones arbitrarias y las violaciones o vulneraciones de aquellos derechos, esta prohibida por la Constitución, y por ende, lo deslegitiman de la función que la sociedad le ha encomendado. Ahora bien, el órgano jurisdiccional no sólo debe evitar el exceso desmesurado –desproporcional- al adoptar medidas restrictivas bajo la aparente aplicación irrestricta de la ley, sino también, debe otorgar la tutela efectiva frente a la infracción de un derecho fundamental realizada por un particular o por un órgano del poder público no jurisdiccional, aun cuando no le fuese reclamada dicha protección, pues de lo contrario, puede entenderse que también él viola el derecho fundamental por omisión.

En definitiva, creemos que la dignidad humana como metavalor y los derechos fundamentales –su contenido esencial supra citado-, son las barreras inmanentes que debe respetar la legislatura al crear restricciones a los derechos, y el Juez al adoptarlas al caso en especie, o al examinar su validez cuando fuesen adoptadas temporalmente, por órganos no jurisdiccionales, como la administración, la Fiscalía General de la República, etc.

#### **4. ¿EXCLUSIVIDAD JURISDICCIONAL PARA LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES?.**

En los párrafos que preceden, hicimos alusión –de forma grosera-a lo que algún sector de la doctrina científica y particularmente, la SC entiende por derechos fundamentales, su configuración normativa,

---

23. FERRAJOLI, Luigi: Derechos y Garantías: La Ley del más débil. Editorial Trotta, Madrid, España, 1999. p. 26.

la diferencia de esta con la restricción, y los límites a la restricción. En el presente apartado pretendemos abordar la pregunta de sí en el ordenamiento jurídico salvadoreño, existe exclusividad jurisdiccional para restringir derechos fundamentales, o si por el contrario, tales restricciones pueden ser válidamente adoptadas por entes no jurisdiccionales, e incluso por particulares.

Obviamente, la posibilidad abstracta de restringir un derecho fundamental, deviene de normas constitucionales o indirectamente constitucionales –leyes en sentido estricto por la reserva de ley- dictadas por el constituyente o por el legislador secundario. De igual forma, la regulación o configuración de un derecho fundamental, como se advirtió anteriormente, puede ser establecida por una ley secundaria e incluso por un reglamento que determine su contenido y alcance, sin alterar su núcleo esencial.

Las normas –leyes en sentido estricto- que restringen derechos fundamentales, no pueden ser autoaplicativas <sup>24</sup> (entendidas estas como aquellas que no necesitan de un acto jurisdiccional o administrativo posterior que las aplique al caso concreto). Tales normas, para que puedan estimarse constitucionalmente válidas, necesitan obligadamente de un acto posterior que las aplique al caso en especie –leyes heteroaplicativas-, confiriéndosele así al perjudicado, la oportunidad de oponer su defensa en juicio frente a la eventual limitación.

Hechas las anteriores aclaraciones, podemos preguntarnos nuevamente: ¿en el ordenamiento jurídico salvadoreño, existe una facultad exclusiva conferida a los órganos jurisdiccionales de aplicar normas que restringen derechos fundamentales? o dicha facultad, ¿es extensiva a órganos o entes no jurisdiccionales?.

Dar respuesta a la pregunta supra citada –o al menos intentarlo-, requiere de un estudio exhaustivo de la llamada Función Jurisdiccional, de la Función Administrativa, su autotutela, y en fin, del Derecho Administrativo. Por el carácter introductorio de estas breves notas, trataremos de responder de forma sencilla y superficial la interrogante, pues excede de los límites de esta investigación.

En nuestra Cn, no existe una norma que de forma explícita reconozca una facultad conferida exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de justicia de aplicar normas que restrinjan derechos de raigambre constitucional. Nuestra Constitución, Art. 172, como norma directamente aplicable, reconoce que "...Corresponde exclusivamente a este Órgano –el judicial- la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria

24. SSC en el PA No 600-2001, de fecha 14--11-2001. En la que la SC expreso: "El amparo contra leyes autoaplicativas procede contra una ley o norma general que es directamente operativa, en el sentido de que no precisa de ningún acto posterior de ejecución o aplicación, sino que produce desde su sola promulgación sus efectos jurídicos"; ver además, SSC en el PA No 601-2001, de fecha 14--11-2001. En Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional-2001. Centro de Documentación Judicial de la CSJ. San Salvador, 2001. p. 11.

y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que la ley”. Empero, la referida facultad exclusiva del órgano jurisdiccional es de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Por ende, ¿puede afirmarse válidamente, que la facultad exclusiva del órgano jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, lleva implícita la exclusividad de restringir derechos fundamentales?.

Si hacemos una mirada a las diferentes normas constitucionales que autorizan la restricción o limitación de derechos constitucionales, llegaremos a la conclusión temporal –refutable-, de que la Administración Pública en el ejercicio de la llamada autotutela administrativa; la Policía Nacional Civil –en adelante PNC- y la Fiscalía General de la República –en adelante FGR-, ambas en la prevención e investigación de delitos; e inclusive los particulares, etc., eventualmente pueden limitar –en sentido amplio- derechos fundamentales por circunstancias de extrema urgencia y necesidad.

Así el Art. 14 segunda parte Cn, autoriza de forma expresa a la Administración Pública, sancionar mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa (...). De igual forma, el Art. 13 Inc. 2º Cn, permite a la PNC y a la FGR, ordenar la llamada detención administrativa hasta por setenta y dos horas. Por su parte, el Art. 13 Inc. 1º segunda parte Cn, prevé que cuando la persona sea sorprendida in fraganti, puede ser detenido por cualquier persona, para entregarlo a la autoridad competente. De igual forma, el Art. 20 Cn, autoriza implícitamente a la PNC el ingreso a la morada, por flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, o por grave riesgo de las personas.

Parece obvio, que tales normas autorizan a ciertos entes no jurisdiccionales en circunstancias de extrema urgencia y necesidad, la restringibilidad de derechos fundamentales, como el de libertad ambulatoria, la inviolabilidad de la morada e intimidad personal y familiar, etc. Pero también, la misma Constitución prevé situaciones en las que es menester el “mandato judicial”, como el Art. 5 Inc. 2º que norma que “nadie puede ser obligado a cambiar de domicilio o residencia, sino por <mandato de autoridad judicial>, en los casos especiales y mediante los requisitos que señale la ley”; el Art. 13 Inc. 3º Cn, que atribuye como facultad exclusiva al “tribunal correspondiente” la adopción de la detención para inquirir y la detención provisional; la primera parte del el Art. 14 Cn, que establece la facultad exclusiva del Órgano Jurisdiccional de imponer penas.

Visto de esta manera el problema, como que no existe una potestad exclusiva atribuida al Órgano Jurisdiccional de restringir derechos fundamentales. Al parecer, tales facultades están repartidas por la propia

Ley Fundamental. Empero, ello sólo es en apariencia.

Es cierto que en determinados eventos, la Administración puede ejercer su facultad de autotutela limitando derechos mediante sentencia o resolución y previo el debido proceso. Entendida la autotutela administrativa –siguiendo el pensamiento de los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández-, como aquella facultad del Órgano Ejecutivo en virtud de la cual, “esta capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial”<sup>25</sup>.

Y es que la Administración como sujeto de derecho, haciendo uso de tal facultad, puede prescindir de la tutela jurisdiccional para reclamar sus propios intereses en los que ella es parte. Por eso vemos con frecuencia, que de acuerdo al principio de legalidad, impone ella misma sanciones y multas previstas en leyes en sentido estricto, por la violación a leyes, reglamentos u ordenanzas, en los que se afectan sus intereses.

Sin embargo, y siguiendo a los profesores administrativistas supra citados, la autotutela es previa, pero reserva la posibilidad de que el Juez enjuicie a posteriori el problema de fondo que la autotutela ha resuelto mediante la declaración o ejecución. Dicho de otra manera, si bien es cierto que en ejercicio de la referida facultad, la Administración puede limitar derechos constitucionales, la decisión final siempre queda a cargo del Órgano Jurisdiccional de una forma definitiva y con calidad de cosa juzgada. De tal suerte que esta es la diferencia esencial entre la Función Jurisdiccional y la Función Administrativa, pues las decisiones del Órgano Jurisdiccional, no pueden ser revisadas por otros poderes u órganos del Estado.

En nuestro medio, tal control de legalidad del ejercicio de la autotutela administrativa esta reservada a la Sala de lo Contencioso Administrativo, quien puede ejercer un control de legalidad último, y salvo cuando la Sala de lo Constitucional revisa lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo ante una eventual infracción constitucional reclamada. Pero aun en este caso, siempre es a la judicatura a quien corresponde revisar lo actuado por la Administración de forma definitiva.

De igual forma, cuando la PNC ingresa a un domicilio por considerar que existe flagrante delito; o cuando bajo la dirección funcional de la FGR, detiene a una persona; secuestra objetos propiedad de un tercero con fines probatorios; realiza pesquisas o cacheos superficiales en las personas; corresponde al Juez de Paz en el proceso penal

---

25. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, España, Décima Edición, 2000. p. 505.

respectivo, controlar la validez de tales actos iniciales de investigación, Art. 55 No 1 del Código Procesal Penal –en adelante CPP-, declarando la nulidad o excluyendo la prueba derivada de los mismos. Así mismo, cuando un particular detiene en flagrancia a una persona, debe presentarlo a la PNC, y esta a la FGR para que estimule la acción penal respectiva, ante el Juez de Paz competente, quien determinará la validez de la detención y la necesidad de mantenerlo en tal restricción. Este control, no es exclusivo del Juez de Paz, pues por tratarse de derechos fundamentales, los demás Jueces penales -a quienes funcionalmente corresponde las ulteriores etapas del proceso- pueden nulificar el proceso o excluir la prueba derivada de la violación a garantías o derechos de raigambre constitucional.

Pero también la SC en el proceso de Habeas Corpus, como tribunal constitucional, puede y debe controlar la existencia -o inexistencia- de infracciones a derechos con relevancia constitucional, acaecidas en las etapas pre-procesales a cargo de la PNC y FGR, así como las acontecidas en el tránsito del proceso mismo, y que desencadenan violaciones a la libertad ambulatoria de los justiciables.

Los casos antes citados son materia administrativa y penal. Empero, también el Juez Civil, el de Familia, el Mercantil, puede y debe ejercer un control sobre la validez de algunas injerencias realizadas por los particulares. Piénsese por ejemplo, en la validez de una prueba obtenida por un particular violentando el domicilio o morada de la contra parte, y que es eventualmente presentada en un proceso de familia, o un proceso laboral. El Juez –como Juez de la Constitución- debe dispensar la tutela respectiva, invalidando todo lo que sea consecuencia de la lesión o violación al derecho fundamental, ejerciendo un control a posteriori de los actos de las partes.

Si todo lo anterior es cierto, y podemos afirmar que corresponde al Órgano Jurisdiccional decidir con carácter definitivo e irrevocable la validez de las restricciones e injerencias adoptadas por la Administración, la FGR, la PNC, y el resto de entes públicos, así como también la de los particulares, como que la facultad jurisdiccional lleva implícita o encierra una potestad exclusiva de restringir -o no restringir- derechos fundamentales en todas las áreas del derecho. Consecuentemente, afirmamos que tal facultad es inherente a la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y por ende, constituye una potestad reservada al Órgano jurisdiccional.

## **5. ¿ÁMBITOS VEDADOS A LAS INJERENCIAS JURISDICCIONALES?.**

En los apartados que preceden, afirmamos que existe una potestad exclusiva del Órgano Jurisdiccional de restringir derechos

fundamentales. No obstante dicha facultad, es necesario preguntarse, ¿existen áreas vedadas a las injerencias jurisdiccionales?, es decir, ¿existen en el ordenamiento jurídico salvadoreño ámbitos que no pueden ser objeto de intromisiones estatales?.

Nuevamente la consulta de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico, resulta obligada, pues la validez o aceptación sistémica de una injerencia o intromisión en los derechos fundamentales, se deriva de su carácter normativo. Es ella y no la voluntad de los poderes públicos, la que orienta la convivencia social, la que sirve de directriz y de organización social dentro una sociedad estatal.

El Art. 11 Cn, como cláusula general restrictoria de derechos fundamentales, norma 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 (...). Una interpretación literal y aislada de este enunciado constitucional, nos reconduciría a afirmar que cualquier derecho puede ser privado –restringido-, siempre y cuando se cumpla el debido proceso configurado por la propia constitución y los requisitos previstos en las leyes ordinarias. Empero, una interpretación sistémica u orgánica de la propia Constitución, nos conduciría a sostener otra cadena de argumentos: hay ámbitos que están fuera del alcance de ciertas restricciones o injerencias de los entes públicos.

Así, el Art. 6 Inc. 2º Cn, prevé que “en ningún caso podrá secuestrarse, como instrumentos del delito, la imprenta, sus accesorios o cualquier otro medio destinado a la difusión del pensamiento”. De este enunciado constitucional, se puede derivar la idea –derrotable-, de que el derecho de posesión que se ejerce sobre tales bienes, no puede ser restringido por el secuestro a que hace referencia el Art. 180 y ss. del CPP, aunque constituyan objetos materiales del delito, sean efectos del mismo, o que sobre los mismos haya recaído la acción delictiva. En el presente caso, cede el secuestro paracautelar con fines probatorios dentro del proceso penal.

De igual forma, el Art. 24 parte segunda Cn, establece de forma explícita que “se prohíbe la interferencia e intervención de las comunicaciones privadas”, con lo cual, el derecho fundamental de intimidad personal y familiar en el ámbito de las comunicaciones telefónicas, no puede ser restringido por ninguna medida de coerción procesal. Es más, a raíz del referido mandato constitucional, en el CPP, no aparece prevista ninguna medida restrictiva que con el nombre de “intervenciones telefónicas”, autorice a la FGR o PNC, intrometerse en las comunicaciones telefónicas. No obstante tales asertos, según lo norma el Art. 29 Inc.1º Cn, en el llamado régimen de excepción, por razones de emergencia

constitucional, los derechos fundamentales reconocidos en el referido Art. 24 Cn, pueden ser suspendidos, y por ende limitados.

Aun en este caso excepcional, la eventual restricción a tales derechos fundamentales, necesitaría de una ley secundaria que de forma razonable y proporcional, estableciera la forma de limitar la correspondencia y las comunicaciones telefónicas, que autoridad sería la competente, y en todo caso, tendría que estar bajo control el jurisdiccional.

Si partimos de que la restricción a derechos fundamentales es excepcional, y que el llamado estado de emergencia es a su vez también excepcional, las intervenciones telefónicas serían sumamente excepcionabilísimas, aunque normativamente probables.

Lo realmente importante es, que las comunicaciones telefónicas no pueden ser objeto de interferencias ni de intervenciones en el Estado Constitucional de Derecho, y por ende constituye un ámbito vedado a todo tipo de injerencias jurisdiccionales o no jurisdiccionales.

Por otra parte, el Art. 20 Cn, establece la regla general de que la morada es inviolable, y que sólo puede ingresarse a ella, por consentimiento de la persona que la habita, por mandato judicial, por flagrante delito o grave riesgo de su realización, o por grave riesgo de las personas. En apariencia, al existir una de estas excepciones, estaría permitido el ingreso a la morada o lugar público habitado. Empero ello no es así, pues hay ámbitos –espaciales- que no soportan ningún tipo de injerencia estatal, y sólo puede ingresarse al mismo por consentimiento del morador. Tal es el caso de las embajadas, oficinas consulares, o locales de las Naciones Unidas.

Tal aserto es confirmado por el Art. 22.1 de La Convención de Viena Sobre Relaciones Diplomáticas que establece, “Los locales de la misión son inviolables. Los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin el consentimiento del jefe de la misión”. De igual manera, el Art. 3 de la Convención Sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, prevé que “los locales de las Naciones Unidas serán inviolables. Los haberes y bienes de las Naciones Unidas, donde quiera que se encuentren y en poder de quien quiera que sea, gozaran de inmunidad contra allanamiento, requisición, confiscación y expropiación, y contra toda otra forma de interferencia, ya sea de carácter ejecutivo administrativo, judicial o legislativo”. El Art. 4 de la misma establece además, que “los archivos de la Organización y, en general todos los documentos que le pertenezcan o se hallen en su posesión, serán inviolables donde quiera que se encuentren”.

Finalmente, el Art. 31 de la Convención Sobre Relaciones Consulares de Viena de 1963, establece “Los locales consulares gozaran de las inviolabilidades que les concede este artículo. Las autoridades del estado receptor no podrán penetrar en la parte de los consulares

que se utilice exclusivamente para el trabajo de la oficina consular, salvo el consentimiento del jefe de la oficina consular o de una persona que él designe, o del jefe de la misión diplomática del Estado que envía. Sin embargo, el consentimiento del jefe de la oficina consular se presumirá en caso de incendio o de otra calamidad que requiera la adopción inmediata de medidas de protección (...).

Parece obvio, que el registro y allanamiento en tales espacios esta prohibido, y ninguna autoridad judicial puede ordenarlo. Por ende, sólo puede ingresarse a ellos por consentimiento expreso o tácito del jefe de la oficina consular. Pero también, los documentos y archivos no pueden ser objeto del secuestro para-cautelar con fines probatorios a que hace referencia el Art. 180 y ss, del CPP. Ni los locales pueden ser expropiados.

Detallar el casuismo de ámbitos que resultan vedados a las injerencias jurisdiccionales sería agotar, pues existen otras áreas protegidas para cierto tipo de injerencias estatales. Lo importante es, que con tales ejemplos puede afirmarse y sostenerse, que existen zonas inviolables ante las posibles intromisiones estatales. Esto no implica que los derechos que protegen sean absolutos, sino más bien, que los mismos son irrestrictos frente a “cierto” tipo de medidas de coerción procesal. A manera de ejemplo, si bien la imprenta y sus accesorios no puede ser objeto de secuestro, Art. 6 Inc. 2º Cn, habría que ver si tales bienes pueden ser embargados en un proceso civil o mercantil. Literalmente, como que la garantía opera únicamente frente al secuestro para fines probatorios en un proceso penal. En idéntico sentido, existen bienes que no pueden ser embargados en un proceso civil o mercantil, como los instrumentos de trabajo del deudor, su cama, su ropa necesaria, etc., Art. 1488 del Código Civil, empero, tales bienes podrían ser objeto del secuestro antes expresado.

En suma, dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño, existen ciertos ámbitos o zonas vedadas a “ciertas” injerencias estatales. En tales casos y frente “determinadas” medidas de coerción, el derecho resulta ser absoluto en el sentido de que no puede ser restringido o limitado.

## **2. EL REGISTRO Y ALLANAMIENTO DE LA MORADA COMO MEDIDA RESTRICTIVA A DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL.**

### **SUMARIO:**

1. Consideraciones introductorias. 2. El concepto legal y constitucional de domicilio. Extensión y restricción conceptual. 3. La inviolabilidad de la morada e intimidad personal como derechos fundamentales. 4 La inviolabilidad del domicilio como garantía normativa del derecho fundamental de la intimidad. 5. El registro y allanamiento domiciliario como medida restrictiva a los derechos fundamentales de la inviolabilidad de la morada e intimidad personal y familiar. 6. Supuestos legales. 6.1. Consentimiento. 6.2. Mandato judicial. 6.3. Flagrante delito o peligro inminente de su perpetración. 6.4. Grave riesgo de las personas. 7. El Registro y allanamiento: mandato judicial. 7.1 Principios constitucionales en torno a su configuración. 7.2. Legalidad. 7.3. Jurisdiccionalidad 7.4. Excepcionalidad y temporalidad. 7.5. Motivación. 7.6. Proporcionalidad.

### **1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.**

En el capítulo I se ha señalado la posibilidad jurídica de la restricción de derechos fundamentales y su diferencia con la configuración normativa. Se señaló también, que tales restricciones tienen límites inherentes, que existe una exclusividad jurisdiccional para restringirlos y, en suma, que existen ciertos ámbitos vedados a determinadas injerencias estatales. Se trata de ver ahora, específicamente, el registro y allanamiento como medida de coerción en el proceso penal salvadoreño. Es decir, de responder a las preguntas ¿Qué es el registro y allanamiento de la morada? ¿Qué derechos limita? ¿Qué debe entenderse por domicilio o morada? ¿Cuál es la casuística normativa que permite su eventual ingreso? etc.

Empero, responder a tales interrogantes requiere previamente, establecer el concepto legal de morada –domicilio-, y si existe o no un concepto constitucional del mismo, para luego partir de tales conclusiones a los restantes tópicos. A ello dedicamos el siguiente parágrafo.

## 2. EL CONCEPTO LEGAL Y CONSTITUCIONAL DE MORADA (DOMICILIO). EXTENSIÓN Y RESTRICCIÓN CONCEPTUAL.

Nuestra Constitución, Art. 20, no nos proporciona una definición de morada, sólo explicita que ésta es inviolable. Ello resulta lógico, pues los enunciados constitucionales se nos presentan –por regla general-, como formulaciones amplias e incompletas, con una textura abierta, y cargadas de valoraciones morales. Esto hace que la interpretación sea singular y difícil, por la vaguedad que revisten tales conceptos o palabras.

Los Tratados Internacionales Sobre Derechos Humanos suscritos por El Salvador –CADH, DUDH, PIDCP, etc.-; tampoco nos brindan tal definición. Estos se limitan a usar indistintamente el término “domicilio”, sin definirlo. Al parecer, la textura abierta y la vaguedad normativa antes apuntada, les son igualmente predicables.

La necesidad de definir el vocablo “morada” o “domicilio”, se deriva principalmente, de saber cuales espacios físicos están protegidos por la garantía del referido Art. 20 Cn, y cuales no, pues al ser el registro y allanamiento una verdadera medida restrictiva que recae sobre la morada o domicilio, se vuelve indispensable saber que lugares son inviolables, y cuales no. Obviamente, habrá algunos ámbitos que no pueden ser entendidos extensivamente como morada, y otros que sin revestir tal apariencia, lo son.

La Constitución se vale del vocablo “morada” para referirse al espacio físico protegido y que considera inviolable. En cambio, los instrumentos internacionales arriba apuntados, ocupan el concepto “domicilio” para referirse al lugar protegido ante todo tipo de injerencias.

El Diccionario de la Real Academia Española (21<sup>o</sup> Edic.), define el domicilio como: “morada fija y permanente”, “lugar en que legalmente se considera establecida una persona para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos”, “casa en que uno habita o se hospeda”; y la morada, simplemente como: “casa o habitación”. Si bien tales vocablos pueden no coincidir semánticamente, para los fines de estos apuntes, ambos conceptos –palabras- serán utilizados indistintamente como sinónimos, vale decir, con significación idéntica, para evitar eventuales confusiones terminológicas.

Además de las referidas proposiciones descriptivas, nuestro Código Civil –en lo sucesivo CC-, nos da una definición legal y restringida de domicilio. En su Art. 57, prescribe “El domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”. Sin embargo, tal definición es insuficiente al momento de hacer una interpretación del referido Art. 20 Cn, en el sentido de que no puede considerarse que la garantía de la inviolabilidad de la morada, protege únicamente la residencia que uno elige con el ánimo de permanecer en ella.

Tales aseveraciones resultan confirmadas, si hacemos una breve mirada a los vocablos utilizados por el legislador en diferentes normas del CPP, que regulan el registro y allanamiento. Así, en el Art. 173 Inc. 1º, se emplea la expresión “lugar...privado”; en el inciso 3º del referido artículo, “lugar a registrar”; en el Art. 174, “morada o local habitado o en sus dependencias cerradas”; en el 175 Inc. 1º, “al que habite el lugar”.

Si interpretamos las expresiones o vocablos reseñados -con el ánimo de atribuirles un significado-, llegaremos a la conclusión racional –aceptable-, de que el concepto civilista de domicilio es insuficiente, y que la garantía de la inviolabilidad de la morada es extensible a otros espacios físicos donde la persona desarrolla su vida privada, vale decir, su intimidad.

Visto el problema desde esta perspectiva, como que existe o puede inferirse un concepto constitucional de domicilio o morada, del Art. 20 de la Ley Fundamental, y que resulte más amplio que la concepción civilista, y por ende, que mejor garantice la vida privada e intimidad de los justiciables.

Los intentos por establecer una definición constitucional del vocablo “morada” -utilizado por el referido Art. 20 Cn-, con el ánimo de diferenciarla del “domicilio civil”, no son nuevos. Ya la SC en la sentencia del 23-IV-2001, recaída en el proceso de inconstitucionalidad 15-1995, hizo el distingo: “...la morada –dice la SC- no ofrece mayores ambigüedades, pues resulta claro que cuando la Constitución se refiere a ella consagrando su inviolabilidad, se trata de la casa o lugar de habitación de una persona, es decir de la estructura que le sirve de estancia de asiento o residencia, ya sea temporal o permanente”.

Esta definición de morada, tiene la cualidad de ampliar espacial y temporalmente los espacios protegidos. Espacial, al afirmar que se trata de la casa o lugar de habitación de una persona como estructura que le sirve de estancia, de asiento o residencia. Y temporal, al manifestar que puede ser temporal o permanente.

Por su parte, José María Luzón Cuesta, siguiendo los pasos del Tribunal Constitucional Español, considera que el domicilio constitucional es “un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, protegiéndose no sólo el espacio físico en sí mismo considerado, sino también lo que en él hay de emanación de la persona y la esfera privada de ella”<sup>26</sup>.

Como se observa de lo expuesto por el referido autor español, lo que se protege no sólo es el espacio físico, sino también lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada, lo que implica

26. LUZÓN CUESTA, José María: “La Prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario”. Editorial Colex, Madrid, España, 2000. p.18

que existe una pluricidad de lugares que la garantía protege, y que no pueden limitarse a la simple residencia o domicilio civil. De tal suerte, que puede predicarse una extensión conceptual de “morada”, a ello dedicamos las siguientes líneas.

Hemos dicho que el concepto jurídico-privado –civil- de domicilio es insuficiente, que no concuerda con el concepto constitucional del mismo, y que este implica los lugares donde la persona habita o vive sin estar sujeto a los convencionalismos sociales, ejerciendo su vida íntima, lo cual indica no sólo el espacio físico sino también todo lo que en él hay como derivación de la esfera privada de la persona.

Consecuencia de ello es que, puede sostenerse un concepto amplio de morada o domicilio, lo cual no pugna con las directrices que rigen la interpretación constitucional. Por el contrario, es conforme a ellas, pues los derechos y garantías de raigambre constitucional deben ser interpretadas extensivamente, y las excepciones al mismo, restrictivamente. Esto último, al menos si se pretende llegar a una decisión jurídica racional.

Establecer casuísticamente ex ante todos los lugares que pueden estimarse como “morada”, y que por ende, están protegidos por la garantía de la inviolabilidad, resulta difícil y agotador. Menos dificultad presenta el examen ex post frente a un caso concreto, en el que debe enjuiciarse si un lugar queda cubierto por la garantía. Por tal razón, no pretendemos hacer una enumeración exhaustiva y detallada de los lugares que tendrían la calidad de “morada” -para los fines del Art. 20 Cn-. Lejos de eso, pretendemos presentar algunos ejemplos de jurisprudencia foránea –dada la ausencia del tratamiento del tópico en la jurisprudencia doméstica-, en los que se han estimado ciertos espacios como inviolables frente a las injerencias públicas y particulares.

En tal sentido, la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español (TSE), ha extendido el concepto a las habitaciones que en una pensión, residencia u hotel ocupa una familia o persona, y a los lugares cerrados donde se vive, por modesta y sencilla que sea la morada, incluidas las chabolas (vivienda de escasas proporciones y pobre construcción, que suele edificarse en zonas suburbanas. En nuestro medio equivaldría a champa) y viviendas de análoga significación, ya sean de forma fija, transitoria u ocasional <sup>27</sup>.

También ha considerado extensivamente como morada, una tienda de campaña, los domicilios móviles, remolques (en lo que se refiere a la zona de habitación), etc, en los que se desarrolle la vida privada de la persona, aunque no estén situados en el lugar donde la persona tiene su domicilio particular en estricto sentido <sup>28</sup>.

27. Sentencia 1695/1993, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español. Citada por el Luzón Cuesta, José María: Ob. Cit. p. 21 y ss.

28. Sentencias 1182/1995, 721/1996 del TSE. Citadas por Luzón Cuesta, José María: Ob. Cit. p. 23 y ss.

Sin embargo, todos estos lugares –parafraseando a la profesora María Carmen Figueroa Navarro-, deben ser necesariamente un espacio físico delimitado, vale decir, una realidad material (...) habitada ocasional o establemente (...), el cual debe estar destinado objetivamente, a la vivienda o al ejercicio profesional<sup>29</sup>. Con lo cual da un paso más, al estimar que debe ser una entidad física delimitable espacialmente, para saber donde inicia y donde termina; la cual a su vez, puede ser fija o temporal, siempre y cuando exista un ánimo de habitarla domésticamente o para el ejercicio de actividades profesionales. Esto último es obvio, pues el derecho a la intimidad no puede limitarse a los lugares –abiertos o cerrados- en la que la persona ejerce su vida familiar, sino también, en aquellos ámbitos donde ejerce su profesión –oficina, cubículo, su escritorio, etc-, en donde existe un mínimo de ejercicio de la personalidad.

En definitiva, el domicilio civil o jurídico privado es insuficiente para los fines del Art. 20 Cn, pues “la morada” para los efectos constitucionales –con senda relevancia en el proceso penal- implica todos aquellos espacios físicos abiertos o cerrados, en los que la persona desarrolla su intimidad y vida privada, sin estar sujeto a las demás personas o la sociedad, como emanación de su personalidad, sea estable, transitoria o temporal. Por tanto, en nuestra realidad social, existe una pluritud de lugares que pueden estimarse “morada”, como las llamadas “champas”, “pensiones”, “mesones”, “pupilajes”, etc., que aunque no tengan un número de nomenclatura o una dirección bien definida, siempre y cuando haya una intención objetiva de habitarlas, deben estimarse como espacios reservados –y por tanto inviolables- para la persona que las habita, en tanto que en ellos realiza su vida misma. Sin importar, si es un espacio cerrado o abierto –casa sin puertas y ventanas por ejemplo-, o sin apariencia de vivienda u hogar, y en suma, cualquier lugar donde la persona ha escogido para estar aislada de las demás y ejercer su privacidad, aunque existencialmente sea un espacio precario e indigno de ser habitado, pues como dice el Tribunal Supremo Español, “... la pobreza no puede excluir su condición de domicilio ”<sup>30</sup>.

No obstante la amplitud normativa del concepto constitucional de “morada”, para algún sector de la jurisprudencia, hay lugares que no pueden estimarse extensivamente como tal, y por ende, no están protegidos por la garantía fundamental de la inviolabilidad. En tal sentido, el TSE estima que no constituye “domicilio”, el lugar deshabitado y sin muebles, utilizado únicamente para la venta de drogas<sup>31</sup>, ni los trasteros de las viviendas, los garajes, un cobertizo, un solar, un zaguán de la vivienda<sup>32</sup>, y por tanto, la garantía constitucional no les es extensible,

29. FIGUEROA NAVARRO, María Carmen: "Aspectos de la Protección del Domicilio en el Derecho Español". Edisofer SL, Madrid, España, 1998. p. 121 y ss.

30. Sentencia 1140/1997 del TSE de fecha 23-9-97, citada por Luzón Cuesta, José María: Ob. Cit. p. 25.

31. Sentencia 1798/1994 del TSE de fecha 15-10-94, citada por Luzón Cuesta, José María: Ob. Cit. p. 25.

32. Sentencias 2539/1993, 2513/1993, 758/1995, 809/1995, 440/1993 del TSE. Citadas por Luzón Cuesta, José María: Ob. Cit. p.25-26.

por no ejercerse en ellos vida privada o libertad íntima de la persona.

En la realidad salvadoreña, si bien tales lugares no pueden considerarse jurídico-constitucionalmente como “morada”, al igual que muchos otros lugares abiertos al público como los almacenes, tiendas, bazares, restaurantes, bares, oficinas públicas, y otros análogos, siempre están protegidos normativamente frente a las injerencias estatales –de la PNC y FGR, - al requerir el Art. 173 del CPP, orden judicial para su registro “cuando haya motivo suficiente para presumir que en tales lugares –públicos o privados- existen objetos relacionados con la comisión del hecho punible que se investiga, o que allí pueda efectuarse la detención del imputado o alguna persona sospechosa...”.

Dicha garantía del mandato judicial es igualmente exigible –salvo flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, o por grave riesgo de las personas- frente otros lugares privados cerrados, que si bien no son técnicamente una “morada”, les son extensibles la garantía del Art. 173 CPP, como las bodegas, fábricas, depósitos, y otros similares. Por lo que puede afirmarse, que el Art. 173 CPP, protege otros espacios que no pueden ser cubiertos por la garantía del Art. 20 Cn, con lo cual el legislador secundario ha ido más lejos en cuanto a la protección de otros derechos diferentes a la intimidad personal y familiar, al exigirle a la PNC y FGR, orden escrita de autoridad judicial para registrarlos.

Más dudoso resulta si la garantía del mandato judicial, es exigible frente a las celdas o cárceles de los internos en un Centro Penal o Penitenciaria, pues el referido Art. 173 CPP, la requiere ante un eventual registro en un lugar público, pues nadie dudará que los internos han sido limitados –por sentencia definitiva o por auto de detención provisional- del derecho de libertad ambulatoria y de otros como los derechos de ciudadano, pero no del derecho a la intimidad personal que podría ser extensible, inclusive, al espacio de la celda donde la persona guarda detención.

En definitiva, lo importante es destacar, que si bien algunos lugares o espacios cerrados o abiertos al público, no constituyen jurídicamente “morada” por el hecho de no ejercerse en ellos vida privada o íntima, siempre están protegidos normativamente por el Art. 173 CPP, al exigirse orden judicial para su eventual registro.

### **3. LA INVIOLABILIDAD DE LA MORADA E INTIMIDAD PERSONAL COMO DERECHOS FUNDAMENTALES.**

En el apartado 2 del capítulo I de estas notas, hicimos alusión a lo que algún sector importante de la doctrina y la jurisprudencia de la SC entienden por derechos fundamentales. En dicha oportunidad dijimos –siguiendo los pasos de la SC- que un derecho debe ser considerado

fundamental, si las facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana son consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivación, desarrollan una fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución<sup>33</sup>.

En tal sentido, corresponde ahora determinar, si la inviolabilidad de la morada y la intimidad personal se adecuan a la definición antes apuntada, y por ende, si puede considerárseles verdaderos derechos fundamentales en la realidad salvadoreña. Pero antes es menester precisar ¿qué es la inviolabilidad de la morada y la intimidad personal?.

La inviolabilidad de la morada –dicen Bertrand Galindo, Tinetti, y otros-, “significa que nadie puede entrar en la morada de una persona sin su consentimiento o sin mandato judicial<sup>34</sup>”. Para Recasens Siches, “la inviolabilidad del domicilio se funda en que la morada de una persona constituye el ámbito material de su dignidad y de su libertad personales, es como el santuario de la persona, dentro del cual, en principio, nadie, ni autoridad ni particular, debe penetrar sin el consentimiento del titular del domicilio”<sup>35</sup>.

La inviolabilidad de la morada aparece reconocida en el Art. 20 Cn. De igual manera, diversos tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por El Salvador, protegen normativamente la morada o domicilio. Así, el Art. 12 de la DUDH, se dispone, que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en (...) su domicilio (...). Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. El Art. 17 del PIDCP prevé: “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en (...) su domicilio (...). Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. A su vez, el Art. 11 de la CADH, reconoce que “nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas (...) en su domicilio (...). Toda persona tiene derecho a la protección de la ley en contra de esas ingerencias”.

El telos del constituyente y del legislador comunitario en cuanto a la protección de la morada, es porque tales espacios son inherentes a la persona misma, en tanto que en ellos pueda realizar su propia existencia. De tal suerte, que la inviolabilidad de la morada, tiene como fundamento material la dignidad de la persona, en el sentido de que esta pueda ejercer libremente su vida privada en un espacio ajeno a todo tipo de injerencias –sean públicas o privadas-, para así poder autorealizarse, y ejercer con libertad sus necesidades más íntimas. Difícil sería imaginar

33. SSC de fecha 23-III-2001, recaída en el Proceso de Inconstitucionalidad No 8-97.

34. BERTRAND GALINDO, TINETTI. Ob. Cit. p. 743.

35. RECASENS SICHES, Luis: “Tratado General de Filosofía del Derecho”. Editorial Porrúa, 12ª Edición. México, 1997. p. 579 y ss.

hipotéticamente que la morada sea un espacio abierto a los demás, pues como dice Recasens Siches, “la persona humana debe tener derecho a disfrutar de la pacífica intimidad de su existencia, sin afrontar otras responsabilidades que las nacidas de sus actos, sin padecer en tal esfera de inspección ni coacción pública y sin sufrir las injerencias de otras personas...”<sup>36</sup>.

Y es que la morada ha sido entendida por algunos, como el castillo de la persona. Esta idea esta tan arraigada en el legislador penal salvadoreño, que ha reforzado su protección al tipificar como delitos las injerencias injustificadas o arbitrarias en el domicilio. Así, el CP tipifica como comportamientos penalmente relevantes, el “Allanamiento de Morada”, Art. 188; el “Allanamiento del lugar de trabajo o establecimiento abierto al público”, Art. 189; el “Allanamiento sin autorización legal”, Art. 300.

Por su parte, la intimidad personal y familiar aparecen positivados en el Art. 2 Inc. 2º de la Cn, como derechos de la persona, frente a los cuales el Estado tiene la primaria obligación de proteger, conserva y defender. En el ámbito supranacional, la DUDH, en su Art. 12; el PIDCP, en su Art. 17; y, la CADH, en el Art. 11.2, garantizan implícitamente la intimidad personal y familiar, al normar que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y en la de su familia.

El Diccionario de la Real Academia Española (21º Edición), define la intimidad como “la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”.

La intimidad personal y familiar, es el derecho de la persona a “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 juzgador juzga dignos de respeto. Esa esfera de intimidad o reserva, comprende un espacio material que podría ser afectado por hechos como la violación del domicilio, y otro aspecto espiritual, que comprende el secreto en sus diversas variedades”<sup>37</sup>.

O como dice Lucrecio Rebollo Delgado, “el derecho a la intimidad en su configuración nuclear es un derecho subjetivo, de defensa de una parcela de nuestra vida que queremos mantener reservada, y de la que tenemos plena disposición”<sup>38</sup>.

Tanto la inviolabilidad de la morada como la intimidad personal y familiar, son concreciones del metavalor de la dignidad humana, en el sentido de que es a través de ellos y unido a otras libertades, que la persona puede lograr una plena eficacia del desarrollo de su personalidad,

36. RECASENS SICHEZ, Luis: Ob. Cit. p. 578.

37. GUTIÉRREZ CASTRO, Gabriel Mauricio: “Derecho Constitucional Salvadoreño, Catálogo de Jurisprudencia. p. 46. Citado por Bertrand Galindo, Tinetti y otros. Ob. Cit. p. 739.

38. REBOLLO DELGADO, Lucrecio: “El Derecho Fundamental a la Intimidad”. Editorial Dykinson, SL. Madrid, España, 2000. p. 80.

pues sin un espacio exclusivo reservado para sí, no podría autorealizarse en su vida íntima y privada. De allí que, tales derechos y el resto de derechos fundamentales de la persona, sean el fundamento material de nuestra Constitución.

De tal suerte que su eventual violación o vulneración -por los entes públicos o por los particulares-, esta ampliamente protegida. Así, el Código Penal ha destinado el capítulo II, del título VI, libro segundo, relativo a los delitos contra la intimidad, tipificando comportamientos penalmente relevantes que lesionan o ponen en peligro dicho bien jurídico derivado de la Constitución.

Empero, también la propia Constitución establece ciertas garantías que refuerzan su protección, como el Habeas Corpus, Arts. 11 Inc. 2º y 247 Inc. 2º; y el Amparo, Art. 247 Inc. 1º, contra actos de los particulares o del mismo Estado que eventualmente lesionen o amenacen la intimidad y vida privada de la persona; y en suma, también el proceso de inconstitucionalidad, Art. 183, cuando sea la ley, un decreto o un reglamento el que limite o restrinja irrazonablemente el contenido esencial de la inviolabilidad de la morada y la intimidad personal y familiar.

En definitiva, tanto la inviolabilidad de la morada como la intimidad, son facultades o poderes de la persona derivados de exigencias ético-jurídicas como la dignidad humana y libertad, y que aparecen positivados en los Arts. 2 Inc. 2º y 20 de la Constitución -como parte de su fundamento material-, los cuales gozan de una protección reforzada derivada de la propia Ley Fundamental. Por lo que podríamos afirmar, que los mismos constituyen verdaderos derechos fundamentales de la persona humana.

#### **4. LA INVIOLABILIDAD DE LA MORADA COMO GARANTÍA NORMATIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA INTIMIDAD PERSONAL.**

Hemos dicho en el apartado anterior, que la inviolabilidad de la morada y la intimidad personal y familiar son derechos fundamentales, por ser derivaciones de la dignidad humana, por estar positivados en la Constitución, y gozar de la tutela reforzada que esta otorga. Empero, la inviolabilidad de la morada puede y tiene una doble connotación en nuestra Constitución.

Por una parte, de ella se deriva que nadie puede ingresar a la morada sino es por consentimiento del que la habita -salvo los casos de mandato judicial, flagrante delito, o grave riesgo de las personas-, y por otra, opera como garantía normativa del derecho fundamental de la intimidad personal y familiar. De tal suerte que estos derechos son su fundamento esencial. En ese contexto, la inviolabilidad citada, se nos

presenta como un auténtico derecho fundamental, y como garantía de otros derechos, cuya protección ha estimado insoslayable el constituyente.

En algún sector de la doctrina científica se sostiene, que el fundamento máximo de la inviolabilidad del domicilio es la dignidad e integridad de la persona <sup>39</sup>, pues estos derechos justifican la existencia del ordenamiento jurídico. Para otros, es la libertad y seguridad personal, en el sentido de que la morada es la prolongación de la personalidad <sup>40</sup>, un ámbito en el cual el individuo puede hacer y dejar hacer lo que desee, sin ser molestado u observado <sup>41</sup>.

Ahora bien, y no obstante la diversidad de criterios sobre el fundamento esencial de la inviolabilidad de la morada, la doctrina mayoritaria se decanta por admitir que es la intimidad personal y la vida privada su fundamento máximo y primigenio, pues es el espacio físico donde la persona desarrolla principalmente su intimidad y privacidad.

En ese sentido, consideramos que la inviolabilidad de la morada, Art. 20 Cn, es -además de un derecho fundamental- una garantía normativa en virtud de la cual el constituyente protegió los ámbitos espaciales que pueden estimarse “morada”, frente a todo tipo de intromisiones o injerencias abusivas, injustificadas o arbitrarias, con el ánimo de garantizar a los justiciables un lugar donde puedan desarrollar libremente y a su antojo, su vida íntima y privada.

La reciente jurisprudencia de la SC, considera la inviolabilidad tantas veces citada como una garantía normativa, restándole valor como derecho fundamental. Así lo ha afirmado en la sentencia fecha 24-II-2003, en el proceso de Habeas Corpus No 249-2002, en el apartado 1), al manifestar: “La inviolabilidad de la morada aparece como una garantía normativa del derecho a la intimidad, por cuanto sirve de instrumento de protección de este...”.

Si partimos de la afirmación de que las garantías en sentido amplio, son los instrumentos específicos para la tutela de los derechos fundamentales, podríamos sostenerse parcialmente la tesis de la SC, al sostener que la inviolabilidad de la morada es una garantía normativa de otros derechos, pues además de garantía, es un verdadero derecho fundamental, como se advirtió en el número 4 de este capítulo.

Por lo dicho hasta el momento, parece obvio que entre inviolabilidad de la morada e intimidad, existe una estrecha relación. Sin embargo, la inviolabilidad de la morada no es un mero instrumento de la intimidad, pues como lo ha afirmado algún sector de la doctrina, “se

---

39. MELADO F.: Tratado Elemental de Derecho Político, Madrid, 1891; De Castro Cid, B.: Dimensión Científica de los Derechos del Hombre, Sevilla 1979; y González Pérez, J.: La Dignidad de la Persona, Madrid, 1986. Citados por María Carmen Figueroa Navarro, Ob. Cit. p. 96.

40. LUCAS VERDÚ, P.: La Inviolabilidad del Domicilio, Nueva enciclopedia jurídica SEIX, tomo XIII, 1968; citado por María Carmen Figueroa Navarro, Ob. Cit. p. 96.

41. ESTEIN, E.: Derecho Político, traducción de Fernando Sainz Moreno, Madrid, 1973. p. 201 y 202; citado por María Carmen Figueroa Navarro, Ob. Cit. p. 97.

trata de derechos distintos y autónomos <sup>42</sup>". De tal suerte, que si eventualmente se ingresara a la morada sin existir una de las causas específicas en las que la Constitución lo autoriza, el hecho de que no se haya interferido en la intimidad de las personas que la habitan –porque no estaban, por ejemplo-, no puede afirmarse que no existió violación a la garantía de la inviolabilidad, pues éste es un derecho diferente a la intimidad: que nadie ingrese a la vivienda si no es por consentimiento del morador, por mandato legal, flagrante delito y peligro de las personas.

En otras palabras, si se ingresa ilícitamente a la morada y no se lesiona la intimidad personal o familiar de sus moradores, la garantía de la inviolabilidad sí resulta vulnerada, por cuanto que esta es autónoma e independiente al derecho de intimidad. Por tanto, las consecuencias jurídico procesales serían las mismas. Sostener lo contrario reconduciría al absurdo, de que un particular, la PNC o la FGR, podrían ingresar al domicilio buscando el momento en el que los moradores están ausentes, para validar el ingreso que a todas luces sería ilegal e inconstitucional. Estos son argumentos fuertes para sostener la afirmación concreta, de que la inviolabilidad no sólo es una garantía, sino también un derecho fundamental.

En definitiva, lo importante es subrayar, que la inviolabilidad de la morada es un derecho fundamental, y a la vez, una garantía normativa del derecho a la intimidad, en tanto que es un instrumento normativo para su protección.

## **5. EL REGISTRO Y ALLANAMIENTO DE LA MORADA COMO MEDIDA RESTRICTIVA A DERECHOS FUNDAMENTALES.**

Hemos dicho que de la Constitución se deriva la posibilidad jurídica de restringir derechos fundamentales –pues estos no son absolutos-, ya sea porque ella misma lo autoriza explícitamente, o por que confiere competencias al legislador secundario para dictar leyes –en sentido estricto por la reserva de ley- restringiéndolos. Sin embargo, tales restricciones lo son en abstracto, y requieren de un acto posterior que las concrete frente al caso en especie. Las excepciones al Art. 20 Cn, y 173 y siguientes del CPP, son normas típicas que limitan en abstracto derechos fundamentales.

A esta altura del presente trabajo, si hacemos un razonamiento lógico-deductivo, llegaremos a la conclusión, de que el registro y allanamiento de la morada es una medida de coerción que restringe o limita los derechos fundamentales de la inviolabilidad de la morada e

---

42. SEMPERE RODRÍGUEZ, C."Artículo 18. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, en VV.AA., Comentarios a la Constitución Española 1978; Alonso de Antonio, A.L.: El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución Española de 1978, Madrid, 1993. Citados por María Carmen Figueroa Navarro, Ob. Cit. p. 101.

intimidad personal. Es una medida restrictiva, por cuanto que el ingreso a la morada en los supuestos excepcionales del citado Art. 20 Cn, limitan en un sentido reductor y de acuerdo a su alcance, los espacios y esferas íntimas de la persona, en el sentido de que esta no es libre de autodeterminarse frente a las injerencias de extraños, pues el ámbito reservado para sí se ve invadido, y por ende, aquella no tiene una plena disposición del mismo como cuando su vida transcurre normalmente.

El registro y allanamiento, se ajusta sin duda, al concepto de supuestos en los cuales el ordenamiento atribuye a un órgano del poder público la potestad de afectar, limitándolo, bajo ciertos presupuestos, el contenido esencial de un derecho fundamental<sup>43</sup>. Pues como anteriormente se ha advertido, los derechos a la inviolabilidad del domicilio e intimidad personal pueden ser legítimamente limitados en los casos excepcionales y taxativos que prevé el Art. 20 Cn.

Las normas que reconocen la “inviolabilidad de la morada” y el derecho de “intimidad” en todas sus vertientes –al igual que el resto de enunciados constitucionales que explicitan derechos fundamentales-, deben ser interpretadas extensivamente, pues las mismas habilitan las zonas de libertad en favor de la esfera de la persona humana. Y es que de nuestra Constitución se deriva un margen amplio de libertad para los justiciables –principio pro-libertatis-, que constituye la regla general, de tal suerte que las excepciones a la misma, deben ser interpretadas restrictiva y reductoramente, para así garantizar la dignidad de la persona. En tal sentido, las excepciones previstas en la segunda parte del Art. 20 Cn, al igual que el Art. 173 y siguientes CPP, por ser normas que limitan en abstracto los derechos de inviolabilidad del domicilio y la intimidad personal, deben ser interpretadas y aplicadas restrictivamente, al menos si se pretende llegar a una solución jurídica racional.

Consecuentemente, y con el ánimo de garantizar al máximo las libertades de la persona, al momento de interpretarse un texto legal que prevé la posibilidad de sacrificar un derecho fundamental, habrá que darle un significado más limitado que el que podría asumirse sobre la base del texto interpretado “normalmente”, y además, tendrá que evitarse la analogía por cuanto que ésta otorga una extensión al campo de aplicación del texto legal. Esto es conforme al telos del legislador penal, explicitado en el Art. 17 CPP. Así, habrá que preguntarse por ejemplo, si el concepto de “flagrante delito” o el “consentimiento” a que hace referencia el enunciado constitucional del Art. 20, son de configuración legal, y por ende, concuerdan con lo que el Código Procesal Penal entiende por flagrante delito, o con la definición jurídico-privada de

43. ORTELLS RAMOS, Manuel: “Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a las injerencias jurisdiccionales”, en *Medidas Restrictivas a Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Cuadernos Judiciales del Poder Judicial Español, Madrid, España, p. 2.

consentimiento prevista en el Código Civil, o si por el por el contrario, puede existir un concepto constitucional más restringido de tales vocablos. Tales problemas serán abordados en los siguientes párrafos.

En fin, el registro y allanamiento de la morada, se nos presenta como una verdadera medida de coerción que restringe los derechos fundamentales de la inviolabilidad domiciliaria y la intimidad personal, sin afectar su núcleo esencial –pues de lo contrario estaremos frente a una vulneración del derecho y por ende ante una medida ilegítima-, que tiene por finalidades: 1) la recolección en el lugar donde se practica de objetos relacionados con la comisión del hecho punible que se investiga; 2) la detención del imputado o persona sospechosa; 3) evitar ulteriores consecuencias del delito flagrante, o evitar su perpetración (consumación); y, 4) salvaguardar al morador de algún grave riesgo para su persona.

Obviamente, es menester analizar siquiera brevemente estas circunstancias excepcionales que habilitan el ingreso a la morada. A ello dedicamos las siguientes líneas.

## **6. SUPUESTOS LEGALES: LAS EXCEPCIONES AL ART. 20 CN.**

Hemos afirmado a lo largo de estos sencillos apuntes, que la inviolabilidad de la morada -como los demás derechos fundamentales-, no es absoluta e ilimitada, pues la misma Constitución lo delimita, por razones de convivencia social, y por razones de urgencia y necesidad, para proteger otros bienes jurídicos de similar o mayor entidad. La interpretación de estas restricciones tiene una vital trascendencia o relevancia en el proceso penal. Así por ejemplo, la licitud o ilicitud de las pruebas recabadas en un registro y allanamiento, se deriva de sí el mismo fue practicado válida o inválidamente.

En tal sentido, es ampliamente aceptado en la doctrina científica, que los enunciados constitucionales, al igual que muchas normas jurídicas, tienen una textura abierta, flexible, o elástica -un carácter dúctil diría Zagrebelsky-. Por tal razón, muchas veces damos un salto en la interpretación –de la literal-, y buscamos un significado teleológico, sistémico o extensivo, etc., de la norma que enjuiciamos, para dar una interpretación más adecuada y aceptable. Esa transformación en la interpretación hace que en ocasiones atribuyamos un significado ejemplificativo y no taxativo de la norma.

Así, los Arts. 2 Inc. 1º y 11 Inc. 1º Cn, por ejemplo, toleran una interpretación extensiva en cuanto a los derechos que enumera. Frente a estas normas, podemos estar seguros que incluyen una mayor cantidad de los derechos que gramaticalmente reconoce. Empero, otros enunciados constitucionales, no pueden tener el mismo carácter de elasticidad, sino

por el contrario, deben interpretarse lo más restrictivo posible, como los que confieren competencias a los entes públicos, los que prevén la posibilidad abstracta de restringir derechos, etc, al menos si se pretende llegar a una decisión racional. En ese contexto, la casuística de excepciones que prevé el Art. 20 Cn, es en estricto sentido taxativa, y por ende, no podrían configurarse válidamente otras causas infraconstitucionales que habiliten el ingreso a la vivienda.

En fin, y como tantas veces se ha señalado, el casuismo excepcional que prevé nuestra Constitución para el ingreso a la morada, lo constituye: a) el consentimiento del morador; b) mandato legal; c) flagrante delito o peligro inminente de su perpetración; y, d) el grave riesgo de las personas. Debe advertirse finalmente, que estos casos no pueden ser ampliados ni en el llamado régimen de excepción -estado de emergencia constitucional- a que hace referencia el Art. 29 y siguientes Cn.

Corresponde ahora, examinar cada uno de estos tópicos, tomando en cuenta las directrices en la interpretación antes apuntada.

### **6.1. El consentimiento del morador.**

Uno de los límites esenciales a la inviolabilidad de la morada, es el consentimiento del propio morador. El Diccionario de la Real Academia Española (21<sup>o</sup> Edición), lo define como “permitir una cosa o condescender en que se haga”. El argumento fuerte sobre el que descansa la amplia aceptación del consentimiento como límite a la inviolabilidad de la morada, es que su titular puede renunciar a este derecho en un caso concreto, permitiendo que personas ajenas ingresen al mismo.

En ese contexto, Figueroa Navarro <sup>44</sup> advierte que “el consentimiento, o conformidad, implica un estado de ánimo concreto, en virtud del cual la persona interesada, ante la también situación concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar”. Otro sector de la doctrina, como José María Luzón Cuesta <sup>45</sup>, Lucrecio Rebollo Delgado <sup>46</sup> y Alejandro Carrió <sup>47</sup>, entre otros, también admiten el consentimiento como excepción a la inviolabilidad de la morada, con matices y argumentos distintos. En tal sentido, este último autor argentino, considera que cuando existe consentimiento de la persona, “... deajo de ser un allanamiento, y las normas constitucionales y legales que lo rigen dejaron de ser aplicables” <sup>48</sup>.

44. FIGUEROA NAVARRO, María Carmen: Aspectos de la protección del domicilio... Ob. Cit. p. 150.

45. LUZON CUESTA, José María: La prueba en el proceso penal derivada de la... Ob. Cit. p. 39 y ss.

46. REBOLLO DELGADO, Lucrecio: El Derecho Fundamental de la intimidad... Ob. Cit. p. 186.

47. CARRIO, Alejandro D.: Garantías constitucionales en el proceso penal. Editorial Hammurabi, 4<sup>o</sup> Edición, Buenos Aires, Argentina, 2000. p. 321.

48. CARRIO, Alejandro D.: Garantías constitucionales en... Ob. Cit. p. 321.

Además se sostiene, que el consentimiento puede ser expreso o tácito, y que puede ser revocado por el titular del domicilio en cualquier momento. Todas estas hipótesis parecen lógicas, pues ante el consentimiento del titular, un particular, la PNC o la FGR, pueden ingresar libremente a la morada, sin que ello importe una vulneración al derecho de inviolabilidad del domicilio. Una interpretación semántica del Art. 20 Cn, nos reconduce a la anterior tesis. Empero, ¿puede llegar la PNC o la FGR, a pedirle permiso al morador para ingresar a su morada en la investigación de un delito? Si es así, entonces ¿para qué existe el mandato judicial?. Aceptar la referida hipótesis, ¿no implicaría anular la obligación fiscal de pedir la autorización judicial respectiva? Consecuentemente, ¿cómo debe interpretarse el consentimiento?.

La mayoría de la doctrina foránea se decanta por admitir que los entes públicos –fiscalía y policía- pueden ingresar válidamente a la morada con el simple consentimiento del morador, en la investigación de un delito. Empero esta realidad opera en otros contextos sociales, donde existe una mayor confianza en los órganos estatales encargados de la persecución de delitos. El hecho que una mayoría acepte una hipótesis, no la vuelve verdadera. De allí que la llamada verdad consensual nos puede llevar a cometer graves errores, principalmente en el campo de las ciencias sociales, donde la objetividad de estas suele ser puesta en duda, principalmente, por la Filosofía de la Ciencia.

En otro orden de ideas, es ampliamente aceptado en la doctrina científica, que en el derecho no existen respuestas o soluciones correctas cuando se interpreta un enunciado jurídico –contrario a lo sostenido por el filósofo norteamericano Ronald Dworkin-, sino más bien, lo que puede existir, son soluciones o interpretaciones más racionales o menos racionales que otras. Así lo sostiene la moderna Teoría de la Argumentación Jurídica. Una interpretación jurídica es racional –dice Aulis Aarnio- si respeta las fuentes obligatorias del derecho, y las directrices y principios que rigen la interpretación <sup>49</sup>.

De allí que, nuestra hipótesis es que existe un concepto constitucional de “consentimiento”, más restringido, que no concuerda con la concepción civilista o jurídico-privada del consentimiento del derecho común. El Art. 20 Cn, debe ser interpretado restrictivamente, y por ende, el consentimiento a que hace referencia, esta dirigido a particulares como: el vecino, un amigo, un familiar, etc., y no frente a las autoridades públicas, pues para estas existe la posibilidad de solicitar a un Juez el ingreso coercitivo a la morada. Si recordamos, dijimos que las excepciones a los derechos deben ser interpretadas de forma

---

49. AARNIO, Aulis: "Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. p. 237y ss.

restrictiva, para garantizar más las zonas de libertad de los justiciables. Esta hipótesis será examinada críticamente y con más detalle en el capítulo III de estos apuntes, pues por el momento sólo interesa advertir que partimos de una concepción restringida o estricta del consentimiento

## 6.2. Mandato judicial

Otro de los límites esenciales a la inviolabilidad de la morada que prevé el citado Art. 20 Cn, lo constituye el mandato judicial, o más bien dicho, la entrada autorizada por previa resolución judicial. Si el consentimiento resulta ser restringido, mediante la resolución judicial puede ingresarse a la morada aun sin el consentimiento del morador. El mandato judicial constituye una verdadera garantía normativa que protege la inviolabilidad de la morada y la intimidad de la persona, pues exige inexorablemente que la autoridad judicial competente, examine la urgencia, la necesidad, instrumentalidad, razonabilidad, proporcionalidad de la medida que le ha sido solicitada, y justifique –motive- mediante auto interlocutorio fundado la procedencia o improcedencia del ingreso forzoso a la morada.

Como lo advierte con buen tino González-Cuellar Serrano, “... para garantizar una mayor eficacia en la protección del derecho fundamental, se atribuye a una autoridad independiente, el juez, la primera palabra sobre su posible limitación<sup>50</sup>”. Del Art. 173 al 176 CPP, se regulan los requisitos y formalidades que deben cumplimentarse para practicar válidamente el registro y allanamiento autorizado por la autoridad judicial. Pasemos ahora a examinar brevemente parte de tales requisitos y formalidades esenciales.

En tal sentido, la garantía del mandato judicial exige se pruebe al Juez, determinadas condiciones insoslayables que vuelven necesaria y urgente la medida del ingreso forzoso a la morada. Así, el Art. 173 CPP, requiere se establezca “un motivo suficiente” para presumir que en determinado (sic) lugar –público o privado- existen objetos relacionados con la comisión del hecho punible investigado, que allí pueda efectuarse la detención del imputado o de alguna persona sospechosa.

Ahora bien, este grado de sospecha al que debe llegar el Juez, no puede serle suministrado con la simple solicitud de registro y allanamiento, sino a través de datos probatorios objetivos. Por tal razón, debe acompañarse con la solicitud, todos los actos de investigación existentes, para generarle al juez un estado intelectual que lo motive a adoptar la medida, por haber considerado que hay un “motivo suficiente” para sacrificar los derechos fundamentales de la persona que están en

50. GONZALEZ-CUELLAR, Serrano: Entrada y registro en domicilio...Citado por Figueroa Navarro, María Carmen: Ob. Cit. pp. 164-165.

juego.

Por otra parte, el referido enunciado procesal faculta tanto a la PNC y a la FGR, para poder solicitarle al Juez la orden de registro y allanamiento; sin embargo, debe entenderse que en el caso de la PNC, sólo puede hacerlo si hay una dirección funcional explícita de la FGR - la que debe presentarse al Juez-. Además puede la agencia policial solicitar la orden, en los casos en que debe realizarse una captura ordenada por autoridad judicial competente, pues en este supuesto, si bien no está bajo el control fiscal, esta bajo la directriz de un Juez (estas hipótesis, al igual que la anterior, serán analizadas más detenidamente en el capítulo III).

Al momento de tomar la decisión, el Juez debe realizar un ejercicio mental, vale decir, una operación mental, examinando la necesidad, la urgencia, la instrumentalidad, la proporcionalidad y razonabilidad de la medida peticionada, haciendo una ponderación de los intereses que están en juego, y si estos son de mayor entidad que los derechos fundamentales que se verían sacrificados si la autoriza. Y es que, si bien se reconoce la posibilidad en abstracto de autorizar el ingreso a la morada, esta medida exige el cumplimiento de ciertos requisitos que la vuelven legítima, de lo contrario, el registro se tornaría inválido, igual que la prueba de él derivada. Estos requisitos serán analizados infra con más detalle.

Si el Juez considera que hay motivo suficiente y presume que en el lugar existen efectos del delito, o que allí puede detenerse al justiciable, y cumplidos los requisitos apuntados en el párrafo que precede, otorgará la autorización respectiva debidamente motivada o fundada, indicando explícitamente las razones de hecho y de derecho que lo llevaron a adoptar la medida, el lugar donde debe practicarse la misma, el tiempo en que estará vigente la orden, y los objetos buscados. La ausencia de estos requisitos, vuelve nula la autorización, y por ende, lo que de ella sea su consecuencia.

Finalmente, el Art. 175 CPP, establece las formalidades que deben respetarse al momento de materializarse el registro y allanamiento. Es de vital importancia advertir, que el referido mandato exige la notificación de la orden de registro al morador, y en caso de ausencia de este, al encargado del lugar u otra persona mayor de edad.

### **6.3. Flagrante delito o peligro inminente de su perpetración.**

Según lo norma el Art. 20 Cn, otra de las injerencias legítimas en el domicilio lo constituye la existencia de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración. Nuevamente nos enfrentamos ante otro problema conceptual, pues el constituyente no definió la flagrancia.

Consecuentemente, ¿qué debemos entender por flagrante delito? ¿Existe un concepto constitucional de flagrancia más limitado que el configurado legalmente en el CPP? o ¿la flagrancia es de configuración legal, y por tanto, coinciden ambos conceptos?

El problema al que eventualmente puede enfrentarse el interprete al momento de calificar si existió flagrante delito -en el caso en especie-, para ulteriormente estimar válido el ingreso a la morada, es que la definición legal de flagrancia -Art. 288 Inc. 2º CPP-, es muy amplia y desmesurada. Así, el referido enunciado procesal explicita 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 el hecho, o cuando 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>.

Esta definición legal de flagrancia es desmesurada, en el sentido de que si hacemos una interpretación orgánica de los Arts. 20 Cn, y 288 CPP, concluiremos que dentro del plazo de veinticuatro horas subsiguientes al hecho, o cuando la persona sea sorprendida con objetos del delito o productos del mismo -sin importar en que momento-, el ingreso en la morada estaría permitido. En tal sentido, si el concepto constitucional de flagrancia es de configuración legal, y por tanto, coincide con la definición del Art. 288 CPP, estaremos frente a una verdadera superflagrancia que habilita el ingreso a la morada hasta el momento de vencer las veinticuatro horas después de consumado el hecho, o en cualquier momento después de este plazo temporal, siempre y cuando el justiciable sea sorprendido con objetos o efectos del delito.

Si una persona es sorprendida en el momento de cometer un delito o de intentarlo -como un homicidio, un secuestro, un robo, u otro delito contra las personas-, claro está, la intromisión en la morada está justificada no sólo constitucionalmente, sino también legalmente, pues podría existir una legítima defensa de un tercero o un estado de necesidad. El problema se ubica, para los efectos de estimar válida la intromisión en el domicilio, frente a la flagrancia que se deriva de haber “sorprendido -a la persona- con objetos o elementos con los cuales ha cometido un delito o sean producto del mismo”, “o dentro de las veinticuatro horas siguientes al hecho”.

Ahora bien, cabe preguntarse nuevamente, ¿qué razones tenía en mente el constituyente al momento de positivizar el flagrante delito como excepción a la inviolabilidad de la morada? Responder a esta pregunta -o al menos intentarlo- requiere de una interpretación teleológica y sistémica del Art. 20 Cn, pues la interpretación literal -por la vaguedad normativa- es insuficiente.

Si hacemos una interpretación teleológica y sistémica de las excepciones a la inviolabilidad de la morada explicitadas en el Art. 20 Cn, podríamos sostener la hipótesis refutable –por una mejor cadena de argumentos-, que el flagrante delito o el peligro inminente de su perpetración, constituyen casos de suma urgencia y extrema necesidad para ingresar a la morada sin el consentimiento del morador y sin que medie mandato judicial, para evitar la consumación del delito o los ulteriores efectos del mismo cuando haya sido consumado, pues en estos casos existe un consentimiento tácito o implícito del morador, y no sería razonable solicitarle en tales momentos su consentimiento, o esperar la orden judicial para su ingreso. Pues en estos casos es de suma urgencia el ingreso a la morada.

Por tanto, habría que preguntarse nuevamente, ¿qué razones de extrema urgencia y necesidad existen para ingresar a la morada cuando la persona imputada es sorprendida con objetos del delito o elementos con los cuales se ha cometido el delito o sean producto del mismo? En estos casos, y dado que no imaginamos –ex ante- un caso hipotético de extrema urgencia, ¿no sería procedente pedir la autorización judicial para su ingreso? Si esto no es así, entonces, ¿para qué positivó el constituyente el mandato judicial como excepción a la inviolabilidad de la morada?. A lo mejor podría sostenerse, que esperar la orden judicial, haría que la persona oculte los instrumentos o efectos del delito en otro lugar. Empero, frente a tal caso, la PNC podría perfectamente hacer una vigilancia del lugar mientras el Juez autoriza el ingreso.

En tal sentido, si analizamos el Art. 173 CPP, que regula el registro y allanamiento –mandato judicial- llegaremos a la conclusión que este procede cuando se pretende incautar o secuestrar “... objetos relacionados con la comisión del hecho punible que se investiga...”, por lo que el legislador secundario fue conciente de que frente a estos casos, lo que debe pedirse es la resolución judicial que autorice el ingreso a la morada.

Esta interpretación del flagrante delito o del peligro inminente de su perpetración como excepción a la inviolabilidad de la morada, además de ser semánticamente posible, concuerda con la interpretación restrictiva que debe hacerse a las restricciones a los derechos fundamentales, pues supone una interpretación limitada o reductora del concepto de flagrancia.

Esta cadena de argumentos en favor de una interpretación restrictiva o reductora del concepto “flagrancia”, la estimamos más racional con el telos actual de la Constitución, pues implica una mayor libertad para el goce de los derechos fundamentales de inviolabilidad de la morada e intimidad personal y familiar. Obviamente, otra cadena de argumentos a favor de un eficientismo penal, nos reconduciría a estimar

que el concepto de flagrancia constitucional es de configuración legal, y por ende, los entes encargados de la persecución del delito, podrían ingresar a la morada al cumplimentarse una de las circunstancias previstas en el Art. 288 CPP.

En suma, sostenemos la hipótesis –refutable críticamente- de que existe un concepto constitucional de flagrancia, que no concuerda exactamente con la definición legal del Art. 288 CPP, pues para ciertos casos previstos en esta norma, existe la posibilidad real de solicitarle al Juez la orden de registro y allanamiento de la morada, que es lo que el constituyente denominó como “mandato judicial”, Art. 20Cn.

Al respecto, la SC en sentencia del 23-X-2001, en proceso de Habeas Corpus número 93-2001, dijo: “...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 cuantos la exigencia de orden de allanamiento a la morada, tiene la finalidad de poner límites al poder de policía a fin de evitar contrarios a la Constitución y con ello la existencia de posibles detenciones...”.

Como lo advierte claramente nuestra SC, para que la PNC pueda ingresar a la morada, no basta con la noticia receptada de que en un lugar existen objetos ilícitos –aparente flagrancia-, sino que es necesaria la autorización judicial que tiene por objeto limitar el poder de policía.

Principal problema presentan los delitos permanentes o continuos, como la tenencia de drogas o armas en la morada, pues la flagrancia en estos delitos podría suponerse también como permanente o continua mientras se posee o se tiene la sustancia o el objeto ilícito. Empero la autorización judicial frente a estos casos es igualmente exigible, así lo ha sostenido la SC en la sentencia supra citada. Este problema, y nuestra hipótesis al respecto, será analizado en detalle en el capítulo III de estos apuntes.

#### **6.4. Grave riesgo de las personas.**

Como última excepción legítima a la inviolabilidad de la morada, la Constitución explicita “el grave riesgo de las personas”, como causa que habilita su ingreso. Claro está, que frente a estos casos existe una extremada urgencia y necesidad de penetrar a la morada para evitar un potencial peligro para la vida o propiedad de las personas, como los casos de incendio, explosión, inundación, terremoto, u otros estragos.

Resulta difícil imaginar el número de casos en los que una persona pueda estar frente a un grave riesgo o peligro; por tanto, aquí si puede existir racionalmente una interpretación analógica o extensiva

de todas aquellas situaciones que de hecho amenacen la vida o integridad de las personas, pues lo que se pretende es proteger sus derechos más vitales, no restringirlos.

Esta excepción, no reviste mayores problemas al momento de interpretarse, pues además de ser poco frecuente una situación de grave riesgo, no tiene mayor relevancia en el proceso penal.

Pasemos ahora, al examen del registro y allanamiento derivado de la resolución judicial, vale decir, del mandato judicial.

## **7. EL REGISTRO Y ALLANAMIENTO: MANDATO JUDICIAL.**

### **7.1 Principios constitucionales en torno a su configuración.**

Hemos sostenido la hipótesis, de que las excepciones al Art. 20 Cn, deben ser interpretadas restrictivamente, Art. 17 Inc. 1º CPP, como exigencia derivada del principio pro-libertatis, para garantizar y proteger con más eficacia los derechos fundamentales de la persona. Por tal razón, afirmamos que existe un concepto constitucional más restringido de los vocablos “consentimiento” y de “flagrancia”, y por tanto, muchos casos que a prima facie podrían quedar cubiertos dentro de tales conceptos -a raíz de una interpretación literal-, en estricto sentido no podrían ser considerados como tales –producto de una interpretación teleológica-, pues para ellos existe el mandato judicial.

La garantía del mandato judicial, es una derivación directa de la exclusividad jurisdiccional para restringir derechos fundamentales, en tanto que, se encomienda a un Juez o tribunal imparcial, la facultad de autorizar la intromisión o injerencia estatal en la morada de la persona. Esta garantía aparece positivada en el Art. 20 Cn, y plenamente desarrollada en el Art. 173 y ss. del CPP. Su desarrollo legal protege un mayor número de lugares o espacios que la “morada constitucional” propiamente dicha, pues quedan cubiertos bajo su ámbito de protección cualquier lugar público o privado, siempre y cuando se presuma existen objetos relacionados con la comisión del hecho punible que se investiga, o que allí pueda efectuarse la detención del imputado.

Si bien dicha medida restrictiva esta confiada a un Juez o tribunal, su válida adopción depende además de otros requisitos o principios constitucionales que la vuelven legítima. Estos principios o requisitos esenciales no aparecen explicitados en el CPP, sino que son derivaciones de nuestra ley fundamental, en tanto que ésta marca las pautas del juego limpio en toda actividad que tienda a limitar derechos fundamentales. Y es que, nuestra Constitución configura una serie de principios y requisitos insoslayables que debe respetar el Juez al momento de tomar decisiones tendientes a restringir derechos constitucionales, de tal suerte que su eventual inobservancia en el caso concreto, haría que la aparente

restricción se vuelva una verdadera vulneración al derecho, y por ende, a la Constitución.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por principios jurídicos? Los principios jurídico-constitucionales, son la esencia del ordenamiento jurídico, y tienen como función informar, integrar y servir de directriz en la interpretación de las normas o reglas secundarias. Los principios a diferencia de las reglas, dice Robert Alexy, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto –sigue diciendo-, son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas<sup>51</sup>.

Por su parte, Ronald Dworkin advierte, que las “reglas cuando valen, son aplicables de una manera de todo-o-nada, mientras que los principios sólo contienen una razón que indica una dirección pero que no tienen como consecuencia necesariamente una determinada decisión”<sup>52</sup>.

Volviendo a las medidas restrictivas a derechos fundamentales, ¿qué principios o requisitos jurídico-constitucionales tenemos en torno a las medidas de coerción? La dogmática<sup>53</sup> y jurisprudencia han desarrollado algunos requisitos intrínsecos y extrínsecos que debe respetar el decisor al momento de limitar derechos fundamentales. Dentro de los requisitos extrínsecos tenemos: a) judicialidad; y, b) la motivación de las decisiones judiciales que limiten derechos fundamentales. Dentro de los requisitos intrínsecos: a) principio de idoneidad; b) principio de necesidad; y c) principio de proporcionalidad en estricto sentido. Además de los anteriores requisitos, el principio de legalidad se nos presenta como un presupuesto de validez de toda medida de coerción procesal, que no puede ser desapercibido en su examen, al igual que la excepcionalidad y temporalidad que la configuran.

Pasemos ahora pues, al análisis de cada uno de estos requisitos con especial acento en el registro y allanamiento como medida de coerción que puede ser adoptado mediante resolución judicial –mandato judicial-.

## 7.2. Legalidad.

El principio de legalidad ocupa un lugar primigenio en el examen constitucional de toda medida restrictiva a derechos fundamentales, en el sentido que es necesario determinar previamente, si la medida adoptada o que pretende adoptarse, descansa en una ley previamente establecida

51. ROBERT ALEXY: Teoría de los derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993, p. 86.

52. DWORKIN, Ronald: "Los derechos en serio". Ariel, España, p. 24.

53. Ver GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás: Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, Editorial Colex, Madrid, España, 1990.

que confiere la posibilidad abstracta de limitar derechos. De tal suerte que si la medida no supera o soporta este examen liminar, sería innecesario seguir analizando los restantes requisitos o principio que debe respetar toda actividad estatal limitadora de derechos fundamentales.

Tal exigencia de legalidad se deriva de la propia Constitución. Así, su Art. 15 explicita que: “nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate; y por los tribunales previamente establecidos por la ley”. Por su parte, el Art. 11 de la referida ley fundamental –que puede ser visto como cláusula general restrictoria -, manda 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... (sic)”.

Como puede observarse, del contenido de ambas normas se infiere, que cualquier limitación de derechos constitucionales debe estar amparada en una ley en sentido estricto, pues ni el reglamento, ni la ordenanza, ni el decreto ejecutivo, etc., tienen esa virtualidad -de limitar derechos fundamentales-. Esto es conocido en la doctrina científica y jurisprudencia como “reserva de ley” o “rango de ley”.

“Este principio de reserva de ley entraña, en efecto, -dicen Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández siguiendo los pasos del Tribunal Constitucional Español- una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos”.<sup>54</sup>

Al respecto nuestra SC, en sentencia de fecha 22-X-2001, en el proceso de inconstitucionalidad número 23-97, explicitó que “la reserva de ley supone una garantía para que la regulación normativa de determinadas materias se efectúe por el Órgano Legislativo, como modo de asegurar, por otro lado, que su adopción venga acompañada necesariamente de un debate público en el que puedan concurrir libremente los distintos representantes del pueblo... (sic). La reserva de ley es la garantía de que un determinado ámbito vital de la realidad, dependa exclusivamente de la voluntad de los representantes de aquellos involucrados necesariamente en dicho ámbito: los ciudadanos”.

Consecuentemente, en materia de limitación de derechos fundamentales, existe una reserva de ley en sentido estricto, o sea una competencia exclusiva conferida por el constituyente a la Asamblea

54. GARCIA de ENTERRIA, Eduardo y TOMAS-RAMON, Fernández: Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Décima Edición, Madrid, España, 2001, pp. 246 y 247.

Legislativa. De tal suerte que su inobservancia haría que las limitaciones en abstracto sean contrarias a la Constitución, y por ende inválidas.

Nuestra SC, en la sentencia de fecha 6-IX-2001, en el proceso de inconstitucionalidad documentado en expediente número 27-99, dejó claro esta postura, al advertir que "... vinculados a la seguridad y defensa, se pueden entender reservadas a la ley la limitación a los derechos fundamentales, la configuración del proceso jurisdiccional y el mantenimiento tanto de la paz social como de la seguridad...".

En ese orden de ideas, nuestra Constitución limita ella misma la inviolabilidad de la morada y la intimidad personal, al positivizar en abstracto la posibilidad de ingresar a la morada mediante mandato judicial. Ahora bien, esta facultad conferida a los órganos jurisdiccionales, viene desarrollada en los Arts. 173 y siguientes del CPP. Consecuentemente, puede afirmarse, que su desarrollo legal respeta la garantía de la reserva de ley, y por ende el principio de legalidad del Art. 15 Cn.

### 7.3. Jurisdiccionalidad.

Junto al presupuesto constitucional de legalidad, aparece la garantía extrínseca subjetiva de judicialidad. Si bien la facultad de limitar el derecho fundamental de la inviolabilidad de la morada e intimidad personal, puede estar confiada a entes no jurisdiccionales –en los casos excepcionales del Art. 20 Cn–, corresponde finalmente al Juez analizar la validez constitucional de la injerencia o intromisión en el domicilio. El mandato judicial a que hace referencia el referido enunciado constitucional, es una garantía derivada de la potestad exclusiva del Órgano Judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, Art. 172 Inc. 1º Cn, y por tanto, de la facultad exclusiva de limitar derechos fundamentales con carácter definitivo e irrevocable.

Como dice algún sector de la doctrina, "en materia de restricción de derechos fundamentales, se ha dicho, los jueces no deben tener la última palabra, sino la primera palabra<sup>55</sup>". En tal sentido, podría afirmarse que nuestra Constitución, en su Art. 20, reserva dicha potestad a los jueces u órganos jurisdiccionales, pues frente a cualquier pretensión de ingresar a la morada en la búsqueda de datos probatorios, la decisión judicial debe ser la primera y única ratio a la que deben atenerse la PNC y FGR, pues el consentimiento –sólo frente a particulares- y la flagrancia –casos de suma urgencia y necesidad- como excepciones, operan de forma muy restringida, según la hipótesis que hemos sostenido a lo largo de estas sencillas notas.

---

55.KERN y WOLF, citado por GONZALEZ CUELLAR-SERRANO, Nicolás: Ob. Cit. p. 110.

La exigencia de un Juez imparcial que autorice el ingreso a la morada, se deriva principalmente, de la obligación del Estado de tutelar y conservar los derechos fundamentales de la persona, Art. 2 Cn, pues un Juez guardián de la Constitución, que tiene como misión su defensa, necesaria y obligadamente tendrá que hacer la ponderación entre los derechos fundamentales que están en juego, y la búsqueda de la verdad material en el proceso penal, como justificación externa de la medida del registro y allanamiento, que eventualmente le puede ser solicitada por el Ministerio Fiscal.

Es el juez y no las partes, quien debe calificar la procedencia de la medida, examinando si los datos probatorios objetivos que le son suministrados por aquellas, le hacen llegar a un estado intelectual de sospecha objetiva de que en el lugar a ingresar, existen objetos o efectos del hecho punible investigado o que allí se encuentra el imputado reclamado mediante orden de detención. En suma, a dicho funcionario le corresponde hacer un examen de razonabilidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, de la medida del registro. Y si la estima procedente, deberá determinar el plazo de vigencia necesario para su práctica, etc.

En definitiva, la garantía jurisdiccional pretende que un funcionario judicial, examine la procedencia de la medida. Esto principalmente, para la tutela y defensa de los derechos fundamentales que están en juego y que podrían ser vulnerados o lesionados ilegítimamente si se dejase al arbitrio de las partes ingresar al lugar sagrado de toda persona: su morada.

Si esta garantía es prescindida por los órganos encargados de la persecución del delito –FGR y PNC-, sin existir una de las excepciones sumamente restringidas del Art. 20 Cn (flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, o grave riesgo de las personas), la consecuencia jurídica procesal del registro, es su invalidez, y por ende, todo lo que de él se deriva. En el capítulo siguiente se hará énfasis sobre este último tópico.

#### **7.4. Excepcionalidad y temporalidad.**

Esta medida del registro y allanamiento, debe de ser adoptada por el Juez muy excepcionalmente, pues eventualmente pueden existir otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales que serían limitados. Así, si lo que se persigue es la búsqueda de objetos o documentos relacionados con el hecho punible que se investiga, y no haya temor fundado que su poseedor pueda destruirlos o alterarlos, la “Medida u Orden de Presentación”, Art. 181 CPP, sería más adecuada

y menos lesiva para los derechos subjetivos de las personas. En caso de que el poseedor no cumpla la orden, deberá ordenarse el registro y allanamiento forzoso de su morada.

Además, dicha medida debe ser temporalísima, pues no es una medida definitiva. En tal sentido, el Juez al momento de autorizar el registro y allanamiento, deberá darle una vigencia temporal mínima y de acuerdo a la necesidad e intensidad de la misma. Así por ejemplo, sería sumamente desmesurada una orden de registro que esté vigente tres días, cuando lo que se busca es un arma en una morada pequeña. Nuevamente, resalta a la vista, la necesidad de que sea un juez el que autorice la medida, para que realice las ponderaciones que el caso requiere o exige de acuerdo a su grado de complejidad.

### **7.5 Motivación**

El último de los requisitos extrínsecos de las medidas restrictivas es la motivación. El Art. 130 CPP, impone la obligación del juez o tribunal de fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameriten. El referido enunciado procesal, explicita además, lo que debe entenderse por fundamentación, al normar que esta 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. Y de igual manera, indica que la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no sustituirá en ningún caso la fundamentación.

El referido mandato procesal prescribe, la obligación de fundamentar las decisiones judiciales que lo ameriten. Obviamente, no todo auto o decreto judicial merece ser motivado, sino sólo aquellos que tengan relevancia para las situaciones jurídicas de las partes, como los que restringen, coartan o limitan el ejercicio legítimo de un derecho subjetivo, una libertad o facultad. Por tanto, ha de concluirse que la resolución judicial que autoriza el registro y allanamiento, por limitar derechos fundamentales –inviolabilidad de la morada e intimidad personal– debe ser motivada, justificada o fundamentada, bajo pena de nulidad.

La motivación o justificación de las decisiones judiciales es un imperativo constitucional en los modernos Estados Democráticos, pues los jueces deben dar “razones” de sus actuaciones a los justiciables y a la sociedad en general, principalmente, cuando en el ejercicio del poder que se les ha conferido, limiten o restrinjan los ámbitos más vitales de la persona, como los derechos fundamentales.

Y es que, epistemológicamente, el proceso penal es de tipo cognitivo, donde las decisiones judiciales están basadas en pruebas y

en razones, y no en los meros actos de autoridad por el simple hecho de serlo, esto último se conoce como decisionismo.

“La justificación de las decisiones –dice Alfonso Jaime García Figueroa-, constituye una condición necesaria de su racionalidad en cualquier ámbito. Si no hay un debate racional, se pasa a un debate de ‘quien a quien’. Sin embargo –sigue diciendo el referido profesor de la Universidad de Castilla La Mancha- parece indiscutible que la omisión o la insuficiencia de esta actividad justificatoria adquiere una especial relevancia en el mundo del Derecho, porque esta carencia nos aboca aquí a la irracionalidad implícita en una autoridad basada exclusivamente en convicciones religiosas o en el poder coercitivo del Estado. Por ello en las sociedades postmetafísicas actuales, donde la democracia y los derechos humanos se han impuesto fundamentalmente a la fe en una creencia religiosa o a la ciega confianza en una autoridad, se impone la exigencia por parte de los ciudadanos de razones que justifiquen la aceptación de las decisiones provenientes de cualquier instancia de poder”<sup>56</sup>.

La obligación constitucional de motivar los autos que limitan derechos fundamentales, se deriva principalmente, del Art. 2 Cn, que regula la llamada tutela judicial efectiva, pues es obligación del Estado dar protección en la conservación y defensa de los derechos que la Ley Fundamental reconoce a los justiciables.

Esta idea esta tan arraigada en nuestra SC, que en la sentencia de fecha 27-IX-2001, en el proceso de amparo número 366-98<sup>57</sup>, dijo: “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 de que al no exponerse la argumentación que fundamenta 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. La motivación de las resoluciones elimina todo sentido de arbitrariedad mediante el aporte de razones lo bastante sólidas o convincentes que han originado el convencimiento del aplicador para resolver en determinado sentido, pudiendo los justiciables conocer el por qué de las mismas y controlar la actividad jurisdiccional y administrativa a través de los medios impugnativos”

De igual manera la SC, en la sentencia de fecha 24-IX-2001, en el proceso de habeas Corpus número 214-2000, advirtió: “Las personas,

56. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime y GASCÓN ABELLÁN, Marina: Interpretación y Argumentación Jurídica. Este texto es inédito. Fue utilizado como material de apoyo en el curso que lleva el mismo nombre, en el PFI. San Salvador, 2002, p. 20.

57. En la misma sentencia la SC consideró además: “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 estos puedan conocer el por qué de las mismas, posibilitando, en todo caso, una adecuada defensa (...) (sic).

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 que se sustenten, pues de lo contrario, la resolución que carezca de tales fundamentos es arbitraria (...) (sic) 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.

Como se observa en esta sentencia, la SC reconoce que es un derecho fundamental de los justiciables el obtener de los funcionarios resoluciones debidamente motivadas. Hay que reconocer el mérito de nuestro tribunal constitucional, el haber dado el carácter de derecho fundamental a la exigencia de la motivación.

En suma, el mandato judicial –resolución- que autoriza el ingreso a la morada, es un auto que debe ser motivado, por cuanto que limita derechos de raigambre constitucional. La ausencia o insuficiencia en la motivación no sólo vulneraría los derechos fundamentales de la inviolabilidad de la morada e intimidad, sino también, el derecho fundamental de toda persona de obtener decisiones judiciales motivadas. Obviamente, ello implicaría la invalidez de la resolución y de todo aquello que sea su consecuencia, Art. 130 CPP.

La cuestión de saber cuando una motivación es suficiente, vale decir, cuando debe interrumpirse una cadena de argumentos -en una resolución-, tratará de ser abordada en el capítulo siguiente.

## 7.6. Proporcionalidad.

El principio constitucional de proporcionalidad es también conocido como “prohibición de exceso”. Si bien no aparece explicitado o escrito en nuestra Constitución, su vigencia aparece implícita en muchas normas de la referida Ley Fundamental. Se trata, pues, de un principio general que, aunque no escrito, está reconocido al máximo nivel y, por tanto vincula a todos los poderes públicos<sup>58</sup>.

En España, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el principio de proporcionalidad es inherente al Estado de Derecho y al valor justicia proclamado en el Art. 1.1 de la Constitución Española<sup>59</sup>. En la Constitución de este Estado, tampoco aparece explicitado este principio. Sin embargo, al parecer su anclaje constitucional es derivado de las normas que estatuyen el Estado de Derecho y el valor justicia.

58. BARNES, Javier: El principio de Proporcionalidad. Estudio preliminar. En Cuadernos de Derecho Público, No 5. Septiembre-diciembre-1998. p. 19.

59. Sentencias del Tribunal Constitucional Español: STC 85/1992, STC111/1993, y STC 50/1995. Citadas por BARNES, Javier. Ob. Cit. p. 19-20.

A nivel doméstico, al parecer nuestra SC<sup>60</sup> habla por primera vez del principio de proporcionalidad en la Sentencia de Inconstitucionalidad 15-96, de fecha 14-II-97, al advertir que “las premisas esenciales determinadas por la Constitución para el comportamiento estatal general, y sus concretas manifestaciones en el ámbito penal son: sobre todo en materia sancionatoria, la vigencia del principio de proporcionalidad, como exigencia de ponderación de los intereses que están en conflicto, lo cual se traduce en materia penal –como afirma González Cuellar- a “la restricción de los excesos en que pudiera incurrir las actuaciones de los poderes públicos sobre la esfera de derechos e intereses del individuo”. De tal principio se habla ya en el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, según el cual “la ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias”. Y actualmente es reconocido por la doctrina que tal principio implica: (a) la idoneidad de los medios empleados-en el sentido de que la duración e intensidad de los mismos deben ser los exigidos por la finalidad que se pretende alcanzar-; (b) necesidad de tales medios –en el sentido que se debe elegir la medida menos lesiva para los derechos fundamentales, es decir, la que permita alcanzar la finalidad perseguida con el menor sacrificio de los derechos e intereses del afectado-; y (c) la ponderación de intereses, a fin de determinar la existencia de una relación razonable o proporcionada de la medida con la importancia del bien jurídico que se persigue proteger”.

La SC no ha expresado de qué norma de nuestra Constitución se deriva el principio de proporcionalidad. Empero, a nuestro entender, el mismo podría estar anclado en el Art. 246 de la Constitución, que establece “los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulan su ejercicio”. Por cuanto que prohíbe cualquier alteración del contenido o núcleo esencial de los derechos fundamentales, pues para respetar dicho contenido –o núcleo-, es menester hacer siempre un juicio de proporcionalidad que no sacrifique en exceso o arbitrariamente la esencia de los mismos.

El principio de proporcionalidad se nos presenta como un verdadero límite frente a la actividad limitadora de los entes públicos. De tal suerte que su inobservancia en el caso concreto, podría reconducir al sacrificio inútil, innecesario, o desequilibrado del derecho fundamental o interés protegido que esta en juego. De tal suerte que, frente a toda actividad que tienda a limitar derechos –sea abstractamente en la ley o frente al caso en especie como la decisión judicial-, es necesario realizar siempre el test de proporcionalidad.

---

60. Ver también, las sentencias de Amparo No 13-99, de fecha 17-II-99; y 21-99.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por proporcionalidad? En palabras de Barnes, el principio “esta integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio; o en otros términos: si este resulta a priori absolutamente inútil para satisfacer el fin que dice perseguir; innecesario, por existir a todas luces otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia; o desproporcionado en sentido estricto, por generar patentemente más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos e intereses en juego”<sup>61</sup>.

“Pero el test sólo dará <positivo> –sigue diciendo Barnes–, nótese bien, cuando la medida limitadora desborde algunas de esas prohibiciones de forma evidente y manifiesta, lo que implica, desde luego, que tan sólo la desproporción extrema y objetivable adquiere relevancia jurídica y que no sea esta, por lo demás, una hipótesis frecuente, como tampoco lo es la utilización o introducción de elementos diferenciadores calificables de arbitrarios o carentes de todo fundamento”<sup>62</sup>.

De lo dicho por nuestra SC en la sentencia comentada, y los argumentos del profesor Javier Barnes, puede concluirse que el principio de proporcionalidad está subdividido en los siguientes subprincipios: a) sub-principio de idoneidad; b) sub-principio de necesidad; y c) sub-principio de proporcionalidad en estricto sentido. Además, que el término de comparación en el test de proporcionalidad es el de medios y fines, vale decir, si los medios son idóneos, necesarios y equilibrados para alcanzar el fin perseguido.

Así por ejemplo, si tomamos la medida restrictiva del registro y allanamiento (medio) Art. 173 CPP, debemos hacer un ejercicio mental para establecer si la misma, es idónea para incautar o secuestrar los “objetos relacionados con la comisión del hecho punible que se investiga o para realizar (sic) la captura del imputado” (fin); si es necesaria para incautar o secuestrar “los objetos relacionados con la comisión del hecho...”(fin); y si es proporcional en sentido estricto, es decir equilibrada y por ende no genera mas costos que beneficios de los derechos que están juego, frente al fin perseguido (secuestro de objetos o captura del justiciable).

En tal sentido, la medida del registro y allanamiento de la morada (medio), sería totalmente inútil o inidónea, si lo que se pretende es incautar o secuestros del lugar supuestos objetos o instrumentos de un delito que no deja señales ni huellas de su perpetración como la calumnia

61. BARNES, Javier: Ob. Cit. Pág. 16.

62. BARNES, Javier: Ibid.

o difamación, Arts. 177 y 178 CPP, respectivamente.

Siempre hipotetizando, la medida del registro y allanamiento del domicilio (medio) sería innecesaria, si para la obtención o incautación de los objetos o efectos del delito (fin), baste la orden de presentación a que hace referencia el Art. 181 CPP, lógicamente, cuando no hay motivos fuertes que hagan presumir objetivamente que la orden de presentación implicaría el ocultamiento o destrucción de los objetos buscados.

Igualmente, el registro y allanamiento (medio) sería en estricto sentido desproporcionado –por el desequilibrio entre costes y beneficios, si lo que se pretende incautar o secuestrar son objetos (fin) provenientes de una falta penal, como la Apropiación Irregular, Art. 382 CPP, pues por las reglas de la experiencia, estos hechos veniales o delitos en miniatura, generalmente son perdonados. En este caso, a todas luces, la medida generaría más costes que beneficios, y por ende, habría un desequilibrio desmesurado que va en contra de la prohibición de exceso.

En suma, el principio de proporcionalidad, no aparece explicitado o escrito en nuestra ley fundamental. Empero ello no es óbice para estimar su vigencia, pues el mismo podría estar anclado en el Art. 246 Cn, pues como muchas veces hemos advertido, las normas constitucionales tienen una textura abierta, son normas de apertura, flexibles, etéreas, o como diría Zagrebelsky, tienen un carácter dúctil al momento de su interpretación. Consecuentemente, cada vez que exista la posibilidad de restringir o limitar un derecho fundamental –como en el caso de la autorización del registro y allanamiento-, el Juez debe pasar previamente el test de proporcionalidad, para determinar si el medio es idóneo, necesario y equilibrado para lograr los fines perseguidos. De lo contrario, el núcleo o contenido esencial del derecho fundamental en juego -aparentemente restringido-, se vería lesionado o vulnerado por la intromisión o injerencia.

En definitiva, cada vez que el Juez o aplicador de la norma, realiza el test de proporcionalidad, y advierte que no existe un evidente o manifiesto desborde de la medida limitadora, y por tanto estima que es proporcional, el núcleo o contenido esencial del derecho fundamental limitado se vería respetado, protegido o inalterado, y por tanto, la intromisión sería válida y constitucionalmente aceptable.

### 3. EL REGISTRO Y ALLANAMIENTO DOMICILIARIO: ANÁLISIS CRÍTICO VALORATIVO

#### SUMARIO:

1. Consideraciones generales. 2. Órgano Requirente: deficiencia institucional administrativa. 2.1. Falta de dirección funcional. 2.2. Falta de motivación de las solicitudes de registro y allanamiento. 3. Órgano Jurisdiccional: decisión judicial como medio de control ¿Cognoscitivismo o decisionismo?. 4. La denuncia anónima como notitia criminis y validez de los posteriores actos de investigación. 5. Ámbito temporal para la práctica del registro y allanamiento. 5.1. ¿Obligación del Juez de asistir a su práctica o discrecionalidad judicial? 5.2. Independencia judicial y obligación legal del Juez para resolver dentro de las dos horas subsiguientes a la petición. 6. La flagrancia como permisión constitucional para el ingreso al domicilio, y su especial problemática en torno a los delitos permanentes o continuos ¿Súper flagrancia? 7. Problemática en torno a la interpretación del consentimiento. 8. Descubrimiento de delito diferente al investigado. 9. La prueba derivada de un registro y allanamiento inválido. Posibles consecuencias jurídico-procesales en sede del Juez de Paz.

#### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

En los capítulos I y II de estas notas, pretendimos dar una aproximación conceptual de lo que doctrinal y jurisprudencialmente se entiende por medidas restrictivas a derechos fundamentales, y principalmente, sobre el Registro y Allanamiento como una de ellas. Corresponde ahora, hacer un análisis crítico valorativo de la utilización de este medio extraordinario de prueba en la realidad tribunalicia y administrativa salvadoreña, principalmente, de los problemas o escollos interpretativos que la medida genera en la práctica.

En tal sentido, el registro y el allanamiento del domicilio está contemplado dentro de la estructura del CPP, como medio de prueba. Hay que decir que nuestro CPP, en el Título V, referido a los medios de prueba, capítulo II, sólo habla del registro, y únicamente en el desarrollo de las modalidades bajo las cuales este puede ser posible hace referencia al allanamiento. Así, el Art. 174 hace referencia al registro con prevención de allanamiento. Sin embargo, debemos aclarar que la ubicación del registro y del allanamiento como medio de prueba no es impropio, ya

que en realidad se trata de un medio extraordinario para la obtención de pruebas, siendo a su vez un mecanismo o medida coercitiva, limitativa de derechos fundamentales tendientes a la obtención de elementos de prueba.

Con la práctica de estos medios extraordinarios de prueba, que limitan derechos fundamentales, lo que se pretende es buscar elementos de prueba. De ahí se deduce su suprema importancia, ya que dichos mecanismos, rodeados de las garantías constitucionales y legales pre-establecidas pueden llegar a configurar la solidez de una imputación penal; pero de igual manera, no respetándose dichas garantías, puede echar al traste toda una actividad investigativa y de control.

En primer lugar hay que comenzar por diferenciar estas dos instituciones. El Art. 173 CPP, si bien es cierto no nos proporciona una definición de registro, da la idea de que cuando hablamos de registro nos estamos refiriendo a “búsqueda” de objetos o personas relacionadas con la comisión de un hecho punible. En cambio, el allanamiento, que aun en la normativa procesal su definición es más vaga, proporciona la idea de “entrada sin consentimiento” a un determinado lugar o domicilio, lo cual se puede deducir del contenido de los Arts. 174 y 177 CPP.

Las ideas anteriormente esbozadas son desarrolladas, en igual sentido, por la doctrina. Jorge Claría Olmedo nos señala que por registro domiciliario deberemos entender “el acto de investigación que persigue el hallazgo del imputado, o de objetos o rastros relacionados con el delito, en un determinado lugar, generalmente cerrado, para su incautación (captura o secuestro) o conservación con fines procesales”<sup>63</sup> El allanamiento de domicilio, en cambio, agrega el mismo autor, “es el acto de coerción real consistente en el franqueamiento compulsivo de un lugar cerrado. Importa una limitación a la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio, y presupone la falta de autorización de quien esta protegido por esa garantía ”<sup>64</sup>.

Eduardo M. Jauchen, siempre haciendo referencia a la distinción de estas instituciones, y en la misma línea conceptual de Claría Olmedo, expresa que el registro domiciliario “es la actividad cumplida por el órgano jurisdiccional, o por funcionarios de la policía o el fiscal como delegados de aquel, con la finalidad de hallar a un imputado u objetos o rastros relacionados con el delito, situados en un determinado lugar, generalmente cerrado, para proceder a su innatación, ya sea detención o secuestro, y a su conservación a los fines del proceso<sup>65</sup>”; y sobre el allanamiento señala que “es un acto de coerción real limitativo de una garantía constitucional, consistente en el franqueamiento compulsivo de un lugar

63. CLARÍA OLMEDO, Jorge A. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Edic. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, Argentina. PP. 389.

64. Ibid, PP. 392.

65. JAUCHEN M., Eduardo. Tratado de la prueba en materia penal. Edit. Rubinzal-Culzoni. PP 64

cerrado en contra de la voluntad de quien está protegido por esa garantía, cumplido por una autoridad judicial con fines procesales, y legitimado solamente cuando se han satisfecho las formalidades impuestas por la ley ritual <sup>66</sup>.

Clarificados en cuanto a la significación y finalidad tanto del registro como del allanamiento, debemos decir que ambos mecanismos coercitivos, o medidas restrictivas de derechos fundamentales están rodeados por una serie de requisitos comunes que garantizan y legitiman su existencia, entre los que destacan la legalidad, la proporcionalidad, la jurisdiccionalidad, y la obligación de motivación de las solicitudes que los requieren, como de las resoluciones judiciales que los autorizan –estos requisitos ya fueron analizados en el capítulo II–.

## **2. ÓRGANO REQUIRENTE: DEFICIENCIA INSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA**

### **2.1. Falta de dirección funcional.**

El Art. 193, ordinal 3º de la Constitución establece que corresponde a la FGR dirigir la investigación del delito con la colaboración de la PNC en la forma que determine la ley. El CPP, expresamente, en sus Arts. 238 y 240 determina esa facultad investigativa de la FGR y la subordinación funcional que al respecto le corresponde a los miembros de la PNC. Asimismo, a fin de dar efectividad a dichos preceptos y buscar la forma más adecuada para viabilizar su concreción, existe un Reglamento Relativo a la Dirección Funcional del Fiscal General de la República en la Policía Nacional Civil, el cual en sus Arts. 6 y 11 claramente establece que el Fiscal General de la República dirigirá la investigación, girando las instrucciones respectivas a los miembros de la PNC, quienes deben informar de los resultados de la misma a dicho funcionario, y que además, en el ejercicio de dicha función se encuentra comprendida la valoración jurídica de dicha investigación, a fin de determinar la procedencia de su presentación ante los tribunales competentes.

¿Cuál es la naturaleza de la Dirección Funcional? Al respecto, hay que decir que la misma tiene el rango de principio constitucional informador del proceso penal en su conjunto. El proceso penal, como todo proceso, se configura a partir de la Constitución, la cual establece una serie de principios, garantías y derechos mínimos que deben respetarse para configurar lo que se ha dado en llamar el debido proceso legal. Hablamos así del derecho de audiencia, del derecho de defensa, del principio de resocialización, del principio de legalidad, etc. Dentro de esos principios tenemos precisamente la Dirección Funcional, como

---

66. Ibid, pp. 79.

aquel conjunto de actividades, mecanismos, y/o procedimientos mediante los cuales se lleva a cabo la investigación de un hecho delictivo, en los que la FGR asume el papel de control, orientación y valoración jurídica.

Este principio desde luego tiene incidencia en el proceso penal, puesto que su inobservancia representará una violación directa de la constitución. Sobre la importancia de la dirección funcional, ya la SC de la Corte Suprema de Justicia ha advertido sobre la inconstitucionalidad que generaría su desconocimiento. En la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, de las quince horas del día 14-II-97, en el ordinal XVII, número 3, la Sala profundiza sobre la función constitucional de la FGR en la investigación del delito, expresando que “El rol que nuestra Constitución le prescribe al Fiscal General de la República implica ejercer -Inter alia- las atribuciones de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y la acción penal, así como dirigir la investigación del delito. Estas atribuciones que son complementarias entre sí, se encuentran supeditadas al cumplimiento de los principios de legalidad –la sujeción a la Constitución y a las leyes- y de imparcialidad –la actuación con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados”.

Asimismo reiteró que el incumplimiento de esta función constitucional, que se proyecta como principio informador del proceso penal, da lugar a hablar de inconstitucionalidad. Específicamente, en la sentencia comentada, consideró que la PNC no podía solicitar directamente las órdenes de registro y allanamiento, puesto que dicha actuación violentaba el Art. 193, ordinal 3º Cn, ya que la PNC según la Constitución, debe actuar bajo la dependencia funcional de la FGR, a la cual deberá prestarle la necesaria colaboración para que esta realice a cabalidad su función.

El análisis de la SC, consideramos, tiene su fundamento en la coherencia que guardan las normas constitucionales con las del CPP. Así las cosas debemos en primer lugar ver que la Cn en su Art. 20, establece los casos excepcionales que posibilitan la limitación del domicilio y la intimidad. Estos casos de excepción son: a) consentimiento de la persona; b) mandato judicial; c) flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, y d) grave riesgo de las personas. Este artículo lo debemos interpretar en relación con los Arts. 177 y 173 CPP, para concluir entonces que la PNC no puede por iniciativa propia solicitar un registro o un allanamiento, sino que en todos los casos debe pedir o estar autorizada por la FGR. Es decir, la PNC siempre debe actuar bajo la vigilancia y supervisión de la FGR. Ahora bien, en algunos casos de excepción enumerados en el citado Art. 20 -de la Cn- y los casos del 177 CPP, debe entenderse que no es necesaria la petición por escrito ante el Juez, sino que la PNC esta facultada para ingresar sin orden judicial.

Tal como lo hemos concluido en un párrafo anterior, la respuesta a esta interrogante, de sí la PNC puede solicitar de manera directa una autorización de registro o allanamiento es necesariamente negativa: la PNC no puede por iniciativa propia plantear la solicitud de registro y/o allanamiento. Lo que podría hacer, y eso es perfectamente posible, siempre bajo la dirección funcional de la FGR, es presentar materialmente la solicitud, pero en el entendido que la misma esta suscrita por el fiscal respectivo. El anterior Art. 12 de la Ley Transitoria de Emergencia Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, facultaba a la policía para que solicitara directamente las ordenes de registro y allanamiento, y en ese momento la SC, como dijimos antes, considero que ello violentaba el Art. 193, ordinal 3º Cn. Esta situación nuevamente es retomada por el Art. 173, inciso 1º, parte segunda CPP, por lo que el argumento de la Sala sigue siendo válido en torno a la interpretación de la norma constitucional comentada, la cual confiere a la FGR la dirección en la investigación del delito. Es decir pues, podríamos considerar que esa parte del Art. 173 CPP es inconstitucional y en uso del Art. 185 Cn, los jueces deberían declararla inaplicable, y no dar tramite a las solicitudes planteadas por la Policía, como normalmente se hace en la actualidad. Sin embargo, como veremos más adelante, podemos salvar la constitucionalidad de dicha parte de la norma, haciendo una interpretación conforme con la Constitución, estableciendo que hay un caso en el cual, excepcionalmente, la PNC si puede solicitar por sí misma una orden de registro o allanamiento.

Esta es una consideración que tiene como base el sostener que la Constitución no es una mera declaración de principios, garantías y derechos, cuya inobservancia no trae ninguna sanción en el plano procesal, sino sobre todo, que ella es un catálogo de principios, derechos y garantías directamente aplicables, y por tanto, su inobservancia acarrea como consecuencia directa la nulificación de las actuaciones o actos realizados. Bernadette Minvielle lo expresa de la siguiente manera: "Las declaraciones de derechos y garantías contenidas en las constituciones (...) tal como lo expresa la doctrina constitucional contemporánea, son textos enteramente positivos. No pueden ser considerados como mera formulación de principios extraños al ordenamiento jurídico mientras no sean concretizados por el legislador, no constituyen exclusivamente normas destinadas a medir la validez de la actividad de este (ley) "<sup>67</sup>.

El análisis normativo y jurisprudencial precedente nos da la pauta para valorar ciertas prácticas que se ejecutan ante los tribunales, refiriéndonos específicamente a las diligencias de registro y allanamiento

67. MINVIELLE, Bernadette. Allanamiento ilegal: Violación del derecho a la intimidad y de las garantías del debido proceso. En: Revista Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales. Año 10. N°s. 37 a 40. Edic. Desalma. Buenos Aires, Argentina, 1987. pp. 310.

de domicilio, las cuales a nuestro criterio violentan el contenido de la Constitución y las disposiciones citadas del Código Procesal Penal.

Es de acotar que las diligencias de registro y allanamiento son solicitadas, en muchos casos, directamente por la PNC a los tribunales, y en su práctica sólo participan los miembros de este órgano auxiliar. Eso lo hemos podido comprobar de un muestreo realizado en los 15 Juzgados de Paz de San Salvador, de los cuales tomamos al azar tres solicitudes de registro y allanamiento por cada uno, pudiendo establecerse que al menos diez de las solicitudes fueron peticionadas directamente por la PNC sin la dirección funcional de la FGR.

El punto de análisis está entonces en determinar si habría alguna posibilidad, como excepción a la regla general que hemos planteado antes, en la cual la PNC pueda plantear dicha solicitud, sin que se pueda alegar violación al Art. 193, ordinal 3º Cn. Para ello nos vamos auxiliar de algunos artículos del CPP que parecen plantear tal posibilidad. Así, el Art. 173 de dicho cuerpo de leyes, prevé la posibilidad de que el fiscal o la policía puedan solicitar una orden de registro, (y consecuentemente de allanamiento) cuando haya motivo suficiente de que en un determinado lugar existen objetos relacionados a la comisión de un delito, o que exista la posibilidad de que allí se pueda realizar la captura del imputado. Aquí se configura, a nuestro juicio, la única excepción en la que la PNC puede solicitar una solicitud de registro o allanamiento, y es aquel supuesto en que un Juez expide una orden de captura contra una determinada persona, ordenándole a la PNC que la haga efectiva. Obviamente, si para concretizar la orden del Juez la PNC tiene que allanar una vivienda, puede perfectamente solicitarle al mismo Juez o a otro competente, que le expida la correspondiente autorización para allanar la casa. Esta sería la excepción a la regla general, pues en este caso, si bien no esta bajo el control fiscal, esta bajo la directriz de un Juez o tribunal.

El Juez Edward Sydney Blanco, en oposición a nuestra tesis, expresa: "No participo de la conclusión de los autores de la monografía que cuando sea la policía quien solicita el ingreso a un domicilio por sí mismo ello violente el Art. 193, ordinal 3º de la Constitución de la República. En todo caso, el Juez analizará la suficiencia de la petición y su procedencia, quedando autorizado o no su ingreso".<sup>68</sup>

Este argumento nos parece, que no aporta una razón fuerte como para considerar que efectivamente la PNC pueda solicitar por sí misma una solicitud de registro y allanamiento por las razones que antes hemos apuntado, y además, por un aspecto de especial importancia. Es el referido a la calidad con que la PNC actúa en el marco de las diligencias iniciales de investigación y en todo el proceso penal, si es que, en este

68. Comentarios realizados por el licenciado Edward Sydney Blanco, Juez Quinto de Instrucción de San Salvador, de manera verbal y por escrito, a la presente monografía, en su calidad de asesor de la misma.

caso, se puede considerar que “actúa en el proceso”. El Juez Sydney Blanco argumenta que será la autoridad judicial en todo caso quien analizara la suficiencia de la solicitud o petición y su procedencia. Creemos que en este caso no se trata de analizar la suficiencia o procedencia, sino, fundamentalmente, la legitimación en sentido procesal que la ley confiere a personas o instituciones, y que les habilita para plantear solicitudes o hacer peticiones.

Considerando que tanto en las diligencias iniciales de investigación, como en el proceso penal en sí, la PNC tiene una única función: un organismo auxiliar de la administración de justicia, concretamente, un ente auxiliar de la FGR en la investigación de delitos. No es un sujeto procesal, ni tiene funciones autónomas, sino que siempre está actuando ya sea bajo la dirección funcional de la FGR o de la autoridad judicial competente. Por lo tanto, reiteramos nuestra posición: la PNC no está legitimada para solicitar por sí misma ordenes de registro y allanamiento, y la única excepción a dicha regla, como ya dijimos antes, es cuando está bajo la supervisión de la autoridad judicial, bajo el supuesto de que un Juez le haya ordenado la captura de un imputado, por ejemplo, y para ejecutar dicha orden necesite ingresar a la morada.

En otro orden de ideas, cabe preguntarse si la dirección funcional debe objetivarse, es decir, concretarse de manera física en algún expediente, para los efectos del control jurisdiccional. Al respecto, hay como dos posturas bien definidas: a) una, que sostiene que la dirección funcional no necesariamente debe objetivarse de manera física, en papel o expediente, bastando algunos indicios que puedan dar fe que esta se ejerció por otros medios, valga decir, por teléfono o de manera verbal; y, b) la otra opinión, sin embargo, es la que sostiene que necesariamente hay que objetivar la dirección funcional mediante documentos o expedientes, pues ello es precisamente lo que permitirá que el Juez ejerza su función contralora, verificando con ello si los actos de investigación guardan coherencia con la Constitución.

La primera opinión, para poner un ejemplo, aparece sustentada en un documento publicado por la Escuela de Capacitación Judicial, producto de una serie de talleres sobre actos de investigación y de prueba en el proceso penal, verificados de junio a noviembre de 2000. Expresamente, en la página 2 de dicho documento se dice: “La dirección funcional no es el documento escrito que el fiscal hace llegar al investigador policial, en que enuncia y detalla las diligencias de investigación que deben realizarse. Este es sólo uno de los medios posibles para compartir información (actualmente hay una diversidad de medios, como los electrónicos por ejemplo). La dirección funcional es una actividad dinámica de coordinación de esfuerzos. No es una hoja de papel, sea un acta o un formulario para completar espacios en blanco. En consecuencia, la

falta de esa documentación escrita no significa necesariamente que faltó la dirección funcional. El fiscal debe tener muy claro que su rol como director de la investigación, no es trabajar con actas y papeles desde la serenidad de su escritorio, sino coordinar los esfuerzos humanos de un equipo de trabajo para la consecución de un objetivo común: la eficacia del proceso penal”.

Ambas posturas, desde la lógica del derecho, son posibles. La primera que busca garantizar la eficacia del proceso, y la otra, una postura que sacrifica la eficiencia del proceso en pro de la defensa de los derechos y garantías de la persona. Nos toca analizar ahora, cual de ellas es la que mejor se acomoda a los preceptos constitucionales, o dicho de otra manera, cual de ellas es la que mejor respeta o da vigencia al contenido de la Constitución, como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico. Para ello es menester realizar una interpretación sistemática de las normas constitucionales y las del CPP, entendiendo por esta, según Marina Gascón Abellán, aquella que “consiste en atribuir significado a una disposición contextualizándola en un sector del ordenamiento o en el ordenamiento en su conjunto ”.<sup>69</sup>

De los Arts. 1 y 2 de la Constitución se desprenden dos consecuencias: una, que todos los ciudadanos tienen reconocido el goce y ejercicio de todo un catálogo de derechos; y dos, que el Estado tiene por obligación asegurar dichos derechos y además, proteger al ciudadano en su conservación y defensa. Esa protección se configura a partir del establecimiento de una serie de principios y garantías que permiten el ejercicio de esos derechos sin más limitaciones que los que la misma Constitución y las leyes establecen. Es decir, pues, dichos derechos no son absolutos, sino que pueden ser limitados: pero para llegar a dicha limitación, debe seguirse un debido proceso, cuyos presupuestos nos los otorgan los Arts. 11 y 12 Cn. Ese debido proceso contempla una serie de principios, como los de defensa, audiencia, contradicción, prueba, Juez natural, etc., que permeabilizan todas las fases del procedimiento a seguir para arribar a la limitación de cualquiera de los derechos.

Todos esos derechos y principios a que hemos hecho referencia tienen rango constitucional, y la misma Constitución prevé, de manera contundente, en su Art. 246, que no pueden ser alterados, puesto que en el proceso de aplicación normativa al caso concreto es su contenido el que prevalece. Bajo esta óptica se impone la idea de dar prioridad a la defensa de los derechos y garantías establecidos a favor de la persona, más que buscar la eficiencia del proceso penal. En cuanto a la dirección funcional de la FGR, debemos concluir entonces, que necesariamente

69. GASCÓN ABELLÁN, Marina / GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime. Interpretación y Argumentación Jurídica. Material de apoyo preparado para el curso que lleva este nombre, destinado a la primera promoción del programa de formación inicial para jueces de la Escuela de Capacitación Judicial. pp. 105.

debe objetivarse en documentos. No serán los documentos la expresión máxima de la dirección funcional, pero sí constituirán objetivamente la mejor forma que posibilitara el ejercicio del control por parte del juzgador. El proceso es cognitivo, no se basa en el decisionismo que apela únicamente a la autoridad, sino que es menester probar, concretar hechos, y eso sólo es posible, de dos formas, según el CPP: de manera oral, en el acto del juicio (testigos por ejem.) y por escrito, mediante los actos iniciales de investigación incorporados al expediente que documenta el proceso, en cumplimiento del mandato del Art. 13 Inc. 2º Cn. Si esto no es así, ¿cómo podría el Juez Paz por ejemplo, estimar que hubo dirección funcional, sino se lo prueban por escrito? Por tanto, se concluye, que para ejercer el control a que hace referencia el Art. 55 No 1 CPP, es menester que la dirección funcional se documente, pues otros órganos jurisdiccionales como la SC en Habeas Corpus, tampoco podrían ejercer un verdadero control sobre la constitucionalidad del proceso penal, específicamente, en las llamadas diligencias iniciales de investigación.

Siempre comentando estas ideas, el Juez Sydney Blanco expresa: “Finalmente estoy en desacuerdo con que el direccionamiento funcional por la Fiscalía necesariamente deba hacerse por escrito, porque de lo contrario, se cuestionan los autores (de la monografía) ¿Cómo podría el Juez de paz por ejemplo, estimar que hubo dirección funcional, sino se le prueba por escrito?. Me parece un culto excesivo a los documentos, menospreciando la palabra emanada de un funcionario, como lo puede ser el fiscal.” El argumento parece contundente, sobre todo cuando es obvio que, a tenor del Art. 329 CPP, la oralidad es un principio que informa al proceso penal, y que por lo tanto estar pensando en documentos es una idea superada; y que además, pone énfasis en la presunción de veracidad que ostentan las actuaciones de los funcionarios públicos, como el caso del fiscal. Sin embargo, consideramos que dichos argumentos no aportan ninguna razón aceptable que nos lleve a la conclusión de la innecesariedad de documentar la dirección funcional. En cuanto al “culto excesivo a los documentos” debemos decir que la oralidad se predica de las audiencias, como formalidad del debate en el juicio plenario, y que fuera de esos actos, todas las actuaciones deben documentarse, y es el contenido de estas el material de discusión en el juicio y en las etapas previas al mismo. Así lo sugieren los Arts. 83, 123, y 240 inciso 2º del CPP.

Reiterando el contenido de los artículos mencionados, encontramos en la doctrina posturas como la de Raúl Washington Abalos, quien nos indica que “La manera de documentar las declaraciones de los protagonistas del proceso, ya sea se trate de actos del imputado, de los peritos, del resultado de las inspecciones, es a través de las actas (...) cuya finalidad es instrumentar todos los actos del proceso formando

la totalidad del expediente.<sup>70</sup> En cuanto a la presunción de veracidad o credibilidad de las manifestaciones exteriorizadas por los funcionarios públicos, incluidos en esa categoría los fiscales, debemos destacar la naturaleza cognitiva del proceso penal que implica el establecimiento de hechos mediante las pruebas pertinentes, y que por lo tanto, no se basa en el decisionismo originado de la autoridad que brinda el carácter de funcionario. Todo lo que se dice en el marco de un proceso hay que probarlo, así lo diga un funcionario o una persona cualquiera. Es que concebir o atribuir certeza a las actuaciones de los funcionarios públicos, por el sólo hecho de serlo negaría la existencia misma del Estado de Derecho, puesto que la sólo vigencia y credibilidad de los actos de autoridad eliminaría la función de control del poder y por ende el ejercicio de los derechos fundamentales.

## **2.2. Falta de motivación de las solicitudes de registro y allanamiento.**

Como consecuencia de las prácticas que anteriormente hemos analizado, se configura otro fenómeno que igualmente genera problemas en orden a garantizar, por un lado la efectiva actuación de los órganos encargados de la investigación del delito, y por otro, que dicha investigación se efectivice en sus consecuencias jurídico-procesales.

De las 45 solicitudes de registro y allanamiento analizadas podemos decir que en un 90% estas carecen de motivación, es decir, las mismas no contienen las razones precisas e indispensables, fácticas y jurídicas, que hagan llegar a la convicción del juzgador la certeza de su necesidad y urgente autorización.

Pero y ¿es necesario que las solicitudes de registro y/o allanamiento vayan motivadas? ¿no es acaso ese requisito de la motivación sólo referido a la actuación jurisdiccional? Para dar respuesta a dichas interrogantes nos toca volver al contenido de la Constitución, la cual como ya hemos visto antes en su Art. 20, prevé como regla general la inviolabilidad del domicilio, así como las excepciones a dicha regla. De igual manera el Art. 193, ordinal 2º Cn establece la facultad de la FGR de investigar el delito, pero no sólo investigar por investigar, sino que dicha actividad se circunscribe dentro del marco de la legalidad, y en estricto respeto de los derechos constitucionales. Asimismo, el Art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece, que las personas tienen derecho a la protección de la ley contra todo tipo de injerencias o ataques contra su vida privada, familiar, su domicilio y su correspondencia.

70. WASHINGTON ABALOS, Raúl. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Edic. Jurídicas Cuyo. Mendoza, Argentina. PP. 305-306.

Finalmente, debemos relacionar las disposiciones anteriores con el contenido del Art. 173 CPP, el cual establece que el requisito fundamental para solicitar una entrada y registro es la “sospecha fundada” del cometimiento de un delito. Es decir, queremos significar con ello que las personas tienen un marco general de actuación en libertad dentro de un Estado, y que sólo excepcionalmente en los casos previamente señalados por la ley se puede cometer injerencia en ese espacio de libertad. Esto en torno a una reflexión genérica tendiente a explicitar la necesidad de reunir ciertos requisitos para que pueda configurarse una intromisión válida en la esfera de los derechos fundamentales. Pero de manera más concreta los Arts. 3, inciso 3º y 83, inciso 2º CPP previenen la exigencia de motivación o fundamentación de las decisiones, no sólo de los jueces sino de las autoridades administrativas, en las que obviamente debemos incluir a la FGR.

Ahora bien, ¿cuáles son los parámetros que deben configurar esa sospecha fundada? En la jurisprudencia española se habla de una sospecha objetivada. Carlos Climent Duran señala que “La jurisprudencia ha recalcado que para acordar un registro domiciliario basta con que concurra una sospecha objetivada a partir de unos indicios que tengan un mínimo de consistencia racionalmente aceptable. Es decir, ha de haber algún indicio concreto sobre el que apoyar la sospecha de que dentro del domicilio se halla el presunto responsable de un delito, o bien algún objeto relacionado con el mismo”<sup>71</sup>. Agrega el mismo autor que “(...) la consistencia probatoria de los indicios no ha de ser especialmente intensa, porque el registro se realiza habitualmente al inicio de una investigación criminal (...)”<sup>72</sup>.

Es decir, podemos llegar a concluir que esa sospecha fundada hace relación a un mínimo de indicios que nos dan la pauta para creer razonablemente que en un determinado domicilio se pueden encontrar elementos que nos sirvan para la persecución de un determinado delito. Por eso se habla de sospecha fundada, pues no sólo se trata de una mera sospecha, como intuición o apreciación meramente subjetiva, sino que además debemos corroborar el elemento “fundada”, que es el que nos indica que la apreciación del investigador debe fundamentarse en indicios concretos. Estos indicios, reitera Climent Duran “(...) han de tener un carácter objetivo, o sea, han de estar basados en datos suministrados por una determinada investigación, que se ponen en conocimiento del Juez (...) para que este decida. No son admisibles meras referencias, vagas o inconcretas”<sup>73</sup>.

Otros, como Eduardo M. Jauchen profundizando en la entidad

71. CLIMENT DURÁN, Carlos. La prueba penal. Doctrina y jurisprudencia. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. pp. 823- 825

72. Ibid, pp. 824.

73. Ibid, PP. 825.

de ese indicio agrega: “Sin embargo, es preciso señalar que no resulta suficiente cualquier indicio o dato. Estos no pueden basarse en meros rumores o comentarios equívocos, sino en datos previamente comprobados objetivamente en la causa por el Juez o por la autoridad policial como auxiliar en la investigación. Sólo de esta forma puede el Juez evaluar la procedencia y necesidad de la medida y en consecuencia los elementos suficientes para fundar su orden de registro determinando el lugar preciso y detallando los elementos a secuestrar o personas a detener <sup>74</sup>”.

La conclusión lógica de dicho análisis es que cuando haya necesidad de penetrar, estatalmente, en esos espacios de libertad, deben darse las razones idóneas y suficientes que fundamenten dicha pretensión, es decir debe motivarse. Esto se ha dejado entrever en la doctrina y en la jurisprudencia comparada. Eduardo M. Jauchen, hablando de los requisitos que deben configurar la autorización judicial para practicar un registro o un allanamiento, recalca esa obligación de motivación de la solicitud, es decir, el acreditamiento de la sospecha fundada que origina la necesidad de dichas diligencias: “(...) el primer requisito que la ley exige es que el órgano jurisdiccional, en el curso de una investigación, adquiera mediante otros datos, objetivamente ya conocidos, la sospecha fundada de que en determinado lugar se puede encontrar algún elemento de prueba relacionado con el delito (...)” <sup>75</sup>.

Asimismo, Eduardo De Urbano Castrillo, comentando la sentencia del Tribunal Supremo Español del 18 de abril de 1997 (RJ 1997, 3611) hace referencia a la declaratoria de ilicitud de unas diligencias de entrada y registro por haberse practicado con la venia de una resolución que se remitió a unas solicitudes no motivadas: “En razón de tal doctrina, la STS 18 de abril 1997 (RJ 1997, 3611), declaró constitucionalmente ilícita la entrada y registro practicada mediante auto que se remitió a unas solicitudes (policiales) vacías, carentes del más mínimo contenido indiciario que permita justificar la injerencia constitucional” <sup>76</sup> Y es que aun más, el mismo autor señala la necesidad de que “(...) ha de exigirse racionalidad de la noticia, esto es, probabilidad de su existencia, sospecha fundada, razonable, lógica de que conforme a las reglas de la experiencia puedan, a través de esta diligencia instructora, obtenerse o confirmarse esos datos previos relacionados con el objeto de la causa ”. <sup>77</sup>

El anterior análisis entonces, apoyado por respetada jurisprudencia comparada y criterios doctrinales uniformes, refuerza la vigencia de las siguientes conclusiones: a) la solicitud de registro o de allanamiento

74. JAUCHEN M., Eduardo. Tratado de la prueba en materia penal. Edit. Rubinzal-Culzoni. pp. 67-68.

75. JAUCHEN M., Eduardo. Op Cit., pp. 67

76. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo / TORRES MORATO, Miguel Ángel. La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial. Edit. Aranzadi, 2ª. Edic. ampliada y actualizada. pp. 153.

77. Ibid, p. 149.

debe motivarse; b) esta función de motivación le corresponde técnicamente a la Fiscalía General de la República como ente encargado, constitucionalmente, de dirigir la investigación del delito; y c) que bajo estas premisas la PNC, como órgano auxiliar, por iniciativa propia no puede plantear dichas solicitudes, y si lo hace debe entenderse y corroborarse en la misma la dirección funcional de la FGR. Es decir, que la PNC puede presentar materialmente la solicitud, pero esta debe ser suscrita por el fiscal que controla la investigación. A estas conclusiones arribamos luego de interpretar sistemáticamente las normas referidas a las funciones de la FGR y de la PNC en materia de investigación.

Ahora bien, ¿pueden los Jueces incurrir en ilegalidad y hasta en delito al autorizar un registro o un allanamiento improcedente conforme a la ley o debe entenderse legitimado por su origen?.

De los Arts. 235 y 245 de la Constitución podemos concluir que efectivamente del ejercicio de la función judicial puede derivarse responsabilidad de tipo civil, penal y disciplinaria para el Juez. Dicha responsabilidad se derivará, indudablemente, luego de constatar que la actuación del funcionario judicial ha violentado la ley o la Constitución en su caso. Respecto de las diligencias de registro y allanamiento, puede decirse que si un Juez, violando la ley y la Constitución, por los derechos fundamentales que ahí se encuentran comprometidos, autoriza una de estas diligencias, debe responder civilmente, resarciendo los daños causados por su proceder. Ello se podría configurar, por ejemplo, a partir del dictado de sentencia definitiva pronunciada por la SC, en materia de habeas corpus o amparo, en las que se indique que el funcionario judicial ha violentado derechos fundamentales u otros derechos o principios constitucionales. Esto último no quiere decir que exista como requisito de procesabilidad el dictado de una sentencia de la SC, puesto que cualquier resolución judicial puede advertir la violación a derechos fundamentales, en el entendido de que todos los jueces sin distinción son jueces de la Constitución, y por lo tanto están obligados a respetar su contenido y hacerlo cumplir. De igual manera, dadas las circunstancias del caso, también podría configurarse responsabilidad penal para el Juez. Es el caso del delito de prevaricato, previsto en el Art. 310 del CP.

### **3. ÓRGANO JURISDICCIONAL: DECISIÓN JUDICIAL COMO MEDIO DE CONTROL ¿COGNOSCITIVISMO O DECISIONISMO?.**

Otro aspecto que bajo este acápite nos hemos propuesto analizar, es lo concerniente a la actividad jurisdiccional respecto de las solicitudes de registro y allanamiento, concretamente, nos referiremos a la

responsabilidad del juzgador al autorizar la práctica de un registro o allanamiento.

El Art. 130 del CPP señala expresamente que todos los jueces, sin distinción, deben fundamentar sus resoluciones. Esa fundamentación, el legislador la concibe como la exteriorización o expresión precisa de los motivos de hecho y de derecho en los que se basa una decisión judicial.

La SC de la Corte Suprema de Justicia ha ahondado, de manera abundante, sobre este aspecto <sup>78</sup>, reiterando la importancia de la motivación de las resoluciones judiciales, a cuyo incumplimiento le asigna una connotación constitucional, pues violenta los derechos de seguridad jurídica y defensa en juicio, y a la vez, es una garantía que elimina la arbitrariedad y que permite que los justiciables sepan las razones que llevaron al juzgador a resolverles de una determinada manera. Concretamente, en lo referente a la orden de allanamiento ha expresado: “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 al 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 ” <sup>79</sup>.

La doctrina es unánime en señalar la necesidad y suprema importancia de la motivación de las resoluciones judiciales, sobre todo cuando las mismas tienden a afectar el ejercicio de un derecho fundamental reconocido en la Constitución. En lo sucesivo entenderemos los conceptos de motivación y fundamentación como sinónimos, pues así son tratados, sin distinción y aludiendo a una misma realidad, por la doctrina, y más concretamente examinaremos la significación y contenido que, en lo concerniente a las diligencias de registro y allanamiento, representa la autorización judicial en orden a la motivación que le debe preceder.

Como decíamos, la doctrina es unánime en señalar como un elemento imprescindible de la resolución que autoriza un registro o un allanamiento, a la motivación o fundamentación. Así, Climent Durán señala que “Cuando el órgano judicial competente ha tomado la decisión de autorizar un determinado registro domiciliario, ha de plasmar su decisión por escrito, en forma de resolución motivada, a fin de que

---

78. “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 estos 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 fundamenta 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. La motivación de las resoluciones elimina todo sentido de arbitrariedad mediante el aporte de razones lo bastante sólidas o convincentes que han originado el convencimiento del aplicador para resolver en determinado sentido (...)” (Sobreseimiento de amparo ref. 366-98 de fecha 27 de septiembre de 2001)

79. Sentencia de Habeas Corpus, ref. 93-2001 de fecha 23 de octubre de 2001.

consten las razones fundamentadoras de tal decisión, lo que permitirá a las partes afectadas conocerlas para, en su caso, poderlas impugnar bien sea durante el juicio oral, bien sea a través de algún recurso”<sup>80</sup>. De Urbano Castrillo expresa asimismo, que “La motivación (...) transforma la resolución de un acto de voluntad sin más, en un acto razonado que, sin duda alguna, ha de ser también razonable, es requisito fundamental cuya ausencia supone una lesión al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva(...)”<sup>81</sup>.

Otros autores, reflexionando siempre sobre la forma que debe revestir la decisión judicial de autorización de un registro o un allanamiento, reiteran el aspecto de la motivación como una exigencia de toda resolución judicial, y además su más específica puntualidad en los casos en que se esta penetrando en la esfera de un derecho fundamental. En ese sentido, Jacobo López Barja de Quiroga señala, sobre la motivación, que “Esta prevención aunque es claramente reiterativa, pues todo auto ha de estar motivado, sin embargo revela la idea del legislador de pretender una fundamentación puntual y específica en relación con la diligencia de entrada y registro que en concreto se trate”<sup>82</sup>. Asimismo, agrega dicho autor que “Además, como acabamos de indicar, el auto será fundado, lo cual quiere decir que el Juez deberá motivar adecuadamente las razones que le conducen a adoptar la decisión de acordar la entrada y registro. Indicará, por tanto, cuales son los indicios en los que se basa y el razonamiento lógico que lleva a aceptar que la entrada y registro es necesaria, alejando así toda sombra de arbitrariedad. Evidentemente la medida, en cuanto supone una injerencia en un derecho fundamental, habrá de ser proporcionada a lo que de ella se espera obtener”<sup>83</sup>.

Ahora bien, ¿cuál es la medida de la motivación? O dicho en otros términos ¿cuál debe ser la extensión de la decisión judicial, plasmada en el documento, que nos lleve a la conclusión que está bien motivada?. Parece ser que muchas veces la tentación de escribir páginas y páginas nos da la certeza de que una resolución está motivada, sin constituir ello una realidad. Lo que hemos podido corroborar, con el análisis de la jurisprudencia recolectada, es que un elemento predominante es la falta de motivación. Un elemento común encontrado es la remisión o simple relación de los documentos presentados, y de la reiteración de los planteamientos del solicitante, lo cual, sin mayor esfuerzo, nos indica que es contrario a lo estipulado en el Art. 130 del CPP, el cual en su inciso segundo expresamente agrega que ello no sustituirá a la motivación.

80. CLIMENT DURÁN, Carlos. Op Cit, pp. 833-834.

81. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. Op Cit, pp. 153.

82. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Instituciones de Derecho Procesal Penal. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, Argentina, pp. 393.

83. Ibid, p. 393.

De lo anterior se desprende entonces, que ese tipo “razones” (si es que se les puede llamar así) no constituyen motivación.

Pero entonces ¿cuándo vamos a considerar que la motivación es suficiente o justa para considerar que la misma esta bien formulada? Para tomar claridad en el tema nos auxiliaremos de la jurisprudencia comparada, específicamente la española. En ese sentido, transcribimos a continuación, dos fragmentos de sentencias del Tribunal Supremo Español en los cuales se aborda esta temática de la suficiencia de la motivación: “(STS 577/1998, de 27 de abril). La motivación exige que la resolución contenga una fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del derecho a un supuesto específico, permitiendo a un observador imparcial conocer cuales son las razones que sirven de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación ha de ser suficiente, siendo las peculiares circunstancias del caso, así como la naturaleza de la resolución, las que han de servir para juzgar sobre la suficiencia o no de la fundamentación, siempre atendiendo a que la motivación no es un requisito formal sino un imperativo de razonabilidad de la decisión, y que no es necesario explicitar lo obvio”<sup>84</sup>; “( STS1/1997, de 28 de octubre) el derecho y la obligación de motivación se satisface cuando, como aquí acontece, de manera explícita se contiene las razones que permiten conocer cuales han sido los criterios jurídicos que justifican la decisión adoptada, al margen de la mayor o menor extensión del razonamiento y del rigor lógico, o de la mayor o menor elegancia literaria con que ella se fundamente”<sup>85</sup>.

Podemos concluir entonces que motivación suficiente no se identifica con belleza del estilo de redacción, con rigor lógico o con exhaustividad y extensión, sino fundamentalmente con razones; es decir, se identifica con dar una razón del por qué se adopta una determinada medida, del por qué se autoriza determinada diligencia, teniendo como base no meras especulaciones o intuiciones, sino datos objetivos o indicios concretos que lo posibiliten. En suma pues, no es con lo numeroso de las páginas que vamos a justipreciar si hay o no motivación, sino con la constatación evidente de la expresión de razones o motivos.

Finalmente, debemos volver nuestra mirada a la práctica de utilizar modelos impresos de autorización de registros o allanamientos. En la jurisprudencia española encontramos un cierto nivel de tolerancia respecto de estas prácticas aduciendo de que si bien es cierto no es una medida aconsejable, conteniendo los requisitos mínimos se puede decir que constituiría motivación suficiente. Sin embargo, nosotros consideramos que si somos coherentes con nuestro discurso, de entender

84. Citadas por: CLIMENT DURÁN, Carlos, Op. Cit, pp. 835.

85. Ibid. pp. 836.

por motivación la expresión de las razones que nos han llevado a adoptar una determinada decisión, no podemos entender por razones las letras o palabras de unos modelos impresos documentados con anterioridad, pues fundamentar implica el análisis del caso que nos toca conocer y juzgar. Si la casuística es tan variada y las peculiaridades de los casos son distintas, no podemos concebir que las decisiones judiciales, autorizando un registro o un allanamiento, y por ende afectando un derecho fundamental, se circunscriban a un modelo impreso.

Sin embargo, concientes del afán cada vez más intenso de minimizar los esfuerzos de análisis jurídico, podemos llegar a decir que la utilización de modelos impresos puede considerarse válida en cuanto a todos aquellos aspectos relativos a la generalidad de datos administrativos y personales propios del trámite del expediente, más nunca de lo relativo a la exposición de las razones que habilitan la autorización, pues como hemos visto antes, es ahí donde descansa la legitimidad de la decisión.

Al final de este análisis debemos entender, que la base de legitimidad del proceso penal y de las resoluciones judiciales, descansa en la concepción cognitivista del proceso. Esto es, que el proceso se basa en pruebas, indicios, datos objetivos de conocimiento que tienen que ser controvertidos, analizados, sometidos a la valoración del juzgador y de las partes como presupuesto ineludible de una decisión. La resolución judicial en ese sentido no puede ser otra que el producto de la valoración y análisis del juzgador, quien sobre la base a las pruebas o indicios que le son suministrados, debe tomar una decisión, fundamentada en razones o argumentos jurídicos valederos, coherentes con el contenido de la Constitución. No es por tanto, un acto de autoridad –decisionismo-, en el que las decisiones valen porque provienen de la autoridad, sino más bien, porque están fundadas en pruebas objetivas –cognoscitismo-.

#### **4. LA DENUNCIA ANÓNIMA COMO NOTICIA CRIMINIS Y VALIDEZ DE LOS ULTERIORES ACTOS DE INVESTIGACIÓN.**

Otro de los problemas que nos proponemos analizar, bajo este acápite, es lo relativo a la denuncia anónima como hecho generador de una investigación penal. Es decir, si la simple denuncia anónima puede estimular una solicitud de registro y allanamiento ante un Juez, y si tal noticia criminis es suficiente para que éste otorgue la autorización respectiva.

En tal sentido, el Art. 230 del CPP indica que la denuncia puede ser verbal o escrita, y que además esta debe contener, cuando sea posible, un mínimo de requisitos como lo son la relación circunstanciada del hecho, las personas involucradas, testigos, y todo aquello que pueda servir al funcionario competente para calificar si la acción denunciada

constituye o no delito. Asimismo, dicho artículo prevé en forma expresa que el funcionario depositario de la denuncia comprobará y dejará constancia de la identidad del denunciante. Ello es coherente con otros artículos del CPP, como el 231 y el 233, puesto que lo que se persigue evitar es que personas que tienen prohibición de denunciar lo hagan y que asimismo se estén recibiendo denuncias falsas.

Con esos parámetros viene inmediatamente la discusión acerca de la denuncia anónima como medio válido para iniciar un procedimiento penal. Las opiniones sobre la validez de esta forma de “notitia criminis” están divididas, existiendo actualmente dos posturas: una, la que indica que la denuncia anónima nunca debe ser permitida, sin excepciones, como medio para incoar un procedimiento penal, puesto que existe la posibilidad de que la misma haya sido planteada por una persona que tiene prohibición de denunciar, o que ello facilita el escenario para la incoación de una denuncia falsa o calumniosa, y en general, por considerarse que como parte del ejercicio del derecho de defensa, haya necesidad de saber, por parte del procesado, quien es la persona que esta denunciándolo. La otra, que es aquella que sostiene que la denuncia anónima es perfectamente admisible en cuanto que la misma sirve nada más como una mera transmisión de información para iniciar una investigación por parte de los organismos previstos por la ley, y que, siendo verosímil la información proporcionada mediante la denuncia anónima, es obligación del Estado investigar a fin de configurar un posible proceso penal.

En apoyo de la primera tesis se sostiene que a la base de toda denuncia, según la estructura de nuestro CPP, esta la responsabilidad de los propios actos, puesto que la denuncia calumniosa es castigada, y en ese sentido, es menester identificar al denunciante. Algunos expresan que “La practica demuestra que es un mecanismo efectivo contra la delincuencia, pero se ha demostrado que las denuncias anónimas se convierten con facilidad en un mecanismo de represión política que puede tener origen en rencillas personales”<sup>86</sup>. Es decir, pues, dada su permeabilidad la denuncia anónima puede ser vista como un mecanismo eficaz de lucha contra la delincuencia, pero a la vez, es un mecanismo eficaz para hacer valer otros propósitos irresponsables que en nada coadyuvan a la eficacia del sistema, y por ello es que desde la legislación se ha prohibido, aunque tácitamente, este tipo de denuncia.

Como apoyo a la segunda postura, lo que se dice es que sobre todo en cierto tipo de delitos la denuncia anónima se vuelve necesaria vr.gr. los delitos financieros, los delitos de drogas, crimen organizado, etc.; aduciéndose que en estos casos los denunciantes tienen miedo de

86. CAMPOS VENTURA, José David y Otros. Manual de Derecho Procesal Penal. Proyecto PNUD ELS/95/LO6 1ª Edic., San Salvador, 1998

mostrar su identificación por las consecuencias que ello generaría, y que sin embargo, existe la obligación del estado de asegurar a sus habitantes el disfrute de sus derechos, según el Art. 2 Cn. Ante ello, la denuncia anónima facilita el conocimiento, investigación y castigo de determinadas conductas delictivas. El punto fuerte lo constituye el hecho de que la denuncia sólo es considerada un vehículo transmisor de información, que lo único que posibilita es la investigación de los organismos competentes, y que una vez corroborada esta información es que se hacen las gestiones necesarias para llevarla al conocimiento judicial.

En ambas posturas se esbozan aspectos constitucionales, siendo entonces nuestro cometido reflexionar jurídicamente cual de las dos posturas consideramos se apega más a los postulados constitucionales.

Ciertamente, el núcleo de la respuesta está en considerar la naturaleza de la denuncia dentro del proceso, es decir, pues, si consideramos que la misma es un acto procesal o por si el contrario, estamos en presencia de un acto de investigación. Si analizamos la estructura del CPP vemos que de acuerdo al Libro segundo, Título primero, capítulo primero, Art. 229, la denuncia está ubicada como un acto inicial dentro del complejo de la investigación. Pero, y ¿cuándo inicia el proceso penal?. Podemos encontrar dos posturas: a) La que considera que el proceso penal se configura a partir de la Constitución y que por lo tanto el proceso no sólo comprende la fase estrictamente judicial, sino también los actos iniciales de investigación; y b) que el proceso se inicia, propiamente, con la presentación del requerimiento fiscal ante el Juez de Paz, y que los anteriores actos de investigación que le han servido de base son pre-procesales, pero que de igual manera, en los mismos deben observarse los principios constitucionales. Es decir, pues, dichos actos, estarían de igual manera sujetos al control jurisdiccional. En la primera postura la denuncia anónima está desterrada, no es posible. En la segunda, en cambio, es perfectamente permisible, puesto que al final será la investigación la que determine o corrobore su veracidad.

¿A cual postura consideramos conveniente adherirnos? La situación es un poco complicada, puesto que estamos convencidos que el contenido de la Constitución debe potenciarse, y permeabilizar todo acto o actuación que tienda a limitar derechos fundamentales. La denuncia anónima es muy proclive a facilitar que se violenten dichos principios. Sin embargo, parece ser, de la estructura del CPP, que la denuncia anónima, no en el sentido de denuncia propiamente dicha, sino como aviso o noticia criminal, estaría permitida. Eso lo podemos concluir de la lectura del Art. 238, parte primera CPP, el cual habla de denuncia y de cualquier "otra vía fehaciente". En esa otra vía puede ubicarse a la denuncia anónima, aunque como reiteramos, la misma más bien es

sinónimo de aviso.

Es un tema complejo que en la doctrina tampoco es pacífico, y que por ende, ameritaría una investigación y análisis más profundo. Así, tenemos que autores como Carlos Creus se inclinarían por la postura de considerar válida la denuncia anónima considerada como una simple noticia. Este autor expresa lo siguiente: "(...) la circunstancia de no poder recepcionar (en el proceso) una denuncia anónima no veda a la autoridad proceder a la averiguación de si el hecho referido por el anónimo realmente ha ocurrido o no, actuando en consecuencia (...) el simple anociamiento por acto que procesalmente no es denuncia, no sirve de base directa para la investigación o para promover la acción.<sup>87</sup> Otros, como Alberto M. Binder, se manifiesta negativamente en cuanto a la admisión de este tipo de denuncias. Dicho autor plantea: "¿Se le podría otorgar valor a una denuncia anónima? Sin duda este tipo de denuncias han demostrado ser un instrumento eficaz para conocer los hechos delictivos; sin embargo es totalmente inadmisibile en un Estado de Derecho, protector de los ciudadanos que se de curso a denuncias tales."<sup>88</sup> Se podría decir que, en última instancia este análisis del profesor Binder es un análisis más sociológico que jurídico, pues parte, como premisa, a partir de las consecuencias negativas que han surgido y han caracterizado el actuar

Por ello, como conclusión de nuestro análisis, debemos indicar que la denuncia anónima no debería ser ya considerada como un medio válido para la iniciación de un proceso penal en el marco de un Estado Constitucional de derecho, en el que se respeten todas las garantías y derechos de las personas. En el Estado de derecho, el tema de la responsabilidad de los propios actos, tanto institucional como personal, es clave para el adecuado ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

## 5. ÁMBITO TEMPORAL PARA LA PRÁCTICA DEL REGISTRO Y ALLANAMIENTO

El Art. 176 CPP expresamente dice: "Los registros y allanamientos se podrán practicar las 24 horas del día, con orden judicial". Como se sabe, en su redacción original dicho artículo fue modificado por decreto legislativo No 198 del 23 de octubre de 1998, puesto que antes se perfilaba el tiempo habilitante para su práctica entre las seis de la mañana y las dieciocho horas. Con dicha modificación, salta la inquietud de determinar si con la misma, lo que se pretende es dar armas a la PNC

87. CREUS, Carlos. Derecho Procesal Penal. Edit. Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1996. pp. 25-26.

88. BINDER M; Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. 2ª. Edic. Reimpresión. Edit. AD-HOC. Buenos Aires, 2000. pp. 234.

para violentar derechos fundamentales. La respuesta, se podría decir preliminarmente, siempre acudiendo a la interpretación sistemática y sobre todo teniendo como parámetro fundamental la Constitución, ha de ser negativa. Lo que se está permitiendo, por un criterio de política criminal, es crear los mecanismos y posibilidades necesarios para combatir la delincuencia y la comisión de delitos. Si analizamos el artículo en mención, la regla general es que a cualquier hora que se pretenda irrumpir en el domicilio de una determinada persona, o registrar el mismo, siempre debe acompañarse con orden judicial, pues los casos de excepción, como ya hemos mencionado antes, lo constituyen los supuestos del Art. 20 Cn. Sin embargo, es claro que el concepto de flagrancia en nuestro ordenamiento procesal penal se ha flexibilizado, por lo que nuestro análisis deberá girar en torno a la posibilidad de que se puedan violentar derechos fundamentales.

Sin embargo, este tipo de modificación lo que sí podría generar -lo veremos más adelante- es la flexibilización del concepto de la flagrancia como supuesto excepcional que permitiría la práctica de un registro o un allanamiento sin orden judicial, sobre todo en aquellos delitos permanentes o continuos. De ello hablaremos más adelante.

### **5.1. ¿Obligación del juez de asistir a su práctica o discrecionalidad judicial?**

Aquí más bien, el problema que presenta, en el diseño del CPP, la temporalidad para la práctica de estos medios de prueba no es tanto la nocturnidad, sino más bien la discrecionalidad judicial para asistir a su práctica. La “nocturnidad”, si bien es cierto representa un espacio más reservado de intimidad domiciliar, por razones fundadas, de urgente necesidad previamente acreditadas, se puede decir que sería razonable ingresar a la morada, siempre y cuando, reiteramos, su necesidad y urgencia se haya acreditado. El problema en realidad lo podría representar la discrecionalidad judicial que el legislador fijó para la asistencia del Juez y del fiscal a su práctica.

El problema lo encontramos al relacionar el Art. 176 CPP con el último inciso, parte primera, del Art. 173 CPP, el cual reza de la siguiente manera: “El Juez, el fiscal o ambos pueden estar presentes en la diligencia de registro (...)”. ¿Cómo debemos interpretar esa norma?. Como decíamos antes, este sí es un punto delicado, pues si a la discrecionalidad judicial nos atenemos, muy seguramente nunca veremos que un Juez se acerque a verificar la práctica de uno de estos medios de prueba, alegándose siempre la sobrecarga de trabajo o poca relevancia social o gravedad del hecho. Definitivamente, la única interpretación posible debe originarse a partir de la Constitución, es decir, interpretar la norma teniendo como

parámetro de evaluación el contenido de la Constitución. Esta –la interpretación constitucional- se dice, “tiene un doble objeto posible: o bien se procura con ella fijar el sentido de una norma constitucional; o bien interesa para fijar el sentido de una norma o de un comportamiento en relación a la Constitución. Lo que implica que la interpretación constitucional comprende, tanto la interpretación de la constitución como la interpretación desde la misma que visualiza al ordenamiento jurídico como un orden jerárquico presidido por la Constitución, cumpliendo esta última, la función de ser el criterio hermenéutico fundamental de todo el ordenamiento jurídico”<sup>89</sup>.

Podemos analizar varias opciones. Una, por cuya vigencia diríamos que en realidad lo que el inciso quiere decir, es que la discrecionalidad judicial para asistir o no sólo operara en aquellos casos que no representen mayor gravedad, pero que todos aquellos casos delicados o que representen mayor gravedad, por el escándalo social que producen siempre será necesaria la presencia del Juez. Otra opción, sería sostener, vía interpretativa, que por la vigencia de los Arts. 2, 11, 12 y 20 de la Cn y 179 CPP, dicho inciso debe entenderse en el sentido de que para el Juez es una obligación legal asistir a la práctica del registro y del allanamiento, puesto que en estricto sentido en un Estado Constitucional de derecho no podemos estar haciendo esas clasificaciones de que hay delitos que no representan mayor gravedad y otros que si, ya que la obligación del Estado es garantizar a todos los ciudadanos, sin excepción, el goce de sus derechos. Sin embargo, la primera crítica que esta postura enfrentaría sería la de afirmar que con ese tipo de interpretación el Juez se convierte en legislador, y suplanta funciones que no le competen, aunque, de igual manera, es generalmente aceptado que en el proceso de interpretación y aplicación del derecho los jueces crean derecho.

Ante esa objeción, surge otra posibilidad, la cual, en uso del Art. 185 Cn, es declarar la inaplicabilidad de dicho inciso por no permitir el principio de intermediación y relativizar la función de control constitucional que le compete al órgano jurisdiccional, y en ese sentido, entonces, del contenido de la constitución y demás disposiciones que garantizan el debido proceso debe derivarse la obligación del Juez y del fiscal de asistir a la práctica de dichos medios de prueba.

Esta última interpretación parece ser la más idónea en orden a garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y sobre todo, garantizar el control jurisdiccional efectivo de las intromisiones a la esfera de dichos derechos, cuando por los supuestos que la misma

---

89. DURÁN RAMÍREZ, Juan Antonio. Interpretación Constitucional. PP. 363. En: Teoría de la Constitución Salvadoreña, Salvador Enrique Anaya Barraza (et al), Comp.1<sup>a</sup>. Edic. San Salvador, El Salv. Proyecto para el fortalecimiento de la justicia y de la cultura constitucional en El Salvador, Unión Europea- Corte Suprema de Justicia, 2000.

Constitución franquea sea necesario recurrir a este tipo de mecanismos para recolectar elementos de prueba. Estos mecanismos de búsqueda de elementos probatorios, son limitativos de derechos fundamentales, y por ende, la obligación de control constitucional por parte de los juzgadores adquiere una mayor relevancia. Por la vigencia del principio de separación de poderes presente en nuestra Constitución, la función de juzgar cedida al órgano jurisdiccional va encaminada a ejercer un control sobre la actividad de los otros órganos del Estado, incluida ahí, desde luego, la función legislativa de creación de normas. La SC de la Corte Suprema de Justicia ha determinado en ese sentido que el Órgano Judicial “recibe en la Constitución una conformación especial, tomando en cuenta que ellos cumplen una función peculiar y propia de dicho órgano: la aplicación del derecho con criterio técnico-jurídico, mediante resoluciones que ostentan la nota de irrevocabilidad por los otros órganos estatales (...); pues la jurisdicción es la forma de aplicación del derecho que se distingue de las otras modalidades posibles por representar el máximo grado de irrevocabilidad admitido en cada ordenamiento positivo. Dicho estatuto esta constituido, en primer lugar, por el principio de exclusividad prescrito en el Art. 172 inc. 1º Cn., el cual (...) significa que cualquier posible conflicto que surja en la vida social puede o ha de ser solucionado en última instancia por los jueces y tribunales independientes y predeterminados por la ley” (Sentencia de 20-VII-99, Inconstitucionalidad 5-99).

Sin embargo, siempre con el ánimo de buscar la adecuación más coherente con la Constitución del contenido del último inciso del Art. 173 CPP, se podría entrar al análisis de ¿qué significa o hasta donde llega el alcance del control jurisdiccional sobre las actuaciones de la administración o del órgano legislativo? Esto es importante delimitarlo, ya que hay, por ejemplo, funciones propias de la PNC, como serían la investigación, la captura de sospechosos, la práctica material de allanamientos o registros, el secuestro material de objetos, etc., en las cuales definitivamente el juez no tiene competencia para realizarlos; además, siempre en la misma idea, se diría que la función jurisdiccional se agota al otorgar las autorizaciones, debidamente motivadas, para la práctica de dichas diligencias propias de la función policial, y posteriormente en su evaluación al ser incorporadas al proceso dichas diligencias por los medios previamente establecidos. El tema en realidad es polémico, y trasciende el objeto del presente trabajo, cuya finalidad será entonces dejar sentadas las distintas opiniones al respecto para una futura profundización reflexiva.

## 5.2. Independencia judicial y obligación legal del juez para resolver dentro de las dos horas subsiguientes a la petición.

Otro aspecto que llama la atención, y es menester por ello analizar, es lo concerniente a lo estipulado en el Art. 173, inc. 1º CPP, relativo a la obligación del Juez de resolver la petición de registro o allanamiento dentro de un plazo no mayor de dos horas, contado a partir de la presentación de la solicitud, y cuya inobservancia tiene prevista responsabilidad penal y disciplinaria.

Volvemos nuevamente al punto de determinar ¿cómo debe interpretarse dicho mandato legal? ¿se podría decir que violenta la independencia judicial?, ¿atenta contra la legitimidad de los jueces? En cuanto a la primera pregunta nos remitimos a lo reflexionado anteriormente sobre la interpretación constitucional, es decir, la respuesta en síntesis sería que debe interpretarse de conformidad con la Constitución. En cuanto a las dos últimas preguntas, hay que remitirnos a la significación doctrinaria y jurisprudencial del principio constitucional de la independencia judicial.

Así, tenemos que para Luis López Guerra la independencia judicial “se define como un dato objetivo: la ausencia de subordinación a otra autoridad. Ahora bien, esa ausencia de subordinación no se traduce sólo en la prohibición de mandatos u ordenes a los jueces en la resolución de conflictos ante los Tribunales, sino también en la introducción de técnicas dirigidas a evitar la posibilidad de influencias indebidas en su labor”<sup>90</sup>. Asimismo, en ese mismo sentido, la SC de la Corte Suprema de Justicia ha expresado que la independencia judicial debe ser “entendida como ausencia de subordinación del Juez o Magistrado u otro poder jurídico o social que no sea la ley...”<sup>91</sup>.

El Art. 172, inc. 3º Cn expresa que “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”. Relacionando los conceptos doctrinal y jurisprudencial antes mencionados con este inciso, nos lleva a la conclusión de que la independencia judicial esta referida a la vinculación única y exclusiva del juez a la Constitución y a la ley, cuando se enfrenta a la resolución de un caso, sin ningún tipo de presión externa o subordinación a los dictados u ordenes de otras personas o instituciones. Ahora bien, ¿se podrá mediante el contenido de una ley violentar esa independencia?. La respuesta es negativa, por lo siguiente. La independencia judicial hace referencia a factores externos a la ley, y tiene más que ver con la intervención interesada de terceras personas o instituciones. Tiende a afectar el área volitiva del juzgador,

90. LÓPEZ GUERRA, Luis. Introducción al Derecho Constitucional. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994. pp. 87.

91. Sentencia de Inconstitucionalidad de 20-VII-99, Inc. 5-99.

conminándolo a resolver en determinado sentido. No esta enfocada al contenido de la ley. En ese sentido, cuando el contenido de una ley pretende introducir un contenido contrario al contenido de la Constitución, el Juez o aplicador al enfrentarse a dicha norma, por el control a que antes hemos hecho referencia tiene la posibilidad de, en primer lugar, buscar una interpretación de dicha norma conforme a la Constitución, y si ello no es posible, por el contenido del Art. 185 Cn., puede declarar la inaplicabilidad de la misma por ser contraria a la Constitución. Es decir, pues, en la potestad de juzgar el Juez no esta condicionado por otros factores más que por la Constitución y la ley.

Debemos concluir entonces que el contenido del Art. 173 Inc. 1º CPP, no violenta la independencia judicial, pues en uso de la libertad de configuración legal, el órgano legislativo la hace nacer a la vida jurídica con una determinada motivación. Una vez creada y aprobada, dicha norma se independiza en cuanto a su contenido de esa motivación inicial, y queda a merced de la aplicación técnico-jurídica del juzgador el adecuar su contenido al caso concreto. Es en esta etapa que el Juez puede valorar su concordancia con los preceptos constitucionales. Dicha norma entonces no obliga al Juez, al estilo de la antigua tradición francesa del “Juez boca de la ley”, sino que se convierte en objeto de interpretación por parte del mismo.

Ahora bien, podemos determinar que ese parámetro de tiempo de dos horas para resolver y la subsiguiente sanción penal y administrativa para el juzgador si no lo cumple, sería desproporcionada, en tanto que desconoce la realidad de trabajo que existe en los tribunales, y la necesidad de un tiempo razonable para analizar un caso delicado y de esa manera poder dar una solución acorde a la Constitución. Sin embargo, debemos decir, que si bien es cierto el plazo de dos horas parece corto, de acuerdo a condiciones de proporcionalidad es posible fundamentar desde la Constitución y la ley, la necesidad de que dicho plazo sea concebido no como una exigencia de una rápida autorización, sino de acuerdo a criterios de pronta y cumplida justicia, pero que en forma alguna obligan al Juez a decretar lo solicitado, sino que ello se dará siempre y cuando proceda, sin que se configure la procedencia de la sanción penal y disciplinaria. Así lo dejo plasmado la SC en la sentencia contra la Ley de Emergencia, ordinal XVII número 2, cuando analizaba el Art. 12 de dicha ley que igualmente establecía un plazo no mayor de dos horas para que el Juez resolviera.

Empero, si bien es cierto que se podría salvar la constitucionalidad del Art. 173, inciso primero, en lo referente a las dos horas, con el anterior argumento, parece que las razones que justificarían su vigencia podrían reconducirse al análisis del principio de proporcionalidad. Así, por la vigencia de dicho principio hay que determinar, en un análisis completo,

si se cumplen los presupuestos que configuran su procedencia. Dentro de los presupuestos formales del principio de proporcionalidad encontramos el principio de legalidad, es decir, determinar si la injerencia o intervención en un derecho fundamental esta prevista en la ley. En el caso del registro y del allanamiento efectivamente encontramos que están previstos por ley. Ahora bien, dentro de los presupuestos materiales de dicho principio (proporcionalidad) encontramos la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Por la idoneidad lo que tenemos que analizar es si la medida limitativa tiene un fin legítimo. En el caso del registro, podemos decir que la medida de las dos horas como máximo tiene un fin legítimo, el cual sería la eficacia de la persecución penal. Ahora bien, la necesidad se orienta a determinar si la medida a tomar es la menos dañina dentro del marco de otras posibilidades. Aquí es que vemos que esa obligación de dos horas para el juzgador puede reñir con la proporcionalidad, puesto que administrar justicia en el caso concreto no es algo tan trivial, accesorio o superficial como para resolver en dos horas, tomando en cuenta que en esa labor jurisdiccional hay otros asuntos que merecen igual interés.

En ese sentido, pues, consideramos innecesaria dicha medida. Ahora bien, en orden a salvar la constitucionalidad de esas dos horas, conviene decir que una interpretación conforme con la Constitución nos puede llevar a interpretar que esas dos horas sólo están fijadas para aquellos casos de especial urgencia y necesidad, y que por lo tanto no constituye la regla general, sino su excepción. Si ese es nuestro análisis, podemos decir que la medida es constitucional, de lo contrario es evidente su violación al principio de proporcionalidad. En suma, pues, en el tema de la decisión judicial, el criterio de la proporcionalidad, que encuentra su asidero en la Constitución, nos sirve de mucho en la justificación de dicha decisión, y permite el control jurisdiccional efectivo sobre el producto del trabajo legislativo: las leyes.

## **6. LA FLAGRANCIA COMO PERMISIÓN CONSTITUCIONAL PARA EL INGRESO AL DOMICILIO, Y SU ESPECIAL PROBLEMÁTICA EN LOS DELITOS PERMANENTES O CONTINUOS ¿SÚPER FLAGRANCIA?.**

El Art. 177, número 1 CPP establece que se podrá practicar el allanamiento sin orden judicial, por parte de la PNC, cuando exista persecución actual del delincuente. Si lo analizamos desde el punto de vista meramente gramatical salta a la vista una aparente contradicción entre el contenido de dicha norma y el contenido del Art. 20 de la Constitución, la cual establece que una de las excepciones a la inviolabilidad de la morada es precisamente la flagrancia en la comisión de un delito; es decir, pues dicha norma no expresa que se trate de

persecución actual de un delincuente tal y como lo señala el Art. 177, número 1 CPP. Esta situación, reiteramos, se nos presenta si nuestro criterio interpretativo es la literalidad. Sin embargo, como ya hemos señalado con anterioridad, si utilizamos el criterio de la interpretación sistemática nos daremos cuenta que el contenido de dicho artículo se clarifica o complementa con el contenido del Art. 288 Inc. 2º CPP. Este determina 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 sean producto del mismo o cuando se le persiga por las autoridades o particulares”.

En la jurisprudencia de los tribunales de sentencia se ha llamado la atención en cuanto a la diferenciación del término flagrancia, de acuerdo a los parámetros que el CPP proporciona, atendiendo a un criterio material y formal. Así, se ha dicho: “Respecto a la flagrancia, el legislador establece dos criterios para entender la flagrancia, en el Art. 288 CPP, como son el criterio material como el criterio formal. El criterio material hace alusión a la aproximación a la comisión del hecho delictivo, es decir, a su perfeccionamiento o consumación; así se habla de pre-flagrancia (al momento de intentarlo), flagrancia propiamente dicha (o cometerlo) y de post-flagrancia (o inmediatamente después de haberlo consumado (...)) o cuando 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). Y un criterio formal, en el que el legislador hace considerar flagrancia atendiendo al tiempo de la ocurrencia del delito (o dentro de las veinticuatro horas siguientes al hecho) y se dice formal, porque el legislador es el que ha decidido que sea considerado como flagrancia, aunque materialmente no sea así”<sup>92</sup>.

Armonizando entonces dichas normas, dentro de la estructura del CPP, podemos decir entonces que persecución actual del delincuente es una situación contemplada dentro de la significación de la flagrancia.

La doctrina confirma aun más esa posibilidad de configuración de la flagrancia. Pedro J. González Trevijano señala que “se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuera cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometido, si la persecución durase o no se suspendiese mientras el delincuente no se ponga fuera del alcance inmediato de los que le persiguen”<sup>93</sup>. Etimológicamente “flagrancia”

92. Tribunal de Sentencia de San Vicente. Sentencia de las ocho horas con trece minutos del día veinticuatro de marzo de dos mil tres. Nulidad 46-1-03.

93. GONZALEZ TREVIJANO, Pedro J. La inviolabilidad del domicilio. Temas clave de la Constitución Española. Edit. Tecnos, Madrid, España, 1992. pp. 172.

significa “arder o quemar” y se hace referencia a “aquello que esta ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama”.

Ahora bien, en ese sentido entonces, persecución actual del delincuente es un dato objetivo que guarda o debe guardar una muy cercana relación temporal con la comisión de un delito, lo cual constituye uno de los requisitos que deben configurar la flagrancia para considerarla como tal. Los requisitos serían tres, según el mismo González Trevijano: “1º. Inmediatez temporal, es decir, que se esta cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes. 2º. Inmediatez personal, consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho. 3º. Necesidad urgente, de tal modo que la policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se vea impedida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente”<sup>94</sup>.

La afirmación antes planteada, genera muchos problemas en la práctica, con la complicidad de la misma ley, ya que el mismo inciso 2º del Art. 288 CPP señala un tiempo de 24 horas después de haberse cometido el delito para considerarse que hay flagrancia. Esto para algunos es el factor habilitante para que la PNC en cualquier tiempo y lugar tienda a relativizar con sus actuaciones principios constitucionales. Sobre todo esto genera problemas en los delitos de drogas, pues dada su cotidiana concreción ello ha originado una política insistente de combate al mismo. Este elemento de temporalidad (24 horas) se enmarca dentro del ámbito de libertad de configuración legal que le compete al órgano legislativo, que sin embargo se sale del esquema general de la flagrancia tal como es tratada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada. Es decir, pues, es una adecuación legal de la flagrancia “made in El Salvador” que tomada al pie de la letra, sin tomar en cuenta su coherencia con el contenido de la Constitución puede generar, como de hecho está sucediendo en la práctica, una violación a la misma.

La problemática que se genera es que, la PNC normalmente en sus actividades de investigación, con facilidad considera que hay flagrancia en este tipo de delitos y que ello, en todo tiempo y lugar, les habilita para entrar a cualquier lugar sin orden judicial y registrar. Esta interpretación convierte la flagrancia en una “súper flagrancia o flagrancia permanente”, y en ese tipo de delitos (drogas) se flexibiliza así la vigencia real y efectiva

---

94. *Ibid.*, pp. 175-176.

de los derechos fundamentales de las personas. Por ello, es menester reflexionar sobre la manera más coherente con los postulados constitucionales de interpretar la flagrancia en este tipo de delitos. Jacobo López Barja De Quiroga señala: “A nuestro juicio, el concepto de flagrancia conecta directamente con la lesión del bien jurídico. Siempre que se este lesionando con inmediatez un bien jurídico protegido por el ordenamiento penal, podrá hablarse de flagrancia, y en tal caso, la autorización de entrada para impedir esa situación es absolutamente coherente y adecuada. La flagrancia implica que el hecho debe poder ser percibido directamente por los sentidos. Esto supone que en la flagrancia no pueden plantearse problemas de indicios ni inferencias a partir de hechos, puesto que se trata de supuestos en los que el hecho se constata de forma directa e inmediata”<sup>95</sup>. Es decir pues, los requisitos que configuran la flagrancia que hemos visto antes, tales como la inmediatez temporal, personal y la necesidad urgente son esenciales en torno a determinar su validez jurídica.

Hablar de persecución actual del delincuente dentro de las 24 horas de cometido el delito implica necesariamente esa conexión espacio-temporal entre la comisión del delito y la percepción sensorial objetiva que del hecho tiene la autoridad responsable o cualquier particular. Dicha conexión debe ser sucesiva, sin intervalos que la interrumpan, pues acaeciendo dicha ruptura, definitivamente no podríamos estar hablando ya de flagrancia, y en lo sucesivo, a efecto de poder dar con el o los responsables del hecho, necesariamente debemos recurrir a la autorización judicial.

Como decíamos antes, los delitos de drogas en la práctica son los que generan mayor problema en cuanto a la significación de la flagrancia. En alguna jurisprudencia se ha tratado de volver la reflexión en torno a la naturaleza de dichos delitos, es decir, si se trata o no de delitos permanentes o de estado. Concretamente el Tribunal de Sentencia de San Vicente ha estimado que la problemática se genera en torno a considerar de manera errónea los delitos de drogas como delitos permanentes o continuos, ya que los mismos no tienen dicho carácter y más bien son delitos de mera actividad; argumentando además que para que un delito sea considerado permanente o de estado es menester que sea asimismo un delito de resultado.

Dicho tribunal hace el siguiente razonamiento: “En los casos de los delitos relativos a las drogas, si bien esa facultad pareciera estar vigente conforme a lo dispuesto en las letras d) y e) del Art. 10 de la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas, dicha disposición establece una limitante “respetándose para ello los derechos que garantiza

---

95. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op Cit, pp. 409.

la Constitución y demás leyes”. Por lo que entender que se faculta a la policía antinarcóticos a hacer registros sin orden judicial, es realizar una interpretación que adolece de déficit o de “ceguera” de derechos fundamentales. La ley no puede abrogar el mandato constitucional de la necesidad de la orden de registro o allanamiento, aún en los casos de los delitos de drogas, so pretexto que se trata de delitos permanentes. Por ello, en atención al cuidado y criterio sumamente restrictivo que se debe tener en el concepto de flagrancia, en el caso de los delitos relacionados a drogas, se hace necesario tener en cuenta, en primer lugar, no es un delito permanente, ya que conforme a la clasificación doctrinaria (Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Praxis, 2ª Edición, Barcelona, 2000, pp. 152-157), para ser considerado delito permanente, debe ser previa y necesariamente un delito de resultado (los delitos de resultado se clasifican en instantáneos, permanentes y de estado); en segundo lugar, no es un delito de resultado, pues no hay una lesión de bien jurídico en concreto que amerite una intervención inmediata para ser considerada dentro del concepto de flagrancia a que alude el constituyente, ni mucho menos puede ser considerado un delito de peligro concreto; en tercer lugar, se trata de un delito de mera actividad, pues el desvalor en el hecho punible recae en la acción sin importar el desvalor de resultado, es pues, un delito de consumación anticipada por el que el legislador político criminalmente, ha adelantado las barreras de protección del bien jurídico a acciones que no importen lesión inmediata y directa a un bien jurídico individualizado y concreto; en cuarto lugar, se trata de un delito de peligro abstracto, es decir, la entidad de la lesión no se materializa ni pone en peligro en un determinado bien jurídico, sino que se da “en abstracto”, en bienes jurídicos supraindividuales y colectivos y por tanto no hay lesión en concreto. En los delitos de tráfico de drogas, no hay un grave riesgo en la persona o en bienes jurídicos materiales y concretos individualizados que ameriten o justifiquen la violación a la morada. Es decir que si bien hay un desvalor de acción, el desvalor de resultado no amerita la injerencia o lesión hacia el derecho fundamental inviolabilidad del domicilio, que es una garantía básica en la democracia constitucional salvadoreña”<sup>96</sup>.

En ese sentido, siempre amparado en el análisis de los tipos penales, el tribunal en comento reitera el carácter viciado de todo registro o allanamiento practicado en delitos de drogas, bajo el argumento de que se trata de delitos permanentes, expresando lo siguiente: “Por lo anterior, este Tribunal de Sentencia considera que en el caso que nos ocupa nos encontramos frente a un procedimiento policial viciado ya que

---

96. Sentencia del Tribunal de Sentencia de San Vicente, (nulidad 46-1-03) Op Cit.

los elementos y circunstancias apreciadas en su conjunto y que rodearon el mismo, aún y cuando los agentes antinarcoóticos actuaban bajo la dirección funcional de la Unidad Antinarcootráfico de la Fiscalía General de la República, sobrepasaron los límites reconocidos por la legislación para tener por acreditada la regla de excepción para el ingreso a la morada ante casos de flagrancia a que se refiere el Art. 20 Constitución de la República y Art. 177 CPP, en primer lugar, porque no hay una flagrancia propiamente dicha, que justifique el allanamiento sin orden judicial a la morada, ya que como se ha indicado antes, los delitos de droga son delitos de mera actividad y de peligro abstracto, por lo que el criterio de que se trata de un delito permanente no es jurídica, doctrinaria ni jurisprudencialmente correcto<sup>97</sup>.

Sin embargo, hay que decir que tampoco acudir a dicha diferenciación ayuda mucho en orden a tratar de clarificar los límites de la flagrancia, ya que, en ese mismo nivel de análisis, destacados representantes de la doctrina jurídico-penal, como Santiago Mir Puig<sup>98</sup>, sostienen que perfectamente se puede hablar de delitos permanentes o de estado tanto en los delitos de resultado como en los de mera actividad. Aunque, no obstante no ser pacífico en la doctrina, hay que decir que el análisis de la falta de afectación real al bien jurídico en los delitos de droga, por ejemplo, es importante en orden a determinar la innecesariedad de la medida de registro y allanamiento por flagrancia en estos delitos, pues no estamos frente a un caso de extrema urgencia y necesidad para ingresar a la morada, lo cual fue lo que motivó al constituyente al normar como excepción a la inviolabilidad de la morada, la existencia de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración.

En ese sentido, consideramos en otro nivel de análisis que hay que diferenciar en cuanto a la consumación del delito, por un lado, y por otro en cuanto a la percepción o conocimiento que de dicha consumación del delito se tenga. Es en este último aspecto que entra la flagrancia. Las 24 horas indicadas en el Art. 288, Inc. 2º CPP tiene como presupuesto de validez, la inmediatez temporal, personal y necesidad urgente, debiendo entenderse que debe existir una conexión espacio-temporal entre la comisión del delito y su descubrimiento o puesta en conocimiento para hablar con propiedad de persecución actual del delincuente. Un espacio de interrupción de manera inmediata aborta las posibilidades de seguir considerando la existencia de flagrancia.

Todo lo anterior es congruente con nuestra tesis, de que existe un concepto constitucional de flagrancia más restringido que el concepto legal del mismo –el del CPP–, pues aquel implica casos de suma urgencia

97. Ibid.

98. MIR PUIG, Santiago.: "Tanto los delitos de mera actividad como los de resultado pueden dividirse en delitos instantáneos, permanentes y de estado, según que la actividad o el resultado determinen la aparición de un estado antijurídico de cierta duración (delitos permanentes y delitos de estado) o no (delitos instantáneos)" *Derecho Penal. Parte General*. ta. Edic. Edit. Reppertor. Barcelona, España, 2002. pp. 221.

y necesidad para ingresar a la morada, para evitar la consumación del delito, o los efectos irreversibles del mismo. En los delitos de tenencia de drogas y armas, no existen tales circunstancias extremas.

## **7. PROBLEMÁTICA EN LA INTERPRETACIÓN DEL CONSENTIMIENTO**

Otro de los problemas que nos hemos propuesto examinar en este trabajo es lo relativo a la interpretación del consentimiento a que hace referencia el Art. 20 Cn, como uno de los supuestos excepcionales de enervación del derecho a la inviolabilidad de la morada. La discusión que proponemos es determinar si dicho consentimiento va dirigido a todas las personas sin excepción, incluyendo las autoridades, o si por el contrario va dirigido únicamente a los particulares, puesto que las autoridades, en este caso la PNC, ya tienen un parámetro de actuación, el cual es pedir autorización judicial como regla general.

Nuevamente entramos al problema de la interpretación. Es un criterio uniforme tanto en la doctrina como en la jurisprudencia el sostener que la interpretación de la normativa constitucional y legal, cuando se trate de limitación de derechos, debe ser restrictiva, en orden precisamente a garantizar el libre ejercicio de esos derechos. En ese sentido, volviendo nuevamente al consentimiento, debemos determinar cuando este puede ser considerado como válido.

En nuestro país, la Constitución, como ya sabemos, en su Art. 20 prevé que una de las excepciones a la inviolabilidad de la morada es precisamente el consentimiento de la persona que la habita. No dice nada más. En la legislación ordinaria, valga decir, el CPP, tampoco encontramos alguna referencia que explicita la forma en que el consentimiento debe ser otorgado para reputarse válido. En España, en cambio, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su Art. 551 propicia la posibilidad de pensar que el consentimiento puede ser otorgado en el marco de una investigación criminal a los entes autorizados. Es por ello que en la doctrina y jurisprudencia española se acepte que el consentimiento puede darse o ir dirigido a las autoridades, y dentro de los requisitos que se exigen esta el que al ciudadano que se le pide, se le informe de sus derechos, especialmente del derecho a negarse a la práctica de una entrada y registro.

Jacobo López Barja de Quiroga señala al respecto, que "El consentimiento ha de ser manifiesto y haberse otorgado una vez que el ciudadano haya sido informado de sus derechos, principalmente del derecho a no consentir la entrada y registro. El consentimiento ha de ser emitido libremente, esto es, sin vicios que lo invaliden (como el error o

la violencia o la intimidación) y debe emanar de una persona que tenga capacidad suficiente para comprender el significado del permiso que concede. Esto quiere decir que el consentimiento tiene que haber sido otorgado en circunstancias tales que permitan aceptar que lo manifestado por el sujeto coincide con su voluntad real”<sup>99</sup>.

Ahora bien, el problema de aceptar el consentimiento como dirigido a cualquier persona, incluidas las autoridades policiales, reside en la posibilidad real de que este se encuentre viciado por la intimidación que genera la presencia de agentes armados en actividad investigativa. En una sentencia del Tribunal de Sentencia de San Vicente, concretamente en el expediente 28-2-03, sentencia de las once horas con cincuenta y ocho minutos del día 13-VI-2003, dicho tribunal hace un análisis en el sentido de que, el consentimiento no debe estar viciado y de manera especial alude a la inconveniencia de que el mismo se preste a los agentes de la PNC.

El argumento de dicho tribunal es el siguiente: “El consentimiento dado por la persona que accede a que se ingrese a la morada y se practique registro en su interior, debemos entenderlo al igual que las normas de derecho civil, como un consentimiento que no adolezca de vicios, es decir, que no medie error o fuerza. Es decir, habría error si a la persona se le dice que los agentes de policía se hacen pasar por otras personas, como fontaneros, y de esa manera se ingresa a la morada induciendo a la persona en error, y de esa manera se obtuviese evidencia incriminatoria; en tal caso, habría consentimiento viciado. O fuerza, cuando se coloque al morador en una situación en que no tenga más alternativa en acceder a dar el consentimiento o a ser víctima de brutalidad policial, sin que se deje más alternativa que ceder a tal requerimiento policial, en cuyo caso no habría consentimiento libre para que se ingrese a la morada, pues como señala ROUSSEAU, “ceder a la fuerza no es un acto de voluntad, es más bien, un acto de necesidad”. Y es que creerle a la policía que la persona da libremente su consentimiento en una situación en que el morador se encuentra sometido a un ambiente de coacción al momento en que se le pide que autorice el ingreso a la morada, sería desconocer las prácticas policiales, darle un cheque en blanco para que decida sobre la suerte de los derechos constitucionales de los ciudadanos, ignorar la reciente historia nacional cargada de excesos y abusos de las autoridades policiales que generó una vorágine de violencia incontrolada y significaría en última instancia, un enorme retroceso en el control jurisdiccional de las actuaciones de los entes policiales.

Doctrinariamente, Jauchen lo expresa de manera contundente:

“(…) el ciudadano que se encuentra en un trance semejante, ante la presencia de un grupo de personal policial, generalmente armado y apresurado, no tiene la suficiente presencia de ánimo para restar voluntariamente un consentimiento, pues frente a la innegable coacción que tal entorno importa, se ve sensiblemente reducida su capacidad de autodeterminación. Pretender entonces otorgarle validez legitimante al consentimiento, aun suponiendo que realmente se hubiere prestado, importa no sólo ampliar ilegalmente la permisividad para allanar domicilio desde que la ley no lo prevé, sino también abrir una gran puerta para que por esa vía tangencial se obvие fácilmente el contralor jurisdiccional y en consecuencia se distorsione y vulnere la garantía constitucional”

100.

La interpretación que nosotros hacemos del consentimiento a que hace referencia el Art. 20 Cn es restrictiva, considerando que dicho consentimiento debe entenderse que puede otorgarse a particulares y no a los agentes de autoridad o policía. La PNC ya tiene fijado su marco de actuación, el cual se puede sintetizar así: a) puede ingresar al domicilio con orden judicial debidamente motivada, ya sea por la fuerza o, en este caso, con el consentimiento del morador, en el supuesto de registro con prevención de allanamiento, Art. 174 CPP; b) en flagrancia o persecución actual de un delincuente con los requisitos que antes hemos señalado (inmediatez temporal, personal y necesidad urgente), c) grave riesgo de las personas. Fuera de estos casos la PNC no puede penetrar en un domicilio aduciendo que “pidió permiso”, pues consideramos que la norma constitucional no lo ampara de ninguna manera.

No obstante este análisis, hay que decir que en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, específicamente en la sentencia de Habeas Corpus de las doce horas con quince minutos del día 24-II-2003 (HC 249/2002), se ha dejado entrever la posibilidad de que el consentimiento si puede ser otorgado a la policía, siempre y cuando no medie intimidación o presión psicológica, y que además exista en el morador la posibilidad de revocar su autorización en cualquier momento.

Ello, sin embargo, es contradictorio en atención a las máximas de experiencia, las que nos dicen que efectivamente la presencia de hombres armados y uniformados solicitando ingresar a una vivienda de por sí genera un nivel de intimidación, pues no es lo normal, y ello solo sucede en el marco de una investigación. Además, reiteramos, el marco de actuación policial ya esta predeterminado, y el consentimiento constitucional no los ampara.

En igual sentido, el Juez Edward Sydney Blanco, haciendo un comentario a nuestra concepción del consentimiento, expresa: “no

---

99. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op Cit, pp.389.

comparto la tesis que el consentimiento del morador para entrar en su domicilio sólo sea válido cuando el ingreso es por particulares y no por agentes de la policía. Siempre que se obtenga un consentimiento libre de fuerza, error, engaño o amenaza, precedido de una explicación clara, precisa y transparente del motivo de la solicitud, lo que se pretende buscar, el derecho que tiene a impedir o rechazar la petición, etc. Desde luego que es diferente cerrar de forma radical esta posibilidad con la interpretación no compartida con los autores (del presente trabajo), que analizar las condiciones del ingreso”<sup>101</sup>. Hay que decir, en referencia a esta concepción, que ni el CPP ni la Constitución sugieren la introducción por vía interpretativa de esta serie de requisitos señalados para validar el consentimiento prestado a los agentes de la PNC. Por el contrario, lo que evidentemente parecen sugerir, de la lectura de los Arts. 1, 2, 11, 12, 20 de la Cn, y 2, 84, 177, 179, 240, 241, 244 y 245 del CPP, es que la PNC, como autoridad auxiliar de la FGR en la investigación del delito, ya tiene definida su competencia en cuanto a la introducción en el domicilio de una persona: en primer lugar, bajo los supuestos del Art. 177 CPP; y en segundo lugar, bajo el supuesto del mandato judicial. No hay más. Es por ello que consideramos que las concepciones anteriores, tratándose de la afectación de un derecho fundamental, son interpretaciones extensivas, que adicionan requisitos configuradores del consentimiento, sin motivo legal ni constitucional que lo habiliten.

## **8. DESCUBRIMIENTO DE DELITO DIFERENTE AL INVESTIGADO.**

El inciso segundo del Art. 173 CPP prevé la posibilidad de que en el registro se encuentren efectos u objetos provenientes de otras acciones delictivas que nada tengan que ver con el delito que se está investigando y que motivó el registro. Es lo que en doctrina se conoce como hallazgo ocasional. En ese caso el artículo mencionado obliga a las autoridades policiales a incautarlos y entregarlos al juzgado que autorizó el registro con un informe pormenorizado de su actuación. En igual sentido, Climent Durán manifiesta que “Cuando con ocasión de realizarse un registro domiciliario se hallan objetos o efectos que denotan la perpetración de un delito distinto de aquel que motivó originariamente el registro, quienes practican el registro están obligados a hacerlo costar en el acta y a dar cuenta de su descubrimiento al Juez de Instrucción. No es admisible la adopción de una posición de silencio o de ignorancia, porque esto iría contra la esencia misma de la actuación policial”<sup>102</sup>.

100. JAUCHEN, Eduardo M. Op Cit. pp. 101-102.

101. Ibid.

Por regla general, hay que decir que una vez las autoridades encuentren objetos que denotan la comisión de un delito distinto al que esta siendo investigado, los pongan a disposición del Juez pertinente. Esta información recibida por el Juez de Paz es otra de las vías fehacientes a que hace referencia el Art. 238, Inc. 1º del CPP para iniciar válidamente una investigación. En tal sentido, ¿qué pasaría si el registro y/o allanamiento fuera declarado ilegal por haber violentado derechos fundamentales? Hay que decir, que las investigaciones iniciales y el proceso penal propiamente dicho se instauran a partir del conocimiento de ciertos datos objetivos que configuran la comisión de un determinado delito. El hallazgo ocasional de otros objetos o efectos provenientes de delitos distintos, que no están siendo investigados, o que no constituyen el objeto del registro solicitado, y que es declarado posteriormente inválido, no pueden ser depositarios de la misma declaratoria de ilicitud, y por lo tanto conservaría su valor de elementos o indicios suficientes para iniciar la respectiva investigación.

Esto obviamente estaría sujeto a las particularidades propias de la casuística, puesto que sí se probase, por ejemplo, malicia en el obrar policial, consideramos que la ilicitud abarcaría esos elementos probatorios “aparentemente distintos” al delito investigado. Como ejemplo podríamos poner el caso en que lo que se busca aparentemente por la PNC son armas en una determinada casa de habitación, cuando en realidad lo que buscan son drogas y que es lo que efectivamente encuentran. Es claro que ello sería objeto de prueba ante el Juez, pero es el ejemplo que nos indica la posibilidad de que igualmente un hallazgo ocasional de elementos de prueba sea afectado por la ilicitud del registro y/o allanamiento.

## **9. LA PRUEBA DERIVADA DE UN REGISTRO Y ALLANAMIENTO INVÁLIDO. POSIBLES CONSECUENCIAS JURÍDICO-PROCESALES EN SEDE DEL JUEZ DE PAZ.**

Llegamos al final de nuestro análisis, haciendo referencia a las distintas posibilidades que, de acuerdo a la ley, pueden determinar la invalidez de un registro o allanamiento. Es decir, pues, analizaremos ahora las consecuencias jurídico-procesales que se generan a partir del no cumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales en orden a la práctica del registro y el allanamiento.

El Art. 15 del CPP indica la regla general en materia de prueba, al determinar en su primer inciso que “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”. Este artículo en cuanto a la prueba hace un distingo, diferenciando entre el

momento de la obtención de la prueba y el momento de su incorporación al proceso. En ambos momentos se puede configurar una situación de ilicitud. En cuanto al momento de la obtención, es decir, pues, refiriéndonos a los mecanismos de búsqueda de pruebas como el registro y allanamiento, su licitud como hemos expresado antes se configura a partir de los presupuestos siguientes: a) que se soliciten por medio de la Fiscalía General de la República, como ente encargado de la dirección en la investigación del delito, según Art. 193, numeral 3 de la Constitución; b) que se practiquen, por regla general, por medio de autorización judicial, debidamente fundada; c) si no media autorización judicial, que se hagan de acuerdo a las excepciones planteadas en el Art. 20 de la Constitución, y Art. 177 CPP. d) que en su práctica se respeten todas las garantías, principios y derechos fundamentales de la persona. En cuanto al segundo momento, es decir, la incorporación del elemento de prueba al proceso, los Arts. 329 y 330 CPP establecen la forma en que se incorporaran, ya sea a través de documentos o de forma verbal.

El inciso segundo del mismo artículo recalca la falta de valor probatorio de los elementos de prueba obtenidos por vía ilícita. Dicho inciso expresamente dice: “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”. El inciso recoge lo que en la doctrina y jurisprudencia se ha dado en llamar excepciones a las reglas de exclusión probatoria. La regla de exclusión probatoria, según Jauchen es aquella “según la cual debe ser excluido para su valoración cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional o de las formas procesales dispuestas para su producción”<sup>103</sup> .

Las excepciones planteadas a la regla en comento son: a) las pruebas ilegales in bonam partem; b) la fuente independiente; c) la actuación de buena fe; d) el hallazgo inevitable, y f) el testimonio de personas dotadas de voluntad autónoma. Como hemos visto, el Art. 15, inciso 2º CPP contempla tres de estas excepciones, como son la buena fe, el hallazgo inevitable y la fuente independiente. Ello quiere decir, en la lógica estructural del CPP que, concurriendo estas excepciones, aun cuando el registro o el allanamiento se practique en forma ilícita y así sea declarado, los elementos de prueba obtenidos a su amparo pueden gozar del beneficio de valoración judicial, puesto que el artículo indica que estas excepciones podrán ser valoradas por el Juez mediante la

102. CLIMENT DURÁN, Carlos. Op Cit, pp. 907.

sana crítica.

Esta segunda parte del inciso segundo es complicada, puesto que puede considerarse que riñe con la constitución, al determinar la posibilidad de que la prueba obtenida de un procedimiento ilícito sea valorada por el Juez, y muy probablemente sirva para coartar la libertad como derecho fundamental del individuo. La regla de exclusión probatoria tiene su asidero legal en la Constitución, lo cual lo podemos concluir de la lectura de los Arts. 2, 11, 12 y 13 de la misma. Al respecto se ha reflexionado sobre las posturas a favor y en contra de la aplicación de la regla de exclusión <sup>104</sup>, así como los alcances en la aplicación de la misma. Las favorables a su aplicación sostienen que su aplicación generaría impunidad, puesto que no se podrían valorar elementos de prueba que evidentemente configuran la comisión de delitos, y que el Estado está para asegurar el libre ejercicio y goce de los derechos fundamentales a todas las personas, y que además los derechos fundamentales, en su significación individual, están limitados por el concurso de los derechos de los demás. Se dice asimismo que falsamente se atribuye a su aplicación un efecto disuasorio, destinado a erradicar ciertas prácticas policiales, y que ello es una falacia, en cuanto que al aplicar la regla de exclusión probatoria se esta afectado no a la policía sino a la administración de justicia. Finalmente se aduce que la aplicación de la regla de exclusión es indiscriminada, ya que no toma en cuenta otros supuestos en los cuales las autoridades encargadas de la investigación actúan de buena fe, y que en ese sentido debería aplicarse a situaciones muy excepcionales.

Contrariamente, los argumentos a favor de su aplicación se decantan por la existencia de un efecto disuasorio y a la vez un fundamento ético, en el sentido de que efectivamente lo que se busca con su aplicación es el funcionamiento constitucional y legal de las instituciones, erradicando de raíz prácticas viciadas, lo cual debe redundar a futuro en el abandono de las mismas, y que asimismo, no se puede estar tolerando que de la comisión de delitos surjan elementos de prueba válidos para restringir derechos de otras personas. Se destaca de igual manera, su fundamento constitucional y su especificidad de ser un mecanismo de medición del alcance de los derechos y garantías constitucionales, puesto que por la función contralora del órgano jurisdiccional los jueces pueden determinar la coherencia de la actividad policial con la Constitución.

Sin embargo, no obstante la fuerza de los argumentos a favor de la aplicación de la regla de exclusión probatoria, lo cierto es que el inciso 2º, parte segunda del Art. 15 CPP permite la posibilidad de valorar

103. JAUCHEN, Eduardo M. Op Cit, pp. 614.

104. DURÁN RAMÍREZ, Juan Antonio. La Prueba Prohibida en el Proceso Penal Salvadoreño. En: GONZÁLEZ BONILLA, Rodolfo Ernesto y otros. Ensayos doctrinarios sobre el nuevo Código Procesal Penal. San Salvador, Unidad de apoyo

prueba ilícitamente obtenida. ¿Qué hacemos con dicha norma, si nuestro convencimiento gira en torno o a favor de excluir dicha prueba con fundamentos constitucionales? Se ha indicado que en cuanto a los alcances de la aplicación de la regla de exclusión, existen como tres posturas<sup>105</sup>: a) una postura flexible, que si bien admite la violación de principios constitucionales en la práctica de un mecanismo tendiente a obtener elementos de prueba, la responsabilidad no habría que descargarla en el proceso, sino en los responsables de su ejecución, y que por lo tanto la prueba obtenida ilícitamente sería objeto de valoración, pues no se podrían ignorar, ya que simplemente existen, tienen una entidad objetiva; b) una postura intermedia, que parece ser la que adopta el CPP, que implica que la prueba derivada o indirecta de un registro o allanamiento ilícito, si podría ser objeto de valoración; y c) finalmente, la postura radical, que amparada en la teoría de “los frutos del árbol envenenado” aduce que si el mecanismo de obtención de prueba es violatorio de la Constitución, esos efectos violatorios se proyectan al conjunto de los elementos probatorios ya sea directos, indirectos o derivados obtenidos producto de la ilicitud.

Con estas premisas, consideramos más apropiada o coherente al telos de la Constitución, la postura mal llamada radical, que más bien debería denominarse garantista, por el hecho de ser la que de mejor manera proyecta la defensa del libre ejercicio de los derechos fundamentales.

En ese sentido, de acuerdo a lo estipulado en el Art. 185 Cn creemos que la declaratoria de inaplicabilidad en el caso concreto sería la solución constitucional más inmediata, en sede de los jueces ordinarios.

Ahora bien, centrados más en las posibilidades que se presentarían eventualmente en sede de Juez de Paz, con ocasión de presentarse un caso de prueba ilícita, hay que decir que habrían como tres posibilidades: a) si el caso en estudio, o sometido a la decisión del Juez de Paz, basa su procedencia en indicios originados en un mecanismo de búsqueda verificado de forma ilícita –que se excluyen- y no hay posibilidad real de incorporar otros elementos indiciarios, la respuesta estaría en el Art. 308, número 2 CPP, es decir procedería un sobreseimiento definitivo; b) por el contrario, si al excluirse los elementos de prueba por haber sido obtenidos ilícitamente, sólo nos queda la noticia criminal, la solución estaría dada por el Art. 309 CPP, es decir, procedería un sobreseimiento provisional, pues existen posibilidades reales de incorporar nuevos datos probatorios; c) si en el caso que estamos valorando, además de los elementos indiciarios originados de un registro o allanamiento ilícito, que obviamente se excluirían, existieran otros

---

a la reforma

elementos independientes que reforzaran la posibilidad de que existe delito y el imputado ha participado en la comisión del mismo, el Art. 256, número 1, establecería la posibilidad de ordenar que el proceso transite a la fase de instrucción.

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art(s).....	Artículo(s)
CADH.....	Convención Americana Sobre Derechos Humanos
Cn.....	Constitución de la Republica
CP.....	Código Penal
CPP.....	Código Procesal Penal
DUDH.....	Declaración Universal de los Derechos Humanos
FGR.....	Fiscalía General de la Republica
No.....	Numero
p.....	Página
pp.....	Páginas
PA.....	Proceso de Amparo
PI.....	Proceso de Inconstitucionalidad
PNC.....	Policía Nacional Civil
SC.....	Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
ss.....	siguientes
SSC.....	Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la CSJ
TC.....	Tribunal Constitucional Español
TSE.....	Tribunal Supremo Español

## BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO , AULIS, Lo Racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1987.
- ALEXY ROBERT, Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España, 1993.
- BARNES , JAVIER, El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. Cuadernos de Derecho público No. 5 Septiembre-diciembre, 1998.
- BERTRAND GALINDO, FRANCISCO Y OTROS, Manual de Derecho Constitucional. Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de capacitación judicial. San Salvador,

1992.

BINDER , ALBERTO M., Introducción al Derecho Procesal Penal. Editorial Ad Hoc. 2da. Edic. Buenos aires, 2000.

CAMPOS VENTURA, JOSE DAVID Y OTROS, Manual de Derecho Procesal Penal. Proyecto PNUD ELS/95/LO6. 1° Edic. San Salvador, 1998.

CARRIÓ, ALEJANDRO D., Garantías Constitucionales en El Proceso Penal. Editorial Hamurabi. 4ta. Edic. Buenos Aires, 2000.

CLARIÁ OLMEDO, JOSÉ, Derecho Procesal Penal. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires.

CLIMENT DURAN, CARLOS, La Prueba Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

CREUS, CARLOS, Derecho Procesal Penal. Edit. Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1996.

CUBÍAS MEDINA, ANA ELIZABETH, ¿Son titulares de derechos fundamentales las personas jurídicas de carácter privado y público, incluyendo al Estado? Revista de Derecho Constitucional No. 21. Octubre-Diciembre 1996. Centro de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO Y MIGUEL ANGEL TORRES MORATO, La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial. Editorial Aranzadi. 2da. Edic. Ampliada y actualizada.

DURÁN RAMÍREZ, JUAN ANTONIO, La Prueba Prohibida en el Proceso Penal Salvadoreño. En: González Bonilla, Rodolfo Ernesto y Otros. En sayos doctrinarios sobre el nuevo Código Procesal Penal. San Salvador, 1998.

DURÁN RAMÍREZ, JUAN ANTONIO, Interpretación Constitucional. En: Teoría de la Constitución Salvadoreña. Enrique Anaya Barraza, et. al. 1° Edic. San Salvador, 2000.

FERRAJOLI, LUIGI, Derechos y garantías. La Ley del mas débil. Edit. Trotta, Madrid, España. 1999.

FERRAJOLI, LUIGI, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. 4ta. Edic. 2000.

FIGUEROA NAVARRO, MA. CARMEN, Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho Español. Ed. EDISOFER S. L. Madrid, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, Curso de Derecho Administrativo. 10° Edic. Tomo I. Edit. Civitas. S.L. Madrid, España. 2000.

GASCÓN ABELLÁN, MARINA Y GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, Interpretación y Argumentación jurídica. Material de apoyo preparado para el curso del mismo nombre, brindado a la primera promoción del Programa de Formación Inicial para Jueces (PFI) 2002.

GONZÁLEZ CUELLAR-SERRANO, NICOLÁS, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Edit. COLEX. Madrid, España, 1990.

GONZÁLEZ TREVIJANO, PEDRO J., La Inviolabilidad del Domicilio. Editorial Tecnos. Madrid, 1992. .

JAUCHEN , EDUARDO, Tratado de la Prueba en materia penal. Editorial Rubinzal-Culzoni.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO., Instituciones de Derecho Procesal Penal. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, Argentina.

LÓPEZ GUERRA, LUIS, Introducción al Derecho Constitucional. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994.

LUZÓN CUESTA, JOSÉ MA., La Prueba en el Proceso Penal derivada de la entrada y registro domiciliario. Ed. COLEX. Madrid, 2000.

MAIER, JULIO B. J. , Derecho Procesal Penal Argentino. Editorial Hamurabi. Buenos Aires, 1989. Tomo II.

MINVIELLE, BERNADETTE, Allanamiento ilegal: violación del derecho a la intimidad

y garantías del debido proceso. En: Revista Doctrina Penal. Teoría y práctica en las Ciencias Penales. Año 10, Nos. 37-40. Edic. Depalma. Buenos Aires. 1987.

MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho Penal. Parte General. 6ta. Edic. Edit. Reppertor. Barcelona, España, 2002.

ORTELLS RAMOS, MANUEL, Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional. En: Medidas restrictivas a derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Cuadernos de derecho del poder judicial español. 1992.

PECES BARABA, GREGORIO, Derechos Fundamentales. Editorial Latina S.A. 3ª. Edic. Madrid, 1980.

REBOLLO DELGADO, LUCRECIO, El Derecho Fundamental a la Intimidad. Editorial Dykinson S.L. Madrid, 2000.

RECASENS SICHES, LUIS, Tratado General de Filosofía del Derecho. 12ª. Edic. Editorial Porrúa. México, 1997.

RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, ROBERTO, El fundamento material de la Constitución: una aproximación a la idea de Valor, Principio y Norma Constitucional. En: Teoría de la Constitución Salvadoreña. Enrique Anaya Barraza y Otros. San Salvador, 2000.

## 2. CRITERIOS DE OPORTUNIDAD LA COLABORACIÓN DEL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL

Por: Patricia Ivonne Inglés Aquino

Asesor:

### SUMARIO:

INTRODUCCIÓN, CAPÍTULO I Una primera aproximación al Principio de Oportunidad, 1.1 Concepto, 1.2 Características, 1.3 Fundamentos, 1.4 Su relación con los principios del ordenamiento jurídico penal, 1.4.1 Su relación con el principio de legalidad, 1.4.2 Su relación con el principio de obligatoriedad, 1.4.3 Su relación con el principio de igualdad de las personas ante la ley, 1.4.4 Su relación con el principio de necesidad de la pena, 1.5 Modelos de aplicación del principio de oportunidad, 1.5.1 La oportunidad libre, 1.5.2 La oportunidad reglada, CAPÍTULO II Síntesis de los principales argumentos a favor y en contra de la adopción del Principio de Oportunidad, 2.1 Argumentos a favor, 2.2 Argumentos en contra, 2.3 Toma de postura, CAPÍTULO III El Criterio de Oportunidad reglado en el Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, 3.1 Sinopsis histórica, 3.2 Otras manifestaciones de este criterio en la legislación vigente, 3.3 Análisis del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, 3.3.1 Beneficios derivados de la aplicación de un criterio de oportunidad, 3.3.2 Supuestos de colaboración del imputado en el proceso, 3.3.3 Legitimación activa, 3.3.4 Efectos, 3.3.5 Plazo en que debe interponerse, 3.3.6 La víctima, 3.3.7 Responsabilidad civil, 3.3.8 Recursos, CAPÍTULO IV El rol del juez y del fiscal en la aplicación del Criterio de Oportunidad reglado en el Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, 4.1 Consideraciones generales, 4.2 Criterios que debe tomar en cuenta la Fiscalía General de la República, 4.2.1 Fase de negociación, 4.2.2 Fase de corroboración mínima, 4.2.3 Fase de suscripción de convenio, 4.2.4 Fase de declaración extrajudicial del

imputado, 4.2.5 Fase judicial que comprende la presentación de petición al juez, realización de audiencia y aseguramiento de la información -vía anticipo de prueba- en los casos que proceda, 4.2.6 Fase de cumplimiento de la colaboración y definición de la situación jurídica del imputado colaborador, 4.3 Tipo de análisis que el juez debe realizar al solicitársele la aplicación del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, 4.3.1 Análisis de forma, 4.3.2 La posibilidad de efectuar un análisis de fondo, a. Necesidad de corroboración de versión del imputado delator por medio de algún dato externo que compruebe efectivamente su manifestación b. Ausencia de credibilidad subjetiva, c. Ausencia de ambigüedades o contradicciones, 4.3.3 Los anticipos de prueba, 4.3.4 Solicitud de aplicación de criterios de oportunidad en audiencia o durante la realización del juicio 4.3.5 Algunas menciones acerca del sobreseimiento definitivo, 4.3.6 Utilización de los controles difusos y concentrados de constitucionalidad en relación con el Art. 2 (2) del Código Procesal Penal, 4.4 Variantes en el derecho comparado de la aplicación de la justicia premial a. La posibilidad de atenuar la pena, b. La posibilidad de conceder beneficios penitenciarios a imputados condenados que colaboren con la justicia, c. La decisión de prescindir de la persecución penal exclusivamente a cargo del Ministerio Público, d. Especial mención de los jurados, 4.5 Ideas para el diseño de una política criminal fiscal en la aplicación del criterio de oportunidad que implica colaboración del imputado en el proceso penal, Conclusiones, Bibliografía, Anexos, ANEXO # 1 GUÍA DE ENTREVISTA Tema: La colaboración del imputado en el proceso como Criterio de Oportunidad (Art. 20 (2) del Código procesal penal) Introducción

## INTRODUCCION:

Una de las primeras reflexiones que debemos hacer es sobre la influencia que el entorno social tiene en la elaboración del derecho, ya que éste intenta responder a las necesidades de un mundo continuamente cambiante; precisamente la nueva realidad salvadoreña que se gestó a raíz de la finalización del conflicto armado fue la que impulsó la reforma del sistema penal.

Uno de los principales cambios introducidos fue el principio de oportunidad, que puede definirse como la potestad discrecional conferida al ente estatal que posee el monopolio de la acción penal pública, de prescindir excepcionalmente de la persecución penal de ciertos delitos, en casos predeterminados por la ley.

El legislador salvadoreño al adoptar este principio optó por hacerlo de una manera reglada, mediante la regulación de una serie de criterios entre los cuales se encuentra el de la justicia premial, que pretende exonerar de responsabilidad penal a un imputado que se vuelve colaborador de la justicia al proporcionar datos relevantes acerca de la comisión de delitos o por medio de la delación de otros partícipes en el hecho.

Al respecto, observamos como día a día los medios de

comunicación hacen alusión a la necesidad de mejorar la efectividad de la investigación de hechos delictivos, explotando la controversia que ha generado la aplicación de la justicia premial en la opinión pública, principalmente en los operadores de justicia, pues cada vez se abren brechas más amplias entre la opinión de jueces y fiscales acerca de la aplicación de este instituto procesal.

Esta investigación surge de la necesidad de clarificar cuál es la aplicación práctica de este criterio de oportunidad, a fin de formular una propuesta que permita ajustar la praxis a la Constitución y a la normativa vigente, incluidos los tratados sobre derechos humanos ratificados por El Salvador, pues debemos recordar que “la política criminal de un país en su ejecución, es el termómetro preciso de la vigencia de los derechos humanos en una sociedad.”<sup>1</sup>

Parece que éstas controversias lo que ponen de manifiesto es la tensión existente entre el respeto de los principios de un Estado constitucional de derecho y las exigencias criminalísticas para una eficiente administración de justicia penal.

Estamos conscientes que este trabajo no puede efectuar por sí sólo ningún cambio inmediato en la praxis judicial, pero consideramos que puede servir de punto de reflexión para quienes pueden y deben cambiar la ley y la aplicación de este instituto procesal en nuestro país.

De esa manera esta investigación pasa del plano estrictamente académico para presentarse como un análisis de la realidad en el trabajo cotidiano de los administradores de justicia, que requieren de una propuesta de solución a las problemáticas derivadas de la aplicación de este criterio de oportunidad.

Es importante aclarar que en este trabajo se utilizó el método sociológico el cual pretende confrontar la teoría con la praxis, tomando como parámetros las normas vigentes y un procedimiento interpretativo que exige determinar la función pragmática de la norma en estudio al momento de ser aplicada.

Para lograr tal objetivo se analizó jurisprudencia nacional, la cual se vio enormemente enriquecida con los aportes que jueces, fiscales, magistrados de Cámara y defensores públicos y privados proporcionaron en las entrevistas que se les efectuaron.

El trabajo ha sido estructurado en cuatro capítulos. En el primero, se intentará acercar al lector a las bases teóricas que fundamentan el principio de oportunidad, así como examinar sus relaciones con otros principios del ordenamiento jurídico. En el capítulo dos, se sintetizan las principales posturas doctrinarias a favor y en contra de la adopción de

---

1. BINDER, Alberto M.; Introducción al derecho procesal penal; Ad hoc, Argentina, 1995, Pág. 34, parafraseando a Goldschmidt y a Roxin.

este principio, para finalmente adoptar una postura al respecto. En el tercer capítulo, se efectúa una sinopsis histórica del tema, exponiéndose además otras manifestaciones de la justicia premial en la normativa nacional e internacional vigente en nuestro país, así como un análisis de la regulación de los criterios de oportunidad en el Código Procesal Penal.

En el cuarto capítulo se plasman cuáles deben ser los criterios que debe tomar en cuenta la Fiscalía para la adopción de este criterio de oportunidad, además se describe el tipo de análisis que el juez debe hacer de dicha petición, las variantes que presenta el derecho comparado y los lineamientos para el diseño de una política criminal fiscal que permita la aplicación uniforme de la justicia premial, proponiendo un proyecto de directrices fiscales para la aplicación de este instituto procesal.

Este capítulo, es enriquecido con la experiencia en el derecho comparado de la aplicación de este criterio de oportunidad y el análisis de la jurisprudencia recopilada y síntesis de las entrevistas efectuadas.

Finalmente, sólo nos resta reconocer el innegable esfuerzo que hacen los actuales operadores de justicia para efectuar su trabajo de la mejor forma posible, por lo que sirva esta pequeña contribución para ponerlo en relieve.

## 1. UNA PRIMERA APROXIMACION AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

"El apóstol Judas traicionó a su maestro por treinta monedas de plata tras negociar con el poder de su inmunidad. La enseñanza dejada por este ejemplo histórico no fue la plausibilidad del obrar de los romanos, sino el sentido de culpa que llevo a Judas a colgarse de un árbol tras su detestable traición"

### Sumario:

1.1 Concepto 1.2 Características 1.3 Fundamentos, 1.4 Su relación con los principios del ordenamiento jurídico penal, 1.5 Modelos de aplicación del principio de oportunidad.

## 1.1 Concepto.

El principio de oportunidad, siguiendo la definición de Gimeno Sendra, se puede conceptualizar como “la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer bajo determinadas condiciones de su ejercicio con independencia que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado.”<sup>2</sup>

Otros autores lo definen como “aquél que trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal frente a casos en los cuales ordinariamente debía de acusarse por ser un aparente hecho delictivo.”<sup>3</sup>

Por su parte, Julio Maier,<sup>4</sup> manifiesta al respecto que oportunidad significa la posibilidad de que los órganos públicos a quienes se les encomienda la persecución penal prescindan de ella en presencia de la noticia de un hecho punible o incluso frente a la prueba más o menos completa de su perpetración formal o informal, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político criminales.

Una definición que podemos dar del mismo es la siguiente: “Es la potestad discrecional conferida al ente estatal que posee el monopolio de la acción penal pública, de prescindir excepcionalmente de la persecución penal de ciertos delitos o de suspender la acción iniciada, en casos predeterminados por la ley.”

## 1.2 Características.

Miguel Trejo,<sup>5</sup> considera que el principio de oportunidad tiene las siguientes características:

- a. Es excepcional
- b. Es discrecional
- c. Referido en general al órgano persecutor oficial
- d. Es taxativamente reglado

La primera característica se refiere a que la regla general es la obligación del Ministerio Público de perseguir penalmente todos los delitos de acción pública, que lleguen a su conocimiento y la aplicación

2. GIMENO SENDRA, Vicente y Otros; Derecho Procesal Penal, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1993. Págs. 62-72.

3. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel; El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Julio de 1993, año 5, No. 7, Pág. 67.

4. MAIER, Julio; Derecho Procesal Penal Argentino, Editorial Hammurabi, SRL, Buenos Aires, 1989, Pág. 555 y ss.

5. TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto y Otros; Selección de Ensayos Doctrinarios, Nuevo Código Procesal Penal, Comisión Coordinadora del Sector Justicia (UTE), El Salvador, 1989, 1ª Edición, Pág. 387-417.

de principio de oportunidad es se traduce en la regulación legal de las excepciones a esta obligación.

La segunda característica se refiere, a que para la aplicación de un criterio de oportunidad, se concede cierto margen de libertad de decisión al Ministerio Público para su adopción.

La tercera característica, es con respecto a la institución que posee la titularidad de la acción penal pública, y por ende legitimada para solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad.

La cuarta característica hace referencia a que la ley determina los supuestos en los cuales se debe prescindir de la persecución penal.

### 1.3 Fundamentos.

Los fundamentos del principio de oportunidad, son una mezcla de razones pragmáticas y a la vez teóricas. Suele mencionarse que su implementación puede ser útil para regular la enorme selectividad intrínseca al proceso penal, pues se considera que es un medio útil y eficaz para controlar el innegable sistema de discreción arbitraria que opera de diferentes formas. Esta selección se presenta antes del procedimiento penal, como durante el mismo y no siempre es controlable. Existe, pues, una cifra negra de la delincuencia que indica la cantidad de delitos que no llegan nunca al conocimiento de las autoridades para su persecución por una decisión discrecional de la víctima de no denunciar los hechos, la cual puede verse influenciada por una diversidad de factores.<sup>6</sup>

También existe un amplio espacio de discreción en la función policial, ya que por razones de exceso de trabajo los agentes de la institución policial deciden, formal o informalmente, tomar o no una denuncia por un hecho que valoran como insignificante o bien, seleccionar en acuerdo con el Ministerio Fiscal una mayor persecución y asignación de recursos para la investigación de ciertos delitos en un ámbito social en detrimento de otros etc., operando este sistema de discreción de una forma desigualitaria.

En ese sentido Cafferata Nores,<sup>7</sup> hace alusión a una cifra dorada de la delincuencia, constituida por aquellos delitos que si bien pueden ser conocidos por la autoridad, no entran formalmente al sistema judicial por razones de venalidad en la función, prebendas económicas, influencias políticas, etc., o como simple resultado de la intencional paralización del trámite (piénsese en la prescripción).

6. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; Instituciones de derecho procesal penal, Ediciones jurídicas Cuyo, Argentina, 2000, Págs. 430-451.

7. CAFFERATA, NORES, José I.; Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Editores del Puerto. S.r.l., Buenos Aires, 2000, Pág. 30.

Ante esta situación se torna indispensable arbitrar los instrumentos necesarios para que pueda controlarse y racionalizarse este proceso de selección natural procurando la aplicación igualitaria de la ley penal, con la finalidad que este proceso se realice conforme a las pautas que dicte el legislador, ya que de lo contrario se volvería incontrolable. Siendo la forma en que se racionalizan estos criterios una manifestación del principio de oportunidad.

En ese sentido, Hassemer, señala como otros fundamentos de este principio los siguientes: <sup>8</sup>

1. Es a corto plazo económicamente inconveniente, y a largo plazo políticamente imprudente comprometer a las autoridades de la investigación para que, de un mismo modo e intensidad, persigan el esclarecimiento de la totalidad de los delitos. Debe recordarse que los recursos materiales y personales son siempre limitados. Por esta razón, se tornó necesario idear mecanismos que permitan a las autoridades realizar sus actividades en la investigación de una manera selectiva.

2. Es efectivo como una forma de descongestionar de trabajo de los tribunales penales y un acortamiento del proceso penal, siendo viable que para hechos (delictivos) de mediana gravedad las autoridades de la investigación cuenten con la posibilidad de soluciones alternativas al proceso, que se traducen en ahorro de tiempo y recursos humanos para el Estado. Esto es parte de la eficiencia que se busca con la implementación de este tipo de institutos jurídicos.

3. Un moderno sistema jurídico penal, orientado hacia las consecuencias, no puede concebirse si lleva adelante un proceso cuando los perjuicios políticos criminales son más altos que el provecho.

4. Otro argumento es su utilidad en el combate de las nuevas formas de criminalidad (narcotráfico, terrorismo, etc.), ya que los Estados se han visto en la necesidad de idear políticas criminales que permitan una efectiva lucha contra este tipo de delincuencia no convencional presentándose como opción la "regulación sobre la colaboración del imputado en el proceso", que es una manifestación del principio de oportunidad, para la resolución de asuntos penales donde se puede eximir de pena a aquél sospechoso que ha dado declaraciones importantes sobre un delito, cuando sea la única vía conocida para la obtención de información en este tipo de hechos.

---

8. Cfr. HASSEMER, Winfried; La Persecución Penal. Legalidad y Oportunidad, Revista Jueces para la Democracia, Edición especial, Madrid. 1989, Pág. 8 y ss.

5. También se ha argumentado que el principio de oportunidad supone un replanteamiento sobre las tradicionales políticas que informan el sistema de reacción penal, enfocado al interés de aquellas infracciones que revistan una mayor dañosidad social y restringiéndola o eliminándola respecto de los delitos leves. Es una solución alternativa a la tramitación ordinaria del proceso penal.<sup>9</sup>

#### **1.4 Su relación con los principios del ordenamiento jurídico penal.**

##### **1.4.1 Su relación con el principio de legalidad.**

El principio de legalidad se ha definido como la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos (generalmente la Policía y el Ministerio Público) que, frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo (de acción pública), se presenta ante los órganos jurisdiccionales, reclamando investigación, el juzgamiento y, si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar.<sup>10</sup> Este funciona como regla obligatoria de persecución penal de todos los hechos que generan hipótesis de delitos de acción pública.

Este principio de legalidad se basa en las teorías absolutas de la pena y, por ello, está cargado de un alto grado ético. Su valor reside en la pretensión de igualdad de las personas ante la ley, de conservar al máximo la división de poderes y en la idea que la solución del conflicto provenga de un juicio público, contradictorio y oral preestablecido en la ley.

No obstante lo anterior, este principio ha sido reformulado en las últimas décadas por las bases ideológicas que lo sustentan. Así, la idea retributiva de la pena está siendo superada por las teorías utilitarias. Además su aplicación rigurosa genera inconvenientes, principalmente un congestionamiento del aparato represivo por la persecución indiscriminada de delitos, o por el entorpecimiento del Ministerio Público en la investigación de la criminalidad organizada y la obstaculización en la reinserción de los delincuentes de baja peligrosidad.<sup>11</sup>

Se ha señalado siempre como contracara del principio de legalidad la disponibilidad o principio de oportunidad. Este implica elegir, a través de órganos estatales, qué casos excitarán la actividad represiva del Estado. El principio de oportunidad encuentra su respaldo en las teorías relativas o utilitarias de la pena estatal, por ello los motivos que

9. GATGENS GÓMEZ, Erick y Otros; El Principio de Oportunidad-Conveniencia Procesal de la Persecución Penal, Editorial Juritexto, San José, 2000, Pág. 108.

10. CAFFERATA NORES, José; Ob. cit., Pág. 22.

11. TIJERINO PACHECO, José María; El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, en reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996, Pág. 89-90.

lo avalan se vinculan más a los criterios de orientación a fines, consecuencias y efectividad del sistema.

Es importante señalar, que la principal objeción para la adopción del principio de oportunidad ha sido siempre su oposición con el de legalidad. Al respecto se debe recordar que si bien el principio de legalidad es la regla general que rige nuestra normativa penal e implica que el proceso penal deba iniciarse ante la sospecha de la comisión de un delito, sin que la Fiscalía esté autorizada para prescindir de dicha persecución a su discreción, su aplicación rigurosa es ilusoria de realizar en la praxis de la persecución penal, por ello surgen criterios de selección natural difícilmente controlables.

No obstante, la supuesta contraposición entre ambos principios, se puede afirmar que oportunidad y legalidad no son términos que se excluyan o sean incompatibles entre sí. Pues si es la propia ley penal la que fija los supuestos en que será utilizada la oportunidad no se contradice per se al principio de legalidad propiamente dicho, ya que es el resultado de una decisión de política criminal estatal adoptada por el legislador.

En este sentido, Hassemer,<sup>12</sup> ha señalado que la relación entre legalidad y oportunidad es un problema de implementación del derecho, antes que un problema teórico jurídico. Depende más de las rutinas de los funcionarios judiciales, del control público sobre ellos y de la confianza popular, que de los textos legales en sí mismos. Para este autor, en caso de que esta relación se produzca, se debe tomar en consideración que los criterios de oportunidad deben estar determinados con precisión para resguardar la igualdad y el Estado de derecho, eliminando reglas vagas. Debe existir una instancia jurisdiccional de control para las decisiones de los órganos de persecución, a fin de resguardar la separación de poderes, además de implementar la aquiescencia de la víctima, como instancia de control y para no lesionar intereses particulares. Además, requerir la fundamentación de las decisiones que apliquen el principio de oportunidad, para posibilitar el control público.

Este principio de legalidad referido a la actuación del Ministerio Público se encuentra regulado en el Art. 193 (2), (3), (4), (6) y (11) de la Constitución, siendo un principio rector en el ejercicio de la acción penal.<sup>13</sup>

En ese sentido, el Art.19 (1) del Código Procesal Penal establece que: "Corresponde a la Fiscalía General de la República la acción penal pública para la persecución de oficio de los delitos determinados por

12. HASSEMER, Ob.cit., Pág. 8.

13. Al respecto, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de Habeas Corpus 153-2000, de fecha 7 de junio de 2000, manifestó que el principio de legalidad recogido en la Constitución aplicado a la materia procesal penal pretende evitar que los procesos se ventilen de manera arbitraria, es decir, sin respeto a las garantías constitucionales que todo proceso debe cumplir y que se encuentran en la Constitución.

este código ...”; ésta función se complementa con lo establecido en el Art.83 (1) el cual dispone 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”;...aunándose lo anterior con el Art. 235 (1) que dispone para el fiscal la obligación de presentar el requerimiento respectivo ante el juez de paz al recibir cualquier denuncia, querrela o informe policial del cometimiento de un hecho delictivo.

El principio de oportunidad se encuentra regulado en el Art. 20 del Código Procesal Penal, el cual establece que en las acciones públicas el fiscal puede 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 alguna de las calificaciones jurídicas posibles que en los casos allí enumerados.

Del contenido de las disposiciones legales antes citadas, se deduce que dentro del mismo principio de legalidad se pueden incluir, por parte del legislador, determinadas excepciones, las cuales deberán encontrarse debidamente delimitadas en las leyes penales para no contradecirlo y que resultan útiles para encontrar un punto de equilibrio entre un sistema de justicia ideal y un sistema verdaderamente eficaz inclinado a los fines del derecho penal.<sup>14</sup>

#### **1.4.2 Su relación con el principio de obligatoriedad.**

Anteriormente concluimos que no existe contraposición entre el principio de oportunidad y el de legalidad. No obstante, algunos han afirmado <sup>15</sup> que en realidad el principio de oportunidad se contrapone con el de obligatoriedad que debe regir la actividad requirente del Ministerio Público.

Este último principio tiene dos dimensiones. En primer lugar, la promoción de la acción y, en segundo lugar, la prosecución de la acción, entendida esta última como irrevocabilidad al no poderse suspender, interrumpir o hacerse cesar la acción penal una vez ejercida.

La promoción de la acción penal en cambio, se encuentra referida a la actividad fiscal consistente en requerir el pronunciamiento del juzgador para un caso concreto. Está obligación del Ministerio Fiscal se encuentra plasmada en el Art. 193 (4) de la Constitución, que establece como una función de dicha institución la siguiente: “Promover la acción penal de oficio o a petición de parte.” En igual sentido se encuentra redactado el

14. En este sentido se debe aclarar que la alternativa entre legalidad y oportunidad es equivocada, pues al plantearse la cuestión en los términos de los defensores de la legalidad lo que está en juego es la concepción sobre el fin de la pena, así como los fines que deben conseguirse con el proceso penal, pues con un principio de legalidad que implique una persecución absoluta de todos los hechos penales el proceso no va a ser un medio para dar solución a los conflictos sociales, ni la pena un instrumento que precisa ser útil y necesario como proceso legitimador de su aplicación.

15. CHANG PIZARRO, Luis Antonio; Criterios de Oportunidad en el Código Procesal Penal, Editorial Jurídica Continental, 2da Edición, San José, 2000, Págs. 68-72.

Art. 83 (1) del Código Procesal Penal el cual dispone 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.”

En ese orden de ideas, la “promoción de la acción penal” a que se encuentra obligada la Fiscalía por mandato constitucional y legal se agota con la sola presentación del requerimiento respectivo, en el cual el fiscal plasmará la concreta pretensión para cada caso, la ley lo faculta para solicitar la Instrucción, el sobreseimiento definitivo, el sobreseimiento provisional, la aplicación del procedimiento abreviado, la aplicación de un criterio de oportunidad, etc. Lo anterior no implica que el fiscal se exima de la obligación de fundamentar fáctica y jurídicamente sus peticiones, a pesar que solicite una salida alterna al proceso, pues se encuentra obligado a base del Art. 83 (2) del Código Procesal Penal.

La acción se define como un derecho subjetivo consistente en la facultad de excitar al órgano jurisdiccional a fin que se pronuncie acerca de una determinada pretensión.

Este concepto de acción es el que más se adecua al modelo que presenta nuestro Código Procesal Penal, en el cual se espera que el fiscal actúe con imparcialidad y objetividad, en busca de la reconstrucción de la verdad de los hechos, facultándolo incluso para obtener la prueba de descargo respectiva tal como lo establecen los Arts. 3 (3); 83 (1); y, 84, todos del Código Procesal Penal, por lo que no se espera que el fiscal se convierta en un acusador a ultranza.

Por otro lado, de la lectura de los Arts. 193 (4) de la Constitución y 83 (1) del Código Procesal Penal, se denota que tanto el constituyente como el legislador secundario tuvieron cuidado de no identificar los términos de acción penal y persecución penal, pues el segundo implica tanto la promoción como la prosecución.

En ese orden de ideas cuando la Fiscalía solicita la aplicación de un criterio de oportunidad está cumpliendo con su obligación de promover la acción penal, pero con la pretensión específica de prescindir de la persecución punitiva por razones de política criminal taxativamente señaladas en la ley penal.

En ese sentido, el principio de obligatoriedad, bajo la modalidad de la prosecución de la pretensión penal, es el único que podría oponerse al de oportunidad, pero ésta última no se encuentra plasmada en nuestra normativa como una obligación del Ministerio Público, quien tiene la potestad, luego de analizar cada caso, de decidir sobre la solicitud que planteará ante el órgano jurisdiccional.

### 1.4.3 Su relación con el principio de igualdad de las personas ante la ley.

En relación con este principio la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el Proceso de Amparo marcado bajo la referencia 429-99 del 12 de junio de 2000, ha expresado que el principio de igualdad busca garantizar a los iguales el goce de los mismos beneficios y a los desiguales diferentes beneficios, ésta diferenciación debe regirse por el principio de proporcionalidad que establecerá los límites hasta donde puede formularse un tratamiento desigual.

El cumplimiento de este principio en la formulación de la ley significa la facultad que al legislador le asiste de dictar normas que hagan las diferenciaciones normativas correspondientes a las desigualdades reales, las cuales no pueden ser excesivas. Además, señala que la medida que el legislador debe respetar es la del constituyente, pues las diferenciaciones no pueden conculcar derechos y garantías establecidos para las personas que implicarían una desproporción de los medios empleados.

Este principio vincula al operador de justicia en el sentido de aplicar la ley de igual manera a todos los ciudadanos sin ninguna diferenciación, salvo las que el legislador haya realizado.

Para Roxin,<sup>16</sup> la excepción al principio de legalidad resulta del principio constitucional de proporcionalidad, esto es de la idea que en el caso particular se debe renunciar a la aplicación del castigo cuando los motivos de prevención no lo exigen, lo que da paso al principio de oportunidad.

El principio de igualdad plasmado en el Art. 3 de la Constitución, se ha visto como un fundamento de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, ya que presupone que ésta debe aplicarse de igual forma a todo aquél que haya cometido un hecho delictivo. No obstante, del concepto dado por la Sala de lo Constitucional se desprende la facultad legislativa de dictar normas que respondan a desigualdades reales, traduciéndose esto en el ámbito jurídico en tratos normativos diferenciados resultado de una ponderación de estas diferencias.

Aunado a lo anterior, no se puede perder de vista que la aplicación del principio de igualdad de las personas ante la ley, realmente no es absoluto por lo que se generan tratos diferenciados en la aplicación de la justicia, por ejemplo, en el caso de la potestad –deber que tienen los jueces de inaplicar leyes inconstitucionales– conferida en el Art. 185 de la Constitución, un juez de San Salvador puede considerar que una determinada ley es inaplicable y en otro caso un juez de Santa Ana

---

16. ROXIN, Claus; Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, S.r.l., Buenos Aires, 2000, Pág. 89-97.

puede considerar que la misma disposición legal no adolece de inconstitucionalidad alguna y aplicarla en el caso concreto, viéndose el ciudadano ante una aplicación desigualitaria de la ley.

Asimismo, el legislador ha considerado conveniente regular tratos diferenciados en la ley penal, piénsese en el caso del antejuicio regulado en los Arts. 381 y siguientes del Código Procesal Penal, o bien, en el supuesto de la restricción de derechos penitenciarios para ciertos delitos que prevé el Art. 103 de la Ley Penitenciaria.

De lo arriba expuesto, puede deducirse que al legislador se le ha atribuido la potestad de considerar en qué casos es procedente y correcto político criminalmente, que la Fiscalía ejerza la persecución penal por un delito y en qué casos no lo es, luego de hacer un análisis de proporcionalidad entre el medio y el fin que se obtendrá.

En estos casos se valora, por ejemplo, entre los costos y beneficios de conceder una inmunidad a un imputado a cambio de la colaboración de éste en la investigación, en pro de la efectividad del proceso o bien aplicar la sanción penal correspondiente en detrimento de la investigación de un hecho delictivo; o en otro caso efectuar una ponderación entre la insignificancia de un hecho y la necesidad de imponer una pena, sin tomar en cuenta la utilidad y necesidad de la misma o las repercusiones que esta conlleva (estigmatización, desintegración familiar, etc.).

Al operador de justicia le corresponde al aplicar la ley efectuando estos tratos diferenciados previstos en la normativa penal, siempre y cuando los mismos no riñan con la Constitución.

Por ende, si el legislador salvadoreño ha optado por la inclusión del principio de oportunidad en el sistema penal como opción político criminal, la única forma que se ha previsto para que con ello no se rompa con el principio de igualdad de los hombres ante la ley, es que paralelo a la adopción del mismo se establezcan mecanismos de control internos, recomendándose para tal fin por la Organización de las Naciones Unidas la creación de unas directivas fiscales que dispongan en líneas generales los parámetros técnico jurídicos que los miembros del Ministerio Fiscal deben tomar en consideración para aplicar un criterio de oportunidad, los que deben responder a una política criminal general y uniforme emanada del Fiscal General de la República, siendo esta una forma de regular la discrecionalidad previo al proceso; y posterior al mismo, creándose controles externos que sobre la petición fiscal ejercerán el juez y la víctima.<sup>17</sup>

---

17. Esta es una recomendación contenida en el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal. Reglas de Mallorca y también en el punto 17 del VII Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente de la Habana, 1990.

Al momento de retomar el tema de la igualdad, se nos hizo imposible no referirnos a la seguridad jurídica plasmada en los Arts.1 y 2 de la Constitución, considerándosele como un elemento esencial en un Estado democrático de derecho.

En la sentencia del proceso de Habeas Corpus N° 290-2000, de fecha 14-5-01, se definió la seguridad jurídica como “la condición resultante de la predeterminación hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud o ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de una persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público.”

Consideramos que el tema de la seguridad jurídica debe ser enfocado desde un doble plano:

a. En el plano subjetivo: que implica la confianza del ciudadano creada por conocer de antemano cómo debe ordenarse su conducta y que es lo que se espera que harán los demás incluyendo el Estado.

b. En el plano objetivo: mediante la creación de un sistema normativo que opere con los medios adecuados para asegurar dicho sentimiento de seguridad en los ciudadanos. Es una certidumbre que se pueda contar con reglas de derecho, con igual aplicación y en determinados supuestos creados o calificados por el derecho.<sup>18</sup>

A consecuencia de lo anterior, surge la obligación del Estado de garantizar que en lo posible existirá una igualdad con las consecuencias del empleo de las normas, que generen cierto grado de certidumbre en su aplicación, haciéndose efectiva de esa forma la seguridad jurídica.

Por ello, ante la implementación de institutos jurídicos que implican cierto margen de discrecionalidad para la administración pública -como es el caso del principio de oportunidad- se torna indispensable en aras de conseguir esta seguridad jurídica, uniformar criterios de aplicación y el dictado de orientaciones claras y precisas que marquen la línea de aplicación de este principio, preservando de esa forma la confianza de los ciudadanos en las actuaciones del Ministerio Público.

#### **1.4.4 Su relación con el principio de necesidad de la pena.**

Este principio se encuentra formulado en el Art. 5 del Código Penal, el cual dispone que las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias. La anterior afirmación implica dos cosas, a saber: en primer lugar, que el derecho penal debe ser el último recurso ante las transgresiones al ordenamiento jurídico, y en segundo lugar, que no siempre la perpetración de una conducta delictiva debe

---

18. LÓPEZ BARJA, de Quiroga; Ob. cit., Pág. 15.

llevar aparejada la imposición de una pena, pues ésta se verá justificada en la medida de su utilidad<sup>19</sup>.

Este principio viene a sustituir el binomio que igualaba la pena al castigo, que constituía una de las premisas de las teorías retributivas de la pena, según las cuales la sanción penal encontraba su sentido en la imposición de un mal merecidamente retribuido que equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido, siendo superadas actualmente por las teorías utilitarias de la pena.

Estas ideas retribucionistas no se pueden sostener en la actualidad básicamente por las siguientes razones:

a. La finalidad del derecho es la protección subsidiaria de bienes jurídicos, por lo que no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescinda de todos los fines sociales.

b. La idea de retribución exige también una pena allí, donde la base de protección de bienes jurídicos no sería necesaria, perdiendo su legitimación social.

c. La idea que se puede compensar el mal del delito con el mal de la pena sólo es una creencia o fe.

d. Desde el punto de vista político social la ejecución de una pena que parte del principio de imposición de un mal no puede reparar los daños en la socialización y por ello no es un medio de lucha adecuado contra la delincuencia.

e. La pena no es una expiación de la culpabilidad del imputado, pues no es comprobable que los imputados se arrepientan de sus delitos al cumplir una pena, pues el arrepentimiento es un acto moral, autónomo y voluntario que no puede imponerse por la fuerza.<sup>20</sup>

Esta teoría retributiva de la pena es una de las bases que sustentan al principio de legalidad, y ha sido sustituida actualmente por una concepción de la pena orientada en términos generales a su utilidad, a los principios de resocialización (prevención especial); o a la influencia del derecho penal en la conciencia social (prevención general).

Actualmente se considera que son estas teorías utilitarias de la pena las que se han convertido en uno de los sustentos para la introducción del principio de oportunidad, ya que la prevención especial se verá satisfecha con la intensificación en la persecución de los delitos más graves, y la prevención especial lo será con la incorporación de mecanismos basados en el comportamiento futuro del delincuente, la dispensa de penas cortas que conllevan serios daños en los procesos de socialización de los delincuentes de baja peligrosidad y la oportunidad

19. MORENO CARRASCO, Fernando y Otros; Código Penal Comentado, Corte Suprema de Justicia, Proyecto de Asistencia a los Juzgados de Paz, El Salvador, 1999, Págs. 14-18.

20. ROXIN, Claus; Derecho Penal Parte General, Tomo I, Civitas, España, 1997, Págs. 81-108.

que se le brinda al imputado con su aplicación para insertarse nuevamente a la sociedad.<sup>21</sup>

El constituyente salvadoreño se ha decantado por las teorías utilitarias de la pena, como se deduce del inciso final del Art. 27 de la Constitución al establecer que el objeto de la organización de los centros penitenciarios será la de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos.

Así pues, se puede concluir que es la superación de la idea de pena como castigo por la de pena útil o necesaria, como opción del constituyente salvadoreño la que ha justificado que el legislador tenga la potestad, en determinados supuestos, de indicar cuándo se puede prescindir de la aplicación de la persecución penal de determinados delitos y, por ende, de la pena, a base de razones de utilidad y necesidad, creando para tal fin salidas alternas al proceso tales como los criterios de oportunidad.<sup>22</sup>

### **1.5 Modelos de aplicación del principio de oportunidad.**

Los modelos de aplicación del principio de oportunidad que se conocen se dividen en dos grandes grupos:

#### **1.5.1 La oportunidad libre.**

Este modelo es propio del derecho anglosajón y se aplica en países como Inglaterra y Estados Unidos, en sus sistemas el Ministerio Fiscal posee todos los poderes discrecionales para el ejercicio de la acción penal.

En estos países, afirma Bovino,<sup>23</sup> se concede la discreción en el grado más amplio, prácticamente no está sometido a control alguno y la decisión de acusar sólo es una de las manifestaciones de la discrecionalidad del fiscal, ya que una vez que éste determina que existe causa probable para considerar que una persona cometió un delito tiene amplia autoridad para decidir si garantiza una investigación, otorga una inmunidad o negocia la pena y el tribunal no puede obligar al fiscal a iniciar o continuar con la persecución penal en un caso concreto.

De esa forma, el fiscal decide qué cargo formula, cuándo y cómo lo formula, además de tener amplias facultades para revisar la imputación ya formulada y decidir como estrategia procesal del caso qué solicitudes

21. En sentido, Julio Maier, ha expresado que la utilidad como fin y fundamento legitimante de la pena, es lo que justifica al principio de oportunidad, Ob. cit., Pág. 555 y ss.

22. Lo anterior significa reconocer que en la actualidad no se puede concebir un proceso penal que no sirva como medio para solucionar los conflictos sociales, y el concepto de pena que precisa ser útil y necesaria como presupuesto legitimador de su aplicación.

23. BOVINO, Alberto: La Persecución Penal Pública en el Derecho Anglosajón, Ministerio Público, Revista Pena y Estado, año 2, Editores del Puerto, S.r.l., Buenos Aires, 1997, Págs. 35-79.

presenta antes del juicio, qué pruebas aporta, qué pena recomienda, etc.

En estos casos el fiscal puede otorgar impunidad total o parcial por la comisión de un delito cuando sea útil para el descubrimiento de otro más grave. Debiéndose aclarar que en estos sistemas el juez nunca puede reemplazar el juicio discrecional del fiscal, pero en la actualidad se discute si las posturas de la Fiscalía son vinculantes para el tribunal o si este puede revisarlas o rechazarlas. Está discusión no esta agotada, pero algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos han sido en el primer sentido.

### **1.5.2 La oportunidad reglada.**

En estos casos es el legislador secundario el que determina los supuestos concretos en que el Ministerio Público puede prescindir de la persecución penal y de la pena en virtud de razones político criminales regladas en la ley procesal penal, cuya aplicación se encuentra bajo la responsabilidad de la Fiscalía y controlada por el órgano jurisdiccional y en algunos casos por la víctima.

Este es el sistema adoptado en el Código Procesal Penal salvadoreño, pues en su Art. 20, se regulan taxativamente los casos en los cuales se puede aplicar el principio de oportunidad.

La utilización del término “oportunidad reglada”, ha sido criticado por autores como Teresa Armenta Deu,<sup>24</sup> bajo el argumento que posee una contradicción en sí mismo, pues lo discrecional implica la libertad de escoger y configurar los elementos del acto administrativo que no han sido regulados por la ley ni por la jurisprudencia. En cambio el término “reglado”, derivado también del derecho administrativo, se utiliza en el caso de potestades regladas en las leyes, que dejan fuera cualquier margen de discrecionalidad.

En el caso específico de los criterios de oportunidad, para la citada autora, no se da ni uno ni otro supuesto, ya que por un lado existen aspectos reglados, pero por otro, la decisión se deja a la apreciación discrecional del fiscal, de forma tal que ni el término reglado se identifica con el principio de legalidad, ni el de oportunidad se opone al mantenimiento de dicho principio.

---

24. ARMENTA DEU, Teresa; *Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad*, Alemania y España, PPU, Barcelona, 1991, Págs. 210-211.

## 2. Síntesis de los principales argumentos a favor y en contra de la adopción el Principio de Oportunidad

### Sumario:

2.1 Argumentos a favor 2.2 Argumentos en contra 2.3 Toma de postura

### 2.1 Argumentos a favor.

En vista que el principio de oportunidad no ha sido atacado únicamente bajo el argumento de ser opuesto al principio de legalidad, a continuación se expondrán las principales posiciones doctrinarias que atacan o defienden su legitimidad, para finalmente adoptar una postura al respecto.

Entre los defensores del citado principio encontramos autores como Julio Maier,<sup>25</sup> quien manifiesta que el principio de oportunidad cumple dos grandes objetivos: a) La descriminalización de hechos, pues existen casos donde resulta innecesaria la aplicación de la pena; b) La eficiencia del sistema penal, pues con éste se procura el descongestionamiento de la justicia penal, sobresaturada de casos que no permite el tratamiento preferencial de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema.

Como ventajas de dicho principio, Maier señala la transparencia al indicar las formas de selección, además de ser un mecanismo de control jurídico y político de la selección que sirve para fijar la responsabilidad de los órganos y funcionarios competentes para decidir lo hoy oculto en el principio de legalidad, orientándose además a la moderna tendencia de los fines político utilitarios de un Estado de derecho.

En ese sentido, Guariglia,<sup>26</sup> expresa que la adopción del principio de oportunidad reglado constituye el medio más idóneo para erradicar la arbitrariedad que domina actualmente en los procesos de selección que operan dentro del sistema de enjuiciamiento penal.

Entre las ventajas que señala Barrientos,<sup>27</sup> para la adopción de este principio encontramos:

- a) Señalar las causas y casos en que procede un tratamiento sencillo y rápido de los asuntos penales.
- b) Controlar la legalidad de las negociaciones y facilitar su conocimiento público.

25. MAIER, Julio; Ob. cit., Págs. 555-562.

26. GUARIGLIA, Fabricio; Facultades discrecionales del Ministerio Público en la investigación preparatoria: El principio de oportunidad: El Ministerio Público en el Proceso Penal, Revista Doctrina Penal, No 49-52, Buenos Aires, 1990, Pág. 87 y ss.

27. BARRIENTOS PELLECCER, César; mencionado en Rodríguez Campos, Alexander y Otros; El principio de oportunidad. Conveniencia procesal de la persecución penal, Editorial Juritexto, San José, 2000. Pág. 297.

- c) Orientar prioritariamente los recursos de la investigación y la función del juez hacia delitos de mayor dañosidad social.
- d) Disminuir al mínimo la participación estatal en hechos de poca importancia y priorizar los más graves.
- e) Favorecer el acceso a la justicia y,
- f) Responsabilizar a jueces y fiscales de la procedencia, contenido y legalidad de los casos de desjudicialización.

Gimeno Sendra,<sup>28</sup> señala como otra ventaja, la de evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad y la reinserción de presuntos terroristas que proporcionan una mejor información de las bandas armadas.

Por su parte, José Luis Seoane,<sup>29</sup> expresa que el principio de oportunidad, en su versión reglada, no tiene que suponer una violación de los principios y normas que rigen el proceso penal, claro está, bajo la adecuada selección de los casos en los que él mismo puede entrar en juego y el establecimiento de una serie de mecanismos de control judicial y de la propia víctima que eviten la posibilidad de un uso abusivo y desleal de la institución, desviándolo de la finalidad que lo justifica.

Por su parte, Conde Pumpido,<sup>30</sup> admite el principio de oportunidad reglado, siempre que existan márgenes precisos que establezcan legalmente los supuestos de ejercicio del principio y la existencia de los correspondientes controles, está dentro del campo de la legalidad, pues al usar el Ministerio Fiscal una facultad que la ley le reconoce no puede vulnerarse ésta.

Hassemmer,<sup>31</sup> por su parte considera que los supuestos de oportunidad para que generen el respeto de un Estado de derecho deben estar determinados con absoluta precisión. Las reglas de oportunidad vagamente formuladas destruyen por completo el principio de legalidad, considerando que además en su aplicación deben arbitrarse mecanismos que eliminen en lo posible los peligros que tal principio encierra, y al respecto señala, la participación del juez o tribunal, la aceptación del afectado, la exigencia de fundamento de todo auto de sobreseimiento y el establecimiento de un eficaz procedimiento para obligar a ejercer la acción penal.

28. GIMENO SENDRA, Vicente y Otros; Págs. 62-72.

29. CASADO PÉREZ, José María y Otros; Código Procesal Penal Comentado, Corte Suprema de Justicia, 1ra Edición, El Salvador, 2001. Págs. 106-121.

30. CONDE, PUMPIDO, Ferreiro; La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal, Revista del Poder Judicial, Edición especial II, España, 1998, Pág. 8 y ss.

31. HASSEMER Winfried. Ob. cit., Pág. 8 y ss.

## 2.2 Argumentos en contra.

Montero Aroca,<sup>32</sup> expone que este principio lo que pretende es limitar los poderes del órgano jurisdiccional fortaleciendo al Ministerio Público, es decir, disminuir el poder de un órgano independiente como son los jueces, para aumentar los poderes de un órgano subordinado al ejecutivo.<sup>33</sup>

Afirma, que si uno de los argumentos para su adopción es evitar los efectos criminógenos de las penas breves privativas de libertad, debería mejor preocuparnos el perfeccionamiento del derecho penal material o aumentar los poderes del órgano jurisdiccional para sustituir la pena de prisión por criterios establecidos en la ley material, pero no en la ley procesal.

Señala, que el principio de oportunidad supone una desvirtuación del derecho penal material por medio del proceso, al basarse éste en dos decisiones políticas: la primera, es la del legislador quien determina cuando una conducta debe ser considerada delito; y la segunda, la atribución de la pena a imponer a cada una de esas conductas. Por ello, la tipificación de una conducta como delictiva, es el resultado de lo que una determinada sociedad entiende atenta contra sus intereses generales a tal grado que merece una respuesta sancionadora y precisamente penal.

En ese orden de ideas, todo el esfuerzo del legislador al tipificar una conducta y señalarle una pena pueden quedar privadas de sentido en virtud de una norma “no penal”, por la que se autorice al Ministerio Público a disponer de este derecho penal en los casos concretos.

Agrega, que si la disposición legal que establece el principio de oportunidad se califica como procesal, todo el Código Penal quedaría sujeto a la aplicación de una norma procesal, a una única norma capaz de vaciar de contenido a todas las normas penales materiales.

En relación con el argumento de la mejor utilización de los recursos, dicho autor expresa que hay que admitir que el Estado no cumple con todas sus funciones de una manera plena. Para tal caso, se puede pensar en los servicios de salud o de educación. Por ello, pretender exigir al aparato judicial que cumpla con todas sus atribuciones, no sólo es una utopía sino también implica desconocer el obstáculo que representa la escasez de recursos humanos y materiales con que se cuenta.

32. MONTERO AROCA, Juan: *El Derecho Procesal en el Siglo XX*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, Págs. 124-137.

33. Al respecto, Luis Chang Pizarro –Ob. Cit., Pág. 62, se ha pronunciado en el sentido contrario, pues para él el legislador otorga en última instancia la facultad discrecional al juez por vía indirecta, para que dicte la política criminal persecutoria del Ministerio Público, pues el disfrazado control y aprobación jurisdiccional sobre este tipo de requerimientos no vinculantes del Ministerio Público no es más que un eufemismo, pues el Órgano Judicial será el que en definitiva decidirá sobre la aplicación del criterio de oportunidad.

Por su parte, Luigi Ferrajoli,<sup>34</sup> al referirse al principio de oportunidad, considera que este puede traer más costos que beneficios, pues se trata de pactos en condiciones de desigualdad que pueden favorecer testimonios calumniosos y por conveniencia que provoca una disparidad de tratamiento e inseguridad jurídica. Ante tal situación, surge la interrogante de quién logrará que un acusado ante la perspectiva de una reclusión perpetua se abstenga de realizar falsas acusaciones a cambio de acuerdos con el fiscal para eximirse de pena.

Un proceso de este tipo, afirma, desquicia al sistema de garantías, pues se rompe con el nexo causal entre delitos y penas, que ya no dependen de la gravedad del hecho o de la culpabilidad del autor, sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación. Además, se violentan los principios de igualdad, certeza y legalidad penal, pues no existe un criterio legal definido que condicione la severidad o la indulgencia del Ministerio Público.

Considera que este principio niega sustancialmente la presunción de inocencia y la carga de la prueba al otorgarle primacía a una confesión interesada y el papel de corrupción de un sospechoso que se encarga a la Fiscalía y no a la defensa. Todo lo anterior es contrario al principio contradictorio que exige que el conflicto sea entre las partes en igualdad de condiciones y no una relación de fuerzas entre investigador e investigado.

Por otro lado, se comprometen los principios de legalidad y obligatoriedad de la acción penal, al investir al fiscal de un enorme poder de determinar tanto el método como el contenido del juicio, lo que contradice su naturaleza de parte en situación de igualdad con el imputado que es el rasgo más característico del modelo acusatorio.

Hassemer,<sup>35</sup> enfila su crítica en términos de la prevención general, pues considera que los criterios de oportunidad tienden a debilitar las normas penales y transmiten la impresión de irregularidad o engaño, pues la selección es afectada por el oportunismo.

Por otra parte, una interesante postura del tema, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, es planteada por Marina Gascón, quien al oponerse al citado principio expresa que estos criterios son inspirados en la lógica mercantil *do ut des* (doy para que me des), congruentes con una tendencia actual a privatizar el derecho penal; sin tomar en cuenta que el proceso se constituye con el reconocimiento del valor probatorio del material recogido por el acusador. Lo anterior perturba el interés epistemológico del proceso al sustituir el concepto de verdad

---

34. FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y razón*; Editorial Trotta, España, 1997, Págs. 567-570 y 820-834.  
35. HASSEMER, Winfried; *Ob. cit.*, Pág. 12.

como “adecuación o correspondencia” al de verdad como “consenso”, ya que este tipo de principios tiende a convertir la confesión en la prueba reina y va contra la regla epistemológica que dice “para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria prueba del mismo, ya sea directa, deductiva o indirecta.”<sup>36</sup>

### 2.3 Toma de postura.

Previo a adoptar una postura sobre la conveniencia de la adopción del principio de oportunidad, es necesario partir de la premisa que el derecho penal se ha configurado a través de la historia como una síntesis de dos fuerzas antagónicas en su formulación: por un lado, se encuentra la postura de los que pregonan porque exista una mayor eficacia de la persecución penal; y por otro lado, el esfuerzo de los que anteponen a la eficacia del proceso la defensa de los derechos y garantías de los ciudadanos.

Los defensores del primer modelo poseen una idea del derecho con una tendencia autoritaria, mientras que los segundos tienen una noción democrática del mismo, pero al final es cada legislador secundario el que, como opción de política criminal estatal, decide cuál es la tendencia que adopta o si, como tercera vía, busca un equilibrio entre ambas posturas al momento de dictar las leyes secundarias. A continuación intentaremos analizar cuál es la tendencia por la que se ha inclinado el legislador salvadoreño al incluir el principio de oportunidad como una salida alterna al proceso.

En un primer momento, se puede pensar que la adopción del principio de oportunidad en nuestra legislación responde al esfuerzo por lograr una mayor eficacia en la investigación. Esta idea se ve reforzada con una tendencia clara en nuestro país de una formulación legislativa de la política criminal encaminada a crear leyes que repriman la violencia social con el derecho, utilizándolo como primera vía para resolver el conflicto social, adoptando para tal fin medidas como el endurecimiento de las penas, creando nuevos delitos, elevando a la categoría de bien jurídico la seguridad ciudadana, etc.

De hecho, uno de los criterios dogmáticos que se utilizan por los que propugnan por un derecho penal eficaz es el método jurídico de la ponderación de intereses, el cual dispone que quien quiera resolver o decidir conflictos de intereses, debe valorarlos y jerarquizarlos, adaptándose a cada situación concreta. Este método resulta útil para simplificar complejas situaciones decisorias, como lo son el valorar escoger entre el interés público en la investigación o el interés privado

36. GASCÓN ABELLÁN, Marina; Los hechos en el Derecho: Bases argumentales de la prueba, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1999, Págs. 127-128.

de la víctima o del imputado, enmarcándose la aplicación del principio de oportunidad y en específico la justicia premial entre este tipo de método interpretativo para la creación del derecho,<sup>37</sup> por lo que en un primer nivel podríamos afirmar que la incorporación del mismo puede responder a esta tendencia eficientista del derecho penal.

El legislador salvadoreño ha incluido en la normativa penal el principio de oportunidad de una forma reglada, donde los supuestos concretos de aplicación del mismo se encuentran predeterminados en la ley de forma genérica y con ello, ha pretendido crear los límites que debe tener los aplicadores de justicia al optar por esta salida alterna al proceso, regulando los casos concretos a fin que la discreción que se le confería a la Fiscalía no fuera ejercida de una manera antojadiza o arbitraria.

Consideramos importante aclarar, que la introducción del principio de oportunidad en la legislación a nuestro criterio y por lo menos a nivel teórico-per se no violenta ningún principio o derecho constitucional, ya que al examinar la Constitución, no se expresa en ninguna parte de la misma que cada vez que se cometa un hecho que la ley tipifica como delito, se deba imponer obligadamente una pena.

Así pues, no cabe interpretar que nuestra Constitución propugna por un sistema de legalidad entendido como obligatoriedad absoluta en el ejercicio de la acción penal, ya que el constituyente lo que creó fue una remisión para que el legislador secundario creara las leyes de procedimiento penal que considerará oportunas. El principio de oportunidad al encontrarse previsto en estas leyes se vuelve legalidad.

Con base a lo anterior, nos adherimos a las posturas a favor de su implementación que fueron mencionadas anteriormente, especialmente a las de Conde Pumpido y Hassemer, pero con la aclaración que no sólo es necesario que los casos se encuentren en la ley taxativamente reglados, sino también se torna indispensable que existan ciertos mecanismos de control internos y externos para que el Ministerio Público ejerza esa facultad dentro de los límites que le franquea la ley y la Constitución, pues podría ser su aplicabilidad la que si llegue a violentar derechos y garantías constitucionales.

Estos controles a los que se ha hecho referencia pueden ser de dos tipos. En primer lugar se encuentran los controles internos, que están constituidos por todas aquellas disposiciones que sean adoptadas al interior del Ministerio Público para unificar criterios en la aplicación de este tipo de salidas alternas al proceso, que a la larga vendrían a fortalecer la seguridad jurídica. Además, es necesario contar con una serie de controles externos como pueden ser los que ejerce la víctima o el

---

37. HASSEMER, Winfried; El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz; Editorial Bosch, España, 1990, Pág. 3.

querellante en su caso y el juez, el cual con su aprobación o desaprobación en la aplicación de esta salida alterna al proceso ejerce su autoridad al tomar la decisión definitiva.

Sobre este punto, resulta importante señalar que el derecho no se limita únicamente a su formulación, ya que se convierte tarde o temprano en derecho aplicado, y por ende, la ponderación de intereses no la efectúa únicamente el legislador sino también los operadores judiciales. En ese orden de ideas, Binder,<sup>38</sup> afirma que la política criminal posee en realidad dos facetas: la primera constituida por la formulación de la misma por parte del Estado, que se concretiza en la forma en que el legislador secundario organiza el ordenamiento legal; y la segunda, es la configuración práctica que se perfila en la cotidianeidad del proceso social, agregando que cuando exista una dinámica de correspondencia entre la formulación y la configuración del proceso penal entonces se considerará que el derecho secundario es coherente con la Constitución.

Al analizar la aplicación práctica del principio de oportunidad, se descubre la necesidad de encontrar por parte de los operadores judiciales (incluidos jueces y fiscales) los elementos interpretativos que permitan delimitar los criterios de aplicación del mismo ya adoptados por el legislador, de manera que puedan ser coherentes con todo el sistema penal, incluidos los principios y derechos constitucionales, pues se debe recordar que las normas penales no son aisladas, sino que se encuentran insertadas en un ordenamiento jurídico caracterizado por los principios de plenitud, jerarquía y coherencia.

Por otro lado, debe recordarse que con la implementación del “sistema acusatorio” en el Código Procesal Penal salvadoreño, la Fiscalía adquiere atribuciones propias de un órgano requirente, lo que plantea la necesidad de revisar su estructura y organización para conferirle eficiencia y eficacia a su función acusatoria, sobre todo al tomar en consideración que en la práctica es la institución encargada de marcar las pautas de la política criminal de persecución estatal.

De esa forma, se puede vislumbrar la necesidad de que, como cualquier otra política social, la política criminal de la Fiscalía se enmarque en una formulación coherente, única y con capacidad de adaptación que permita una aplicación uniforme de las leyes. La obtención de la finalidad antes expuesta puede facilitarse con la ayuda de dos principios que rigen al Ministerio Fiscal entre los cuales se encuentran el de unidad de actuación y dependencia jerárquica.<sup>39</sup>

38. BINDER, Alberto M.; *El Proceso Penal*, ILANUD, Furcap, San José, Costa Rica, 1991, Pág. 10.  
39. RUSCONI, Maximiliano A.; *Luces y sombras en las relaciones político criminales y Ministerio Público*, Revista Pena y Estado, No 2, año 2, Editores del Puerto, S.l.r., 1997, Págs. 153 a 170.

El principio de unidad de actuación establece que las políticas de persecución penal sean uniformes y persigan objetivos comunes conforme a los lineamientos o pautas que fija el Fiscal General. El principio de dependencia jerárquica, implica la estructuración del Ministerio Público de una forma piramidal, que pone en la cabeza de la organización al Fiscal General -como máxima jerarquía orgánica- y la subordinación de los miembros inferiores sólo es consecuencia necesaria para lograr la unidad de actuación que establece la Constitución.

En ese sentido, puede pensarse en las graves repercusiones que traería el hecho de que las decisiones dependan únicamente del criterio personal de cada fiscal, pues se correría el riesgo de violar la igualdad de los hombres ante la ley, siendo una manera de formalizar esta selectividad la creación de criterios uniformes dictados por la cúpula del Ministerio Fiscal, que no pueden ser exhaustivos, pero que en líneas generales deben revelar la política criminal estatal que seguirán en la mayoría de los casos los auxiliares del fiscal, destacándose en este punto los supuestos en los cuales se va a prescindir de la persecución penal -principio de oportunidad-al constituirse en una potestad discrecional del Ministerio Público <sup>40</sup>.

En ese orden de ideas, es importante señalar que el derecho sólo va a reconocer la discreción del fiscal cuando ésta se oriente por criterios de política criminal legítimos, es decir coherentes con todo el ordenamiento jurídico y encaminada a los objetivos que para el derecho penal ha previsto la Constitución. <sup>41</sup>

Ahora bien, para determinar si este tipo de institutos jurídicos adoptados por nuestro legislador guardan concordancia en la práctica con el desarrollo axiológico que tiene nuestra Carta Magna, debe valorarse si su aplicación no representa un quiebre con el principio de proporcionalidad, que se encuentra íntimamente vinculado con el valor justicia, plasmado en los Arts. 2 y 246 de la Constitución, en tanto, este último establece que los derechos no pueden ser alterados, suprimidos o menoscabados, es decir, irrazonablemente limitados.

La proporcionalidad implica dentro del Estado constitucional de derecho el alejamiento de la arbitrariedad, prohibiéndose la intromisión en el ejercicio de derechos donde no se tenga justificación alguna. Entre los criterios con que cuenta para sopesar los límites normativos de una restricción proporcional de los derechos fundamentales se encuentran:

- La inutilidad, si este resulta a priori absolutamente inútil para satisfacer el fin que dice perseguir. En este caso debe analizarse si en la práctica efectivamente la aplicación del principio de oportunidad ha

40. BRUZONE, Gustavo: Las llamadas instrucciones de los fiscales, Revista Pena y Estado, No 2, año 2, Editores del Puerto, S.l.r., Buenos Aires, 1997, Págs. 221-226.

41. BOVINO, Alberto; Ob. cit, Págs. 35-79.

resultado ser un medio eficaz en la lucha contra la delincuencia, que ha sido el principal argumento para su adopción, para lo cual evidentemente se necesita de un estudio criminológico que ponga de manifiesto este tipo de información.

- La innecesariedad, por existir otras alternativas más moderadas susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia. Así por ejemplo, deberá analizarse si existían o no en cada caso otros elementos de prueba por medio de los cuales la Fiscalía podía haber descubierto la información que pretende obtener del imputado que va a colaborar en el proceso o si efectivamente éste representaba la única vía para lograr tal fin.

- El desequilibrio, porque genera más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos e intereses en conflicto. Este tipo de análisis deberá efectuarlo cada fiscal y juez al conceder o denegar la aplicación del criterio de oportunidad, pues en algunas ocasiones optar por la aplicación de un principio de oportunidad podría acarrear un desequilibrio en el proceso cuando, por ejemplo, se pretenda otorgar el criterio al imputado que realizó el delito más grave, o al autor directo, para perseguir a los cómplices, ya que en tales supuestos podría denotarse fácilmente un desequilibrio con respecto al privilegio del que está gozando el imputado cuya acción desde el punto de vista del derecho penal merece un mayor reproche.

Finalmente, podemos afirmar que la aprobación o no de un criterio de oportunidad deberá pasar en todo caso por este “test” de proporcionalidad que será negativo, únicamente cuando la medida que se adopte sea innecesaria, inútil o desequilibrada, pues sólo una desproporción o irrazonabilidad extrema adquiere relevancia constitucional, siendo los operadores de justicia los encargados de realizar estas valoraciones en cada caso concreto.

La comunidad internacional ha recogido esta preocupación de uniformar criterios, en algunos instrumentos legales. Así, en el Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para el proceso penal (Reglas de Mallorca) específicamente en la Regla A3, se recomienda la adopción de esta política general para orientar la acusación y evitar desigualdades y tratos discriminatorios, al disponer que: “Cuando los fiscales estén investidos de las facultades discrecionales se establecerán en la ley o reglamento publicado, directivas para promover la equidad y coherencia de los criterios que adopten para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento...”; lo cual también se recomendó en el punto 17 del VII Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y el tratamiento del delincuente celebrada en la Habana, Cuba, en el año de 1990.

Este sistema de instrucciones encuentra como límite la ley, y

pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

**INSTRUCCIONES REFERIDAS AL SERVICIO DE LAS FUNCIONES DE LOS FISCALES:** Son aquellas dictadas con el objeto de organizar el trabajo, distribuir tareas entre el personal, determinar las modalidades de relación con las demás autoridades o todas aquellas referidas al funcionamiento del departamento, sección o Sub regional de la Fiscalía.

**INSTRUCCIONES RELATIVAS AL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES:** Las cuales sirven para determinar, en el marco de la política criminal que ejecuta el Ministerio Público, los ámbitos de discrecionalidad que la ley permite en el ejercicio de sus funciones, en este punto se podría, por ejemplo, determinar por parte del Fiscal General de la República algunas pautas que sirvan para aplicar uniformemente los criterios de oportunidad por medio de la elaboración de lineamientos generales (para el caso puede pensarse que en los casos de colaboración del imputado sean utilizados únicamente en casos de criminalidad organizada, o ser utilizados sólo como un último recurso luego de agotar una investigación infructuosa, prever la necesidad previa de la corroboración de la información etc.).<sup>42</sup>

A través de estas instrucciones se da forma, o se diseña, la política criminal del Estado cuya ejecución está confiada a la Fiscalía, pues la ley procesal penal deja siempre espacios de interpretación que deben formularse atendiendo las reales necesidades político criminales en un lugar y momento determinados. Ahora bien, con el objeto de darle certeza al sistema de instrucciones, sólo se le pueden otorgar validez si constan por escrito, salvo que exista demora en el trámite, y si así no fuera el fiscal no tiene la obligación de cumplirlas, pues se trata de defenderlo de decisiones arbitrarias de sus superiores jerárquicos.

En Estados Unidos, por ejemplo, el fiscal cuenta con un Manual del Fiscal Federal (United States Attorney Manual) que establece las pautas globales de persecución que deben ser aplicadas por los fiscales, así la regla 9-27. 20 establece los motivos para decidir acerca del inicio de la persecución penal. En igual sentido, Costa Rica cuenta con la circular 1-98 donde se dictaron las Directrices para la aplicación de los principales institutos jurídicos que prevé el Código Procesal Penal de 1998, atinentes a la actuación del Ministerio Público. También Honduras, Argentina y Venezuela, entre otros países, cuentan ya con este tipo de directrices.

---

42. MINISTERIO PÚBLICO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA; Manual del Fiscal, Guatemala, 2000, Págs. 41-56.

El peligro de no armonizar la política criminal en la aplicación de la justicia premial ya era advertido por Trejo,<sup>43</sup> quien al referirse al principio de oportunidad expresó que “...Es de esperar que estas decisiones no se conviertan en antojadizas y causen en el conglomerado social la sensación de inseguridad jurídica y por consiguiente desconfianza en el nuevo modelo de justicia...” Su temor era razonable, pues al serle concedido al Ministerio Fiscal la discrecionalidad de prescindir de la persecución penal en ciertos casos, una aplicación no unificada de esta atribución podría ser un mensaje equivocado desde el punto de vista de la prevención general y crear en la población una sensación de promoverse la impunidad.

En ese orden de ideas, Gustavo Bruzone,<sup>44</sup> ha expresado que las instrucciones de los fiscales deben de poseer las siguientes características:

1. Deben ser dictadas por el autorizado para ello. (Esto constituye la competencia funcional, que en este caso la posee el Fiscal General de la República.)
2. Debe hacerlo justificando la necesidad del dictado de instrucciones.
3. Nunca se deben contravenir disposiciones legales. (Se debe recordar que el límite de toda potestad discrecional lo franquea la ley.)
4. Como todo acto administrativo, estas deben de ser escritas, públicas e incluso oficializadas por medios escritos de publicación, ya sean públicos o privados.
5. Debe haber un mecanismo para cuestionarlas o revisarlas.
6. Deben establecerse claramente prioridades en materia de persecución penal que sean uniformes.
7. Debe recordarse que los fiscales actúan como representantes del Fiscal General y nunca a título personal (principio de unidad) y sus dictámenes se entienden realizados por los propios jefes de la institución, por lo que deben uniformarse sus decisiones.

Sobre este punto, la Comisión especial que efectuó el Diagnóstico de la Fiscalía General de la República de El Salvador,<sup>45</sup> recomendó que para corto plazo: “en el monopolio de la investigación se diseñe una política institucional apropiada basada en prioridades otorgadas por el Fiscal General y orientadas por los principios de economía procesal, con una selección cuidadosa de casos y estableciendo los controles y filtros

---

43. TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto y Otros: Ob. cit., Págs. 387-417.

44. BRUZONE, Gustavo: Ob. cit. Págs. 221-226.

45. COMISIÓN INTEGRAL PARA UNA EVALUACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Diagnóstico integral y recomendaciones para el fortalecimiento de la Fiscalía General de la República de El Salvador, CREA, 1ra Edición, El Salvador, Septiembre 2002, Págs. 20-32.

adecuados para el nivel de entrada del sistema procesal...;” estableciéndose además como recomendación para mediano plazo “la necesidad indispensable de elaborar el sistema de indicadores para medir el impacto y orientadores del quehacer institucional y la formulación de una política criminal...”.

Precisamente, uno de los objetivos que plantea esta investigación es determinar si en la Fiscalía General de la República de El Salvador existen al momento parámetros definidos para la aplicación del criterio de oportunidad, que implica la colaboración del imputado en el proceso y concluir por medio del análisis de casos los objetivos que orientan la actual política de persecución penal del Ministerio Fiscal, tema que se abordará en el cuarto capítulo del presente trabajo.

Finalmente, consideramos importante mencionar que a la fecha solamente se cuenta como un indicador de la política de persecución de la Fiscalía con respecto al principio de oportunidad, que es el estudio cuantitativo que sobre las salidas alternas al proceso efectuó Eduardo Urquilla,<sup>46</sup> relativos al período de abril de 1998 a octubre de 2000, en el cual se analizaron 80 casos donde se aplicaron los criterios de oportunidad, de los cuales el 18.18 por ciento de los mismos se refería al criterio de oportunidad que implica la colaboración del imputado en el proceso, destacándose en el trabajo que se aplicó esta causal principalmente a los delitos contra el patrimonio, los relativos a las drogas y el secuestro. Estos datos indican qué tipo de criminalidad es objeto de la justicia premial.

Asimismo, el estudio reveló que es en la sede del juez de paz donde se solicita más la aplicación de criterios de oportunidad con base en el Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, seguido por los juzgados de instrucción y finalmente por los tribunales de sentencia, agregando que en la mayoría de casos -un 94.28 por ciento-son solicitados a iniciativa fiscal.

El estudio señala que en los casos donde se concedió el criterio de oportunidad en base al Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, un 66.67 por ciento de los jueces condicionaron la extinción de la acción penal a la colaboración del imputado en el proceso, y que en algunos casos la suspensión se ha mantenido indefinida por años. Además, se explicitó que no se reportó ningún caso de impugnación de la resolución que aplicaba un criterio de oportunidad.

Resulta interesante que la investigación pone de manifiesto que existe una ausencia considerable de las víctimas -en un 50 por ciento- detectándose que la mitad de éstos casos no habían sido legalmente

---

46. URQUILLA, Eduardo A. y Otros; Aplicación de las salidas alternas al sistema penal salvadoreño, Revista Actualidad, año 5, UTE, 2001, Págs. 13-83.

citadas y el resto inasistió al llamado judicial, por causas no especificadas en la investigación y que fueron calificadas como desinterés en el proceso.

Éstos datos nos van aproximando a revelar cuál es la política criminal que encamina al Ministerio Público en la aplicación de la justicia premial e indica que es la segunda causal más aplicada luego del criterio de insignificancia del hecho, que los casos en los cuales se aplica son delitos graves y pone de manifiesto la posible situación de inseguridad jurídica que se genera para las personas a las cuales se les aplica esta salida alterna al proceso de una forma condicionada a la eficacia de la información, al no solicitarse el sobreseimiento definitivo por parte del Ministerio Público al juez de paz o al juez de instrucción respectivo, y además, señala una mínima intervención de las víctimas en el proceso, aspectos que serán examinados a lo largo de esta investigación.

### **3. El Criterio de Oportunidad reglado en el Art. 20 (2) del Código Procesal Penal**

#### **Sumario:**

3.1 Sinopsis histórica , 3.2 Otras manifestaciones de este criterio en la legislación vigente, 3.3. Análisis del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal.

#### **3.1 Sinopsis histórica.**

Para iniciar esta sinopsis histórica resulta importante determinar si previo a la vigencia del Código Procesal Penal de 1998, existía alguna manifestación en la normativa interna del principio de oportunidad. En este sentido, el Código Penal de 1973, en el Art. 70, establecía como atenuante especial la colaboración del imputado en el proceso en los siguientes términos:

“Art. 70 Atenuación especial.

No obstante lo dispuesto en el Art. 66 el tribunal podrá rebajar la pena hasta la mitad del mínimo señalado por la ley para el delito, en los siguientes casos: (.....) 4. Cuando siendo varios los procesados, alguno o algunos de ellos en la fase extrajudicial y judicial o solamente en ésta última, hubieren confesado y colaborado en forma eficaz con la administración de justicia a juicio prudencial del juez.

El beneficio de esta atenuante no admitirá excarcelación.”

Denotamos que en la normativa derogada, no obstante no encontrarse regulado expresamente el principio de oportunidad, se incluía una manifestación de éste como lo es la justicia premial, pero como una atenuante cualificada, y por ende, insertada en la ley penal sustantiva, debiéndose aclarar que al ser esta normativa de corte inquisitivo la potestad de determinar en qué casos era eficaz la información aportada por un imputado, le era conferida al juez, resultando lógico en un modelo donde éste no solamente juzgaba sino también investigaba.

La reforma judicial en materia penal llevada a cabo en nuestro país en 1998, que incluyó la adopción del principio de oportunidad, tuvo como uno de sus antecedentes principales el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Específicamente, el Art. 230, implementa este principio en los siguientes términos:

“En los casos en que la ley penal permita la aplicación de criterios de oportunidad para evitar la promoción de la persecución penal o para hacerla cesar, el Ministerio Público, por intermedio del funcionario que la ley orgánica determine, pedirá el archivo al juez de instrucción competente, quien decidirá sin recurso alguno. El tribunal podrá requerir la opinión del Ministerio Público sobre la cuestión, cuando lo considere conveniente. El archivo no supone la clausura definitiva de la persecución penal, que podrá ser reiniciada por el Ministerio Público cuando lo considere conveniente, salvo que la ley penal le otorgue otros efectos.”

En este documento se añade, al nivel de comentario, que los criterios de oportunidad deben ser fijados por la ley penal, pues representan soluciones normativas materiales para el ejercicio de la persecución penal, sin embargo, podría ocurrir que, según las disposiciones jurídicas relativas a la distribución de competencia legislativa de un Estado, la mayoría de veces constitucionales, la legislación de éstos criterios estuviera atribuida con exclusividad al legislador procesal penal.

La redacción que en este Código, a modo de ejemplo, se propone del criterio de oportunidad que implica colaboración del imputado en el proceso es la siguiente:

“En las acciones que deben ser ejercidas por el Ministerio Público, él, con el consentimiento del juez competente, podrá decidir la clausura del procedimiento en los siguientes casos:

.... 4. Cuando para evitar la consumación del hecho o para facilitar su persecución penal, resulta idóneo prescindir de la persecución de otro hecho, o de una

contribución al mismo hecho, o limitar la pretensión punitiva a una pena o calificación más leve de la que efectivamente corresponde. En este último caso, no procederá la clausura del procedimiento. Esta disposición no será aplicable a hechos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo.”<sup>47</sup>

Al respecto, es importante resaltar que en este código se hace mención a que los criterios de oportunidad deben encontrarse en la normativa sustantiva y no en la procesal, como la opción más idónea. Consideramos que esta afirmación es válida para casos como el de atenuación de pena en aplicación del principio de oportunidad, donde por razones de sistemáticas, debe tratarse en la Parte General del Código Penal, pues es allí donde se regulan las consecuencias jurídicas del delito. Asimismo, resulta interesante que proponen un archivo provisional de las diligencias a fin de poder reabrirlos en caso de ser necesario, pero la anterior propuesta implicaría no definir nunca la situación jurídica del procesado.

A continuación se analizarán documentos legislativos donde se exponen algunas de las razones que el legislador salvadoreño expuso para la implementación del principio de oportunidad en nuestra normativa penal, por considerar que representan un parámetro útil para su correcta interpretación.

En primer lugar, si nos remontamos al anteproyecto del Código Procesal Penal que se presentó, bajo el acápite de Texto para la consulta nacional, por una comisión redactora en mayo de 1993,<sup>48</sup> encontramos una idéntica redacción entre el actual Art. 20 del Código Procesal Penal y el Art. 22 del anteproyecto, en lo que se refiere a la regulación de los criterios por los cuales se podía prescindir de la persecución penal por parte del Ministerio Fiscal.

La diferencia estriba en que en el anteproyecto no se tomaba en consideración las opciones de prescindir de la persecución penal pública de uno o varios hechos imputados o de limitar las calificaciones jurídicas posibles, a diferencia del texto aprobado que si las incluyó.

Más adelante, la Asamblea Legislativa en la exposición de motivos del Código Procesal Penal elaborado el 25 de mayo de 1994 el cual entró en vigencia hasta el 20 de abril de 1998, al referirse al principio de oportunidad expresaba:

---

47. CENTRO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA; Códigos Latinoamericanos de Procedimiento Penal, Editores José María Rico y Luis Salas, Miami, 1991, Pág. CM 45.

48. DIRECCIÓN GENERAL DE ASISTENCIA TÉCNICO JURÍDICA; Anteproyecto del Código Procesal Penal, Ministerio de Justicia, El Salvador, Mayo, 1993, Págs. 67- 69.

“Hoy día resulta innegable que aún cuando la persecución penal sea obligatoria, el mismo sistema frente a su incapacidad de poder presentar una solución efectiva para cada uno de sus conflictos sociales que se le presentan, ha generado un sistema de selectividad que ha terminado por concentrarlo y desgastarlo en la delincuencia de bagatela sin que se pueda desarrollar una acción eficaz frente aquella delincuencia que en realidad ocasiona mayores perjuicios en el seno social (por ejemplo, el contrabando, el narcotráfico, la corrupción estatal, las grandes defraudaciones, los delitos ecológicos, etc.). Por esta razón, es importante la introducción de éstos criterios de discrecionalidad en el ejercicio de la persecución que le permitan a sus órganos una utilización más racional de los recursos tanto humanos y materiales para un efectivo control y combate de lucha contra la delincuencia...”<sup>49</sup>.

Los argumentos antes esgrimidos denotan una elaboración de política criminal estatal tendente a lograr una mayor eficacia en el proceso, y pasa por el reconocimiento de la incapacidad estatal de perseguir absolutamente todos los delitos y los grandes obstáculos que se presentan en la investigación de la criminalidad organizada, y los delitos complejos, considerando como una solución para éstos fenómenos la implementación del principio de oportunidad.

Por otro lado, la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa, en su dictamen del 4 de noviembre de 1996, sobre el proyecto del Código Procesal Penal, expresó:

“... Que otra innovación que se plantea en el proyecto del Código Procesal Penal es la referida al valor probatorio que se le da a la declaración del imputado cuando ha contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave, pues hoy en día la regla general es que la declaración del imputado contra otros no tiene ningún valor probatorio, a excepción de los delitos de extorsión, secuestro y narcotráfico. Con lo anterior se pretende buscar mecanismos que nos ayuden al esclarecimiento de los hechos tomando en cuenta la

---

49. EL SALVADOR; Código Procesal Penal y exposición de motivos, 1997, Págs. 133 a 136.

declaración del imputado contra otros en cualquier tipo de delitos”<sup>50</sup>.

En este punto, resulta interesante que la Asamblea considerara que el imputado “colaborador” o testigo de la corona -como es llamado en la doctrina- no perdía la calidad de imputado y en tal sentido declararía, otorgándosele valor probatorio a su declaración. No obstante ello, se perdía de vista que la confesión del imputado debía estar sujeta a varias garantías, entre ellas el derecho a no auto incriminarse, que debe ser analizada tanto en lo favorable como en lo desfavorable y que no constituye un medio de prueba a diferencia de la prueba testimonial. Sobre este punto se volverá más adelante en este trabajo.

Otro aspecto que nos llama la atención es que en esta comisión se consideró que la aplicación de la justicia premial era posible para todo tipo de delitos, no obstante encontramos que en el derecho comparado se establecen claramente cuáles son los hechos delictivos en los cuales se puede aplicar este criterio de oportunidad, pues se considera que su utilización se destina para los casos donde la complejidad en la investigación que es el fundamento de su utilización<sup>51</sup>.

### **3.2 Otras manifestaciones de este criterio en la legislación vigente.**

A continuación analizaremos otras manifestaciones del principio de oportunidad en la normativa vigente.

La “Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas” promulgada en 1991, en el Art. 61 establece como una atenuante especial la colaboración del imputado en el proceso en los siguientes términos:

“Art. 61 Atenuantes especiales.

Podrá rebajarse la pena hasta la mitad del mínimo señalado en esta ley, en los casos siguientes:

- a) Si durante las diligencias extrajudiciales o dentro de la fase de instrucción del proceso, el imputado revelare la identidad de autores o cómplices y aportare datos suficientes para procesar a éstos.
- b) Si durante las diligencias extrajudiciales o dentro de la fase

50. EL SALVADOR; Asamblea Legislativa y Proyecto de las Naciones Unidas para el Desarrollo; Documentos básicos de la nueva normativa penal, 1996, Pág. 167.

51. Para el caso, en Alemania se utiliza en casos de terrorismo, en Costa Rica, se utiliza para los casos de delincuencia organizada, delitos graves o de tramitación compleja, etc.

de instrucción del proceso, hasta antes de la sentencia, diere información o haga posible la incautación o decomiso de drogas o de bienes que sean su producto.”

Resulta interesante que en esta ley sea tratada como una atenuante privilegiada la colaboración del imputado en el proceso, a fin de que esté obtenga como beneficio únicamente la atenuación de pena y no la completa eximición de responsabilidad penal. No obstante ello, al ser posterior a esta ley el Código Procesal Penal, puede aplicarse el Art. 20 del Código Procesal Penal y eximir por completo de pena al imputado.

En la Ley del Menor Infractor de 1994, encontramos una manifestación del principio de oportunidad en el Art. 50, el cual dispone que corresponde a la Fiscalía General de la República, la investigación de infracciones penales atribuidas al menor sujeto a esta ley y tendrá la atribución de promover la acción penal o abstenerse de ello.

Asimismo, el Art. 70 de la misma ley, otorga como facultad a la Fiscalía General de la República, la posibilidad de renunciar de la acción por hechos tipificados en la legislación penal como faltas o delitos sancionados con pena de prisión cuyo mínimo no exceda de tres años. Para ello, deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho, las causas que lo motivaron o la reparación del daño. Agregando que si la reparación del daño fuere total, la Fiscalía deberá renunciar a la acción. Esta renuncia impide promover la acción ante el tribunal de menores.

En la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, creada en 1998, el Art. 4 (4) establece que las personas naturales que por sí o como representantes legales, informen oportunamente sobre las actividades y delitos regulados en la dicha ley, no incurrirán en ningún tipo de responsabilidad.

Consideramos que esta es una posible manifestación del principio de oportunidad, ya que el denunciante, por regla general, no tiene responsabilidad alguna, pero en este caso al prever que una persona implicada en este tipo de delitos puede aportar información con sólo denunciar estos hechos, aunque tenga algún tipo de responsabilidad penal se exime de ella, en pro de la eficacia del proceso.

A continuación, analizaremos como el derecho internacional ha recogido el principio de oportunidad en tratados internacionales, los cuales, una vez ratificados por El Salvador a tenor del Art. 144 de la Constitución, constituyen leyes de obligatorio cumplimiento.

La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas prevé la aplicación de la justicia premial bajo los siguientes términos:

“Art. 7 Asistencia judicial recíproca.

(...) 18. El testigo o perito u otra persona que consienta en deponer en juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio de la parte requirente, no será objeto de detención procesamiento o castigo, ni de ningún tipo de restricción de su libertad personal por actos omisiones o por declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio de la parte requerida. Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido durante 15 días consecutivos, o durante el período acordado por las partes, después de la fecha en que se le haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requerirían de su presencia, la oportunidad de salir del país y, no obstante permanezca voluntariamente en el territorio o regrese espontáneamente a él después de haberlo abandonado.”

Por otro lado, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional dispone:

"Art. 18 Asistencia judicial recíproca".

(....) 10. La persona que se encuentre detenida o cumpliendo una condena en el territorio de un Estado parte y cuya presencia se solicite en otro Estado parte para fines de identificación, para prestar testimonio o para que ayude de alguna forma a obtener pruebas necesarias para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales respecto de delitos comprendidos en la presente Convención podrá ser trasladada, si se cumplen las condiciones siguientes:

La persona, debidamente informada, da su libre consentimiento.

Las autoridades competentes de ambos Estados parte, están de acuerdo con sujeción a las condiciones que

éstos consideren apropiadas.

(...) 12. A menos que el Estado parte desde el cual se ha de trasladar a una persona de conformidad con los párrafos 10 y 11 del presente artículo esté de acuerdo, dicha persona, cualquiera que sea su nacionalidad, no podrá ser enjuiciada, detenida, condenada ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal en el territorio del Estado al que sea trasladada en relación con actos, omisiones o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado del que ha sido trasladada.

(...) 27. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 12 del presente artículo, el testigo, perito u otra persona que a instancias del Estado parte requirente, consienta en prestar testimonio en un juicio o colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio del Estado parte requirente, no podrá ser enjuiciado, detenido condenado ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad personal en ese territorio por actos, omisiones, o declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandono el territorio del Estado parte requerido. Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido, durante quince días consecutivos o durante el período acordado por los Estados partes después de la fecha en que se le haya informado oficialmente que las autoridades judiciales ya no requirieran su presencia, la oportunidad de salir del país y no obstante permanezca voluntariamente en ese territorio o regrese libremente a él después de haberlo abandonado.

Art. 26 Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley-

Cada Estado parte adoptara medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como:

La identidad naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos

organizados.

Los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados.

Los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer.

Prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito.

Cada Estado parte considerará la posibilidad de prever, en los casos apropiados, la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.

Cada Estado parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a las personas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente convención...”<sup>52</sup>

Se denota del contenido de las Convenciones antes relacionadas la preocupación de la comunidad internacional por combatir la delincuencia organizada, utilizando para ello instrumentos tales como la justicia premial, permitiéndose que un mismo imputado colaborador de la justicia pueda ser utilizado como testigo en varios casos, gozando de inmunidad mientras brinda su testimonio.

### **3.3 Análisis del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal.**

En primer lugar, es importante señalar que la regulación del criterio de oportunidad del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal ha sufrido algunas modificaciones desde su implementación, en especial lo relativo a sus efectos. En ese sentido, al Art. 21 se le adicionó el hecho que al imputado a quien se le otorgaba un criterio de oportunidad condicionado a la efectividad de la información, podía imponérsele o

52. MARCOS ARANDA, Rafael; Recopilación de Tratados internacionales en materia penal, Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 200, Págs. 420, 521, 522, 524.

mantenerse alguna de las medidas del Art. 295 del Código Procesal Penal, y que además podía quedar sujeto al régimen de protección de testigos.<sup>53</sup>

Con la anterior reforma se pretende mantener al imputado vinculado al proceso mediante la imposición de alguna o algunas medidas sustitutivas a la detención provisional y además protegerlo de las posibles represalias que en su contra podrían adoptar las personas a quienes delata.

El Art. 20 en su inciso primero, establece tres posibles beneficios que se pueden otorgar a las personas a quienes se les aplique algún criterio de oportunidad, los cuales son:

### **3.3.1 Beneficios derivados de la aplicación de un criterio de oportunidad**

#### **a) PRESCINDIR DE LA PERSECUCIÓN PENAL DE UNO O DE VARIOS DE LOS HECHOS IMPUTADOS**

En este caso se establece la posibilidad que la Fiscalía pueda negociar con un imputado, al cual se le atribuye la comisión de una serie de delitos, ofreciéndole no presentar cargos en su contra por alguno o algunos de los hechos delictivos que haya cometido a cambio de su colaboración. Se trata de los casos de concursos de delitos, delitos continuados o delitos masa.

#### **b) PRESCINDIR DE LA PERSECUCIÓN PENAL RESPECTO DE UNO O ALGUNOS DE LOS PARTICÍPES.**

Este es el supuesto de eximir completamente de la persecución penal a uno de los partícipes del hecho que se investiga. Nótese el uso del término partícipes que puede interpretarse como excluyente de otros títulos de responsabilidad penal como son los autores, ya sean directos o indirectos.

Esta interpretación la consideramos congruente con el principio que inspira la creación de este instituto procesal, por medio del cual se intenta desarticular a las bandas organizadas, pero por medio de la colaboración de una persona que tenga un nivel de participación menor que del resto de sus compañeros, pues de lo contrario existiría una desproporcionalidad entre el fin y el medio empleado. No obstante lo anterior, en el siguiente capítulo analizaremos en la práctica que título de imputación ostentan las personas a las cuales se les aplicaba la

---

53. DECRETO LEGISLATIVO NO 487; Diario Oficial, No. 144, Tomo 352, 31 de julio de 2001.

justicia premial.

**c) LIMITARSE A UNA O ALGUNAS DE LAS CALIFICACIONES JURÍDICAS POSIBLES.**

En este caso se discrimina por parte de la Fiscalía ciertos hechos punibles cometidos por el imputado colaborador, por medio del control que ésta ejerce para fijar la imputación jurídica de los hechos, por medio de la limitación de la calificación jurídica.

**3.3.2 Supuestos de colaboración del imputado en el proceso.**

El Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, presenta varias posibilidades con respecto a las modalidades de la colaboración del imputado en el proceso, las cuales son:

**1. QUE HAYA REALIZADO CUANTO ESTABA A SU ALCANCE PARA IMPEDIR LA EJECUCIÓN DEL HECHO.**

En este caso, la información que brinde el imputado debe servir para que se evite la comisión del hecho delictivo, puede pensarse en supuestos tales como imputados que revelen por ejemplo, datos del lugar donde se encuentra una persona secuestrada, que permitan su rescate, ya que al ser el secuestro un delito permanente en curso puede interrumpirse su consumación; o se puede pensar en los delitos de drogas en los cuales con la información que se puede obtener de un imputado colaborador, pueden planificarse emboscadas que logren el decomiso de grandes cantidades de drogas.

**2. QUE EL IMPUTADO HAYA CONTRIBUIDO AL ESCLARECIMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN DE OTROS IMPUTADOS EN EL MISMO HECHO.**

En este supuesto se trata de que el imputado que tiene cierto nivel de participación en el hecho investigado colabore, aportando información esencial acerca de la participación de sus compañeros en el delito, partiendo de que el hecho ya se consumó.

**3. QUE EL IMPUTADO HAYA CONTRIBUIDO AL ESCLARECIMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN DE OTROS IMPUTADOS EN OTRO HECHO MÁS GRAVE.**

En este caso, se trata de personas que poseen información

valiosa sobre delinquentes que han cometido delitos, en los cuales el informante no ha tenido ningún tipo de participación, pero se ha enterado de su comisión y aporta los datos que conoce para su esclarecimiento.

Es importante señalar que la colaboración del imputado puede residir, aparte de los supuestos enumerados, en la aportación de datos que sirvan para la identificación de lugares, objetos obtenidos a consecuencia de la perpetración del delito o bien el hallazgo de evidencias que pueden servir como pruebas en el juicio.

### 3.3.3 Legitimación activa.

La solicitud de la aplicación de un criterio de oportunidad le corresponde en primer lugar al fiscal, al ser éste el titular de la persecución penal, pero también nuestro Código Procesal Penal le permite a la defensa y al querellante, debidamente constituido, el presentar esta solicitud (Arts.313 (3) y 316 (3) del Código Procesal Penal).

Debe entenderse que estas disposiciones a pesar de encontrarse reguladas en la fase de instrucción, pueden ser solicitadas por las partes también en la audiencia inicial, pues el juez de paz se encuentra facultado para pronunciarse sobre esta petición con base en el Art. 248 (4) del mismo cuerpo normativo.

Debe recordarse que al igual que cualquier otra solicitud que presenten las partes, está debe ser debidamente fundamentada, adjuntándose a la petición las actuaciones y evidencias que se tengan, con base a los Arts. 3 (3) y 130 del Código Procesal Penal.

Inclusive, el inciso final del Art. 20 del mismo Código, establece la posibilidad que el juez de oficio, si considera conveniente la aplicación de uno de estos criterios de oportunidad, solicite la opinión del fiscal, quien deberá dictaminar dentro de tres días, no pudiendo aplicar ningún criterio sin el acuerdo del fiscal.

Es necesario aclarar, que a nuestro juicio en este tipo de casos el juez no debe actuar oficiosamente proponiendo la aplicación de un criterio de oportunidad, pues la facultad de investigar los delitos le corresponde a la Fiscalía, con base al Art. 193 de la Constitución, correspondiéndole a ésta toda la carga de la prueba, y al proponer el juez de oficio la incorporación de un posible medio de prueba, perdería completamente su imparcialidad, que es una garantía para los ciudadanos y además rompería con el principio de separación de poderes.

En este sentido, se afirma,<sup>54</sup> que la exigencia expresa de imparcialidad ha permitido redescubrir que la principal misión del juez no es la de investigar ni perseguir el delito, sino la de juzgar; por lo que

54. CAFFERATTA NORES, José I.; Proceso Penal y Derechos Humanos, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto S.r.l., Buenos Aires, 2000, Pág. 31.

no deben admitirse como funciones del juez penal la de investigar de oficio, intervenir en la preparación o formulación de la acusación o procurar por su propia iniciativa los datos probatorios sobre el caso a fin de obtener el conocimiento necesario para basar su decisión sobre el fundamento de aquélla.

Esta garantía de imparcialidad se encuentra plasmada en el Art. 8 (1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconociéndosele su carácter bilateral, pues no solamente ampara al acusado, sino también alcanza a cualquier persona que procure por a tutela de sus derechos.

### **3.3.4 Efectos.**

El principal efecto que se logra con la aplicación de un criterio de oportunidad es que extingue la acción penal respecto al imputado en cuyo favor se decide, Arts. 21 y 31 (6) ambos del Código Procesal Penal. Sin embargo, en los supuestos de colaboración del imputado en el proceso, únicamente se suspende el ejercicio de la acción penal hasta que se cumpla con una condición suspensiva, que tiene dos variantes las cuales son:

- a. El cumplimiento de la colaboración o,
- b. La eficacia de la información.

Verificada cualquiera de estas dos situaciones el tribunal debe decidir definitivamente sobre la extinción de la responsabilidad penal.

Esta definición de la situación jurídica del imputado se efectúa a través del dictado de un sobreseimiento definitivo, lo cual tiene su base en el Art. 45 (2) (b) del Código Procesal Penal. La causal de sobreseimiento definitivo que se utiliza es la del Art. 308 (4), que establece la extinción de la responsabilidad penal. Resulta importante resaltar que la solución jurídica que prevé nuestro Código Procesal Penal define de una vez y para siempre la situación jurídica del imputado, pues debe recordarse que el sobreseimiento definitivo es equiparable a una sentencia absolutoria, lo que impide a la Fiscalía iniciar nuevamente la persecución penal contra el imputado colaborador.

El problema que se plantea en este punto radica en el hecho que verdaderamente se extingue la acción penal y no la responsabilidad penal, cuyas causales de extinción se encuentran determinadas en el Art. 96 del Código Penal, y no coinciden las causales de extinción de la responsabilidad penal del Art. 31 del Código Procesal Penal. Este tema solamente es esbozado en este capítulo, pero será retomado más adelante al analizar la solución que le dan los operadores de justicia a

esta temática.

### 3.3.5 Plazo en que debe interponerse.

El Código Procesal Penal no prevé un momento específico en que debe interponerse la solicitud para la aplicación de un criterio de oportunidad, pero al efectuar un análisis sistemático del mismo, se pueden desprender los siguientes momentos:

- En audiencia inicial. (Art. 256 (5) del Código Procesal Penal).
- Diez días antes de la audiencia preliminar o en la misma audiencia. (Arts. 313 (3), 316 (8) y 320 (5) todos del Código Procesal Penal).
- En audiencia especial en la fase de instrucción. (Art. 153 del Código Procesal Penal).<sup>55</sup>
- Antes de iniciar el debate, en la fase del juicio con las siguientes matizaciones:

Un primer supuesto lo constituye que el imputado colabore en un juicio, en el cual él se encuentra también procesado, consideramos que el último momento procesal oportuno para presentar la solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad es hasta la realización de la audiencia preliminar, ya que de conformidad con el Art. 265 del Código Procesal Penal, es en la etapa de la instrucción, donde debe establecerse la base del debate para el juicio oral, que incluye, no sólo la determinación de los hechos y del derecho aplicable, sino también todo el material probatorio que va a desfilarse en el debate y abrir la posibilidad de admitir la solicitud de un criterio de oportunidad en la fase de sentencia desnaturalizaría este diseño del proceso penal.

Además, podría violentarse el derecho de defensa del resto de los imputados, pues se trataría de una prueba sorpresiva la deposición de este delator que no fue ofrecida en el momento procesal oportuno y no se encuentra comprendida en los casos de la prueba para mejor proveer del Art. 352 del Código Procesal Penal. Además, debe recordarse que existe el denominado principio de preclusión procesal, que implica que una vez cerrada una etapa no puede volverse a ella por la simple voluntad de las partes.

No obstante lo antes afirmando, no puede negarse que la casuística es tan amplia que puede presentarse excepcionalmente algún supuesto en el cual se pueda recibir el testimonio de un delator en la etapa del juicio, como puede ser el caso que un imputado se haya

<sup>55</sup>. Debe aclararse que al regir el principio de oralidad en el proceso penal es viable, proponer esta solicitud verbalmente, pero esto no excluye el deber de motivar la petición.

encontrado en un estado grave de salud y hasta el momento del juicio se recupere y decida colaborar, etc. Acá, los jueces de sentencia deberán valorar entre la repercusión que puede tener su decisión en el éxito de la investigación y el derecho de defensa del resto de procesados.

Diferente es el caso cuando se solicita la aplicación de un criterio de oportunidad antes del debate para un procesado que va a declarar en otro juicio diferente, el cual se encuentra todavía en la fase de instrucción. En este supuesto, es permisible que el tribunal de sentencia en audiencia especial otorgue dicho criterio para que el imputado colabore en otro caso.

### 3.3.6 La víctima.

Es importante agregar que para la aplicación de esta salida alterna al proceso no se exige el consentimiento de la víctima, pero obviamente su notificación se hace necesaria a fin que pueda ejercer todos los derechos que le confiere el Art. 13 del Código Procesal Penal, ya que tiene derecho a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción, siempre que ella lo solicite.

Ahora bien, al preguntarnos cuál puede ser la razón por la que se establece este deber de información de la víctima encontramos que esto es acorde con la nueva tendencia del Derecho internacional de los derechos humanos de proteger a las víctimas de los delitos.<sup>56</sup>

Así por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>57</sup> ha planteado el criterio jurídico de que la disciplina en mención no tiene sólo el fin de aplicar sanciones a los culpables sino más bien amparar a las víctimas y disponer de la reparación de los daños causados a éstas.

En ese mismo sentido, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad o Reglas de Tokio señalan en la regla 1 (4), que al aplicar las reglas los Estados miembros se esforzaran por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.

Con esa intención, el 29 de noviembre de 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución A-RES-40-34 en la que se indican medidas que han de tomarse en los planos internacional y regional para mejorar el acceso a la justicia y al trato justo, al resarcimiento, la indemnización y la asistencia social a las víctimas del delito.

56. MENÉNDEZ LEAL, Salvador; *La víctima: Aproximación al problema procesal*, Ensayos doctrinarios, Nuevo Código Procesal Penal, 1ra Edición, El Salvador, 1998, Págs. 469 a 481.

57. Caso VELÁSQUEZ RODRIGUEZ, CIDH. 29. 7.98.

También en las Directrices sobre la función de los fiscales aprobadas en el 8vo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente de La Habana, Cuba, en 1990, disponen lo siguiente:

"Art. 13 (d) En cumplimiento de sus obligaciones los fiscales... consideraran las opiniones e inquietudes de las víctimas cuando se vean afectados sus intereses personales y aseguraran que se informe a las víctimas de sus derechos".

Debe recordarse que si bien este tipo de declaraciones no resultan vinculantes, pero sí tienen fuerza política y peso moral, y en ese sentido vinculan a los estados miembros de dichas organizaciones.

Lo anterior nos puede servir de parámetro para interpretar las normas de derecho interno. De esa forma, el derecho a ser escuchada la víctima en la aplicación del criterio de oportunidad del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, que en principio no admite la posibilidad de conversión de la acción a diferencia de los demás criterios Art. 29 (3) del mismo código, implicaría aceptar que la víctima del delito no posee ningún tipo de control sobre la petición fiscal.

También debe tomarse en cuenta que como este tipo de criterios se otorga condicionado se cierra la posibilidad que se pueda impugnar la resolución por no admitir recurso alguno hasta que se dicte el sobreseimiento definitivo.

Ante esta situación, resulta interesante analizar el contenido del Art. 321 (3) del Código Procesal Penal, que prevé la posibilidad que el juicio se abra únicamente por la acusación particular, facultando al fiscal para intervenir en la vista pública.

La interpretación de esta disposición puede convertirse en un mecanismo eficaz de control de la víctima, en casos tales como cuando el fiscal no acuse y pida a cambio la aplicación de un criterio de oportunidad y éste no se le otorgue por el juez por ser manifiestamente improcedente, por no reunirse, por ejemplo, los requisitos del Art. 20 del Código Procesal Penal, y el querellante fundamente la procedencia de pasar a la siguiente fase procesal por medio de la presentación de la acusación respectiva y, claro está, el juez se encuentre de acuerdo con la solicitud de esta parte procesal.

Esta interpretación es acorde con el Derecho internacional de los derechos fundamentales de la víctima en el cual se pretende que se tutelen efectivamente sus derechos y se garantice la reparación.

En este sentido, el Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en términos generales la obligación que tiene el Estado de proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción de una protección especial.

Este es el llamado derecho a la tutela judicial efectiva que

comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho a incoar un proceso y de seguirlo, de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esta cuestión, el derecho a la utilización de los recursos y el derecho a que la sentencia se ejecute.

En ese orden de ideas, los organismos regionales de protección de los derechos humanos, como es la Comisión del Instituto de Derechos Humanos en los informes 34-96, y casos 11.228, 5-96 y 10.970, han expresado que la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es:

“...la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas, entendiendo la persecución penal como un corolario necesario del derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique a los responsables y se les imponga las sanciones pertinentes.”

Esta novedosa concepción lleva a pensar en un Ministerio Público que antes de tomar sus decisiones tenga en cuenta a la víctima, asumiendo una función de representante de ella, e influirá sobre el concepto de exclusividad del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la persecución penal pública, pues si bien la actividad oficial no puede ser obstaculizada o condicionada por los ofendidos más allá de las facultades que le confiere el Código Procesal Penal, si puede ser compartida por ellos -querrela de la acción pública- e incluso desarrollada en forma autónoma, en los casos en que aquella autoridad no inicie la persecución o la concluya en sentido discriminatorio.<sup>58</sup>

También influye en la anterior interpretación el hecho que se ha reconocido a nivel de la normativa internacional, el derecho a la reparación e indemnización de la víctima, tal como lo establece el Art. 63 (1) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que incluye el restablecimiento de la situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y también el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extramatrimoniales, incluyendo el daño moral.<sup>59</sup>

Además esta forma resulta ser mucho más efectiva que el mecanismo de la disconformidad que presenta el problema que sea el fiscal superior, quien a lo mejor autorizó la aplicación de un criterio de

58. CAFFERATA NORES, José I.; *Derechos Procesal penal-consensos y nuevas ideas*, Buenos Aires, 1999, Pág. 66.  
59. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8-XII-95.

oportunidad, el que ratifique la solicitud del anterior. El querellante de adhesivo pasa a ser en estos casos autónomo; y esto lo posibilita el hecho que si bien la promoción de la acción penal le corresponde a la Fiscalía, su posterior prosecución puede ser otorgada a los particulares, como en el caso de la Conversión de la acción que regula el Art. 29 del Código Procesal Penal.

Otro problema es el vacío que deja esta disposición en cuanto al procedimiento a seguirse en esta hipótesis, pues existen dos opciones o se sigue con el procedimiento ordinario o se debe tramitar la acusación bajo la modalidad de acción privada, al igual que en el caso de la Conversión.

Será entonces el juez de instrucción el que finalmente valorará esta situación, pero no puede perder de vista que no dejará en manos de los particulares la persecución de los delitos y sólo se pronunciará a favor del querellante cuando sea manifiestamente improcedente la solicitud fiscal; pues de lo contrario se podría poner en duda la credibilidad de los criterios de oportunidad, como salida alterna al proceso y un imputado puede abstenerse a prestar su colaboración al enterarse por medio de su abogado que existe la posibilidad que se pueda pasar a juicio únicamente con la acusación del querellante.

Finalmente, consideramos que el mecanismo que puede resultar más eficaz a fin de tutelar los derechos de las víctimas, es que éstas participen en la fase de negociación del criterio de oportunidad, y que sea el fiscal quien le informe acerca de la posible colaboración del imputado en el hecho, a fin que la víctima decida libremente sobre si renuncia o no a la pretensión civil dada esa colaboración o se busca el mecanismo para que está sea reparada, tomándose en cuenta que la reparación no necesariamente debe ser de tipo patrimonial.

### **3.3.7 Responsabilidad civil.**

El Art. 45 del Código Procesal Penal establece las causales de extinción de la acción civil. Una de estas causales es el sobreseimiento definitivo, salvo que este se pronuncie por ciertos motivos entre los que se encuentra la aplicación de un criterio de oportunidad. Esto significa, para el caso de los imputados colaboradores, que al definírseles su situación jurídica, luego de haber colaborado efectivamente en el proceso, por medio del dictado de un sobreseimiento definitivo, el juez puede pronunciarse con respecto a la responsabilidad civil dimanante del delito. Obviamente deberá presentarse la prueba acerca de la responsabilidad civil y el juez deberá fundamentar su decisión.

Al respecto, consideramos que si lo que se pretende es darle una mayor efectividad a salidas alternas como la aplicación de un criterio

de oportunidad, este resarcimiento deberá ser negociado por el fiscal con la víctima, explicándole que la colaboración del imputado es vital y que puede ser un parámetro para que ésta decida libremente renunciar o no a la misma. Otra solución que se puede proponer es que en ciertos hechos de delincuencia organizada, sea el Estado el que asuma la reparación de la víctima en pro de la investigación del proceso.

Lo anterior, nos hace recordar que el juez penal, se haya situado no sólo entre el derecho y el delincuente, sino también entre éste y el ofendido para realizar la composición del conflicto entre ambos. Descuidar el interés del perjudicado, significaría olvidar el sentido histórico de la punición y hacer imposible la subsanación de la ruptura. Junto a esto interesa especialmente cuidar la reparación civil para fomentar la confianza de la población en la administración de justicia y también en vista a la reforma del penado.<sup>60</sup>

### 3.3.8 Recursos.

Un primer control que puede ejercer el juez acerca de la petición fiscal, aunque no tiene las características de un recurso, es el incidente de disconformidad, en cuyo caso el juez que no esté de acuerdo con al aplicación de un criterio de oportunidad, remite el proceso a un fiscal superior, para que decida sobre el ejercicio o no de la acción penal dentro de los tres días siguientes, estando facultado el fiscal superior para ratificar lo solicitado por el inferior o formular un nuevo requerimiento.

En caso de ratificación, el juez resolverá de acuerdo a la petición fiscal, todo de conformidad a los Arts. 258 y 321 (1) ambos del Código Procesal Penal.

El problema que presenta este tipo de control es que el caso será revisado por un fiscal superior, que en la mayoría de ocasiones, otorgó la autorización para la aplicación de dicho criterio y de antemano se puede prever el sentido resolverá.

El recurso que se puede interponer por la aplicación de un criterio de oportunidad es el de Apelación, debido a que al otorgarse esta salida alterna al proceso la ley procesal penal prevé que debe dictarse un sobreseimiento definitivo, al haberse extinguido la acción penal y este auto admite dicho recurso, de conformidad a los Arts. 21, 45 (2) (f), 308 (4) y 312 todos, del Código Procesal Penal.

60. LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo A.; La víctima del delito y el sistema jurídico penal. Hacia un sistema de alternativas. Revista Poder Judicial, Consejo Nacional del Poder Judicial 2, Época No. 34, Junio de 1994, España, Pág. 127.

En ese mismo sentido, el Art. 417 del Código Procesal Penal prevé que el recurso de Apelación procede contra las resoluciones de los jueces de paz y los jueces de instrucción que pongan fin a la acción o imposibiliten su continuación y además causen agravio a la parte recurrente, efectivamente la aplicación de un criterio de oportunidad extingue la acción penal, con base al Art. 31 (6) del mismo Código. El trámite del mismo se encuentra regulado en los Arts. 418 y siguientes del Código Procesal Penal.

Un problema que se da en el caso de los imputados colaboradores o arrepentidos es que al verse condicionada la definición de su situación jurídica al cumplimiento de la colaboración o a la eficacia de la investigación, el juez de paz e instrucción a los cuales se les halla solicitado la aplicación del criterio de oportunidad, dictan el sobreseimiento definitivo hasta que la Fiscalía informa que se ha cumplido esa condición. En muchas ocasiones esto acontece después del juicio y es hasta ese momento que a la víctima le nace el derecho de impugnar esta decisión.

Lo anterior torna inoperante el recurso de Apelación, pues ya no tiene sentido que una Cámara de Segunda Instancia revoque la decisión de otorgar un criterio de oportunidad a un imputado por no reunirse los supuestos del Art. 20 del Código Procesal Penal, cuando ha pasado el juicio y éste ya declaró.

Aunado a lo anterior, puede la parte agraviada alegar en Casación violación a las reglas de la sana crítica sobre la valoración del testimonio del imputado colaborador, como vicio de la sentencia de conformidad al Art. 362 (3) y (4) del mismo cuerpo normativo.

Consideramos que en este punto la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en materia de casación penal podría jugar un rol sumamente importante a fin de definir los parámetros que se deben tomar en cuenta para valorar este tipo de declaraciones.

#### **4. El rol del juez y del fiscal en la aplicación del Criterio de Oportunidad reglado en el Art. 20 (2) del Código Procesal Penal**

##### **Sumario:**

4.1 Consideraciones generales, 4.2 Criterios que debe tomar en cuenta la Fiscalía General de la República, 4.3 Tipo de análisis que el juez

debe realizar al solicitársele la aplicación del Art. 20 (2) del CPP 4.4 Variantes en el derecho comparado de la aplicación de la justicia premial, 4.5 Ideas para el diseño de una política criminal fiscal en la aplicación del criterio de oportunidad que implica colaboración del imputado en el proceso penal.

#### **4.1 Consideraciones generales.**

Este capítulo comprende el análisis de la información empírica que se recolectó a lo largo de esta investigación con la intención de identificar los problemas que presenta en la actualidad la aplicación de la justicia premial y proponer en su caso posibles soluciones al mismo.

Para tal fin se efectuaron entrevistas a nueve jueces del área de San Salvador, los cuales pertenecen a los siguientes tribunales:

1. Juzgado 12<sup>o</sup> de Paz de San Salvador.
2. Juzgado 11<sup>o</sup> de Paz de San Salvador.
3. Juzgado 10<sup>o</sup> de Paz de San Salvador.
4. Juzgado 2<sup>o</sup> de Instrucción de San Salvador.
5. Juzgado 9<sup>o</sup> de Instrucción de San Salvador.
6. Juzgado 5<sup>o</sup> de Instrucción de San Salvador.
7. Tribunal 3<sup>o</sup> de Sentencia de San Salvador.
8. Tribunal 4<sup>o</sup> de Sentencia de San Salvador.
9. Tribunal 6<sup>o</sup> de Sentencia de San Salvador.

Del Órgano Judicial se entrevistó además a dos magistrados de segunda instancia; el primero, de la Cámara de Menores de San Salvador; y el segundo, de la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. Asimismo, se entrevistó a seis fiscales pertenecientes a las siguientes unidades: División del Área Penal, Unidad de Investigación Financiera, Unidad Contra el Crimen Organizado, Unidad de Hurto y Robo de Vehículos, Unidad de Delitos Relativos a la Administración de Justicia y Fe Pública y Unidad Antinarco tráfico.

Además, por parte de la defensa, se entrevistó al Coordinador de Defensores Públicos de la Procuraduría General de la República y a dos defensores particulares.

La entrevista realizada se hizo de forma personal con base en una guía de preguntas que será anexada al final del presente trabajo. A lo largo del análisis de los casos se hará referencia a las respuestas que los entrevistados dieron a dichas preguntas.

Asimismo, se tomó una muestra al azar de los casos en los cuales se había aplicado el criterio de oportunidad que implica colaboración del imputado, correspondientes a los años 2001, 2002 y 2003, recopilada en los quince juzgados de paz, diez de instrucción y seis de sentencia

de San Salvador, obteniéndose una muestra de 17 casos que incluyen la petición fiscal y la resolución del juez.

Es importante hacer la observación que se tuvieron ciertas limitantes al momento de recopilar la información. La primera, referida a que no en todos los tribunales se ha solicitado la aplicación de este instituto procesal; la segunda, que la mayoría de casos donde se aplicó tenían reserva total y se encontraban aún en trámite por lo que no se pudo tener acceso.

No obstante lo anterior, de los casos obtenidos, la mayoría se encuentran en la misma situación que los anteriormente mencionados. Por tal motivo, al referirnos a ellos se hará por medio del número de referencia y el juzgado donde se localizó omitiéndose los nombres de los imputados, víctimas y partes intervinientes.

De la misma manera, se analizarán dos incidentes de Apelación de la detención provisional dictados por la Cámara 3ª de lo Penal de la Primera Sección del Centro, y la demanda de un proceso de inconstitucionalidad del Art. 20 del Código Procesal Penal que se encuentra admitida y en trámite en la Corte Suprema de Justicia.

A fin de facilitar el análisis de los casos se relacionarán a lo largo del trabajo con un número, casos 1, 2, 3, etc., y que corresponden a los siguientes procesos judiciales:

**TABLA DE CASOS ANALIZADOS**

No de Caso	Juzgado o Tribunal	No de Causa	Fecha de la Resolución
1	Juzgado 7º de Paz de San Salvador	305-P-3-02	12-12-02
2	Juzgado 3º de Paz de San Salvador	313-1-02	18-12-02
3	Juzgado 3º de Paz de San Salvador	232-2-02	27-9-02
4	Juzgado 12º de Paz de San Salvador	255-2002	14-4-02
5	Juzgado 2º de Paz de San Salvador	45-02	10-4-02
6	Juzgado 6º de Paz de San Salvador	76-6-02	18-3-02
7	Juzgado 3º de Paz de San Salvador	27-2003	31-1-03
8	Juzgado 1º de Paz de San Salvador	75-3-2003	2-4-03
9	Juzgado 7º de Paz de San Salvador 1	57-P-03	30-3-03
10	Juzgado 6º de Instrucción de San Salvador	114-2001	5-2-01
11	Juzgado 6º de Instrucción de San Salvador	120-01-7	12-2-02
12	Juzgado 9º de Instrucción de San Salvador	127-2002	28-2-03
13	Juzgado 5º de Instrucción de San Salvador	81-2002-9	3-9-02
14	Tribunal 3º de Sentencia de San Salvador	252-1-01	2-4-02
15	Tribunal 2º de Sentencia de San Salvador	100-2002	1-4-03
16	Tribunal 3º de Sentencia de San Salvador	46-2002-1	6-6-02
17	Tribunal 4º de Sentencia de San Salvador	56-2-03	6-6-02

Nota: Además se analizará una demanda de inconstitucionalidad 5-2001, presentada el día 5-2-01 y los incidentes de apelación de la detención provisional dictados por la Cámara Tercera de lo Penal de la 1ra Sección del Centro, de fechas 10-2-03 y 4-3-03.

#### **4.2 Criterios que debe tomar en cuenta la Fiscalía General de la República.**

Consideramos que la adopción por parte de la Fiscalía del criterio de oportunidad que implica la colaboración del imputado en el proceso, debe seguir el siguiente esquema propuesto:

1. Fase de negociación;
2. Fase de corroboración mínima;
3. Fase de suscripción de convenio;
4. Fase de declaración extrajudicial;
5. Fase judicial que comprende la presentación de petición al juez, realización de audiencia y aseguramiento de información -vía anticipo de prueba- en los casos que proceda;
6. Fase de cumplimiento de la colaboración y definición de situación jurídica del imputado colaborador

##### **4.2.1 Fase de negociación.**

En esta fase debe existir una estrategia de negociación del fiscal asignado al caso, que se encuentre acorde a la política de persecución dictada por el Fiscal General de la República.

Una estrategia de negociación interesante fue la propuesta en el manual denominado "Nociones generales sobre la labor del fiscal en el nuevo proceso penal",<sup>61</sup> dónde se propone el siguiente esquema de negociación:

1. Identificación de los intereses públicos respecto al caso.
2. Identificación de intereses del imputado.
3. Identificación de posibles opciones que podrían resultar de un acuerdo.
4. Identificación de posibles pautas que se podrán aplicar a fin de llegar a un acuerdo.
5. La identificación de una mejor alternativa en caso de no llegar a un acuerdo.
6. La selección de la opción que más satisface los intereses del fiscal o de la víctima en su caso y en lo posible los intereses del imputado.

61. FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR; Nociones generales sobre la labor del fiscal en el nuevo proceso penal, El Salvador, 1996, Págs. 46-51.

## 7. La discusión de las partes.

Otros autores señalan que la valoración del fiscal debe tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- (a) Causas relacionadas con la naturaleza del hecho: carácter de la infracción penal, culpabilidad del autor, antigüedad de la infracción.
- (b) Causas relacionadas con el autor del hecho: delincuente primario o habitual, edad, relaciones con el resto de imputados, parentesco, etc.
- (c) Causas basadas en la relación del delincuente con su víctima: parentesco próximo, reparación del daño.
- (d) Causas basadas en el interés general: interés estatal de eficacia, falta de interés nacional en el castigo, posible mensaje de prevención general que se enviará a la población, injusticia obvia <sup>62</sup>.

Al respecto, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el 17 de septiembre de 1989, la recomendación No R (87) 18, sobre la simplificación de la justicia penal en relación con la oportunidad en el ejercicio de la acción penal recomienda:

"5. Al ejercer esta facultad, la autoridad debe de inspirarse, de conformidad al derecho nacional, en el principio de igualdad de todos ante la ley y en el de la individualización de la justicia penal, y concretamente teniendo en cuenta:

- la gravedad, naturaleza y circunstancias de la infracción.
- la personalidad del denunciado.
- la condena que se puede imponer.
- los efectos de esta condena sobre el denunciado
- la situación de la víctima."<sup>63</sup>

Antes de iniciar esta negociación el fiscal auxiliar debe contar necesariamente con la autorización del jefe de unidad cuando menos, para garantizar una mayor uniformidad en la aplicación de la justicia premial. Está autorización necesariamente deberá constar por escrito, y sólo en casos de suma urgencia podría darse verbal, pero requerirá en todo caso que posteriormente el fiscal superior otorgue el visto bueno.

62. CONDE PUMPIDO, Ferreiro: Ob. Cit., Pág. 8 y ss.

63. BOLETÍN DE INFORMACIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, No. 1518, de 15-12- 1989, Madrid, Pág. 117 y ss.

La utilidad de esta autorización radica en que ayudaría a unificar los criterios de la Fiscalía y sería una garantía de unidad de interpretación y objetividad en la actuación fiscal. En las entrevistas realizadas a los fiscales éstos expresaron que la decisión de prescindir de la persecución penal en aplicación del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, siempre requiere de la autorización de un fiscal superior. Pero, denotamos que no se encuentra claramente definido en todas las unidades quien es la persona autorizada para ello, pues para algunos puede ser el coordinador y para otros el jefe de unidad.

En ese sentido, debe determinarse por parte del Fiscal General de la República, mediante una directriz, quién será el encargado de autorizar este tipo de decisiones. Lo anterior, debe ser congruente con la estructura jerárquica de la Fiscalía establecida en el Art. 7 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Desde el inicio de esta etapa de negociación el fiscal debe de encontrarse debidamente apoyado de uno o varios agentes investigadores y miembros de las unidades especializadas de la Policía Nacional Civil asignados al caso, quienes tendrán la función de corroborar la versión del imputado colaborador podrán discutir con el fiscal los pro y los contra de negociar con este imputado e intentar identificar con su ayuda la mayor cantidad de delitos y la participación del mayor número posible de personas involucradas en los hechos, además se debe valorar el subordinar la custodia del imputado colaborador al agente de la policía en caso de ser necesario, por razones de seguridad.

También debe dirigirse una dirección funcional a toda la Policía, donde se les haga saber que no tienen facultades para negociar con los imputados ni para ofrecerles ningún tipo de beneficio o comprometer la palabra del fiscal. En la misma, debe establecerse que en caso que un imputado les exprese su deseo de colaborar, deberán hacerlo del conocimiento inmediato del fiscal asignado al caso.

El fiscal en esta fase tiene la obligación de verificar el historial delincencial de la persona a quien se le solicita la aplicación de este criterio de oportunidad, pero con la aclaración que el hecho que el imputado tenga antecedentes penales, no es óbice para solicitar la aplicación de este instituto procesal; sin embargo, puede ser un punto a atacar por parte de la defensa del resto de imputados y puede incidir directamente en la credibilidad que los jueces y en especial del tribunal de sentencia le proporcione a dicho testimonio.

Además, es importante señalar que en vista que a los imputados a quienes se les otorga un criterio de oportunidad carecen de antecedentes penales, es indispensable que se cree el Ministerio Público un "Registro administrativo de imputados colaboradores", al cual debe tener un acceso limitado únicamente a las jefaturas, en el que se hará constar

las generales de la persona, el delito que se le atribuye, la fecha en la cual se solicitó la aplicación del criterio, el número de expediente fiscal y en su caso del expediente judicial, a fin que exista esta información a nivel nacional que pueda ser consultada antes de otorgar una concesión de este tipo a los imputados.

La anterior recomendación posee un doble propósito: evitar que algunos individuos logren una impunidad mediante la colaboración en diferentes procesos, estableciendo esto como un *modus vivendi* para evadir cualquier tipo de responsabilidad penal o bien, para que la Fiscalía no sea sorprendida en el juicio por una defensa que averigua esta situación y que posteriormente la utilizará en contra del imputado delator.

Además, debe recordarse que para aplicar este tipo de instituto procesal deben existir, en contra del imputado colaborador elementos de convicción que lo incriminen, pues en ningún caso puede ser utilizado como un mecanismo de presión para personas capturadas contra las cuales no consten elementos de convicción suficientes y sólo se sospeche de su participación en los hechos, pues podría existir un error en el delator que viciaría su voluntad y generar una nulidad de lo actuado por violación a la garantía a no auto incriminarse de los Arts. 87 (7) y 224 (6), ambos del Código Procesal Penal. En este punto es crucial el asesoramiento del defensor, quien deberá verificar que la conducta del colaborador es constitutiva de delito y existen algunos elementos de convicción que lo incriminan.

Asimismo, el fiscal debe verificar los móviles del imputado para prestar su colaboración, pues la existencia de móviles espurios también puede ser atacado por la defensa al momento del juicio.

Otro factor importante de mencionar es que desde el inicio de la negociación debe proveerse al imputado para cualquier tipo de interrogatorio o de diligencia de un abogado defensor, a fin de garantizar su derecho a la defensa técnica.

Por otra parte, en caso que los imputados tengan un defensor común, desde el inicio de las negociaciones debe nombrarse otro defensor al imputado, previa consulta a éste, pues de lo contrario podría existir un conflicto de intereses (Art.111 del Código Procesal Penal). Además, debe recordarse que el defensor de este imputado delator prácticamente viene a coadyuvar a la acusación pública, pues el testimonio de su defendido será utilizado como prueba de cargo por parte de la representación fiscal.

Otro factor que podría valorarse también por parte de los fiscales para prescindir de la persecución penal contra una persona es el posible grado de responsabilidad civil que el imputado colaborador pueda tener en el hecho, ya que su intervención pudo no ser relevante en el delito, pero existen sospechas fundadas que él fue quien obtuvo el mayor

beneficio económico del mismo y ser ésta una de sus motivaciones para delatar a los demás.

Aunado a lo anteriormente expuesto, debe tomarse en consideración que por los efectos de impunidad que genera la aplicación de este criterio de oportunidad, éste debe ser valorado como una última opción a utilizarse por parte de la Fiscalía como herramienta de investigación del delito y, únicamente, en casos en los cuales, una vez agotada toda la investigación, ésta se paralice por no contar con elementos de convicción que vinculen a personas con los hechos. Además, es indispensable que sea utilizada racionalmente en los casos donde la complejidad de los delitos no permitan una investigación efectiva de los mismos y se tenga que echar mano de este tipo de recursos extraordinarios.

De lo contrario, se correría el peligro de retornar a un sistema inquisitivo donde la confesión era la prueba reina, con la única diferencia que ahora si se delata a los demás, se obtiene una inmunidad.

Los casos revelaron que con respecto al título de imputación que ostentaban las personas a quienes se le otorgaba el principio de oportunidad, en la mayoría de ocasiones fue otorgado a coautores (casos 1, 3, 4, 5, 6, 7, 10 y 11) y a tres autores directos (casos 2, 15 y 9) y, únicamente, en el caso 8 se aplicó a un cómplice.

En este punto es relevante mencionar que la colaboración de los imputados que ostentaban la calidad de coautores y autores directos sirvió no solamente para esclarecer un hecho delictivo, sino varios.

Las personas entrevistadas expresaron sobre este aspecto que consideraban que este tipo de institutos jurídicos debía aplicarse a personas que tuvieran un grado de participación mínima en los hechos. Esta opinión no fue compartida por los fiscales de las unidades que investigan el crimen organizado, quienes consideran que si se puede ofrecer a coautores siempre y cuando se utilice para desarticular organizaciones delincuenciales y delatar a otras personas que tengan el mismo título de imputación.

Al respecto, es indispensable reconocer que en la legislación comparada la utilización de este tipo de criterios en algunas ocasiones tiene como límite este título de imputación. Para el caso el Art. 22 No II (b) del Código Procesal Penal de Costa Rica dispone:

“Cuando se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente en la investigación, brinde información esencial, para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho u otros conexos o proporcione

información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita...”

En este mismo sentido, el decreto legislativo 114-96 de reforma al Código Procesal Penal de Guatemala introdujo un cuarto criterio de oportunidad, al Art. 25 bajo los siguientes términos:

1. Que el imputado sea participe o encubridor en uno de los delitos enumerados en el Art. 25 (4).<sup>64</sup> Por lo tanto, no podrá aplicarse para tipos penales distintos citados en la ley, ni cuando el imputado haya actuado como autor.
  
2. Que el imputado declare en el proceso aportando elementos que contribuyan eficazmente a determinar la responsabilidad penal de los autores materiales e intelectuales de los citados delitos. La valoración sobre la eficacia de la declaración corre a cargo del fiscal.”

Al respecto, nuestro Código Procesal Penal en el Art. 20 (1) no define esta situación, no obstante utiliza la expresión, “respecto de alguno o algunos de los partícipes”, pero la interpretación que se le ha dado que esta expresión incluye a autores y partícipes.

Sobre este punto consideramos que al otorgársele a la Fiscalía una facultad tan amplia como es decidir prescindir de la persecución penal contra un coautor o autor directo, definitivamente su decisión tiene que ser en los casos en los cuales logrará la captura de individuos que posean el mismo título de imputación, pero nunca menor, pues sería desproporcionada la medida con respecto a los resultados.

Además, perdería su sentido la aplicación de la justicia premial, ya que lograría impunidad la persona que está más involucrada en la comisión del delito, sin atacarse las verdaderas cauces del crimen organizado, lo que volvería ineficaz su combate, pues el crimen organizado debe ser desarticulado desde sus cúpulas; que de conseguir impunidad, pueden volver a organizarse y continuar delinquiendo.

La petición fiscal en estos supuestos podría ser rechazada por el juez del caso por ser contraria al principio constitucional de proporcionalidad.

Es que en verdad en estos supuestos existe una desproporción entre el castigo impuesto y el suceso que se dejó de sancionar. Diferente

<sup>64</sup>. Delitos contra la salud, defraudación, contrabando, contra la hacienda pública, contra la economía nacional, contra la seguridad del Estado, contra la Constitución, contra el orden público, contra la tranquilidad social, cohecho, peculado y asociaciones ilícitas.

es el caso de imputados que tienen el mismo grado de autoría o participación en el hecho, y pretenden colaborar con la justicia, pues, para ellos la decisión va a depender del arbitrio del fiscal, el cual determinará quién puede ser juzgado y quién no, lo que genera que la aplicación de este criterio de oportunidad se torne arbitrario y provoque inseguridad. Pero, finalmente en estos casos el fiscal valorará cuál de estos testimonios le conviene utilizar en la persecución penal.

En este sentido, la Sala Tercera de Costa Rica, en el voto 737-2001 del 27-7-2001 con respecto a la aplicación de este criterio de oportunidad a coautores expresó:

“Interesa destacar aquí que el criterio de oportunidad tiene como presupuesto lógico que la persona a cuyo favor se aplica incurrió, efectivamente, en un hecho punible, sea como coautor o partícipe y que puede ser el mismo delito principal que se investiga u otro distinto, siempre y cuando sus actuaciones ameriten un reproche menor que aquél que corresponde a las personas que serán sometidas al proceso.... El tema medular sobre el que habrá de hacerse un juicio con miras a determinar si puede recurrirse al criterio que se comenta, es la irreprochabilidad de la conducta del colaborador...y su menor entidad al compararla con las restantes personas en cuya persecución se coopera...”<sup>65</sup>

Otro límite que la legislación comparada le da a la justicia premial, se encuentra referido al tipo de delitos en los cuales es utilizado. Los artículos antes citados de los Códigos Procesales Penales de Costa Rica y Guatemala, restringen su aplicación para delitos de delincuencia organizada, delitos graves y de compleja investigación.

En ese sentido, el Art. 33 (6) del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, lo restringe para los casos de delincuencia organizada y criminalidad violenta.

Por su parte, el Art. 153 de la Ordenanza Procesal Alemana, limita su ámbito de aplicación a los casos de delitos contra la seguridad del Estado, distinguiendo tres aspectos:

1. Su aplicación está limitada a delitos de protección del Estado.
2. El comportamiento esperado como participación activa puede ser general.

---

65. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier; Código Procesal Penal Comentado, Editorial Jurídica, Continental, San José, 2003.

3. La competencia para conocer y decidir el archivo correspondiente es otorgada al Fiscal General Federal, con la anuencia del tribunal superior competente del Estado federado.

Al respecto, consideramos que es urgente una reforma al Art. 20 (2) del Código Procesal Penal en el sentido de especificar a cuáles delitos se aplicará la justicia premial, pues su génesis responde a la investigación de la criminalidad organizada, grave o de investigación compleja y no a todo tipo de delitos, pues se podría llegar al extremo de utilizarla como mecanismo de investigación de delitos menos graves, con lo que se estaría desnaturalizando.

Aunado a lo anterior, debe recordarse que este tipo de instituciones jurídicas provoca la impunidad de la persona a quien se le otorga y esta decisión implica que no será perseguida penalmente con posterioridad. Utilizar una medida de esta magnitud con tales efectos para todo tipo de delitos, lo único que conllevaría es a una sensación generalizada de selectividad e impunidad, e implicará reconocer una total ineficacia en el aparato de investigación estatal.

Las personas entrevistadas estuvieron de acuerdo con delimitar los delitos en los cuales se debe aplicar este instituto procesal, vía reforma legislativa. La solución más rápida que se puede dar a esta situación en la actualidad es que el Fiscal General por medio de directrices, determine crear unas pautas generales de persecución penal, en las cuales establezca claramente en qué casos se aplicará el criterio de oportunidad reglado en el Art. 20 (2) del Código Procesal Penal.

En los casos analizados encontramos que en la mayoría de ocasiones era utilizado para resolver asuntos de criminalidad organizada, especialmente en la averiguación de delitos de secuestros, robos agravados cometidos por bandas organizadas en bancos o robos de vehículos, en casos de homicidios agravados (casos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 12 y 17), y en la investigación de falsedades documentales –tal es el caso de la falsificación de tarjetas de circulación o licencias de conducir (casos 13, 15 y 16). También se aplicó en un caso de extorsión (caso 14) siendo estos últimos supuestos los que ameritan una mayor reflexión.

Finalmente consideramos importante mencionar que la fase de negociación resulta vital incluir a la víctima como parte de la misma, a fin de hacerle saber las ventajas que supone para ella la aplicación de este criterio de oportunidad, y la importancia que la colaboración del imputado delator tiene para el proceso.

No obstante, lo anterior no implica que la víctima se encuentre presente al momento que el imputado brinde su información, sino más bien hacer de su conocimiento que existe la posibilidad de prescindir

de la persecución penal contra esa persona y escuchar su opinión al respecto. Lo anterior, se recomienda para efectivizar los derechos de la víctima plasmados en el Art. 13 del Código Procesal Penal.

Pese a ello, si la víctima no asiste a la Fiscalía o se niega a aceptar la aplicación del criterio de oportunidad, su decisión no es vinculante para el Ministerio Público, quien lo tendrá en consideración únicamente como un factor al momento de ponderar su decisión.

La utilidad de lo anterior radica en que no se puede olvidar que el Ministerio Público ejerce no sólo la pretensión penal, sino también la pretensión civil de una manera conjunta y el concientizar a la víctima acerca de la relevancia que para el proceso tiene la cooperación del imputado y los riesgos que este adquiere al delatar a los demás pueden lograr que la misma considere la posibilidad de renunciar a la pretensión civil en contra de éste, pues no se extingue con el dictado del sobreseimiento definitivo Art. 45 (2) (f) del Código Procesal Penal lo que podría facilitar la negociación con el imputado colaborador. Pero nunca debe olvidarse que es una decisión que únicamente le compete a la víctima o a sus familiares.

Sobre este punto, se observó que en los casos 2, 3, 5, 11, 6, 7, y 9, la Fiscalía solicitó se tuviera por ejercida la acción civil en contra de todos los imputados procesados, incluyendo a los que solicitaba la aplicación de un criterio de oportunidad. En el resto de casos, sobre todo en los que se solicitó la aplicación del criterio en audiencia, no se hizo alusión a este aspecto por parte de la Fiscalía.

Nos llamó la atención el caso 4, en el cual las víctimas sí fueron parte de la negociación y renunciaron voluntariamente a la pretensión civil. Además, en el caso 1, la Fiscalía se auto atribuyó la potestad de renunciar a la pretensión civil argumentado que;

“... Para que exista congruencia con la acreditación del concepto de justicia premial, y siendo que se rescinde del ejercicio de la acción pública, pedimos a su autoridad tenga por renunciada a la acción civil en contra del criteriado...”

Sobre este último caso, nos parece importante señalar que con base a los Arts. 42 y 43 del Código Procesal Penal, la Fiscalía no posee ninguna potestad para renunciar a la pretensión civil, pues la ley lo obliga a ejercerla juntamente con la penal en los delitos de acción pública, no estando facultada para hacer renunciaciones de este tipo, que solamente es atribución de la víctima. En este punto adquiere mucha relevancia la función controladora que sobre las peticiones fiscales ejercen los jueces a fin de tutelar los derechos de las víctimas, que incluyen el derecho de reparación.

Se puede pensar como recomendación de lege referenda, para garantizar aún más los derechos de las víctimas, crear en la Ley Orgánica del Ministerio Público un mecanismo de control interno, que consista en la posibilidad para la víctima de recurrir al interior del Ministerio Público de la decisión de prescindir de la persecución penal que tome el fiscal asignado al caso, ante una autoridad superior dentro de la Fiscalía. Este sistema funciona en países como Portugal, Alemania, Estados Unidos y Puerto Rico.

También se puede pensar en la posibilidad que en los delitos graves sea el Estado el que asuma esta reparación, ya que está es una de sus obligaciones principales en el campo de los derechos humanos, junto con la prevención de la violencia y el combate de la impunidad. Además, es importante mencionar que la asistencia a las audiencias por parte de las víctimas es mínima, a pesar de convocárseles al efecto (casos 1, 2, 3, 5, 10, 11, 12 y 14), por ello su intervención en esta fase es vital.

#### **4.2.2 Fase de corroboración mínima.**

Otro elemento importante a valorar por la representación fiscal es la existencia de otros elementos de convicción que corroboren el dicho del imputado colaborador. Para ello, el fiscal debe hacer un ejercicio de supresión hipotética, sustrayendo la declaración del delator y examinando con qué tipo de pruebas cuenta en contra del resto de imputados, para presentar el respectivo requerimiento fiscal o la acusación. Esto le puede ser útil para valorar supuestos tales como que la información del testigo no sea veraz, en caso se anule su testimonio por algún motivo ajeno a éste, etc. Para lograr este objetivo debe trabajar de la mano de la Policía.

En las peticiones fiscales de los casos 1, 3, 5, 11, 15, 16 y 17, la Fiscalía expresó que la corroboración de la información ya se había verificado, y en los casos 2, 4, 5, y 9, se establecía que la corroboración había sido parcial, en el resto de casos no se estableció si se había corroborado o no la información.

La mayoría de entrevistados expresó su acuerdo en que debe corroborarse la versión del imputado delator antes de solicitar la aplicación del criterio de oportunidad, para evitar problemas posteriores, y en todo caso sirve de parámetro a la Fiscalía para valorar la eficacia y utilidad de la información brindada.

No obstante ello, algunos fiscales consideraron que para eso era el plazo de instrucción, donde corroborarían la información.

Consideramos importante resaltar en este punto, que si bien es cierto que en las primeras etapas del proceso se cuenta con un plazo

de instrucción en el cual se supone el fiscal, puede continuar investigando el hecho y corroborando en su totalidad la información que le ha sido proporcionada por el imputado delator, previo a solicitar la aplicación de este criterio de oportunidad, el fiscal debe de corroborar mínimamente la versión del imputado delator, como parte de una investigación seria.

Lo anterior, es una exigencia del proceso lógico que exige la persecución penal para lograr efectivos resultados que implica primero investigar y luego acusar, y no viceversa, evitándose así posibles "sorpresas" con relación al testimonio del imputado delator, que tendrían serias repercusiones en el proceso.

Piénsese en el caso de un imputado que proporciona datos sobre la comisión de un homicidio e involucra a ciertas personas, por móviles de odio y luego la defensa comprueba, por ejemplo, que sus defendidos se encontraban fuera del país o reclusos en un centro penitenciario a la fecha de los hechos, lo que desvirtuaría toda la investigación y sus resultados, si la Fiscalía basa únicamente en el testimonio de este imputado delator <sup>66</sup>. No obstante lo anterior, debe aclararse que esta corroboración se puede efectuar por prueba directa o indirecta, e incluso la ausencia de algún dato que corrobore la versión del imputado delator, puede ser un parámetro para no prescindir de la persecución penal en contra de éste.

Además, juntamente con la petición de aplicación de un criterio de oportunidad el fiscal debe anexar las diligencias que hubiere practicado, incluidas las de corroboración, esto derivado del deber de motivar sus peticiones, tanto fáctica como jurídicamente, señalado en el Art. 83 (2) del Código Procesal Penal.

#### **4.2.3 Fase de suscripción de convenio.**

Una vez que se ha corroborado aunque sea mínimamente la información del imputado delator y se ha tomado en cuenta todos los factores antes mencionados, además de contar con la autorización por escrito del jefe de unidad respectivo, el fiscal debe elaborar un "Acta de acuerdo negociado para el esclarecimiento del hecho", en la que se debe hacer constar al menos:

1. Lugar, día, fecha y hora.
2. Nombre y apellido de las personas que asistieron y la calidad en que actuaron.

---

<sup>66</sup>. El fundamento de esto radica en la importancia del interés público que se encuentra en juego que es la libertad del resto de los imputados sobre los cuáles recae la delación, la que no puede ser restringida o eliminada injustamente por una pena o medida cautelar, sino se logra la certeza de su responsabilidad penal en los hechos. Para lo cual resulta insuficiente la incriminación de un delator.

3. Resultados de la negociación.
4. Relación del informe de corroboración de la información o de al menos alguna parte de la misma, rendido por los investigadores asignados al caso.
5. Acuerdo al que se llegó y ofrecimiento del fiscal -acá se puede incluir lo de la reserva del proceso- de la posible aplicación del régimen de protección de testigos, el plazo en que quedará en suspenso la acción penal, además de informar al imputado de las medidas sustitutivas de la detención provisional que se solicitaran en caso de ser necesarias.
6. La designación de los investigadores a quienes se encomienda la completa verificación de la información.
7. Precisión del contenido concreto de la colaboración del imputado -que proporcione nombres de personas involucradas, lugares, que declare en juicio-etc.
8. Constancia que el imputado comprende el contenido del convenio, que ha prestado su consentimiento de una forma libre y que fue asistido por defensor.<sup>67</sup>
9. Prevención al imputado, si el criterio de oportunidad que otorga es condicionado, que se puede continuar con el caso en su contra, de no resultar efectiva su información o de no cumplir con su colaboración y explicarle en que consistirá la misma.

Esta acta quedará resguarda en la Fiscalía y será estrictamente confidencial. Para que no entorpezca la investigación no se dará copia a las partes, pero una copia deberá ser enviada al Fiscal General de la República. Asimismo, en caso de ser solicitada por un juez deberá extenderse certificación de la misma.

La importancia de la elaboración de esta acta radica en que puede ser un mecanismo que sirva de garantía al imputado colaborador, que una vez que brinde la información que posee, la Fiscalía no se retractará de su obligación de solicitar un criterio de oportunidad a su favor, claro está, siempre que dicha información sea eficaz.

También en esta acta se puede hacer constar las diligencias de investigación que se verificarán con el imputado, a fin que el defensor cuente con la posibilidad de asistir a las mismas.

En esta acta no necesariamente debe plasmarse la información que posee el imputado colaborador, pues resulta más conveniente que por aparte se haga constar su declaración. En este punto es importante hacer mención que en los casos 2, 3 y 4, se hizo constar en el

---

67. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha declarado en los casos Golder del 21 de febrero de 1975, Airey del 9 de octubre de 1999, y caso Deweer del 27 de febrero de 1980, que no se produce violación del convenio porque existan transacciones con los imputados siempre que se cumplan con determinados requisitos como la ausencia de amenazas.

requerimiento respectivo que se había elaborado un acta de compromiso en sede fiscal, pero no se anexaron a los expedientes judiciales examinados o fueron devueltos al Ministerio Público.

En el resto de casos no se hizo constar la existencia de este tipo de documentos y al entrevistar a un fiscal sobre el contenido del mismo expresó que poseía los requisitos generales de las actas (lugar, fecha, comparecientes) y el compromiso fiscal de otorgar un criterio de oportunidad

al imputado X, haciéndose constar que la información se verificará posteriormente y la firma de los asistentes.

En este punto debe preverse que en el caso que la petición de aplicación de este criterio de oportunidad se diere en el transcurso de una audiencia, en dicha acta se deberá hacer constar el contenido del acta de compromiso del imputado, debiéndose solicitar una copia para ser anexada al expediente fiscal para ser resguardada en el archivo respectivo.

#### **4.2.4 Fase de declaración extrajudicial del imputado.**

El mecanismo que más utiliza la Fiscalía para materializar la información que aporta el imputado colaborador es la confesión extrajudicial (casos 1, 2, 3, 4, 6, 7, 9 y 11). Algunos de los entrevistados expresaron que este tipo de mecanismos puede vulnerar el derecho del imputado a no autoincriminarse, ya que sus declaraciones son un medio de defensa y la misma es indivisible, por lo que debe ser valorada en lo favorable como en lo desfavorable.

Al respecto consideramos pertinente aclarar que si bien el mecanismo de la confesión extrajudicial no resulta el más idóneo, es el más acorde con la normativa vigente, pues en la fase extrajudicial el colaborador continua teniendo la calidad de imputado, que perderá hasta que el juez dicte el correspondiente sobreseimiento definitivo a su favor a consecuencia de haber autorizado la aplicación del criterio de oportunidad.

Con respecto al argumento que son un medio de defensa, no puede pasar por alto que, específicamente, las declaraciones de este imputado colaborador se deben considerar como una estrategia misma de la defensa del mismo, consistente en renunciar a ese derecho de no auto incriminarse, proporcionando información que le generara la exención de responsabilidad penal.

Además, es importante mencionar que si se le tomase declaración en calidad de testigo en esta etapa preprocesal no se justificaría la presencia de defensor.

Algunos alegan que en puridad no es una confesión porque no

es libre ni espontánea, al estar sujeta a la expectativa de recibir un posible beneficio, pero este argumento de análisis de voluntad, no es verificable.

En este punto es importante determinar qué clase de confesión es la que rinde el imputado colaborador y cuáles son los requisitos necesarios para su validez. Al respecto, se afirma que la confesión puede ser de tres tipos:

- a. Confesión propia o auto inculpación, donde se refiere al reconocimiento de la propia autoría o participación en el delito.
- b. Confesión ajena, que significa que un acusado atribuye a otro la ejecución del delito en que ambos son procesados.
- c. Confesión mixta, en la cual el imputado a la vez que se auto inculpa también inculpa a otros. Estos dos últimos tipos de confesión son los que se da en la mayoría de criterios de oportunidad aplicados en base al Art. 20 (2) del Código Procesal Penal.

Los requisitos que debe reunir esta confesión extrajudicial, incluidos en el Art. 222 del mismo Código, son:

- a. Debe acreditarse que se ha prestado de una forma libre y espontánea fuera de toda idea de presión, amenaza, intimidación o violencia..
- b. Es necesario que se pruebe el contenido por uno o más testigos que merecieren fe al juez.
- c. Es necesario que sea verdadera, en el sentido que guarde concordancia con otros elementos de juicio que existan en el proceso.
- d. Que los testigos den fe que el confesante al rendir su declaración o al suscribir la escrita, no fue objeto de violencia física o moral.
- e. Con información del derecho a no declararse culpable
- f. Rendida con asistencia de defensor.

Cuando esta confesión reúna todos los requisitos antes enumerados puede ser presentada por el fiscal como uno de los fundamentos para solicitar la aplicación el criterio de oportunidad ante el juez respectivo.

Las pautas generales de valoración de las confesiones de los imputados son: la presunción de veracidad de las mismas, que implica que se presumen verídicas en lo abstracto, la verosimilitud de lo confesado, la coherencia y espontaneidad y la coincidencia con otros elementos de convicción.<sup>68</sup>

En relación con el valor probatorio de esta confesión extrajudicial,

---

68. JAUCHEN, Eduardo M.; La prueba en materia penal, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1998, Págs. 76-79.

si bien el Art. 222 del Código Procesal Penal, establece que si reúne todos los requisitos mencionados en dicha disposición tiene el valor de prueba, se debe tomar en consideración que este tipo de confesiones no tienen el mismo valor probatorio de otros medios de prueba, pues no han sido vertidas ante un juez imparcial que garantice su legalidad, ni tampoco se ha hecho respetando el principio contradictorio, que son requisitos mínimos para toda producción de prueba que debe ser incorporada por su lectura al momento del juicio.

Este respeto al contradictorio no se da por la misma naturaleza de la confesión, pues al imputado no se le puede pedir juramento o promesa de decir verdad, no puede interrogar de manera a inducirlo a decir la verdad, pues las preguntas no pueden ser capciosas ni sugestivas, así como tampoco se le pueden hacer reconvenções tendientes a obtener una confesión. La inobservancia de las prohibiciones antes referidas, acarrearía la nulidad de lo actuado.

Debe recordarse además que estas declaraciones no son pruebas anticipadas ni pruebas preconstituidas, que puedan ser incorporadas al debate, constituyendo únicamente elementos de convicción que el juez valorará en las primeras etapas del proceso y que por sí solas nunca van a destruir la presunción de inocencia de los individuos, ya que solamente concatenados a otros elementos de convicción pueden servir de fundamento para decretar la detención provisional de imputado u ordenar la instrucción o apertura a juicio en un proceso.

Ahora bien, surge la duda de cuál debe ser la interpretación más adecuada del Art. 330 (3) del Código Procesal Penal que establece la posibilidad de incorporar mediante lectura las declaraciones de coimputados rebeldes o ya sentenciados, si aparecen como partícipes del delito que se investiga u otro conexo.

Debe entenderse que esta disposición se refiere a aquellas declaraciones de imputados delatores que reúnen las siguientes condiciones:

1. Que exista una comprobada imposibilidad de reproducción oral en el juicio dada la rebeldía del imputado delator u otro tipo de causal.
2. La práctica de la misma debió haberse realizado con la intervención judicial.
3. Posibilidad de contradicción, que incluye el derecho de las partes de interrogar al imputado delator, la presencia de los procesados en dicha diligencia para ejercer su derecho de defensa material o bien el uso del derecho al careo. Aunque en este punto es importante mencionar que al menos debió de haberse garantizado “la posibilidad de asistencia”, pues la negligencia de la defensa no puede impedir que se lleve a cabo

la misma.

#### 4. Su reproducción mediante lectura en el juicio oral.

Los requisitos antes mencionados no pueden ser cubiertos definitivamente en una confesión extrajudicial por varios motivos, entre los cuales se encuentran: que el imputado delator al confesar no puede ser sujeto a contra interrogatorios; la confesión extrajudicial está diseñada para que no se haga en presencia judicial porque para tal fin esta diseñada la confesión judicial, por lo que bajo ningún supuesto podrían admitirse como prueba documental para ser valorada en juicio ante los tribunales de sentencia.

En todo caso, las declaraciones que el imputado rinda en sede extrajudicial, si reúnen los requisitos antes mencionados, únicamente podrán ser utilizadas en el juicio como prueba de refutación, en caso de existir contradicciones con posteriores declaraciones del imputado delator sobre los mismos hechos, encontrándose el juez de sentencia facultado para ordenar la lectura de las mismas y escuchar las explicaciones del imputado sobre las discrepancias para decidir a cual dará preferencia, con base a las reglas de la sana crítica (Art. 340 del Código Procesal Penal).

En el derecho comparado se discute la validez de las declaraciones de coimputados, que se auto incriminaron e incriminaban a otros, en la creencia que se le iba a conceder un criterio de oportunidad, con total desconocimiento de sus derechos.

En ese sentido, en el caso Pueblo v. De Jesús, 99 TSPR 113, el Tribunal Supremo de Puerto Rico consideró que estas confesiones en las que se incrimina a otros sin las advertencias legales u obrando el imputado bajo la creencia que le será otorgada la Inmunidad, no valen, pues:

“...los agentes investigadores vienen en la obligación de hacerle las advertencias a éste, pues no se trata de un juego del más listo, de lo que se trata es de la observación de derechos fundamentales garantizados en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, ya que toda persona sospechosa tiene derecho a permanecer callado, a un abogado, etc., y debe hacerse saber por los órganos de investigación sus derechos...”.

Finalmente, el Tribunal Supremo de Puerto Rico consideró procedente suprimir en su totalidad esa evidencia aunque incriminaba

a otros, ya que la consideraron inadmisibile, pues no fue voluntaria -es decir, producto de una decisión libre- y con completo conocimiento del derecho al que se renunciaba.

Por su parte, en España, en la STS del 30 de junio de 1997, se le dio valor a la declaración auto inculpatória que resulta también acusatoria de otros, obtenida sin información de derechos y sin asistencia letrada, con respecto a lo referido a los datos de la delación de otros imputados, pues consideraron que el principio *nemo tenetur*, no resulta vulnerado cuando se trata de declaraciones que incriminan a otro procesado.

Agregan, que una cuestión diversa es que si esa declaración pueda llegar a ser ponderada en contra de quien la fórmula, pues no valen en ese caso por la garantía de no autoincriminación que posee el imputado, pero si es respecto de otros, puede tomarse como prueba indiciaria<sup>69</sup>.

Sobre este punto consideramos importante aclarar que en nuestro país, si por alguna razón se negara la aplicación del criterio de oportunidad a un imputado que ha proporcionado su colaboración en el proceso aportando información en una confesión extrajudicial, su contenido no podría ser utilizado en su totalidad, pues constituiría prueba ilícita, porque su voluntad de declarar no sería producto de una decisión libre y deliberada ni con pleno conocimiento de la naturaleza del derecho al que se renuncia, requisitos indispensables para la validez de toda confesión.

Esta por ser una prueba ilícita en ningún caso podría ser valorada como indicio, a pesar de lo dispuesto en el Art. 15, inciso final, del Código Procesal Penal, ya que un Estado no puede basar una investigación en actos violatorios de derechos fundamentales, pues en tal caso esta se convertiría en ilegítima.

No obstante lo anterior, consideramos que sería más recomendable que al igual que en el procedimiento abreviado del Art. 380, inciso final, del Código Procesal Penal, existiera una disposición que establezca que las declaraciones de los imputados en estos casos no tendrán ningún valor probatorio en contra de los mismos en el supuesto que no se conceda la aplicación del criterio de oportunidad.

La redacción propuesta para tal fin es la siguiente:

“Art. \_\_\_\_ Restricciones

Las declaraciones del imputado que colabore

69. ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel; Guía práctica de la prueba en el proceso penal, Editorial Práctica de Derecho, S.L., Madrid, 2000, Págs. 68 y 69.

decisivamente con la investigación brindando información esencial para evitar la consumación o continuación del delito en que haya participado o para lograr la condena de otros copartícipes del mismo delito o de otro diferente, no tendrán ningún valor de convicción sino se producen bajo el control de la acusación y la defensa y ante la presencia de un juez.”

#### **4.2.5. Fase judicial que comprende la presentación de petición al juez, realización de audiencia y aseguramiento de la información -vía anticipo de prueba- en los casos que proceda.**

En relación con la fundamentación de las peticiones fiscales para la aplicación del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, encontramos que los fiscales utilizan fórmulas genéricas, tales como :

(a) "Que el imputado proporciona información de lugares, personas y contribuye decisivamente al esclarecimiento del hecho, por lo que se solicita la aplicación de un criterio de oportunidad a favor de..."

(b) "Que el imputado...detalla acciones y delata a otros coautores del ilícito, contribuyendo decisivamente al esclarecimiento de los hechos por lo que nos comprometimos a otorgar un criterio de oportunidad a favor de ...."

(c) "Que el imputado detalla sus acciones, delata a otros coautores del delito por lo que la representación fiscal se comprometió a otorgar un criterio de oportunidad al señor ... por haber contribuido decisivamente al esclarecimiento del hecho..."

En tal sentido, se encuentran las peticiones fiscales de los casos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11 y 14. Al respecto, consideramos que estas fundamentaciones resultan insuficientes, ya que el fiscal debe establecer que se comprobó la posible participación del imputado en el hecho, en qué consiste la colaboración del imputado en el proceso, si fue o no corroborada mínimamente la información, el fundamento para declararlo condicionado, (lo cual únicamente se realizó en el caso 11), el plazo en que se mantendrá en suspenso la acción penal y las diligencias de corroboración que se pretenden realizar, anexando a su petición las ya realizadas.

Además debe fundamentar las medidas cautelares que solicita se apliquen al imputado colaborador y en su caso la necesidad de aplicación del régimen de protección de testigos. En los casos analizados se solicitó la aplicación de medidas sustitutivas de la detención provisional (casos 2, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14 y 16), las medidas sustitutivas más

solicitadas en su orden fueron las del Art. 295 (3), (5), (1), y (6), del Código Procesal Penal.

Con respecto a la medida cautelar establecida en el Art. 295 (2) del mismo cuerpo normativo, consistente en la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una institución, la mayoría de imputados delatores fueron puestos bajo la vigilancia de la Policía Nacional Civil.

Consideramos pertinente la aplicación de estas medidas cautelares, pues el imputado colaborador no debe ser completamente desligado del proceso penal y de esa forma se puede garantizar su presencia en el juicio.

Referente al régimen de protección de testigos fue solicitado en los casos 2, 3, 5, 6, 7, 9, 12 y 14, pero las peticiones no fueron debidamente fundadas a nuestro criterio, pues solamente se hacía uso de la siguiente fórmula genérica:

“Se aplique en el presente caso el régimen de protección de testigos y peritos en el sentido que sean borrados los datos de filiación de las víctimas y testigos del hecho y los mismos sean sustituidos por números acordes a una lista que debe permanecer en poder el juez competente y disposición reservada de las partes”

En este punto se debe recordar que toda clase de peticiones que formule la Fiscalía deben encontrarse debidamente fundamentada, no sólo jurídicamente sino también de facto. La aplicación de este régimen tiene su fundamento en el derecho de protección que esta plasmado en el Art. 2 de la Constitución.

Al momento de otorgarlo la Fiscalía debe ponderar el hecho que la protección de estas personas no sólo se satisface con la salvaguarda de su identidad, sino que se requiere de medidas complementarias tales como la protección policial de los mismos durante el proceso y aún hasta cierto tiempo después de concluido el mismo e incluso la eventual concesión de ayudas económicas en aquéllos casos excepcionales en que el imputado colaborador abandona su domicilio y trabajo habitual, pues descuidos en este aspecto pueden generar consecuencias fatales para los delatores.

En relación con la fase de aseguramiento, el mecanismo más utilizado es el anticipo de prueba al que se hará referencia en otro apartado de este capítulo.

#### **4.2.6 Fase de cumplimiento de la colaboración y definición de la situación jurídica del imputado colaborador.**

En la mayoría de casos el criterio de oportunidad por colaboración del imputado en el proceso, a excepción del caso 15 -donde se sobreseyó definitivamente- se condicionó al cumplimiento de la colaboración o a la

eficacia de la información.

Al entrevistar a los fiscales acerca de cuál era el momento que consideraban oportuno para definir la situación jurídica del imputado encontramos dos criterios al interior de la Fiscalía: el primero, establecía que una vez corroborada la información brindada por el imputado era el momento para considerar que había cumplido con su colaboración y; el segundo, que consideraba que era hasta después que el imputado colaborador declaraba en el juicio que se podía definir su situación jurídica, pues consideraban muy riesgoso el sobreseer definitivamente a un imputado que podía retractarse a la hora del juicio, si se definía con anterioridad su situación jurídica.

Al respecto, consideramos que el Art. 21 (3) del Código Procesal Penal plantea dos situaciones diferentes como condiciones suspensivas para el dictado del sobreseimiento definitivo a favor del imputado colaborador.

La primera es el concepto de “cumplimiento de la colaboración”, al respecto debe entenderse que esto se verifica hasta que el imputado termina su función de colaboración en la última de las etapas procesales que es el juicio, debido a que es hasta este momento cuando verdaderamente se vertirá su declaración y su testimonio será utilizado como prueba de cargo contra el resto de imputados.

En algunos requerimientos se hizo alusión a que este cumplimiento se podía dar tanto cuando el imputado declaraba en el juicio, o bien cuando rinda por medio de un anticipo de prueba su testimonio, tema que se analizará más adelante. Este concepto de cumplimiento de la colaboración, necesariamente abarca que la misma sea eficaz.

Un aspecto polémico se refiere al contenido de la colaboración. No cabe duda que para la información sea relevante o esencial debe revelar datos sobre la existencia del hecho y la individualización o detención de sus autores, los medios de ejecución y los provechos obtenidos, pues no debe olvidarse que: (i) una información puede ser relevante aunque sólo haya servido como noticia criminis y, (ii) revelaciones causalmente esenciales para obtener aquellos datos pueden desperdiciarse por técnicas investigativas inadecuadas no atribuibles al colaborador <sup>70</sup>.

La segunda situación es la eficacia de la información. Este tipo de condición puede verse cumplida, únicamente, cuando el imputado proporciona información veraz, sobre delitos aún no consumados que permita lograr resultados en su frustración, como decomisos de mercaderías, drogas, etc. En estos supuestos, definitivamente, su

---

70. RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander; El arrepentido y la investigación penal encubierta. Aspectos problemáticos de la persecución del crimen organizado, Trabajo inédito, San José, 2003, Págs. 1-23.

colaboración en evitar la consumación de los ilícitos debe provocar que el Ministerio Público lo desvincule del proceso.

No obstante, por regla general consideramos que es prudente definir la situación jurídica del imputado hasta que éste declare en juicio, pues es la única vía con que cuenta la Fiscalía para continuar con la persecución penal de un delincuente que se retracta al momento de declarar.

Esto puede evitar situaciones en las cuales el imputado, como coartada, luego de concedérsele el criterio de oportunidad, simplemente no declara en juicio o se retracta con la idea que las únicas penas a las que podría enfrentarse serían las del fraude procesal del Art. 306 del Código Penal, que prevén penas mucho menos severas que las que hubiera afrontado en caso de ser enjuiciado.

Es que no podemos desconocer que en la realidad el fiscal puede encontrarse ante “falsos arrepentidos”, quienes, con la finalidad de desorientar las pesquisas, pueden comprometer la dignidad y la seguridad de personas que no tengan vinculación alguna con los delitos que se trata de perseguir. Dos podrían los correctivos que en la práctica se podría asumir para disminuir tal eventualidad: el primero, evitar que la hipótesis investigativa grave únicamente sobre aquella información. La exclusiva dependencia de la colaboración puede inducir a error al fiscal, quien -equivocadamente- puede desechar otras alternativas de investigación, tal vez relevantes y acaso las verdaderas. Luego, tal como se ha puesto en evidencia en Italia, el Ministerio Público podría revertir los beneficios otorgados con base en una colaboración fraudulenta, cuando existan hechos nuevos que acrediten el error judicial. Sería pues, una causal de revisión (contra el reo).<sup>71</sup>

En otros países, la solución que se propone en estos casos es la elevación de la pena para los delitos de falso testimonio para el caso de los delatores,<sup>72</sup> otorgándole la calidad de testigo al imputado y obligándolo a declarar, pudiendo ser en éstos casos juramentado y tratado en todo como un testigo.

El problema es que nuestro Código, la situación jurídica del imputado delator se define hasta el dictado del sobreseimiento definitivo, pero a lo largo del proceso continua siendo imputado, pero es tratado en lo demás como un testigo, por esa razón se habla en la doctrina que este rinde un testimonio impropio.<sup>73</sup>

Por otro lado, tampoco puede ser considerado un testigo en

71. RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander; Ob. cit., Pág. 18.

72. Para el caso el art. 1479 del Código de Enjuiciamiento Criminal de Puerto Rico, dispone como sanciones a quienes se les concedió inmunidad contra procesamiento que luego se nieguen a contestar el interrogatorio. Las multas van de 500 a 5,000 dólares dependiendo de la gravedad del delito y penas que van desde los seis meses hasta los diez años, existiendo la posibilidad de imponer ambas penas simultáneamente a discreción del juez.

73. CLIMENT DURAN, Carlos; La Prueba Penal, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1999, Pag. 302.

puridad, pues relata hechos de causa propia y tiene un interés en la resolución, casos en los cuales se permitiría tachar a un testigo.

A fin de solucionar esta problemática, algunos proponen la siguiente reforma al Art. 87 (5) del Código Procesal Penal:

“Art. 87 Derechos del imputado El imputado tendrá derecho:

“...5. A abstenerse a declarar y a no declarar contra si mismo. Si lo desee el imputado, podrá renunciar voluntaria y espontáneamente a estos derechos y declarar ante un fiscal, debiendo estar acompañado de su defensor. Las partes podrán interrogarlo. Durante el juicio si el imputado decide declarar estará sujeto a ser sometido al contra interrogatorio del fiscal o del querellante o acusador, de conformidad a lo establecido por este código.”

Asimismo, se propone una modificación al Art. 262 (1) del mismo Código, en los siguientes términos:

“Art. 262 Métodos prohibidos de interrogación.

En ningún momento se le requerirá al imputado juramento o promesa, salvo en los casos en que declare bajo un criterio de oportunidad.”

Además se recomienda adicionar a la regulación de los criterios de oportunidad un procedimiento de aplicación en los siguientes términos:

“Art. \_\_\_\_\_

...3. La persona a la cual se beneficia con la aplicación de un criterio de oportunidad tendrá la calidad de testigo, estando sometido a las reglas previstas para éstos en este Código.

La presente disposición operará también para el imputado detenido o acusado...”

En todo caso, consideramos que se necesita definir esta situación en la ley, pues en la praxis judicial automáticamente que se concede criterio de oportunidad al imputado colaborador se considera a éste como un testigo, y en esa calidad se le toma el anticipo de prueba, a pesar que no se ha extinguido la persecución penal en su contra, por encontrarse condicionado el dictado del sobreseimiento definitivo al cumplimiento de la colaboración y definir su situación jurídica en el proceso podría traer beneficios para aclarar dudas del trato que se dará en el juicio.

Debemos recordar que al encontrarse suspendida la acción penal en su contra esto implica que no ha perdido su calidad de imputado y mientras no se defina su situación jurídica mantiene esa posición siempre y cuando se trate de los mismos hechos.<sup>74</sup> Por ello, no es

razonable que a un imputado se le juramente y se le hagan las advertencias de las consecuencias que le podría acarrear un testimonio falso, cuando va a declarar acerca de hechos en que está involucrado, ya que no podría ocultar información o mentir además de la responsabilidad penal que le podría acarrear.

Las diferencias entre la confesión y la declaración testimonial son sintetizadas en el siguiente cuadro:

CONFESIÓN	DECLARACIÓN TESTIMONIAL
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Antes que un medio de prueba es un medio de defensa material.</li> <li>2. Siempre es el relato de un hecho propio y perjudicial para el que lo presta.</li> <li>3. No es juramentado ni tiene la obligación de decir la verdad del hecho investigado, reconociéndosele incluso el derecho a mentir.</li> <li>4. Sus declaraciones falsas no le acarrear ningún tipo de responsabilidad penal.</li> <li>5. Nunca puede ser tachado.</li> <li>6. Las técnicas de su interrogatorio son limitadas.</li> <li>7. Tiene el derecho a callar.</li> <li>8. En el transcurso de su declaración puede consultar a su defensor.</li> <li>9. Es indivisible y debe ser tomado en lo favorable como en lo desfavorable.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Es un medio de prueba.</li> <li>2. Versa sobre el conocimiento que el testigo tenga sobre hechos propios o ajenos cuando ninguno de ellos lo perjudica.</li> <li>3. Tiene un deber de veracidad y para tal fin presta juramento o promesa de decir la verdad.</li> <li>4. En caso de ser falsa su declaración puede incurrir en el delito de falso testimonio.</li> <li>5. Puede ser tachado.</li> <li>6. Las técnicas para su interrogatorio son amplias.</li> <li>7. No posee el derecho a callar y si lo hace puede ser procesado por desacato.</li> <li>8. En el transcurso de su declaración no puede consultar a su abogado.</li> <li>9. Es divisible.</li> </ol>

El problema que surge es que al declarar este colaborador en calidad de imputado, restringe las posibilidades de interrogatorio de la defensa del resto de coimputados, lo que va en desmedro del derecho de defensa y de contradicción. Con base a tales argumentos es que surge la necesidad de una inmediata reforma a la normativa, para definir la situación del imputado colaborador en el proceso.

Diferente es el supuesto en que el delator brinda información en un proceso en el cual no ostenta la calidad de autor o partícipe, pues en estos casos puede declarar como testigo.<sup>75</sup> Este es el caso cuando el imputado no ha participado en el hecho o ha sido absuelto o previamente condenado y por razones objetivas (Rebeldía), no se hubiere realizado

74. Esta misma postura es apoyada por Jauchen, que estima que si el imputado colaborador incrimina a otros sí puede ostentar la calidad de testigo, pero si además se autoincrimina debe de ostentar la calidad de imputado, pues considera peligroso exigirle juramento, a lo que se agrega la sospecha de sus dichos. Cfr., Ob. Cit., Pág. 137. También Cafferata Nores, Ob. cit., Pág. 227, se adhiere a esta postura, sostenida también por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

75. En ese sentido se encuentra la Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Exp. 01-002001-0059-PE, Res. 2003-00136, del 28 de febrero de 2003.

el juicio para ambos.

En todo caso, y con la regulación actual, si se toma un anticipo de prueba a un imputado colaborador, sería en la forma de un confesión judicial, siendo los requisitos para la validez de la misma los siguientes: (a) debe ser prestada ante un juez; (b) es un acto personalísimo del imputado por lo que sólo puede ser rendida por éste; (c) debe ser expresa, voluntaria y espontánea; (d) debe tener por objeto hechos; (e) debe ser pormenorizada, clara y concreta; (f) el acto que la contiene debe ser válido; (g) debe existir sanidad mental en el confesante; (h) debe ser rendida con asistencia de defensor; (i) debe hacerse con el conocimiento de sus derechos.

Sólo en el caso que esta confesión reúna los requisitos antes mencionados, “podrá” ser apreciada como prueba en el juicio a tenor del Art. 221 del Código Procesal Penal, y además, cumplir con los requisitos del Art. 270 del mismo Código, en caso que el imputado colaborador no pueda asistir al juicio por alguna causa comprobada.

En relación con el plazo en cual se mantiene en suspenso la acción penal, éste no se encuentra determinado en la ley. En los casos 1, 3, 4, 5, 6, 11, 13, y 16, algunos fiscales solicitaron un plazo para definir la situación jurídica del imputado que oscilaba entre dos y seis meses.

Este plazo es importante porque de la determinación del mismo depende la certeza del momento en que se definirá la definición jurídica del imputado y le otorga cierto margen de seguridad jurídica a éste.

Esto además genera la obligación de la Fiscalía de estar pendiente del cumplimiento de estos plazos, a fin de informar al juez a quien se le solicitó la aplicación del criterio de oportunidad al finalizar los mismos, dicte el sobreseimiento definitivo a favor del imputado delator.

En el caso 14, aconteció que transcurrido el plazo de tres meses solicitado por la Fiscalía, ésta no presentó ninguna petición ante el Tribunal de sentencia que otorgó el criterio de oportunidad por lo que el tribunal oficiosamente le previno que se pronunciara al respecto, presentado la Fiscalía posteriormente la solicitud de sobreseimiento definitivo.

También, la defensa debe jugar un rol fundamental en la determinación de la situación jurídica del imputado y estar atento a que la Fiscalía solicite al correspondiente sobreseimiento definitivo una vez cumplida la colaboración.

No obstante lo anterior, consideramos que lo más saludable es incluir en el Art. 21 del Código Procesal Penal, un plazo que no puede exceder de un año, en el cual puede quedar en suspenso la persecución penal.

### 4.3 Tipo de análisis que el juez debe realizar al solicitársele la aplicación del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal.

#### 4.3.1 Análisis de forma.

Este tema aún se encuentra en discusión en la doctrina, pues algunos autores, como Bovino,<sup>76</sup> opinan respecto al control judicial de las peticiones de prescindir de la persecución penal, que el tribunal no puede reemplazar el juicio discrecional del fiscal, pues el juicio de oportunidad político criminal sobre la persecución no es una función que pueda ser ejercida por los jueces.

Este criterio es apoyado por el principio de división de poderes, pues con base al Art. 172 de la Constitución a los jueces le corresponde juzgar y ejecutar lo juzgado, y a los fiscales acusar, de conformidad al Art. 193 de la Constitución.

Otros autores, como Daniel González,<sup>77</sup> lo formulan como un problema de controles externos que necesariamente deben existir sobre las peticiones fiscales donde se solicita que se prescinda de la persecución penal.

Al respecto, nuestro Código Procesal Penal al regular los criterios de oportunidad, retoma esta segunda opción, según la cual el juez controla, por medio de su aprobación o desaprobación la potestad discrecional de la Fiscalía de prescindir de la persecución penal.

No obstante dicha regulación, consideramos que con la finalidad de garantizarle al ciudadano que efectivamente existirá una división entre las funciones de acusar y juzgar se debe delimitar cuál debe ser el alcance del análisis que el juez hace de dicha petición fiscal, a fin de respetar el diseño constitucional del proceso penal, evitando que el juez se convierta en un fiscal superior que avala o rechaza esta petición. En ese sentido la jurisprudencia costarricense ha sostenido que:

“...el órgano jurisdiccional ha de ser un activo garante de la legalidad, sin que pueda sustituir al fiscal en la apreciación de la conveniencia de la persecución penal, pero debe constatar que al menos el convenio a cumplido las expectativas programadas...el tribunal debe informarse a través del Ministerio Público, acerca de los resultados de la negociación, sin que resulte lícito discrepar sobre la utilidad reportada, pues por mandato del principio acusatorio, tal calificación corresponde al ente acusador...”<sup>78</sup> En los casos analizados encontramos que en la mayoría de ocasiones el juez se limitaba a “avalarse” la petición fiscal

76. BOVINO, Alberto; La persecución penal pública en el derecho anglosajón, Revista Pena y Estado No 2, año 3, Editores del Puerto, S.r.l., Buenos Aires, 1997, Págs. 50-79.

77. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel; El criterio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, Revista de Ciencias Penales, año 5, No. 7, San José, Julio de 1993, Pág. 67.

78. SENTENCIA de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Exp. 98-200856-275 PE, Res. 00392-99, 9 de abril de 1999.

de aplicar este criterio de oportunidad, sin efectuar un análisis de la petición, utilizando fórmulas tales como:

(a) “El imputado ha demostrado que desea colaborar por lo que es procedente otorgarle el criterio de oportunidad a...”.

(b) “El imputado ha ayudado al esclarecimiento de los hechos, lo que justifica la aplicación de un criterio de oportunidad a favor de...”.

(c) “La Fiscalía posee el monopolio de la investigación y si ella lo solicita no hay objeción para la aplicación de un criterio de oportunidad a favor de...”.

Con este tipo de fundamentos se encuentran los casos 2, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16. Los casos en los cuales se encontró un análisis más detallado de las peticiones fiscales fueron los casos 4 y 9.

En el caso 4 el juez verificó que existía voluntad del imputado de colaborar en el proceso y que estaba consciente de las consecuencias de ello. Se estableció en qué consistía la colaboración que se había obtenido del mismo, que era aceptable pues se solicitaba en la investigación de delitos de criminalidad organizada y se advirtió a la Fiscalía de la necesidad de verificar totalmente la información que este aportaba.

En el caso 9 se analizó que efectivamente contra el imputado, a quien se le iba a conceder el criterio de oportunidad, existían elementos de convicción que lo incriminaban en el hecho, se estableció en que consistió la colaboración, que la Fiscalía lo solicitó en uso de su facultad persecutoria y que se accedía a aplicarlo porque se trataba de un caso de criminalidad organizada.

Los entrevistados no coincidieron en este punto, pues mientras para algunos el análisis del juez debía ser meramente revisión de la forma de la petición y referirse únicamente a la verificación de los supuestos del Art. 20 y siguientes del Código Procesal Penal, otros consideraban que se debía analizar también el fondo de esa petición fiscal.

Al respecto, consideramos que el juez en ningún caso puede suplir la determinación del fiscal de acusar, siempre y cuando ésta se encuentre fundamentada, fáctica y jurídicamente y, además, no viole ningún principio o derecho constitucional.

En tal sentido, el juez debe verificar el cumplimiento de los requisitos formales de la petición -control de la legalidad- establecido en el Art. 20 y siguiente del Código Procesal Penal.

Para tal fin, se propone el siguiente esquema de análisis judicial de la petición fiscal:

(a) Análisis del cumplimiento de requisitos legales para la aplicación de este criterio de oportunidad.

(b) Que sea el momento procesal oportuno para solicitarlo.

(c) Que sea solicitado por las personas autorizadas en el Código Procesal Penal.

(d) Debe verificar que el imputado haya tomado libre y voluntariamente su decisión, fuera de cualquier tipo de presión y que fue asistido por abogado defensor.

(e) Que el imputado comprende los efectos de la aplicación del criterio de oportunidad y en que consistirá su colaboración, en los términos descritos en el convenio.

(f) Que se garanticen los derechos de las víctimas, ya sea tomándolas en cuenta en la negociación o bien, ejerciendo la representación fiscal la pretensión civil a favor de las mismas, en caso de no haber renunciado a ésta.

(g) Que existan elementos de convicción para determinar que la persona a quien se le otorga este criterio de oportunidad ostenta la calidad de imputado, esto en caso de estar siendo procesado simultáneamente con sus co imputados.

(h) Que exista como parte de la fundamentación fáctica de la petición fiscal una mínima corroboración del dicho del imputado colaborador.

(i) Un análisis de proporcionalidad de la medida, pues en casos donde se viola este principio constitucional puede denegarse<sup>79</sup>.

(j) En caso de que el criterio de oportunidad que se solicite sea condicionado a la efectividad de la información o al cumplimiento de la colaboración, se debe establecer claramente el plazo en que se mantendrá en suspenso la extinción de la acción penal.

(k) Análisis del cumplimiento de requisitos legales para la aplicación de medidas cautelares y régimen de protección de testigos.

#### **4.3.2 La posibilidad de efectuar un análisis de fondo.**

En relación con a la valoración del fondo de la petición, se argumenta que el juez no puede analizar la conveniencia o utilidad de prescindir de la persecución penal, o de la credibilidad del testimonio de este imputado colaborador.

Al respecto, consideramos importante aclarar que una cosa es el análisis del juez de la solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad, el cual se esbozó con anterioridad, y otra muy diferente, es

<sup>79</sup>. Piénsese en el caso que la Fiscalía solicite la aplicación de este criterio de oportunidad en a favor del autor directo de los hechos, en detrimento de los partícipes, este tipo de peticiones desnaturalizaría por completo la aplicación de la justicia premial.

el valor probatorio que se le dará al testimonio del imputado colaborador, ya sea para decretar la detención provisional de los delatados, la instrucción, la apertura a juicio o bien la condena en un juicio.

Por tal motivo, consideramos conveniente esbozar el análisis que para la etapa del juicio le es permitido efectuar al juez de sentencia,<sup>80</sup> a fin de valorar la credibilidad de este imputado colaborador, con la aclaración que si éste es efectuado por el juez de paz o de instrucción al momento de dictar sus resoluciones debe ser menos riguroso, por la etapa en la cual se encuentra el proceso, ya que en las primeras etapas del mismo no se puede, por ejemplo, exigir una total corroboración de los hechos o impugnar a priori el dicho del imputado colaborador cuando no ha sido contrastado con las pruebas que desfilaran hasta el momento del juicio.

#### A. NECESIDAD DE CORROBORACIÓN DE VERSIÓN DEL IMPUTADO DELATOR POR MEDIO DE ALGÚN DATO EXTERNO QUE COMPRUEBE EFECTIVAMENTE SU MANIFESTACIÓN

Este requisito es importante al ser innegable que los imputados a quienes se les concede la aplicación del criterio de oportunidad por delatar a otros, hacen surgir en el juzgador una inevitable sospecha objetiva de parcialidad, motivada por un interés del imputado dirigido a autoexculparse, obtener un trato favorable o bien por la intención de perjudicar a quienes delata.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado señalando que la pruebas de declaraciones de coimputados y arrepentidos no están prohibidas y no cabe dudas del carácter testimonial de sus manifestaciones basado en su conocimiento extra procesal de los hechos, no violentándose con su inclusión la presunción de inocencia, sino constituyéndose en un dato que el tribunal tomará en cuenta a la hora de ponderar su credibilidad<sup>81</sup>. Añadiendo en la sentencia del Tribunal Supremo 2-1998, “que no es admisible contentarse con que la versión de éste sea compatible con algunas circunstancias que no contradigan las afirmaciones del coimputado.” Por ello se exige a partir de los resultados de las pruebas que existen en la causa y no dar por acreditada la verdad de las declaraciones del coimputado simplemente por la comprobación que algunos datos del proceso no contradicen las imputaciones vertidas; agregan que si se da valor probatorio a una inculpación proveniente de un coacusado interesado en la misma y además carente de comprobación objetiva, la indefensión de los afectados

80. Para la elaboración de este esquema se tomó como base el propuesto por Carlos Climent Durán, en su obra *La Prueba Penal, Tirant lo blanch*, Valencia, 1999, Págs. 298 a 331, destinado a la valoración de las declaraciones de coimputados, que en España son equiparados a los arrepentidos, con las valoraciones aplicables a estos últimos.

81. Sentencias del Tribunal Constitucional Español 137-1988 y 51-1995 y Sentencias del Tribunal Supremo 655-1996, 438-1996 y 692-1997.

es manifiesta.

La sentencia citada pone de relieve un punto neurálgico en este tema, el cual es la ponderación de credibilidad del testimonio del imputado delator, pues de no existir una corroboración, ya sea mediante prueba directa o indirecta de su dicho, se trata únicamente de la palabra de una contra otro, no extendiendo un fundamento para darle total validez a un testimonio que además de interesado es sospechoso.

En ese sentido, es interesante que en el derecho anglosajón, también se exija este requisito de la corroboración al momento de valorar el testimonio de un imputado al cual se le ha concedido inmunidad por su colaboración en el proceso.

Al respecto, es ilustrativo que en el caso *El Pueblo de Puerto Rico v. Víctor Negrón Vélez*, 96 DPR 499, el Tribunal Supremo de Puerto Rico sostuvo que la prueba de corroboración del testimonio de un cómplice, requerida para la convicción del acusado, participa de las siguientes características:

“1. No es necesario que sea corroborante en cuanto a cada hecho testificado por él.

2. Será suficiente si no requiere interpretación profunda y la dirección de este testimonio tiende a relacionar al acusado con la comisión del delito de manera que satisfaga al Jurado de que el cómplice está diciendo la verdad.

3. Debe tender a implicar al acusado y, por lo tanto, debe relacionarlo con algún hecho que sea elemento esencial del delito.

4. No es esencial que dicha evidencia corroborativa sea suficiente por sí misma para establecer cada elemento del delito.<sup>82</sup>”

## B. AUSENCIA DE CREDIBILIDAD SUBJETIVA.

El tribunal de sentencia al momento de valorar la credibilidad de este testigo debe examinar las razones o motivos que pueden haber impulsado al imputado para delatar a sus compañeros del delito. Sobre esto se distinguen los siguientes móviles:

(a) Móviles espurios: por razones de odio, venganza, rencor, adversión o similares.

(b) Móviles de lograr la propia autoexculpación.

(c) Móviles derivados de presión fiscal o policial.

<sup>82</sup>. En este caso la interpretación se basó en la Regla 156 de Procedimiento Criminal de Puerto Rico que literalmente dice: “No procederá convicción por la sola declaración del cómplice a no ser esta corroborada por alguna otra prueba que, por sí misma y sin tomar en consideración la declaración del cómplice, tienda a demostrar la relación del acusado con la comisión del delito. Esta corroboración no será suficiente si probare solamente la perpetración del delito o las circunstancias del mismo”

(d) Móviles de lograr una hábil coartada.

(e) Móviles derivados de la personalidad del autor -trastornos psicopáticos, trastornos antisociales de la personalidad, etc.- y de las relaciones previas de la personas a quienes se delata-pertenencia a grupos delictivos rivales, problemas derivados de repartición de las ganancias derivadas del delito, etc.

En este punto es importante resaltar que la concurrencia de éstas circunstancias no invalidan este medio de prueba, pero son factores que influyen en la credibilidad de las declaraciones de los imputados delatores.

### C. AUSENCIA DE AMBIGÜIDADES O CONTRADICCIONES.

El hecho que en las declaraciones que el imputado delator rinda a lo largo del proceso, no existan contradicciones relevantes es otro elemento a ponderar.

El análisis antes descrito ya fue utilizado en la jurisprudencia nacional sostenida por la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, en las resoluciones de incidentes de apelación de la detención provisional de fechas 4-03-2003 y 10-02-2003.

En el primero de los casos, se sustituyó la medida cautelar de la detención provisional, ya que está se basó únicamente en el testimonio de un imputado a quien se le había otorgado un criterio de oportunidad, no constando en el proceso ningún dato objetivo que corroborara su dicho, sino por el contrario constando elementos de convicción que lo contradecían.

En este caso, la Cámara también efectuó un análisis de la credibilidad subjetiva que le merecía este testimonio, como sus móviles de autoexculparse, sus antecedentes delincuenciales etc., argumentándose que, "...la sola declaración no prueba la participación del imputado en el hecho, por ello no se cumple con la exigencia para decretar la detención provisional de apariencia de buen derecho del Art. 292 del Código Procesal Penal....".

En el segundo caso, se estableció que el valor que tiene la confesión extrajudicial del imputado delator es de ser un elemento de convicción, que debe ser valorado sobre la base de la libertad probatoria, ya que no reúne todos los requisitos de la prueba (contradicción, realización ante autoridad judicial, al momento del juicio, etc.) procediendo a examinar los requisitos de suficiencia de la declaración del delator que clasificó en tres grupos: 1. Rasgos de personalidad de la fuente; 2. Móvil de la delación, y; 3. Ausencia de elementos de convicción suficientes que corroboren su dicho.

En ambos casos, la Cámara revocó la detención provisional de

los imputados al no superar el testimonio del imputado delator el análisis antes descrito.

Como se afirmó al inicio de este apartado, el análisis antes descrito debe ser atenuado en las primeras fases del proceso penal, pero es indispensable hacer estas valoraciones al momento de fundamentar decisiones que afectan los derechos del resto de procesados.

#### **4.3.3 Los anticipos de prueba.**

Un dato relevante respecto a este tema es lo relativo a los anticipos de prueba, ya que en la práctica los fiscales, solicitan que el testimonio de los imputados colaboradores sea introducido al proceso mediante este mecanismo (casos 1, 2, 4, 10, 11, 12 y 7), siendo el fundamento para solicitarlo que esto era parte del cumplimiento de la colaboración. En todos los anticipos de prueba observados el imputado declaraba en calidad de testigo.

Al respecto, consideramos importante destacar los requisitos que debe cumplir toda prueba anticipada, los cuales son: 1. Irreproducibilidad de la declaración en el juicio; 2. Ante presencia judicial; 3. Respeto del principio de contradicción.

No obstante que estos requisitos son exigidos en el Art. 270 del Código Procesal Penal, la reforma que se hizo al inciso quinto de dicha disposición, dispone que en los casos de criminalidad organizada se entiende necesaria la práctica de cualquiera de las diligencias mencionadas en el citado artículo, desnaturalizando con ello, la excepcionalidad de la utilización de los anticipos de prueba.

En todo caso, consideramos que para efectivizar el principio de contradicción, este anticipo de prueba debe de realizarse intentando en lo posible reproducir todas las condiciones del juicio, es decir que debe ser ante un juez imparcial y deben haber sido convocadas todas las partes incluyendo a los imputados, pues éstos tienen derecho a la defensa material y a la posibilidad del careo. Pero, como aclaramos con anterioridad, al no haberse definido la situación jurídica del imputado colaborador, en caso de considerarse necesario que declare anticipadamente en el proceso, su declaración será en la forma de una confesión judicial.

No nos resta hacer el comentario que consideramos que este tipo de reformas al proceso penal desnaturalizan el contenido del mismo, inspirado en un proceso acusatorio, que tiene como una de sus principales características la celebración de un juicio oral, contradictorio y público. Será pues, labor del tribunal de sentencia el admitir estos anticipos de prueba únicamente en los casos donde se haya comprobado la imposibilidad que el imputado delator de comparecer al juicio, pues lo contrario implicaría un retorno al proceso inquisitivo, donde las pruebas eran escritas y recabadas en la fase del sumario, lo que impedía al juez

tener inmediatez sobre las mismas y a las partes contradecirlas de una manera efectiva.

#### **4.3.4 Solicitud de aplicación de criterios de oportunidad en audiencia o durante la realización del juicio.**

Otra cuestión interesante que se suscitó en la práctica, es que en ocasiones la petición fiscal de prescindir de la persecución penal se llevó a cabo en el transcurso de una audiencia. En el caso 8, por ejemplo, se solicitó en audiencia inicial ordenándose la suspensión de la misma, tomándosele declaración indagatoria al imputado, para posteriormente conceder el criterio de oportunidad condicionado.

En audiencia preliminar fue solicitado en los casos 12 y 13. En el primero de ellos no se le tomó ningún tipo de declaración al imputado, y en el segundo, por medio de un anticipo de prueba, se le tomó su declaración en calidad de testigo.

En audiencias especiales, antes de la vista pública fue el momento procesal en que se solicitó en los casos 14, 15, y 16, con la aclaración que el testimonio de éstos imputados colaboradores iba a ser utilizado en un proceso penal distinto.

Interesante fue el caso 17, cuando en el tribunal de sentencia -y ya iniciada la vista pública- se solicitó la aplicación de este criterio de oportunidad, declarando los jueces sin lugar la petición del fiscal por considerar que ese ya no era el momento procesal oportuno para “verificar la información que proporcionaría el imputado”, ya que el criterio fue solicitado condicionado por parte de la representación fiscal para ser utilizado en ese mismo proceso, argumentándose que no se cumplían los supuestos del Art. 20 del Código Procesal Penal para otorgarlo.

Creemos que en este estadio procesal efectivamente ya había precluido el momento procesal para solicitar un criterio de oportunidad condicionado, que sería utilizado en ese mismo proceso, siendo atinada la resolución del tribunal.

Consideramos además importante señalar que si bien es cierto la praxis judicial ha demostrado que en la realización de una audiencia se puede solicitar la aplicación de este criterio de oportunidad, la petición de la Fiscalía siempre debe fundamentarse y el compromiso que adquiere ésta institución con el imputado debe hacerse constar en el acta respectiva.

#### **4.3.5 Algunas menciones acerca del sobreseimiento definitivo.**

Sobre este punto se observó que en la práctica en todos los casos en los cuales se dictó un sobreseimiento definitivo, la causal que

se invocó fue la del Art. 308 (4) del Código Procesal Penal, expresando los jueces entrevistados que efectivamente ese es el numeral que utilizaban al dictar esta absolución a favor del imputado colaborador.

Al respecto, es importante mencionar que la causal a la que se hace referencia en el Art. 308 (4) se refiere a la extinción de la responsabilidad penal. No obstante ello, lo que realmente se extingue al aplicarse un criterio de oportunidad no es la responsabilidad penal, cuyas causales de extinción se encuentran en el Art. 96 del Código Penal, sino es una causal de extinción de la acción (pretensión) penal, Art. 31 (6) del Código Procesal Penal. Al respecto consideramos que es necesaria una reforma al Art. 308 en el sentido que se incluya como causal del sobreseimiento definitivo la extinción de la acción penal.

La anterior necesidad resulta que no son equiparables los términos de responsabilidad penal y acción penal ya que la responsabilidad penal se dicta como consecuencia de la realización de un delito penado por la ley, realizado por una persona imputable, culpable o carente de excusa absolutoria, traduciéndose en la aplicación de una pena; en cambio la acción penal es la que se ejercita para establecer esa responsabilidad criminal ocasionada por la comisión de un delito o falta.

En ese sentido, la aplicación de un criterio de oportunidad lo que provoca efectivamente es que se prescinda por parte de la Fiscalía de la persecución penal originada por ese delito, con la consecuente imposibilidad de imponer la pena que la ley prevé para el mismo. En estos casos, el juzgador no se pronuncia acerca de la punibilidad de estos hechos constitutivos de delitos, pues no existe la posibilidad de aplicar una pena, que es la forma en que se concreta la responsabilidad penal, pues nunca se hace el juicio de culpabilidad en contra del imputado colaborador.

En ese sentido puede añadirse como numeral 5 del Art. 308 el siguiente:

“Art. 308 Procedencia del sobreseimiento definitivo.

El juez podrá dictar el sobreseimiento definitivo en los casos siguientes:

...5º. Cuando se ha extinguido la acción penal en los casos previstos en este Código.”

Por otra parte, es indispensable insistir en el hecho que de conformidad al Art. 45 (2) (F) del Código Procesal Penal, el dictado de un sobreseimiento definitivo no extingue la acción civil cuando se trata de la aplicación de un criterio de oportunidad. Por ello, consideramos conveniente que a fin de determinar el monto de dicha responsabilidad

civil en contra del imputado colaborador se realice, por parte del juez antes de dictar el sobreseimiento definitivo, una audiencia especial como expresa el Art. 153 del mismo Código, en la que se aporte y contradiga la prueba que la Fiscalía posea sobre la responsabilidad civil derivada del delito, en caso de existir la misma.

Sobre este punto, en los casos 14, 15 y 16 en los cuales se dictó sobreseimiento definitivo, se declaró también extinguida la acción civil, tomando como base el Art. 45 (2) del Código Procesal Penal, a pesar que esta disposición lo que establece en el literal (f), es que al sobreseer definitivamente en aplicación de un criterio de oportunidad, la pretensión civil no se extingue.

#### **4.3.6 Utilización de los controles difusos y concentrado de constitucionalidad en relación con el Art. 2 (2) del Código Procesal Penal.**

En relación con la aplicación del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, encontramos que sobre el control difuso de inaplicabilidad, que únicamente el Juez Quinto de Instrucción de San Salvador, consideraba esta disposición como contraria a la Constitución. Al entrevistar a dicho funcionario éste expresó que sobre el criterio de colaboración del imputado en el proceso, se encontraba regulado en el Art. 26 del Código Penal en la figura del desistimiento y que una investigación basada en la declaración de un “arrepentido” pone de manifiesto la inmoralidad del Estado que entra en negociaciones con la delincuencia, agregando que consideraba que el criterio de oportunidad violaba el principio de legalidad.

Asimismo, se ubicó una demanda de inconstitucionalidad del Art. 20 relacionado, presentada ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia el 5 de febrero de 2001, la cual se encuentra en trámite. Los argumentos que se esgrimen en la misma para basar la inconstitucionalidad del Art. 20.(2) son que este violenta el principio de legalidad, el juicio previo y el debido proceso garantizados en los Arts.11, 12 y 15 de la Constitución, violentándose además la obligación constitucional del fiscal de perseguir los delitos conforme al Art. 193 (4) de la Constitución y del juez de cumplir la función que la Constitución manda.

Agrega que con respecto al Art. 20 (2), ya existe en el Código Penal la atenuante de disminución del daño en el Art. 29 (4) y la figura del desistimiento en el Art. 26, por lo que institutos jurídicos de este tipo lo que favorecen es la impunidad.

Sobre los argumentos esgrimidos anteriormente, no haremos

más comentarios, pues nos referimos al tema en los dos primeros capítulos de este trabajo.

#### **4.4 Variantes en el derecho comparado de la aplicación de la justicia premial.**

##### **A. LA POSIBILIDAD DE ATENUAR LA PENA.**

Una primer variante que encontramos es no solamente conceder una eximición total de pena para el imputado colaborador, sino la posibilidad en algunos casos se atenúe la pena, o bien al estilo del Código Francés una conjugación de ambas opciones dependiendo de la importancia de la colaboración.

Así por ejemplo, en Francia se exime de pena al responsable de una tentativa de actos de terrorismo que es advertida a las autoridades y permite evitar su consumación Art. 422 del Código Penal, reduciéndose la pena a la mitad cuando la advertencia es posterior a la consumación<sup>83</sup>.

En Alemania, el delito de formar una asociación terrorista contemplado en el Art. 129 del Código Penal, da lugar a la aplicación de una pena disminuida que puede llegar a la excención total cuando su autor se haya esforzado espontánea y seriamente, en impedir la continuación de la asociación y haya hecho revelaciones oportunas a la autoridad.

También en la Ley de Estupefacientes No 23,737 de Argentina, el Art. 29, establece atenuantes de penalidad que pueden llegar a la eximición completa para quienes revelen la identidad de otros partícipes o den información sobre sustancias o productos del delito o bien sobre organizaciones delictivas.

En España, los Arts. 579 y 376 del Código Penal, del 23 de noviembre de 1995, dispensan un trato más favorable, en los delitos de terrorismo y tráfico de drogas, consistente en la posibilidad en imponer una pena inferior en uno o dos grados al delincuente que haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se halla presentado a las autoridades confesando el hecho en que hubiere participado y colabore además para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

Al respecto, en un estudio realizado por la Dra. Kari Converse, abogada estadounidense, titulado, "Seguimiento del programa de salidas alternas en El Salvador"<sup>84</sup>, ella señaló que un problema que ve en el criterio de oportunidad es que es un todo o nada, pues extingue la

83. PADREL, Jean; Derecho Penal comparado, Dalloz, España, 1999, Págs. 308 y 309.

84. CONVERSE, Kari, Informe de Trabajo. Seguimiento al programa de salidas alternas, Consultoría realizada para Proyecto PAS-DPK Consulting, El Salvador, Septiembre 2002, Pág. 35.

responsabilidad penal de una forma absoluta. Consideraba que era prudente que existiese un campo intermedio que permitiera al fiscal pedir al juez una sentencia menor de la que establece el Código, por las mismas razones expuestas en el Art. 20 del Código Procesal Penal, para casos en que el imputado merece algún castigo.

Al respecto, propuso la siguiente reforma al inciso primero de la citada disposición legal:

“Art. 20 En las 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 de las calificaciones jurídicas posibles o se imponga una pena menor de la señalada en el código penal en los casos siguientes:...”.

Consideramos que la opción de atenuar la pena es viable para casos en los cuales la contribución del imputado es útil, pero no decisiva para el esclarecimiento de los hechos. No obstante es indispensable tomar en cuenta que la delación es un delito dentro de las organizaciones delictivas y definitivamente para implementar una reforma de este tipo, debería coexistir con una reforma al sistema penitenciario que garantice su seguridad.

Para tal fin, consideramos que la pena podría reducirse al modo previsto para la tentativa, pero esto merece un análisis más profundo, pues incluso podría manejarse como una atenuante privilegiada en el Código Penal.

## B. LA POSIBILIDAD DE CONCEDER BENEFICIOS PENITENCIARIOS A IMPUTADOS CONDENADOS QUE COLABOREN CON LA JUSTICIA.

El ordenamiento penitenciario italiano, dispone que los imputados condenados por delitos de asociación mafiosa del Art. 416 Bis del Código Penal, no gozan de beneficios penitenciarios, pero si pueden hacerlo si resultan colaboradores de la justicia, aún si su colaboración no es tan relevante, pero ha aportado elementos tales que permiten excluir la actualidad de la vinculación con la criminalidad organizada <sup>85</sup>.

En nuestro país podría implementarse esta figura debido a que el Art. 103 de la Ley Penitenciaria prohíbe en ciertos delitos otorgar beneficios penitenciarios a imputados que cometen los delitos ahí enumerados, que podrían gozar de los mismos en casos de colaboración con la justicia, obviamente una reforma de este tipo debe ser analizada por los expertos en derecho penitenciario, ya que no se pueden obviar las evaluaciones pronósticas de no reincidencia y las psicológicas del

85. PAVARINI, Massimo y otros; Lucha contra la criminalidad organizada y negociación de la pena: En Nada personal...ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2001, Pág. 23.

imputado.

### C. LA DECISIÓN DE PRESCINDIR DE LA PERSECUCIÓN PENAL EXCLUSIVAMENTE A CARGO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En Estados Unidos, el fiscal puede concluir que la cooperación o testimonio de un delincuente menor puede ser significativa y que la importancia de este testimonio sobrepasan la necesidad de acusarlo.

El fiscal puede ponerse de acuerdo en no acusar a esa persona por los delitos sobre los cuales va a testificar o cooperar lo que se denomina, “inmunidad de acusación por delitos específicos”.

En segundo lugar, el fiscal puede decidir conceder una “inmunidad limitada” o “inmunidad de uso” (use immunity), que tiene el propósito de impedir que el testigo pueda usar su privilegio contra la no auto incriminación y escudarse en éste para evitar testificar en contra de sus cómplices, a pesar de habersele concedido la inmunidad.

En estos casos el fiscal le pide a la Corte que obligue al testigo a dar su testimonio <sup>86</sup> y al mismo se le garantiza que cualquier información que proporcione durante el mismo o se derive de la información brindada no puede ser usada en su contra <sup>87</sup>.

No obstante, un fiscal puede acusar aún a una persona con este segundo tipo de inmunidad, siempre que no use el testimonio con inmunidad o cualquier otra prueba al que fue obligado, trasladándose el expediente a otro fiscal.

En el orden Federal, se presentó en 1892 el caso *Counselman v. Hitchcock*, 42 US 547, en el cual se registró un precedente interpretativo de la Corte Suprema según el cual se consideraba inconstitucional la ley que obligaba a declarar, pero no aseguraba más que la prohibición de no utilizar lo declarado en una acusación posterior.

Se entendió necesario que para poder imponer una obligación de este tipo debía de existir una inmunidad de mayor alcance, a la cual se denominó inmunidad de transacción o inmunidad transaccional, que implica inmunidad sobre los hechos declarados, ya que se le concede a la persona la garantía que no va a ser procesada por el delito-transacción en relación con el cual podría incriminarse <sup>88</sup>.

Finalmente, cuando parecía adoptado este criterio amplio, fue modificado por un fallo de la Corte Suprema dictado en 1972 en el caso *Kastigar v. United States*, 406 US 441, donde quedó consagrado el

---

<sup>86</sup>. Se le puede obligar a declarar puesto que al concedérsele inmunidad -es decir, que no se le someterán cargos penales por su testimonio, y por tanto, no se le privará de su libertad- ya no puede negarse a declarar amparándose en el derecho a la autoincriminación, pues este derecho sólo es reclamable cuando hay un peligro real de convicción y encarcelamiento como consecuencia de la información brindada.

<sup>87</sup>. RIOS TORRES, Jorge; *Procesos Penales en los Estados Unidos*, Revista para una nueva justicia criminal, Fundación Paz Ciudadana, Universidad Diego Portales, Chile, 1994, Págs. 104 a 105.

<sup>88</sup>. En ese sentido la Regla 24 de Evidencia de Puerto Rico, dispone que toda persona tiene el privilegio a no revelar materia que tienda a incriminarle a menos que se le haya concedido inmunidad. Ver, VELEZ RODRÍGUEZ, Enrique; *Derecho a la prueba*, Fundación para el Estudio y el Repaso del Derecho, San Juan, 1999, Pág. 109.

criterio que puede denominarse “inmunidad de uso derivativo”, según el cual, aunque no es necesaria una inmunidad tan amplia con la de transacción, se requiere la seguridad de que lo declarado no puede utilizarse y que tampoco ninguna prueba derivada de esa declaración.

Eso significa que la persona favorecida por el otorgamiento de la inmunidad únicamente puede ser acusada por el hecho a que se refiere su declaración, cuando la acusación demuestra que la prueba de cargo ha sido obtenida por una fuente totalmente independiente <sup>89</sup>. Agregando en esta sentencia que el derecho constitucional contra la autoincriminación se protege adecuadamente con la concesión de inmunidad de uso y de uso derivado.

En ninguno de estos casos se necesita autorización del juez para prescindir de la persecución penal, interviniendo sólo para resolver una controversia planteada por la víctima, y no para imponer su juicio de oportunidad al fiscal, verificando únicamente la legalidad de éstas solicitudes.

Bovino <sup>90</sup> agrega que sólo existen dos mecanismos para controlar esta discrecionalidad por parte de los jueces: en primer lugar, la alegación de violación de la cláusula constitucional de igualdad -equal protection of the laws clause-, o por violación a la cláusula constitucional del debido proceso -due process clause-. El criterio prevaleciente en el resto de Estados es el de aplicar la inmunidad de transacción.

Este modelo lo que intenta separar son las funciones de juzgar y acusar, limitando la intervención del juez en las decisiones fiscales de no continuar con persecución penal, en casos de impugnaciones de las víctimas. Este modelo es ideal para garantizar la división de funciones en el proceso penal, pero su implementación pasa necesariamente por una confianza en la objetividad e imparcialidad en las instituciones, encargadas de la persecución penal, lo cual podría implementarse a mediano plazo en nuestro país, siempre y cuando se creen mecanismos eficaces de impugnación a favor de las víctimas al interior del Ministerio Público y sólo en caso de ser completamente ineficaces los anteriores, admitir la posibilidad de revisión de un juez de la decisión, reducido únicamente al supuesto que exista controversia planteada por la víctima o violaciones derechos fundamentales y fortaleciendo la capacidad de acusar autónomamente del querellante.

#### D. ESPECIAL MENCIÓN DE LOS JURADOS.

Consideramos importante mencionar que en el derecho comparado, cuando se trata de delito sometidos al conocimiento del

89. HENDLER, Edmundo y Otros; Teorías actuales en el derecho penal, Editorial Ad hoc, Buenos Aires, 1998, Págs. 400-404.

90. BOVINO, Alberto; Ob. cit, Pág. 76

jurado, en cuya investigación se utilizó el testimonio de un imputado al que se le ha otorgado inmunidad, es obligación del juez advertir al jurado que este testimonio debe mirarse con cautela y explicarle las motivaciones que el fiscal tuvo para conceder la inmunidad <sup>91</sup>.

#### **4.5 Ideas para el diseño de una política criminal fiscal en la aplicación del Criterio de Oportunidad que implica colaboración del imputado en el proceso penal.**

En primer lugar debemos señalar que por política criminal, siguiendo el concepto de Delmas Marty, entendemos que se trata del conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal.

Indudablemente una institución que juega un rol fundamental en las respuestas este fenómeno es la Fiscalía, por lo que se exige de la misma que cuente con políticas claras y definidas de cómo hacer frente a la criminalidad.

Esta función la debe realizar tomando como límites la Constitución y las leyes, pero además debe considerar la realidad social donde se desarrolla, pues estas decisiones no pueden armarse únicamente dentro de las paredes del Ministerio Fiscal, sino que deben tomar en cuenta a la sociedad civil en que se desenvuelve.

Debe tenerse presente que el fenómeno de la criminalidad es complejo, porque incluye factores sociales, económicos, etc., y de esa forma deben elaborarse las soluciones al mismo. Esta política criminal basada en la realidad salvadoreña, debe considerar las expectativas e intereses de sus componentes y sustentarse en estudios articulados e interdisciplinarios sobre aspectos del delito, de la aplicación de las leyes, de la criminalidad, etc.

Por ello, al momento de elaborarla, el Ministerio Público debe contar con una meta previamente establecida y para cada caso problemático debe existir una Política Criminal Marco, pues no se puede concebir que dentro de la una misma institución converjan en la aplicación de institutos procesales, criterios dispersos o que se contradigan entre sí. Para evitar lo anterior surge la necesidad de la creación de directrices fiscales que uniformen criterios de actuación al interior de la Fiscalía.

Para la creación de esta política criminal marco, la Fiscalía debe elaborar un análisis político criminal respecto a los principales problemas que surgen en la aplicación de las leyes de su competencia, el cual debe seguir los siguientes pasos:

---

91. LEY No 1476 de Inmunidad de Puerto Rico, 1954.

1. Planteamiento del problema.
2. Sujetos que intervienen en el delito y preferencia de su persecución (autores intelectuales y su función, coautores, etc.).
3. Finalidades perseguidas.
4. Objetivos específicos.
5. Instrumentos, ya sean estos propios -código penal, cárcel, leyes especiales etc.; como impropios -medios de comunicación, etc.-.
6. Decisiones.
7. Sujetos permanentes que intervendrán y su rol (jueces, policías, fiscales, etc.).
8. Sujetos circunstanciales que intervendrán y su rol.(Puede pensarse en los medios de comunicación).
9. Recursos materiales y humanos con que se cuenta.
10. Nivel de articulación para proponer posibles reformas a las leyes.

El análisis antes descrito es indispensable con la finalidad de eliminar cualquier clase de subjetivismo, que llevaría al fiscal a decidir sobre la base de motivaciones extra procesales y hasta políticas, que es contrario al principio de oportunidad creado en la ley, con supuestos reglados cuya aplicación implica también una regulación uniforme y garantizándose de esa manera la seguridad de los ciudadanos.

A manera de propuesta en relación con la aplicación del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, consideramos que la directriz sobre este tema, podría quedar redactada en los siguientes términos:

No  
1-2003

CIRCULAR  
FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA REPÚBLICA DE EL  
SALVADOR  
MINISTERIO PÚBLICO

Fecha: Octubre de 2003  
De: Fiscal General de la República  
Para: Fiscales Adjuntos, y Fiscales Auxiliares de todo el país  
Asunto: Directrices para la aplicación del Art. 20 (2) del Código  
Procesal Penal

A fin de uniformar la actuación de esta fiscalía en el trámite del criterio de oportunidad reglado en el Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, se dispone lo siguiente:

#### El Principio de Oportunidad <sup>92</sup>

##### a. Conceptualización.

El principio de oportunidad se puede definir como “la potestad discrecional conferida al ente estatal que posee el monopolio de la acción penal pública, de prescindir excepcionalmente de la persecución penal de ciertos delitos en casos predeterminados por la ley”.

Este principio, debe ligarse a una concepción utilitaria y realista sobre la legitimación y el fundamento, el fin y el límite de la aplicación de las penas. Constituye un intento de conducir la selección en forma racional, con criterios de política criminal más que arbitrarios, y sobre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican.

De acuerdo con estas ideas, el principio de oportunidad tendría como uno de sus objetivos la eficiencia del sistema frente a hechos más relevantes y de mayor gravedad social, con la inclusión de figura tales como los testigos de la corona, arrepentidos o imputados colaboradores, mediante los cuales se pretende obtener datos relevantes en la investigación de los delitos que más gravemente afectan a nuestra sociedad <sup>93</sup>.

##### b. El Principio de Oportunidad en el Código Procesal Penal.

El Código Procesal Penal de 1998 vino a constituir una innovación en el campo de la justicia penal al provocar un sustancial cambio en la actuación de la Fiscalía, como órgano encargado de promover y ejercer la acción penal pública.

Pero fundamentalmente se introduce un significativo cambio al rígido principio de obligatoriedad de la acción penal, estableciéndose el principio de oportunidad reglado.

##### c. Análisis del supuesto de colaboración en la investigación.

El Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, viene a proteger la conducta de aquellos sujetos que luego de participar en un hecho, o conociendo que un hecho delictivo que se va a consumir, ayude o brinde información para esclarecer ese hecho u otro conexo, proporcione

<sup>92</sup>. Para la elaboración de esta directriz se tomó como base la circular I-98 de la Fiscalía general de la República de Costa Rica con las respectivas adecuaciones a nuestra normativa y a las ideas de este trabajo.

<sup>93</sup>. En este punto el Fiscal General puede enumerar cuáles son los delitos en los cuáles se aplicará esta estrategia de investigación.

información útil para probar la participación de otros imputados. En términos generales, se refiere a aquellos sujetos “arrepentidos” de participar, colaborar en un determinado delito o delitos.

Dentro de nuestra práctica judicial es el campo de los delitos de secuestro donde más se ha aplicado el principio de oportunidad, con fines investigativos. Lo importante para la aplicación de este instituto es la existencia de una política de persecución penal previamente establecida, tendente a combatir la criminalidad no convencional. Y que cada fiscal, previo a aplicar esta discrecionalidad, cuente con una estrategia de investigación.

Dicha estrategia, puede consistir en la identificación de los intereses públicos del caso, la identificación de los intereses del imputado, las consecuencias del acuerdo, las pautas a seguir con el fin de llegar a un acuerdo, pensar en la solución que mejor satisfaga los intereses de la sociedad y de la víctima.

No se pretende con esto solamente obtener declaraciones de coimputados, sino que estos proporcionen la mayor cantidad de información valiosa que permita la persecución de los verdaderos generadores del tipo de delincuencia que se pretende atacar. No debemos olvidar la importancia de este instituto por lo que esta Fiscalía General de la República asume la obligación de establecer pautas generales que permitan que el mismo sea eficaz, y no un mecanismo de "burla" por parte de los acusados, lo cual también traería una sensación de impunidad en la población.

Además, debe recordarse que a fin de respetar los derechos fundamentales estos criterios de oportunidad no podrán ser aplicados a los delitos que se cometan por funcionarios públicos, al amparo del poder que impliquen violación a derechos fundamentales.

En primer lugar, debe tenerse claro, que a fin de respetar el principio de proporcionalidad el sujeto que se dispone a colaborar, debe tener un grado de participación menor que el de las personas que involucra. La utilización de la justicia premial para casos de un “autor intelectual”, sólo se justifica cuando se pretende capturar a otros coautores del hecho.

En su aplicación se requiere que el jefe de unidad analice la situación y autorice la aplicación del instituto bajo presupuestos claros. Además, es necesario que contra el imputado que pretende “colaborar”, exista algún elemento de prueba incriminatorio. Asimismo, es indispensable que se cuente un asesor (policía) para verificar si la información suministrada era ya conocida o no es verdadera, previo a comprometer al Ministerio Público a gestionar la aplicación del criterio, o sea, antes de la firma del convenio correspondiente.

Es necesario además que previo a la aplicación de este instituto

procesal, se hayan agotado todas las vías de investigación posibles, y sea utilizado como una última opción. También es vital que se efectúe una corroboración mínima de los datos que proporcione el imputado.

El aspecto de la corroboración puede ser por medio de otros elementos de prueba ya sean éstos directos o indirectos, cobra importancia en tanto, que los efectos de la aplicación de este instituto procesal son suspensivos, conforme al Art. 21 (3) del Código Procesal Penal, siendo indispensable que se establezca un plazo que no puede exceder de un año, para definir la situación jurídica del imputado.

Si la colaboración del sujeto no satisface las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción, se deberá solicitar al juzgado o tribunal, al cual se le solicitó la aplicación de este criterio de oportunidad, que ordene reanudar el procedimiento, continuándolo en la fase en la cual se suspendió.

Asimismo, se recuerda que aquellas solicitudes requerimientos, acusaciones, etc., que se sustenten exclusivamente en la información dada por el imputado en una transacción fallida, podría contener vicios de legitimidad, vulnerándose principios esenciales del debido proceso.

#### c. Efectos del criterio de oportunidad.

El Art. 21 del Código Procesal Penal establece concretamente cuales son los efectos de aplicación del criterio de oportunidad. Según esta disposición el efecto principal es el de extinguir la acción penal pública.

Dicha norma debe complementarse con el numeral 31 (6) que establece que la acción penal se extingue por la aplicación de un criterio de oportunidad. Igualmente, la primera norma citada que tratándose de la aplicación del criterio de oportunidad por colaboración del imputado se logra la suspensión del ejercicio de la acción penal, el cual está sometido a dos condiciones suspensivas que son el cumplimiento de la colaboración o la eficacia de la información, y es obligación del fiscal solicitar al momento al juez o tribunal que resuelva definitivamente sobre la procedencia de la persecución penal.

Debe recordarse que en estos casos a tenor de Art. 45 (2) (f) del Código Procesal Penal, la acción civil no se extingue con respecto al imputado colaborador, por lo que en caso de no haber renunciado la víctima a esta pretensión se deberá presentar la respectiva prueba para la condena del imputado, en caso de existir la misma, y para garantizar el derecho de reparación de las víctimas.

En cuanto al momento procesal oportuno para plantear la solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad, la normativa procesal penal

no señala un plazo dentro del cual se deba presentarse esta solicitud, pero se entiende que es hasta la audiencia preliminar, si el testimonio va a ser utilizado en contra de coimputados o hasta antes del debate si se solicita para ser utilizado en un proceso diferente.

## Conclusiones

Tomando en consideración lo anteriormente señalado en este apartado, pongo en conocimiento de todos los funcionarios del Ministerio Público los lineamientos que se deben seguir para la aplicación práctica del Principio de Oportunidad:

I. Se debe analizar si la no persecución provoca indirectamente la comisión de más delitos, si el hecho provoca alarma social o reacción social, el daño social, el número de víctimas, si con la no persecución se genera un problema de impunidad o desconfianza en el sistema penal, en este último caso, cobra importancia la gravedad del hecho.

En esa primera valoración debe el fiscal igualmente examinar si efectivamente se encuentra ante un supuesto de aplicación de un criterio de oportunidad, o por contrario, si la situación sometida a su conocimiento es propia de otro instituto, tales como el sobreseimiento definitivo o provisional, o una simple desestimación.

II. En el caso del Art. 20 (2) es indispensable que el fiscal se plantee una estrategia de investigación, y si dentro de la solución de ese caso o de otros conexos, es favorable a los intereses de esta Institución la negociación procurando la transacción. En este caso, es indispensable tener presente que para promover una negociación el fiscal deberá tener efectivamente un caso con suficiente fundamentación probatoria para llevar a juicio al acusado y que la negociación que se plantea sea un instrumento para combatir delincuencia organizada o no convencional. Y no limitarse a pretender obtener "su testimonio", como única prueba de cargo.

En todo caso, el fiscal debe realizar la supresión hipotética de ese "testimonio", en caso que haya algún cuestionamiento sobre la legitimidad de la prueba recabada. Es obligación del jefe de unidad, llevar un control estricto en la aplicación de este instituto, y del proceso de negociación, evitando la utilización de mecanismo de coacción que lleven al imputado a tomar una decisión en contra de su voluntad. Sobre este punto es importante tener presente lo preceptuado en el Art. 262 del Código Procesal Penal, el cual prohíbe la utilización de amenazas o coacción contra el imputado para "...obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le formularán cargos o reconvencciones tendientes a obtener su confesión...".

III- Corresponde a los fiscales jefes de unidad, autorizar la aplicación del principio de oportunidad y es su responsabilidad velar porque se lleve un adecuado registro de los casos en los que se aplicó el citado criterio y los presupuestos en que se fundamentó cada caso concreto. La autorización debe solicitarse por escrito (presentación del libelo, remisión por fax) en todos los casos, y sólo por vía de excepción y de urgencia en forma verbal, sin embargo dicha autorización no exime del deber fundamentar y obtener visto bueno por escrito, posteriormente.

IV- Sólo quedan autorizados para realizar los tratos regulados en el Art. 22 (b), los fiscales jefes de unidad, no así los fiscales auxiliares. En este evento los fiscales auxiliares que requieran negociar deberán coordinar con el jefe de unidad, según la distribución del trabajo.

V- Los cuerpos policiales no están autorizados a realizar negociaciones ni a comprometer la palabra del fiscal. El fiscal no estará sujeto a las negociaciones que lleven a cabo los cuerpos policiales. En tal caso, existe obligación de dichos funcionarios de poner de manifiesto dicha situación ante los órganos superiores respectivos. La transacción en un inicio se hará en forma verbal entre imputado, fiscal y defensor. En todos los casos debe intervenir la defensa técnica. En dicha negociación podrá intervenir un oficial de la policía el cual cumplirá el papel de asesor del fiscal. A este oficial le corresponderá determinar la veracidad de la información asimismo informar sobre su trascendencia en el proceso de investigación. Está negociación debe ser informada a la víctima a la cual se le harán saber las ventajas que para la investigación supone el testimonio del imputado colaborador.

Verificada la información se confeccionará un "Acta del acuerdo negociado para esclarecer el hecho", la cual contendrá los siguientes datos: fecha, lugar, intervinientes, información ofrecida y verificada, el compromiso del fiscal, la designación de los investigadores a los que se encomienda la total verificación de la información, la precisión del colaboración del imputado, la constancia que el imputado comprende el contenido del convenio y que ha prestado su consentimiento libremente y asesorado de un defensor, las advertencias de suspensión que prevé el Art. 21 del Código Procesal Penal y el plazo de la misma, y prevención al imputado de que en caso de no ser efectiva la información se puede continuar con la tramitación del proceso en su contra. En ningún caso se le dará copia a las partes. El acta quedará en custodia del fiscal jefe de la unidad. Una copia deberá ser remitida a la Fiscalía General de la República, bajo estrictas medidas de confidencialidad. Asimismo, el fiscal jefe de unidad tendrá la obligación de mostrar la misma al juez o autoridad que lo requiera, o extender una certificación en caso de ser solicitada.

Esta medida se toma con fines meramente de seguridad y protección al propio imputado, ya que el permitir que todas las partes

conserven el documento podría provocar fuga de información en perjuicio de los fines de la investigación.

Posteriormente se debe tomar una confesión extrajudicial al imputado colaborador donde se haga constar la información que posee. Luego se efectúa la solicitud de aplicación del criterio de oportunidad al juez respectivo, a la cual se anexará la declaración antes mencionada y las diligencias de corroboración que se hubieren practicado.

El criterio de oportunidad en estos casos, por regla general, será solicitado condicionado al cumplimiento de la colaboración y a la eficacia de la información, por un plazo que no puede exceder de un año. En caso de ser necesario se solicitará la aplicación de medidas sustitutivas de la detención provisional para el colaborador y/o el régimen de protección de testigos.

En caso de tener sospechas fundadas de que el imputado corre algún peligro y no se podrá presentar al momento del juicio, se solicitará al juez un anticipo de prueba donde éste rendirá su confesión judicial, pero en lo posible debe ser presentado al debate.

No se debe olvidar además la obligación de esta Fiscalía de proteger los derechos de las víctimas, para lo cual el fiscal asignado al caso deberá escuchar su opinión desde la fase de negociación del criterio de oportunidad y de ser posible procurar la reparación o la renuncia voluntaria de la pretensión civil.

Lic. \_\_\_\_\_  
Fiscal General de la República

## Conclusiones

El problema de la justicia premial parece no gravitar alrededor de la violación al principio de legalidad o de cualquier otro principio del ordenamiento jurídico, sino más bien resulta un problema de enfrentamiento entre moralidad y eficacia. En este sentido, son ilustrativas las palabras de Zaffaroni, en relación con este tema:

“...el Estado se está valiendo de la cooperación de un delincuente comprado al precio de su impunidad para hacer justicia...”<sup>94</sup>.

Ante esta innegable realidad, debe reconocerse que el uso de este medio de prueba debe ser necesariamente limitado por las

94. ZAFFARONI, Eugenio; El crimen organizado: una categorización frustrada, Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, No 1, año 1995, Buenos Aires, 1995, Pág. 279 y ss.

consecuencias que conlleva y su aplicación subsidiaria, luego de agotar todos los medios tradicionales de investigación de los delitos; además se debe aplicar en los casos que taxativamente determine la ley y bajo criterios uniformes a fin de evitar cualquier tipo de abusos.

Este criterio también debe utilizarse en aquellos delitos donde la complejidad de la investigación permita establecer la proporcionalidad en la utilización de esta medida, pues es imposible desconocer que las nuevas formas de criminalidad exigen el uso de medios de investigación no tradicionales.

Por ello, la creación de directrices fiscales por parte de los entes encargados de aplicarla —en este caso la Fiscalía General de la República— surgen como una necesidad imperiosa que permitirá evitar que estos criterios de oportunidad se transformen en “criterios políticos de oportunidad”, donde la conveniencia y la arbitrariedad sean los límites de la discrecionalidad.

Por otra parte, debe recordarse que en ciertos casos la no persecución de un delito puede ser inaceptable para la sociedad y para el derecho mismo lo que nos hace reflexionar en las repercusiones que a mediano plazo puede tener en la conciencia social como lo son la generación de desconfianza en el sistema penal y la imagen de una aplicación desigualitaria de la ley.

Para lograr los fines de este mecanismo legal la Fiscalía debe contar con una política criminal estructurada y encaminada al logro de metas y objetivos claros, lo cual se va a materializar en la creación de directrices a nivel institucional donde se regule, en términos generales la aplicación de los principales institutos procesales que permitirán una mayor eficacia en la gestión. Esta facultad que debe estar a cargo del Fiscal General de la República, apoyado de la Unidad de Política Criminal.

Para tal fin, es urgente una reforma a la Ley Orgánica del Ministerio Público, a fin que sea rediseñada la Fiscalía para atender de una mejor manera a las nuevas exigencias del combate a la criminalidad, procurando la optimización de los recursos humanos y materiales con que cuentan, surgiendo además la necesidad de crear programas de capacitación permanentes para los fiscales.

También, resulta necesario que se garantice la independencia de la Fiscalía, pues de otra manera de nada servirán excelentes leyes o jueces independientes e imparciales.

Asimismo, se debe retomar el tema del rol de las víctimas y para tal fin la Fiscalía debe generar en su interior mecanismos eficaces que permitan garantizar los derechos de aquéllas.

En relación con los mutuos reproches entre los operadores de justicia al clasificar las peticiones de unos como eficientistas y las resoluciones de otros como excesivamente garantistas, es necesario

recordar que en un Estado democrático eficiencia y garantismo no deben ser conceptos antagónicos sino complementarios a fin de lograr un equilibrio entre los intereses individuales y los colectivos.

En ese sentido, la aplicación de la justicia premial como criterio de oportunidad debe ser respetando los derechos y garantías fundamentales para convertirlo en un instrumento eficaz en la lucha contra la criminalidad organizada.

También debe recordarse que cualquier iniciativa de reforma a los actuales institutos procesales debe ser fruto de una reflexión que no pierde de vista el respeto de los derechos fundamentales, lo cual se lograría si al Órgano Judicial se le permite únicamente juzgar y tutelar derechos fundamentales y a la Fiscalía atribuirle la titularidad absoluta de las facultades investigativas.

Debemos estar conscientes que a pesar que los medios de comunicación insisten con la exigencia de mayor seguridad ciudadana el proceso penal no puede ser desnaturalizado hasta convertirlo en un arma ciega de la lucha contra la delincuencia, pues esto implica una concepción bélica del mismo <sup>95</sup>.

Por otra parte consideramos una obligación de toda la comunidad jurídica salvadoreña el evitar caer en el error de responsabilizar al proceso penal de todas y cada una de las dificultades de la justicia en el combate de la delincuencia que en realidad corresponde a otros entes estatales prevenir y evitar; así como tampoco se debe permitir que el pago de una mayor eficiencia en la investigación sea cancelado con el cheque del sacrificio de derechos y garantías previstos en la Constitución.

Por ello, lograr la vigencia de la eficacia y el garantismo es el reto de la administración de justicia en El Salvador y la única política criminal que consideramos puede verdaderamente llegar a ser eficaz en la lucha contra la criminalidad es aquella que adopte las medidas necesarias para reducir los problemas sociales que en definitiva causan la delincuencia.

Finalmente no nos resta más que agregar que independientemente si profesamos o no una fe, la historia demostró que la delación de Judas hacia su maestro implicó la condena de un inocente.

## Bibliografía

---

95. Cfr. CAFFERATA NORES, José; Ob. cit., Págs.221, 222.

ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel; Guía práctica de la prueba en el proceso penal, Editorial Práctica de Derecho, Madrid, 2000.

ANDRADE BARAHONA, Dorian Elizabeth y Otros; La contribución del imputado como un mecanismo viable para la aplicación de los criterios de oportunidad, Trabajo de graduación para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2000.

ARMENTA DEU, Teresa; Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España, Editorial PPU, Barcelona 1991, 1ra Edición.

BINDER, Alberto M.; El proceso penal, Ilanud, Furcap, San José, 1991.

BOVINO, Alberto; La persecución penal pública en el derecho anglosajón, Ministerio Público, Revista Pena y Estado, año 2, Editores del Puerto S.r.l., Buenos Aires, 1997.

BRUZONE Gustavo; Las Llamadas instrucciones de los fiscales, Revista Pena y Estado No 2, año 2 , Editores del Puerto S.r.l., Buenos Aires, 1997.

CAFFERATA NORES, José I.; Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Editores del Puerto S.r.l., Buenos Aires, 2000.

CAFFERATA NORES, José I.; Proceso Penal y Derechos Humanos, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto S.r.l., Buenos Aires, 2000.

CAFFERATA NORES, José I.; Derechos Procesal penal-consensos y nuevas ideas, Buenos Aires, 1999.

CASADO PÉREZ, José María y Otros; Código Procesal Penal Comentado, Corte Suprema de Justicia, 1ra Edición , El Salvador, 2001.

CENTRO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA; Códigos Latinoamericanos de Procedimiento Penal, Editores José María Rico y Luis Salas, Miami, 1991, Pág. CM 45.

CLIMENT DURÁN , Carlos; La prueba penal, Editorial tirant lo blanch, Valencia, 1999.

COMISIÓN INTEGRAL PARA UNA EVALUACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Diagnóstico integral y recomendaciones para el fortalecimiento de la Fiscalía General de la República de El Salvador, CREA, El Salvador, Septiembre, 2001.

CONDE PUMPIDO, Ferreiro; La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal, Revista del Poder Judicial, Edición especial II, España, 1998.

CONVERSE, Kary; Informe de Trabajo: seguimiento al programa de salidas alternas, Consulta realizada para el Proyecto PAS-DPK Consulting, El Salvador, 2002.

CHANG PIZARRO, Luis Antonio; Criterios de oportunidad en el Código Procesal Penal, Editorial Jurídica Continental, 2da Edición, San

José , 2000.

CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo; A propósito del principio de oportunidad y del criterio de insignificancia del hecho: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Costa Rica, 1996.

DIRECCIÓN GENERAL DE ASISTENCIA TÉCNICO JURÍDICA; Anteproyecto del Código Procesal Penal, Ministerio de Justicia, El Salvador, Mayo, 1993.

EL SALVADOR; Asamblea Legislativa y Proyecto de las Naciones Unidas para el Desarrollo: Documentos básicos de la nueva normativa penal, 1996.

EL SALVADOR; Código Procesal Penal y exposición de motivos, 1997.

FERRAJOLI, Luigi; Derecho y Razón, Editorial Trotta, España, 1997.

FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR; Nociones generales sobre la labor del fiscal en el nuevo proceso penal, El Salvador, 1998.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO DE COSTA RICA; Directrices fiscales para al aplicación de los principales institutos jurídicos que prevé el Código Procesal Penal de 1996, San José, 1998.

GASCÓN ABELLÁN, Marina; Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999.

GIMENO SENDRA, Vicente y Otros; Derecho Procesal Proceso Penal, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1993.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel; El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Julio 1993, año 5, No 7, San José, 1993.

GUARIGLIA, Fabricio; Facultades discrecionales del Ministerio Público en la investigación preparatoria: el principio de oportunidad, El Ministerio Público en el Proceso Penal de Argentina, Revista Doctrina Penal, No 49-52, Buenos Aires, 1990.

HASSEMMER, Winfried; El destino de los ciudadanos en un derecho penal eficaz, Editorial Bosch, España, 1990.

HASSEMER, Winfried; La persecución penal: legalidad y oportunidad, Revista Jueces para la Democracia, Edición especial, Madrid, 1989.

HENDLER, Edmundo y Otros; Teorías actuales en el derecho penal, Editorial Ad hoc, Buenos Aires, 1998.

JAUCHEN, Eduardo M.; La prueba en materia penal, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 1998.

LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo A.; La víctima del delito y el

sistema jurídico penal: Hacia un sistema de alternativas, Revista Poder Judicial, Consejo Nacional del Poder Judicial, 2da Época, No 34, Junio, 1994, España.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; Instituciones de Derecho Procesal Penal, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 2000.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier; Código Procesal Penal comentado, Editorial Jurídica Continental, San José, 2003.

MAIER, Julio; Derecho Procesal Penal Argentino, Editorial Hammurabi S.r.l., Buenos Aires, 1989.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis; Oportunidad y Conformidad, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo Nacional del Poder Judicial, Madrid, 1992.

MARCOS ARANDA, Rafael; Recopilación de Tratados internacionales en materia penal, Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2000.

MENÉNDEZ LEAL, Salvador; La víctima: Aproximación al problema procesal, Ensayos doctrinarios, Nuevo Código Procesal Penal, 1ra Edición, E1 Salvador, 1998.

MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA; Boletín de información del Ministerio de Justicia de España No.1518, de fecha 15-12-1989, Madrid, 1989.

MINISTERIO PÚBLICO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA; Manual del Fiscal, Guatemala, 2000.

MONTERO AROCA, Juan; El Derecho procesal en el siglo XX, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

MORENO CARRASCO, Fernando y Otros; Código Penal comentado, Corte Suprema de Justicia, Proyecto de Asistencia a los Juzgados de Paz, El Salvador, 1999.

PADREL, Jean; Derecho Penal comparado, Dalloz, París, 1995.

PAVARINI, Massimo y Otros; Lucha contra la criminalidad organizada y negociación de la pena: Nada personal... ensayos sobre criminalidad organizada y sistema de justicia., Ediciones Desalma, Buenos Aires, 2001.

RÍOS TORRES, Jorge; Procesos penales en los Estados Unidos, Revista para una Nueva Justicia Criminal, Fundación Paz Ciudadana, Universidad Diego Portales, Chile, 1994, Págs. 104 a 105.

RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander; El arrepentido y la investigación penal encubierta. Aspectos problemáticos de la persecución del crimen organizado, Trabajo inédito, San José, 2003.

RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander y Otros; El principio de oportunidad: conveniencia procesal de la persecución penal, Editorial Juritexto, 1ra Edición, San José, 2000.

ROXÍN, Claus; Derecho Penal parte general, Tomo I, Civitas,

España, 1997.

ROXÍN , Claus; Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto S.r.l., Buenos Aires, 2000.

RUSCONI, Maximiliano A.; Luces y sombras en las relaciones político criminales y Ministerio Público, Revista Pena y Estado, No 2, año 2, Editores del Puerto, S.r.l., 1997.

SANCHO GARGALLO, Ignacio; Legalidad, Oportunidad y Transacción Penal en el Procedimiento abreviado, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo Nacional del Poder Judicial, Madrid, 1992.

SERRANO, Armando Antonio y Otros; Manual de Derecho Procesal Penal, Proyecto PNUD, ELS, 1ra Edición, El Salvador, 1998.

TIJERINO PACHECO, José María; El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Costa Rica, 1996.

TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto y Otros; Selección de ensayos doctrinarios: Nuevo Código Procesal Penal, Comisión Coordinadora del Sector Justicia (UTE), El Salvador, 1ra Edición, 1989.

URQUILLA, Eduardo A.; Aplicación de las salidas alternas al sistema penal salvadoreño, Revista Actualidad, año 5, UTE, El Salvador, 2001.

VÉLEZ RODRÍGUEZ, Enrique; Derecho de la prueba, Fundación para el Estudio y el Repaso del Derecho, San Juan, Puerto Rico, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio; El crimen organizado: una categorización frustrada, Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, No 1, año 95, Buenos Aires, 1995.

Anexos

## ANEXO # 1

### GUÍA DE ENTREVISTA

Tema:

Criterios de Oportunidad

La colaboración del imputado en el proceso penal

(Art. 20 (2) del Código Procesal Penal)

1. ¿Considera usted que la redacción actual del criterio de oportunidad regulado en el Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, permite

una adecuada aplicación del mismo por parte de los operadores judiciales?.

2. ¿Cuál es el análisis de forma y de contenido que el juez debe efectuar al solicitársele la aplicación de este criterio de oportunidad?.

3. ¿En qué casos se negaría usted a aplicarlo?.

4. ¿Cree usted que debería ser reformado el actual Art. 20 (2) del Código Procesal Pe-nal?.

5. ¿Qué opina usted de una posible reforma a dicha disposición legal en el sentido de añadir una posible atenuación de pena en lugar de una eximición completa de responsabilidad para el colaborador? Proponga mecanismos.

6. ¿Cuáles considera usted que deben ser los parámetros que los fiscales deben tomar en cuenta para aplicar esta norma?.

7. ¿Debe tomar en cuenta la Fiscalía el grado de autoría o participación del imputado como una limitante para la aplicación de este instituto procesal?.

8. ¿En qué calidad debe de declarar el imputado colaborador cuando el criterio de oportunidad es condicionado?.

9. ¿Cree que el Art. 20 (2) del Código Procesal Penal riñe con algún principio o derecho constitucional?.

10. ¿Cree que la aplicación de ese criterio en específico puede generar impunidad?.

11. ¿Puede el juez, de oficio, proponer la aplicación de este criterio?.

12. ¿Cuáles pueden ser las repercusiones político criminales de la aplicación de este criterio?.

13. ¿Qué repercusiones tiene para el tema de la responsabilidad civil la aplicación del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal?.

14. ¿Cuándo considera usted que es efectiva la colaboración de un imputado en el proceso?.

15. A su criterio, ¿podrían reñir los criterios de oportunidad con el principio de legalidad?.

16. ¿Considera que la participación de la víctima se encuentra debidamente garantizada en la regulación de este criterio?.

17. ¿Puede prescindirse de la aplicación de medidas cautelares para los imputados a quienes se les conceda este criterio de oportunidad condicionado?.

18. ¿Considera usted que existen parámetros definidos en la Fiscalía para la aplicación de este criterio de oportunidad? En caso de ser negativa su respuesta, ¿los considera necesarios?.

19. A su criterio, ¿cómo considera que debe interpretarse el Art. 321 (3) del Código Procesal Penal?.

Este trabajo se terminó el 3 de septiembre de 2003 y fue realizado como requisito de graduación

para los participantes del primer grupo del Programa de Formación Inicial para Jueces de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura.

El mismo contó con la asesoría y supervisión del

Lic. Delmer Edmundo Rodríguez

Director Ejecutivo del Ministerio de Gobernación de la República de El Salvador.

### 3. “INTERVENCION JUDICIAL EN LA APLICACION DE LA LEY CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR”

Licda. Roxana Esmeralda Lara Rodríguez  
 Licda. Maura Yanett Morán Castaneda

Asesor:  
 Lic. Jorge Alfonso Quinteros H.

#### SUMARIO:

Introducción. Planteamiento del problema. Justificación. Objetivos. Metodología. Dimensión espacial. Capítulo I. Violencia Intrafamiliar, 1. Concepción etiológica de la violencia intrafamiliar, 1.1 Modelo Psiquiátrico, 1.2 Modelo Psico social, 1.3 Modelo Socio cultural, 1.4 Modelo Ecológico, 2. Conceptualización de la violencia familiar, 2.1 Formas de violencia, 2.2 Diversas manifestaciones de la violencia familiar, 2.2.1 Violencia de pareja o conyugal, 2.2.2 Violencia en adultos mayores, 2.2.3 Maltrato infantil, Capítulo II, La respuesta del derecho, 1. Reconocimiento del problema en el ámbito jurídico internacional, 2. Intervención del Estado salvadoreño en el problema de la violencia intrafamiliar, 3. La violencia doméstica en el ordenamiento jurídico, 3.1 Normas constitucionales, 3.2 Instrumentos jurídicos internacionales, Derechos humanos afectados por conductas violentas, Normas que aseguran el acceso a la justicia y un recurso efectivo contra actos que violen derechos fundamentales, Normas destinadas a la visualización, investigación, protección y tratamiento de los hechos de violencia, 3.3 Legislación secundaria, Código de Familia, Ley Procesal de Familia, Código Penal, Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, Capítulo III, Intervención judicial en los procesos de violencia intrafamiliar. Problemas y propuestas., 1. Principios procesales, 2. Aspectos relacionados con la competencia, 2.1 Competencia en razón de la materia, 2.2 Competencia en razón del territorio, 3. Inicio del procedimiento. Problemas prácticos, 3.1 ¿Quiénes están legitimados para denunciar los actos de violencia intrafamiliar de los que es víctima una persona mayor de edad?, 3.2 ¿Quiénes están legitimados para denunciar un hecho de violencia intrafamiliar cuando la víctima es un niño, persona incapaz o discapacitada?, 3.3 ¿Quiénes están obligados a dar aviso de los hechos de violencia intrafamiliar?, 3.4 ¿Quiénes pueden ser denunciados?, 3.5 ¿Es aplicable la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar a menores de edad agresores?, 4. Medidas cautelares, preventivas o de protección, 4.1 Concepto y naturaleza jurídica de las medidas, 4.2 Plazo de vigencia de las medidas de protección, 4.3 Las medidas cautelares adoptadas inaudita partes ¿Vulneran principios procesales?, 4.4 Clasificación de las medidas de protección, 5. Intervención de médicos forenses, psicólogos, trabajadores sociales y educadores, 6. Señalamiento y desarrollo de la audiencia preliminar, 7. Formas anormales de terminación del proceso, 7.1 Conciliación, 7.2 Desistimiento, 8. Audiencia pública, 8.1 ¿Se vulnera el principio de congruencia procesal, al atribuirse hechos de violencia al (a) denunciante y denunciado(a) conjuntamente?, 8.2 Algunos aspectos procesales relacionados con los medios de prueba, 9. Recursos, 9.1 Revocatoria, 9.2 Apelación, 9.3 Casación, 10. Control y ejecución de la sentencia Conclusiones y propuestas, Bibliografía, Anexos.

“Si los jueces son vistos por la sociedad como hombres que toleran la violencia, la Justicia pierde legitimidad”. (James Ptacek).

## INTRODUCCIÓN

El plan docente del Programa de Formación Inicial para Jueces (PFI), promoción 2001-2003, comprende dos fases: una es la del aprendizaje teórico práctico para lo cual está destinado el primer año, y la otra es el aprendizaje mediante la práctica, que se ejecuta fundamentalmente durante el segundo año. La segunda fase se divide a su vez en dos tipos de actividades: las instancias de observación y las tutorías judiciales. Durante el desarrollo de la fase práctica, concretamente durante la permanencia en los juzgados de familia y de paz, surge la idea de dedicar la instancia de investigación al tema de la violencia intrafamiliar, específicamente a la intervención judicial en la aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar.

El tema fue seleccionado considerando que los procedimientos de violencia entre personas unidas por un vínculo afectivo o de parentesco constituyen un porcentaje considerable de la carga laboral de los juzgados de familia y de paz. A lo que debe añadirse que a casi siete años de vigencia de la legislación contra la violencia intrafamiliar, desconocemos una investigación sobre las dificultades de interpretación y aplicación de la Ley. Ciertamente algún esfuerzo se ha efectuado, aunque lamentablemente a la fecha no se han documentado los resultados de los talleres sobre violencia intrafamiliar realizados en todo el país con funcionarios judiciales encargados de aplicar la Ley, dirigidos por la Escuela de Capacitación Judicial a través del Área Justicia, Género y Derecho.

El presente trabajo pretende identificar las dificultades procedimentales derivadas de la aplicación judicial de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, evaluar críticamente las opciones interpretativas empleadas por los funcionarios judiciales y proponer criterios hermenéuticos congruentes con los fines y principios rectores de la Ley. Para el logro de tales objetivos partimos de nuestra propia experiencia de observación en los juzgados de familia y de paz, recurrimos a la bibliografía y jurisprudencia sobre el tema y distribuimos cuestionarios a quince jueces de paz escogidos de manera aleatoria. Lastimosamente sólo una tercera parte de dichos cuestionarios fueron contestados, lo que evidentemente limitó la investigación.

Queremos acentuar que con este trabajo pretendemos generar discusión sobre la respuesta que en nuestro país ha dado el derecho, concretamente desde la aplicación judicial de la Ley, al grave problema de la violencia en la familia, con la finalidad de detectar factores positivos que merezcan generalizarse, deficiencias e irregularidades en el sistema de Administración de Justicia, causas y soluciones. En resumen, intentamos que este material sea un insumo para la discusión sobre la intervención judicial en los casos de violencia intrafamiliar.

Debemos reconocer que ciertos temas no han sido tratados con la profundidad que hubiésemos querido, pero reiteramos que nuestra investigación tiene por finalidad servir de insumo a la discusión. Asimismo, debemos señalar que algunos temas relevantes no han sido abordados, en razón de la desproporción existente entre la amplitud del tema y el

tiempo disponible para realizar la investigación. Entre los temas no considerados tenemos: el rol del abogado o abogada en el procedimiento de violencia intrafamiliar, el resarcimiento de daños derivados de hechos violentos en la familia, la mediación en casos de violencia intrafamiliar, la responsabilidad civil derivada de una denuncia falsa, acumulación de procesos y recusación e impedimentos en el procedimiento de violencia intrafamiliar.

El trabajo está estructurado en tres capítulos. El primero constituye un marco teórico básico sobre el tema de la violencia en la familia, comprende una conceptualización de la violencia intrafamiliar, según la doctrina y la ley; un resumen de las diferentes teorías o modelos que han tratado de explicarla; y, las diferentes manifestaciones o formas de violencia intrafamiliar. Esta parte de la investigación se justifica en la necesidad de comprender los diferentes enfoques acerca del tema, con la finalidad de tener una visión integral del problema y, en consecuencia, poder analizar críticamente la intervención del derecho en los casos de violencia intrafamiliar.

El segundo capítulo reseña el proceso que conllevó al reconocimiento internacional del problema y enumera los instrumentos jurídicos vigentes en El Salvador que contienen normas relacionadas, directa o indirectamente, con el tema. Esta parte del trabajo tiene por finalidad contextualizar la aprobación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar en nuestro país. El capítulo tercero está destinado a analizar la intervención judicial en los casos de violencia intrafamiliar, conforme a lo establecido en la Ley sobre la materia. Concretamente se tratan los problemas identificados durante el inicio, el trámite y la conclusión del procedimiento, desde la perspectiva de la doctrina y de la jurisprudencia, nacional y extranjera.

Finalmente, en las conclusiones y propuestas resumimos las dificultades identificadas en el procedimiento judicial de violencia intrafamiliar, las opciones interpretativas aplicadas por los funcionarios judiciales consultados y nuestra opinión sobre cada tema.

### **Planteamiento del problema.**

Durante el desarrollo de la instancia de observación en los tribunales de familia y en el periodo de pasantías en los juzgados de paz se identificaron diversos problemas de procedimiento en la aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar (D. L. 902, D. O. No 241, Tomo No. 333, del 20 de diciembre de 1996). Dichas dificultades, sin aparente solución legal expresa, han originado diversas interpretaciones por parte de los funcionarios judiciales y en consecuencia, variadas soluciones.

Algunas de las dificultades observadas son las siguientes:

¿Cuál es el juez competente para tramitar el procedimiento de violencia intrafamiliar: el del domicilio del denunciado, el del domicilio de la víctima o el del lugar donde sucedieron los hechos de violencia?;

¿Cuál es el procedimiento a seguir en caso de denuncia interpuesta por persona diferente a la víctima, conforme a lo dispuesto en el Art. 21.2 de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar? ,

¿Es necesaria la ratificación de la denuncia por parte de la víctima?;

¿Es competente un juez de paz para aplicar la Ley contra la

Violencia Intrafamiliar a un menor de edad agresor, considerando que dicha Ley prevé la sanción de los hechos de violencia, según lo dispuesto en el Art. 4?;

¿Cuál debe ser la duración de las medidas de protección que se dicten al tener conocimiento del probable hecho de violencia?;

¿Es conveniente señalar y celebrar audiencia preliminar sin haber ordenado previamente los dictámenes periciales?;

¿Cómo debe procederse cuando a una audiencia comparece una de las partes acompañada de abogado y la otra no?;

¿Es admisible la conciliación, como modo anormal de terminación del proceso, cuando la ley expresamente lo prohíbe?;

¿Es admisible el desistimiento?, ¿Se trata de derechos disponibles?;

¿Es conveniente hacer comparecer a las víctimas por apremio?, ¿La comparecencia por apremio supone una revictimización?

Hay que aclarar que las anteriores interrogantes constituyen ideas iniciales, que orientaron la investigación. Por ello, durante la ejecución del trabajo algunas fueron reformuladas.

### **Justificación.**

La Ley contra la Violencia Intrafamiliar fue decretada en 1996 a consecuencia de los compromisos asumidos por el Estado salvadoreño al ratificar la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará, OEA, 1994). La aplicación de dicha normativa corresponde en el área judicial, a los jueces de paz y de familia (Art. 20 L.C.V.I.).

A casi siete años de vigencia de la Ley mencionada, los procedimientos de violencia intrafamiliar constituyen un porcentaje considerable de la carga laboral de los juzgados de paz (Ver en los Anexos las estadísticas elaboradas por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia). Por lo antes señalado y considerando que el Programa de Formación Inicial pretende capacitar a futuros jueces de paz, una investigación sobre la intervención judicial en los casos de violencia intrafamiliar resulta pertinente.

No obstante lo anterior, la investigación propuesta encuentra su mejor justificación en una realidad constatada por los operadores de justicia de nuestro país y reconocida por expertos en la materia<sup>1</sup>, la cual nos enseña que una inadecuada intervención judicial en un caso de violencia intrafamiliar puede producir un incremento de la violencia y poner a la víctima en una situación de grave riesgo para su integridad física y/o psíquica. De ahí, la importancia de investigar y reflexionar sobre los variados criterios de interpretación y aplicación de las normas que regulan la intervención del juez en los casos de violencia intrafamiliar, a fin de identificar elementos positivos y deficiencias en el proceso, para finalmente sugerir opciones interpretativas que satisfagan los fines y principios rectores de la ley mencionada.

<sup>1</sup>Al respecto el abogado argentino Alejandro Molina opina: "... Las cuestiones desarrolladas en los puntos anteriores, demuestran que una mala intervención judicial puede ser generadora de violencia, o puede incrementar la violencia propia de una familia. Efectivamente, la presencia de un juez que da un mal consejo o de un equipo que no produce un diagnóstico adecuado produce violencia en quien lo escucha, y si no se logra un resultado inmediato seguramente se mantendrá la situación de violencia preexistente...". Véase en Sanz, Diana y Molina, Alejandro. Violencia y abuso en la familia. Editorial Lumen/Humanitas, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 331.

## **Objetivos:**

### **Objetivo general:**

Identificar y evaluar críticamente las opciones interpretativas originadas por los problemas de procedimiento derivados de la aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, con la finalidad de proponer criterios de interpretación acordes a los fines que establece dicha Ley.

### **Objetivos específicos:**

- Identificar o detectar las soluciones jurisprudenciales referentes a los problemas de procedimiento derivados de la aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar;
- Comparar y analizar críticamente dichas soluciones; y,
- Proponer interpretaciones acordes a los fines y principios rectores de la Ley.

## **Metodología.**

El desarrollo del trabajo comprendió la investigación bibliográfica referente al tema de la violencia intrafamiliar, sobre todo en la elaboración de los capítulos I y II; el primero constituye un marco teórico básico para aproximarnos al problema de la violencia en la familia, y el segundo, reseña el proceso histórico del reconocimiento de la problemática, a fin de contextualizar la Ley contra la Violencia Intrafamiliar de nuestro país. Para el desarrollo del capítulo III partimos de la identificación de los problemas de procedimiento en la aplicación de la Ley, la detección de dichos problemas se realizó durante la instancia de observación en los juzgados de familia y en el periodo de pasantías en los juzgados de paz.

Asimismo, distribuimos cuestionarios a quince jueces de paz, seleccionados de manera aleatoria, con la finalidad de conocer los criterios jurisprudenciales aplicados por ellos. Posteriormente, recopilamos la jurisprudencia pertinente al tema de los tribunales siguientes: Corte Suprema de Justicia, Salas de lo Constitucional y de lo Civil de la misma y Cámara de Familia de la Sección del Centro. Además, realizamos investigación doctrinaria sobre las dificultades procedimentales identificadas; y luego, analizamos los criterios jurisprudenciales detectados, para proponer finalmente las soluciones que consideramos congruentes con los fines y principios rectores de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar.

## **Dimensión espacial.**

Los cuestionarios se entregaron a los titulares de los Juzgados Primero, Quinto, Sexto, Noveno, Onceavo y Doceavo de Paz, todos de la jurisdicción de San Salvador. Así como, a los funcionarios de los Juzgados Primero y Segundo de Paz de Mejicanos, Juzgado de Paz de Antiguo Cuscatlán y Juzgado de Paz de Cuscatancingo, todos de la periferia de San Salvador. En el interior del país se distribuyeron a los titulares de los Juzgados Primero de Paz de San Vicente; Juzgado de Paz de El Congo, de Santa Ana; Juzgado de Paz de Izalco, de Sonsonate; Juzgado Primero de Paz de Santa Ana y Juzgado de Paz de La Reina, Chalatenango.

## 1. Violencia Intrafamiliar.

Violencia es "... el uso de la fuerza, abierta u oculta, con el fin de obtener de un individuo o grupo de individuos algo que no quiere consentir libremente...". (Jean Marie Domenach)<sup>2</sup>.

### 1. Concepción etiológica de la violencia intrafamiliar.

En términos generales la violencia es un problema social que se ha venido reflejando desde la antigüedad. Afecta las relaciones interpersonales de los individuos, se utiliza como un instrumento para obtener en beneficio propio los intereses y valores que prevalecen en cada comunidad. El ejercicio del poder, la utilización de la fuerza física, psíquica o económica se ha canalizado con la finalidad de controlar y manipular el desarrollo de las actividades de los demás, buscando siempre un provecho individual o a favor de un grupo determinado. Se puede afirmar que la violencia constituye en la mayoría de casos, una forma de ejercer el poder, para controlar, manipular y someter a los más débiles mediante la utilización de la fuerza.

La familia es un sistema social, en la cual se aprehenden los patrones socio culturales que influirán en el desarrollo de sus miembros. Como institución, ha sido igualmente afectada por las distintas formas de violencia social que a lo largo de la historia se han desarrollado. Cuando las agresiones se hacen presentes en las relaciones familiares se constituye el fenómeno conocido como violencia familiar o doméstica<sup>3</sup>. La familia pasa de ser una estructura de protección mutua a una de represión, en la que se pone en riesgo la integridad física, moral, sexual y psicológica de las personas unidas por un lazo de consanguinidad y/o afinidad.

Existen una serie de limitantes que obstaculizan la comprensión de la dimensión que este problema representa, la diferencia jerárquica que se mantiene en la relación, la falta de medios probatorios, agudizado en aquellos casos en que la persona agredida pretende "retirar" la denuncia interpuesta en contra de su agresor por temor a las represalias que éste puede tomar, la ruptura de la relación familiar que conllevará el inicio del proceso y la dependencia emocional o económica que somete a la víctima ha mantener esa relación dañina, han llevado a desarrollar cierta tolerancia al golpe, para invisibilizar las consecuencias negativas que se crean en el grupo familiar.

La relevancia del fenómeno ha superado la dimensión privada, en virtud que las acciones agresivas están afectando un número significativo de familias. Los fenómenos violentos se desarrollan independientemente del sector de la sociedad en el que se desenvuelvan

<sup>2</sup>Citado en Medina, Graciela. "Visión Jurisprudencial de la violencia familiar". Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 11.

<sup>3</sup>Debe aclararse en este sentido que por constituir el término doméstica, el lugar o espacio físico en donde se desarrollan las relaciones familiares, algunos autores opinan que es más conveniente utilizar el concepto de violencia familiar, por ser más amplio e incluye las agresiones que se manifiestan fuera del hogar.

las familias, del grado de educación de sus miembros o de la posición económica que mantengan, es un verdadero problema social y un obstáculo para el normal desarrollo bio - psico – social de las personas. Razón por la cual el Estado como garante del respeto a la vida privada y familiar debe intervenir en el control legítimo de los abusos de poder que se desarrollan en el ámbito privado de las familias, a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de la persona agredida y de los demás miembros del núcleo familiar.

Las causas que inciden en la violencia doméstica son multifactoriales, algunas corresponden a aspectos meramente personales, y otras a circunstancias de tipo estructural; pretender establecer el fenómeno como resultado de una causa determinada, significaría limitar la visión generalizada que se debe tener sobre la magnitud de perjuicios que se ocasionan con las acciones cometidas. Entre los estresores que mayor influencia tienen en la dinámica familiar y que la investigación social ha evidenciado como factores de riesgo más evidentes encontramos: las dificultades económicas derivadas de la pobreza, la falta de empleo y de recursos económicos suficientes para solventar las necesidades básicas. Además, se reconocen otras circunstancias como el cuidado de enfermos crónicos o de disminuidos físicos, psíquicos o sensoriales, particularmente cuando se carece de servicio de apoyo externo<sup>4</sup>.

Para comprender el origen de la violencia intrafamiliar, se han realizado una serie de análisis centrados en el proceso de socialización de las personas que se enfrentan ante una comunidad estructuralmente violenta, en la que se han impuesto históricamente a los hombres y a las mujeres desigualdades de derechos y deberes, basados en las diferencias de género y en la falta de efectividad que poseen las sanciones que se imponen a los que practican acciones en contra del bienestar familiar.

Las causas de la violencia doméstica están determinadas por los siguientes modelos:

### **1.1 Modelo Psiquiátrico.**

Según este modelo, las acciones agresivas están determinadas por características personales del autor. La conducta puede estar patológicamente afectada por enfermedades psíquicas, por desordenes en la personalidad o por la dependencia de sustancias fármaco dependientes.

Al respecto, podemos afirmar que la reducción del problema de violencia en el hogar a circunstancias meramente patológicas en la conducta del agresor, constituye una limitante significativa, pues, solamente se reconocen deficiencias individuales, dejándose a un lado las influencias que el medio social impone en el desarrollo de las personas. Además,

---

<sup>4</sup>Meil Landwerlin, Gerardo. "La violencia doméstica en el contexto del cambio familiar. Una perspectiva sociológica". En la violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001, p. 93.

no todos los agresores sufren de alguna psico-patología, en la mayoría de casos las condiciones mentales de los involucrados son normales.

Se debe diferenciar entre la existencia de rasgos agresivos en la personalidad del autor y la influencia que el consumo de sustancias fármaco – dependientes provoca en el comportamiento de las personas. Difícilmente podría constituir una causa directa de acciones violentas el uso de alcohol o cualquier otro tipo de drogas, puede ser utilizado como un instrumento para la desinhibición conductual. De hecho responsabilizar de la violencia doméstica al consumo de alcohol y/o estupefacientes constituye una eximente a la que recurren las personas violentas y tiende a convertirse en una licencia para pegar, amparada en parte también en representaciones sociales que fundamentan este tipo de percepciones<sup>5</sup>.

Se hace hincapié, que el consumo de cualquier tipo de estupefacientes o de alcohol es utilizado como una justificación del comportamiento agresivo que las personas exteriorizan, liberándolos de las limitaciones sociales acerca de la utilización de medios agresivos en el ámbito de relaciones interpersonales, pero no debe ser considerado como una causa directa de ese tipo de acciones.

## 1.2 Modelo Psico Social.

De conformidad a este modelo, las causas generadoras de la violencia están influenciadas por valores internos y externos, incluye varios esquemas teóricos entre los que tenemos<sup>6</sup>:

a) Teoría de la provocación. Ante las acciones provocativas que la otra persona realiza, la agresión constituye una reacción, consciente o no. Se encuentran actitudes de desprecio, agresiones verbales, negativas a la sumisión exigida, gestos, mímicas, en fin una serie de actitudes que conducen al estadiillo de violencia.

b) Teoría del modelo agresivo. El sujeto desarrolla una actitud violenta como un medio para que la víctima se someta a su voluntad. Puede desarrollar la conducta agresiva de dos maneras distintas: a) Aquella adquirida como resultado de la agresión que la persona sufrió en su hogar, y b) La actitud aprehendida por medio de la observación de acciones agresivas, imita las conductas desviadas para obtener los resultados deseados.

El primer tipo de aprendizaje es adquirido de la experiencia personal, por haber sido sometido durante su niñez a fuertes castigos corporales y psicológicos, percibiendo que es esa la forma en que las personas imponen su voluntad, por lo que en el futuro podrían continuar utilizando esos medios para mantener el dominio, en situaciones

<sup>5</sup>Meil Landwerlin, Gerardo. Ob. Cit., p. 92.

<sup>6</sup>Grosman P, Cecilia, y otros. "Violencia en la Familia". Editorial Universidad 2a. Edición. Buenos Aires, 1992. Pág. 33.

semejantes.

En el segundo, la persona imita el modelo agresivo para dominar la relación, el modelo de conducta puede ser resultado de la observación de acciones violentas en el seno de su hogar (producidas en su contra o en perjuicio de otra persona), en las relaciones de amigos, en lo observado en los programas de televisión o en el medio en que el sujeto se desarrolla. Es decir, su desviación conductual está marcada por una amplia experiencia personal.

En relación a este modelo, debemos valorar que, si bien es cierto, la violencia puede responder a un instinto natural de las personas ante la tensión que constantemente se va acumulando por los diversos estímulos enfrentados día a día, se debe evitar la reducción de la complejidad que conllevan los hechos de violencia familiar, a una reacción biológica como resultado de las provocaciones que realiza la víctima. Tampoco procede inferir que los abusos cometidos sean consecuencia únicamente de las experiencias personales que ha vivido en su niñez el agresor o como resultado de la imitación de un modelo de dominación para mantener su posición jerárquica a través del abuso de poder.

### **1.3 Modelo Socio Cultural<sup>7</sup>.**

Los seguidores de este modelo sostienen, que la violencia intrafamiliar es una manifestación de la violencia general que se vive por la desigualdad socio cultural que impera en la sociedad. Se origina por las diferencias de género que se han establecido y por la pertenencia a sectores de escasos recursos en los que se desenvuelven los sujetos. Este modelo reconoce dentro de las causas que originan las acciones agresivas las siguientes:

a) Teoría de los recursos. La violencia se convierte en un instrumento para mantener el rol de liderazgo que la persona a través de diversos recursos, como la capacidad económica, el prestigio, respeto, autoridad u otras, ha adquirido para mantener a la víctima en un modelo de dominación que socialmente se ha enfocado por las diferencias de edad o sexo, y que han sido utilizadas en favor del agresor. Esta posición de superioridad es respaldada por las costumbres, leyes, normas convencionales que reafirman las relaciones jerárquicas.

b) Teoría del ejercicio del poder. La agresión es consecuencia del ejercicio de poder que una de las partes mantiene sobre los demás, se generan mayores acciones violentas cuando se cuestiona la legitimidad de dicho poder, por lo que ese tipo de

---

<sup>7</sup>Grosman P, Cecilia, y otros. Ob. Cit., Págs. 37 y ss.

conductas se ejercen en la medida en que se opone resistencia a esa forma de sometimiento.

c) La violencia masculina caracterizada por su posición social en el patriarcado. La violencia junto a otras formas de abuso de poder son consideradas como mecanismos para mantener a las mujeres en una situación de subordinación. Esta teoría es la que ampara los movimientos feministas radicales que pretenden minimizar la violencia en el hogar, considerándola exclusivamente como un mecanismo de control del hombre sobre la mujer.

d) La violencia estructural en la sociedad. Significa que las relaciones interpersonales pueden verse afectadas por acciones violentas, como consecuencia de las frustraciones provocadas por el estrés estructural que se desarrolla en los sujetos al no poder satisfacer sus necesidades e intereses, descargando su tensión en las relaciones familiares.

e) La violencia como aspecto negativo de los lazos de intimidad que impera en las relaciones domésticas. Por las características especiales de las relaciones familiares es que se ven sometidas a conductas indeseables que obstaculizan un trato igualitario entre sus miembros y que pone en riesgo la integridad y el desarrollo humano de los mismos, pues por el compromiso afectivo y emocional que impera en las relaciones internas lo dota de mayor vulnerabilidad.

En el normal desarrollo de las relaciones familiares se toleran situaciones que constituyen una forma inofensiva de corregir o modificar los aspectos conductuales indeseados, por ser contrarios al modelo culturalmente impuesto. Hay ocasiones en que la corrección tolerada se vuelve abusiva, como ejemplo, los castigos que se permiten para corregir la conducta de los menores de edad, que atentan contra la integridad física o psicológica.

Consideramos que el análisis de los factores señalados por el modelo socio cultural debe realizarse en forma conjunta, pues individualmente cada factor puede influir en la comisión de acciones desviadas, pero ninguno por sí mismo, puede llegar a explicar en su totalidad la gravedad del fenómeno.

#### **1.4 Modelo Ecológico<sup>8</sup>.**

Este modelo está compuesto por diferentes niveles de análisis,

<sup>8</sup>Corsi, Jorge (compilador). "Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social". Editorial Paidós, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1994, Págs. 49 y s.

es necesario considerar los contextos sociales (macrosistema, exosistema y microsistema) en que se desarrollan las relaciones interpersonales y el nivel individual en el que se desenvuelve la persona. Por la complejidad de la temática, para comprender la violencia doméstica, sin tener que aislarla o limitarla a una causa específica - sea de naturaleza biológica o estructural -, se deben considerar la realidad personal, familiar, social y cultural de cada uno de los involucrados.

El nivel individual está compuesto por cuatro dimensiones psicológicas consistentes en:

a) Dimensión cognitiva. La forma en que se percibe y conceptualiza el mundo constituye un paradigma, así el agresor sostiene una percepción rígida, con ideas cerradas que no pueden ser revisadas, cree que la conducta de la víctima es provocadora y no sabe manejar sus sensaciones y sentimientos. Por su parte, la víctima desconoce una solución eficaz ante el abuso de poder que constantemente le imponen, puede llegar a dudar incluso de sus capacidades para sobrellevar la situación y liberarse de ella.

b) Dimensión conductual. Incluye los comportamientos que una persona ejecuta al relacionarse con el mundo exterior. El agresor puede presentar una conducta desasociada, es decir, que en las relaciones que mantiene en el ámbito laboral, educativo, recreativo, religioso, evita reflejar actitudes que muestren algún grado de agresividad; sin embargo, en la esfera de sus relaciones privadas desarrolla una conducta amenazante y agresiva en perjuicio de su familia. La persona que está siendo sujeta a constantes abusos mantiene ante los demás una conducta sigilosa para impedir que se den cuenta de su situación y ante el agresor adopta una conducta pasiva para evitar reacciones en su contra.

c) Dimensión interaccional. La conducta agresiva no es constante, sino cíclica, existen periodos de violencia y otros de calma, lo que pretende el agresor es mantener el control y liderazgo de la relación.

d) Dimensión psico-dinámica. Las pautas de resolución de conflictos que la persona agresora ha adoptado se reducen a las explosiones de violencia, con el único fin de solucionar cualquier tipo de situación que de alguna u otra manera le

produzca tensión. Además, la conducta está caracterizada por la falta de expresión de sentimientos y sensaciones, trata de controlar el miedo, la tristeza, el dolor, el amor, etc. La víctima desarrolla sentimientos de indefensión, impotencia, ausentismo y crea una necesidad de dependencia emocional frente al agresor.

Los factores externos han sido igualmente analizados y están compuestos por los niveles siguientes:

Nivel del macrosistema. Parte del contexto más amplio de la sociedad; a través del cual, se ha institucionalizado “La Sociedad Patriarcal”, se le confirió mayor poder al hombre y al padre de familia, a fin que pudieran dirigir las relaciones interpersonales a través de un modelo de familia vertical, en la que la figura masculina está ubicada en el extremo superior y por debajo de la misma se encuentran la mujer, los hijos y los adultos mayores. Además, justifica la creación de los roles, derechos, estereotipos y responsabilidades que cada miembro del hogar deberá asumir por la posición que juega, los que se transmitirán de generación en generación. Y ante cualquier tipo de contrariedad o insatisfacción en el cumplimiento de esas conductas generacionales se deberá acudir al uso de la fuerza para mantener las relaciones de sometimiento y desigualdad.

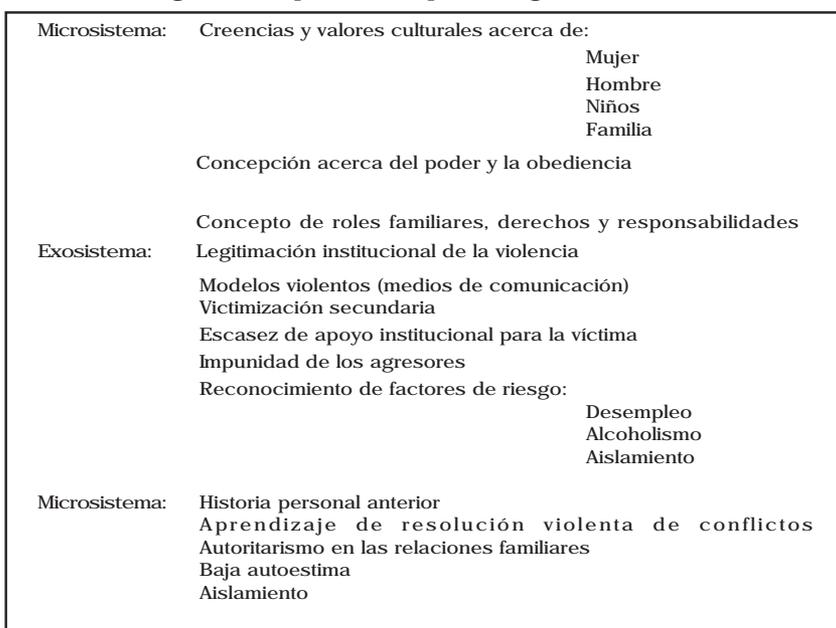
Nivel del exosistema. La intervención de las comunidades más próximas al individuo, mediatizan la sumisión de los valores y creencias que se han originado en una sociedad determinada. Cuando las instituciones educativas, laborales, religiosas, los medios de comunicación etc., reproducen los modelos de poder socialmente impuestos, crean una “Legitimación Institucional” de las conductas agresivas.

Nivel del microsistema. La familia constituye la manifestación básica de este nivel, está determinado por los elementos estructurales que deben regir la convivencia familiar, por los patrones de interacción familiar y por las historias personales de cada uno de sus miembros. En consecuencia, se requiere el análisis del comportamiento que tanto el agresor como la víctima ejecutan en las relaciones internas y externas, a fin de encontrar si éstos han sido previamente sometidos a relaciones caracterizadas por abusos de poder.

En algunos casos, las personas sometidas a violencia en sus familias de origen tienden a mantener esas acciones negativas en sus posteriores relaciones interpersonales. Los agredidos se comportan indefensamente, porque ya han estado involucrados en otras situaciones

semejantes. Tanto agresor como víctima han internalizado que las conductas que desarrollan se enmarcan en el contexto de lo normal, dificultándoseles el reconocimiento del problema. Existen situaciones en que las personas reproducen conductas agresivas aunque en sus relaciones familiares anteriores hayan tenido un desarrollo afectivo y emocional sin violencia, correspondiendo a otras circunstancias que determinan la práctica de esas conductas. Asimismo, el haber sido sometido a relaciones familiares previas en las que se desarrollaran marcos violentos, no produce directamente el uso de la fuerza para el mantenimiento de su posición.

Para presentar en forma gráfica los diversos componentes del modelo ecológico se expone el esquema siguiente<sup>9</sup>:



Consideramos necesario que a través de la capacitación judicial se difundan los modelos doctrinarios sobre la concepción etiológica de la Violencia Intrafamiliar, a fin que los operadores judiciales posean mayores herramientas para comprender las actitudes que tanto agresor como agredida puedan manifestar en las relaciones familiares. Además, dicho análisis debe ir acompañado del examen conjunto sobre la multicausalidad de factores que directa o indirectamente influyen en el problema, las características del medio social en que se desarrollan este tipo de relaciones y la complejidad de los hechos, para brindar un tratamiento adecuado a los casos sometidos al conocimiento de la jurisdicción.

<sup>9</sup>Corsi, Jorge (compilador). Ob. Cit., Pág. 53.

## 2. Conceptualización de la violencia familiar.

La violencia puede manifestarse como una agresión o como un castigo. Como una agresión, genera peleas entre los involucrados al confrontarse los intereses que cada uno pretende satisfacer, posteriormente sigue una etapa de control. Como castigo, el agresor se aprovecha de la desigualdad que existe en la relación que tienen con la víctima y ejecuta maltratos para reafirmar su dominación.

La Organización Mundial de la Salud define la violencia como: “El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”<sup>10</sup>. La definición comprende la violencia interpersonal, el comportamiento suicida (violencia contra uno mismo) y los conflictos armados (violencia colectiva). La violencia interpersonal se divide en dos subcategorías: violencia intrafamiliar o de pareja y violencia comunitaria. El primer grupo abarca formas de violencia como el maltrato de los niños, la violencia contra la pareja y el maltrato de los ancianos.

En cuanto al alcance del término violencia familiar se deben considerar las formas de subordinación que se desarrollan dentro del ámbito familiar, analizando las acciones u omisiones que atentan contra la integridad personal de cualquier miembro de la familia, así como el grado de dependencia emocional o las diferencias basadas en el sexo o edad de las víctimas, para así determinar si los hechos son constitutivos o no de violencia doméstica.

Según el doctrinario Jorge Corsi, la violencia intrafamiliar se refiere a: “... las distintas formas de relación abusiva que caracterizan de modo permanente o cíclico al vínculo intrafamiliar...”<sup>11</sup>.

En ese sentido, también debe entenderse por violencia en el hogar: “... toda acción u omisión física, psíquica o sexual practicada sobre los miembros más débiles de una comunidad familiar, fundamentalmente las ejercidas sobre los menores, mujeres y ancianos, así, como las derivadas de la ruptura de la convivencia o relación afectiva, que cause daño físico, psicológico o maltrato sin lesión”<sup>12</sup>.

El tenor literal del artículo 3 de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, define a la violencia familiar como: “... cualquier acción u omisión, directa o indirecta que cause daño, sufrimiento físico, sexual, psicológico o muerte a las personas integrantes de la familia”. Respecto a las definiciones legales, se debe tener en cuenta que los conceptos que se incluyen están determinados por el sentido que representa la problemática social en el momento en que se desarrolla la ley, así como la sanción de la norma y la finalidad que se persigue con la misma<sup>13</sup>.

<sup>10</sup>Organización Panamericana de la Salud. “Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen”. Washington, D. C., Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud, 2002, p. 5.  
<sup>11</sup>Corsi, Jorge (compilador). Ob. Cit., Pág. 31.

<sup>12</sup>Ganzenmuller Roig, Carlos y otros. “La violencia doméstica”. Editorial Bosch, Barcelona, 1ª Edición, 1999, Págs. 14/15.

<sup>13</sup>Medina, Graciela. Ob. Cit., p. 14.

Los elementos comunes que surgen de las concepciones analizadas son:

Que constituyen abusos de poder, todas las acciones u omisiones que ocasionen un sufrimiento físico, sexual o psicológico, así como las amenazas de tales actos, la coerción o las privaciones arbitrarias de libertad, que se realicen en la vida pública o privada de las personas que se encuentran unidas por una relación afectiva con el agresor.

Que entre agresor y víctima existe una relación íntima y afectiva, estando unidos por lazos de consanguinidad o afinidad.

Los agresores generalmente mantienen una relación de dominación frente a la víctima, basados en la posición de poder que les ha sido asignada por el rol individual que desarrolla en la sociedad. Los agredidos se ven sometidos por las diferencias que surgen de la edad, el sexo u otros aspectos que le provocan indefensión.

En conclusión, el maltrato familiar puede afectar a los adultos, si se desarrollan las agresiones en las relaciones conyugales o en perjuicio de los adultos mayores y a los menores de edad.

## 2.1 Formas de violencia.

Las agresiones domésticas se exteriorizan como un maltrato activo, al hacer uso de la fuerza física, sexual o psicológica; pasivo, por la omisión de cumplir con las obligaciones que por su posición dentro de la relación familiar son determinantes para el desarrollo de los demás.

Las tres formas principales de violencia que generalmente afectan las relaciones familiares son<sup>14</sup>:

a) **Violencia Física:** entendida como aquella que se ejerce mediante empujones, empujones, tirones de pelo, bofetadas, patadas, quemaduras, mordeduras, estrangulamientos, puñaladas, mutilación genital, tortura y asesinato. Puede ser cotidiana cuando se manifiesta frecuentemente o cíclica, si existen períodos de agresión seguidos de tranquilidad.

b) **Violencia Sexual:** cualquier actividad sexual no consentida; chistes y bromas sexuales, miradas fijas irascibles, comentarios desagradables, exhibicionismo, llamadas telefónicas ofensivas, propuestas sexuales indeseadas, participación forzada en pornografía, tocamientos indeseados, relación sexual obligada, violación, incesto, todo dirigido a la ejecución de actos sexuales que la mujer considera dolorosos o humillantes, embarazo forzado, tráfico y explotación en la industria del sexo.

<sup>14</sup>Consta en el informe de consolidación de los Juzgados de Paz de la Corte Suprema de Justicia, que en el 2002 se conocieron 2482 casos de denuncias contra violencia psicológica; 768 de violencia física; 84 de violencia sexual; 2945 de violencia física y psicológica; y 268 denuncias por los tres tipos de violencia física, psicológica y sexual.

c) **Violencia Psicológica:** son los actos o conductas intencionadas que producen desvaloraciones, sufrimientos o agresión psíquica a través de chistes, bromas, comentarios, amenazas, aislamiento, desprecio, intimidación e insultos en público, con la finalidad de producir desequilibrios emocionales.

La Ley contra la Violencia Intrafamiliar va más allá, regulando además de los tipos de agresión mencionadas, otra forma de sometimiento consistente en:

- **Violencia económica,** la cual comprende una afectación en el cumplimiento de las necesidades de subsistencia familiar, puede efectuarse a través de la sustracción, destrucción, retención o apropiación de bienes u objetos; así como la creación de desigualdad en el acceso a los recursos compartidos, por ejemplo negar el acceso al dinero, impedir que se obtenga un puesto de trabajo o que se realicen estudios académicos para desarrollarse profesionalmente, o negar derechos relativos con la propiedad.

Doctrinariamente también se regulan otros tipos de agresiones entre las que tenemos<sup>15</sup>:

- **Violencia estructural:** se relaciona con la violencia económica, que limita la realización de los derechos básicos. Estos obstáculos se reproducen diariamente, por ejemplo, las diferencias de poder y las relaciones estructurales que generan y legitiman la desigualdad.

- **Violencia espiritual:** consiste en menoscabar y destruir las creencias culturales o religiosas de una mujer a través del ridículo y del castigo, o el obligar a alguien que acepte un sistema determinado de creencias.

- **Crímenes por defensa del honor:** representa el asesinato de mujeres jóvenes, por el incumplimiento del comportamiento femenino que socialmente se espera realicen, considerándose su actuar como una deshonra familiar.

- **Abusos rituales:** es la utilización de las formas de agresión antes descritas, con la finalidad de celebrar ceremonias o actividades que conllevan una finalidad religiosa.

## **2.2 Diversas manifestaciones de la violencia familiar.**

Las distintas manifestaciones de la violencia producen una

---

<sup>15</sup>Medina, Graciela. Ob. Cit., Págs. 42 y s..

diferenciación en la comprensión de cada tipo, las causas, los efectos y el tratamiento se adecuara a cada tipo de afectación que se ocasione. En razón de la edad puede producirse la violencia entre adultos, afectando el ámbito conyugal o a los adultos mayores y la que se ocasiona en contra de menores de edad. Para una mayor comprensión de las diferencias que existen en cada una de las manifestaciones de la violencia familiar, tenemos que analizar el ciclo en que se desarrolla cada una de las manifestaciones.

### 2.2.1 Violencia de pareja o conyugal.

En las relaciones conyugales se desarrolla un tipo de violencia cíclica marcada por tres fases, las cuales consisten en<sup>16</sup>:

- a) Fase de acumulación de tensión. En el desarrollo de la relación se van ocasionando una serie de episodios que por sí mismos no son significativos, pero que van creando en la pareja ansiedad por dominar la relación, queriendo someter las acciones del otro. El agresor cree que actúa legítimamente al incrementar la opresión, los celos y la posesión. La víctima niega el problema.
- b) Episodio agudo. Se vive un descontrol por la acumulación de tensión que poco a poco se ha venido desarrollando, hasta el punto de explotar en la comisión de acciones violentas que pueden constituir desde un empujón hasta el menoscabo de la integridad de la otra persona. La víctima se muestra sorprendida y no comprende las razones por las cuales se manifiesta la violencia.
- c) Calma amante o luna de miel. El agresor se arrepiente de los hechos y trata de reconciliarse con la víctima mediante promesas que nunca se volverán a repetir esas acciones y realiza numerosas manifestaciones cariñosas. Por su parte la persona afectada cree en el arrepentimiento y acepta continuar con la relación.

Cada vez que uno de los miembros de la relación de pareja incumple con los estereotipos y funciones que la sociedad les ha asignado, reaparecen los episodios de acumulación de tensión y se dan las condiciones del ciclo descrito. En todo el mundo los hechos desencadenantes de la violencia son muy similares en las relaciones en que existe maltrato: la desobediencia o las discusiones con la pareja masculina, preguntarle acerca del dinero o de sus amistades femeninas, no tener la comida preparada a tiempo, no cuidar satisfactoriamente de los niños o de la casa, negarse a mantener relaciones sexuales, y la sospecha del varón de que la mujer le es infiel<sup>17</sup>.

<sup>16</sup>Grosman, Cecilia E. y otros. Ob. Cit., Págs. 69 y s.

<sup>17</sup>"Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen", antes citado.

La violencia se ejerce en forma gradual, conforme se van desarrollando distintos actos violentos, la gravedad de los mismos se va incrementando. Las personas sometidas a este tipo de abusos, presentan un debilitamiento en sus defensas físicas y psicológicas que conllevan a desmejoras en su salud por el padecimiento de depresión, aislamiento, lesiones, etc.

Por los distintos roles que socialmente se les han asignado a los hombres y mujeres se tiene conocimiento que históricamente las más afectadas han sido las mujeres, pues por su posición en la sociedad (desempleo, poca preparación académica, pobreza...), por la dependencia emocional y económica que la sujeta a su cónyuge o compañero de vida, por el tipo de hombre con el que mantiene la relación afectiva (dependientes, impulsivos, celosos) o por la conducta que ella externaliza la convierten en el blanco perfecto para este tipo de agresiones.

Según el Informe mundial sobre la violencia y la salud (2002), la violencia de pareja es soportada en proporción abrumadora por las mujeres e infligida por los hombres. En 48 encuestas de base poblacional realizadas en todo el mundo, entre el 10% y el 69% de las mujeres indicaron haber sido objeto de agresiones físicas por parte de una pareja masculina en algún momento de sus vidas. En ese mismo sentido, en el Informe de Consolidación de los Juzgados de Paz, correspondiente al 2002 llevado en la Corte Suprema de Justicia consta que en la mayoría de procesos diligenciados conforme a la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, prevalece mayor afectación en contra de las mujeres, pues las víctimas del sector femenino fueron en total 5,662 y las del sector masculino solamente 832; asimismo, los agresores masculinos fueron 5,209 y las agresoras 1005.

El ambiente familiar es solo uno de los escenarios en donde se realizan maltratos en contra de la mujer, hay ocasiones en que muchas mujeres son sometidas a acciones violentas en el inicio de una relación conyugal, siendo víctima de abusos en la relación de noviazgo o de convivencia, y otras veces el maltrato no finaliza con la ruptura de la relación marital sino que se mantiene por más tiempo.

Por el grado de afectación que se produce y por la intensidad en las diversas formas en que se somete a la mujer, se ha señalado el síndrome de la mujer maltratada, entendido como: *“... el conjunto de lesiones físicas y psíquicas resultantes de las agresiones repetidas llevadas a cabo por el hombre sobre su cónyuge o mujer a la que estuviese o haya estado unido por análogas relaciones de afectividad...”*<sup>18</sup>.

Las agresiones que se producen como consecuencia de este síndrome deben estar caracterizadas por tres elementos:

- a) El agresor. Es alguien que mantiene o ha mantenido una relación de afectividad con la mujer, no se requiere la presencia de ningún trastorno en la personalidad ni el padecimiento de

<sup>18</sup>Lorente Acosta, Miguel. “Síndrome de maltrato a la mujer”. Material didáctico del curso “Sicología jurídica” impartido por el Doctor Miguel Manuel Clemente Díaz, catedrático de la Universidad de la Coruña, España, del 30 de junio al 4 de julio de 2003, en la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, p. 3.

alguna enfermedad mental que caracterice su actuación. Las acciones violentas se derivan de la necesidad de mantener su posición de dominio en la familia y por tratar de neutralizar la dependencia de la víctima, a través del sometimiento de sus acciones.

b) La víctima. Erróneamente se ha afirmado que la mujer ha tolerado la violencia por el vínculo afectivo que la une a su agresor, por la estabilidad económica que representa la relación y porque en el fondo presenta una actitud masoquista; al respecto es pertinente expresar que actualmente se han desacreditado clínicamente esas teorías basadas en que la mayoría de víctimas expresan amor por sus agresores y que las situaciones están condicionadas por las conductas provocadoras que ellas practican<sup>19</sup>.

c) Contexto socio cultural. Como ya se argumentó, la violencia se convierte en un mecanismo de control social, para mantener la posición de superioridad de los hombres. La conducta violenta se va transmitiendo de generación en generación, justificando el uso de la fuerza para someter a las mujeres a los patrones culturales que se han creado, invisibilizándose los daños físicos, psíquicos y sexuales que se ocasionan.

### 2.2.2 Violencia en adultos mayores.

Actualmente en los Estados democráticos se reconoce una especial protección a favor de los adultos mayores, a fin de igualar sus condiciones de vida en relación con los derechos y obligaciones que tienen las demás personas. Debe fomentarse una política estatal que permita una mayor participación en la vida económica, educativa, social y cultural de estas personas, para brindarles la oportunidad de integrarse nuevamente a la sociedad. Se han reconocido a su favor una serie de derechos entre los que figura, el de convivir con su familia, quienes están obligados a brindarles los cuidados y protección necesaria para que tengan una vida digna, en la cual, se les faciliten los mecanismos para proteger su salud física y emocional.

Se dispone de poca información sobre la magnitud del maltrato a los adultos mayores, pero según las escasas encuestas de base poblacional entre el 4% y el 6% de la población de edad avanzada sufre algún tipo de maltrato en el hogar<sup>20</sup>.

Las acciones y omisiones que constituyen este tipo de agresión son aquellas que provocan cualquier tipo de menoscabo en la integridad de las personas de la tercera edad, por parte de cualquier miembro de su familia. La American Medical Association en 1997<sup>21</sup>, definió el abuso en contra de las personas de edad en los términos siguientes: "... aquel acto u omisión que lleva como resultado un daño o amenaza de daño para la salud o el bienestar de una persona anciana...".

Una de las dificultades que se ha reconocido en los estudios realizados, es la determinación de las personas a quienes debe

<sup>19</sup> Ibid., p. 6.

<sup>20</sup> Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen", antes citado, p. 20.

<sup>21</sup> Ganzemuller Roig, Carlos y otros. Ob. Cit., p. 142.

brindárseles la protección necesaria. En la doctrina al definir el término de adultos mayores no lo reducen al cumplimiento de una edad cronológica sino también consideran las condiciones de vida que mantienen. Al respecto, los definen de la manera siguiente: "... aquellos sujetos que se encuentran en el momento de la vida caracterizado por la disminución de sus facultades y de la declinación fisiológica, psicológica, económica y de participación social..."<sup>22</sup>.

El artículo 389 del Código de Familia salvadoreño, dice que debe entenderse como adultos mayores a: "... las personas que hubieren cumplido sesenta años de edad o más..."

De lo anterior se denota que influye en la conceptualización de las personas adultas mayores, no solo el transcurso de la edad cronológica, a través de la cual se le ubica en esa categoría por el simple paso del tiempo, sino que se deben considerar otras circunstancias que influyen directamente en la calidad de vida que están desarrollando. Así, cualquier tipo de desmejoramiento en la salud física, psíquica y mental de una persona puede entorpecer las condiciones normales de supervivencia y conjuntamente a la edad, ubicar dentro del marco de protección de las personas de la tercera edad, a quienes cumplan con esos requisitos.

La vulnerabilidad de estas personas es una de las condiciones que influyen en las formas de violencia que únicamente pueden cometerse en contra de ellas. Un modo especial de maltrato que se reconoce es el internamiento en hogares o clínicas especializadas en el cuidado de esas personas, pues generalmente constituyen un medio idóneo para alejarlo del entorno familiar y social en el que se ha venido desarrollando y para desatender la satisfacción de sus necesidades emocionales y de salud. En esas instituciones el maltrato es más frecuente cuando los niveles de atención son bajos, el personal está mal preparado o tiene exceso de trabajo, las interacciones entre el personal y los ancianos son difíciles o el entorno físico es deficiente, y allí donde las políticas favorecen más a los intereses del centro que a los internos<sup>23</sup>.

Las personas adultas mayores son especialmente vulnerables a los abusos económicos, es decir, al uso inadecuado de sus fondos y recursos por parte de parientes u otros cuidadores.

En los países en desarrollo, se dan otras circunstancias que agudizan la problemática de convivencia con los adultos mayores, pues por las condiciones económicas que se viven, tales como el desempleo, la imposibilidad de acceder a una vivienda propia, la escasez de recursos económicos para afrontar los distintos gastos de manutención, justifican el hacinamiento de grupos familiares en un mismo espacio físico por la escasez de medios económicos, convirtiéndose en un ambiente propicio para practicar agresiones en contra de los más débiles.

Otra de las formas de abusos en contra de las personas adultas, es el tratar de establecer judicialmente la incapacidad mental de los mismos, para obtener un beneficio de carácter patrimonial en la mayoría de casos, utilizando para lograr dicho objetivo la simulación de la deficiencia mediante la administración de medicamentos.

El análisis del maltrato no debe limitarse a aquellos casos en que se provoca un abandono total de la persona, dejándole vivir en

<sup>22</sup>Medina, Graciela. Ob. Cit., p. 37

<sup>23</sup>"Informe mundial sobre la violencia y la salud", antes citado, p. 20

completa soledad y bajo sus medios de subsistencia, sino también, a todas aquellas acciones u omisiones por medio de las cuales se limitan los derechos individuales, entre las que tenemos el ejercicio injustificado del control económico, la limitación de espacio físico para su libre desplazamiento y el sometimiento a la práctica de actividades que únicamente benefician al agresor, como el cuidado de los menores de edad y el trabajo excesivo en el hogar.

Entre las situaciones que aumentan el riesgo de que los ancianos sean víctimas de la violencia se encuentran: el hecho que las relaciones familiares tensas empeoran debido al estrés y la frustración que origina el que la persona de edad avanzada se vuelva dependiente; el hecho de que el cuidador dependa del adulto mayor para su alojamiento o sustento económico es fuente de conflictos. Asimismo, en algunas sociedades, las redes familiares o comunitarias que en el pasado brindaban apoyo a las generaciones de más avanzada edad se están debilitando debido a los rápidos cambios socioeconómicos<sup>24</sup>.

### 2.2.3 Maltrato infantil.

Constituye un problema de carácter social, que a través de la historia se ha tratado de invisibilizar, al igual que la violencia que se desarrolla en las otras relaciones parentales, por pertenecer al ámbito privado de las familias. Históricamente se ha desarrollado el abuso en perjuicio de los menores por haberseles considerado como objetos propiedad de los adultos. El maltrato afecta, según la Convención sobre los Derechos del Niño, a todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Actualmente se está promoviendo una participación más activa de los Estados frente a la problemática de los abusos de poder ejercidos en contra de ellos, como consecuencia del reconocimiento del niño como una persona protegida por una serie de derechos y garantías.

Por tanto, no obstante ser la familia la institución encargada del proceso de socialización de los menores, de la satisfacción de las necesidades básicas para su mantenimiento y del fortalecimiento de los patrones socio culturales, se convierte también, en el lugar donde se infringen maltratos. La formación de la conducta de los menores es parte del contenido del ejercicio de la autoridad parental que recae en los progenitores, ante el abuso en el ejercicio de esa autoridad, se justifica la intervención del Estado en la regulación de las relaciones intrafamiliares, a fin de proteger a los menores de cualquier tipo de maltrato que entorpezca el normal desarrollo de los procesos socio – educativos.

El maltrato infantil en términos generales puede definirse de la siguiente manera: "... un niño es maltratado o abusado cuando su salud física o mental o su seguridad están en peligro, ya sea por acciones o por omisiones llevadas a cabo por el padre o la madre u otras personas responsables de su cuidado; o sea, que el maltrato se produce por acción, o por descuido o negligencia..."<sup>25</sup>.

Según Kempe<sup>26</sup> las categorías en que se desarrolla el maltrato infantil son: violencia física, abandono físico y emocional, maltrato emocional y explotación sexual. En cuanto a la primera categoría es aplicable lo considerado por ese tipo de violencia en las relaciones de pareja. En cuanto al abandono, se crea un ambiente inapropiado en

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> Grosman, Cecilia P y Mesterman, Silvia. "Maltrato al menor". Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, año 1992, pag. 28.

<sup>26</sup> Ibid., p. 27.

relación a la obligación que los padres tienen de proteger la salud, la seguridad y el bienestar de sus hijos. El maltrato emocional es el sometimiento constante a través de regaños o rechazos en relación a las acciones que realizan, atemorizándoles constantemente. La explotación sexual engloba la participación obligatoria en actividades sexuales, que por su grado de desarrollo físico y emocional no comprende en su totalidad, se incluye la violación, el incesto, las agresiones sexuales, prostitución infantil, entre otras.

En relación a las causas que originan la violencia en contra de los menores de edad, el estudio se ha basado en los diversos modelos aplicados a la violencia conyugal y la que afecta a los adultos mayores, incluyéndose además, las variables propias del fenómeno que afecta a los niños. Por tanto, a fin de analizar la multiplicidad de causas que contribuyen con la práctica de estas agresiones se deberán considerar las diferencias en cada uno de los modelos relacionados con la etiología de la violencia familiar, entre los que tenemos:

**Modelo intrapersonal.** Se refiere al estudio de las características de la personalidad psico patológica del agresor. En este modelo debe relacionarse el análisis realizado en el punto 1 del presente trabajo.

**Modelo psico – social.** Analiza la interacción del individuo con su medio familiar de origen y con la que posteriormente ha conformado, pues la persona agresiva en algunos casos, desarrollará las conductas aprehendidas por su experiencia personal o por imitación de lo vivido en su niñez. Se incluye en el contenido de este modelo la sistematización del síndrome del niño golpeado. Y se reconoce como causas del maltrato las siguientes<sup>27</sup>:

- Repetición de generación en generación de las conductas violentas, negligentes o privativas por parte de los progenitores.
- Los padres tienen una concepción distinta de lo que sus hijos representan para la sociedad. Consideran al castigo físico como un método apropiado de corrección.
- Generalmente los malos tratos se dan en épocas de crisis por la inadaptación de los padres a la vida adulta.
- Dificultades que los padres tienen para pedir ayuda a otras personas.

**Modelo socio cultural.** A través de los valores y de las reglas sociales se va justificando el uso de la violencia infantil para mantener las conductas esperadas. En ese sentido se le da un carácter instrumental a la violencia, a través de la cual las familias logran mantener el rol de liderazgo sobre los menores de edad.

En la teoría de los recursos se reconoce que la violencia es uno de los medios que tanto la persona como la comunidad utilizan para obtener las condiciones (educativas, económicas, de dominación, entre otras) que esperan.

En cuanto al componente de dominación, se regula que la posición de poder que algunas personas mantienen en las relaciones interpersonales, está determinada por las diferencias de edad y de sexo.

<sup>27</sup>Grosman, Cecilia P y Mesterman, Silvia. Ob. Cit., p. 35.

Así, el adulto se impone frente al niño; el hombre sobre la mujer. En consecuencia, en el ejercicio de la autoridad parental el padre y/o la madre ejercen sobre sus menores hijos acciones correctivas en los casos en que no han satisfecho las expectativas que ellos se habían formulado.

Cuando un grupo social tiene que afrontar un nivel mayor de estrés combinado con la carencia de recursos, se crea la subcultura de la violencia, pues su utilización está legitimada por las normas y por los valores reconocidos en ese medio social.

Modelo ecológico. James Garbarino<sup>28</sup> sostiene que el maltrato que los padres ejercen sobre sus hijos, no debe ser considerado como un exceso en el ejercicio de su derecho de corrección ni como un abuso de poder ya que el mismo obedece al desajuste que se produce en la conducta de los padres, al enfrentar situaciones de cambio de roles que se van dando en la sociedad, y solo constituye una forma de reacción ante la dificultad de adaptación que acarrearán esos cambios. El abuso aparece en los casos en que se da una adaptación patológica entre el adulto y los menores, como consecuencia de la incompetencia de manejar el rol de autoridad parental que se le ha asignado al encargado del menor, pues realiza acciones excesivas frente a la autorización social sobre el uso limitado del castigo.

En consecuencia, al analizar las causas de la violencia en contra de los menores de edad que cada uno de los modelos considera como determinantes, se debe llegar a la conclusión, que al igual que la violencia familiar en términos generales, el fenómeno es una consecuencia de la mezcla de factores personales, familiares y socio – culturales que al interrelacionarse entre sí, producen las acciones agresivas.

Las relaciones familiares se desenvuelven en un contexto socio cultural en el que las relaciones de poder se desarrollan de manera vertical, en el que cada uno de sus miembros ocupa un lugar determinado por la edad, el sexo, la capacidad productiva o el parentesco. Entre los supuestos explícitos que se desarrollan en la relación de padres e hijos encontramos que: - la felicidad de la pareja se aumenta con el nacimiento de los hijos; - deben estar pendientes de satisfacer sus necesidades; - de cuidarlos, brindarles educación, afecto y protección hasta que finalice el proceso de socialización, no justificándose en base a ellos, el uso de medios agresivos para lograr el normal desarrollo de dicha relación. Siendo necesario considerar aquellas condiciones implícitas que se han reconocido en las relaciones paterno filiales pues históricamente se ha establecido que el padre es la máxima autoridad y puede ejercer sus derechos libremente, mientras que la madre está limitada al poder del padre; - ambos pueden disponer de sus hijos quienes son propiedad de ellos-; se les concede el derecho de corrección como un medio de educación.

En consecuencia existen una serie de factores que influyen directamente en el maltrato infantil dotándolo de sus propias características, por la forma en que se desarrollan las agresiones y las afectaciones que se producen, entre las que tenemos<sup>29</sup>:

- La historia violenta que vivieron los progenitores del menor, ambos o uno sólo de ellos.

<sup>28</sup>Ibid., p. 38.

<sup>29</sup>Ibid., p. 51.

- Las condiciones que rigieron la estructura familiar de sus padres, es decir, el tipo de modelo de dominación que se basa en las diferencias generacionales y de autoridad familiar. Aunado al sistema de valores y creencias que reafirman esos modelos.

- Bajo nivel de tolerancia al cambio de roles que las personas adultas deben enfrentar.

- Se ha tratado de legitimizar el uso del castigo sobre los menores, como una herramienta de corrección de los padres, sin embargo, la fuerza física o psicológica utilizada como medio de educación afecta el desarrollo biológico y psicológico de los menores de edad.

- El circuito violento al que es sometido el niño víctima de violencia familiar está conformado por las expectativas que el padre y la madre se han formulado en relación a su hijo(s), es decir, esperan que se comporte y practique las conductas que la sociedad de manera explícita e implícita han asignado como un estereotipo de los niños. Ante la insatisfacción o incumplimiento de parte de los hijos, los padres se frustran por no tener el modelo de hijo que la sociedad le ha creado y por no cumplir él o ella satisfactoriamente con el papel asignado en relación a su rol de padre.

- Ambos progenitores comparten sólo algunas de las expectativas de sus hijos, ya que las mismas están determinadas por las diferencias generacionales que se han reconocido, la mujer genera sus propias expectativas en relación a su rol de madre (su autoridad se limita a la del hombre, debe educar disciplinando a sus hijos) y el padre crea las suyas propias (sostén económico del hogar, máxima autoridad de la familia).

Con base en la frustración de los padres, se producen los castigos en contra de los menores de edad y se renuevan las expectativas. Por lo cual, debe brindarse un tratamiento eficaz y ágil a los menores que son sujetos de agresiones practicadas en las relaciones familiares por las personas obligadas a brindarles la protección que necesita en razón de estar aprehendiendo los modelos educativos, culturales, religiosos y conductuales que determinarán el desarrollo de su vida en el futuro.

## 2. La Respuesta del Derecho.

“La extorsión, el insulto, la amenaza, el coscorrón, la bofetada, la paliza, el azote, el cuarto oscuro, la ducha helada, el ayuno obligatorio, la comida obligatoria, la prohibición de salir, la prohibición de decir lo que se piensa, la prohibición de hacer lo que se siente y la humillación pública son algunos de los métodos de penitencia y tortura tradicionales en la vida de familia. Para castigo de la desobediencia y escarmiento de la libertad, la tradición familiar perpetúa una cultura del terror que humilla a la mujer, enseña a los hijos a mentir y contagia la peste del miedo. - Los derechos humanos tendrían que empezar por casa - me comenta en Chile, Andrés Domínguez.” (Eduardo Galeano, “Mujeres”-Antología-).

### 1. Reconocimiento del problema en el ámbito jurídico internacional.

Explica el psicólogo argentino Jorge Corsi<sup>30</sup> que el problema de los malos tratos y la violencia en la familia no es un problema reciente, aún cuando no fue considerado un grave problema social sino hasta comienzos de los años 60, cuando Henry Kempe publicó su famoso artículo “El síndrome del niño maltratado” en el *Journal of the American Medical Association* (julio de 1962)<sup>31</sup>. Sin embargo, el síndrome del niño golpeado fue descrito por primera vez en 1868 por Ambrois Tardieu, catedrático de Medicina Legal de París<sup>32</sup>. Añade Corsi<sup>33</sup> que “En el comienzo de los años 70, la creciente influencia del movimiento feminista resultó decisiva para atraer la atención de la sociedad sobre las formas y las consecuencias de la violencia contra las mujeres (...). Progresivamente se comenzó a descubrir el velo sobre otros fenómenos mucho más extendidos de lo que se creía: por ejemplo, el abuso sexual hacia los niños y las diversas formas de maltrato hacia los ancianos”. En ese contexto en 1975 se celebró en México la I Conferencia Mundial sobre la Mujer, en la cual se señaló como objetivo principal de la educación social enseñar el respeto a la integridad física de la mujer, y se declaró que el cuerpo humano, sin distinción de sexo, es inviolable y que el respeto por él es un elemento fundamental de la dignidad y la libertad humana. De esta forma, las Naciones Unidas es el primer organismo que repara en la gravedad de la violencia contra la mujer y declara la década 1976-1985 como Decenio de las Naciones Unidas para las Mujeres<sup>34</sup>.

En las posteriores Conferencias Mundiales sobre la Mujer (Copenhague, 1980 y Nairobi, 1985), el movimiento de mujeres reiteró la necesidad de la discusión sobre el tema de la violencia en contra de la mujer y las restricciones que la violencia impone a la participación plena de la misma en la sociedad. En la II Conferencia Mundial se adopta la resolución titulada “La mujer maltratada y la violencia en la familia”, mientras que en la III Conferencia Mundial se establece como prioridad la eliminación de la violencia contra la mujer y la familia en la sociedad.

Durante el decenio 1976-1985 se llevó a cabo un esfuerzo internacional en la revisión de los derechos de las mujeres, lo que entre otros resultados produjo la aprobación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979), la cual entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. Si bien la violencia contra las mujeres puede interpretarse como una forma de discriminación hacia las mismas, esta problemática no fue tratada explícitamente en la Convención. Por ello, en la Recomendación

<sup>30</sup>Corsi, Jorge (compilador). Ob. Cit., p. 15.

<sup>31</sup>Carranza Casares, Carlos A. “Aporte teórico para la comprensión del maltrato infantil y familiar”. Material del curso “Violencia intrafamiliar” impartido por la Dra. Cecilia Paulina Grosman del 7 al 11 de julio de 2003, en la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador.

<sup>32</sup>Grosman, Cecilia P y Mesterman, Silvia. Ob. Cit., p. 21.

<sup>33</sup>Corsi, Jorge (compilador). Ob. Cit., p. 16.

<sup>34</sup>Ganzenmuller Roig, Carlos y otros. Ob. Cit., Págs. 17 y s.

Nº19, publicada en 1992 por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, se puntualizó que en la noción de discriminación debe entenderse que “se incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o porque la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de libertad”.

En 1980 se reconoció explícitamente que la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar es el crimen más frecuente en el mundo<sup>35</sup>. Sin embargo, en las legislaciones de los países el tema de la violencia en contra de las mujeres no es abordado explícitamente, a excepción de Puerto Rico, que en 1989 aprueba la Ley N°54 sobre violencia doméstica en la pareja; y de Brasil que en 1988 incluye en la Constitución Federal una norma por la cual el Estado se compromete a crear mecanismos para cohibir la violencia en el ámbito de las relaciones familiares<sup>36</sup>.

Es hasta la década de los noventa cuando se empieza a considerar la violencia doméstica como una vulneración de derechos humanos. Tal perspectiva tiene como presupuesto la superación de la idea según la cual la violencia intrafamiliar es un atentado en el ámbito privado o familiar en el cual el Estado no debe intervenir. En la resolución 1991/18 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de fecha 30 de mayo de 1991, se recomendó la preparación de un marco general para un instrumento internacional que abordara explícitamente la cuestión de la violencia contra la mujer.

Fue en la II Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en junio de 1993, que se reafirmó que todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana, y se reconoció que los derechos humanos de la mujer y la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales, considerándose incompatible con los mismos, la violencia y todas las formas de acoso y explotación sexual. Asimismo, se subrayó la importancia de la labor destinada a eliminar la violencia contra la mujer en la vida pública y privada, erradicando prejuicios sexistas en la administración de justicia<sup>37</sup>.

Uno de los logros de esta Conferencia fue la aprobación, el 20 de diciembre del mismo año, de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (Declaración 48/104), en la cual se formularon una serie de recomendaciones a los Estados partes sobre las medidas a adoptar para combatirla de forma eficaz. Entre dichas medidas cabe destacar las señaladas en el artículo 4 letras d) y f) que respectivamente dicen: “- Establecer en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia...; y, - Elaborar, con carácter general, enfoques de tipo preventivo y todas las medidas de índole jurídica, política, administrativa y cultural que puedan fomentar la protección de la mujer contra toda forma de violencia...”.

Según María José Alcalá<sup>38</sup>, los principales avances logrados con esta Declaración son: “-Situarse a la violencia contra las mujeres como un problema de derechos humanos (...); -Ampliar el concepto de la violencia

<sup>35</sup>Montes Rosado, María del Rocío. “La violencia doméstica y su tratamiento en los juzgados de instrucción”. Revista del Poder Judicial, 3ª época, número 62, 2º trimestre 2001. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España.

<sup>36</sup>Guerrero Caviedes, Elizabeth. “Violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe español 1990-2000. Balance de una década”. Isis Internacional/UNIFEM, Santiago de Chile, 2002, p. 6.

<sup>37</sup>Ganzenmuller Roig, Carlos y otros. Ob. Cit., p. 18

<sup>38</sup>Citada por Guerrero Caviedes, Elizabeth. Ob. Cit., p. 9.

contra las mujeres para reflejar las condiciones reales de la vida de las mujeres, reconociendo no sólo a la violencia física, sexual y psicológica, sino también las amenazas de este tipo; -Señalar las raíces de la violencia en la pertenencia al sexo femenino...”.

Otro logro importante de la Conferencia de Viena fue la creación por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del cargo de Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, que asumió en 1994 Radhika Coomaraswamy, abogada de Sri Lanka. La función de esta Relatora es recopilar información sobre violencia contra la mujer, definiendo causas y consecuencias de la misma; identificar aquellos Estados donde se cometen abusos contra los derechos de las mujeres ordinariamente y recomendar medidas para acabar con este flagelo.

Posteriormente, en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en septiembre de 1995, se abordó el tema de la violencia contra la mujer reconociendo que en todas las sociedades, en mayor o en menor medida las mujeres están sujetas a malos tratos, sin distinción de nivel de ingresos, clase y cultura; y que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para la igualdad, el desarrollo y la paz entre los pueblos. Asimismo, entre los objetivos estratégicos para prevenir y eliminar la violencia contra la mujer se estableció, entre otros, ofrecer a las mujeres víctimas de la violencia acceso a los sistemas judiciales.

Anteriormente, en la Conferencia Interamericana sobre Sociedad, Violencia y Salud, celebrada en 1994 y convocada por la Organización Panamericana de la Salud, se consideró que la violencia en el hogar afecta negativamente la calidad de vida de las personas en tanto genera miedo, desarticula las estructuras familiares, coarta la autonomía de los individuos y desalienta la solidaridad interpersonal. Constituye, pues, un problema de salud pública que ocasiona enormes costos económicos a la sociedad, genera ingentes gastos de salud y seguridad y disminuye la productividad<sup>39</sup>.

Entre las iniciativas de carácter mundial que se han desarrollado para denunciar y sensibilizar a la población sobre la violencia en contra de las mujeres, podemos citar la Campaña Mundial de los Derechos Humanos de las Mujeres, convocada por el Centro de Liderazgo Global en el año 1991; la campaña anual “16 días de activismo contra la violencia hacia las mujeres”, liderada también por esta institución; y, la campaña Mundial de las Naciones Unidas “Una vida sin violencia es un derecho nuestro”<sup>40</sup>.

Además, Naciones Unidas ha elaborado y seguido una serie de estrategias, complementarias entre sí, para abordar la problemática de la violencia contra las mujeres, acciones que se dirigen tanto hacia los gobiernos, como hacia la sociedad civil. Así en 1996 se estableció el Fondo Fiduciario en Apoyo a Acciones para Eliminar la Violencia contra la Mujer, con el objetivo de identificar y apoyar las iniciativas locales, nacionales, regionales e internacionales para prevenir y eliminar la violencia contra la mujer. Una de las iniciativas más recientes es la “Ruta crítica que siguen las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar”, impulsada por la Organización Panamericana de la Salud en 1998. También otros organismos han impulsado acciones como el Programa de Justicia y Género del Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), que ha contribuido a la capacitación de jueces y juezas de la región<sup>41</sup>.

<sup>39</sup>Grosman, Cecilia P “Responsabilidad civil y violencia en la familia”. Material del curso “Violencia Intrafamiliar” impartido por la autora del 7 al 11 de julio de 2003, en la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador.

<sup>40</sup>Guerrero Caviedes, Elizabeth. Ob. Cit., p. 31.

<sup>41</sup>Ibid., p. 13

En Europa, fue en 1986 cuando el Parlamento Europeo se planteó por primera vez el problema de la violencia contra las mujeres, en la Resolución A-44/86 sobre "Agresiones a la Mujer". En el año 1994 la Resolución A3-0349/94 sobre las violaciones de las libertades y los derechos fundamentales de las mujeres abordó la problemática de la violencia contra las mujeres que se encontraban en una situación de especial vulnerabilidad en zonas de conflictos armados, en las cárceles, mujeres inmigrantes, etc. Y fue en 1997 cuando se adoptó la Campaña Europea sobre Tolerancia Cero ante la Violencia contra las Mujeres, la cual parte de la idea de que la violencia por razón del sexo no sólo refleja el desequilibrio de las relaciones de poder sino que también supone un obstáculo a los esfuerzos para superar las desigualdades entre hombres y mujeres<sup>42</sup>.

En lo que respecta a los instrumentos jurídicos de la región americana, en 1986 la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) inicia la discusión del tema de la violencia en contra de las mujeres y aprueba el Plan de Acción "Participación plena e igualitaria de la mujer para el año 2000", en el cual la violencia contra la mujer fue considerada en el capítulo denominado "Áreas de interés especial". En 1990 la Asamblea de Delegadas de la CIM aprobó las conclusiones y recomendaciones de la Consulta Interamericana sobre Mujer y Violencia, así como la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la cual reitera la necesidad de que la Comisión prepare inmediatamente el anteproyecto para una convención interamericana sobre el tema. La CIM redactó el proyecto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y luego del proceso de consulta con los gobiernos del área, la Convención fue adoptada en junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), celebrada en Belem do Pará, Brasil. Dicho instrumento entró en vigencia el 5 de marzo de 1995.

A diferencia de la Declaración, esta Convención tiene carácter vinculante, y por ello, obliga a los Estados que la ratifican a tomar acciones como la adecuación de la legislación interna, la asignación de recursos técnicos y financieros para garantizar su implementación, lo que la convierte en un instrumento particularmente relevante.

Por otra parte, en cuanto al desarrollo histórico de los derechos del niño, señala Marco A. Sagastume Sagastume<sup>43</sup> que el punto de partida es la Declaración de la Unión Internacional para la protección a la infancia adoptada por la Sociedad de Naciones en 1924. Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración de los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1959, en la cual se establece que el menor debe ser protegido contra toda forma de crueldad, abandono y explotación (principio 9). Asimismo, en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos aprobados con posterioridad a la Declaración mencionada se proclaman los derechos de la niñez.

Agrega el Dr. Sagastume que fue Polonia el Estado que en 1978 propone a la ONU la creación de un instrumento jurídico internacional para la protección específica de los derechos de los niños, surgiendo así la primera idea sobre la necesidad de una Convención. En 1979, declarado "Año internacional del niño", la Comisión de los Derechos

<sup>42</sup>Ganzenmuller Roig, Carlos y otros. Ob. Cit. , Págs. 24 y s.

<sup>43</sup>Marco A. "La protección internacional de los derechos de la niñez". CSUCA, San José, Costa Rica, 1997, Págs. 11 y s.

Humanos de la ONU creó el “Grupo de Trabajo Abierto para la Cuestión de una Convención sobre los Derechos del Niño” integrado por 43 representantes de los Estados Miembros de la Comisión y delegados de UNICEF, OIT, ACNUR y de las Organizaciones no Gubernamentales con estatuto consultivo ante el Consejo Económico de la ONU. Sin embargo, fue hasta el 20 de noviembre de 1989 que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual representa un amplio consenso sobre cuáles deben ser los deberes de la familia y del Estado hacia el niño. Asimismo, puede afirmarse que a partir de dicha Convención el niño ha dejado de ser conceptualizado como propiedad privada de los padres y ha pasado a ser considerado sujeto de derechos en proceso de formación.

## 2. Intervención del Estado salvadoreño en el problema de la violencia intrafamiliar.

En El Salvador una de las primeras manifestaciones del reconocimiento del problema tuvo lugar el veinticuatro de noviembre de 1994 cuando la Asamblea Legislativa decretó el veinticinco de noviembre como el “Día de la no violencia en contra de las mujeres”<sup>44</sup>.

Un día después, es decir, el veinticinco de noviembre de 1994 el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos de esa época, Dr. Carlos Mauricio Molina Fonseca, presentó a la Asamblea Legislativa la solicitud de aprobación del proyecto de “Ley Preventiva de la Violencia Intrafamiliar”. Sobre dicho proyecto se escuchó la opinión de la Unidad Técnica Ejecutiva (UTE) y del Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD). Asimismo, durante el transcurso de dos años hasta la aprobación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, se solicitaron observaciones sobre el proyecto al Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer (ISDEMU), a la Secretaría Nacional de la Familia (SNF), al Ministerio de Justicia y a los organismos de mujeres<sup>45</sup>.

Una de las primeras acciones estatales en el tema de la violencia intrafamiliar fue la creación, en marzo de 1995, del Programa de Saneamiento de la Relación Familiar, en el cual intervienen la Secretaría Nacional de la Familia (SNF) y ocho instituciones estatales más<sup>46</sup>. Posteriormente, el ocho de marzo de 1996 el gobierno anunció la creación del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer (ISDEMU) cuyo objetivo central es elaborar y velar por el cumplimiento de la Política Nacional para el desarrollo de la mujer.

Por otra parte, en 1996 la Policía Nacional Civil (PNC) creó el Departamento de Protección a la Familia, el cual participa en la atención de casos de violencia intrafamiliar denunciados por medio del Teléfono Amigo de la Familia.

En noviembre de 2002 el ISDEMU<sup>47</sup> publicó el “Plan Nacional para la prevención y atención de la violencia intrafamiliar”, el cual contiene los objetivos y las líneas de acción para el tratamiento sistemático y coordinado de dicho fenómeno. En relación a la aplicación judicial de

<sup>44</sup>Esa fecha fue elegida como Día internacional de la no violencia contra las mujeres en 1981 durante el Primer Encuentro Feminista Latinoamericano y del Caribe, en conmemoración de la muerte de las hermanas Mirabal, por parte de la dictadura de Trujillo, en República Dominicana.

<sup>45</sup>Expediente 683-12-94, Archivo de la Asamblea Legislativa de El Salvador.

<sup>46</sup>Asociación de Mujeres por la Dignidad y la Vida (Las Dignas), “La ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en el municipio de Guazapa”, Programa Mujer, Salud y Desarrollo, 1997, p. 13.

<sup>47</sup>El artículo 6-A de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar establece al ISDEMU como el ente rector encargado de diseñar, dirigir, asesorar, coordinar y velar por el cumplimiento de las políticas, programas, planes y proyectos referidos a la prevención y atención de la violencia intrafamiliar.

la Ley contra la Violencia Intrafamiliar se establecen como líneas de acción, entre otras, las siguientes: la capacitación y sensibilización del personal judicial; promover el autocuidado de la salud mental de las personas que atienden casos de violencia intrafamiliar; y la divulgación, revisión y evaluación de la legislación sobre violencia en la familia.

### **3 La violencia doméstica en el ordenamiento jurídico.**

#### **3.1 Normas constitucionales.**

La Constitución de la República de El Salvador<sup>48</sup> consagra como derechos fundamentales el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral de las personas (Art. 2), y el derecho a la libertad (Art. 4).

Además, el texto constitucional proclama que la persona humana es el origen y fin del Estado, y que asegurar el goce de la libertad y la salud de los habitantes son fines del Estado (Art. 1). Estableciéndose en el capítulo correspondiente a los Derechos Sociales que la salud de los habitantes de la República constituye un bien público, y que el Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento (Art. 65).

Los derechos humanos mencionados, es decir, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, el derecho a la libertad y el derecho a la salud, son derechos que pueden resultar afectados por los comportamientos violentos. Por tanto, el tema de la violencia en el hogar es una cuestión de orden público que, como señala la abogada argentina Cecilia Paulina Grosman, "...atenta contra la organización social basada en el respeto de los derechos humanos que pone límites al ejercicio de poderes arbitrarios, tanto en el mundo público como en el privado..."<sup>49</sup>. Por ello, aunque en la Constitución no existan normas específicas que reconozcan el problema de la violencia en la familia y que establezcan la obligación del Estado de diseñar y aplicar políticas dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar la misma, con el fin de evitar la vulneración de los derechos humanos antes relacionados, el Estado salvadoreño está obligado a intervenir en el problema.

Por otra parte, conforme al texto constitucional el Estado está organizado para la consecución de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común (Art. 1); y se garantiza el derecho de toda persona a ser protegida en la conservación y defensa de sus derechos (Art. 2). Tales normas consagran el derecho de acceso a la justicia y, en consecuencia, la obligación estatal de establecer los recursos administrativos y judiciales para resolver el problema de la violencia intrafamiliar.

#### **3.2 Instrumentos jurídicos internacionales.**

Las declaraciones y tratados internacionales son trascendentales porque revelan un elevado nivel de consenso respecto de los valores e ideas imperantes en un lugar y en un momento histórico determinado. Asimismo, son relevantes porque al ser ratificados y entrar en vigencia constituyen leyes de la República y, por ende, son de obligatorio cumplimiento (Art. 144 Cn).

Los primeros documentos relativos a derechos humanos no

<sup>48</sup>Asamblea Constituyente, Decreto 38, 15 de diciembre de 1983, D.O. 334, Tomo 281, 16 de diciembre de 1983.

<sup>49</sup>Grosman, Cecilia P "El maltrato infantil en la familia: el encuentro entre lo público y lo privado". Material del Curso "Violencia Intrafamiliar" impartido por la autora del 7 al 11 de julio de 2003, en la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador.

contienen normas específicas sobre el problema de la violencia intrafamiliar, ya que fueron adoptados con anterioridad al reconocimiento internacional del problema, pero son útiles ya que establecen derechos humanos fundamentales que pueden resultar vulnerados por los hechos violentos acaecidos en el ámbito familiar; asimismo, son importantes porque establecen los mecanismos de protección de los derechos que proclaman. Por ello, los mencionamos en el presente apartado.

- Derechos humanos afectados por conductas violentas:

Derecho a la vida, el cual ha sido reconocido en todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>50</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>51</sup> (Art. 6.1), la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>52</sup> (Art. 6.1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>53</sup> (Art. 1), la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>54</sup> (Art. 4), la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer<sup>55</sup> (Art. 3 letra a), y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer<sup>56</sup> (Art. 4 letra a).

Derecho a la integridad psicofísica y a la seguridad personal, establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 3), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. 1), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 5.1), la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (Art. 3 letra c), y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Art. 4 letras b y c).

Prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecida en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 5), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 7), la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 37 letra a), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 5.2).

Derecho a la salud física y mental, reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>57</sup> (Art. 12), la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 24.1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. 11), y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (Art. 3 letra f).

- Normas que aseguran el acceso a la justicia y un recurso efectivo contra actos que violen derechos fundamentales: las encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 8), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. 18), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 25), y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Art. 4 letra g y 7 letra f).

<sup>50</sup>ONU Resolución 217 A de 10 de diciembre de 1948. (Art. 3)

<sup>51</sup>ONU Resolución 2200 A de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976.

<sup>52</sup>ONU 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990.

<sup>53</sup>Aprobada en la 9ª Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948.

<sup>54</sup>Suscrita en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en vigor desde el 18 de julio de 1978.

<sup>55</sup>ONU Resolución 48/104 de 20 de diciembre de 1993.

<sup>56</sup>OEA Resolución aprobada en la séptima sesión plenaria celebrada el 9 de junio de 1994 en Belem do Pará, Brasil. Ratificada por Decreto<sup>50</sup> Legislativo número 430 de 23 de agosto de 1995.

<sup>57</sup>ONU Resolución 2200 A de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 3 de enero de 1976.

- Normas destinadas a la visualización, investigación, protección y tratamiento de los hechos de violencia: las encontramos en instrumentos que datan de finales de la década de los años ochenta y del decenio de los noventa, es decir, son posteriores al reconocimiento internacional del problema de la violencia en la familia, el cual hemos reseñado anteriormente. Así la Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho de los infantes a no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo en casos particulares, por ejemplo, cuando el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus progenitores (Art. 91). Asimismo, establece el deber de los Estados partes de adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente (Art. 19) y de adoptar las medidas para promover la recuperación física, psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de abandono, explotación o abuso, tratos o penas crueles, inhumanos, etc. (Art. 39).

Por otra parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará) es un instrumento jurídico internacional específico que en su preámbulo afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales; que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y que la eliminación de la misma es condición indispensable para el desarrollo individual y social de la mujer y para su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida.

La Convención de Belem do Pará establece qué debe entenderse por violencia contra la mujer (Art. 1), los tipos de violencia que pueden sufrir las mujeres (Art. 2), los ámbitos donde se manifiesta la violencia (Art. 2) y los derechos protegidos por la Convención (Arts. 3-6). Asimismo, instituye el derecho a una vida libre de violencia que incluye, entre otros, el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación y el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (Art. 6).

El capítulo III correspondiente a los “Deberes de los Estados”, establece la obligación de los Estados partes de adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, entre las cuales se señala la aprobación de normas jurídicas en el derecho interno en materia penal, civil y administrativa para la consecución de los fines antes mencionados; la adopción de medidas jurídicas de protección para las víctimas de violencia, ordenando al agresor abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer; y el establecimiento de procedimientos legales justos y eficaces para las mujeres víctimas de violencia (Art. 7). La violación de los deberes estatales mencionados admite denuncia o queja de violación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las cuales pueden ser presentadas por cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización (Art. 12).

El capítulo comentado también contiene normas destinadas a la prevención de la violencia contra la mujer, la adopción en forma progresiva por los Estados de medidas tales como el fomento del

conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia; y la modificación de patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres para contrarrestar prejuicios y costumbres que se basen en la premisa de inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer (Art. 8 letras a y b).

En cuanto al tratamiento de los hechos de violencia, la Convención establece la adopción de programas de educación y capacitación del personal encargado de aplicar la ley, el suministro de servicios especializados para el tratamiento de las mujeres víctimas, y el acceso a programas de rehabilitación (Art. 8 letras c, d y f).

Respecto al estudio e investigación del problema, según la Convención los Estados partes deben garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer con el fin de evaluar la eficacia de las medidas adoptadas; y deben promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias (Art. 8 letras h e i).

Por otra parte, un mecanismo de protección adicional a la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es el deber de los Estados parte de informar a la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, asistir a las mujeres afectadas por la violencia y sobre las dificultades observadas en la aplicación de las medidas implementadas y los factores que contribuyen a la violencia contra la mujer (Art. 10).

### 3.3. Legislación secundaria.

- Código de Familia<sup>58</sup> establece en las disposiciones preliminares, la obligación del Estado de proteger a la familia procurando su integración, bienestar, desarrollo social, cultural y económico (Art. 3). Y además, señala entre los principios rectores del mismo la unidad de la familia, la igualdad jurídica del hombre y la mujer, la protección integral de los menores, demás incapaces, personas adultas mayores y de la mujer cuando sea la única responsable del hogar (Art. 4). Pero además de estas normas generales, el Código de Familia contiene un amplio desarrollo de los derechos de los niños, en armonía con los compromisos adquiridos por el Estado salvadoreño al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño.

En cuanto a las sanciones establecidas en el cuerpo legal comentado para los progenitores que ejerzan alguna forma de violencia sobre sus hijos menores de edad encontramos entre las causas de pérdida de la autoridad parental el abandono del hijo sin causa justificada (Art. 240 Ord. 2º) y como causa de suspensión de la autoridad parental el maltrato habitual al hijo o el permitir que otra persona lo maltrate (Art. 241 Ord. 1º). Es conveniente recordar que la autoridad parental comprende el cuidado personal, la representación legal y la administración de los bienes de los hijos (Art. 206), por ello la suspensión o pérdida de la misma supone una sanción para el padre o la madre, pero además

<sup>58</sup>Decreto Legislativo 677 de 11 de octubre de 1993, publicado en el Diario Oficial 231, Tomo 321 de 13 de diciembre de 1993. Vigente desde 1 de octubre de 1994.

constituye una forma de protección del niño o incapaz, ya que su cuidado personal estará a cargo del otro progenitor o de un tutor en el caso que la suspensión o la pérdida se decrete contra ambos padres (Art. 242 Inc. 2º).

Por otra parte, el Código de Familia desarrolla los conceptos de “Protección integral” e “Interés superior del menor” (Art. 346 y 350), los cuales fueron adoptados previamente en la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, establece como principal responsable de la protección del niño a la familia y subsidiariamente a la sociedad y al Estado. Encontrándose el Estado obligado a prestar asistencia adecuada a los padres para el desempeño de sus funciones (Art. 347). Reiterándose la obligación de protección estatal en el artículo 348.

En la norma correspondiente a la enumeración de los derechos fundamentales de los menores (Art. 351) se destacan los siguientes derechos relacionados con el problema de la violencia en la familia:

Derecho a la protección de la vida desde el momento de la concepción (Ord. 2º), la cual se ejecutará mediante un conjunto de acciones legales, sociales, preventivas y de asistencia que garanticen el desarrollo integral del niño (Art. 353).

Derecho al reconocimiento y protección de su dignidad (Ord. 7º), que implica poner a salvo al niño de cualquier tratamiento inhumano, violento, atemorizante o humillante que debilite su autoestima (Art. 366).

Derecho a ser protegido contra toda forma de perjuicio o abuso físico, mental y moral, descuido o negligencia, malos tratos, tortura, sanciones o penas crueles, inhumanas o degradantes (Ord. 10º).

Derecho a gozar del nivel más alto de salud posible (Ord. 15º), para lo cual el Estado está obligado a proporcionar acceso a los programas de alimentación, vacunación y nutrición; educación sanitaria preventiva y rehabilitación por disminución o limitación física (Art. 354).

Derecho al amparo de leyes y tribunales, autoridades e instituciones especiales que apliquen una protección integral (Ord. 19º).

Derecho a ser protegido y asistido por el Estado cuando se encuentre temporal o permanentemente privado de su medio familiar (Ord. 25º), este derecho debe vincularse con la facultad de separar al niño de sus padres cuando éstos ejercen violencia sobre sus hijos.

Derecho a recibir apoyo material, moral y psicológico si fuere víctima de un delito contra la libertad sexual (Ord. 26º).

Por otra parte, es aplicable al procedimiento administrativo y a la intervención judicial en los casos de violencia intrafamiliar, la norma que establece la garantía de reserva en la investigación y decisión de asuntos relativos a menores de edad (Art. 375).

Además, el Código de Familia tiene una norma específica denominada “Garantía contra la violencia” (Art. 386), la cual por su importancia transcribimos: “Se garantiza la protección del menor contra

todo daño físico o moral proveniente de las personas mayores o de otros menores. Toda autoridad o persona está obligada a velar por el cumplimiento de esta disposición y a informar al Instituto Salvadoreño de la Niñez y la Adolescencia, para la aplicación de las medidas preventivas o curativas necesarias”.

Otra norma relevante para el tema de la violencia contra la niñez es el artículo 387 del Código de Familia, cuyo epígrafe es Maltrato físico y mental, y que dice: “Se considera que un menor es víctima de maltrato físico o mental, cuando no se le provee de lo indispensable para su normal desarrollo biosicosocial o fuere empleado en actividades ilícitas o en actos que pusieren en peligro su vida o salud física o mental, o sea sujeto de explotación económica, sexual o de cualquier otra índole”.

Respecto a los adultos mayores el Código de Familia establece el principio de Protección Integral (Art. 391). Además, entre los derechos fundamentales de los mismos, señala el derecho a buen trato, consideración y tolerancia, por parte de la familia, la sociedad y el Estado; y el derecho a recibir protección contra abusos o malos tratos de cualquier índole, asistencia especializada de cualquier tipo para su bienestar y asistencia gratuita, para la defensa de sus derechos (Art. 394 Ord. 6<sup>ª</sup> y 9<sup>ª</sup>).

Hay que destacar que el Código de Familia en la disposición correspondiente a los deberes del Estado (Art. 397), señala la obligación del mismo de garantizar el ejercicio eficaz de los derechos reconocidos en el Código y de impulsar programas de atención, protección y rehabilitación en beneficio de la familia, del menor y de los adultos mayores.

- Ley Procesal de Familia<sup>59</sup> faculta a los jueces con competencia en materia de familia y a los jueces de paz para decretar medidas de protección a favor de cualquier miembro de la familia (Art. 206 letra b) y enumera las medidas de protección siguientes: “a) La obligación de abstención de todo acto molesto, hostigante, persecutorio, intimidatorio, amenazante o cualquier otro que genere perjuicio físico o psíquico a cualquier miembro de la familia; b) El confiar provisionalmente el cuidado personal de los hijos a uno de los cónyuges, a ambos o a un tercero; c) La exclusión del hogar familiar del infractor...; d) La obligación alimentaria y la determinación de su cuantía; e) La prohibición de ingerir bebidas alcohólicas, enervantes, estupefacientes, alucinógenos o sustancias que generen dependencia física o psíquica; f) La prohibición de visitar el hogar familiar y lugares de trabajo o estudio u otros similares que frecuente algún miembro del grupo familiar; g) La prohibición de disposición de los bienes que constituyen el menaje familiar y la obligación de restitución de los mismos; h) La obligación de cancelar los gastos de mudanza de la familia, si a ello hubiere lugar; i) La prestación de caución juratoria, obligándose a no incurrir en los mismos hechos; y, j) La asistencia obligatoria a programas educativos o terapéuticos” (Art. 130).

Dichas medidas de protección no son taxativas y pueden decretarse en cualquier estado del proceso de familia o como acto previo a la demanda, ya sea de oficio o a petición de parte (Art. 75 y 76). También pueden decretarse en las diligencias conciliatorias en materia

<sup>59</sup>Decreto Legislativo 133 de fecha 14 de septiembre de 1994, publicado en el Diario Oficial 173, Tomo 324 de 20 de septiembre de 1994.

de familia que son competencia de los jueces de paz (Art. 207).

Además, la Ley Procesal de Familia dispone específicamente para los procesos de protección de menores, incapaces o adultos mayores que los jueces podrán ordenar las medidas de protección antes señaladas y que en la sentencia al reconocer el derecho deberán, cuando fuere el caso: “a) Ordenar que cese la amenaza o vulneración del derecho y el restablecimiento del mismo; b) Ordenar al infractor que se abstenga de reincidir en su comportamiento; c) Ordenar que el grupo familiar o cualesquiera de sus miembros asistan a programas de orientación y apoyo socio familiar o médicos, si fuere el caso; d) Ordenar las medidas necesarias que garanticen el ejercicio del derecho amenazado o vulnerado; e) Librar los oficios correspondientes a las instituciones estatales que deben cumplir o hacer cumplir los derechos que se encuentren vulnerados o amenazados, para que a los responsables se les apliquen sanciones de conformidad a las normas respectivas, previéndoles que deben informar al juzgado el cumplimiento de dicha orden; y, f) Fijar la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios que a favor del menor deba pagar el infractor. La indemnización comprende el resarcimiento del daño moral y material ocasionado” (Art. 144).

También, la Ley Procesal de Familia contiene una norma específica de protección a menores de edad que dice: “INFORMACIÓN PARA PROTECCIÓN. Art. 94.- En cualquier estado del proceso, si se advirtiere que a un menor se le amenaza o vulnera algún derecho y requiere protección, se ordenarán las medidas necesarias y, si fuere el caso, se dispondrá que el Instituto Salvadoreño de la Niñez y la Adolescencia las ejecute. También se informará a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos”.

- Código Penal<sup>60</sup>. Nuevamente, debe destacarse que la violencia familiar tiende a un enfoque multidisciplinario; por tanto, su tratamiento engloba diversas áreas de la normativa vigente en nuestro país. Previo a la aprobación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, los hechos cometidos en perjuicio de los miembros de una familia estaban tutelados únicamente por la normativa penal si las acciones u omisiones constituían delitos o faltas.

El tratamiento penal es insuficiente para solucionar el problema familiar, su campo de acción se limita a la investigación de los hechos delictivos denunciados por las víctimas o particulares y su eficacia está restringida al sometimiento de los agresores a una sanción. La Ley contra la Violencia Intrafamiliar constituye una alternativa legislativa distinta a la penal, con la que se ha pretendido establecer no solo una solución al caso denunciado, sino implementar acciones preventivas de nuevos actos de violencia cometidos en contra de parejas, niños o ancianos. En este tipo de casos se requiere brindar un tratamiento urgente, con soluciones que vayan más allá de la sanción penal, y que las víctimas cuenten con un procedimiento breve, en el que se decreten las medidas de protección oportunas, para prevenir posteriores agresiones físicas, psíquicas o sexuales y que se les remita a terapias psico – sociales, educativas o de desintoxicación.

En el Código Penal se han tipificado varias figuras delictivas que de manera general abarcan todas y cada una de las formas en que se

---

<sup>60</sup> Decreto Legislativo 1030 de 26 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial 105, Tomo 335 de 10 de junio de 1997

exteriorizan los actos de violencia en las relaciones parentales. Aunque el derecho penal constituya la ultima ratio, de producirse una actuación penalmente reprochable, la respuesta de los tribunales debe ser rápida, contundente y proporcionada a la gravedad de la infracción cometida<sup>61</sup>. Las normas de naturaleza penal han sido creadas con la finalidad de proteger a las personas más débiles frente a las agresiones de los más fuertes. La punibilidad se determina por la naturaleza de las agresiones, se va agravando dependiendo la afectación que se cometa en contra de la integridad física, de la libertad sexual, de la privación de libertad e incluso de la vida del ser humano.

De esa manera en el Código Penal, a partir del libro segundo, en el título I, capítulo I, Art. 128 y siguientes, se tipificaron los delitos relativos a la vida, entre los cuales tenemos: el homicidio agravado por la circunstancia del numeral primero del Art. 129, que se refiere a la calidad del sujeto (ascendiente, descendiente...) en contra de quien se comete la infracción. Asimismo, en el título II los artículos 142, 143 y 144 regulan las lesiones, las que igualmente pueden ser agravadas, si el perjuicio en la integridad física o psíquica se ocasiona en contra de un miembro del grupo familiar.

En cuanto a la autonomía personal, en el capítulo II, se sancionan las amenazas y la coacción (Art. 153 y ss.). Los delitos en contra de la libertad sexual están regulados a partir del Art. 158, entre los que tenemos: la violación, las agresiones sexuales, el estupro por prevalimiento y otros.

Con mayor énfasis en la protección familiar se ha tutelado el abandono y desamparo de persona (Art. 199); el incumplimiento de los deberes de asistencia económica (Art. 201); el abuso del derecho de corrección (Art. 204), entre otros.

La violencia intrafamiliar se tipificó como delito, desde el veinte de abril de 1998, ubicándolo en el capítulo III “De los atentados contra derechos y deberes familiares”, correspondiente al Título VII “Delitos relativos a las relaciones familiares”. El Art. 200 establece: “El que ejerciere violencia sobre su cónyuge o sobre la persona con quien conviviere maritalmente o sobre sus hijos o los hijos de aquellos, sujetos a la autoridad parental, pupilo menor o incapaz sometido a su tutela o guarda o en sus ascendientes, por medio de actos que no tengan una pena mayor señalada en este Código, será sancionado con prisión de seis meses a un año. En estos casos se aplicará preventivamente la Ley contra la Violencia Intrafamiliar.”

Se afrontaron una serie de dificultades en la aplicación de la figura delictiva. Primero, surgió la duda sobre el tipo que debía aplicarse en los casos en que la conducta delictiva se adecuara a varias infracciones a la vez. En nuestra normativa penal, el legislador reguló para estos casos, el concurso aparente de leyes, en el que se requiere que una misma acción se adecue a dos o más figuras delictivas, el Art. 7 numeral dos del Código Penal, establece que: “... el precepto subsidiario se aplicará en defecto del precepto principal, cuando se declare expresamente dicha subsidiariedad o ella sea tácitamente deducible...”, de igual manera en el mencionado artículo 200, expresamente se ha estipulado que se aplicará a los actos que no tengan una pena mayor señalada en el

<sup>61</sup>Caso Señal, Mercedes. “El tratamiento de los malos tratos desde el ámbito de la jurisdicción de familia”. En La violencia en el ámbito familiar, aspectos sociológicos y jurídicos. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 61.

código, por lo que ante la existencia de diversas figuras delictivas que sancionan de forma distinta la afectación ocasionada, el juzgador deberá aplicar aquel que tenga una mayor pena.

En segundo lugar, hay que señalar que el inciso final del artículo transcrito, regula la aplicación previa de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, exigencia que se añadió por reforma de fecha dos de julio de 1998<sup>62</sup>. La obligación de agotar la instancia debe entenderse como un requisito necesario para poder perseguir penalmente al infractor, por medio del cual, se pretende que se intente una vía distinta a la penal previamente para solucionar el conflicto. Será a partir de la conciliación realizada en la Procuraduría General de la República o de la resolución judicial emitida en audiencia preliminar si el agresor asume los hechos, o en la audiencia oral y pública, que se entenderá por intentada y agotada la vía<sup>63</sup>.

Consideramos importante mencionar que el artículo 200 del Código Penal al describir los sujetos que pueden ser afectados por los hechos de violencia menciona únicamente a los cónyuges, convivientes, hijos sometidos a autoridad parental, pupilos sujetos a tutela o guarda y a los ascendientes, mientras que en la Ley en el inciso final del Art. 1, establece que se entenderán por familiares: "... las relaciones entre cónyuges, excónyuges, convivientes, exconvivientes, ascendientes, descendientes, parientes colaterales por consanguinidad, afinidad, adopción, los sujetos a tutela o guarda, así como cualquier otra relación interpersonal que pueda generar este tipo de violencia..."<sup>64</sup>. En ese sentido existen dos criterios de interpretación, uno sostiene que deben integrarse ambas disposiciones legales, para establecer quienes son los sujetos a los que se refiere el tipo penal, debiéndose entender que se determinan conforme a los mencionados en la Ley, pues la definición contenida en la misma es complementaria del artículo 200, el que constituye una norma penal en blanco, cuyo supuesto de hecho se encuentra complementado por la Ley contra la Violencia Intrafamiliar. A diferencia de dicha interpretación, la otra sostiene que el Art. 200 del Código Penal, únicamente puede ser aplicado en relación a las personas que en el tipo se describen, pues, al pretender integrar con las mencionadas en el Art. 1 de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, se podría vulnerar el principio de legalidad que priva en materia penal.

Se pretende proteger todas aquellas relaciones en las que existe o haya existido un lazo de afectividad derivado de una relación de consanguinidad, afinidad o de hecho, pudiéndose aplicar inclusive en aquellas relaciones en que la convivencia haya cesado, es decir, que la proximidad temporal debe entenderse en relación con las agresiones que se enfrentan a causa del lazo sentimental que existió entre víctima – agresor o que existe todavía.

En el caso que los hechos sean constitutivos de una falta penal, ya sean Lesiones o Golpes (Art. 375), Amenazas Leves (Art. 376), Daños Art. 379, Incumplimiento de los deberes de asistencia moral (Art. 389), u otras, es conveniente procesar los hechos a través del procedimiento establecido en la LCVI, pues el trámite penal regulado para el tratamiento

<sup>62</sup>Decreto Legislativo 345 de 2 de julio de 1998, publicado en el Diario Oficial 143, Tomo 340 de 30 de julio de 1998.

<sup>63</sup>Marroquín Galo, Fernando. "El tratamiento penal de la violencia intrafamiliar. Apuntes para la interpretación del artículo 200 del Código Penal". Revista Justicia de Paz, número 10, Año IV, volumen III, septiembre- diciembre, año 2001.

<sup>64</sup> Art. 1 inciso final del Decreto Legislativo número 902, del 28 de noviembre de 1996, publicado en el Diario Oficial número 241, Tomo 333, del veinte de diciembre de 1996.

de las faltas, se enfrenta con la imposibilidad legal de imponer a los agresores alguna medida cautelar, debido a la insignificancia del hecho cometido y a la intensidad de la lesión que se provoca al bien jurídico; por lo que, en la mayoría de casos, si se estima procedente se concede el perdón judicial.

En otros países en los que igualmente se han reconocido penalmente las acciones agresivas entre familiares como constitutivas de delito, se exige entre sus elementos, la habitualidad entendida como término criminológico, en el sentido que se considera: "... el número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre las mismas o diferentes víctimas de las comprendidas en el artículo..."<sup>65</sup>. De manera que por la acreditación de varios actos, próximos en el tiempo, la gravedad que los mismos representan y la afectación que se ocasiona a las víctimas, se justifica la amplia protección frente a los agresores, ya que las personas que conforman el núcleo familiar permanentemente están sometidas a un estado de agresión.

En el mencionado decreto de reformas al Código Penal, se introdujo el delito denominado "Desobediencia en caso de violencia intrafamiliar", el cual se tipificó y sancionó en el artículo 338-A de la siguiente manera: "El que desobedeciere una orden o medida preventiva cautelar o de protección dictada por autoridad pública en aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar será sancionado con prisión de uno a tres años".

Del análisis del artículo surge la interrogante sobre que tipo de medidas son las que pueden constituir el delito de desobediencia, en el texto del artículo 338 – A C. Pn., no se detalla expresamente si se refieren a las medidas definitivas que se decreten en un procedimiento de violencia familiar o las preventivas que se dictan al momento de recibir la denuncia. En cuanto a ello, existen dos criterios interpretativos, algunos consideran que las medidas de protección otorgadas en la primera fase del proceso se basan únicamente en la apariencia de buen derecho, se decretan inaudita partes y se dan sólo como una respuesta inmediata a la denuncia que la parte agredida ha interpuesto, por tanto el fundamento probatorio de las mismas es insuficiente para constituir su incumplimiento un delito, debiéndose considerar únicamente las medidas definitivas que el juez emita, ya sea en audiencia preliminar si la parte agresora asume los hechos, o en la audiencia oral y pública si luego de recibir los medios de prueba se determina la responsabilidad en los hechos denunciados, imponiendo las medidas definitivas que el juez considere pertinente. El otro criterio se refiere a la posibilidad de perseguir penalmente a la persona denunciada por maltrato familiar que incumpla las medidas preventivas que se hayan decretado a favor de la denunciante en cualquier etapa del procedimiento, en virtud que el agresor no ha acatado las medidas que en forma provisional se han decretado con la finalidad de prevenir la continuidad de los hechos agresivos.

En relación a la interrogante planteada, consideramos que haciendo un análisis de la disposición penal en comento y del contenido del artículo 34 de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, se debe interpretar que el incumplimiento de las medidas no se limita a las emitidas en la audiencia preliminar o en la audiencia pública, en virtud que en dicho artículo

<sup>65</sup>Nieto Martín, Adán. "Sistemas Penales comparados: Violencia en el ámbito doméstico y familiar". Revista Penal La Ley número 10, Universidad de Castilla La Mancha, p. 208.

claramente se expone: "... siempre que fuera posible constatar el incumplimiento de las medidas preventivas, cautelares o de protección, impuestas por el juez o jueza, en cualquier etapa del proceso, así como los compromisos acordados, librará oficio a la Fiscalía General de la República, con certificación de los pasajes pertinentes, para que presente el requerimiento por el delito de desobediencia...". Es decir, se pretende tutelar el incumplimiento de las medidas dictadas en cualquier etapa del proceso, ya que si bien es cierto el delito se encuentra situado entre aquellos que atentan contra la administración pública, pues el bien jurídico tutelado trasciende al incumplimiento de una orden judicial, no deben dejarse de lado los fines que se persiguen con la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, los cuales son prevenir los actos de violencia que vulneran el derecho de las personas a vivir una vida sin violencia; por tanto, la interpretación que debe realizarse respecto al tipo de medidas que pueden incumplirse en los procesos de violencia, se refiere a cualquier clase de medidas de protección, hayan sido dictadas en forma provisional o definitiva.

- Ley contra la violencia intrafamiliar<sup>66</sup> está integrada por cinco capítulos, el primero comprende cinco artículos relativos a los fines de la ley, principios rectores, concepto y formas de violencia intrafamiliar, alcance de la ley y entes encargados de la aplicación de la misma. El segundo capítulo denominado "Políticas del Estado para la prevención de la violencia intrafamiliar" establece los objetivos de las políticas estatales en la prevención, sanción y erradicación de la violencia, así como el ente rector encargado de diseñar, dirigir, asesorar, coordinar y velar por el cumplimiento de dichas políticas; además enumera las medidas de protección que pueden decretarse en el proceso y regula la duración de las mismas. El capítulo tercero corresponde al "Procedimiento" y está dividido en tres secciones: intervención policial, intervención del Ministerio Público (PGR, FGR y PDDH) e intervención judicial. El capítulo cuarto contiene disposiciones generales relativas a la reserva de los procesos, asistencia letrada, facultad coercitiva de los jueces, solicitud de asistencia y acompañamiento para las víctimas de violencia, suspensión del proceso penal, medidas en materia penal y prohibición de fuero. Finalmente, el capítulo quinto establece la aplicación supletoria de la Ley Procesal de Familia y del Código de Procedimientos Civiles y lo relativo a la vigencia de la Ley.

<sup>66</sup>Decreto Legislativo 902 de 28 de noviembre de 1996, publicado en el Diario Oficial 241, Tomo 333 de 20 de diciembre de 1996.

### 3. Intervención judicial en los procesos de violencia intrafamiliar. Problemas y propuestas<sup>67</sup>

“En materia de violencia de género, en la medida que se constata un cambio legislativo paralelo a la evolución social, que de una situación de permisibilidad en la violencia doméstica se ha pasado a un enérgico rechazo, debe ser apreciable la misma evolución en los operadores jurídicos encargados de su aplicación, sin que deba darse la hipótesis del divorcio consistente en el juez que no asume el cambio, y esto no desde una situación interna de rebelión consciente, sino desde la más sutil e imperceptible interpretación de la ley desde sus propias convicciones, lo que puede llegar al vaciamiento de los valores que la norma encarna”<sup>68</sup>.

“No basta que los magistrados conozcan a la perfección las leyes escritas. Será necesario, también, que conozcan perfectamente a la sociedad en que esas leyes tienen que vivir” (Calamandrei).

#### 1. Principios procesales.

La nota de presentación del Proyecto de Ley Procesal de Familia a la Asamblea Legislativa<sup>69</sup> dice refiriéndose a los principios rectores que “... son normas orientadoras del sistema jurídico adoptado, que pretenden fijar el carácter y esencia de la ley procesal, que ayudarán a determinar la razón de ser del resto de las normas que integran la ley, para que el intérprete no se extravíe en el camino y olvide que toda solución debe darse en armonía a tales principios”. Con ese propósito en este apartado exponemos de manera sucinta algunos aspectos de los principios procesales que orientan la Ley contra la Violencia Intrafamiliar.

Según el artículo 22 de la ley comentada, en los procesos que se tramiten conforme a la misma se aplicarán los principios de oralidad, inmediatez, concentración, celeridad, igualdad, economía, probidad y oficiosidad. En la misma disposición se menciona, aún cuando no se trata de un principio procesal sino de un sistema de valoración de pruebas, la sana crítica.

El **principio de oralidad** se manifiesta, en primer lugar, en la posibilidad que la denuncia se interponga verbalmente ante el Juez de Familia o el Juez de Paz (Arts. 20 y 21 inc. 2º), sin perjuicio que se presente por escrito. Las normas jurídicas referentes a la denuncia verbal en sede judicial deben relacionarse con el artículo 13 de la misma ley, el cual regula la denuncia en sede administrativa y que en lo pertinente dispone: “... Cuando sea denuncia verbal se hará constar en acta. La denuncia contendrá en cuanto sea posible, la relación circunstanciada del hecho, con indicación de la persona agresora, perjudicados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación”. De dicha norma se concluye que la denuncia con la cual se inicia la intervención judicial no es una demanda en sentido estricto y por tanto, no requiere mayores formalidades.

<sup>67</sup> Hay que mencionar que en este capítulo únicamente se ha utilizado la jurisprudencia de la Cámara de Familia de la Sección del Centro, atendiendo a la disponibilidad material de la misma, pues el Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia no dispone de la jurisprudencia de las Cámaras de Familia de las regiones oriental y occidental.

<sup>68</sup> Jiménez García, Joaquín. “La Habitualidad en el maltrato físico y psíquico. Evolución Legislativa y Jurisprudencial del Art. 153 del Código Penal”. En “La violencia en el ámbito familiar. Aspectos Sociológicos y Jurídicos”. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001, Págs. 113 – 114.

<sup>69</sup> Ley Procesal de Familia. Publicación del Ministerio de Justicia, Ediciones Último Decenio, San Salvador, 1994, p. XIII.

Asimismo, el principio de oralidad se refleja en las audiencias previstas en el procedimiento judicial de violencia intrafamiliar. Así en la audiencia preliminar, la víctima verbalmente reafirma los hechos denunciados y, también de forma oral, puede ampliar o modificar la denuncia. A continuación debe intervenir la parte denunciada, quien se manifestará sobre los hechos que se le atribuyen, pudiendo admitirlos o contradecirlos (Art. 27). Por otra parte, durante la denominada audiencia pública los testigos declaran en forma oral y pueden ser interrogados directamente por las partes o por sus abogados. Además, el principio de oralidad requiere que el fallo del juez se pronuncie en la misma audiencia una vez recibido todo el material probatorio (Art. 30).

Otra manifestación del principio de oralidad es la posibilidad de interponer recursos de forma verbal (Art. 32 inc. 3º).

Sobre los beneficios de la aplicación del principio de oralidad en los procesos, en la doctrina<sup>70</sup> se ha sostenido que “Las ventajas de la oralidad pueden resumirse en facilitar los principios de investigación, inmediación, concentración y publicidad (...). En lo referente a la actividad de búsqueda de la verdad material el proceso oral ofrece una magnífica ayuda al órgano jurisdiccional. A través del diálogo se puede descubrir rápidamente el asunto de hecho, así como puede esclarecerse más rápidamente mediante las preguntas directas y espontáneas que practiquen in continenti los sujetos procesales. En segundo lugar, la oralidad requiere la inmediación del órgano jurisdiccional quien se ve impedido de delegar funciones tan importantes como la práctica de la prueba. Además, la presencia física del juez en la aportación de los hechos favorece un mayor convencimiento sobre la credibilidad de los mismos, al poder apreciar datos no exentos de importancia, como son los gestos de turbación, sorpresa y análogos de las partes y testigos”.

Por otra parte, el **principio de inmediación** que exige del juez un contacto directo con los involucrados en el conflicto y con los medios probatorios que se incorporen al proceso se relaciona directamente con el principio de oralidad que antes hemos comentado, pues la inmediación se logra a partir del contacto del juez durante las audiencias.

Vicente Gimeno Sendra<sup>71</sup> sostiene que “Dicho principio significa que el juicio y la práctica de las pruebas han de transcurrir ante la presencia directa del órgano jurisdiccional competente. Tan solo quien ha presenciado la totalidad del procedimiento, oído las alegaciones de las partes y quien ha asistido a la práctica de las pruebas está legitimado para pronunciar la sentencia”.

En la Ley Procesal de Familia, el principio de inmediación se materializa en el deber del juez de estar presente en todas las actuaciones judiciales (Art. 3 letra c).

Sobre la inmediación en los procesos familiares Jorge L. Kielmanovich<sup>72</sup> dice que “Los intereses comprometidos en el litigio de familia, tornan imperioso el de por sí conveniente y necesario contacto directo del juez con las personas que intervienen en el proceso, para alcanzar así un conocimiento de primera mano de los hechos debatidos y de las personas involucradas en el proceso”.

La intermediación judicial tiene doble relevancia: a) Frente a la

<sup>70</sup>Gimeno Sendra, Vicente. “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”, Civitas, Madrid, p. 220.

<sup>71</sup>Ibid., p. 227.

<sup>72</sup>Kielmanovich, Jorge L. “Procesos de Familia”. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 19.

víctima, el juez debe brindarle la protección integral que la misma le ha requerido, para poner fin a la situación de violencia a la que constantemente ha sido sometida, o para prevenir que se cometan otros actos en su contra; y, b) Frente al agresor, el juez debe ser garante de los principios y derechos que constitucionalmente han sido reconocidos como rectores de todo proceso judicial.

Una consecuencia del principio de intermediación es el deber del juez de escuchar a los menores de edad en los procedimientos en los cuales puedan resultar afectados (Art. 12 Convención de los Derechos del Niño y 7 letra j L.Pr.F.). En los casos de violencia intrafamiliar es bastante común que los niños resulten afectados por decisiones judiciales, basta mencionar la medida cautelar por la cual se excluye del hogar a uno de los progenitores. Por ello es trascendental escuchar al menor de edad en estos procedimientos, atendiendo por supuesto la edad del niño.

Es pertinente mencionar que no es práctica generalizada oír al niño en los procedimientos de violencia intrafamiliar, aunque lo es en la mayoría de procesos familiares. Sobre este punto en sentencia de fecha trece de junio de dos mil dos (Expediente 68-A-2002), la Cámara de Familia de la Sección del Centro señala que en el proceso de violencia intrafamiliar en apelación se impugna la resolución que decreta entre otras medidas cautelares el confiar provisionalmente el cuidado personal de una niña a su abuelo paterno, excluyendo en consecuencia del mismo a los padres denunciados; y que en dicho procedimiento se omitió escuchar a la niña, inobservándose así los artículos 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 216 inciso 3º del Código de Familia y 7 letra j) de la Ley Procesal de Familia, los cuales son aplicables en el procedimiento de violencia intrafamiliar conforme a la disposición supletoria.

Por tanto, debemos reiterar que la ley exige al juez dialogar con el niño y que es conveniente que dicha actuación se realice sin las formalidades de una audiencia y sin la presencia de los padres, a fin de obtener respuestas espontáneas. Asimismo, habrá casos en los cuales por la corta edad del niño o por las circunstancias particulares en que se encuentre el mismo, el juez deberá auxiliarse de un profesional de la psicología.

En cuanto al **principio de concentración** hay que decir que rige en los procesos que se caracterizan por la sencillez y agilidad en el procedimiento. Tales características distinguen el procedimiento establecido en la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, pues se ha abandonado el rigor ritual y se pretende la celeridad del mismo a fin de proteger a las víctimas de manera efectiva. En la doctrina procesal Vicente Gimeno Sendra<sup>73</sup> ha dicho: *“La concentración del procedimiento puede obtenerse en primer lugar, a través del acortamiento de los plazos y términos conforme a las necesidades del momento presente; en segundo lugar, mediante la preparación del juicio, a través de la introducción de la audiencia preliminar que ha de purgar a aquel de la posibilidad de discutir los presupuestos procesales, y finalmente, debido a la oralidad conviene que en el juicio los actos procesales se desarrollen en una sola audiencia, y, de no ser posible, en varias audiencias próximas con el fin de que los actos procesales realizados de palabra ante el juez no desaparezcan de su memoria”*.

---

<sup>73</sup>Gimeno Sendra, Vicente. Ob. Cit. , p. 234.

**El principio de celeridad** “... está representado por las normas que impiden la prolongación de los plazos y eliminan trámites procesales superfluos y onerosos...”<sup>74</sup> plazos breves, con la finalidad que el procedimiento sea ágil y en consecuencia, responda a la necesidad de protección de las víctimas y a la prevención de nuevos hechos violentos. Por tanto, el principio comentado se manifiesta, entre otras, en las disposiciones siguientes: a) La norma que ordena que si el caso lo requiere inmediatamente después de recibida la denuncia se decreten las medidas cautelares pertinentes (Art. 23); b) El artículo que dispone que los resultados de los exámenes periciales deben presentarse dentro de setenta y dos horas e incluso podrán rendirse verbalmente según la urgencia (Art. 25); c) La disposición que establece el plazo de cinco días hábiles para celebrar audiencia preliminar después de recibidos los dictámenes periciales (Art. 26); y d) La norma que señala el plazo de diez días hábiles después de la audiencia preliminar para celebrar la audiencia pública (Art. 29).

**El principio de igualdad** según Enrique Véscovi “... domina el proceso y significa una garantía fundamental para las partes. Importa el tratamiento igualitario a los litigantes y se entiende que resulta del principio constitucional de igualdad ante la ley (...) La igualdad supone la bilateralidad y la contradicción, esto es, que el proceso se desarrolla, aunque bajo la dirección del juez, entre las dos partes, con idénticas oportunidades de ser oídas y admitida la contestación de una a lo afirmado por la otra, en forma de buscar de esa manera la verdad. El juez al sentenciar conoce los argumentos de ambas partes”<sup>75</sup>. Así el principio comentado se manifiesta en el procedimiento de violencia intrafamiliar en la audiencia preliminar que es la primera oportunidad que tiene la parte denunciada para manifestarse sobre los hechos que se le atribuyen (Art. 27 Inc. 2º), la igualdad de oportunidades para ofrecer y presentar pruebas, etc.

Aquí es pertinente señalar que debido a que el procedimiento de violencia intrafamiliar no requiere de procuración obligatoria, sino que ésta es facultativa (Art. 27 Inc. 1º, 30 Inc. 2º, 38), ha ocurrido que una de las partes ha intervenido con abogado, mientras la otra no ha sido asistida por un profesional del derecho, o bien en ocasiones una de las partes es abogado y la otra no lo es. Sobre este punto la jurisprudencia de la Cámara de Familia de la Sección del Centro sostiene que “... a efecto de salvaguardar la igualdad procesal de las partes, no es posible tramitar un procedimiento de violencia intrafamiliar, si solamente uno de los intervinientes está debidamente representado por su abogado, como ha sucedido en la especie, pues es evidente la desigualdad procesal que se dio en la audiencia preliminar y ante esa situación, deberá advertirse a quien no esté representado por apoderado para que lo nombre. En caso de no hacerlo deberá nombrarse uno de oficio u ordenar mediante oficio dirigido al señor Procurador General de la República, que se le nombre un Agente Auxiliar para tal efecto” (Sentencia de fecha cinco de junio de dos mil dos, referencia 60-A-2002)<sup>76</sup>.

La consecuencia de esa vulneración al principio de igualdad procesal es la nulidad, según lo sostenido por el tribunal antes relacionado,

<sup>74</sup>Garrone, José Alberto. “Diccionario Jurídico”. Abeledo-Perrot, Tomo III, P-Z, segunda edición, Buenos Aires, 1994, p. 147.

<sup>75</sup>Véscovi, Enrique. “Teoría General del Proceso”, Temis, Bogotá, 1984, p. 63.

<sup>76</sup>En igual sentido se ha pronunciado el mismo tribunal en las sentencias 50-A-2002 de catorce de diciembre de dos mil dos y 8-IH-2002 de doce de noviembre del mismo año.

el cual en sentencia de fecha catorce de junio de dos mil dos argumentó lo siguiente: *“La intervención procesal sin asistencia de abogado, además de ser ilegal según se ha expuesto, supone una violación a la garantía constitucional de defensa en juicio (Art. 11 Cn.). Esa vulneración a una norma de orden público, produce nulidad, que debe ser declarada de oficio por el juzgador y que no es convalidable, ni expresa ni tácitamente, ya que se ha comprometido una garantía inherente al proceso constitucionalmente configurado, según lo denomina la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia”* (Referencia 18-A-2002).

Por lo anterior, cuando solamente una de las partes comparece al proceso representada por abogado, debe el juez procurar que la contraparte sea asistida por un profesional del derecho, debiendo para ello prevenirle que designe su representante y en defecto de ello, requerir al Procurador General de la República que asigne un agente auxiliar a la persona (Art. 38 Inc. 2º).

Otro supuesto problemático ocurre cuando una de las partes es asistida por agente auxiliar del Procurador General de la República<sup>77</sup> y la otra parte carece de recursos económicos para cancelar los honorarios de un abogado. En estos supuestos debe aplicarse supletoriamente el artículo 112 inciso 2º de la Ley Procesal de Familia y deberá nombrarse un abogado de oficio para que intervenga en representación de la persona, existiendo la posibilidad de solicitar la asistencia legal a entidades u organizaciones dedicadas a la protección de los niños, adolescentes, mujeres y adultos mayores o a las universidades que brindan este servicio.

El **principio de economía** puede definirse según Jaime Azula Camacho<sup>78</sup> *“... con la ya famosa frase de Chiovenda, según la cual debe obtenerse el máximo resultado posible con el mínimo de esfuerzo. Se refiere no solo a los actos procesales, sino a las expensas o gastos que ellos impliquen”*. Sostiene el autor citado que más que un principio, es un conjunto de principios como el de concentración, eventualidad, celeridad, saneamiento y gratuidad.

Como hemos expuesto anteriormente los principios de concentración y celeridad son principios rectores aplicables al procedimiento de violencia intrafamiliar que se manifiestan en diversas normas de la Ley respectiva, por tanto, al materializarse en el procedimiento hacen realidad el principio de economía procesal. Con este principio se pretende dar vigencia al mandato constitucional que se refiere a la necesidad de administrar justicia de manera pronta y cumplida (Arts. 2, 11 y 17 Cn).

El **principio de probidad** se refiere a la conducta de las partes en el proceso y a la obtención de una recta administración de justicia. De manera similar a la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, la Ley Procesal de Familia establece el deber de las partes de comportarse con probidad, lealtad y buena fe (Art. 3 letra h), pero además impone al juez el deber de impedir el fraude procesal y cualquier conducta ilícita, así como prevenir o sancionar todo acto contrario al deber de lealtad,

<sup>77</sup>El artículo 22 número 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece que “Corresponde a la Unidad de la Defensa de la Familia y el Menor (...) Proporcionar asistencia legal a las personas víctimas de violencia intrafamiliar...”.

<sup>78</sup>Azula Camacho, Jaime. “Manual de Derecho Procesal”. Tomo I, Teoría General del Proceso, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000, p. 74.

probidad y buena fe (Art. 7 letra h).

En la doctrina, Jaime Azula Camacho<sup>79</sup> refiriéndose al principio de buena fe o lealtad procesal dice que algunos tratadistas consideran que se trata de dos principios diferentes, pero para él se trata de dos manifestaciones de un mismo aspecto y señala que *“El principio se concreta a que las partes no utilicen el proceso o las actuaciones de éste para lograr fines fraudulentos o dolosos, o alegar hechos contrarios a la realidad, o a emplear medios que tiendan a entorpecer la buena marcha del procedimiento”*.

Hay que advertir que ignorando el principio comentado, el procedimiento de violencia intrafamiliar ha sido utilizado para modificar, aunque sea provisionalmente, resoluciones judiciales sobre cuidado personal o régimen de visitas. Un ejemplo de lo anterior es el caso de referencia 6-IH-2001 sobre el cual se pronunció la Cámara de Familia de la Sección del Centro el día diecinueve de julio de dos mil uno. Se denunció el supuesto maltrato de la madre a su hijo de tres años de edad, argumentando el padre que la señora llegaba a dejar al niño a su casa a cualquier hora del día o de la noche, que no le llevaba pañales ni leche y que el niño estaba descuidado porque presentaba “ronchas de picadas de insectos”. El juez de primera instancia como medida cautelar confió el cuidado personal del niño al padre y la madre impugnó la decisión. El tribunal de apelaciones revocó la resolución argumentando entre otras cuestiones lo siguiente: *“Se observa que las medidas fueron tomadas sin que conste que el juez tuvo presente al niño o tomó contacto con él a través del psicólogo o trabajadora social. De ello, se advierte, que las medidas fueron dictadas sin constatar el estado físico del niño. En esas circunstancias, las medidas resultan desproporcionadas a la protección que se pretendía brindar al niño. Es decir, las medidas son demasiado severas en relación a los hechos denunciados...”*. Debe añadirse que el niño había convivido los últimos dos años con la madre, pues por sentencia judicial en proceso de divorcio a ella le fue conferido el cuidado personal de su hijo.

A efecto de evitar tales situaciones al otorgar medidas cautelares que afecten directa o indirectamente a menores de edad, los jueces deben ser sumamente cuidadosos al valorar los presupuestos de tales medidas y es recomendable en algunos supuestos ordenar previamente los peritajes pertinentes.

El **principio de oficiosidad** está referido al impulso procesal y supone que el juez es quien debe darle curso al proceso hasta su conclusión, una vez iniciado el mismo. Por tanto, no es necesario que exista solicitud de la parte interesada para que el proceso pase a la etapa siguiente.

Uno de los principios rectores de la Ley Procesal de Familia es el de oficiosidad y se establece de la siguiente manera: *“Iniciado el proceso, éste será dirigido e impulsado de oficio por el Juez, quien evitará toda dilación o diligencia innecesaria y tomará las medidas pertinentes para impedir su paralización”* (Art. 3 letra b).

En la Ley contra la Violencia Intrafamiliar el principio de oficiosidad se manifiesta, entre otros supuestos, en las facultades del juzgador para hacer comparecer a las audiencias tanto a la víctima como al denunciado

<sup>79</sup>ibid., p. 76.

(Art. 35), ya que la presencia de los mismos es indispensable para la realización de éstas y, en consecuencia, su inasistencia supondría la paralización del proceso.

## 2. Aspectos relacionados con la competencia.

Según el concepto de Mattiolo<sup>80</sup> la competencia es la medida en que se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales. De lo que resulta que los jueces deben ejercer su función en la medida de su competencia; y por esta razón, con la finalidad de evitar la tramitación de un proceso en un juzgado incompetente, la ley faculta a los jueces para calificar liminarmente su competencia (Art. 6 letra a L.Pr.F.). Para la calificación de la competencia deben atenderse los denominados “factores determinantes de la competencia”, que son las circunstancias que la ley establece para atribuir el conocimiento de un proceso a un determinado juez.

El conflicto de competencia supone la contienda entre dos jueces o tribunales sobre a quién le corresponde el conocimiento de un asunto, según lo dispone el artículo 1193 del Código de Procedimientos Civiles. En caso de conflicto de competencia en un procedimiento de violencia intrafamiliar son aplicables, de manera supletoria, los artículos 63, 64 y 65 de la Ley Procesal de Familia.

En la aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar se ha cuestionado si determinados hechos realmente son constitutivos de violencia en la familia y, en consecuencia, deben ser tratados conforme a la Ley, o si se trata de faltas o delitos, que debido al parentesco o a la relación personal entre víctima y agresor no han sido atendidos en sede penal, ya que la línea que divide los hechos de violencia de la actividad delictiva en ocasiones es demasiado tenue. Por otra parte, también se discute sobre las reglas de competencia territorial aplicables en los casos de violencia, pues algunos consideran, siguiendo las reglas comunes, que el juez competente es el del domicilio del demandado; mientras otros argumentan que es el juez del domicilio de la víctima e incluso para otros es competente el juez del lugar donde ocurrieron los hechos. Por lo anterior, trataremos lo relativo a la competencia en razón de la materia y del territorio.

### 2.1 Competencia en razón de la materia.

Según el artículo 20 de la Ley, los jueces competentes para conocer de los procedimientos de violencia intrafamiliar son los jueces de la jurisdicción de familia y de paz. Es importante indicar que la norma no establece ningún orden de prelación entre las jurisdicciones, por lo que las personas pueden elegir indistintamente cualquiera de ellas para realizar la denuncia. Al respecto, en el conflicto de competencia marcado con la referencia 12-2003, resuelto a las doce horas y cuarenta minutos del día veintisiete de marzo de dos mil tres, se dijo: “... en opinión de esta Corte, la competencia para conocer de los procedimientos de violencia intrafamiliar está otorgada indistintamente, tanto a los Jueces y Juezas de Familia, como a los Jueces y Juezas de Paz...”.

<sup>80</sup>Citado en Azula Camacho, Jaime. Ob. Cit., p. 192.

No obstante lo anterior, hay que señalar que los tribunales de familia tienen más instrumentos para el tratamiento de los casos de violencia intrafamiliar ya que cuentan con un Equipo Multidisciplinario<sup>81</sup> para realizar los peritajes y, además, tratan a diario cuestiones conexas con los procedimientos de violencia intrafamiliar, tales como medidas relativas a cuidado personal, cuotas alimenticias provisionales, régimen de comunicación, visitas y trato, etc. No obstante lo anterior, el legislador optó por establecer la competencia de los juzgados de paz para estos casos con la finalidad de facilitar el acceso a la jurisdicción y proteger así de mejor manera a las víctimas.

Por otra parte, el único criterio que la Ley establece para determinar la competencia en razón de la materia es si el hecho es constitutivo de delito o no lo es. Así, el artículo 25 inciso 2º refiriéndose al dictamen pericial dice: *“Si del dictamen recibido resultare que el hecho de violencia intrafamiliar constituye delito, el juez o jueza de familia o de paz continuará el procedimiento para el solo efecto de darle cumplimiento a las medidas impuestas y certificará lo conducente a la Fiscalía General de la República para que inicie el proceso correspondiente”*.

Dicho criterio no es problemático en casos de violencia física, ya que si según el resultado del peritaje médico las lesiones requieren de diez o más días de curación, el hecho será conocido por la jurisdicción penal. En este punto es conveniente mencionar que la doctrina es favorable a que los hechos constitutivos de falta, en nuestro caso de lesiones y golpes (Art. 375 Pn.), sean conocidos por la jurisdicción especializada en violencia intrafamiliar, ya que por su finalidad tuitiva resulta más efectiva que la jurisdicción penal que es eminentemente sancionadora.

La dificultad para determinar la competencia surge cuando la violencia es psicológica, sexual o patrimonial, y los hechos denunciados podrían constituir, entre otros, los delitos de coacción (Art. 153 Pn.), amenazas (Art. 154 Pn.), violación (Art. 158 Pn.), agresiones sexuales (Art. 160 Pn.) y daños (Art. 221 Pn.). Al respecto, la consultora Elizabeth Guerrero Caviedes<sup>82</sup> señala, entre las dificultades referidas a la aplicación de las leyes en América Latina y el Caribe español, el hecho que en la mayoría de los casos no está claro cuándo adquiere competencia el juez civil y el juez penal. Sin embargo advierte que la participación de la jurisdicción penal se da en la minoría de los casos, particularmente en aquellos referidos a lesiones graves, amenazas de muerte o intentos de homicidio.

En nuestra opinión, para determinar la competencia en razón de la materia habrá que considerar, entre otros aspectos, los siguientes:

- El carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal, lo que implica que éste debe usarse únicamente para castigar los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad, y que debe intervenir sólo donde no sea posible obtener una tutela eficaz por otro medio menos gravoso, es decir, a través de otra rama del

<sup>81</sup>Conforme al artículo 4 de la Ley Procesal de Familia, los juzgados de la materia cuentan con un equipo de especialistas integrado, al menos, por un Trabajador Social y un Psicólogo. Actualmente a dicho equipo se ha incorporado un Educador, quien es el encargado de los programas: Escuela para Padres y Madres y Grupo de Jóvenes.

<sup>82</sup>Guerrero Caviedes, Elizabeth. Ob. Cit., p. 20.

ordenamiento jurídico. En este sentido, se habla de un derecho penal de *ultima ratio*, utilizado como alternativa final después de haber intentado la solución del conflicto mediante otras áreas del ordenamiento jurídico;

y,

- El carácter eminentemente sancionador del derecho penal, que en un conflicto de violencia intrafamiliar resulta insuficiente, ya que no opera sobre las causas del problema y no brinda alternativas a la víctima para superar las secuelas de la violencia ni posibilita un cambio de actitud que la vuelva menos vulnerable a este tipo de hechos.

Debemos señalar que en algunos casos será indispensable la intervención de la jurisdicción penal, pues no se trata de discriminalizar los hechos de violencia en razón de la relación afectiva o de parentesco existente entre víctima y agresor, sino de evitar la aplicación desmedida de sanciones penales que pueden resultar ineficaces para la solución del problema.

## 2.2 Competencia en razón del territorio.

En relación a este tema la Ley contra la Violencia Intrafamiliar no establece ninguna regla y al estudiar las normas supletorias, es decir, la Ley Procesal de Familia y el Código de Procedimientos Civiles, resulta que únicamente la legislación procesal civil dispone expresamente que *“El juez del domicilio del demandado es competente para conocer en toda clase de acciones, ya sean reales o personales.”* (Art. 35 Inc. 1º).

Dicha disposición fue la aplicada por la Corte Suprema de Justicia en la resolución de las diez horas y quince minutos del día trece de marzo de dos mil tres, correspondiente al conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado de Paz de Antiguo Cuscatlán, departamento de La Libertad, y el Juzgado Décimo Cuarto de Paz de San Salvador. En el caso comentado la denuncia fue interpuesta en San Salvador, lugar de domicilio del denunciado, la titular del juzgado decretó las medidas cautelares que estimó pertinentes y posteriormente se declaró incompetente, argumentando que los hechos de violencia ocurrieron en los lugares de residencia y de trabajo de la víctima, ubicados en Antiguo Cuscatlán. Por su parte, el Juez de Paz de Antiguo Cuscatlán, en síntesis, alegó que para determinar la competencia de los tribunales en materia de violencia intrafamiliar no son aplicables normas de naturaleza procesal penal, sino las normas que rigen en materia de familia y por tanto, hay que seguir la regla del domicilio del demandado.

Esta reciente resolución de la Corte Suprema de Justicia es cuestionable, ya que aunque formalmente la aplicación supletoria del Código de Procedimientos Civiles es indiscutible, en el problema de la violencia intrafamiliar hay que considerar si es razonable exigir a la víctima acudir a denunciar el hecho al domicilio del demandado cuando éste ha ocurrido en el lugar donde ella vive o trabaja. En ocasiones el domicilio es común o los lugares de residencia de las partes son bastante próximos, pero en otros supuestos no sucede así y esa regla supone una carga adicional a la persona afectada.

En resolución de fecha veintisiete de marzo de dos mil tres, correspondiente al conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado de Familia de Zacatecoluca y el Juzgado de Paz de El Rosario, ambos

del departamento de La Paz, la Corte Suprema de Justicia estableció que cuando el domicilio de las partes es el mismo, deberá conocer el juzgado de la jurisdicción donde se encuentre ubicado el domicilio común, a efecto de brindar un auxilio inmediato a la persona afectada. La resolución aludida dice: *“Que, teniendo el proceso de familia por finalidad “la decisión de los conflictos surgidos de las relaciones de familia” (Art. 91 L. Pr. F.) y la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, el objeto de “proteger en forma especial a las víctimas de violencia en las relaciones de pareja” (Art. 1 Inc. 1 letra d); el domicilio civil de las personas reviste tal importancia, que gravita junto al criterio del juez natural (Art. 35 C. Pr. C.) y el principio de inmediación procesal (Art. 22 L. C. V. I.), para auxiliar prontamente a la víctima de la violencia familiar. Consecuencia de ello, es que el Juez del domicilio de la víctima y el agresor atenderá más eficazmente el conflicto.”* (Competencia 12-2003).

Es importante recalcar que aplicando supletoriamente el artículo 78 de la Ley Procesal de Familia, los jueces de familia y de paz tienen competencia para decretar medidas cautelares en todo el territorio de la República, sin perjuicio que con posterioridad declinen la competencia para seguir con el procedimiento establecido en la Ley y remitan el expediente al juez competente. Esta extensión de la competencia en materia de medidas cautelares tiene por finalidad brindar una protección efectiva a la persona y evitar así un perjuicio mayor.

### **3. Inicio del procedimiento. Problemas prácticos.**

Conforme a la Ley contra la Violencia Intrafamiliar el procedimiento judicial puede iniciarse por denuncia o por aviso (Art. 21). Dicha Ley no establece diferencia alguna entre la denuncia y el aviso, pero si menciona los elementos que deberá contener la denuncia (Art. 13), omitiendo referirse al aviso, por lo que pareciera que éste es una simple comunicación sobre la comisión de un hecho de violencia intrafamiliar, de tal forma que cuando la Ley se refiere a la intervención de la Policía Nacional Civil no contempla la posibilidad de denuncia ante la institución policial, sino que se refiere solamente al aviso. No obstante lo anterior, lo importante es que la Ley al establecer dichas formas de inicio del procedimiento judicial pretende facilitar el acceso a los tribunales a aquellas personas que están siendo víctimas de agresiones familiares.

#### **3.1 ¿Quiénes están legitimados para denunciar los actos de violencia intrafamiliar de los que es víctima una persona mayor de edad?**

La Ley contra la Violencia Intrafamiliar establece una legitimación tan amplia que en síntesis toda persona que tenga conocimiento de un hecho constitutivo de violencia puede realizar la denuncia<sup>83</sup>. El artículo 21 dispone que el procedimiento judicial podrá iniciarse de las formas siguientes: a) Por denuncia o aviso de la Policía Nacional Civil o de la Procuraduría General de la República; b) Por denuncia o aviso de la víctima; y c) Por denuncia o aviso de toda persona natural o jurídica.

<sup>83</sup>Similares normas existen en las leyes de violencia intrafamiliar de países como Bolivia, Guatemala, Honduras, Chile y Perú, según lo expone Graciela Medina en la página 68 de la obra de su autoría citada en este trabajo.

Los agentes de la Policía Nacional Civil deberán dar aviso al tribunal competente inmediatamente después de realizar las gestiones de auxilio a la víctima, según lo dispone el artículo 11 de la ley antes mencionada. Por su parte, la Procuraduría General de la República debe remitir las diligencias a sede judicial para el inicio del procedimiento cuando las personas en conflicto no concurren a la segunda cita o cuando habiéndose presentado no hubieren llegado a un acuerdo (Art. 18).

Esta legitimación tan amplia está justificada por las particularidades del problema de la violencia intrafamiliar en el sentido que *“... muchas veces el afectado es invadido por el miedo, el cual le imposibilita el ejercicio de su derecho de poner en conocimiento de las autoridades pertinentes la violencia que padece...”*<sup>84</sup>. Además, hay que recordar que la violencia vulnera derechos fundamentales y, por tanto, constituye un problema de interés social que debe ser denunciado a efecto de proteger a la víctima y prevenir que las agresiones continúen.

Debe aclararse que el hecho de que cualquier persona pueda comunicar los hechos de violencia al funcionario judicial competente no implica que el denunciante será siempre parte procesal, ya que partes serán únicamente la víctima y el agresor; y en los procedimientos en que haya menores de edad o incapaces involucrados intervendrán sus representantes legales o el Procurador General de la República según las circunstancias del caso.

La amplísima legitimación en los procedimientos de violencia intrafamiliar ha generado una serie de problemas prácticos en los tribunales. En primer lugar, debido a que la Ley no establece un procedimiento específico para aquellos casos de denuncia interpuesta por terceros, los jueces han adoptado diferentes soluciones. Una propuesta consiste en citar a la presunta víctima para que ratifique la denuncia y así iniciar el procedimiento. Mientras otros funcionarios consideran que es innecesario requerir dicha ratificación. Quienes sostienen el primer criterio argumentan que es necesario el “consentimiento” o el “compromiso” de la persona afectada para seguir eficazmente el procedimiento, ya que de lo contrario suele ocurrir que la presunta víctima no comparece a las audiencias y no coopera en la realización de los peritajes, dificultándose así la prueba de los hechos denunciados. Por su parte, quienes consideran que la ratificación es innecesaria sostienen que uno de los principios rectores de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar es el principio de oficiosidad y, por tanto, el juez está obligado a continuar con el proceso hasta su conclusión, una vez iniciado el mismo. Añaden que debido a los derechos fundamentales comprometidos en el problema es necesario un rol activo por parte de los funcionarios judiciales.

Sobre esta situación consideramos que debe ponderarse el deber de protección de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por los hechos violentos tanto como la necesidad del compromiso de la víctima para tramitar eficazmente el procedimiento, ya que no puede desconocerse que sin la voluntad de la persona afectada de solucionar el problema, difícilmente la intervención judicial será efectiva. Asimismo, estimamos conveniente tener en cuenta quién es la víctima, es decir, si se trata de una persona que por su corta o avanzada

<sup>84</sup>Medina, Graciela. Ob. Cit., p. 67.

edad, o por su condición física o psíquica es más vulnerable a este tipo de hechos.

En este punto, conviene destacar el procedimiento aplicado en algunos tribunales de familia cuando un tercero denuncia un caso de violencia y la presunta víctima no asiste a la cita para ratificar la denuncia. Los jueces comisionan a un miembro del Equipo Multidisciplinario para que visite a la persona y realice una labor de “convencimiento” sobre la importancia de continuar con el procedimiento judicial. Estimamos que dicha medida es adecuada porque no desatiende la denuncia interpuesta y a la vez pretende crear conciencia en la persona afectada sobre la necesidad de proteger su integridad física o síquica y de buscar una solución al problema.

Debemos mencionar que los juzgados de paz carecen de Equipos Multidisciplinarios, pero pueden auxiliarse de profesionales de la psicología o de asistentes sociales de otras instituciones como la Procuraduría General de la República, las unidades de salud, organizaciones no gubernamentales, etc.

Sobre el tema es pertinente señalar el caso documentado en la sentencia de amparo número 354-2002 de fecha uno de abril de dos mil tres, en el cual ante la denuncia interpuesta por la señora G. V. sobre la violencia ejercida por su yerno en contra de su hija y de su nieta, la juez resolvió constituirse, con asistencia del secretario de actuaciones, al lugar de residencia de las víctimas y del agresor a fin de “verificar la situación”, fundamentando su decisión en los artículos 1, 3 y 13 de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, y 3, 4, 7 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia en contra de la Mujer.

### **3.2 ¿Quiénes están legitimados para denunciar un hecho de violencia intrafamiliar cuando la víctima es un niño, persona incapaz o discapacitada?.**

Según el artículo 15 de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, ubicado en la sección correspondiente a la intervención del Ministerio Público, la denuncia la pueden realizar: a) Los representantes legales, es decir, los padres o tutores; b) La víctima; c) Las instituciones asistenciales, sociales y educativas; y, d) Cualquier autoridad o persona que tenga conocimiento de los hechos de violencia intrafamiliar; mientras el artículo 21 correspondiente a la iniciación del procedimiento judicial no distingue cuando la víctima es menor o mayor de edad, pues dispone que la denuncia puede presentarla cualquier institución u organismo social que vele por la mujer, la niñez, la adolescencia, los adultos mayores; el representante legal de incapaces y la persona que tiene a su cargo la guarda personal del discapacitado.

En síntesis, cuando se trata de víctimas que por su corta edad o por su condición física o psíquica no pueden acceder ellas mismas a la instancia judicial, cualquier persona puede iniciar el procedimiento. Pero debemos señalar que la regulación es idéntica para el supuesto de víctima mayor de edad, pues también cualquier persona puede denunciar.

Advertido lo anterior, debemos añadir que la Ley contra la

Violencia Intrafamiliar no dispone expresamente que en estos supuestos (niños, incapaces y discapacitados) exista obligación de denunciar por parte de las personas que tengan conocimiento del hecho. Así la redacción del artículo 15, cuyo epígrafe es Denuncia cuando la víctima fuere menor de edad, incapaz o discapacitado, es potestativa no imperativa, ya que dispone "... los hechos podrán ser denunciados...".

Un supuesto especial de víctima de violencia intrafamiliar, que requiere de igual protección que un niño, es el caso del concebido no nacido, ya que cuando una mujer en estado de gestación es maltratada por su pareja o por cualquier familiar, se vulneran no sólo la integridad y la salud de la madre, sino que también se pone en riesgo la vida y la salud de la persona por nacer. Según investigaciones realizadas y la práctica clínica, el embarazo es un factor de riesgo, pues éste agrava el maltrato físico o funciona como disparador de la violencia<sup>85</sup>. Hay que considerar, además, que existe maltrato prenatal cuando la madre mantiene durante el embarazo conductas riesgosas que pudieran perjudicar al feto, tales como alimentación deficitaria o ingesta de drogas.

La protección del concebido no nacido motivó la reforma del artículo 1 de la Constitución<sup>86</sup>, disposición a la que se añadió un inciso en el que se reconoce como persona a todo ser humano desde el instante de la concepción. Con fundamento en tal norma constitucional e integrando las normas jurídicas familiares y los instrumentos de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar podría intervenir en muchos casos en los cuales peligra la vida y la salud de la persona que está por nacer.

Un tema relacionado con la violencia ejercida en contra de menores de edad se refiere a la acreditación del vínculo filial del niño, a efecto de establecer la relación procesal, para lo cual es necesario presentar la certificación de partida de nacimiento correspondiente. Sobre tal cuestión, la Cámara de Familia de la Sección del Centro sostiene que el procedimiento puede iniciarse aún cuando no se hubiere presentado tal prueba, a efecto de no volver nugatoria la inmediata protección del menor. Ello no obsta para que la filiación se establezca durante el procedimiento, requiriéndose a la parte denunciante la presentación del instrumento o solicitando de oficio la certificación de la partida de nacimiento al Registro del Estado Familiar (Sentencia 6-IH-2001 de fecha diecinueve de julio de dos mil uno).

### 3.3 ¿Quiénes están obligados a dar aviso de los hechos de violencia intrafamiliar?.

La Ley determina la obligación de dar aviso de los hechos constitutivos de violencia intrafamiliar para: a) Los funcionarios que los conozcan en el ejercicio de sus funciones; y b) Los médicos, farmacéuticos, enfermeros, maestros y demás personas que ejerzan profesiones relacionadas con la salud, la educación y la asistencia social, que conozcan tales hechos al prestar sus servicios dentro de su profesión (Art. 14). En estos casos la norma no distingue si la víctima debe ser mayor o menor de edad, incapaz o discapacitado; por lo que podemos entender que la obligación de denunciar es aplicable a todos los supuestos

<sup>85</sup>Medina, Graciela. Ob. Cit., p. 69.

<sup>86</sup>Decreto Legislativo 541 del 3 de febrero de 1999 publicado en el Diario Oficial número 32, Tomo 342 del 16 de febrero del mismo año.

de violencia en la familia.

A diferencia de nuestra legislación, Graciela Medina<sup>87</sup> señala que las leyes de protección analizadas en su obra “Visión jurisprudencial de la violencia familiar”, establecen unánimemente la obligación de denunciar los hechos de violencia de los que tengan conocimiento los médicos, psicólogos, asistentes sociales, maestros, etc. en el ejercicio de su profesión, siempre que de ellos sean víctimas personas menores de edad, incapaces, ancianos o discapacitados.

### **3.4 ¿Quiénes pueden ser denunciados?.**

Los beneficiarios de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar están señalados en el artículo 1 de ese cuerpo jurídico y son: a) Los cónyuges y excónyuges; b) Los convivientes y exconvivientes; c) Los ascendientes; d) Los descendientes; e) Los parientes colaterales por consanguinidad, afinidad o adopción; f) Los sujetos a tutela o a guarda; y g) Las personas entre quienes exista cualquier otra relación interpersonal que pueda generar ese tipo de violencia. La parte final de la disposición incluye, a nuestro juicio, las relaciones de noviazgo o de parejas que no conviven, sin distinguir las preferencias sexuales de éstas.

La Ley establece un concepto amplio de relaciones familiares, que incluso es más extenso que el contenido en el artículo 200 del Código Penal, el cual tipifica el delito de violencia intrafamiliar, según hemos expuesto en el capítulo II de este trabajo. El concepto de la Ley está basado principalmente en la relación personal entre víctima y agresor, y no requiere que las personas cohabiten bajo el mismo techo.

### **3.5 ¿Es aplicable la Ley contra la Violencia Intrafamiliar a menores de edad agresores?.**

Otro tema que ha generado alguna dificultad en la aplicación de la Ley que nos ocupa ha sido el de los menores de edad agresores, es el supuesto de adolescentes que han formado un hogar y maltratan a su pareja o a sus hijos, o de casos en los que conviven con adultos mayores, generalmente los abuelos, y que por su avanzada edad son vulnerables a este tipo de hechos. La dificultad estriba en que entre los fines de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar se señala “establecer los mecanismos para sancionarla” y, por otra parte, constitucionalmente se garantiza la jurisdicción especializada para menores infractores, por lo que se ha cuestionado la aplicación de la Ley por parte de los jueces de paz y de familia a éstos.

En este tema hay que considerar que ciertamente los fines de la ley son prevenir, sancionar y erradicar la violencia en la familia; pero fundamentalmente se trata de una ley de carácter tuitivo que no dispone ninguna sanción, ya que si bien las medidas de protección pueden limitar algunos derechos, se caracterizan por ser instrumentales y no tienen una función sancionadora. Asimismo, la asistencia a terapia psicológica no constituye una sanción, sino que es una medida cautelar. Por otra parte, cuando un menor de edad se encuentre en conflicto con

<sup>87</sup>Medina, Graciela. Ob. Cit., p. 69.

la ley penal debido al incumplimiento de las medidas de protección dictadas en un procedimiento de violencia intrafamiliar, procederá su enjuiciamiento conforme a la Ley del Menor Infractor, al igual que ocurre con la comisión de cualquier delito. Por lo anterior, consideramos que el procedimiento judicial de violencia intrafamiliar es aplicable cuando un adolescente es agresor, ya que no puede desconocerse que en ocasiones de hecho han asumido las responsabilidades de un adulto y han formado un hogar en el cual pueden ejercer violencia en contra de los más débiles.

#### 4. Medidas cautelares, preventivas o de protección.

Tradicionalmente se conoce que frente a la lenta tramitación de los procesos judiciales y a fin de garantizar el pleno cumplimiento de la sentencia definitiva, el juzgador puede adoptar una serie de medidas al inicio del juicio, durante su tramitación o con posterioridad a la resolución definitiva que dicta.

Las medidas cautelares como término genérico, se caracterizan por ser instrumentales, es decir que carecen en sí mismas de una finalidad específica, estando subordinadas a un proceso principal del cual dependen, pues han sido decretadas para asegurar los resultados del mismo. Son provisionales, pues durarán mientras no se ejecute la sentencia definitiva. Además, son urgentes, pues se emiten a fin de liquidar el peligro real o inminente al que la víctima está sometida y son flexibles, en virtud que las partes podrán solicitar su ampliación, sustitución, revocación o mejora si las condiciones iniciales que influyeron para su adopción han variado significativamente<sup>88</sup>.

Se requiere para su imposición el cumplimiento de ciertos presupuestos de admisibilidad consistentes en: el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y la contracautela, sea real, personal o juratoria, a fin que la parte demandante responda por los daños que pueda ocasionarle al demandado por la iniciación del proceso. En relación a este último presupuesto, en nuestro sistema procesal no se ha reconocido la obligación de asegurarle al denunciado, la responsabilidad del demandante por los perjuicios que le pueda ocasionar al no demostrar la pretensión planteada. En ese sentido, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia solamente se ha referido respecto al *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, como los presupuestos de admisibilidad para la imposición de medidas cautelares, sostiene que<sup>89</sup>: "... las medidas cautelares parten de una base común, la probable existencia de un derecho amenazado –*fumus boni iuris*– y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso - *periculum in mora*-. Al respecto, es preciso perfilar que el *fumus boni iuris* hace alusión a la apariencia fundada del derecho y se obtiene analizando los hechos alegados con las restantes circunstancias que configuran la causa (...) en tanto que el peligro en la demora, importa el riesgo que el desplazamiento temporal del proceso suponga un obstáculo real para la materialización efectiva de las consecuencias derivadas de una eventual sentencia, impidiendo

<sup>88</sup>Kielmanovich, Jorge L.. "Medidas cautelares". Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 135 y s.

<sup>89</sup>Mediante resolución dictada en proceso de amparo, con referencia número 84-2001, de fecha quince de abril de dos mil dos.

de esta forma la plena actuación de la actividad jurisdiccional ...”.

En los casos de violencia en el ámbito doméstico, la naturaleza tanto del proceso como de las medidas que pueden decretarse varía significativamente, ya que todas las acciones judiciales van encaminadas a poner fin a los hechos agresivos y a evitar que posteriormente se desarrollen otros. En ese sentido, se trata de que el proceso sea ágil y efectivo y que las medidas sean otorgadas oportunamente a favor de la persona agredida y/o de su núcleo familiar.

Jorge L. Kielmanovich, en su libro *Procesos de Familia*, destaca las variaciones que se ocasionan con las medidas cautelares que se adoptan en los procedimientos familiares, sostiene que se modifica el carácter instrumental de las mismas, así como los presupuestos de admisibilidad y ejecutibilidad requeridos. Que las medidas pueden ser decretadas de oficio, que pueden disponerse inmediatamente, dependiendo de la finalidad perseguida y que no están sujetas a términos de caducidad.

Respecto a las medidas establecidas en la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, se han identificado una serie de dificultades en cuanto a la valoración de los presupuestos procesales para su adopción, al tipo de medidas que pueden decretarse, a los plazos de vigencia de las mismas y al control judicial que posteriormente se debe realizar.

Algunos funcionarios judiciales han asumido que la finalidad principal del procedimiento de violencia es brindarle a las víctimas una oportuna protección a través de la adopción de medidas preventivas, limitando su actuación a decretar el auto o resolución en el cual se otorgan, omitiendo la continuación del trámite establecido en la L.C.V.I., y el control de la eficacia de las medidas impuestas. Ante ello, surge una interrogante, ¿será posible que la naturaleza propia de las medidas constituya un obstáculo para el desarrollo de las otras etapas procesales reguladas en la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar?

Además, deben analizarse cada una de las medidas de protección reguladas en el Art. 7 de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, así como los presupuestos considerados en algunas resoluciones judiciales en cuanto a la adopción de las diversas medidas; también, los criterios que al respecto se han establecido por medio de la jurisprudencia de la Cámara de Familia de la Sección del Centro y la posibilidad de decretar otro tipo de medidas, integrando las reguladas en la Ley Procesal de Familia y aquellas que los jueces consideren más oportunas para cada caso.

De igual forma, debe destacarse la importancia de establecer expresamente en las resoluciones judiciales el plazo de vigencia de las medidas que se impongan, pues hemos notado que la práctica judicial ha variado respecto a los criterios de interpretación en relación a la fijación de los términos de duración de las medidas. En algunas resoluciones consta expresamente el plazo de las medidas y en otras no se determina, ni se indican elementos que permitan establecerlo.

Asimismo, se han dado ciertas discrepancias respecto a los fundamentos jurídicos de las resoluciones que imponen medidas de protección, entre los sujetos procesales que intervienen en los procesos. Algunos sostienen que se ha omitido valorar los presupuestos de admisibilidad requeridos para la adopción de medidas cautelares, y otros

que con la emisión de las medidas se les ha vulnerado el derecho de defensa constitucionalmente reconocido a su favor, pues las decretan sin haberseles dado la oportunidad de controvertir los argumentos de la víctima.

Ante las dificultades de interpretación judicial que hemos señalado y otras que se destacarán en el desarrollo del tema, se deben considerar los criterios doctrinarios que se han adoptado al respecto y los criterios interpretativos establecidos por la jurisprudencia nacional analizada, tanto en resoluciones de la Cámara de Familia de la Sección del Centro -por las razones expuestas al inicio de este capítulo- como en algunas emitidas por las Salas de lo Civil y de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

#### 4.1 Concepto y naturaleza jurídica de las medidas.

En la doctrina y en diversas leyes que regulan los procedimientos de violencia doméstica, al referirse a las medidas que pueden emitirse, utilizan diversos términos, tales como medidas cautelares, autosatisfactivas, preventivas, o de protección. Según la doctora Aida Kemelmajer de Carlucci, en los procesos de violencia familiar, las medidas que pueden ser decretadas a favor de las víctimas son de naturaleza autosatisfactiva. En cuanto que la persona al iniciar el procedimiento, obtiene de manera inmediata la satisfacción de su pretensión, sin que ello dependa de actividades procesales posteriores. Considera que: "...éstas constituyen una especie del proceso urgente, en el sentido que no es accesorio, ni tributario respecto a otro tipo de acción, agotándose en sí mismo. La categoría de proceso urgente es más amplia que la de proceso cautelar, pues comprende las medidas autosatisfactivas y las resoluciones anticipatorias..."<sup>90</sup>.

Al destacarse que las medidas cautelares que se decretan en los procesos de violencia doméstica tienen naturaleza distinta, Graciela Medina considera: "...que la finalidad particularmente tuitiva de la ley estriba en estructurar un trámite especial destinado, básicamente, a la adopción de medidas precautorias que se satisfacen a sí mismas mediante su cumplimiento - pues el proceso no es accesorio a otro principal- y ello supone la actualidad de las causas que le dieron origen..."<sup>91</sup>.

En relación a la naturaleza de las medidas y a las finalidades de los procesos de violencia familiar, la Cámara de Familia de la Sección del Centro, bajo la referencia 115-A-2000, de fecha dieciocho de diciembre de dos mil, ha establecido que: "... las medidas cautelares son decisiones de carácter jurisdiccional, provisorias, discrecionales, mutables e instrumentales; dirigidas a proteger la integridad de los miembros del grupo familiar, satisfacer sus necesidades urgentes o asegurar los efectos de una sentencia posterior. Así, la finalidad de las medidas consistentes en órdenes de protección es garantizar en su conjunto los derechos de los miembros del grupo familiar y evitar que se causen daños graves o de difícil reparación a las partes o a terceros antes de una sentencia definitiva..."

Con este tipo de procesos, se pretende brindar una protección

<sup>90</sup>Kemelmajer de Carlucci Aida. "La medida autosatisfactiva, instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia intrafamiliar". Material del curso "Temas de Derecho de Familia" impartido por la autora en diciembre de 2002 en la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, p. 3.

<sup>91</sup>Medina Graciela. Ob. Cit., p 172.

oportuna a los derechos fundamentales vulnerados a través de las acciones violentas. El término de sumario que se le da, hay que entenderlo como sinónimo de celeridad, rapidez, abreviación de trámites y plazos<sup>92</sup>. Una vez decretadas las medidas que el juzgador considere oportunas, tendrá que continuar con la tramitación del proceso conforme a las disposiciones de la Ley, para establecer mediante resolución definitiva la existencia o no de los hechos denunciados. Según Isabel Fernández Tapia la urgencia "... recae en un hecho tal que de no adoptarse las medidas pueda producirse un daño o perjuicio grave e irreparable para los cónyuges o hijos comunes..."<sup>93</sup>.

En cuanto a los presupuestos procesales que se deben valorar para la adopción de medidas, la verosimilitud del derecho podrá fundamentarse en la denuncia interpuesta por la víctima o un tercero, a través de la cual se sospeche la existencia de agresiones físicas, psíquicas, económicas o sexuales. En el análisis inicial no se exige la existencia de una certeza absoluta de que los hechos denunciados sean ciertos. Según Enrique Toribio Sosa en los procesos urgentes, no es necesario la certeza o convicción exigida para las otras cautelares, basta con el conocimiento del hecho y la fuerte probabilidad de que la pretensión sea atendible para que prospere la petición<sup>94</sup>. El peligro en la demora, recae en la urgencia de la medida derivada de la existencia de malos tratos o del riesgo inminente que los mismos se producirán en el seno familiar. En cuanto a la contracautela, si bien es cierto, constituye un requisito a través del cual se garantizarán los daños o perjuicios que puedan ocasionarse al denunciado mediante la adopción de las medidas, es de hacer notar que no se exige en ninguno de los procedimientos establecidos en las leyes procesales de nuestro sistema normativo. En la jurisprudencia se ha reconocido que: "... la finalidad de este tipo de procesos es salvaguardar la integridad física y psicológica de los miembros de la familia, durante todo el tiempo en que se tramite el juicio, por lo que basta con que liminarmente se deduzcan la verosimilitud del derecho y la urgencia para que se decreten las medidas solicitadas..."<sup>95</sup>.

Los operadores judiciales al momento de decretar las medidas de protección tienen que considerar la dificultad probatoria que enfrenta la víctima, pues la demostración de los actos de violencia se dificulta por las características propias de los conflictos familiares –las agresiones se dan en la mayoría de casos en el ámbito privado de las relaciones intrafamiliares– En razón de ello, la doctrina ha reconocido dos criterios de interpretación respecto a los presupuestos requeridos para la obtención de una medida.

Según la doctora Aída Kemelmanjer de Carlucci se debe considerar "La Teoría del balance de probabilidades", la cual atiende las posibilidades de riesgo que tiene el afectado de sufrir nuevos actos de violencia en su contra<sup>96</sup>. Dicho principio fue adoptado por la jurisprudencia argentina mediante precedente de un Tribunal de Familia (referencia 4-9-98 Tribunal de Familia de Formosa), quienes resolvieron: "... cuando se trata de adoptar una medida cautelar en el marco de las disposiciones de la Ley 1160 de Formosa, el criterio que debe utilizar el juez es el del

<sup>92</sup> Tapia Fernández, Isabel. "Las medidas cautelares de la Ley de Protección al honor, la intimidad y la propia imagen". Medidas cautelares por razón de la materia. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1997. p. 36.

<sup>93</sup> Idem.

<sup>94</sup> Criterio establecido por la Cámara de Familia de la Sección del Centro, en las resoluciones marcadas bajo la referencia 115-A-00, de fecha 18 de diciembre de dos mil; 11-IH-00, del día uno de marzo de dos mil uno; entre otras.

<sup>95</sup> Kemelmanjer de Carlucci, Aída. "La medida autosatisfactiva ...". Págs. 55 y s.

“balance de probabilidades”, es decir, que al momento de valorar sobre la procedencia de las medidas cautelares solicitadas, el juzgador debe atender el riesgo que sufre la víctima respecto a la posibilidad de continuar sometida a las agresiones provocadas en su contra.

Algunas leyes en contra de la violencia doméstica en forma expresa determinan los principios de interpretación que regirán al momento de valorar los presupuestos procesales exigidos para la procedencia de las medidas cautelares. Primeramente, se destaca el “Principio de protección”, a través del cual se pretende proteger a la parte más débil de la relación. En ese sentido la Ley Contra la Violencia Doméstica de Costa Rica en el artículo 13 establece: “...Para interpretar esta Ley, en caso de duda en la apreciación de la prueba, se estará a lo más favorable para el supuesto agredido...”. En igual sentido el artículo 18 del Decreto Supremo 25.087 de Bolivia dispone: “En caso de duda la apreciación de la prueba - a la que se refiere el artículo 34 de la Ley de Violencia Contra la Familia - se estará a lo más favorable para la supuesta agredida..”<sup>97</sup>. En segundo lugar, el otro principio que se ha reconocido es el “deber de colaboración”, en el que las partes están en la obligación de colaborar con el juez en la demostración de los hechos y no limitarse a la conducta que según los procesos se exige a cada parte interviniente. En nuestra Ley Contra la Violencia Intrafamiliar no se establece ningún criterio de interpretación; sin embargo, considerando la facultad judicial de emitir medidas cautelares reconocida en el Art. 23 e interpretándola conjuntamente con los principios rectores señalados en el Art. 2, se deberá entender que en el desarrollo del proceso, subsiste la finalidad de conceder a las víctimas de violencia una protección oportuna a través de las medidas que se consideren pertinentes, para poner fin a la violencia que se está ejerciendo en contra de la persona sometida a una relación de dominación y prevenir la comisión de nuevas agresiones.

Se ha destacado otro aspecto relevante sobre las medidas cautelares en materia de violencia doméstica, en el sentido que es imposible modificar a través de una resolución por medio de la cual se imponga una medida de protección, una situación jurídica reconocida previamente por medio de otro tipo de proceso. A manera de ejemplo, la modificación de la medida correspondiente al cuidado personal de un menor de edad establecida en una sentencia de divorcio es inamovible a través de la sentencia que se emita en un proceso de violencia intrafamiliar. Ante la denuncia de actos agresivos que afecten a menores de edad y al resto del núcleo familiar, lo que corresponde es analizar los hechos denunciados, para determinar si procede decretar algún tipo de medida a favor de las víctimas, durante un plazo específico y mientras se inicia el proceso de modificación de sentencia ante el tribunal competente.

Así, consta en las resoluciones emitidas por la Cámara de Familia de la Sección del Centro: “...los jueces únicamente están facultados para decretar medidas provisionales respecto al cuidado personal, régimen de visitas y cuota alimenticia, ya que las resoluciones definitivas sobre los aspectos mencionados son el producto de un proceso familiar tramitado conforme a la Ley. Así, la resolución del juez a quo será

<sup>97</sup>Los principios de interpretación y las leyes que se han considerado para su explicación, han sido analizadas por Graciela Medina. Ob. Cit., p. 231 y s.

“definitiva” con respecto al presente procedimiento, pero siempre se tratará de medidas cautelares con un tiempo de duración definido...”. (Referencia 11-IH-2000, de fecha 01-03-01).

En ese mismo sentido se estableció en la sentencia referencia 106-A-2000, del día cinco de enero de dos mil uno, que: “...El procedimiento de Violencia Intrafamiliar es eminentemente cautelar. Su objetivo principal es prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar. Es obvio que si en el caso se involucran menores de edad, los Jueces deben tomar las medidas pertinentes para la protección de sus derechos, como por ejemplo regular el régimen de comunicación y trato padres – hijos, la fijación de una cuota alimenticia o la concesión del uso de la vivienda; empero, estas decisiones serán provisorias y la solución definitiva debe ventilarse en un proceso de familia, conforme a las normas que regulan su trámite. Arts. 1, 2, 91 y otros L.Pr.F Por lo mismo tales decisiones deben sujetarse a un plazo y/o condición, de modo que mejor garanticen la protección de los derechos familiares de los menores involucrados...”.

El hecho que se regulen otro tipo de acciones para ventilar definitivamente una pretensión distinta a la protección por hechos de violencia, no es un fundamento suficiente para limitar la aplicación de las medidas cautelares reguladas en la L.C.V.I. Al respecto en la doctrina se ha señalado: “... resulta razonable que no se autorice la utilización de la ley para objetivos que exigen un juicio diferente. Sin embargo, la existencia de otras vías o acciones que pueden entablar las personas, no pueden impedir ni obstaculizar las medidas autosatisfactivas...”<sup>98</sup>. Al igual, Nora Lloveras ha destacado: “... deben dictarse las medidas protectoras con la urgencia exigida, aunque existan otras acciones o vías procedimentales para obtenerlas de un modo diferente o secundario, no resultando fundamento suficiente para rechazar la medida que se requiere el solo hecho de la existencia de otras vías procesales conducentes para el logro de la pretensión...”<sup>99</sup>.

Otra peculiaridad que surge por la distinta naturaleza de las medidas y por las características propias de este tipo de procesos, es que se permite que ambas partes puedan solicitar en su beneficio la imposición de medidas de protección. Para ello, el operador judicial está en la obligación de valorar el tipo de medidas solicitado y los bienes que a través de ellas se pretenden tutelar, a fin de resguardar el bienestar familiar quebrantado. La intermediación respecto a la solicitud de medidas de protección no se ve limitada a las requeridas por las partes, sino que además se prevé la posibilidad de dictar otras distintas a las solicitadas y a decretar de oficio las que el juez considere más oportunas, pues ante la denuncia de violencia interpuesta se deberán analizar los hechos para determinar conforme a las circunstancias propias del caso, aquellas que efectivicen los principios que se persiguen con la tutela de las agresiones familiares. “...Es decir que el juzgador sólo está obligado a tomar una medida rápida, que no necesariamente coincidirá con la petición de la víctima o con los restantes items enumerados por la norma legal...”<sup>100</sup>.

<sup>98</sup>Kemelmajer de Carlucci, Aida. “Algunos aspectos procesales en leyes de violencia familiar”, p. 17.

<sup>99</sup>Citada por Medina, Graciela, Ob. Cit., p. 178.

<sup>100</sup>Medina, Graciela. Ob. Cit., p. 193.

Consideramos oportuno resaltar en este punto, que respecto a la forma de comunicación de las resoluciones judiciales que se emitan en los procesos de violencia familiar, no existe una regulación legal específica, siendo conveniente aplicar supletoriamente las reglas de notificación y citación establecidas en la Ley Procesal de Familia y en el Código de Procedimientos Civiles. Se regula que toda providencia debe ser notificada a las partes o a sus apoderados, entregándoseles una esquila que contenga la resolución respectiva (Art. 33 L.Pr.F.). Que al conocerse el domicilio del denunciado(a) las notificaciones y cualquier cita judicial se realizaran personalmente o por esquila, en su caso (Art. 34 L.Pr.F.). Además, que en los procesos de familia no se aplicaran las reglas de la distancia ni de la declaratoria de ausencia. La falta de citación o notificación para los actos que sea necesario la presencia de las partes produce nulidad.

La importancia de notificar la resolución en la que se decretan las medidas de protección solicitadas, estriba en que será a partir de ese acto que el denunciado(a) está en la obligación de cumplir con la orden judicial emitida. En ese sentido, identificamos dos criterios en relación a la forma en que debe ponerse en conocimiento la resolución pronunciada, unos jueces sostienen que las medidas cautelares deben ser notificadas únicamente en forma personal al presunto agresor y otros consideran que ante la imposibilidad de notificar personalmente a la persona denunciada, se debe aplicar la regla del Art. 210 C. Pr.C.

Al respecto, opinamos que la regla general descansa en la obligación de efectuar la notificación de la resolución por medio de la cual se decretan las medidas preventivas en forma personal, ya que las partes tienen el derecho recíproco de controlar las actuaciones judiciales, así como las diversas actividades que se realicen en el trámite del proceso, en consecuencia las providencias deben ser comunicadas directamente. Sin embargo, en el caso que sea materialmente imposible la realización de ese acto en forma personal y habiéndose agotado todas las vías para ubicar al denunciado es procedente aplicar la disposición del Código de Procedimientos Civiles – Art. 210- que permite dejar la esquila en la que consta el contenido de la resolución en poder de otra persona o fijarla en el domicilio del presunto agresor, siempre y cuando se garantice que dicha persona tendrá la posibilidad de enterarse del contenido de la resolución. Nuevamente destacamos que en este tipo de procesos priva la finalidad de conceder urgentemente a la víctima la protección solicitada y puede darse la situación que el agresor este tratando de impedir que se le informe personalmente sobre las medidas impuestas, a efectos de no cumplir con las disposiciones emitidas. En cuanto a la presunción de inocencia y al derecho de defensa que amparan al denunciado, con las medidas no se le está limitando ninguno de sus derechos y además, en el procedimiento regulado en la L.C.V.I., se le garantiza la posibilidad de conocer los hechos que se le atribuyen, así como los medios de prueba que la víctima ha ofrecido para que ejerza su defensa, también se le reconoce la posibilidad de ofrecer y presentar todos los medios oportunos para desvirtuar las pretensiones del (a) denunciante.

#### 4.2 Plazo de vigencia de las medidas de protección.

En las resoluciones judiciales mediante las cuales se decretan medidas de protección al inicio del proceso, durante su tramitación o en la sentencia definitiva, identificamos dos criterios de interpretación respecto a los plazos de vigencia de las mismas; en unos casos, los jueces al determinar las medidas que se impondrán no fijan el término de vigencia, detallando únicamente el tipo de medida que se ha decretado. Utilizan en la parte resolutive del auto que emiten, términos como los siguientes: "...decretase las medidas de protección siguientes...", omitiendo fijar con exactitud el plazo de vigencia de las mismas, quedando perpetuamente la limitación de derechos decretada. Otros, establecen el plazo en que las medidas surtirían sus efectos, por ejemplo: "...decrétese las medidas de protección siguientes: (...) por el plazo de tres meses, a partir de la notificación del denunciado...", y si no determinan expresamente el período de vigencia, utilizan cláusulas como "...las medidas durarán mientras se tramite el proceso..."; "...La vigencia de las medidas se podrá modificar, ampliar, revocar o mantener en la audiencia preliminar que oportunamente se señalará...". Si bien es cierto, al fijarse la duración de las medidas no determinan con exactitud el tiempo que la persona denunciada estará sujeta a las mismas, el plazo es determinable, pues la vigencia de las medidas dependerá de lo que se resuelva en la audiencia preliminar o durante la tramitación del proceso.

En el Art. 9 L.C.V.I., se establece: "...las medidas preventivas, cautelares o de protección que se impongan a las personas agresoras, serán establecidas por el juez o jueza según las circunstancias, reincidencias y de acuerdo a las regulaciones de la Ley Procesal de Familia...". Para la determinación del plazo de duración de las medidas en el Art. 76 Inc. 2º de la Ley Procesal de Familia se faculta al juez que conoce sobre la denuncia de violencia la posibilidad de determinar la vigencia de las mismas, en base a la valoración que realice del conjunto de circunstancias que le hayan sido presentadas, de los antecedentes y características de los hechos, de los informes de los miembros del equipo multidisciplinario, de la gravedad de la denuncia, de la habitualidad o continuidad de los incidentes y del peligro en que pueden encontrarse los afectados.

Las medidas de protección son una forma de limitación de derechos, en el artículo 27 de la Constitución de la República se establece la prohibición de imponer penas perpetuas, por tanto ninguna persona puede estar sometida al cumplimiento indeterminado de medidas. Al respecto, la Cámara de Familia, mediante resolución emitida bajo la referencia 106-A-2000, del día cinco de enero de dos mil uno, estableció: "...las decisiones sean provisorias o definitivas deben sujetarse a un plazo y/o condición, de modo que mejor garanticen la protección de los derechos familiares de los menores involucrados...". Además se destacó: "... En el sub lite el a quo omitió fijar el plazo de las medidas adoptadas en su sentencia; por tanto, en esta instancia hemos de suplir tal omisión y establecer el alcance de las medidas conforme al Art. 76 y 77 L.Pr...". En la parte resolutive de la citada sentencia consta: "(...) D) Tanto las medidas de carácter personal como patrimonial adoptadas por el juez

en su sentencia, así como las establecidas conforme a la de esta Cámara tendrán vigencia por el período de seis meses contados a partir de la notificación de esta sentencia...”.

Asimismo, en resolución referencia 186-A-2002, del día quince de enero de dos mil tres, dicho Tribunal dispuso que en el caso: “... la jueza no debió dejar las medidas impuestas en forma indefinida, pues tal situación podría llevar a la violación de derechos constitucionalmente tutelados, en tanto que no existe seguridad jurídica para la persona a la cual se le imponen las medidas. Es por ello que el plazo prudencial para la vigencia de las medidas de protección en ese caso, se fijará en seis meses, contado a partir de la notificación de esa sentencia...”.

En la reforma al inciso segundo del Art. 23 L.C.V.I., se establece: “... Las medidas de protección se mantendrán vigentes no obstante se inicie el procedimiento penal en caso de delito y el Tribunal de Paz o de Familia deberá darle el seguimiento correspondiente...”. Si el hecho denunciado resulta ser constitutivo de delito, los juzgadores están en la obligación de suspender el proceso iniciado conforme a las disposiciones establecidas en la Ley, e informar inmediatamente a la Fiscalía General de la República para que inicien la investigación correspondiente, no obstante, las medidas dictadas a favor de la víctima continuarán vigentes, pues se decretaron con la finalidad de brindarle la protección requerida y por tanto se mantienen por el plazo acordado en la resolución emitida, quedando pendiente el control de las mismas.

#### **4.3 Las medidas cautelares adoptadas inaudita partes, ¿vulneran principios procesales?.**

Se ha reconocido que la adopción de una medida sin escuchar la opinión del denunciado, no vulnera los principios de bilateralidad, contradicción y defensa. Con el procedimiento establecido en la L.C.V.I., se pretende en primer lugar brindar una pronta protección a las víctimas a través de la adopción de medidas y luego se le brinda al denunciado la posibilidad de contradecir los hechos y presentar los medios de prueba que considere pertinentes en las audiencias que posteriormente se señalarán.

En la doctrina se establece que: “... en los trámites previos a la traba de una medida precautoria no siempre procede dar intervención al eventual afectado cuando la gravedad de los hechos indica que aquellas se deben sustanciar inaudita pars...”<sup>101</sup>.

Respecto al derecho de defensa, podría considerarse que la actuación judicial por medio de la cual se fijen medidas de protección en contra de una persona, basadas únicamente en una mera sospecha y sin brindarle la oportunidad al denunciado de ejercer previamente su defensa material y técnica, vulneran el principio constitucional regulado en el Art. 12. Sin embargo, debe resaltarse nuevamente que en materia de violencia familiar es necesario brindar urgentemente protección a las personas agredidas, basadas en la importancia del bien jurídico que se protege, ya que los actos de violencia en el hogar atentan contra la dignidad de las personas al provocarles no sólo el sufrimiento físico y

<sup>101</sup>Medina Graciela. Ob. Cit. , p. 174.

psíquico, sino además sentimientos de dolor, indignación, vergüenza e inferioridad respecto del agresor. El hecho que se impongan medidas de protección, no significa que se va a limitar la oportunidad que debe concederse a la persona denunciada, de conocer los hechos que se le atribuyen, así como los medios de prueba ofrecidos en su contra para que tenga la posibilidad de contradecirlos y ejercer la defensa oportuna a su favor.

La jurisprudencia de la Cámara de Familia en razón a la posibilidad de decretar las medidas inaudita partes, ha reconocido que a fin de garantizar la vida, integridad y dignidad de los miembros de la familia, así como el derecho a una vida libre de violencia, la Ley faculta a los jueces de familia y de paz a establecer las medidas que estime convenientes, aún sin que se haya tenido presente previamente la opinión del denunciado. Así, consta en sentencia de apelación emitida el día dieciocho de diciembre de dos mil, bajo referencia 115-A-2000, que al acudirse ante la instancia judicial solicitando medidas de protección, los jueces tienen la facultad de decretarlas oportunamente, considerando la gravedad de los hechos y la forma en que se ha venido desarrollando la relación violenta, estipulando el lugar, la hora, el día y las personas que presenciaron las agresiones. Asimismo se menciona que la facultad de imponer medidas está limitada por los principios de lealtad, probidad y buena fe, ya que en ningún momento se debe beneficiar a sólo una de las partes.

En la resolución de amparo referencia 265-2000 del once de septiembre de dos mil uno, se estableció: "... adopción ab initio de un mecanismo jurídico procesal tendente a permitir el eficaz funcionamiento de la justicia no supone per se la trasgresión de los derechos o categorías jurídicas de carácter constitucional de la contraparte, pues por su especial naturaleza no presenta los atributos para ser considerado como un acto privativo o lesivo de la esfera jurídica de la parte legitimada pasivamente en el proceso, sino que aparece como una providencia indispensable para conservar incólume la situación jurídica controvertida, procurando así lograr la plena ejecución del eventual fallo estimatorio (...)

En el presente caso, de la documentación que corre agregada al proceso se advierte que el acto impugnado consiste en la adopción de medidas cautelares, especialmente aquella a través de la cual se decide sobre la guarda y cuidado personal del menor de edad. Al respecto, el artículo 7 de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar señala diversas medidas de protección que pueden ser adoptadas en los procesos de violencia sin que se requiera para ello de una audiencia para las partes, pues las mismas únicamente tienen por objeto garantizar el resultado de la sentencia que decida el caso en discusión más nunca privar de derechos a las partes en conflicto...".

De lo anteriormente señalado, es importante destacar que la emisión de una medida de protección no constituye por sí misma una presunción contraria a los intereses del denunciado, pues se prevé en la tramitación del proceso la posibilidad de actuar en su defensa. Además, debe garantizársele los derechos y garantías procesales que informan todo tipo de juicios. Así tiene derecho a ser oído; a conocer los hechos que se le atribuyen; los medios de prueba ofrecidos por la parte denunciante, y a alegar en audiencia preliminar la falsedad de la denuncia, así como impugnar o ampliar la prueba ofrecida, pudiendo ejercer

plenamente todos sus derechos en la audiencia pública que se celebrará a efectos de acreditar los hechos de violencia denunciados.

#### 4.4 Clasificación de las medidas de protección.

En cuanto a la diferencia advertida entre las medidas cautelares y las de protección, se cree que las primeras corresponden a la facultad otorgada a los jueces de paz conforme a los artículos 206 literal B y 124 de la Ley Procesal de Familia; mientras que las segundas, corresponden a las enunciadas en los Art. 130 del mismo cuerpo normativo y las del Art. 7 de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar<sup>102</sup>.

Los magistrados de la Cámara de Familia mencionada, el día veintiuno de febrero de dos mil uno, mediante resolución de referencia 11-IH-2000, establecieron que confrontando la doctrina sobre medidas cautelares y lo prescrito en los Arts. 124 y 130 de la Ley Procesal de Familia, estiman: "... que ambas disposiciones legales contienen medidas cautelares tanto de carácter personal como patrimonial; aunque usualmente la denominación "medidas de protección" se utiliza en referencia a las medidas cautelares sobre las personas, es decir, aquellas que pretenden asegurar la integridad física o moral de los individuos, eso no significa que tales medidas no sean cautelares (...) Concluyendo que las medidas cautelares constituyen el género y las de protección una especie del mismo...".

Bajo la referencia número 1441 Ca.Fam.S.S.IX, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, con fecha veintiuno de enero de dos mil dos, resolvió el recurso de casación planteado por la inconformidad de la adecuación de una solicitud de medidas cautelares al procedimiento de violencia intrafamiliar, que llevó al juez a decretar en sentencia la medida del "abandono del hogar" por los demandados. En el contenido de la resolución se refiere: "...Que la Ley Procesal de Familia ha incluido un moderno sistema de medidas cautelares de orden patrimonial y extrapatrimonial, coexistiendo en consecuencia las medidas cautelares genéricas en los Arts. 75 a 77 LPrF y las de protección o relativas a las personas en los Arts. 130 de la LPrF. Y 7 de la LCVI...". Que los jueces están autorizados a decretar las medidas de protección que estimen convenientes y adecuadas a cada caso, pues en función al bien jurídico que se pretende tutelar y a la realidad que impera en cada proceso, debe entenderse que la clasificación de las medidas cautelares es eminentemente enumerativa, y que con el señalamiento expreso que se hace tanto en la Ley Procesal de Familia como en la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, no se agota la extensa gama de posibilidades de protección que puede brindarse a favor de las víctimas.

La clasificación de las medidas de protección reguladas en la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar es enunciativa, lo que se colige del contenido del Art. 7 literal n de la mencionada Ley, pues determina la posibilidad de decretar cualquier otra medida prevista en el ordenamiento familiar, siempre y cuando la misma, sea oportuna para el caso ventilado y que con su contenido se brinde la protección solicitada.

Las medidas cautelares o de protección pueden clasificarse de

<sup>102</sup> Debe diferenciarse entre la posibilidad de decretar una medida cautelar conforme al Art. 206 Lit B de la LPrF., y las que se emitan conforme a los procedimientos de violencia intrafamiliar, pues cada una corresponde a un proceso distinto. Lo que se pretende esclarecer en este punto, es el amplio catálogo de medidas que puede aplicar un juez en los casos de violencia doméstica, integrando las enunciadas en el Art. 7 L.C.V.I. y las reguladas en diversas disposiciones de la Ley Procesal de Familia.

la manera siguiente<sup>103</sup>:

**1. De carácter patrimonial:** aquellas que tienen por objeto la tutela de la integridad o valor económico de los bienes. En la doctrina se incluyen entre éstas: fijación de una pensión para la carga del matrimonio y alimentos de los hijos; medidas relativas a la conservación, administración y futura liquidación del patrimonio común; prohibición de realizar actos de disposición de los bienes comunes; atribución de la administración de los bienes comunes a uno u otro cónyuge; administración de acciones o participaciones sociales; administración de los negocios familiares, entre otras<sup>104</sup>.

**2. De naturaleza personal:** son las medidas que tienen por objeto la tutela de la integridad física o moral de las personas y la satisfacción de sus necesidades urgentes. Entre ellas se reconocen: la atribución de la guarda y cuidado personal de los hijos menores o incapaces a uno de los cónyuges. El establecimiento de un régimen de visitas a favor del denunciado. Atribución de la vivienda familiar a favor de los menores de edad y de la persona con menos capacidad para satisfacer sus necesidades básicas.

Asimismo se han reconocido dentro de las clasificaciones de las medidas de protección aquellas que no buscan proteger directamente a las partes involucradas en los casos, sino a terceros ajenos - procesalmente hablando-, pero que de una u otra manera son afectados por los actos agresivos que se desarrollan en la familia. Ejemplo: las medidas de protección que conceden provisionalmente la guarda y cuidado personal de los menores de edad, la violencia en el hogar pueda que no se esté ejerciendo directamente en su contra, por lo que al determinarse medidas a favor de la víctima que ha denunciado los abusos, también se deben conceder algunas a favor de los menores.

Para justificar la adopción de medidas ya sean de naturaleza personal o patrimonial, cuando han sido solicitadas previamente a la iniciación de los procesos legalmente establecidos para cada situación, es indispensable que se demuestre la existencia de la urgencia y necesidad que ponen en evidente peligro a la víctima y su núcleo familiar o que se deduzca la situación de riesgo a la que constantemente son sometidos.

En el citado Art. 7 de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar se han enunciado las medidas siguientes:

**a) Orden judicial a la persona agresora de abstenerse de hostigar, perseguir, intimidar, amenazar o realizar otras formas de maltrato en contra de las víctimas de violencia o de cualquier otra persona del grupo familiar que comparte o no la misma vivienda;**

La sentencia de apelación referencia 11-IH-2000, del día uno de marzo de dos mil uno, respecto a la imposición de una medida de abstención librada por un juez de familia, de conformidad al literal a del

<sup>103</sup> Kiermanovich, Jorge L. "Procesos de Familia", p. 34.

<sup>104</sup> González del Pozo, Juan Pablo. Ob. Cit. Págs. 168 y s.

Art. 7 de la Ley contra la Violencia, ha sido estimada como justa y legal, en virtud que se adoptó con la finalidad de evitar que se cometieran perjuicios físicos o psíquicos en contra del núcleo familiar. Al respecto se estableció: "...que la orden de abstención implica una conducta elemental de respeto a la integridad física y moral de otro ser humano, así como una regla básica de comportamiento social; lo que significa que todos estamos obligados a su acatamiento, para una armoniosa convivencia familiar, laboral, social, etc., y que su incumplimiento origina sanciones de diversa índole..."

**b) Orden judicial a las personas intervinientes en los hechos de violencia denunciados de abstenerse de realizar actos de hostigamiento, intimidación, provocación, amenaza u otros semejantes, que puedan dar lugar o propicien la violencia intrafamiliar y las demás que señala la Ley Procesal de Familia;**

Consideramos que las descritas, son similares a las estipuladas en el literal "A" del artículo en comento, no obstante ello, por el ciclo de la violencia familiar que se desarrolla en las relaciones de familia, es que se regula dentro de las medidas de protección la obligación de abstenerse de provocar al agresor a cometer cualquier acción violenta en su contra. Pues, en muchos de los casos, se ha resuelto que la violencia cometida es atribuible a las dos partes, quienes según la prueba recibida en el proceso, han participado de alguna u otra manera activamente en las agresiones denunciadas, he allí la importancia de no realizar las acciones descritas en el presente literal.

**c) Prohibir a la persona agresora amenazar a la víctima tanto en el ámbito privado como en el ámbito público;**

La prohibición de amenazar a las víctimas por parte de la persona agresora debe entenderse en el sentido que las mismas no sean constitutivas del delito de amenazas ni de coacción, sino que a través de acciones como las prohibidas la persona denunciada somete a violencia psicológica a la víctima, a quién se le afecta su dignidad personal con ese tipo de agresiones.

En ese sentido existe una sentencia definitiva emitida por una jueza de familia, en la que impuso la medida contemplada en el presente literal, aclarándoles a las partes que dicha prohibición, se refiere también a la práctica de comentarios que atenten contra la dignidad de cada uno de los miembros de la familia, realizados con otros miembros del grupo familiar, vecinos, amigos y conocidos, que puedan implicar desprestigio social, laboral o de otra índole de cualquier miembro del grupo familiar.

**d) Prohibir a la persona agresora ingerir bebidas alcohólicas, estupeficientes, alucinógenos o sustancias que generen dependencia física o psíquica a juicio prudencial del juez o jueza;**

Las medidas de protección que obliguen a las personas a abstenerse de consumir cualquier tipo de sustancias alcohólicas o psicotrópicas que produzcan adicción, consideramos que deben ser acompañadas de la obligación de incorporarse a grupos de asistencia o apoyo que les permita someterse a un proceso de desintoxicación, pues por si mismas difícilmente darán los resultados esperados; es decir,

ante la mera obligatoriedad de no consumir, las personas se enfrentarán a una serie de tentaciones que les impedirán el cumplimiento de la medida, aunque en la audiencia se reconozca el problema y se comprometa a dejar las bebidas o sustancias, ya que las mismas crean una fuerte adicción.

En relación con la imposición de medidas que conlleven la asistencia del agresor, la víctima y los demás miembros del grupo familiar afectados a tratamientos terapéuticos, se ha establecido un sector de la doctrina que dicha disposición se limita a instar a las partes a asistir a programas educativos o terapéuticos y que las resoluciones son simples propuestas carentes de obligatoriedad, por mediar en la misma, cierto grado de voluntariedad de las personas sometidas a esas medidas. Mientras que otros doctrinarios son de la opinión que la orden judicial de asistir a grupos de apoyo o tratamientos psicológicos debe ser acatada por la persona a quien se dirige el cumplimiento de la medida, por ser una orden judicial, aunque se reconozca que si no media cierto grado de aceptación del obligado, las terapias no darán los resultados deseados.

Analizamos una sentencia de la Cámara de Familia de San Salvador, por medio de la cual se modificó la medida ordenada por un juez de paz, referente a la abstención de ingerir bebidas alcohólicas, en el sentido que el denunciado deberá abstenerse de ingerir ese tipo de bebidas en los días y horas señalados para el cumplimiento del régimen de visitas, relaciones y trato establecido a su favor<sup>105</sup>. Sin embargo, en la citada resolución no se fundamentan las razones en base a las cuales los juzgadores decidieron modificar la medida impuesta, pues únicamente hacen alusión a la modificación realizada sin justificar las razones que consideraron.

**e) Orden judicial a la persona agresora para que salga inmediatamente del domicilio común. Si se resiste se auxiliará de la Policía Nacional Civil;**

La exclusión de la vivienda del denunciado o la inclusión de las víctimas del maltrato debe amparar como todas las normas de protección de la vivienda familiar, a la persona que se encuentra en condiciones de desventaja respecto a la posibilidad de conseguir un albergue, además, que se trata primordialmente de favorecer al núcleo integrado por el progenitor que velara por los hijos que tengan en común con el presunto agresor(a)<sup>106</sup>. Con estas medidas lo que se pretende es salvaguardar la integridad física, psicológica, sexual y emocional de uno de los miembros de la pareja o de cualquier otra persona del núcleo familiar que está siendo objeto de abusos. Corresponde considerar los medios económicos y laborales con los que cuentan las personas involucradas para excluir del hogar al que se le haga más fácil encontrar otro sitio donde residir sin causarle un perjuicio grave. Al excluirse una persona del seno familiar, también se tendrán que dictar otras medidas cautelares, por medio de las cuales, se determine un régimen de visitas, para mantener las relaciones parentales con los hijos comunes, siempre y cuando las mismas no signifiquen un riesgo actual y latente que pueda llegar a perjudicar a los niños y; además, se deberá fijar una cuota alimenticia a favor de las personas dependientes, pues al excluirlo del hogar puede asumir una actitud omisiva respecto a las obligaciones económicas que

<sup>105</sup> Sentencia de apelación referencia número 41-A-2002, de fecha 18 de junio, de 2002.  
<sup>106</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aida. "Algunos aspectos procesales en leyes de violencia familiar", p. 30.

debe satisfacer.

En igual sentido Graciela Medina, resalta la necesidad de amparar a las personas que se encuentren en condiciones más desfavorables para conseguir adonde vivir y aunque el bien sea propiedad del denunciado o de una tercera persona, por estar la medida limitada a un período determinado no violenta la propiedad del inmueble. Reconoce: "...El derecho de propiedad cede temporalmente frente a la necesidad de proteger un derecho constitucional más importante, como es el interés superior del menor..."<sup>107</sup>. Con estas medidas en ningún momento se afecta el derecho de propiedad, si la vivienda común pertenece al denunciado, pues el plazo de duración de las medidas es provisional y al concederse el uso del inmueble a favor de las víctimas y los hijos que tengan en común, se persigue protegerlos ampliamente de las acciones agresivas a las que son sometidos. Además, la resolución no permite a la parte beneficiada realizar ningún acto de disposición sobre el inmueble, sino solamente habitarlo y residir juntamente con los demás favorecidos.

En la jurisprudencia nacional se impugnó por medio del recurso de casación, resolución judicial emitida por un juzgado de paz y confirmada por la Cámara de Familia, a través de la cual se decretó como medida cautelar "el abandono del hogar común", argumentando el impetrante que la medida adoptada es atípica y violatoria del principio procesal de legalidad, por cuanto no existe una norma vigente en el ordenamiento jurídico salvadoreño que regule la posibilidad de imponer ese tipo de medidas. En opinión de la Sala se estableció: "... que la exclusión del hogar muchas veces se vuelve necesaria en aras de poner fin a los daños que sufra algunos de los integrantes de la familia, entendida ésta en sentido amplio, es decir, a la familia extensa y no sólo la nuclear. (...) Que la adopción de medidas cautelares atípicas no falta al principio de legalidad, ni constituye un error del juzgador, cuando se trata de una respuesta jurisdiccional para enfrentar los hechos de violencia del cual es objeto un miembro de la familia (...) Los jueces están autorizados para decretar las medidas de protección personal que estimen convenientes y adecuadas al caso concreto y por el lapso que entiendan necesario (Arts. 6 Lit.d L.Pr.F. y 44 L.C.V.I.)"<sup>108</sup>.

En cuanto a la posibilidad de incluir en la vivienda común a la víctima de la violencia doméstica y a los menores de edad perjudicados directa o indirectamente, en la doctrina se reconoce con la finalidad primordial de evitar una doble victimización, en el sentido que al concederles el uso de la vivienda familiar, se les permite continuar desarrollando sus actividades normales, y con ello se evita poner en una situación de desamparo material a una persona que ha estado sometida a actos abusivos en su contra, en algunos casos por la dependencia económica que el agresor mantiene sobre los demás familiares o por la dominación emocional que se ha sostenido.

La mera pretensión de recuperar el uso de la vivienda familiar se tiene que ventilar en el procedimiento legalmente establecido para ello, pues con los casos de violencia intrafamiliar, la procedencia de medidas de protección se fundamenta en la existencia de hechos violentos o en el riesgo que se produzcan nuevas acciones en contra de la víctima, siendo imposible justificar la exclusión o inclusión del hogar familiar si

<sup>107</sup>Medina Graciela. Ob. Cit., p. 207.

<sup>108</sup>Sentencia de casación civil de fecha 21 de enero de 2002, referencia N° 1441 Ca.Fam.S.S.

no han existido agresiones de cualquier tipo entre los involucrados.

**f) Fijarle a la persona agredida si así lo solicita, un domicilio diferente del común, que la proteja de agresiones futuras;**

Esta medida se enfrenta con la imposibilidad material de la ausencia de casas de albergue que fueron ideadas para brindarles un mecanismo de protección real a las víctimas de violencia familiar en el momento en que se encuentran desprotegidas, para brindarles asistencia en momentos de crisis y contribuir con la prevención de nuevos actos agresivos que menoscaban su dignidad personal.

Algunas instituciones no gubernamentales cuentan con programas de asistencia en crisis para las mujeres que han sido lesionadas física, sexual o psicológicamente, pero el apoyo que brindan es limitado por la falta de recursos, teniendo que enfrentarse nuevamente la víctima a su agresor.

**g) Orden judicial de allanamiento de morada, cuando por violencia intrafamiliar se arriesgue gravemente la integridad física, sexual, psicológica y patrimonial de cualquiera de sus habitantes;**

Consideramos poco efectivo la posibilidad de librar una orden de allanamiento de morada a través de una medida de protección. En nuestra Constitución se garantiza en el Art. 20 la inviolabilidad de morada, previniéndose los casos en que se podrá ingresar a ella, cuando exista consentimiento de los habitantes, por mandato judicial, por flagrante delito o peligro eminente de su perpetración o por grave riesgo de las personas. En ese sentido, si se está cometiendo un hecho delictivo el ingreso a la vivienda está constitucionalmente permitido a fin de evitar los resultados del mismo. En el caso que se requiera orden judicial, ¿será procedente dictarla a través de una medida de protección? La normativa penal a partir del artículo 173 del Código Procesal Penal<sup>103</sup>, regula la facultad judicial de emitir ordenes de registro con prevención de allanamiento, en los casos en que existan en la habitación objetos relacionados con un hecho delictivo, o cuando se pueda efectuar la privación de libertad de un sospechoso o de un imputado. Consideramos que no es conveniente que a través de una medida cautelar se emitan ordenes de allanamiento, opinamos que dicha orden no constituye en si misma una medida de protección.

**h) Suspender a la persona agresora el permiso para portar armas, mientras estén vigentes las medidas de protección y ordenar el decomiso de las armas que posee;**

La suspensión de la autorización concedida al agresor para la portación de armas de fuego, puede ser emitida por medio de la actuación judicial en aquellos casos en los que la víctima refiere que constantemente se ve sometida a las agresiones y a la voluntad del denunciado, por medio de la utilización de armas de fuego, pues en este punto, debe resaltarse la necesidad de valorar los hechos denunciados y todas las circunstancias que lo rodearon, a fin de determinar las medidas de protección más adecuadas a cada caso.

Existirán ocasiones en que la portación de armas de fuego es

<sup>103</sup>Decreto Legislativo No. 904 de fecha cuatro de diciembre de 1996. Publicado en el Diario Oficial No.11, Tomo 334, de fecha 20 de enero de 1997.

necesaria para el desempeño laboral del denunciado, por ejemplo si se trata de un policía o un agente de seguridad privado, casos en los cuales, no puede dejarse desprotegida a la víctima, pero también debe considerarse el perjuicio que se puede ocasionar al denunciado, en ese sentido los juzgadores están en la obligación de hacer un juicio de ponderación respecto a la necesidad de proteger a la víctima de los abusos denunciados y a la posibilidad de limitar los derechos del agredido, a través de la imposición de una medida cautelar.

**i) Suspenderle provisionalmente a la persona agresora, el cuidado personal, la guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas menores de edad y sus derechos de visita a éstos en caso de agresión;**

Respecto a este tipo de medidas se deberán valorar aspectos personales del denunciado y denunciante en relación con el desarrollo físico y psicológico de los hijos que tengan en común. Así, a través de los estudios técnicos correspondientes se deberá establecer la dedicación que cada uno de los cónyuges pone al cuidado de los menores. La voluntad que se exterioriza en la ejecución de las diversas actividades que componen la crianza y cuidado personal de un niño. Las condiciones laborales de cada uno, respecto al tiempo libre que disponen y los ingresos económicos que perciben, para evaluar quién es la persona idónea para asumir los deberes del cuidado y educación. Se debe buscar mantener al menor en las mismas o semejantes condiciones a las que está acostumbrado, por ejemplo no cambiarlo de ciudad, escuela, de ser posible mantener el mismo lugar de residencia, entre otras. Es un derecho-deber de los padres involucrarse en el desarrollo de las actividades de sus hijos, así como mantener una comunicación constante con ellos si la medida no afecta su normal desenvolvimiento<sup>110</sup>.

En la resolución de referencia 107-A-2000, del veinte de noviembre de dos mil, consta: "...Consideramos que debe mantenerse el statu quo, en aplicación del principio que prescribe que los menores deben permanecer en el entorno familiar en que se encuentran mientras se resuelve en el proceso pertinente lo más beneficioso (...) Estimamos que los niños deberán continuar al cuidado del padre porque se encuentran en condiciones ambientales y familiares que no suponen peligro eminente para ellos, no se probaron hechos de violencia contra éstos y según el Equipo Multidisciplinario del Juzgado se encuentran satisfechos de vivir al lado de su padre, ambos identifican la vivienda como propia y el Juez a quo escucho la opinión de ellos y estimó que era lo más conveniente (...) La madre no se encuentra en condiciones apropiadas para que se le confiera el cuidado personal de sus hijos, no se encuentra empleada, depende económicamente de su actual compañero de vida, quién no desea que ella asuma demasiadas responsabilidades (...) La medida tendrá vigencia hasta que los padres se reconcilien, acuerden quién ejercerá el cuidado personal o inicien el proceso pertinente para resolver la controversia..."

**Régimen de visitas.** Los padres que son afectados con la medida de protección a través de la cual se confiere el cuidado personal

<sup>110</sup>González del Pozo, Juan Pablo. Ob. Cit., Págs. 166 y s.

de los menores, tiene derecho a solicitar que se determine régimen de visita para mantener contacto directo con sus hijos, siempre y cuando el mantenimiento de la relación familiar no sea lesivo para el normal desarrollo de los niños, ni ponga en peligro su estabilidad física y emocional. Es un derecho de los hijos y de los padres compartir su tiempo libre, ya que solamente con la convivencia mutua y continua se fortalecen los lazos afectivos que caracterizan las relaciones parentales.

Deben considerarse los períodos en los que se mantendrá el régimen, tomando en cuenta los días normales utilizados para el desarrollo laboral y educativo, los días festivos, períodos de vacaciones tanto del menor como del padre, fines de semana y otros. Se debe establecer la posibilidad de variar las condiciones adoptadas en los casos en que se desarrollen situaciones anormales como la presencia de una enfermedad del niño, el cambio de domicilio del padre por razones laborales, entre otras.

En la sentencia marcada bajo la referencia 41-A-2002, del día dieciocho de junio de dos mil dos, la Cámara de Familia valoró que mientras no se acredite en los procesos ventilados que las relaciones de los menores con la persona que ha sido denunciada por la comisión de violencia, es imposible restringir el derecho – deber que tienen padres e hijos de relacionarse entre sí, así como con los demás miembros de la familia. Se hace la salvedad que el régimen de visitas no debe interferir con el horario de descanso de los menores, ni con las horas dedicadas a las actividades educativas, debiéndose coordinar los padres previamente los horarios de visitas.

En igual sentido se estableció que por estar el menor bajo el cuidado de la madre, tiene derecho a que se determine régimen de visitas a favor de su padre, quién deberá presentarse únicamente los días convenidos previamente para la visita y en estado de sobriedad, guardando las consideraciones y el respeto debido a la denunciante y a su núcleo familiar<sup>III</sup>.

**j) Prohibir el acceso de la persona agresora al domicilio permanente o temporal de la persona agredida, y a su lugar de trabajo o estudio;**

Respecto a este tipo de medidas, consta la resolución de un proceso de amparo resuelto bajo la referencia 79-98, de fecha 10 de marzo de 1997. Se impugnó la actuación judicial realizada por un juez de paz, alegó la vulneración del derecho de propiedad y de audiencia consagrados en la Constitución, por habersele impuesto la prohibición del acceso al domicilio de forma permanente o temporal. Al respecto, se resolvió sobreseer definitivamente la pretensión planteada, porque la resolución judicial fue otorgada a fin de asegurar la eficacia de la protección necesaria para garantizar la integridad y dignidad de las víctimas de la violencia intrafamiliar. La medida no constituyó la imposición de una sanción previa al juzgamiento, pues únicamente se utilizó como instrumento de protección.

La prohibición dirigida en contra del denunciado respecto a la imposibilidad de acercarse al domicilio de la víctima, así como a su lugar de trabajo o estudio, va encaminada a limitar los casos en que se pretenda

---

<sup>III</sup>Sentencia de apelación referencia N° 135-A-2002, de fecha veintitrés de septiembre de dos mil dos.

entablar algún tipo de contacto, sin que la misma por sí sola obstruya o impida al afectado, el desempeño de sus actividades laborales, sociales, religiosas, entre otras.

**k) Establecer una cuota alimenticia provisional; una vez fijada de oficio se procederá a su ejecución;**

Según el Art. 247 C.F. "...Son alimentos las prestaciones que permiten satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación del alimentario...". En la doctrina se ha ampliado el concepto incluyendo como gastos extraordinarios los siguientes: a) los derivados de la educación o instrucción del beneficiario; b) gastos médicos urgentes; c) sepelio del beneficiario; d) cobro del subsidio prenatal y de lactancia; e) gastos por terapia, o atención especializada, en casos de abuso sexual o violencia doméstica<sup>112</sup>. La obligación alimentaria es uno de los efectos del parentesco, su incumplimiento es generador de violencia intrafamiliar<sup>113</sup>.

En el Art. 248 C. F., se establece que los sujetos obligados a satisfacer las necesidades alimenticias son: los cónyuges, ascendientes, descendientes, hasta el segundo grado de consanguinidad y los hermanos. Mientras las relaciones de pareja se desarrollen normalmente ambos padres comparten la obligación de satisfacer los gastos necesarios para la crianza de los hijos. Las mujeres embarazadas podrán requerir una cuota alimenticia durante el período de gestación y los tres meses siguientes al parto (Art. 249 C.F.). Las características de ésta obligación son: - Es una obligación recíproca, el que da alimentos también está facultado a pedirlos en caso de necesitarlos; - Es personalísima, dependiendo exclusivamente de las circunstancias del acreedor y del obligado; - Es intransferible; - Es inembargable; - Imprescriptible; - Proporcional, es decir dependerán de la capacidad económica del obligado y de las necesidades de quién los ha solicitado; y - Preferentes respecto a otras obligaciones patrimoniales<sup>114</sup>.

Que se dicte esta clase de medidas en los procesos de violencia familiar ha sido aceptado en la doctrina, por fundamentarse en la necesidad actual de afrontar los gastos imprescindibles hasta tanto se inicie y diligencie el proceso familiar para la determinación de una pensión alimentaria a favor de la persona necesitada. La cuota alimenticia se fija conjuntamente con otras medidas de protección mediante las que se dispone el cuidado personal de los menores de edad, así como la asignación del uso provisional de la vivienda familiar o la exclusión del presunto agresor(a). En ese sentido se ha estipulado que: "los alimentos no pueden constituir, en el marco de la Ley de Violencia Familiar una medida exclusiva y autónoma, por cuanto para ello existe un procedimiento especial, sino como otra medida complementaria a las tomadas por el juez"<sup>115</sup>.

Los presupuestos de admisibilidad -verosimilitud del derecho y peligro en la demora- se coligen del título en virtud del cual se reclaman los alimentos y de la necesidad que se aspira satisfacer. El juez debe analizar un mínimo de elementos que le den pautas básicas para estimar

<sup>112</sup>Guevara Montes, Ricardo (Compilador). "Pensiones Alimentarias". Antología. Poder Judicial, Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia, San José Costa Rica, 1999, p. 14 y s.

<sup>113</sup>ibid., p. 17.

<sup>114</sup>ibid., p. 19 y s.

<sup>115</sup> Medina, Graciela. Ob. Cit., p. 228.

el monto de la pensión en relación con los ingresos de la persona obligada a satisfacerla<sup>116</sup>.

Respecto a los parámetros que se deben considerar para la determinación de la cuota, en la sentencia de apelación referencia 41-A-2002, del dieciocho de junio del dos mil dos, la Cámara de Familia de la Sección del Centro estableció que se debe tomar en cuenta las necesidades del alimentario, es decir los gastos que en concepto de sustento, vestuario, habitación, salud, etc., se satisfacen a favor de los menores (Art. 247 C.F). Además, la capacidad económica de los alimentantes, así como las obligaciones alimentarias que tengan con otras personas si las hubiere. En igual sentido, la sentencia de apelación referencia 27-A-99, del 16 de marzo de mil novecientos noventa y nueve, establece que al momento de determinarse una cuota alimenticia se deberán considerar los siguientes elementos: "... a) La relación de parentesco que habilita la reclamación – presentación de la partida de nacimiento, de matrimonio o cualquier otro medio – b) Los ingresos económicos del denunciado; c) La necesidad del solicitante; d) Las condiciones personales de ambos progenitores; e) cualquier otra obligación familiar que tenga que cumplir el alimentante...". En cuanto a la valoración de los ingresos económicos del demandado, se podrán acreditar mediante el análisis de los medios de prueba indiciaria o presuncional que resulte de la posición social, de las costumbres y en general de todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. En el caso que se solicite la asignación de una cuota a favor de un menor de edad, sólo se deberá acreditar el título o condición para satisfacer las necesidades básicas de los niños<sup>117</sup>.

Además, al establecerse mediante resolución judicial el cuidado personal de los menores de edad, la persona encargada no está en la obligación de aportar una cuota alimenticia fija, pues se entiende que en el desarrollo de las actividades irá satisfaciendo las necesidades básicas que vayan surgiendo, estando obligada ha administrar correctamente la pensión concedida, cuyo fin es contribuir con los gastos de los menores.

**I) Otorgar el uso exclusivo por un plazo determinado del menaje de la casa de habitación a la persona agredida. Deberán salvaguardarse especialmente la vivienda y el menaje amparados al régimen del patrimonio familiar;**

La vivienda es un bien al servicio del conjunto familiar, por tanto a fin de conceder su utilización a favor de una de las partes involucradas en el proceso, se debe considerar quién es la persona con mayores ventajas para adquirir otra vivienda, así como a quienes se les ha concedido la guarda y cuidado personal de los menores de edad, si los hubiere, pues ambos aspectos deben considerarse al momento de establecer provisionalmente el inmueble a favor de una de las partes. Los bienes que integran el menaje familiar son parte del uso ordinario de la familia, por lo que su utilización debe ser concedida en beneficio de los hijos y del padre o madre a quién quede la obligación de cuidar a los menores. Consta en la sentencia de apelación referencia 56-A-99, que de conformidad con el diccionario de derecho usual de Guillermo Cabanellas, debe entenderse por menaje familiar: "... los muebles y

<sup>116</sup>Kielmanovich, Jorge L.. "Procesos de Familia", p. 59.

<sup>117</sup>Sentencia de apelación emitida por la Cámara de Familia de la Sección del Centro bajo referencia 21-A-99 de fecha dos de marzo de 1999.

enseres de una casa. Las costumbres locales, los medios de fortuna de las partes y la voluntad de los contrayentes como Ley suprema en la materia, rigen los gastos del menaje que al novio o novia corresponden al instalar su vivienda conyugal...” (de fecha 30-7-99).

En la jurisprudencia de la Cámara de Familia de la Sección del Centro, respecto a la posibilidad de asignar el uso de la vivienda familiar, así como los bienes muebles necesarios para el desempeño de las actividades domésticas ordinarias se ha señalado que los juzgadores tienen que hacer una interpretación entre la facultad legal de imponer dicha medida y los principios rectores del derecho de familia, a fin de responder a las garantías normativas reguladas por la Constitución de la República y los Tratados Internacionales que buscan salvaguardar el interés superior de los menores de edad y de las personas que mantienen una relación de dominación. En ese sentido, se ha establecido lo siguiente: “... La concesión de la guarda y custodia de los hijos a uno de los cónyuges es determinante para otorgar el uso de la vivienda familiar (...) La asignación del inmueble que ha servido como vivienda familiar es independiente del titular del derecho de propiedad sobre el mismo y no importa la existencia de gravámenes, pues se deberán respetar los derechos de terceros a cuyo favor estuvieren inscritos dichos gravámenes...”<sup>118</sup>.

**m) Emitir una orden judicial de protección y auxilio policial dirigida a la autoridad de seguridad pública de su vecindario. La víctima portará copia de esta orden para que pueda acudir a la autoridad más cercana en caso de amenaza, de agresión fuera de su domicilio;**

La orden judicial se emite con la finalidad que la víctima cuente con la debida protección por parte de las instituciones policiales que se encuentran obligadas a brindarle oportunamente las medidas de seguridad ante actos violentos cometidos en su contra, así como de informar el incumplimiento de la orden judicial que se haya concedido en pro de los intereses de la denunciante; así, como de atender cualquier llamado de auxilio que la misma solicite.

Se debe reconocer que la Policía Nacional Civil juega un papel muy importante en la prevención de acciones violentas que pueden seguirse cometiendo en contra de los favorecidos con las medidas. Están en la obligación de llevar un control de las medidas de protección que se emitan a fin de brindar la ayuda necesaria si las mismas son incumplidas por el agresor ( Arts. 10 y 11 L.C.V.I.)

**n) Cualquier otra medida prevista en el ordenamiento familiar vigente.**

Adicionalmente de las medidas señaladas pueden decretarse las siguientes:

a) Tratamientos terapéuticos o asistencia a grupos de apoyo, tales como Alcohólicos Anónimos, de fármacos – dependientes, jugadores anónimos, otros (Arts. 28 Lit. f L.C.V.I. y 130 Lit.j L.Pr.F.).

b) La obligación de cancelar los gastos de mudanza de la familia, si a ellos hubiere lugar (Art. 130 Lit. h L.Pr.F).

<sup>118</sup> Sentencia de Apelación emitida por la Cámara de Familia de la Sección del Centro, en un proceso de divorcio interpuesto por la inconformidad de la medida de protección impuesta a favor de la demandante y sus hijos menores de edad, marcada bajo la referencia 55-A-99, de fecha 23-8-99.

c) La prestación de caución juratoria, obligándose a no incurrir en los mismos hechos ( Art. 130 Lit. i L. Pr. F.).

d) Imponer a la persona agresora, la obligación de pagar a la víctima el daño emergente de la conducta o comportamiento violento, como los casos de servicio de salud, precio de medicamentos, valor de bienes y demás gastos derivados de la violencia ejercida (Art. 28 Lit. e L.C.V.I.).

e) Así como cualquier otro tipo de medida que el juzgador estime necesarias para la protección de la familia (Art.76 L.Pr.F.).

Los jueces que colaboraron con las entrevistas realizadas durante el desarrollo de la investigación, mencionaron algunas de las medidas dispuestas en los procesos de violencia que han diligenciado que varían de las consideradas anteriormente, entre las que mencionaron: la incorporación del agresor a un centro educativo; el internamiento del agresor a un centro de desintoxicación de drogas; mandar a cortar un cerco que impedía el paso entre las viviendas.

Hemos considerado acertado indicar en este punto, las medidas cautelares que en otras legislaciones en contra de la violencia intrafamiliar se han regulado, a fin de señalar la diversidad de medidas a través de las cuales se puede brindar protección a las personas agredidas. En la Ley contra la Violencia Doméstica de Costa Rica, se destacan entre otras las medidas siguientes<sup>119</sup>:

- Disponer el embargo preventivo de los bienes del presunto agresor, por un plazo no mayor de tres meses, contado a partir de la fecha en que se ejecute la resolución que lo ordena.

- Levantar un inventario de los bienes muebles existentes en el núcleo habitacional, en particular el menaje de la casa u otros que le sirvan como medio de trabajo a la persona agredida.

- Ordenar al presunto agresor que se abstenga de interferir en el uso y disfrute de los instrumentos de trabajo de la persona agredida. Cuando ésta tenga sesenta años o más o sea discapacitada, el presunto agresor no deberá interferir en el uso y disfrute de instrumentos indispensables para que la víctima pueda valerse por sí misma o integrarse a la sociedad.

Asimismo, en la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar de Guatemala, se establecen entre las medidas, las siguientes<sup>120</sup>:

- Ordenar al presunto agresor, que se abstenga de interferir en el uso y disfrute de los instrumentos de trabajo de la persona agredida. Cuando esta tenga sesenta años o más, o sea discapacitada, el presunto agresor no deberá interferir en el uso y disfrute de los instrumentos indispensables para que la víctima pueda valerse por sí misma o integrarse a la sociedad.

- Ordenar al presunto agresor la reparación en dinero en efectivo de los daños ocasionados a la persona agredida, o a los bienes que le sean indispensables para continuar su vida normal. Se incluyen

<sup>119</sup>Decreto legislativo número 7586 del 25 de marzo de 1996.

<sup>120</sup>Decreto Legislativo número 97-96, de fecha 24 de octubre de 1996.

gastos de traslado, reparaciones a la propiedad, alojamiento y gastos médicos. El monto se hará efectivo en la forma y procedimiento que la autoridad judicial estime conveniente para garantizar que la misma sea cumplida.

En Colombia, los jueces podrán imponer entre las medidas de protección las siguientes: "... ordenará al agresor el pago, con sus propios recursos, de los daños ocasionados con su conducta, en los cuales se incluirán los gastos médicos, psicológicos y psiquiátricos; los que demande la reparación o reposición de los muebles o inmuebles averiados, y los ocasionados por el desplazamiento y alojamiento de la víctima si hubiere tenido que abandonar el hogar para protegerse de la violencia..."<sup>121</sup>.

### **5. Intervención de médicos forenses, psicólogos, trabajadores sociales y educadores.**

*"No es sólo el Derecho lo que abastece de razonabilidad a la función jurisdiccional". (Morello).*

Previo a comentar la intervención de los profesionales de áreas ajenas al derecho en el procedimiento de violencia intrafamiliar, hay que subrayar que el tratamiento de la violencia en la familia requiere la interdisciplina, debido a que el fenómeno de la violencia es "fragmentario" y puede obedecer a numerosas causas, tal como hemos señalado en el primer capítulo de este trabajo. Por tanto, si se pretende que la intervención judicial sea, en alguna medida, efectiva para prevenir y erradicar el problema, los operadores jurídicos deben auxiliarse de los conocimientos de otras ciencias.

En el procedimiento de violencia intrafamiliar la intervención de los peritos está prevista en un primer momento para la evaluación de la víctima y, si el juez lo considera necesario, también para la evaluación psicológica de la persona agresora (Art. 24).

Una vez recibido el dictamen pericial y si el hecho no constituye delito, el juez señala fecha y hora para celebrar la audiencia preliminar en el plazo de cinco días hábiles (Art. 26). A nuestro juicio, es necesario contar con los resultados de las evaluaciones periciales en esta etapa del procedimiento por dos razones: En primer lugar, para determinar la competencia en razón de la materia, ya que si el hecho constituye delito se continuará con el procedimiento únicamente para darle cumplimiento a las medidas impuestas y se certificará lo pertinente a la Fiscalía General de la República para que inicie el proceso penal correspondiente (Art. 25 Inc. 2<sup>o</sup>); y en segundo lugar, porque en la audiencia preliminar puede finalizar el procedimiento si la parte denunciada admite los hechos que se le atribuyen (Art. 28), y en ese supuesto, el juez debe decretar las medidas cautelares pertinentes para prevenir nuevos hechos de violencia, para lo cual serán muy útiles los estudios psicológicos, sociales, educativos y económicos de las personas involucradas en el conflicto.

En la doctrina<sup>122</sup> se ha reconocido que la labor desarrollada por los Equipos Técnicos adscritos a los juzgados resulta extraordinariamente útil al órgano jurisdiccional para decretar las medidas convenientes para

<sup>121</sup>Decreto Legislativo número 294, publicada el 19 de julio de 1996.

<sup>122</sup>Ganzenmüller Roig, C., y otros. Op. Cit., p. 183.

la prevención, seguimiento y control del agresor y de su concreta problemática familiar, pues ayudan a conocer y analizar personas y circunstancias que deben tenerse en cuenta a la hora de imponer una medida cautelar.

Graciela Medina<sup>123</sup> comenta que las leyes de protección contra la violencia familiar “... establecen en su gran mayoría que luego de adoptada la medida autosatisfactiva el juez deberá requerir un diagnóstico de interacción familiar efectuado por peritos de diversas disciplinas para determinar los daños físicos y/o psíquicos sufridos por la víctima, la situación de peligro y el medio social y ambiental de la familia (...). Este diagnóstico tiene como objeto acreditar la verosimilitud de los hechos denunciados a fin de instruir al juez acerca de las causas de los mismos y del tratamiento que resulte idóneo, tomando en cuenta la posible evolución que pueda tener...”.

Por otra parte, los psicólogos, trabajadores sociales y educadores intervienen en la ejecución y control de las medidas cautelares impuestas, principalmente en la que ordena la asistencia a programas terapéuticos (Art. 7 letra n y 33 L.C.V.I. en relación con el Art. 130 letra j L.Pr.F.).

## 6. Señalamiento y desarrollo de la audiencia preliminar.

Conforme al procedimiento señalado en la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, la audiencia preliminar debe celebrarse en el plazo de cinco días hábiles siguientes a la recepción de los dictámenes periciales (Art. 26).

A dicha audiencia deben comparecer personalmente las partes denunciante y denunciada, ya que la finalidad de la audiencia es, según el artículo 26 de la Ley, “conocer los hechos”. Por ello, el juez o la jueza que presida la audiencia deberá dar oportunidad a la parte denunciante para que reafirme, amplíe o modifique la denuncia. Posteriormente, deberá escuchar a la parte denunciada, quien se manifestará sobre los hechos que se le atribuyen, pudiendo allanarse o contradecirlos.

La comparecencia de las partes a las audiencias es obligatoria, la Ley faculta a los jueces para multar a los inasistentes e incluso para hacerlos comparecer por apremio (Arts. 8 y 35). Estas potestades se derivan del principio procesal de oficiosidad que obliga al juez a tramitar el procedimiento hasta su conclusión, una vez iniciado el mismo.

La audiencia preliminar es la primera oportunidad que tiene la parte denunciada para manifestarse sobre los hechos de violencia que se le atribuyen. Sobre la intervención del denunciado o denunciada, la Ley prevé dos posibilidades: que se allane a los hechos o que los niegue.

Respecto al allanamiento, en opinión de la Cámara de Familia de la Sección del Centro “... el legislador ha utilizado el término *allanarse en el sentido gramatical de aceptación de hechos y no ha dado a la expresión el sentido del allanamiento como concepto técnico jurídico, es decir, aceptación de hechos y derecho aplicable a las pretensiones planteadas; en el sentido que lo expresa el Art. 47 L.Pr.F., o como se conoce en la doctrina procesal...*” (Sentencia 21-A-2002 de las once horas y diez minutos del día once de abril de dos mil dos). En consecuencia, según el criterio del tribunal mencionado, es posible que

<sup>123</sup>Medina, Graciela. Op. Cit., Págs. 89 y 90.

la parte denunciada admita los hechos de violencia que se le atribuyen, lo que supone un allanamiento implícito, pero que no esté de acuerdo con las medidas que se le impongan en el fallo respectivo, es decir, que esté inconforme con las consecuencias de su admisión.

En el supuesto que el denunciado admita que ha ejercido violencia contra la parte denunciante, y en atención a los compromisos asumidos por el agresor y aceptados por la víctima, el juez o jueza resolverá en la audiencia preliminar tener por establecidos los hechos de violencia intrafamiliar denunciados y atribuirá la violencia a quien la hubiere generado. Además, se pronunciará sobre la vigencia de las medidas de protección que hubiere decretado anteriormente y podrá ordenar otras distintas, entre ellas la asistencia a terapias psicológicas, psiquiátricas o de otro tipo. Asimismo, podrá imponer a la persona agresora, la obligación de pagar a la víctima el daño emergente de la conducta o comportamiento violento (Art. 28).

En el supuesto que la parte denunciada contradiga los hechos que se le atribuyen, el juez o jueza señalará fecha para celebrar audiencia pública en la cual recibirá los medios de prueba ofrecidos por las partes (Art. 29).

Respecto a la oportunidad procesal para ofrecer pruebas en el procedimiento de violencia intrafamiliar, la Ley no determina expresamente esa etapa y debido a la naturaleza del procedimiento, que se caracteriza por su brevedad, sencillez y simplicidad de formas, no es conveniente aplicar supletoriamente lo previsto en la Ley Procesal de Familia, que regula un proceso en sentido estricto. Hay que recordar que en los procedimientos de violencia intrafamiliar, la ley no ha determinado la existencia de un proceso en el sentido clásico del término, por lo que el mecanismo instituido constituiría prima facie un trámite especial para que la víctima de la violencia pueda requerir y obtener el auxilio inmediato de la jurisdicción, para que cese el hecho dañoso<sup>124</sup>.

Sobre el tema la Cámara de Familia de la Sección del Centro sostiene que *"... la oportunidad procesal para que el denunciado ofrezca prueba de descargo, en vista de no aceptar la comisión de los hechos constitutivos de violencia intrafamiliar (en cualquiera de sus formas) ni haberse allanado a las pretensiones de la contraparte, no aparece expresamente determinada en la ley, por lo que debe entenderse que es en la audiencia preliminar el momento procesal en que se deben ofrecer los medios de prueba, en cuyo caso se recibirán en la audiencia pública. Arts. 27 Inc. 2º y 30 L.C.V.I. Excepcionalmente se ofrecerá y recibirán en la misma audiencia pública siempre y cuando ambas partes intervengan en igualdad de condiciones. Es la audiencia preliminar el momento en que el juez deberá interrogar al denunciado acerca de si tiene pruebas que aportar. En lo que a la víctima se refiere, los medios de prueba deben ofrecerse al momento de interponer la denuncia, o en su defecto en la misma audiencia preliminar, sin perjuicio de la prueba que de oficio deben recabar los jueces..."* (Sentencia 60-A-2002 de la ocho horas del día cinco de junio de dos mil dos)<sup>125</sup>.

<sup>124</sup> Lamberti, Silvio y Sánchez, Aurora. "Régimen jurídico de la violencia familiar". En Lamberti-Sánchez-Viar (Compiladores) y otros, "Violencia familiar y abuso sexual", Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 67.

<sup>125</sup> En igual sentido véase la sentencia 172-A-2002 de las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del día cinco de diciembre de dos mil dos.

Por otra parte, el tribunal mencionado sostiene que la audiencia preliminar es el momento procesal oportuno para que el juez o la jueza resuelva sobre la modificación de las medidas cautelares impuestas<sup>126</sup>, ya que en dicha audiencia, en virtud del principio de contradicción, oirá a ambas partes y por tanto, tendrá una visión más amplia de la situación. Asimismo, en ese momento contará con los resultados de los dictámenes periciales que le ilustrarán para resolver con mejor acierto. No obstante lo anterior, excepcionalmente las medidas cautelares podrán modificarse o dejarse sin efecto antes de la audiencia preliminar, siempre y cuando se acredite la necesidad de su modificación.

## 7. Formas anormales de terminación del proceso.

La Ley contra la Violencia Intrafamiliar no prevé los modos anormales de terminación del proceso, únicamente contempla la posibilidad de que el procedimiento termine en la audiencia preliminar cuando la parte denunciada acepta los hechos que se le atribuyen y ambas partes asumen compromisos con la finalidad de evitar nuevos hechos de violencia (Art. 28). No obstante, es bastante común, sobre todo en las relaciones de pareja, encontrar casos en los cuales la parte denunciante quiere “retirar la denuncia” y se niega a continuar con el procedimiento, o bien ambas partes manifiestan que han “arreglado el problema” y por ello consideran innecesario seguir con el procedimiento judicial.

Estas situaciones constituyen un verdadero desafío para los jueces y juezas, quienes deberán valorar en cada caso una serie de circunstancias particulares, ya que no es posible desconocer que para el eficaz trámite del procedimiento es necesario contar al menos con la voluntad de la parte denunciante, pero tampoco podemos ignorar que la persona afectada por la violencia está inmersa en un ciclo y que con probabilidad acudió a la instancia judicial después de un episodio grave de violencia, pero que al momento de “retirar la denuncia” o “querer conciliar sobre los hechos” se encuentra en la fase de “luna de miel”. Por lo anterior, nos referimos a la conciliación y al desistimiento como formas anormales de terminación del procedimiento de violencia intrafamiliar.

### 7.1 Conciliación.

Según Jaime Guasp<sup>127</sup> habrá conciliación en la medida en que los miembros de una relación conflictiva, adopten coincidentes declaraciones de voluntad tendientes a poner fin a esa controversia, sea para prevenir un litigio, sea para extinguir el que hubiere comenzado. Así, producido el acuerdo conciliatorio y homologado judicialmente, se crea un título ejecutivo y el acuerdo es inmodificable.

Respecto al contenido de la conciliación, ésta puede tener cualquier contenido negocial con la limitación que debe tratarse de derechos disponibles. Así lo establece el artículo 84 de la Ley Procesal de Familia que dice: “Las partes podrán conciliar en cualquier estado del proceso antes del fallo de primera instancia; también podrán transigir antes de que la sentencia definitiva quede ejecutoriada. En ambos

<sup>126</sup>Véase la sentencia 128-A-2000 de las quince horas del día veinte de febrero de dos mil uno.

<sup>127</sup>Citado por Fornaciari, Mario Alberto. “Modos anormales de terminación del proceso”. Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 115.

casos, siempre que no sea en menoscabo de los derechos que por su naturaleza son irrenunciables...”.

Esta limitación, es el argumento de mayor peso de quienes no admiten la conciliación como forma anormal de terminación del procedimiento, pues sostiene que en los casos de violencia intrafamiliar pueden resultar vulnerados derechos humanos indisponibles como el derecho a la vida, a la integridad física y psicológica, etc. Los argumentos en contra de la conciliación son fundamentalmente dos: a) La asimetría de poderes entre las partes, en el sentido que la víctima no tiene la capacidad de negociar que tiene el agresor, porque éste claramente ejerce poder sobre la víctima, lo que permite la manipulación y la coerción; y b) La imposibilidad de negociar derechos fundamentales.

En el informe “Violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe español 1990-2000: Balance de una década”, la consultora Elizabeth Guerrero Caviedes señala, entre las dificultades referidas a la aplicación de la ley, que la legislación en diversos países, entre ellos El Salvador, ha privilegiado la conciliación entre las partes, incluso fuera de la instancia judicial “... lo cual según Tamayo constituye una forma de descriminalización de la violencia familiar y desjudicialización de “asuntos” que no se consideran de la importancia suficiente como para poder acceder directamente al aparato judicial, vulnerando con ello el derecho al debido proceso. Si bien se señala que esta práctica ha permitido agilizar soluciones, en la mayoría de los casos no son soluciones que apunten a parar la violencia, sino que arreglos transitorios y riesgosos a los conflictos de violencia doméstica, sin pasar a la vía jurídica, la que supone retardación de justicia y costos económicos y psicológicos. Se corre a su vez el riesgo de que al no tener una intervención jurídica, la reincidencia de actos violentos se presente con mayor frecuencia...”<sup>128</sup>.

Las reformas a la Ley contra la Violencia Intrafamiliar<sup>129</sup>, de junio del año dos mil dos, han vedado de manera expresa la procedencia de la conciliación en este tipo de procedimientos (Art. 27 Inc. 3). Algunas personas objetan la reforma mencionada, argumentando que si existe la posibilidad de conciliar en el proceso penal el delito de violencia intrafamiliar, ya que es un delito menos grave (Arts. 18 y 200 C. Pn., 32 N° 6 Pr. Pn.), resulta desproporcionado que no se pueda conciliar en el procedimiento judicial de violencia intrafamiliar, que es de aplicación previa a la intervención de la jurisdicción penal. Asimismo, agregan que existe la posibilidad de conciliar en la instancia administrativa, según lo dispone la misma Ley contra la Violencia Intrafamiliar (Art. 16)<sup>130</sup>.

Sobre la conciliación del delito de violencia intrafamiliar es pertinente transcribir lo expuesto en la publicación Consultas N° 1 de la Escuela de Capacitación Judicial, en la que a la pregunta de si es conciliable el delito de violencia intrafamiliar se responde: “*Aunque a simple vista, de la relación entre los Arts. 32 N° 6 CPP y 18 y 200 C.Pn., pudiera afirmarse que sí. Debe profundizarse en la consideración sobre la naturaleza del bien jurídico tutelado, para deducir de ella la disponibilidad de la persecución penal en manos del “receptor” de la violencia típica. Con base en el Art. 32 Cn., se puede afirmar de manera concluyente que las relaciones familiares no son un bien jurídico de titularidad*

<sup>128</sup>Guerrero Caviedes, Elizabeth. Ob. Cit., p. 21.

<sup>129</sup>Decreto Legislativo N° 892 del veintisiete de junio de dos mil dos, publicado en el Diario Oficial N° 137, Tomo N° 356 del 24 de julio de 2002.

<sup>130</sup>En la propuesta para el Proyecto de reformas a la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, presentada por la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, se preveía conservar el mecanismo de la conciliación, pero con la diferencia que se incorporaba al procedimiento judicial, argumentándose que la natural desigualdad de poder entre las personas en conflicto en este tipo de hechos no basta para excluir en forma absoluta el uso de la misma, pues hay casos en que su empleo resulta la mejor manera de tratar el problema. La procedencia de la conciliación estaría sujeta a la “revisión” de los acuerdos. Evitándose así los problemas de desigualdad, en cuanto a la posibilidad de conciliar, que origina la legislación

vigente (Véase en el expediente sobre las reformas a la L.C.V.I. del Archivo de la Asamblea Legislativa de El Salvador).

*individual, sino colectivo o difuso y por tanto la víctima (en sentido estricto) no es la persona a quien se dirige la violencia sino la sociedad misma, por estar en juego su “base fundamental” y, en consecuencia, este tipo de delitos no pueden ser objeto de una composición autor-víctima, pues la víctima no es un ser individualizado sino colectivo. Se concluye, pues, que el delito de violencia intrafamiliar no es conciliable. Además, hay que tomar en cuenta que el bien jurídico protegido con este tipo penal no sólo es “las relaciones familiares”, sino también la integridad personal de quien recibe la violencia; en otras palabras, se trata de un delito pluriofensivo y, en consecuencia, no puede admitirse que sea conciliable”<sup>131</sup>.*

Asimismo, otras personas argumentan que aunque la Ley prohíbe expresamente la conciliación en el procedimiento judicial (en el artículo 27 inciso 3º), el artículo 28 establece la posibilidad de conciliar ya que dispone que en atención a los compromisos que asuma la parte denunciada y acepte la víctima, el juez o la jueza resolverá en la audiencia preliminar la conclusión del procedimiento. En otras palabras, consideran que los acuerdos previstos en el artículo 28 de la Ley constituyen una conciliación. Al respecto, la jurisprudencia de la Cámara de Familia de la Sección del Centro sostiene que “... la violencia intrafamiliar no puede ser objeto de conciliación. Así lo ha sostenido abundante doctrina; lo que ha quedado plasmado expresamente en la reforma del Art. 27 Inc. 3º L.V.I.F. (...). Ello no es obstáculo para que en base al mismo precepto las partes puedan otorgar los acuerdos tendientes a evitar la reiteración de la violencia. Tales acuerdos deben ser homologados por el juzgador, sin embargo no eximen la obligación procesal de establecer los hechos denunciados, a efecto de atribuir la violencia al que resultare responsable e imponer, además, las medidas que fueren necesarias si las partes no las hubieren acordado (...). Es por esa razón que no puede sostenerse que se trata de una verdadera conciliación pues no produce el efecto de dar por terminado el procedimiento y dejar de conocer el fondo del asunto...” (Referencia 8-IH-2002, sentencia de fecha doce de noviembre de dos mil dos)<sup>132</sup>.

Nuestra opinión es que entre ambas disposiciones legales no existe contradicción alguna, ya que los acuerdos que pueden pactar las partes tienen por finalidad evitar nuevos hechos de violencia, es decir, son acuerdos sobre medidas preventivas. En todo caso, dichos compromisos tienen como presupuesto que la parte denunciada haya admitido la comisión de los hechos denunciados y, en consecuencia, que el juez tenga por establecidos los mismos y haya atribuido la violencia al agresor.

En conclusión, la Ley contra la Violencia Intrafamiliar niega, de manera expresa en el artículo 27 inciso 3º, la posibilidad de conciliar en el procedimiento judicial, aunque si lo permite cuando la persona acude a la Procuraduría General de la República; lo que resulta incomprensible, ya que los hechos de violencia intrafamiliar pueden ser denunciados indistintamente en sede administrativa o judicial. Es decir, consideramos que el legislador no ha definido una posición sobre la conveniencia o

<sup>131</sup> Escuela de Capacitación Judicial, Consejo Nacional de la Judicatura. “Consultas N° 1”. El Salvador, 1999, p. 56.

<sup>132</sup> En el mismo sentido véanse las sentencias 21-A-2002 de las once horas y diez minutos del día once de abril de dos mil dos y 50-A-2002 de las nueve horas con quince minutos del día catorce de diciembre del mismo año.

inconveniencia de admitir la conciliación de la violencia intrafamiliar<sup>133</sup>.

## 7.2 Desistimiento.

La palabra desistimiento da la idea de abdicación, apartamiento, renuncia<sup>134</sup>. La doctrina suele distinguir entre desistimiento del proceso y desistimiento del derecho, por los efectos que uno u otro producen sobre el derecho material que se autoatribuye el demandante. Así, el desistimiento del derecho, equivale a la renuncia de éste, por tanto, lo extingue; en cambio, el desistimiento del proceso afecta únicamente la relación procesal, dejando expedito el derecho.

La Ley contra la Violencia Intrafamiliar no prevé dicha figura, por ello cuando se ha utilizado en el procedimiento de violencia se ha aplicado de manera supletoria la Ley Procesal de Familia, en la cual se establecen los siguientes tipos de desistimiento: 1) Del proceso (Art. 86), 2) De actos procesales y de excepciones (Art. 87), 3) De la pretensión (Art. 88), y 4) De la oposición (Art. 89). La anterior diferenciación es importante porque en la aplicación del desistimiento en el procedimiento de violencia intrafamiliar, generalmente, no se especifica si se trata del desistimiento de la pretensión o del proceso. No obstante lo anterior, por los requisitos que exige la ley para cada caso se infiere que se trata del desistimiento de la pretensión, ya que es la parte denunciante quien lo solicita y no se requiere de la conformidad de la parte denunciada para acceder al mismo.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este tipo de desistimiento, la doctrina sostiene que se trata de “un acto jurídico dispositivo tendiente a extinguir derechos”<sup>135</sup>. Esto es relevante porque la Ley Procesal de Familia establece como requisito de procedencia para el desistimiento de la pretensión “examinar la naturaleza del derecho en litigio”, es decir, si se trata de aquellos derechos disponibles (Art. 88).

En consecuencia, para calificar la procedencia del desistimiento de la pretensión en los casos de violencia intrafamiliar debe analizarse si el derecho o los derechos implicados en este tipo de procedimientos son renunciables o no, disponibles o no.

En este orden de ideas, la doctrina<sup>136</sup> sostiene que la regla es que todos los derechos son renunciables, siendo la irrenunciabilidad la excepción. Así, los derechos instituidos en resguardo del orden público no son renunciables. Por ello, generalmente, no se puede desistir de los derechos vinculados a las relaciones de familia, de los derechos establecidos en las leyes laborales, de los derechos relativos a la libertad o a los atributos de la personalidad y de los derechos que comprometen el ejercicio de la defensa en juicio.

Sobre el tema, la jurisprudencia de la Cámara de Familia de la

<sup>133</sup>Conviene mencionar que los expertos distinguen dos modelos de prevención de la violencia intrafamiliar: 1) Denominado conciliador, explica la violencia desde lo psicológico, poniendo énfasis en el rol de la víctima, o en el de ambas partes, en la generación u ocurrencia de los hechos de violencia. Este modelo es el que mejor se asocia a la mediación como método apropiado para inhibir la ocurrencia de nuevos actos de violencia; y 2) El modelo de aplicación de la ley que pone énfasis en la psicología del abusador o en el comportamiento de las familias e instituciones públicas que aceptan o toleran la violencia. En este modelo, la mediación no tiene lugar pues es la Administración de Justicia la que debe actuar haciendo respetar las normas de derecho (Véase Medina, Graciela. Op. Cit., p. 101).

<sup>134</sup>Fornaciari, Mario Alberto. “Modos anormales de terminación del proceso”. Tomo I (Desistimiento del proceso, desistimiento del derecho, allanamiento), Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 1.

<sup>135</sup>Ibid., p. 71.

<sup>136</sup>Ibid., p. 80.

Sección del Centro sostiene que por la naturaleza de los hechos discutidos, su gravedad y repercusión familiar y social, el derecho involucrado en los procedimientos de violencia intrafamiliar no es disponible y por tanto, no puede ser desistido (Referencia 50-A-2002, sentencia de fecha catorce de diciembre de dos mil dos).

Quienes se pronuncian a favor de la admisión del desistimiento en los procedimientos de violencia intrafamiliar argumentan las dificultades prácticas que origina la improcedencia de dicha figura, ya que la parte denunciante desinteresada en continuar con el procedimiento faltará a las audiencias, no denunciará el incumplimiento de las medidas de protección, no aportará medios probatorios, no colaborará con los peritos, etc. Esta situación no puede desconocerse, pero, consideramos que no debe permitirse el uso de la figura del desistimiento como una salida fácil de la instancia judicial. Ante la renuencia de continuar con el procedimiento, el juez deberá “cerciorarse”, aunque ello no será posible siempre, de que la persona no está siendo coaccionada o manipulada; para lo cual, podrá auxiliarse de psicólogos o admitir el desistimiento únicamente en audiencia, en la cual por la intermediación, podrá interrogar directamente a las partes sobre los motivos de la renuncia y podrá observar el lenguaje no verbalizado de las mismas, lo que le aportará mayores elementos para decidir.

## 8. Audiencia pública.

“...En los procesos autosatisfactivos se están reconociendo mayores facultades a los jueces para cumplir con el fin primordial de la judicatura, que es mantener la paz social...”. Barbieri<sup>137</sup>.

Una de las obligaciones del Estado a fin de prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, es promover los mecanismos legales para atender a las víctimas, mediante procedimientos ágiles, sencillos y libres de formalismos ( Art. 6 Lit.”d” L.C.V.I ). La falta de exigencia de algunos formalismos procesales que imperan generalmente en la celebración de las audiencias judiciales, no significa el irrespeto a las garantías y principios establecidos en nuestra Constitución. En igual sentido, doctrinariamente se ha reconocido: “... para que los hechos objeto del juicio se consideren probados en el contexto de un juicio oral, se deben atender todas las garantías procesales que presiden los procesos constitucionalmente configurados, siendo necesario contar con una sensibilización de todos los involucrados. Adquieren un protagonismo indiscutible los principios de presunción de inocencia, tutela judicial efectiva, oralidad, intermediación y contradicción...”<sup>138</sup>.

Celebrada la audiencia preliminar, si la persona a quien se le imputan las acciones agresivas no se allanare a los hechos de violencia denunciados, el juez que está conociendo sobre el caso deberá señalar en los diez días siguientes la celebración de la Audiencia Oral y Pública (Art. 29 L.C.V.I).

El objeto principal de ésta audiencia es recibir todos los medios de prueba que tanto víctima como agresor hayan ofrecido para la

<sup>137</sup>Citado por Graciela Medina. Ob. Cit. p 253.

<sup>138</sup>Corcoy Bidasolo, Mirentxu. “Delitos contra la integridad personal y contra la libertad: Lesiones, amenazas y coacciones”. La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 159.

demostración de los hechos o para acreditar la falsedad de los mismos, así como aquellos elementos probatorios que el juez haya considerado oportuno valorar.

En las audiencias celebradas conforme a la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar se les garantiza a denunciante y denunciado, la oportunidad de participar activamente en el desarrollo de las mismas. De esa manera en la celebración de la audiencia pública, podrán examinar los mecanismos de recepción de la prueba e interrogar directamente a los testigos y peritos que intervengan, así como controvertir los demás medios que vayan desfilando en el desarrollo de la audiencia. (Arts. 30 L.C.V.I. y 117 Inc. 3° L.Pr.F.). A fin de cumplir con la finalidad principal de la audiencia, consistente en el establecimiento de los hechos de violencia es indispensable que ambas partes comparezcan a la celebración de la misma, pues, nuevamente hacemos hincapié en la importancia que la víctima medie la recepción de la prueba y que el denunciado ejerza su derecho de defensa. En razón de ello, en los Arts. 8 y 35 L.C.V.I., se reconoce la comparecencia obligatoria de víctima y denunciado a las audiencias a que fueren citados, salvo justo impedimento, estableciendo los mecanismos legales que se pueden utilizar, en el caso que no se presenten.

En relación a la posibilidad que las partes al momento de recibir la prueba puedan controvertirla directamente, analizamos una sentencia de apelación por medio de la cual, se anuló la audiencia pública celebrada, en virtud que no comparecieron los peritos encargados de realizar los estudios psicológicos de las partes, menguándose la oportunidad de modificar, ampliar o explicar en la audiencia los resultados obtenidos. En la mencionada sentencia consta lo siguiente: "...Consideramos que el hecho de verter la prueba contenida en los informes en la forma que se ha verificado en la especie, imposibilitó que las partes e incluso la misma jueza, repreguntaran directamente a los especialistas. Arts. 30 Inc.2° L.C.V.I. y 115 L.Pr.F., y frente al reclamo oportuno de las partes exigiendo la comparecencia de los especialistas estimamos que la recepción de prueba adolece de vicios de nulidad, conforme al Art. 1117 Pr.C., por tanto debe declararse nula la audiencia pública y todo lo que fue su consecuencia, es decir, la sentencia definitiva y mandar a reponer la causa, conforme a los Arts. 1095 Pr.C. y 161 L.Pr.F." (Apelación ref. 123-A-2000, fecha 28-02-2001).

Concluida la recepción de la prueba y luego de haber evaluado los estudios técnicos y peritajes que se hayan presentado, el juez está en la obligación de emitir la sentencia definitiva (Arts. 31 L.C.V.I. y 112 L.Pr.F.).

En la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, no existe una disposición legal que señale claramente el contenido que deberá tener la sentencia definitiva que se emita, por lo que aplicando supletoriamente la Ley Procesal de Familia, consideramos: Que la sentencia será breve y sin formalidades especiales, debiendo contener lo siguiente: a) Lugar, día y hora de su pronunciamiento, el proceso a que se refiere e indicación de las partes; b) La relación de los hechos; c) El análisis de las pruebas producidas; d) Motivación, con expresión de los fundamentos de hecho y derecho en que sustente la decisión; e) Pronunciamiento preciso y claro sobre las pretensiones deducidas en el proceso y sus consecuencias. El fallo que se decrete estará delimitado por la atribución de la violencia

a la persona denunciada, o ambas partes si se ha demostrado con la prueba que las agresiones se ejercían mutuamente; se podrá absolver al denunciado si no se han probado los hechos. F) Orden de las medidas de protección que el juzgador considere necesarias (Arts. 31 L.C.V.I. y 82 L.Pr.F.).

La importancia de la celebración de la audiencia pública ha sido resaltada en una de las sentencias emitidas por la Cámara de Familia de la Sección del Centro, por medio de la cual se anuló la sentencia definitiva decretada por un juez de paz, quién omitió celebrar la audiencia mencionada, por la incomparecencia del denunciado. Consta: "...que no se celebró la respectiva audiencia, por lo que la sentencia apelada aparte del vicio o error mencionado, carece de fundamentos de hecho y derecho que sustenten la decisión de la Jueza a quo, lo que constituye una violación a las formas esenciales del procedimiento y al ejercicio del derecho de defensa del apelante. En consecuencia se han violado principios del debido proceso, contenidos en los Arts. 86 Inc. 3º y 11 Cn., 114 L.Pr.F., y 24 L.O.J.; además de los Arts. 31 y 36 L.Pr.F.; por lo cual, conforme al Art. 1130 C.Pr.C., se incurrió en una nulidad insubsanable, por haberse sentenciado contra disposición expresa y terminante, al no darse intervención al denunciado para que ejerciera su derecho de defensa en las etapas procesales mínimas, debiendo declararse nula la sentencia..." (Apelación referencia 153-A-2002, del 1-11-2002).

Debe resaltarse, que en este tipo de procesos es necesario que el juez asuma un rol protagónico y que realice todas sus actuaciones con el fin de convertirlo en un verdadero director del proceso. En razón de ello, se han reconocido amplias facultades para sustanciar los medios de prueba requeridos para el establecimiento de los hechos denunciados por las partes. Tienen la posibilidad de ordenar de oficio las pruebas necesarias, así como ampliar o modificar las solicitadas por las partes. En este sentido, los magistrados de la Cámara de Familia de la Sección del Centro han considerado que si el juzgador ha concluido que el hecho denunciado es de los que requieren prueba para su comprobación<sup>13</sup>, está en la obligación de ordenarla de oficio o al menos requerirla a las partes, para evitar sentencias inhibitorias por falta de pruebas Art. 7 Lit."e" L.Pr.F. (Sentencia apelación ref. 123-A-2000, del 28-02-01).

### **8.1¿Se vulnera el principio de congruencia procesal al atribuir hechos de violencia al(a) denunciante y denunciado(a) conjuntamente?**

El principio de congruencia se refiere a la concordancia existente entre las peticiones planteadas por las partes y la decisión tomada por el juzgador al momento de emitir la resolución definitiva. Se reconocen tres aspectos que atentan contra dicho principio: La ultrapetita, extrapetita y la minuspetita. Nos interesa resaltar que la primera se presenta cuando el juez se aparta de las peticiones realizadas y resuelve más allá del objeto procesal planteado<sup>14</sup>.

En los procedimientos familiares, el deber del juez de someterse

<sup>13</sup>En el Art. 55 de la Ley Procesal de Familia, se regula que los hechos que no requieren prueba para su comprobación son: "los afirmados por una de las partes y admitidos por la contraria, los hechos notorios y los evidentes".

<sup>14</sup>Azula Camacho, Jaime. Ob. Cit., p. 337.

a las peticiones planteadas por las partes, no encuentra estricta aplicación, pues las materias que están sometidas a decisión son absolutamente indisponibles a las partes, prevaleciendo el interés público por resolver los conflictos denunciados<sup>44</sup>. El juez está en la obligación de lograr certeza respecto a los hechos afirmados por las partes y aquellos derivados de los medios de prueba recibidos en las audiencias celebradas.

Por la naturaleza distinta de los procesos de violencia no se busca como última ratio la sanción del agresor, sino contribuir a que las familias desarrollen una vida libre de violencia y prevenir la continuación de otras acciones agresivas. En el desarrollo de la audiencia pública, el juzgador conforme a la valoración de los medios probatorios ofrecidos y presentados por las partes para confirmar o negar los hechos controvertidos puede atribuir los actos agresivos a ambas partes. Es decir, resolver que en la relación familiar tanto víctima como agresor en algún momento, han participado activamente en la comisión de abusos físicos, psicológicos, sexuales o económicos en contra de la otra persona, aunque al interponerse la denuncia, sólo se hayan relacionados los hechos en contra de una de las partes. Con la resolución mencionada no se vulnera el principio procesal de congruencia entre los hechos denunciados y lo resuelto en la sentencia definitiva, pues el contenido del fallo estará delimitado por los hechos probados en el desarrollo de la audiencia, aunque los mismos no correspondan a las peticiones planteadas en la denuncia.

Al respecto, en la jurisprudencia de la Cámara de Familia de la Sección del Centro se considera en la sentencia de Apelación referencia 186-A-02, de fecha 15-01-03 lo siguiente: "... que no cabe la configuración de la ultra petita, dado que tal afirmación implicaría que una persona que denuncia hechos constitutivos de violencia familiar, no puede ser condenada por violencia – aunque los hubiere cometido – si tal pretensión no se presenta en posterior denuncia o en el desarrollo de las audiencias del procedimiento...". Además en la sentencia Ref. 237-A-2002, de fecha 28-05-03, refieren que: "... al hablar de violencia recíproca se deben considerar dos elementos importantes: 1) Debe existir una relación de poder desigual (en razón de edad, sexo, género, emocional, etc.) entre víctima y victimario; y 2) Que la violencia sea ejercida en la misma medida y magnitud. No puede verse como violencia recíproca la que se ejerce como mecanismo de defensa, ni aquella que resulte ser mínima en comparación con la que se ejerce por la otra, aunque puede suceder que excepcionalmente la respuesta violenta exceda a la ejercida por el agresor, resultando a veces de fatales consecuencias como producto del nivel de estrés o miedo que la víctima maneja...".

## **8.2 Algunos aspectos procesales relacionados con los medios de prueba.**

En los procesos familiares, los hechos denunciados se comprueban mediante la presentación de los medios de prueba directa o presuncional. Según Jorge L. Kielmanovich, se entenderá por prueba directa: "... aquella en la que media coincidencia entre el hecho percibido por el juez con el hecho objeto de la prueba. Se trata de la percepción

<sup>44</sup> Kielmanovich, Jorge L. "Procesos de familia", p. 16.

inmediata del hecho que funda la pretensión o la defensa, sin ningún otro hecho que se interponga para su representación histórica...”. Y por prueba indirecta o presuncional: “... el hecho objeto de prueba no coincide con el percibido por el juez, no obstante por medio de una operación deductiva o inductiva se podría presumir la existencia del mismo...”<sup>142</sup>.

Existen algunos casos que por la propia naturaleza de los hechos, presentan mayor dificultad probatoria entre los cuales tenemos: los hechos ilícitos, íntimos, negativos, psíquicos y técnicos, cobrando especial importancia respecto a los mismos la prueba indiciaria y la ampliación de los standards de valoración de la eficacia de los medios probatorios<sup>143</sup>.

Como hemos visto, en los casos de violencia doméstica los hechos están caracterizados por realizarse en el ámbito particular de las relaciones parentales -hechos íntimos-, se desarrollan normalmente sin la presencia de terceras personas, lo que de alguna manera les causa dificultades probatorias a las partes, en relación a los medios de prueba que puede presentar en los procesos para la comprobación de sus pretensiones. Ante ello, se ha reconocido la posibilidad de aplicar el principio de “favor probationes” el que supone que al existir dificultades probatorias habrá que admitir un criterio amplio respecto a la admisión, producción y eficacia de las pruebas, así como nuevas técnicas procesales para permitir y favorecer la reconstrucción de los hechos<sup>144</sup>.

En cuanto a la aplicabilidad del principio en comento, se ha establecido en una resolución de la Cámara de Familia de la Sección del Centro lo siguiente: “...esta Cámara ha sostenido que con base en el principio favor probationes y la obligación del juzgador de buscar la verdad real de los hechos controvertidos sometidos a su conocimiento y decisión, la preclusión en materia probatoria debe flexibilizarse, con la única limitante del respeto al derecho de defensa de las partes. Esto significa que las normas referentes a tal actividad deben aplicarse con la plenitud debida, de modo que la solución jurídica al conflicto se sustente en la convicción adquirida por el juzgador, que su resolución será la más apegada a la realidad social discutida...” (Sentencia apelación ref. 123-A-2000 de 28-02-01).

Sobre las agresiones psicológicas se ha reconocido la dificultad probatoria para demostrar la afectación que este tipo de violencia produce en la víctima, por tanto el juzgador tendrá que ampliar el criterio de admisión y valoración de la prueba pericial e indiciaria. En igual sentido, los magistrados de la Cámara de Familia de la Sección del Centro consideran: “...que la violencia psicológica al igual que cuando se trata de establecer el daño moral, existe dificultad para comprobar el daño psicológico, es decir, el trauma psíquico que la conducta del agresor ocasiona a la víctima. Al respecto, consideramos que la prueba debe ser presuncional, deducida de hechos externos comprobados procesalmente, que produzca la convicción del juzgador que tales daños han acaecido en la víctima (...) La prueba por presunciones es sumamente valiosa, ya que por la naturaleza de los hechos de violencia intrafamiliar, éstos generalmente ocurren en la intimidad del hogar, lo que dificulta la prueba directa de los mismos. En ese sentido, el criterio con el que se aprecie la prueba debe ser amplio y considerada ésta en su conjunto;

<sup>142</sup> Kielmanovich, Jorge L. “Procesos de familia”, p. 67.

<sup>143</sup> Ibid., p. 25.

<sup>144</sup> Ibid., p. 21 y s.

Arts. 44 L.C.V.I. y 56 L.Pr.F.<sup>145</sup>.

Por las dificultades probatorias señaladas, puede constituir un elemento a valorar a efecto de corroborar los demás medios probatorios, la conducta de las partes, pues, la injustificada incomparecencia a las audiencias, así como la falta de colaboración respecto a los diagnósticos familiares, la inasistencia a las terapias psicológicas y la falta de colaboración, pueden ser consideradas al tomarse las decisiones definitivas. Jorge Kielmanovich sostiene: "...la conducta que las partes mantienen puede servir u operar por un lado, como prueba de los hechos, y por el otro, como regla de valoración de las restantes pruebas (...) En el primer caso, la conducta de las partes puede operar como indicio, vale decir, como prueba, y en el segundo, la conducta procesal vendría a configurar "ese elemento de convicción corroborante de las pruebas..."<sup>146</sup>.

En los casos de violencia familiar, respecto a la actividad probatoria —ofrecimiento, admisión y recepción de prueba— igualmente, se carece de disposiciones legales expresas que vayan determinando claramente el procedimiento a seguir. Se tiene que recurrir supletoriamente a las disposiciones de la Ley Procesal de Familia. En cuanto al ofrecimiento de los medios de prueba, se debe considerar lo expuesto en el punto referente a la audiencia preliminar, respecto a la posibilidad de ofrecer la prueba incluso en el desarrollo de esa audiencia, ya que es en ese momento que se discutirá sobre la admisión de la prueba (Art. 109 L.Pr.F.), mientras que la recepción y valoración de la misma se realizará en la audiencia pública (Arts. 30 L.C.V.I. y 115, 116, 117 y 118 L.Pr.F.).

A partir del Capítulo II de la Ley Procesal de Familia, se establecen algunas disposiciones generales sobre la actividad probatoria que hemos considerado pertinente destacar, pues se refieren a aspectos no regulados en la Ley Contra la Violencia, entre éstos tenemos:

- Que los hechos afirmados por una parte y admitidos por la otra, así como los hechos notorios y los evidentes no requieren prueba. Salvo que legalmente se haya estipulado la necesidad de practicar algún medio probatorio. (Art. 55 L.Pr.F).

- Que en los procesos de familia son admisibles los medios de prueba reconocidos en el derecho común, la prueba documental y los medios científicos. (Art. 51 L.Pr.F).

- En cuanto a la prueba testimonial, no se aplicarán las tachas e incapacidades reguladas para los otros procesos. (Art. 52 L.Pr.F).

- Que todos los medios de prueba ofrecidos por las partes deberán producirse en audiencia, bajo pena de nulidad. No obstante a ello, los jueces podrán practicar anticipadamente la prueba, previa cita de las partes intervinientes, en los casos en que sea imposible recibirla en audiencia o cuando se pueda producir algún tipo de riesgo para el ejercicio del derecho. (Art.54 L.Pr.F).

- De conformidad con el Art. 22 de la L.C.V.I., en la valoración de la prueba los jueces de paz o de familia que estén conociendo sobre los hechos aplicarán el principio de la Sana Crítica.

<sup>145</sup>Sentencia de Apelación referencia 107-A-2000, de fecha veinte de noviembre de dos mil.

<sup>146</sup>Kielmanovich, Jorge L. "La conducta procesal de las partes y la prueba", en L.L. del 4-6-2001. Citado por Medina Graciela. Ob. Cit. p. 249.

En relación a la carga de la prueba cada parte soporta la obligación de probar los hechos, así como las pretensiones y excepciones legales que haya invocado. Al respecto, los operadores judiciales deben valorar las circunstancias particulares de los casos de violencia intrafamiliar, apreciando quién se encuentra en mejores condiciones para acreditar las peticiones realizadas. A través del principio de la carga dinámica de la prueba, se admite la posibilidad de invertir la obligación de probar a fin que sea la parte que tenga mayores facilidades para demostrar los hechos la obligada a ello. La redistribución de la carga de la prueba refleja una gran importancia, pues se basa en la inferioridad de condiciones que enfrentan las partes en este tipo de casos, así como la desigualdad de recursos económicos, psicológicos, contextuales, entre otros<sup>147</sup>.

Refiriéndonos concretamente a cada medio de prueba que puede utilizarse en los procesos de violencia doméstica, hemos tenido a bien resaltar lo siguiente:

En cuanto a la prueba testimonial debe ser valorada con mayor flexibilidad, pues los hechos que se pretenden probar se han dado en la intimidad del hogar, siendo las personas más allegadas a los involucrados, quienes precisamente se encuentran en mejores condiciones para esclarecer las situaciones denunciadas<sup>148</sup>. Consideramos, que es en razón de ello, que el Art. 52 de la L.Pr.F. limita la aplicación de las tachas e incapacidades reguladas para los otros procesos. La Cámara de Familia mediante la sentencia de apelación referencia 13-A-2001 de fecha veintitrés de abril de dos mil uno ha aclarado: "...Que la Cámara respeta la autonomía que gozan los jueces de paz y de primera instancia respecto a la apreciación de los testimonios, conforme a los Arts. 30 L.C.V.I.; 56, 116 y 117 L.Pr.F., salvo que el error o vicio en la apreciación de los mismos resulte ostensible y permita advertir que las disposiciones no fueron valoradas en conjunción con otros elementos probatorios que militen en autor y pongan en evidencia el desacierto del juzgador..."

La prueba pericial es determinante en los casos de violencia doméstica, pues con la misma se demostrará la afectación emocional que se ha provocado en la víctima y en los demás miembros del núcleo familiar con las acciones agresivas que se hayan cometido. Existe un fallo de anulación de una sentencia definitiva emitida en una audiencia pública, por haberse celebrado la misma, sin la recepción de los peritajes ordenados, pues consideran los magistrados de la Cámara de Familia, que los exámenes médicos forenses y los peritajes psicológicos proporcionan elementos de gran valor para tomar la decisión más acertada; además, contribuyen con el fortalecimiento de las relaciones familiares, al enseñarles mediante las terapias a relacionarse en un ambiente de respeto, armonía y consideración. (Apelación ref. 75-A-2002, del 11-06-2003).

La valoración de los peritajes debe realizarse conforme a las reglas y principios de la sana crítica. Contamos con el análisis de una sentencia de apelación que revocó el establecimiento de los hechos de violencia, en virtud que el fundamento expuesto por la jueza a quo, se basó exclusivamente en el resultado de los estudios psicológicos y sociales practicados a las partes, cuyo contenido era escueto e insuficiente

<sup>147</sup>Medina, Graciela. Ob. Cit., p. 255.

<sup>148</sup> Kielmanovich, Jorge L. "Procesos de familia", p. 24.

para demostrar los hechos denunciados. Textualmente, se refleja en la sentencia Ref. 114-A-2000, del 22 de enero de 2001: "...El fallo pronunciado se fundamentó en los estudios psicológico y social, en los que se concluyó que existían indicadores que la denunciante es objeto de maltrato (...), las conclusiones de dicho estudio han sido sustentadas por lo manifestado por la señora ---, lo cual ha sido negado por el denunciado a los mismos miembros del equipo multidisciplinario y en las respectivas audiencias, quedándonos únicamente con el dicho de cada una de las partes involucradas en el conflicto y tomando en consideración que en el estudio psicológico no se determinó cuáles eran los indicadores emocionales que reflejaran que la señora --- estaba siendo objeto de maltrato, salvo el temor que se menciona en la manipulación que el demandado hace de los niños, situación que no se ha corroborado con ningún otro elemento probatorio adicional...".

En el Art. 118 L.Pr.F., se establece la forma de recepción de los documentos probatorios, una vez exhibidos por la parte que los ofreció, podrán ser leídos, luego se dará a la parte contraria la oportunidad de controvertir el contenido de los documentos. No existe ninguna restricción sobre la naturaleza de los documentos que pueden ser presentados en las audiencias.

## **9. Recursos.**

En el Art. 2 de la Constitución se reconoce a favor de todas las personas la posibilidad de ser protegida en la conservación y defensa de sus derechos. Consideramos que las partes intervinientes en los procesos de violencia intrafamiliar tienen derecho a contar con un sistema de recursos judiciales para impugnar las resoluciones que de una u otra manera limiten el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos a su favor. Debe reconocerse que en cada uno de los procesos judiciales será determinado por la Ley - que establece el procedimiento a seguir en cada caso- el sistema de recursos que podrán utilizar las partes para oponerse a las resoluciones que les produzcan algún tipo de agravio.

En ese sentido en el Art. 32 de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, únicamente se establece la posibilidad de plantear apelación en los casos determinados. En cuanto al recurso de casación, en el inciso segundo de dicho artículo se limita la posibilidad de admitirla en este tipo de procesos. Aplicándose supletoriamente las disposiciones de la Ley Procesal de Familia y no existiendo prohibición legal al respecto se podrá hacer uso del recurso de revocatoria.

### **9.1 Revocatoria.**

Las partes podrán interponer la revocatoria de los decretos de sustanciación, de las sentencias interlocutorias y de la definitiva en lo accesorio, conforme al Art. 150 L.Pr.F.

El recurso se podrá fundamentar por escrito en las veinticuatro horas siguientes a la notificación de la resolución, la parte contraria tendrá la oportunidad de rebatir lo argumentado, en el plazo de veinticuatro horas, debiendo el titular del tribunal resolver el recurso en los tres días siguientes. Si se interpone en la audiencia oralmente luego de escuchar la decisión judicial, se le dará la palabra a la otra parte para que se

manifieste al respecto e inmediatamente se dará la resolución que corresponda. No se admite ningún otro tipo de recursos sobre la resolución que decida la revocatoria (Arts. 151 y 152 L.Pr.F.)

En este punto, nuevamente debemos resaltar la naturaleza de los procesos de violencia intrafamiliar, ya que por la importancia de las pretensiones que se conocen, se deben evitar actuaciones de las partes que vayan encaminadas sólo a la retardación del trámite. Lo que se busca con los procedimientos judiciales realizados conforme a las disposiciones de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, es brindar una oportuna protección a la víctima y evitar el surgimiento de otras acciones agresivas.

## 9.2 Apelación.

Las resoluciones judiciales emitidas en los procesos de violencia intrafamiliar que admiten el recurso de apelación, de conformidad con el Art. 32 L.C.V.I., son: a) Las resoluciones mediante las cuales se impongan medidas de protección a favor de las víctimas; b) Las sentencias absolutorias. No obstante, se ha reconocido mediante la sentencia de apelación de referencia 172-A-2002, del cinco de diciembre de dos mil dos, que: "...Esta Cámara considera que la resolución impugnada (que ordena la recepción de pruebas) es una interlocutoria que produce un daño de difícil reparación por la definitiva, por lo que admite apelación...". Sobre la ampliación del catálogo de resoluciones que admiten apelación realizado por la Cámara de Familia de la Sección del Centro, consideramos pertinente que si una resolución causa un daño de difícil reparación, se le debe garantizar a la persona afectada la posibilidad de refutar la resolución emitida, mediante los recursos legalmente estipulados.

Las formas en que puede interponerse la apelación son: oralmente en el desarrollo de las audiencias, luego que el juez emita el fallo correspondiente, o resuelva sobre las medidas de protección solicitadas por la víctima. Sobre este punto, la Cámara de Familia en comento, ha resuelto que efectivamente, la posibilidad de interponer oralmente un recurso de apelación, se concederá a la parte agraviada sólo en los casos en que el Juez que conoce la causa de forma oral haya emitido su resolución. Por escrito las partes tendrán la posibilidad de recurrir ante la Cámara de Familia correspondiente, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la resolución decretada.

En el inciso segundo del Art. 32 L.C.V.I., se establece que el Tribunal de alzada deberá resolver el recurso con sólo la vista del proceso, dentro de los ocho días hábiles después de haberlo recibido.

La Cámara de Familia de la Sección del Centro ha señalado que al interponerse un recurso de apelación, el juez que conoce la causa está en la obligación de manifestarse sobre la admisión del recurso, así como del efecto en que lo admite, pues si se concede a las partes la posibilidad de recurrir las resoluciones por medio de las cuales se imponen medidas de protección, se deberán cumplir independientemente de la interposición de la apelación; además, deberá mandar a oír la opinión de la parte contraria, para remitirlo posteriormente al Tribunal de Alzada correspondiente<sup>149</sup>. Sobre los efectos del recurso han expuesto:

<sup>149</sup>Sentencia de apelación ref. 36-A-2001, de fecha 5-07-01.

*“...aún cuando la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar y la Ley Procesal de Familia no regulan expresamente los efectos de la apelación, estimamos que en casos como el presente, las medidas de protección deben cumplirse, no obstante la interposición de la alzada, en consecuencia, los jueces deben admitir el recurso en el efecto devolutivo con tramitación inmediata; Art. 44 L.C.V.I. en relación al Art. 983 Pr.C...” (Ref.115-A-2000, del 18-12-2000).*

Acerca de los requisitos de admisibilidad regulados en la Ley Procesal de Familia, en vista de la finalidad de los procesos urgentes y de que se permite la actuación de las partes sin asistencia letrada, la Cámara de Familia de la Sección del Centro ha resuelto lo siguiente: *“... De la sola lectura, del libelo de apelación correspondería declarar inadmisibile el recurso por falta de fundamentación válida, Arts. 148 y 158 L.Pr.F.; si se tratara de un proceso de familia, pero en atención a que se ventila un caso Violencia Intrafamiliar; de conformidad al Art. 32 L.C.V.I., que establece que el tribunal de alzada resolverá el recurso con sólo la vista del proceso; entramos a conocer de la providencia impugnada...” (Apelación Ref. 49-A-2000, 15/dic/2000).*

### **9.3 Casación.**

Existe una limitante legal en el inciso segundo del artículo 32 L.C.V.I., sobre la posibilidad de interponer el recurso de Casación de la resolución emitida por las Cámaras de Familia, en los procesos de violencia intrafamiliar.

Los magistrados de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, reafirmaron la imposibilidad de recurrir mediante casación las resoluciones de segunda instancia en la resolución de fecha cinco de mayo de dos mil tres, marcada bajo la referencia 1637 Ca.Fam.S.S. IX, de la siguiente manera: *“...” Que la casación, como recurso, ha sido expresamente vedada en los procedimientos de violencia intrafamiliar, en el Art. 32 Inc. 2 L.C.V.I., por cuanto a partir de las reformas del año recién pasado, contra la resolución del tribunal de alzada no se admitirá recurso de casación...”*

### **10. Control y ejecución de la sentencia.**

*“El juez o jueza controlará durante el tiempo que juzgue conveniente el resultado de las medidas y decisiones adoptadas e impuestas en la sentencia, por intermedio de trabajadores sociales o psicólogos, según el caso, quienes darán informes con la periodicidad que el juez o jueza señale” (Art. 33 L.C.V.I.)*

Previamente hemos citado la disposición legal que impone a los jueces de paz o de familia que hayan dictado sentencia definitiva en un caso de violencia familiar, la obligación de controlar la ejecución de lo resuelto. Se procederá a la ejecución de la sentencia, a partir de la fecha en que quedó ejecutoriada, salvo que se haya determinado claramente el plazo de ejecución (Art. 171 L.Pr.F).

Al haberse impuesto una obligación de carácter patrimonial, el Art. 172 L.Pr.F., refiere que se dictará embargo de los bienes del ejecutado y se deberán aplicar las disposiciones generales establecidas para los

juicios ejecutivos.

En el Art. 174 L.Pr.F., se regula que la ejecución de las sentencias por medio de las cuales se impone la obligación de realizar una conducta determinada a una persona, el cumplimiento deberá estar determinado por la sentencia, en la que se fijará claramente el plazo de ejecución.

Según Graciela Medina debe recordarse en este punto que: “... *el objeto – fin de la ley no es sancionatorio sino protectorio, y si bien el juez cuenta con facultades para hacer cumplir las medidas dispuestas, éstas se ven, en varias oportunidades, acotadas por una complejidad de motivos, como son la falta de instituciones adecuadas para la derivación tanto de la víctima como del victimario, la escasez de recursos económicos que limitan la posibilidad de dar una respuesta eficaz, la deficiente comunicación interinstitucional, entre otros muchos factores...*”<sup>150</sup>.

Empezaremos a señalar las diversas dificultades que se enfrentan respecto al control de las sentencias. En los juzgados de paz existe una limitante en relación a los recursos técnicos requeridos para el control de las medidas de protección impuestas en las resoluciones que emiten, pues a diferencia de los juzgados de familia, no se cuenta con equipos multidisciplinarios adscritos a cada tribunal, sino que deben solicitar la colaboración de los técnicos de otras instituciones, lo que de alguna manera obstaculiza el cumplimiento de las medidas. Por ejemplo, para recibir las terapias psicológicas ordenadas, así como la orientación de otros profesionales, las personas deben desplazarse a las ciudades en que se encuentran situados los Centros de Atención Psicosocial de la Corte Suprema de Justicia<sup>151</sup>. Con ello se les ocasiona mayor pérdida de tiempo, gastos de transportación y desmotivación de seguir cumpliendo con las medidas.

Se ha destacado que al imponerse al agresor y/o a la víctima la medida de protección de incorporación a tratamientos terapéuticos o asistencia a grupos de apoyo, tales como Alcohólicos Anónimos, fármaco-dependientes, jugadores anónimos, entre otros, los juzgadores se enfrentan con la dificultad de contar con los mecanismos necesarios para obligar el cumplimiento de lo ordenado, y los resultados de la medida dependerán únicamente de la actitud volitiva de las partes.

En relación a la posibilidad de rechazar un tratamiento médico, en la doctrina se enfatiza lo siguiente:

- Que en términos generales, la dignidad humana como garantía reconocida por los ordenamientos jurídicos a favor de las personas, protege la libertad de decisión de los individuos. Si bien, las personas sometidas a tratamientos psicológicos podrían tomar la decisión sobre asistir o no a las terapias, de forma previa, clara y precisa se deberá informar sobre los objetivos y fines perseguidos con el tratamiento ordenado, para que considere los aspectos positivos que alcanzaría al cumplir la medida. Y, en lo que respecta a los procesos de violencia familiar, el principio de la autodeterminación, debe ser desplazado por la necesidad de proteger la integridad personal de todos los miembros del núcleo familiar afectado, pues el riesgo de nuevas agresiones está

<sup>150</sup> Medina, Graciela. Ob. Cit., p. 276.

<sup>151</sup> Existen Centros de Atención Psico - social en Sonsonate y Santa Ana, para la zona occidental; en San Salvador, Chalatenango y San Vicente, para las zonas central y paracentral; y para la zona oriental se encuentra en San Miguel.

latente y lo que se pretende con la aplicación de medidas de esta naturaleza, es prevenir la continuidad de las mismas, estando los operadores de justicia en la obligación de imponer el cumplimiento de las medidas de protección que dicten<sup>152</sup>.

Además, es importante que al imponerse medidas de protección se informe y sensibilice a los obligados acerca de los efectos que conlleva el incumplimiento de la sentencia, ya que se podrá informar de oficio a la Fiscalía General de la República para que inicie las diligencias de investigación correspondientes a la infracción penal de **Desobediencia en caso de violencia intrafamiliar**, tipificado y sancionado en el artículo 338-A C.Pn, en base al Art. 34 L.C.V.I. En ese sentido, Graciela Medina destaca que como última posibilidad se remitirá la causa al ámbito penal, pues previamente se debe tratar de ejecutar el cumplimiento de la sentencia mediante la supresión de beneficios o medidas concedidas a favor del obligado; imponiendo las sanciones legales que se hayan considerado en la ley o auxiliándose de la fuerza pública; al efecto, sostiene que: *“...el uso de la fuerza pública constituye una de las herramientas fundamentales y de mayor utilización para dar efectividad a las medidas autosatisfactivas tomadas...”*<sup>153</sup>.

<sup>152</sup> Medina, Graciela. Ob. Cit., p 280 y s.

<sup>153</sup> Ibid., p. 278

## Conclusiones y Propuestas

- En la práctica judicial existe dificultad para determinar cuándo adquiere competencia un juez penal y cuándo hay que aplicar la Ley contra la Violencia Intrafamiliar. El problema es evidente cuando se trata de hechos de violencia psicológica, sexual o patrimonial, que podrían constituir delitos como coacción, amenazas, agresiones sexuales, violación, daños, etc. Los jueces consultados consideran como criterio para establecer la competencia, la existencia de una relación afectiva o de parentesco entre los involucrados, según lo señalado en la parte final del artículo 1 de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar.

A nuestro juicio, dicho criterio es insuficiente, pues la existencia de una relación familiar entre las personas implicadas es un presupuesto del problema planteado. Asimismo, dicho parámetro aplicado de manera general tendría como resultado que hechos que entre particulares dan lugar a la intervención de la jurisdicción penal, ocurridos entre parientes serían tratados exclusivamente conforme a la legislación contra la violencia intrafamiliar, es decir, se discriminalizarían acciones en razón del vínculo afectivo o de parentesco existente entre las partes.

Sobre el tema y considerando el principio de intervención mínima, nuestra propuesta es reservar la aplicación del derecho penal a casos extremos en los que la vulneración de los bienes jurídicos fundamentales sea evidente, ya que la intervención judicial conforme a la Ley contra la Violencia Intrafamiliar da una respuesta más integral que tiene por finalidad la reeducación de las personas involucradas en el problema para lograr establecer relaciones simétricas, a diferencia del derecho penal que es eminentemente sancionador.

- En cuanto a la competencia en razón del territorio para la aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar existe consenso entre los jueces consultados en que, conforme a la regla general del derecho procesal, el juez competente es el del domicilio del denunciado o denunciada. Dicho criterio es el sostenido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Pero debemos señalar que uno de los funcionarios consultados mencionó que también puede considerarse el domicilio de la víctima.

Consideramos que este tema debe ser objeto de debate entre los funcionarios judiciales porque es cuestionable recurrir a las reglas comunes en una materia especial que implica la protección inmediata de derechos fundamentales, en la que podrían considerarse algunas excepciones a la norma general. No obstante la regla que se utilice para delimitar la competencia en razón del territorio, debemos reiterar que a nuestro juicio para decretar medidas cautelares la competencia de los jueces y juezas (de familia y de paz) se extiende a todo el territorio de la República, conforme a los artículos 44 L.C.V.I. y 78 L.Pr.F. Sin perjuicio que posteriormente decline la competencia para seguir con el procedimiento de violencia intrafamiliar.

- Respecto al inicio del procedimiento de violencia intrafamiliar por medio de denuncia de un tercero, los jueces consultados consideran necesaria la ratificación de la denuncia por la víctima, a excepción de

uno que estima necesaria la comparecencia de la víctima únicamente a efecto de ampliar la denuncia cuando los elementos aportados por el tercero son insuficientes. Los procedimientos utilizados ante la inasistencia de la presunta víctima son: a) Se comisiona a una Trabajadora Social para que investigue la veracidad de la denuncia, b) Se impone una multa y se cita por segunda vez, y c) Hacen comparecer por apremio a la persona ausente.

Sobre el tema consideramos que la ratificación de la denuncia por la supuesta víctima no es imprescindible, pero es conveniente citarla por dos razones: primero, para que amplíe la denuncia, pues es la persona que conoce a cabalidad los hechos denunciados y evidentemente podrá aportar más elementos; y segundo, a fin de explicarle en qué consiste el procedimiento de violencia intrafamiliar, su finalidad, las etapas del mismo y la importancia de su participación. No podemos desconocer que es prácticamente imposible llevar hasta su conclusión un procedimiento en el que la víctima no colabora y por ello, es relevante citarla para informarle sobre la denuncia interpuesta; pero, la anuencia de la víctima no debe implicar el inmediato archivo del expediente, sino que el juez debe tomar las providencias que estime oportunas para continuar con el procedimiento.

- Se reconoce la limitante legislativa que existe respecto a los presupuestos que deberán considerarse para decretar medidas cautelares, la L.C.V.I., no establece los criterios de interpretación a valorar en relación a la imposición de medidas, ni reconoce que los juicios de violencia poseen una naturaleza distinta. Ante ello, surgen diversidad de criterios interpretativos; unos jueces valoran la gravedad de los hechos denunciados y la reincidencia del agresor para emitir las medidas; otros sostienen que las medidas deben ser decretadas por el plazo de diez días, mientras se celebra la audiencia preliminar, en la cual decidirán sobre la continuidad o no de las impuestas; y otros, solamente decretan las medidas de protección, durante cierto plazo, vencido el mismo no continúan con el trámite correspondiente sino archivan las diligencias. Hemos sostenido en el desarrollo del trabajo que los procesos de violencia intrafamiliar y las medidas de protección que pueden decretarse, están caracterizados por la necesidad y urgencia que priva en la tramitación de los mismos, por ello, para decretar las medidas cautelares se flexibilizan los presupuestos exigidos, en el sentido de valorar la necesidad de proteger a la persona más débil de la relación familiar y de evitar la comisión de nuevos hechos de violencia. Acreditada la urgencia y necesidad de las medidas es obligación de los jueces conceder oportunamente la protección solicitada, a fin de resguardar la integridad personal del agredido(a) y de su núcleo familiar. La resolución judicial debe fundamentarse en la finalidad tuitiva perseguida por la ley, consistente en poner fin a los hechos denunciados y evitar que continúen existiendo nuevas agresiones.

- Los jueces consultados respecto al plazo de duración de las medidas cautelares, sostienen dos criterios distintos, unos determinan específicamente el plazo de vigencia de las medidas y los otros, establecen las medidas hasta la celebración de la audiencia preliminar para decidir en la misma sobre su modificación, ampliación o cesación, dependiendo de las circunstancias que se desarrollen. Al respecto, sostenemos que

si las medidas se decretan al inicio del proceso es conveniente que permanezcan vigentes durante la tramitación de todo el proceso, sin perjuicio de la facultad de modificar, ampliar o revocar las medidas impuestas, o disponer otras que no se habían tenido en cuenta en un primer momento si varían las circunstancias conforme a las cuales fueron adoptadas.

Debe aclararse que respecto de las medidas decretadas en la sentencia definitiva el plazo deberá ser detallado con exactitud para que el control y ejecución de las mismas dependa del tiempo de duración señalado.

- Se planteó una interrogante en las encuestas realizadas a los operadores judiciales en relación a la aplicabilidad de la medida de protección establecida en el literal “e” del Art. 7 L.C.V.I, que regula la posibilidad de ordenar la exclusión del hogar familiar de la persona agresora, pues consideramos que es una de las medidas más gravosas que pueden imponerse. Al disponer excluir de la vivienda familiar a una de las personas que integran el núcleo familiar priva la posibilidad de contribuir con la desintegración de la unión familiar o de afectar con la disposición de la medida otro tipo de derechos que amparan a la persona excluida, ello hace que su utilización sea muy limitada. Sin embargo, los jueces que aplican la medida sostienen que debe valorarse: a) el grado de riesgo que representa para el núcleo familiar la permanencia del agresor en la vivienda; b) que la persona que se excluirá del hogar cuente con otro lugar a donde pueda trasladarse temporalmente; c) la actitud de la víctima; d) la posibilidad de prevenir otros hechos; e) el estado legal de la propiedad de la vivienda. Mientras que los jueces que no aplican la medida se basan en la posibilidad de afectar el derecho a la propiedad y el domicilio de las personas denunciadas. Entendemos que ante la facultad legal de excluir al denunciado del hogar familiar debe valorarse el riesgo que representa la convivencia del agresor con la víctima y los demás miembros de la familia, si bien es cierto la medida es de las que mayor afectación puede producir en el denunciado, prevalece la protección de la integridad física y emocional de la víctima frente a la limitación temporal del derecho de propiedad. Además debe aclararse que al conceder en forma provisional el uso de la vivienda familiar, únicamente se está garantizando a la persona favorecida y al resto del núcleo familiar la posibilidad de contar con un techo donde vivir, no se les concede con la resolución, la disposición sobre el bien, sino solamente un techo seguro mientras se tramita el proceso judicial o por el tiempo que el juzgador considere oportuno.

- Se analizó el punto de vista que cada uno de los jueces entrevistados tiene acerca de la conveniencia de la medida de protección que permite prohibir al denunciado la ingestión de bebidas alcohólicas. Algunos jueces sostienen que la medida por sí misma no cumple con las expectativas deseadas, siendo necesario remitirlos a instituciones de apoyo como alcohólicos anónimos u otras semejantes, a fin de incorporarlos a procesos de desintoxicación, requiriendo la constancia de inscripción al grupo así como de permanencia en el mismo; los demás entrevistados sostuvieron que la medida no es efectiva por

carecerse de mecanismos de control idóneos para ese tipo de medidas, además que es necesario al momento de su adopción hacer conciencia sobre los efectos que conlleva el incumplimiento de la medida y que solamente lo utilizan como un elemento disuasivo, pues el cumplimiento depende de la voluntad de la persona a quien se le imponga la prohibición. En los casos en que los jueces consideren indispensable aplicar una medida de protección consistente en la prohibición de consumir bebidas alcohólicas, a fin de buscar la efectividad de la misma es conveniente considerar todas las circunstancias que implica, pues la mera prohibición por si misma es inefectiva, se debe reconocer y valorar que el consumo de alcohol u otras sustancias semejantes producen dependencia en las personas, por tanto el cumplimiento será efectivo si se realiza una concientización en los daños que el consumo de dichas sustancias está ocasionando en la estabilidad personal y familiar, además se debe instar a las partes para que reconozcan el problema que produce el consumo de bebidas alcohólicas y así contar con la colaboración personal y voluntaria de todos los involucrados para que, informados sobre los beneficios que conlleva la participación en centros de apoyo y asistencia, decidan incorporarse a uno para obtener ayuda tendiente a superar la dependencia creada a través del programa de desintoxicación más conveniente.

- El criterio judicial en relación a la forma en que debe realizarse la notificación de las medidas de protección que se emiten al inicio del proceso de violencia intrafamiliar, es que debe efectuarse personalmente al denunciado(a); solamente dos de los entrevistados consideran la posibilidad de aplicar supletoriamente la regla establecida en el Art. 210 del Código de Procedimientos Civiles. Nuestra opinión al respecto es que efectivamente la regla general que priva en el proceso aplicando supletoriamente la Ley Procesal de Familia y el Código de Procedimientos Civiles es que la notificación debe ser personal, tanto a quien se le impongan las medidas de protección como a la favorecida con las mismas, a fin de garantizar que ambas partes conozcan el contenido de la providencia judicial emitida. Sin embargo, consideramos que en los casos que sea imposible localizar al denunciado(a) y habiéndose agotado todos los recursos materiales que pueden ser utilizados para tal efecto, de conformidad con el Art. 44 L.C.V.I., es procedente aplicar la regla establecida en el Art. 211 C. Pr. C., pues con ello, no se vulneran el derecho de defensa del denunciado(a), ni los principios de contradicción y bilateralidad que privan en los procesos judiciales, ya que en la audiencia preliminar se le concede a la persona denunciada la posibilidad de controvertir los hechos que en la denuncia se le están atribuyendo. Además, las medidas de protección constituyen un mecanismo tendente a asegurar el bienestar físico, psicológico, sexual, económico o emocional de la víctima y de los demás miembros de la familia, es decir, son utilizadas como medios para garantizar la eficacia del proceso de violencia intrafamiliar - poner fin a los actos de violencia denunciados y evitar que se continúen ejerciendo otros posteriormente-. En ese mismo sentido debe resaltarse que de todos es conocidos el carácter provisional y flexible de las medidas cautelares, de manera que con la sola imposición de las mismas no se están afectando los intereses de la persona denunciada ni se le está imponiendo previamente ningún tipo de sanción

judicial.

- Los jueces consultados consideran, de manera unánime, que es indispensable contar con los resultados de los exámenes periciales para la celebración de la audiencia preliminar y las razones aducidas son las siguientes: a) El reconocimiento médico forense es necesario para determinar la competencia en razón de la materia, ya que si el hecho constituye delito debe certificarse lo pertinente a la Fiscalía General de la República, y si no constituye delito debe continuarse con el procedimiento de violencia; b) Los estudios psico - sociales son útiles para decidir prorrogar, cesar o modificar las medidas cautelares decretadas; y c) Los peritajes son útiles para atribuir la violencia al denunciado, pues acreditan las secuelas que presenta la víctima.

- Cuando sólo una de las partes comparece acompañada de abogado a una audiencia, el acto procesal debe suspenderse a efecto que la parte que no es asistida por un profesional del derecho nombre uno que represente sus intereses o bien solicite al Procurador General de la República que le asigne un Agente Auxiliar, con la finalidad de no vulnerar el principio de igualdad procesal. Este criterio es el sostenido por los jueces consultados y en abundante jurisprudencia de la Cámara de Familia de la Sección del Centro. Consideramos que este criterio es acertado ya que garantiza la igualdad procesal de las partes.

- Sobre la admisión de la conciliación y el desistimiento en los procedimientos de violencia intrafamiliar no existe acuerdo entre los jueces consultados. Los funcionarios a favor de el uso de tales figuras procesales aducen que son admisibles aplicando de forma supletoria la Ley Procesal de Familia, que los derechos involucrados son disponibles –siempre que no se trate de derechos de menores de edad-, y que es necesaria la “voluntad” de las partes para llevar hasta su conclusión el procedimiento. Por otra parte, quienes no admiten la conciliación y el desistimiento argumentan que el juez está obligado a tutelar los llamados derechos indisponibles que se tratan de proteger mediante el procedimiento de violencia intrafamiliar y, además, no es conveniente su admisión si se toma en consideración el ciclo de violencia que afecta a la víctima, ya que puede ocurrir que desista de continuar con el procedimiento o acepte algún acuerdo durante la fase de reconciliación, lo que no garantiza de ninguna manera la ruptura del ciclo de violencia.

A nuestro juicio la conciliación y el desistimiento como formas anormales de ponerle fin al proceso no son admisibles. En cuanto a la conciliación se ha interpretado que los “acuerdos” de las partes previstos en el artículo 28 de la Ley son una especie de conciliación, lo que no es así, ya que se trata de acuerdos con la finalidad de prevenir nuevos hechos de violencia, que tienen como presupuesto que la parte denunciada haya admitido los hechos que se le atribuyen, es decir, hay una atribución de la violencia y debe controlarse el cumplimiento de los “acuerdos” de las partes. Respecto al desistimiento, nuestra posición es que, si bien es cierto difícilmente se obtendrá un resultado satisfactorio con el procedimiento si la parte denunciante no está dispuesta a continuar con el mismo, esta figura procesal no debe utilizarse como una “salida fácil” al procedimiento y el juez deberá cerciorarse por los medios a su alcance

que la parte denunciante no está siendo coaccionada o manipulada, por ejemplo únicamente admitirá el desistimiento en audiencia con la presencia de ambas partes.

- Cuando una de las partes o ambas no se presentan a la audiencia preliminar los jueces consultados señalaron que utilizan tres procedimientos: primero, multan al inasistente y señalan nueva fecha; segundo, suspenden la audiencia y los hacen comparecer por apremio; y tercero, señalan nueva fecha previniéndole al ausente que en caso de otra inasistencia lo harán comparecer auxiliándose de agentes de la Policía Nacional Civil. Uno de los funcionarios judiciales consultados ante la inasistencia de la parte denunciante aplica de manera supletoria el artículo 111 de la Ley Procesal de Familia, es decir, deja sin efecto las medidas cautelares decretadas y archiva el expediente.

Como es evidente el artículo 35 de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar no es aplicado de forma generalizada por los jueces, porque se cuestiona la efectividad de las multas y si el hecho de hacer comparecer por apremio a la parte denunciante supone una revictimización. Sobre la aplicación supletoria del artículo 111 de la Ley Procesal de Familia opinamos que los argumentos a favor y en contra de la admisión del desistimiento en los procedimientos de violencia intrafamiliar son concernientes, porque se considera la inasistencia de la parte denunciante como un “desistimiento tácito”.

- Los jueces consultados consideran que su rol durante la audiencia preliminar, en la que según la Ley “propiciarán un diálogo con las partes sobre los efectos nocivos de la violencia intrafamiliar y sus repercusiones en la familia y propondrán mecanismos para evitar la repetición de los hechos constitutivos de la misma”, debe ser el de un mediador, conciliador, orientador familiar y un tercero imparcial. Consideramos que este tema ha sido uno de los menos discutidos y es de relevancia tal que una inadecuada intervención del juez, como funcionario que representa una autoridad, ante las partes y los hechos denunciados puede producir una agravación de la situación de violencia.

- En relación, a la posibilidad de vulnerar el principio de congruencia procesal al emitirse una resolución definitiva por medio de la cual se atribuya la violencia recíprocamente a la denunciante y denunciado(a), el criterio judicial mayoritario es que efectivamente, si con los medios de prueba presentados se demuestra que tanto denunciado(a) como víctima han participado activamente en los hechos de violencia, procede atribuir recíprocamente los mismos a ambas partes, independientemente de la pretensión inicial que se planteó con la denuncia. Consideramos que en la mayoría de procesos en los que se atribuye violencia recíproca priva una relación desigual de poder ya sea en razón de la edad, el sexo – género-, de la dependencia económica o emocional entre víctima y victimario, y si se demuestra que la violencia ha sido ejercida en la misma medida y magnitud la sentencia resulta conforme con los hechos demostrados. Existen casos en que aparentemente se ha ejercido violencia por ambas partes, pero más bien las agresiones han constituido un mecanismo de defensa frente a las agresiones que se han ocasionado previamente; también, puede darse

una situación en que la violencia ejercida por la parte denunciante resulte ser mínima en comparación con la sufrida en su contra; asimismo sucede que, de manera muy excepcional las agresiones que se ocasionen como respuesta a la violencia recibida sea superior, o con algún resultado fatal a causa del miedo que la persona agredida posee frente a su agresor. Sostenemos que independientemente del contenido de la denuncia, el fallo estará delimitado por los hechos probados en el desarrollo del proceso, aunque los mismos no correspondan a las peticiones planteadas por las partes.

- En la Ley se reconoce la facultad judicial para hacer cumplir las medidas dispuestas, sin embargo existe una serie de limitantes que dificultan la eficacia de las resoluciones que se emiten, las dificultades a las que se enfrentan, se agudizan si la ubicación territorial del tribunal que conoce sobre los hechos está muy alejada de las cabeceras departamentales donde radican los Centros de Atención Psico – Social de la Corte Suprema de Justicia. Todos los jueces que colaboraron con las entrevistas realizadas sostuvieron que se encargan directamente del control y ejecución de las sentencias impuestas, y que ante la ausencia de mecanismos legales para efectivizar las medidas, en la mayoría de casos lo ejercen con el auxilio de los profesionales que laboran en los distintos Centros de Atención Psico-social, así como de otras instituciones a través de las cuales se puede verificar el cumplimiento de la sentencia, que para comprobar los resultados que están dando las medidas impuestas, solicitan informes a los Centros de Apoyo como Alcohólicos Anónimos, centros de desintoxicación de drogas; Policía Nacional Civil de cada localidad, entre otros.

Es evidente que los jueces de paz de nuestro país se enfrentan con una complejidad de motivos que dificulta el ejercicio de las facultades otorgadas por las leyes que conocen, a manera de ejemplo mencionamos la falta de instituciones adecuadas para la asistencia psicológica tanto de la víctima como del victimario, la indisponibilidad de recursos económicos para tratar de brindar una respuesta a las limitantes que existen y la poca o deficiente colaboración interinstitucional, ya sea por la saturación de casos - los C.A.P.S., fueron creados en un primer momento para atender únicamente los casos que se ventilaban en los juzgados de familia -, o la lejanía del lugar donde se encuentra el tribunal, entre otros muchos factores.

Tuvimos conocimiento que a fin de superar el obstáculo que existía y aún persiste en relación a la ejecución de las sentencias que se emiten en los casos de violencia intrafamiliar, en la Corte Suprema de Justicia - en 1997 - se promovió un proyecto de asistencia a los juzgados de paz, en el cual se contempló la posibilidad de establecer Centros de Atención Multidisciplinaria encargados exclusivamente de los casos de violencia doméstica que se tramitaban en esos tribunales, lo cual no se llevó a cabo, a pesar que tales centros constituirían hoy en día una herramienta indispensable para realizar las evaluaciones o peritajes de ley y para controlar el cumplimiento de las sentencias que se emiten.

## Abreviaturas utilizadas

Ca.Fam.	Cámara de Familia
C.Fm.	Código de Familia
CAPS	Centro de Atención Psicosocial de Apoyo a los Tribunales de Familia
Cn.	Constitución
C.Pn.	Código Penal
C.Pr.C.	Código de Procedimientos Civiles
CIM	Comisión Interamericana de Mujeres
FGR	Fiscalía General de la República
ILANUD	Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente
ISDEMU	Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer
L.C.V.I.	Ley contra la Violencia Intrafamiliar
Lit.	Literal
L.O.J.	Ley Orgánica Judicial
L.Pr.F.	Ley Procesal de Familia
Ref.	Referencia
SNF	Secretaría Nacional de la Familia
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PDDH	Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos
PGR	Procuraduría General de la República
PNC	Policía Nacional Civil
UNICEF.	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
UTE	Unidad Técnica Ejecutiva

## Bibliografía

“La ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en el municipio de Guazapa”. Programa mujer, salud y desarrollo, PNUD, 1997.

ASOCIACIÓN DE MUJERES POR LA DIGNIDAD Y LA VIDA  
“Manual de Derecho Procesal”. Tomo I, Teoría General del Proceso, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000.

AZULA CAMACHO, JAIME

“Aporte teórico para la comprensión del maltrato infantil y familiar”. Material del curso “Violencia intrafamiliar” impartido por la Dra. Cecilia Paulina Grosman, del 7 al 11 de julio de 2003, en la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador.

CARRANZA CASARES, CARLOS A.

“Delitos contra la Integridad personal y contra la libertad: lesiones, amenazas y coacciones”. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU

“Violencia Familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social”. Editorial Paidós, 1ª Edición, Buenos Aires, 1994.

CORSI, JORGE (compilador)

“El tratamiento de los malos tratos desde el ámbito de la jurisdicción de familia”. En “La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos”. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

CASO SEÑAL, MERCEDES

“El rostro de la violencia más allá del dolor de las mujeres”. Editorial Icaria, 1ª Edición, Barcelona, 2002.

ELOSEGUI, M.; GGZ CORTEZ, M.T.; AGUDO C., BEL M. A. y MAGALLON C.

Consejo Nacional de la Judicatura. “Consultas N° 1”. El Salvador, 1999.

ESCUELA DE CAPACITACION JUDICIAL.

“Modos anormales de terminación del proceso”. Tomo I (Desistimiento del proceso, desistimiento del derecho, allanamiento), Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1987.

“Modos anormales de terminación del proceso”. Tomo II, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998.

FORNACIARI, MARIO ALBERTO.

“La violencia doméstica”. Editorial Bosch, Barcelona. 1999.

GANZENMULLER ROIG, CARLOS; ESCUDERO MORATALLA, JOSE FRANCISCO; Y FRIGOLA VALLINA, JOAQUIN.

“Diccionario jurídico”. Abeledo- Perrot, Tomo III, P-Z, 2ª edición, Buenos Aires, 1994.

GARRONE, JOSE ALBERTO

“Fundamentos de Derecho Procesal Civil”. Editorial Civitas, Madrid.

GIMENO SENDRA, VICENTE

“Las medidas cautelares en el derecho de familia”. Manual Práctico de medidas cautelares. Procesos constitucionales, ordinarios y especiales. Editorial Comares, Granada, 2000.

GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PABLO

“Responsabilidad civil y violencia en la familia”. Material del curso “Violencia Intrafamiliar” impartido por la autora del 7 al 11 de julio de 2003, en la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador.

“El maltrato infantil en la familia: el encuentro entre lo público y lo privado”. Material del curso “Violencia Intrafamiliar” impartido por la autora del 7 al 11 de julio de 2003, en la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador.

GROSMAN, CECILIA P.

“Violencia en la familia”. Editorial Universidad, 2° edición, Buenos Aires, Argentina, 1992.

GROSMAN, CECILIA P.; MESTERMAN, SILVIA; Y ADAMO, MARIA T.

“Maltrato al menor”. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1992.

GROSMAN, CECILIA P.; Y MESTERMAN, SILVIA.

“Pensiones Alimentarias”. Antología. Poder Judicial, Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, 1999.

GUEVARA MONTES, RICARDO (compilador).

“Violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe español 1990-2000. Balance de una década”. Isis Internacional/UNIFEM, Santiago de Chile, 2002.

GUERRERO CAVIEDES, ELIZABETH.

“La habitualidad en el maltrato físico y psíquico. Evolución legislativa y jurisprudencial del Art. 153 del Código Penal”. La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

JIMÉNEZ GARCIA, JOAQUIN

“Algunos aspectos procesales en leyes de violencia familiar”. Material del curso “Temas de Derecho de Familia” impartido por la autora en diciembre de 2002 en la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador.

“La medida autosatisfactiva, instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia intrafamiliar”. Material del curso “Temas de Derecho de Familia” impartido por la autora en diciembre de 2002 en la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA

“Procesos de Familia”. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

“Medidas Cautelares”, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000.

KIELMANOVICH, JORGE L.

“Régimen jurídico de la violencia familiar”. En Lamberti-Sánchez-Viar (compiladores) y otros, “Violencia familiar y abuso sexual”, Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1998.

LAMBERTI, SILVIO y SÁNCHEZ, AURORA.

“La violencia doméstica. La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos”. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

LANZOS ROBLES, ANTONIO

“Síndrome de maltrato a la mujer”. Material del curso “Psicología jurídica” impartido por el Dr. Miguel Manuel Clemente Díaz, del 30 de junio al 4 de julio de 2003, en la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador.

LORENTE ACOSTA, MIGUEL

“El tratamiento penal de la violencia intrafamiliar. Apuntes para la interpretación del artículo 200 del Código Penal”. Revista Justicia de Paz, número 10, Año IV, volumen III, Septiembre– diciembre 2001.

MARROQUIN GALO, FERNANDO

“Visión jurisprudencial de la violencia familiar”. Editorial Rubinzal– Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2002.

MEDINA, GRACIELA

“La violencia doméstica en el contexto del cambio familiar. Una perspectiva sociológica”. En “La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos”. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

MEIL LANDWERLIN, GERARDO

“Metodología. Diseño y desarrollo del proceso de investigación”. Editorial Mc Graw Hill, tercera edición, Colombia, 2001.

MÉNDEZ A., CARLOS E.

“La violencia doméstica y su tratamiento en los Juzgados de Instrucción”. Revista del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 3ª época, número 62, 2º trimestre, Madrid, 2001.

MONTES ROSADO, MARIA DEL ROCIO

“Pensiones alimentarias. Antología”. Poder Judicial, Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, 1999.

MONTES GUEVARA, RICARDO (compilador)

“Sistemas Penales comparados: Violencia en el ámbito doméstico y familiar”. Revista Penal La Ley, Universidad de Castilla La Mancha, número 10.

NIETO MARTÍN, ADAN

“Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen”. Washington, D. C. Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud, 2002.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD

“La protección internacional de los derechos de la niñez”. CSUCA, San José, Costa Rica, 1997.

SAGASTUME, MARCO A.

“Violencia y abuso en la familia”. Editorial Lumen / humanitas, Buenos Aires, Argentina. 1999.

SANZ, DIANA; Y MOLINA, ALEJANDRO

“Las medidas cautelares de la ley de protección al honor, la intimidad y la propia imagen”. En “Medidas cautelares por razón de la materia”. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL

“Teoría General del Proceso”. Temis, Bogotá, 1984.

VÉSCOVI, ENRIQUE

## LEGISLACION

### CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA

Asamblea Constituyente decreto 38, 15 de diciembre de 1983.

DO 334, tomo 281, 16 de diciembre de 1983.

### CÓDIGO DE FAMILIA

DL 677, DO 63, tomo 318, 31 de marzo de 1993.

### CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

Decreto Ejecutivo de 31 de diciembre de 1881, publicado en el Diario Oficial del 1 de enero de 1882.

## CÓDIGO PENAL

DL 1030, DO 105, tomo 335, 10 de junio de 1997.  
 CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y  
 ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.

DL 430, 23 de agosto de 1995.

CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS  
 DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER.

DL 705, DO 105, tomo 271, 9 de junio de 1981.

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

DL 487, DO 108, 9 de mayo de 1990.

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969,  
 entro en vigor el 18 de julio de 1978.

LEY CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

DL 902, DO 241, tomo 333, 20 de diciembre de 1996.

LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

DL 212, DO 241, tomo 349, de 22 de diciembre de 2000.

LEY PROCESAL DE FAMILIA.

DL 133, DO 173, tomo 324, 20 de septiembre de 1994.

DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL  
 HOMBRE.

Aprobada en la 9ª Conferencia Internacional Americana celebrada  
 en Bogotá en 1948.

DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.

ONU Resolución 217 A de 10 de diciembre de 1948.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS.

ONU Resolución 2200 A de 16 de diciembre de 1966

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES  
 Y CULTURALES.

ONU Resolución 2200 A de 16 de diciembre de 1966

## JURISPRUDENCIA

Principio de igualdad procesal y procuración de una de las partes:

- 60-A-2002 del 5 de junio de 2002
- 50-A-2002 del 14 de diciembre de 2002
- 8-IH-2002 del 12 de noviembre de 2002
- 18-A-2002 del 14 de junio de 2002

Todas de la Cámara de Familia de la Sección del Centro.

Medidas de protección:

Amparos resueltos por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema  
 de Justicia:

- 79-98 del 10 de marzo de 1997
- 265-2000 del 11 de septiembre de 2001
- 84-2001 del 15 de abril de 2002
- 354-2002 del 1 de abril de 2003

Casación resuelta por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia:

- 1441 Ca.Fam.S.S. IX del 21 de enero de 2002

Apelaciones resueltas por la Cámara de Familia de la Sección del Centro:

- 21-A-99 de 2 de marzo de 1999
- 27-A-99 del 16 de marzo de 1999
- 55-A-99 del 23 de agosto de 1999
- 56-A-99 del 30 de julio de 1999

- 11-IH-2000 del 1 de marzo de 2001
  - 106-A-2000 del 5 de enero de 2001
  - 107-A-2000 del 20 de noviembre de 2000
  - 115-A-2000 del 18 de diciembre de 2000
  - 128-A-2000 del 20 de febrero de 2001
  - 6-IH-2001 del 19 de julio de 2001
  - 41-A-2002 del 18 de junio de 2002
  - 135-A-2002 del 23 de septiembre de 2002
  - 186-A-2002 del 15 de enero de 2003
- Conflictos de competencia:
- 12-2003 del 27 de marzo de 2003
  - S/Ref. del 13 de marzo de 2003
- Ambas resueltos por la Corte Suprema de Justicia.
- Acreditación de la filiación:
- 6-IH-2001 del 19 de julio de 2001
- De la Cámara de Familia de la Sección del Centro.
- Allanamiento de los hechos:
- 21-A-2002 del 11 de abril de 2002
- De la Cámara de Familia de la Sección del Centro.
- Oportunidad procesal para ofrecer pruebas:
- 60-A-2002 del 5 de julio de 2002
  - 172-A-2002 del 5 de diciembre de 2002
- Ambas de la Cámara de Familia de la Sección del Centro.
- Conciliación:
- 8-IH-2002 del 12 de noviembre de 2002
  - 21-A-2002 del 11 de abril de 2002
  - 50-A-2002 del 14 de diciembre de 2002
- Todas de la Cámara de Familia de la Sección del Centro.
- Desistimiento:
- 50-A-2002 del 14 de diciembre de 2002
- De la Cámara de Familia de la Sección del Centro.
- Audiencia pública:
- 123-A-2000 del 28 de febrero de 2001
  - 153-A-2002 del 1 de noviembre de 2002
  - 186-A-2002 del 15 de enero de 2003
  - 237-A-2002 del 28 de mayo de 2003
- Todas de la Cámara de Familia de la Sección del Centro.
- Medios de prueba:
- 107-A-2000 del 20 de noviembre de 2000
  - 123-A-2000 del 28 de febrero de 2001
  - 13-A-2001 del 23 de abril de 2001
  - 75-A-2002 del 11 de junio de 2003
  - 114-A-2002 del 22 de enero de 2003
- Todas de la Cámara de Familia de la Sección del Centro.
- Recursos:
- 49-A-2000 del 15 de diciembre de 2000
  - 115-A-2000 del 18 de diciembre de 2000
  - 36-A-2001 del 5 de julio de 2001
  - 172-A-2002 del 5 de diciembre de 2002
- Todas las anteriores de la Cámara de Familia de la Sección del Centro y la sentencia 1637 Ca.Fam.S.S. IX del 5 de mayo de 2003 de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Señor (a) Juez (a) de Paz:

Entre las actividades académicas del Programa de Formación Inicial para jueces, de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, se lleva a cabo la instancia de investigación durante los meses de agosto y septiembre del presente año. Para la realización de la misma, en esta ocasión solicitamos su colaboración respondiendo al siguiente cuestionario referido a la aplicación judicial de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar. La finalidad del cuestionario es identificar las soluciones utilizadas por los administradores de justicia en la resolución de los problemas derivados de la aplicación de la ley antes mencionada. Por su valiosa colaboración muchas gracias.

### **Inicio del procedimiento.**

1. Que parámetros valora para determinar si el hecho denunciado es constitutivo de violencia familiar o de una infracción penal. Por ejemplo, cómo diferencia la violencia psicológica de la coacción, o amenazas?

2. Denota alguna diferencia entre la aplicación de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar y la competencia regulada en el Art. 206 de la Ley Procesal de Familia?

3. Considera usted que la Ley contra la Violencia Intrafamiliar es aplicable a menores de edad agresores?

4. Qué regla de competencia es aplicable en casos de violencia intrafamiliar: el domicilio del denunciado, el domicilio de la víctima, el lugar donde ocurrieron los hechos?

5. Cuál es el procedimiento utilizado en el tribunal a su cargo cuando denuncia los hechos de violencia un tercero, conforme al Art. 13 L.C.V.I.?

6. En el supuesto de denuncia interpuesta por un tercero, considera indispensable la ratificación de la denuncia por parte de la víctima, si o no y por qué?

7. Qué procedimiento utiliza cuando la víctima no acude a la cita para ratificación?

### **Medidas de protección.**

8. Al imponer una medida de protección qué parámetro utiliza para determinar su duración?

9. Qué criterios valora para ordenar la exclusión del hogar familiar del denunciado, conforme al Art. 7 letra e) L.C.V.I.?

10. Ha ordenado una medida de protección distinta de las señaladas en el Art. 7 L.C.V.I.? Cuál ha sido?

11. Considera efectiva la prohibición de ingerir bebidas alcohólicas, si o no, por qué?

12. La notificación de las medidas de protección debe ser personal o tiene aplicación supletoria el Art. 210 del Código de Procedimientos Civiles?

13. Ante las dificultades para realizar los peritajes señalados en el Art. 24 L.C.V.I. considera conveniente o no celebrar la audiencia preliminar sin los resultados de las pericias, por qué?

14. Para la realización de los peritajes psicológicos a qué instituciones solicita colaboración?

15. Después de recibida la denuncia, ha ordenado, además del peritaje

psicológico de la víctima, el del agresor o el del grupo familiar, si o no, en qué casos?

16. Qué procedimiento utiliza cuando la persona se niega a la practica de algún peritaje?

### **Audiencia preliminar.**

17. Qué procedimiento sigue cuando la víctima o el denunciado no asisten a la audiencia preliminar?

18. Cómo procede cuando a una audiencia sólo una de las partes comparece acompañada de abogado?

19. Cómo procede en el supuesto de retractación o desestimiento de la víctima?

20. Cuál considera que debe ser el rol del juez en la audiencia preliminar?

21. Puede el juez atribuir violencia reciproca al denunciante y al denunciado?

22. En qué casos considera que “los hechos no requieren prueba”, conforme al Art. 28 L.c.V.I.?

23. Considera admisibles como formas anormales de terminación del proceso la conciliación y el desistimiento?

24. Los compromisos asumidos por la persona denunciada y aceptados por la víctima, según lo dispuesto en el Art. 28 L.C.V.I., equivalen a una conciliación o no, por qué?

25. Cuál es el momento oportuno para ofrecer prueba: la denuncia, la audiencia preliminar?

26. Hasta qué momento pueden ofrecer pruebas las partes?

### **Ejecución de la sentencia.**

27. Cómo controla el cumplimiento de las medidas de protección ordenadas en la sentencia?

28. Qué medidas toma cuando las partes o una de ellas no asiste a la terapia ordenada en la sentencia?

## 4. “LAS DILIGENCIAS CONCILIATORIAS CIVILES EN SEDE DE JUEZ DE PAZ”

Lic. Edwin Roberto Arias García  
Lic. Juan Baudilio Torres Solano

Asesora:  
Licda. Margarita Romagoza de López Bertrand

### SUMARIO

Introducción. I. Aproximación General a la Conciliación Civil. La Conciliación en Grecia. La Conciliación en Roma. La Conciliación en el Derecho Canónico. La Conciliación en España. La Conciliación Moderna. La Conciliación en El Salvador. Período de transición o intermedio (post. Independencia). En la Recopilación de las Leyes Patrias que hizo el presbítero Isidro Menéndez. Posteriormente, se promulga el primer Código de Procedimientos Judiciales. El actual Código de Procedimientos Civiles. 2. Definición, Naturaleza Jurídica y Caracteres de la Conciliación Civil y sus diligencias. 2.1. Definición. 2.1.1. Definiciones Doctrinarias. 2.1.2. Definiciones Legales. 2.2. Naturaleza Jurídica. 2.3. Caracteres. Citas y Notas Referenciales. II. Regulación Normativa de las Diligencias Conciliatorias Civiles y la Competencia del Juez de Paz. 1. Introducción al Procedimiento. 2. Actos de Iniciación. 2.1. Cuestiones de Procedencia. 2.2. Cuestiones de Competencia. 2.3. Solicitud a Conciliación civil, Prevenciones y Admisión. 2.4. Cita a Conciliación. 3. Actos de Desarrollo. 3.1. Actos de Información. 3.2. Presencia de Hombres Buenos. 3.3. Prosecución de Audiencias. 4. Actos de conclusión. 4.1. La Audiencia Conciliatoria. 4.2. Propuesta de Solución. 4.3. Resultado de la Conciliación. 5. Actos de Ejecución. 5.1. Obligatoriedad y Ejecutoriedad del Acuerdo. 5.2. Prescripción y Eficacia Probatoria de las Diligencias Conciliatorias. 5.3. Problemas en la Ejecución. Citas y Notas Referenciales. III. Comentarios a Criterios Judiciales en las Diligencias Conciliatorias Civiles dirigidas por el Juez de Paz. 1. Marco Espacio Temporal. 2. Solicitud. 2.1. Auto Previo. 2.2. Inicio e Identificación del Mecanismo y de Partes. 2.3. Versión de los Hechos. 3. Admisión de Solicitud. 4. Cita a Conciliación. 5. Audiencia Conciliatoria. 6. Elaboración del Acta. 7. Cuadro Esquemático de la Conciliación Civil. Juzgado Primero de Paz de San Salvador. Juzgado Primero de Paz de San Marcos. Juzgado de Paz de Ayutuxtepeque. Juzgado Primero de Paz de Zacatecoluca. Juzgado de Paz de Zaragoza. Juzgado de Paz de El Congo. 8. Cuadro Esquemático de Entrevistas a Jueces de Paz. Pregunta 1. Pregunta 2. Pregunta 3. Pregunta 4. Pregunta 5. Pregunta 6. Pregunta 7. Pregunta 8. Pregunta 9. Pregunta 10. Citas y Notas Referenciales. Conclusiones y Recomendaciones. Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

Mediante el presente trabajo de investigación pretendemos que el lector interesado en la institución o mecanismo denominado conciliación civil en sede de juez de Paz, encuentre una perspectiva diferente de abordaje a la temática en cuestión; a fin de conocer su procedencia histórica, su ubicación normativa, los diversos criterios que los tribunales de Paz adoptan y cual debe ser -a nuestro criterio- el futuro de dicho instituto.

No debemos olvidar que la tendencia actual en la solución de conflictos y controversias entre las personas, se enmarca en vías alternas al proceso contencioso, permitiendo una salida rápida al problema que coadyuva a descongestionar el sistema judicial de pretensiones que pueden ser satisfechas mediante la aplicación del mecanismo en referencia. En ese sentido, la resolución alterna de disputas facilita el ahorro de tiempo y dinero, evitando la sobrecarga del sistema judicial; permite la obtención de procedimientos más abiertos, flexibles y atentos a las necesidades reales de las partes; busca la ampliación del acceso a la justicia; y, logra una mejor participación comunitaria en la defensa de sus intereses.

El juez de Paz tiene competencia en la dirección y administración de la conciliación civil, así como es el funcionario judicial más cercano a la comunidad y por ende a los problemas de sus integrantes, debe ser cuidadoso en la selección de los conflictos que ingresan al sistema judicial mediante esta vía y debe prestarle el interés que demanda teniendo conciencia de su papel conciliador, procurando el avenimiento entre intereses de dos o más personas generalmente contrapuestos.

Con la presente investigación no pretendemos solucionar todas las interrogantes que plantea la conciliación civil, sino más bien comentar las tendencias doctrinarias, legislativas y judiciales que justifican la continuidad y fortalecimiento de dicho mecanismo.

Para una mejor comprensión del tema, desarrollamos una estructura capitular basada en tres aspectos importantes: el primero, en una aproximación general a la conciliación civil que contiene una breve reseña histórica, su definición, naturaleza jurídica y caracteres; el segundo, en la regulación normativa contemplada en el Código de Procedimientos Civiles y otras normas jurídicas, así como la competencia de los juzgados de Paz; y, el tercero, en los comentarios a los diversos criterios judiciales que imperan en el ámbito.

Finalmente, con las siguientes reflexiones que conforman la presente investigación, queremos contribuir de manera sencilla pero significativa a la construcción del perfil funcional del juez de Paz, que en materia de conciliación civil implica una serie de destrezas y habilidades encaminadas a la realización de una pronta y cumplida justicia.

# 1. Aproximación General a la Conciliación Civil

## 1. Breve reseña histórica de la Conciliación Civil.

La conciliación como una forma de solucionar los conflictos o disputas, no ha sido un mecanismo de creación reciente, sino que a lo largo de la historia de la humanidad se ha manifestado de diversas maneras, según los pueblos o los tiempos en que ha tenido que desenvolverse dicho instituto. Esta breve reseña, se basará en datos recogidos por autores, en lo que respecta a algunos rasgos que caracterizaron en la antigüedad en países como Grecia, Roma, y mas modernamente en España y Francia, puesto que resulta ingente la tarea de hacerlo directamente de las fuentes, trataremos también de apoyarnos en alguna legislación nacional del siglo XIX para así exponer sucintamente la evolución histórica de la misma.

### La Conciliación en Grecia.

Se dice que en Atenas estaban los themostetes quienes buscaban avenir a las partes de manera que transigieran equitativamente sus diferencias , o que propusieran a un arbitro ,de tal forma que este Instituto tenía una regulación aunque mínima en Grecia, pero suficiente para solventar las controversias<sup>1</sup>.

### La Conciliación en Roma.

Como se sabe, Roma cuna del derecho occidental , del cual tenemos profundas raíces los países latinos, no normó esta institución, sino únicamente se le dio un reconocimiento sin regulación especial, así en la Ley de las XII Tablas, se daba fuerza obligatoria a lo que acordaren las partes al ir al juicio<sup>2</sup>.

Etimológicamente la voz conciliación deriva del latin conciliatio y en su forma verbal conciliare, y se traduce por la acción y efecto de conciliar, conformidad o concordancia.

Cicerón aconsejaba la conciliación, diciendo que se trataba: “de un acto de liberalidad digno de elogio y provecho para quien lo realizaba”<sup>3</sup>.

### La Conciliación en el Derecho Canónico.

Inspirado en los Evangelios, la Iglesia desde sus inicios difundió la doctrina del Amor y el perdón, de suerte que muchas de las normas de derecho canónico están fundados en la enseñanza de Cristo recogidos por varios evangelistas, así dentro de ellos, San Mateo, en el capitulo 5, versículo 25 expresa: “Muéstrate conciliador con tu adversario mientras vas con él por el camino no sea que te entregue al juez, y el Juez al alguacil, y seas puesto en prisión. Que en verdad te digo que no saldrás de allí hasta que pagues el último centavo”.

<sup>1</sup>En Grecia, la conciliación estaba regulada por la ley, teniendo los Temostetes el encargo de examinar los hechos, motivos del litigio y procurar convencer a las partes de que debía transigir equitativamente sus diferencias." Diccionario de Derecho Procesal Civil. Pág. 168. Autor: Eduardo Pallares. Editorial Porrúa. Décima edición, año 1977. México.

<sup>2</sup>"La Conciliación". Pág. 8. Autor: Junco Vargas, José Roberto. Editorial Ediciones Jurídicas Radar. Segunda edición, año 1994. Santa Fe de Bogotá, Colombia.

<sup>3</sup>Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil". V. II. Pág. 532. Autor: Manresa y Navarro, José María. Instituto Editorial Reus. Séptima edición, año 1953.

### La Conciliación en España.

Es de gran importancia mencionar, y no podemos soslayar algunos hitos que marcan el perfil que en el derecho español, tuvo la conciliación. La mayoría de autores coinciden en considerar, que el Fuero Juzgo, el cual consistía en una compilación dictada probablemente por los godos a fines del siglo VIII, y mandada a que se tradujese por Fernando III donde aparecieron los Pacis Adsertores o Mandaderos de la Paz<sup>4</sup>, que eran los encargados de resolver de forma no contenciosa los conflictos jurídicos; y también se destacan las Siete Partidas publicadas alrededor del siglo XIII y según se dice que fueron creación de Rey Alfonso X “ El Sabio” y donde se mencionan los jueces avenidores, a que se refiere la ley 23, tit. 4<sup>o</sup>, de la partida 3<sup>a</sup>. Es por tal razón que se estima que ambos cuerpos legales, contienen los antecedentes de la Conciliación para España.

### La Conciliación Moderna.

La Conciliación como la conocemos en la actualidad deriva a partir de la Revolución Francesa, pues a raíz de los cambios que introdujo ese movimiento en Francia, debemos recordar que la Revolución Francesa quiso en esos momentos dar un vuelco al antiguo Régimen, y que por derivación se extendió a todo el mundo, prueba de ello fue el cambio del sistema métrico decimal que fue adoptado por buena parte del mundo, inclusive nuestro país; que se intentó, dicho sea de paso, implementar la semana laboral de diez días y los meses de treinta días, dándoles nombres climáticos, tales como brumario, nevoso, lluvioso, ventoso, etc.; decretos revolucionarios, entre los cuales se destaca el del 4 de Agosto de 1789, en el cual se abolió el régimen feudal, se suprimió la venalidad de la judicatura y de la municipalidad, igual se suprimió la justicia señorial; estableciéndose en ese mismo decreto, que la justicia sería gratuita<sup>5</sup>. Dándose el extremo de prescribir en otro decreto, la no necesidad de los abogados para intervenir en los pleitos tramitados por la justicia.

En ese orden de ideas, “La revolución, en efecto, dispuso por medio de ley del 24 de Agosto de 1790 que no se admitiría demanda alguna civil sin previo intento de conciliación y que a éste no podría concurrir curiales o apoderados”<sup>6</sup>. Es decir, se estableció de forma obligatoria la Conciliación para todo proceso civil, de parte de la Asamblea Nacional Constituyente, dado que se desconfió de la justicia compleja, artificiosa, con un gran peso en las argucias de abogados, se buscaba en la razón, el sentido común y la simplicidad, la forma de resolver los conflictos, desconfiándose de los jueces de carrera, por lo que Berizonce afirma: “de ahí que la prédica de que la decisión de los conflictos se debía confiar a los hombres de bien, al buen vecino, que habría de prevenirlos por su consejo antes que zanjarlos con sus decisiones. La paz, la concordia y la armonía entre los vecinos sería el valor fundamental a tutelar, y entonces se privilegiaría el avenimiento de los litigantes”<sup>7</sup>.

De esta manera surgió la Justicia de Paz que en muchos lugares

<sup>4</sup>Ob. cit., en nota (3), pág. 535.

<sup>5</sup>Decreto del 4 de agosto de 1789. “Abolición del régimen feudal. Art. 4, todas las justicias señoriales son suprimidas sin indemnización. Art. 7, la venalidad de los oficios de la judicatura y de la municipalidad quedan suprimidas desde este instante. La justicia será gratuita.” [www.LaTorreonline.com/geohist/1bat/revolucion\\_francesa](http://www.LaTorreonline.com/geohist/1bat/revolucion_francesa).

<sup>7</sup>[www.LaTorreonline.com/geohist/1bat/revolucion\\_francesas](http://www.LaTorreonline.com/geohist/1bat/revolucion_francesas).

<sup>7</sup>“Derecho Procesal Civil Actual”. Pág. 615. Autor: Berizonce, Roberto O. Editorial Abeledo-Perrot. Año 1999. Buenos Aires, Argentina.

y con la sencillez que la caracteriza aún pervive en nuestras ciudades y poblaciones.

Posteriormente al Código de Napoleón de 1804, al tratar de publicarse en 1806 el Código de Procedimientos Civiles, que fue otro de los de Napoleón, la mayor parte de las Audiencias, el Tribunalado y el Consejo de Estado aconsejaron que fuese suprimida, pero no obstante fue conservada como obligatoria<sup>8</sup>, es decir se mantuvo en dicho cuerpo normativo la figura de la conciliación de forma obligatoria, la que paso a códigos de otros países: Belga, español y posteriormente a los demás códigos Iberoamericanos.

Cabe señalar como un antecedente, que la Constitución Política de Cádiz de 1812, estableció el Juicio Especial de Conciliación, lo cual implicaba que no podía entablarse ningún juicio, sin la certificación de haberse intentado y no logrado la conciliación.

### **La Conciliación en El Salvador.**

Al igual que la mayoría de países que se independizaron de España, la institución de la conciliación fue muy bien recibida, como se dijo anteriormente, en nuestros países. De allí, que buena parte de nuestra tradición jurídica esta impregnada de la legislación española referente a dicha materia.

De esa manera, luego que se independizó Centroamérica de la monarquía española, continuaron vigentes muchas leyes, decretos, edictos, ordenanzas y demás normas coloniales.

El Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz, en su obra "Historia de las instituciones Jurídicas Salvadoreñas"<sup>9</sup>, enmarca que el desarrollo de nuestro orden jurídico se divide en tres periodos:

- 1)Periodo colonial o pre-independiente, que también se le conoce por derecho antiguo.
- 2)De Transición o de derecho intermediario.
- 3)Derecho nuevo.

En el periodo colonial se encuentran todas aquellas fuentes normativas que se mencionaran respecto al derecho español de la edad media al inicio de este trabajo, es decir, el Fuero Juzgo, las Siete Partidas, el Fuero Real, etc. Que como se ha visto, tiene poca conexión con lo que conocemos en el derecho actual, por lo que centraremos nuestra exposición en el derecho intermedio y el derecho nuevo que surgió con los aportes que dio el ilustre Presbítero Don Isidro Menéndez con el código de procedimientos civiles vigente.

El período intermediario, es aquel que precedió después de la independencia de España, y su primer momento fue el Acta de Independencia. Este fue un período convulsivo, se dio la anexión por parte de México, las guerras fratricidas entre los países centroamericanos, revueltas y cambios de gobierno, invasiones extranjeras. En todo ese período, se fueron consolidando los Estados centroamericanos, la sociedad y el Estado estuvieron articulados con la legislación española, es decir la legislación secundaria fue en buena medida la heredada de

<sup>8</sup>Ob. cit., en nota (2), pág. 11.

<sup>9</sup>Historias de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas". V. I. Pág. 9. Autor: Napoleón Rodríguez Ruiz. Primera edición. Año 1951.

España. Muchas veces, hubieron decretos que habilitaron leyes emitidas por las cortes de dicho país.

El derecho nuevo, siguiendo al Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz, inicia a partir de 1860 cuando a decir del citado autor, el Estado deja de vivir prestado de la legislación española.

Para efectos de ubicación temporal, tomaremos la división propuesta por el Dr. Rodríguez Ruiz, pues la consideramos muy adecuada para tratar el desarrollo de la conciliación en nuestro país.

### **Período de transición o intermedio (post. Independencia).**

En efecto, luego de nuestra vida independiente, con el incipiente e inestable Estado Federal que se mantuvo hasta casi llegar la primera mitad del siglo XIX, las mayorías de leyes, decretos que estuvieron vigente en lo que se llamó el Estado del Salvador, fueron en buena parte, las disposiciones que surgieron con las leyes de Las Cortes Españolas de 1812.

Dado la multiplicidad de leyes, decretos, ordenanzas que regían el Estado salvadoreño, surge como una necesidad de ese momento clarificar y reunir en una sola Recopilación, dichas leyes; pues como lo decía el Presbítero Isidro Menéndez, al referirse a dichas leyes al momento de presentar el proyecto del primer Código de Procedimientos Civiles: "La legislación que ha rejido al Salvador, formada por el confuso hacinamiento de voluminosos e incoherentes cuerpos de leyes españolas y coloniales y de disposiciones patrias, dictadas sin unidad ni sistema, ha formado en nuestro foro un caos de complicación y oscuridad y ha venido a convertirse en un desordenado arsenal en que se recogen a la ventura armas para la demanda y la excepción, para la acusación y defensa."<sup>10</sup>

Haremos un breve comentario de estos cuerpos legales con el objeto de conocer los antecedentes que precedieron a la vigente conciliación.

A) En la Recopilación de las Leyes Patrias que hizo el presbítero Isidro Menéndez, y que fueron encomendadas por el presidente de la República, don José María San Martín; la citada recopilación comprendió un gran número actas, leyes, decretos legislativos, decretos ejecutivos, etc; comenzando por el Acta de Independencia del 15 de Septiembre de 1821.

Estaba compuesto de libros y cada libro por títulos, y alguno de ellos por leyes y a su vez por títulos nuevamente. Así en el libro IV, título 2º de las facultades de los gobernadores municipalidades y alcaldes de la ley 1, se encontraba el Reglamento de Jefes Políticos, municipalidades de fecha 4 de Septiembre de 1832 y en capítulo referido a los alcaldes se establecían muchas de las atribuciones que tenían dichos funcionarios. Es importante señalar que los alcaldes en esa época eran personas muy importantes, a tal extremo de que no solo tenían funciones administrativas y de policía, sino también jurisdiccionales, transcribiremos unas disposiciones con el objeto de contextualizar su ubicación en las esferas de poder de ese entonces:

<sup>10</sup>Informe que acompañó al Proyecto de Código de Procedimientos Judiciales. Pág. 4. Pbro. Isidro Menéndez e Ignacio Gómez. Imprenta de Luna. Año 1858.

“De los Alcaldes

Art. 101. El gobierno económico y político de los pueblos, es inmediatamente a cargo de los Alcaldes.

Art. 102. Toca a los Alcaldes tomar y ejecutar las disposiciones convenientes para la conservación de la tranquilidad y orden público, y para asegurar y proteger las personas y bienes de los habitantes, tanto dentro de la población como fuera de ella, en todo el territorio del pueblo respectivo.

Art. 104. Los Alcaldes rondarán y dispondrán que se ronde, para evitar desordenes y escesos en las poblaciones, procurando también, con mucho celo, que eviten fuera de ellas.”

Como se puede deducir, de los 3 artículos antes reproducidos, el poder de los alcaldes era muy fuerte, pues recuérdese que existía un gobierno federal débil y un Estado salvadoreño incipiente; de tal suerte que los partidos como se les llamaba a las circunscripciones territoriales donde se ejercían el poder por parte de las municipalidades, no eran compartido por otros poderes, salvo el judicial y el militar.

A parte, de las atribuciones mencionadas en el cuerpo legal en comento, también tenía funciones jurisdiccionales y que por la misma ley le habían sido conferidos. Ejemplo de ello lo encontramos en los siguientes artículos, en que la conciliación, era uno de los medios de resolver los conflictos más comunes, dada su sencillez y practicidad para la época, pues no se requería de patrocinio letrado:

“Art. 108. Los Alcaldes, son los únicos jueces conciliadores de sus pueblos y Jurisdicciones, cualquiera que sea la cantidad que se litigue, o las personas que contiendan. Quedan excluidos del juicio conciliatorio los negocios que no deben ventilarse en juicio contradictorio.

Art. 109. En los juicios de conciliación podrán concurrir las partes personalmente, o por medio de procurador autorizados con poder legal.

Art. 110. Cuando los alcaldes, asociados de los hombres buenos, no puedan conciliar a las partes, les harán observaciones con el fin de que nombren jueces árbitros o arbitradores, para terminar las diferencias. Los uno y otros nombrados, no pueden excusarse sin causa legítima.”

Siempre en la precitada Recopilación, en el libro V, título I se encuentra “La Ley reglamentaria para los tribunales y Juzgados del Estado”.

En dicha ley, en el título 5º se establecía la competencia de los jueces de 1ª Instancia y en el título 6º la competencia a los alcaldes para conocer de demandas civiles que no pasaran de 200 pesos, y de los juicios conciliatorios.

Así el Art. 143 prescribía: “Los alcaldes de los pueblos conocerán de todas las demandas civiles que no pasan de doscientos pesos y de los negocios criminales por injurias o faltas livianas con apelación al Juez de 1ª Instancia, cualquiera que sea la cantidad que se litigue o pena que se imponga ...”.

El Art. 144 del mismo cuerpo legal establecía: “También por oficio propio serán los conciliadores; y cuando el asunto se determine por árbitros en lo casos que las partes se reservaron el derecho de apelar...”<sup>11</sup>.

<sup>11</sup>Recopilación de las Leyes del Salvador. Segunda edición, conmemorando el primer centenario de la primera publicación de 12 de julio 1854. Año 1956.

Siempre en libro V, título 3, Ley 3. De los Alcaldes y Juicios Conciliatorios (Artículos vigentes de la instrucción de 30 de Julio de 1824, sobre juicios conciliatorios), y en una nota aclaratoria del título antes citado de la Recopilación de Leyes Patrias, decía: "Que el olvido de estos artículos ha causado diversidad en los juicios conciliatorios y bastantes males, porque es cabalmente la única ley del estado que habla de ellos es profeso, y de conformidad con el espíritu de la Constitución Española, que los introdujo." Por tal razón fueron reproducidos 5 artículos, dentro de los cuales algunos de ellos por su relevancia, destacamos, por ejemplo:

El Art. 219 decía: "En el desempeño de oficios de conciliadores, que encarga la Constitución a los Alcaldes, se comportaran con la prudencia y circunspección que exige el objeto de una institución tan sabia, haciendo cuantos esfuerzo les dicte su celo, para que se verifique la conciliación y se conserve la tranquilidad particular entre los habitantes, y aun la interior de las familias, tan necesaria a la felicidad pública"<sup>12</sup>. Es interesante destacar esta disposición, puesto que denota el espíritu que se tenía de la Conciliación, luego de la Revolución Francesa, y que aún se respiraba por parte de nuestros legisladores; puesto que como se mencionó anteriormente al citar a Berizonce, la paz, la concordia, y la armonía entre los vecinos sería el valor fundamental a tutelar, y así se obtenía el avenimiento entre los litigantes como forma compositiva fundamental.

Los alcaldes, bajo esta normativa tenían la potestad de hacerlos concurrir ante él, el Art. 222, siempre del citado cuerpo legal, así lo prescribía: "Toda persona demandada, a quien cite el Alcalde para la conciliación, esta obligado a concurrir ante él, para que tenga efecto, si residen en el mismo pueblo; y si no lo hiciere, se le citará segunda vez, a costa suya conminándole el alcalde, con un multa de uno a doce pesos, según las circunstancias del caso y de la persona ..." <sup>13</sup>.

En este cuerpo de leyes, ya se encontraban mencionados los hombres buenos para los juicios conciliatorios, aunque no se establecía su función específica. El Art. 235 expresaba: "Los alcaldes, cuando no puedan conciliar los negocios con los hombres buenos, procuraran hacer observaciones a los litigantes, podrá inclinarlos a que nombren jueces árbitros, de manera que se terminen así las diferencias"<sup>14</sup>."

Otro aspecto importante que recoge la normativa en comento, es justamente otro postulado de la Revolución Francesa, cual es el hecho de abolir los privilegios y fueros atractivos que gozaban las clases privilegiada en Francia; así por Decreto legislativo (sic) de 13 de Marzo de 1854, se emitió un decreto para que el juicio conciliatorio se pudiera realizar en cualquier lugar en que se encontrare el demandado, el decía: "Art. único. En cualquier lugar en que se encuentre la persona a quien se intenta demandar conciliatoriamente, puede celebrarse el juicio conciliatorio, sin que le sirva de excusa (sic) la declinación del fuero o de jurisdicción ." Este decreto se emitió, según se refiere en el considerando del mismo debido a las evasivas maliciosas de las personas a quienes se trata de demandar, o ya porque aunque estas se hallen en

<sup>12</sup>Ob. cit. en nota 11.

<sup>13</sup>Ob. cit. en nota 11.

<sup>14</sup>Ob. cit. en nota 11.

el lugar, que surte fuero para lo principal del negocio, esta fuera de su domicilio, a donde se debe ocurrir solo por la conciliación.

B) Posteriormente, se promulga el primer Código de Procedimientos Judiciales, declarado ley de la República el 20 de Noviembre de 1857, el cual contenía tanto los procedimientos civiles como criminales conjuntamente, al respecto es necesario señalar, lo que la Comisión autorizada para la elaboración del proyecto de Código de Procedimientos Civiles apuntó en el postulado 15 de su informe: “El juicio conciliatorio es sumamente útil, si se maneja con la prudencia debida, y con el fin de aquietar a los litigantes. La corrupción ha llegado a su término, en esta materia, ignorándose el origen (sic), objeto y circunstancias del juicio, y la manera de manejarlo. Las mismas Cámaras han dado leyes que no les hacen honor, porque suponen el olvido de leyes preexistentes, que no se tuvieron presentes. Todo esta previsto y desarrollado en el Código.” Es decir, con el código mencionado se pretendió corregir algunos vicios como los que señala la mencionada comisión, por tal motivo aparece la institución de la Conciliación por primera vez regulada de forma sistemática en el título 5º que se refería DE LOS ACTOS PREVIOS A LA DEMANDA, específicamente en el capítulo 2º “De la Conciliación”, que comprendía 37 artículos, del 167 al 201.

En esta primera regulación, se dejó bien establecido que la conciliación era un acto previo y obligatoria para entablar un demanda, y eso quedó establecido en los artículos 164, 165 y 166, que transcribiremos a continuación:

“Art. 164. La conciliación es un acto preparatorio para el juicio, que tiene por objeto evitar el pleito que alguno quiere entablar, procurando que las partes se avengan, o que transijan o comprometan en árbitros o arbitradores el asunto que da motivo a él.

Art. 165. El juicio conciliatorio debe preceder a toda demanda por escrito, excepto (sic) los casos que se designan en los artículos 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194 y 195 de este Código. *(Una breve referencia del contenido de esos artículo: el art.188 se refería a las personas que estaban por las leyes privadas a transigir; el art.189 era referido a los negocios de la Hacienda Pública; el art.190 regulaba las causas de concursos de acreedores, cesión de bienes, esperas o quitas; el art.191 mencionaba los casos de las acciones que se intentan por incidencia de un juicio pendiente; el art.192 lo limitaba a los interdictos o acciones sumarias o sumarísimos de retener o recobrar la posesión; sobre los Arts.193 y 194 más adelante se relacionan).*

Art. 166. La Conciliación es necesaria aún para entablar la acción ejecutiva en los casos que tengan lugar.”<sup>15</sup>

Como se puede observar, la figura de la conciliación adquiere un perfil importante y sistemático dentro de los procesos civiles, puesto que a diferencias de las regulaciones previas que permitían conciliar aspectos criminales derivadas por injurias o faltas leves, en esta nueva legislación la amplían a las injurias graves y a causas de divorcio, así tenemos como ejemplo, los artículos 193 y 194, para el caso.

<sup>15</sup>Códigos de Procedimientos Civiles y Criminales y de Fórmulas de todas las Instancias de la República de El Salvador de 1857. Imprenta de Luna. Año 1858. Guatemala.

“Art. 193. Precederá la conciliación las injurias graves; pero no en las leves las que deben decidirse en juicio verbal.

Art. 194. Es también necesaria la conciliación en la causas de divorcio; mas el avenimiento de la partes solo terminara el negocio en el caso de que se reúnanlos cónyuges.”<sup>16</sup>

Parece extraño que se permita conciliar por las injurias graves, pero no por las leves. No encontramos explicación por tal proceder legislativo.

De igual forma, lo referente al divorcio, cuando aún no existía el actual Código Civil, que si lo reguló hasta 1860, dos años después de la promulgación del primer Código de Procedimientos Civiles, el cual estamos comentando.

En sentido contrario, este código estatuye una serie de disposiciones que limitan la conciliación y son antecedentes de los que regula la actual legislación vigente, a guisa de ejemplo, citaremos algunos casos:

“Art. 190. Tampoco debe preceder el juicio conciliatorio en las causa de concurso de acreedores, cesión de bienes, esperas o quitas, ni en los de concurso a capellanías colativas y otra causas eclesiásticas, en que no puedan avenirse las partes.

Art. 191. La conciliación no es necesaria en las acciones que se intentan por incidencia de un juicio pendiente, entre personas que hagan de parte en él o hayan sido emplazadas para su seguimiento.

Art. 192. Tampoco debe preceder el juicio conciliatorio para intentar los interdictos o acciones sumarias o sumarísimas de tener o recobrar la posesión, de obra nueva, ni para el reconocimiento de documentos, ni para interponer un retracto o promover la formación de inventarios y partición de herencia, ni para otros casos urgentes (sic) de igual naturaleza...”<sup>17</sup>.

Dado que cuando se promulgó el primer código de procedimientos civiles, no existía el Código Civil, se dio muchas incongruencias en su aplicación, obligándose a reformar este código, lo que a su vez condujo a la promulgación de un 2º Código de Procedimientos Civiles publicado en la Gazeta Oficial de fecha 15 de enero de 1863, siendo Presidente de la República, Gerardo Barrios. En dicha Gazeta, solo apareció publicado el decreto de aprobación de la ley, sin la publicación de la misma por gran extensión, no encontrándose publicación alguna en las principales bibliotecas del país.

C) El actual Código de Procedimientos Civiles, derogó el anterior que tuvo una vida efímera, por cuanto sólo tuvo 18 años de vigencia, dado que por decreto del Poder Ejecutivo del 31 de Diciembre de 1881, y publicado el 1º de Enero de 1882 en tiempos del Presidente de la República Rafael Zaldívar dio nacimiento al mencionado código. El cual desde su entrada en vigencia ha tenido numerosas reformas, no obstante respecto a la Conciliación, ésta no ha tenido cambios sustanciales.

La nota diferente que se introdujo con respecto a la conciliación en el anterior código, fue que ésta dejó de ser obligatoria, y no se incluyó la intervención de los alcaldes en los excepcionales casos donde otro Juez de Paz era demandado. Art. 187 C.Pr.C.

<sup>16</sup>Ob. cit. en nota 12.

<sup>17</sup>Ob. cit. en nota 12.

También se introdujeron cambios en cuanto a edad de los hombres buenos, pues antes se exigían 25 años, y en el actual código se limitaba a 21 años, que con las reformas constitucionales quedó reducido a 18 años.

Podemos concluir, que la Conciliación a lo largo de la historia universal, y en particular la de nuestro país, no ha sido estática, sino por el contrario dinámica. En buena medida ha estado influenciada por aspectos políticos y económicos, los que de una u otra manera han moldeado esta institución jurídica; y hoy con la globalización y la internacionalización del derecho, estamos seguros que también se proyectaran nuevos cambios los cuales deben adecuarse a nuestra realidad social y jurídica.

## **2. Definición, Naturaleza Jurídica y Caracteres de la Conciliación civil y sus Diligencias.**

### **2.1. Definición.**

#### **2.1.1. Definiciones Doctrinarias.**

Etimológicamente, el término conciliación, según el Diccionario de la Lengua Española (Décima Octava Edición, 1956) se deriva del latín "*conciliatio onis*"; que literalmente significa: acción y efecto de conciliar. También del latín *conciliare*, que se traduce en acto de conciliación o el verbo conciliar, es componer y ajustar los ánimos en diferencia de los que estaban opuestos entre si o conformar dos o más posiciones o doctrinas al parecer contrarias<sup>18</sup>.

Según Eduardo Pallares, en su diccionario de Derecho Procesal Civil (Editorial Porrúa, México 1973, p. 167), define la conciliación como "la avenencia que sin necesidad de juicio de ninguna clase, tiene lugar entre las partes que disienten acerca de sus derechos en un caso concreto, y de las cuales una trata de entablar un pleito contra la otra". El problema de esta definición, según el autor en referencia, estriba en que puede haber conciliación aún cuando las partes se pretendan demandar mutuamente, y porque en algunas legislaciones, se permiten las diligencias de conciliación no obstante haberse entablado el proceso.

La conciliación, como un instrumento o mecanismo de resolución pacífica de conflictos, se contempla como "una manera de resolver los conflictos que surgen de una negociación entre las partes, pero apoyadas por una tercera persona"<sup>19</sup>. Entendiéndose por negociación en el contexto de la definición anterior, la comunicación de doble vía que permite llegar a un acuerdo entre dos personas cuando comparten algunos intereses, pero que también tienen algunos intereses opuestos. Es decir, que mediante la negociación dos o más sujetos tienen la convicción de intentar solucionar el conflicto dialogando directamente y sin la intervención de otra persona o un tercero. Cabe aclarar, según lo expondremos adelante, que la conciliación requiere la presencia de una tercera persona que facilite o motive la conducción del diálogo a efecto de pretender encontrar la solución pacífica de un determinado conflicto que afecta a dos sujetos.

<sup>18</sup>"La Conciliación. La desjudicialización como alternativa para descongestionar los tribunales". Autor: Dr. José Arcadio Sánchez Valencia. Artículo publicado en la Revista del Ministerio de Justicia. Cuarta época, N° 2. 1994. Centro de Información Jurídica. Ediciones del Último Decenio. San Salvador, El Salvador, Centroamérica.

<sup>19</sup>Definición tomada del documento: módulo 3, serie Módulos Educativos, "Resolución Pacífica de Conflictos". Publicado por el Comité Académico Área de Sociedad Civil del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). Edición primera, 1997. San José, Costa Rica.

Es importante el rol que desempeña esta tercera persona -mediador o conciliador-, que puede asumir diferentes actitudes como: -Colaborar con los interesados directos en el conflicto, para facilitar la negociación a efecto de llegar a un acuerdo, pero sin proponer soluciones. En tal sentido, ayuda a que los interesados lleguen por sí mismos a resolver el conflicto y les hace ver los inconvenientes de no solucionarlo. -Asumir un rol más activo, el conciliador puede diseñar o estructurar y ofrecerles a los interesados propuestas de solución al conflicto. -Reunirse por separado con cada uno de los intervinientes directos del conflicto, con el objeto de facilitar la solución. También puede coadyuvar con los interesados para fijar las reglas de la negociación, o las que servirán para ejecutar los acuerdos en caso de lograrlos.

Según Elena I. Highton y Gladys S. Álvarez<sup>20</sup>, el verbo conciliar supone avenimiento entre intereses contrapuestos, es decir, armonía establecida entre dos o más personas con posiciones disidentes. En definitiva, se pretende avenir las voluntades o poner a los contendientes en paz. Se debe intentar atajar el conflicto antes de que el antagonismo se jurídica e ingrese como controversia a los tribunales, en donde el bien jurídico que se pretenda obtener sea adjudicado, después de un largo recorrido de etapas procesales, a una de las partes en perjuicio del otro, si es que la pretensión prospera<sup>21</sup>.

Para las autoras en referencia, el verbo conciliar en su verdadero sentido y preciso significado, engloba lo que denominan: autocomposición pacífica del conflicto, la cual puede darse sobre la base de una de tres posibles soluciones, a saber:

a) El que pretende (actor) renuncia unilateralmente al total de su pretensión; b) el pretendido (el demandado o resistente) renuncia unilateralmente al total de su resistencia; y, c) ambos contendientes (actor y demandado) renuncian recíproca y simultáneamente a parte de lo que aspiraban al entablarse el conflicto. En los tres supuestos anteriores, la conciliación aparece como el resultado al cual voluntariamente llegan los interesados, en virtud del juego de renunciaciones que es factible sostener. Por tanto, en el desistimiento, allanamiento y transacción, las partes resuelven el conflicto mediante un método de autocomposición puro. La conciliación aparece, en este caso, como un medio para facilitar la referida autocomposición; además de ser, un resultado<sup>22</sup>.

La conciliación, para las autoras en comento, a pesar de la ambigüedad del término, consiste en un intento de llegar voluntariamente a un acuerdo mutuo, en que un tercero que interviene en forma oficiosa y flexible entre los contendientes, puede ayudar a dirigir la discusión sin un rol activo. El vocablo conciliación, también puede reservarse para la

<sup>20</sup> "Mediación para resolver conflictos". Autoras: Elena I. Highton y Gladys S. Álvarez. Editorial Ad-hoc. Buenos Aires, Argentina. Segunda edición, 1996.

Las autoras: Elena I. Highton y Gladys S. ob. cit. en nota (15), pág. 99. Señalan que "la jurisdicción se basa en la contienda. El proceso judicial es más que nada, un debate entre abogados donde las partes, en lo sustancial, quedan excluidas y en el cual, finalmente, un tercero -el juez- toma la decisión que es obligatoria para ellas... Los tribunales necesariamente utilizan un método adversarial en que las partes se enfrentan en estilo de tipo combativo -en que cada una trata de convencer al tribunal de su verdad destruyendo la argumentación de la contraria- y que culmina con la adjudicación, de modo tal que una vez que el pleito se ha desarrollado entre las partes, el tercero neutral resuelve la controversia... En definitiva, el juez arriba a su decisión después de que se han ventilado los hechos en procedimiento contencioso, lo que demanda tiempo, dinero angustias y nuevas fricciones entre los contendientes."

<sup>22</sup> Elena I. Highton y Gladys S. ob. cit. en nota (15), Pág. 104, sostienen que la conciliación es el género y la transacción, la especie. "Siempre que se transa se concilia; no siempre que se concilia se transa. Los actos de autocomposición en que las partes resuelven amigablemente el proceso admiten las tres indicadas formas típicas de avenencia: el desistimiento, la transacción y el allanamiento. El desistimiento es el abandono del actor; un acto abdicativo que consiste en reconocer que no se tiene derecho a demandar con posibilidades de éxito; la transacción es el acuerdo mediante recíprocas concesiones; el allanamiento es el sometimiento del demandado." Por ello, las autoras insisten en que la conciliación, en una de sus concepciones terminológicas, es sinónimo de avenimiento.

facilitación de un acuerdo presidido por un juez. En tal sentido, según las autoras, la conciliación debe estar regulada normativamente para permitir que el juez convoque a las partes en litigio con el objeto de intentar que lleguen a un avenimiento.

Para el licenciado César Salazar Grande<sup>23</sup>, la base de la mediación y de la conciliación es el interés particular que tienen las personas de resolver su propio conflicto. Sólo las personas involucradas en el problema saben los recursos (materiales, espirituales, anímicos, etc.) con los que cuentan y pueden dar para resolver su conflicto. En virtud de los principios de libertad y autonomía de la persona humana, lo mejor es que las personas elijan la solución a sus propios problemas y el proceso o procedimiento para ello. La conciliación debe ser voluntaria y autogestionable, en cuanto que los interesados deciden someter el conflicto al juez y el problema de fondo nunca va a ser de éste. El juez que asume el rol de conciliador o mediador no le interesa el conflicto que los particulares tienen, sino que va a mediar la comunicación entre ellos de la manera más ética posible.

En el juicio, a diferencia de las diligencias conciliatorias, el juez se apropia del proceso y está obligado a dar una resolución ya sea sobreseimiento o sentencia. En el sistema de la conciliación, es de su esencia la voluntariedad, la autogestión y la colaboración. Por ello podemos hablar, tomando en cuenta la resolución alterna de conflictos, de diligencias conciliatorias judiciales o extrajudiciales, lo que importa es que las personas involucradas en un conflicto tengan una variedad de mecanismos para resolverlos.

### **2.1.2. Definiciones Legales.**

Las definiciones y concepciones anteriores respecto de la conciliación, nos aproximan al tema objeto de nuestra investigación, es decir, las diligencias conciliatorias civiles en sede de juez de paz. Para ello se debe tomar en cuenta la distinción entre diligencias y proceso, en donde en estricta técnica procesal, en las diligencias no hablamos de partes -entendidas como el demandante o actor que pide la tutela judicial y el demandado frente a quien se pide- sino de intervinientes (solicitante y requerido o solicitado), tampoco de demanda sino de solicitud, no hay actividad probatoria tampoco o sentencia firme (lo que resulta es acuerdo conciliatorio logrado o intentando y no logrado).

En nuestro Código de Procedimientos Civiles (Pr.C.), se ubica a la conciliación en el título relativo a los actos previos a la demanda. Ubicación que es incorrecta ya que técnicamente podemos mencionar como actos previos a la demanda los siguientes: demanda contra el ausente (Art. 141 Pr.C.), secuestro de bienes (Art. 142 y siguientes Pr.C.), exhibición de documentos o bienes (Art. 156 y siguientes Pr.C.), la acechancia (Art. 160 Pr.C.), la jactancia (Art. 161 Pr.C.), anticipo de prueba como la declaración anticipada de testigos y la absolución de posiciones (Art. 162 Pr.C.) La conciliación regulada en el Pr.C., Art. 164 y siguientes, tampoco es un requisito preprocesal ya que es voluntaria su promoción y no se exige su agotamiento para iniciar un proceso contencioso. Consideramos que la conciliación, concebida como un acto

<sup>23</sup>Entrevista efectuada a las catorce horas del día diecisiete de julio de dos mil tres.

previo (ofrece una oportunidad para la composición de conflictos evitando acudir al proceso), preprocesal, debe ubicarse normativa y sistemáticamente en un apartado diferente al proceso contencioso, en virtud de su carácter potestativo.

El Art. 164 Pr.C., manifiesta que “La conciliación es un acto preparatorio para el juicio, que tiene por objeto evitar el pleito que alguno quiere entablar, procurando que las partes se avengan, o que transijan o comprometan en árbitros o arbitradores el asunto que da motivo a él.”

La conciliación -según la disposición en referencia- es un acto preparatorio para el juicio, ya que tiene por objeto evitar el proceso contencioso que alguno de los intervinientes en el conflicto quiere entablar. Advertimos pues, que las diligencias conciliatorias civiles no son acto previo a la demanda ni tampoco un requisito preprocesal, como antes se apuntó<sup>24</sup>.

La Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje<sup>25</sup>, en el artículo 3 literal b), define a la conciliación como “un mecanismo de solución de controversias a través del cual, dos o más personas tratan de lograr por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda del Juez o árbitro, según el caso, quien actúa como tercero neutral, y procura avenir los intereses de las partes.” Sobre la presente definición, consideramos que en estricta técnica legislativa, las definiciones legales no son convenientes, ya que estigmatizan y petrifican su significado con el riesgo de cerrar las puertas a otras concepciones o definiciones del tema. El derecho como producto social es cambiante, las doctrinas jurídicas se sostienen hasta que su motivación y fundamento ameriten. A manera de reflexión, en párrafos anteriores, hay autores -entre ellos Elena I. Highton y Gladys S. Álvarez- que enuncian la tesis del activismo en el rol funcional del conciliador y una de las actitudes que puede asumir éste es diseñar o estructurar y ofrecerles a los interesados propuestas de solución al conflicto; pero según la disposición en comento y bajo una interpretación literalista, el juez o árbitro, no pueden ofertarles a los intervinientes del conflicto propuestas de solución, ya que ese tercero neutral únicamente procura avenir los intereses de las partes. En cambio, los Arts. 176, 178 y 179 Pr.C., interpretados teológicamente prevén la posibilidad que el Juez de Paz le proponga a las partes el mecanismo de solución al conflicto, “procurando que su resolución sea un acomodamiento equitativo, según le dictare su prudencia;...”<sup>26</sup>.

## 2.2. Naturaleza Jurídica.

Para las autoras Elena I. Highton y Gladys S. Álvarez<sup>27</sup> la conciliación es un método de Resolución Alternativa de Disputas (RAD),

<sup>24</sup>El Art. 240 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil de la República de El Salvador, versión noviembre 2002, corrige la concepción terminológica del Art. 164 Pr.C.; cuando estipula que “Antes de promover un proceso, con el objeto de evitarlo, las partes podrán intentar la conciliación. Dichos actos tendrán lugar ante el Juzgado de Paz competente conforme a las reglas generales establecidas en este Código”. Ya no se concibe a la conciliación como un acto preparatorio para el juicio. Diferente tratamiento le da a la conciliación el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (texto del anteproyecto elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Segunda edición, junio de 1997. Montevideo, Uruguay); al señalar en el Art. 263 que “antes de iniciar cualquier proceso, el futuro actor deberá pedir audiencia para intentar la conciliación con el futuro demandado.” Aquí se establece el mecanismo de la conciliación como un requisito preprocesal.

<sup>25</sup>Decreto legislativo número 914, de fecha once de julio de dos mil dos. Publicado en el Diario Oficial número 153, tomo número 356, de fecha veintinueve de agosto de dos mil dos. Según el Art. 93 “La presente ley entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial”.

<sup>26</sup>Artículo 176 del Código de Procedimientos Civiles.

<sup>27</sup>Ob. cit. en nota (15), Pág. 24 y siguientes.

específicamente es un método no adversarial de solución de controversias. En los métodos no adversariales las partes actúan juntas y cooperativamente, mantienen el control del procedimiento y acuerdan la propia decisión, se benefician con la solución que juntas han creado, y, la decisión a la que llegan resuelve el problema de conformidad a sus propios intereses, sin importar la solución jurídica o los precedentes judiciales<sup>28</sup>.

El sistema jurídico procesal tiene entre sus objetivos abstractos el descubrir la verdad, por lo que su despliegue y funcionamiento es costoso y lento; además, utiliza un método adversarial de adjudicación en donde el juez resuelve la controversia después que las partes le han ofrecido y producido prueba, lo que ha generado en su trayectoria ineficiencia en el tiempo, dinero, angustias, nuevas fricciones entre los contendientes y, a veces, la no deseada publicidad del proceso.

Aparece la necesidad de encontrar otros métodos de solución de controversias -aquí surgen los métodos no adversariales- que ayuden a desahogar el sistema judicial sobrecargado y con la ventaja, para los usuarios del mismo, de un rápido acceso sin mayores formalidades y con la expectativa de obtener una rápida solución<sup>29</sup>.

Partiendo de la cultura del litigio, que es un método adversarial de solución de controversias, el sistema sería eficiente cuando existiese una intervención judicial para cada agravio por medio del proceso contencioso; o sea, cuando para cada conflicto hubiese un litigio ante la judicatura. Sin embargo, un sistema de resolución de conflictos es eficiente cuando cuenta con una gama de instituciones, procesos y procedimientos que permiten prevenir las controversias y resolverlas, en su mayor parte y con el menor costo posible, tomando muy en cuenta las necesidades e intereses de los contendientes.

Los tribunales de justicia mediante el proceso contencioso, deben recibir el conflicto después de haber agotado otros métodos de solución alterna, excepto cuando la complejidad y naturaleza del conflicto, la calidad, condición o estado de las partes, o, por otras razones jurídicas o no. En base al principio de subsidiariedad, "las cuestiones deben ser tratadas al más bajo nivel en la mayor medida posible, en forma descentralizada; al más alto nivel sólo se tratarán los conflictos en que ello sea absolutamente necesario"<sup>30</sup>. En nuestra sociedad compartimos una cultura del litigio caracterizada por la tendencia a resolver los conflictos intersubjetivos bajo la forma adversarial, la cual debe ser revisada para permitir la administración de una pronta y cumplida justicia<sup>31</sup>.

<sup>28</sup>Diferente a los métodos no adversariales, en los adversariales las partes están enfrentadas y son contendientes, un tercero -el juez- suple la voluntad de las partes y toma la decisión final, se obtiene una solución al problema de "todo o nada" (si una parte gana la otra necesariamente pierde), y, la decisión que pone término al litigio no necesariamente resuelve el problema de fondo satisfaciendo el interés de las partes, por que se basa en la ley o en la aplicación de un precedente judicial.

<sup>29</sup>Un somero análisis del sistema de resolución de conflictos que en la actualidad nuestra sociedad tiene disponible muestra que: - una cantidad considerable de ellos (quizás la mayoría) deben ser decididos en Derecho por los tribunales; - algunos pocos son resueltos por las partes entre sí o con ayuda de un tercero lográndose satisfacer sus necesidades e intereses; - otros se resuelven por el triunfo del más poderoso en la disputa; - finalmente, y no menos desdeñable, gran cantidad de conflictos queda sin resolver, porque el acceso a la justicia es complicado y costoso y las partes no

<sup>30</sup>Ury, William L., director asociado del Programa de Negociación de la Facultad de Derecho de Harvard, Massachusetts, E.E.U.U., según lo expresó en la conferencia pronunciada en la 20ª Conferencia Anual de la Sociedad de Profesionales en Resolución de Disputas, Pittsburgo, E.E.U.U., octubre 8-11 de 1992. Citado por Elena I. Highton y Gladys S. ob. cit. en nota (15), Pág. 25

<sup>31</sup>Nuestra Constitución en el artículo 182 refiere que "Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: (...) 5a.- Vigilar que se administre pronta y cumplida justicia, para lo cual adoptará las medidas que estime necesarias;..."

Para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)<sup>32</sup> las alternativas de solución de conflictos tratan de encontrar maneras creativas y participativas de resolverlos sin recurrir a la violencia. Se acude a los tribunales judiciales cuando el conflicto no se resuelve por la vía alternativa o se está ante un posible delito penado por la ley. Aún los procesos ante dichos tribunales están cambiando, ya que los jueces empiezan a concientizarse y a aplicar los procedimientos propios de las vías alternativas como la negociación, las audiencias de conciliación y otras. Todas ellas son formas participativas de solución de los conflictos.

Existen, según el IIDH dos tipos de vías o formas alternativas de solución de conflictos: 1) Los procesos de “informalización” de la justicia. Son tipos o formas de administrar justicia que recurren a mecanismos diferentes a los que establecen las leyes. Para resolver conflictos, muchas veces, se emplean costumbres y normas no contempladas en la Constitución ni en el sistema legal de un país. Por medio de estas formas se reconoce la diversidad jurídica, como producto de la diversidad cultural que existe en las sociedades modernas. Estas formas permiten una solución más rápida al problema. Las organizaciones de la sociedad civil, por lo general, son quienes más utilizan estas vías. En Costa Rica, por ejemplo, el Poder Judicial recurre a la resolución alternativa de conflictos como un medio para descongestionar el sistema; se promueven arreglos negociados entre las partes y se media en casos de conflictos de intereses. En nuestro país, las Casas de la Justicia como en Suchitoto, departamento de Cuscatlán, brindan servicios de mediación de conflictos entre los habitantes de la comunidad. 2) Los procesos de “negociación social”. Por medio de estos procesos se recurre a la participación social y comunitaria, y personas integrantes de las organizaciones de la sociedad civil utilizan la negociación (cuando dos o más partes pueden intentar solucionar el conflicto dialogando directamente y sin la intervención de otra persona) para lograr sus objetivos. Por ejemplo: los convenios entre empresarios y sindicatos, sobre la base de un aumento de la productividad de la empresa, unos obtienen mayores ganancias y los otros mejores salarios y prestaciones.

Para la licenciada Ana Hilda Zepeda de Lemus<sup>33</sup> el sistema jurídico maneja el proceso contencioso como vía de resolución de los conflictos mediante el litigio. La formación del abogado y de muchos de los operadores del sistema judicial es para el litigio. Al establecer la ley un mecanismo judicial de resolución de conflictos, mediante las diligencias conciliatorias civiles, es como letra muerta ya que muchos jueces de Paz no tienen el perfil y ni están formados para asumir la tarea de conciliador en su concepción no litigiosa. El enfoque moderno de satisfacción de acceso a la justicia es mucho más amplio, se pretende que la persona sienta que sus problemas intersubjetivos están siendo atendidos y cuando se resuelva beneficie a todas las partes involucradas, es decir, pasar a la fórmula ganar-ganar y no ganar-perder. Se requiere que el juez de Paz tenga capacidades nuevas al conducir la audiencia conciliatoria civil y también, que el Estado amplíe el abanico de servicios que le ofrece a la población en cuanto a administración de justicia;

<sup>32</sup>Ob. cit. en nota (14), Pág. 14.

<sup>33</sup>Entrevista efectuada a las diez horas del día catorce de julio de dos mil tres, en el Centro de Mediación en San Salvador de la Procuraduría General de la República.

porque ni todas las personas y no todos los conflictos deben ser metidos al juicio o proceso contencioso, ya que cierto tipo de conflictos y personas pueden acceder a otras vías de solución.

Esto es lo que sostiene el movimiento de la Resolución Alternativa de Disputas (RAD) o Resolución Alternativa de Conflictos (RAC), que no todos los problemas deben ventilarse por la vía del juicio en cuanto a su resolución, ni todas las características de las personas son para litigar. El desafío para el Estado es comprender que la justicia es mucho más amplia que la justicia legal y generar espacios nuevos de resolución de problemas. El Estado al brindar este servicio, requerirá operadores con perfiles nuevos, con conocimientos no sólo jurídicos sino apropiados a la temática a resolver y al servicio a prestar. Por consiguiente los jueces de Paz, quienes están según la escala de servicio de justicia en la base, es decir, en la localidad, requieren de una formación y desarrollo de capacidades y habilidades nuevas.

Para el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal<sup>34</sup> las diligencias conciliatorias civiles en sede de juez de Paz son un componente esencial de la Justicia Conciliatoria. En Iberoamérica la dirección de dichas diligencias ha sido confiada en muchos códigos tradicionales - generalmente como etapa previa al proceso- a los juzgados de categoría más baja en la escala pero aquellos que se encuentran más cerca de la población (juzgados municipales, jueces de paz, etc.), muchas veces asistidos por gente del pueblo con cierto grado de respetabilidad entre los litigantes (hombres buenos).

El tema de la justicia conciliatoria se ha revalorizado, al grado de ocupar lugar destacado especialmente en la doctrina, en los congresos jurídicos y ha sido recogida en la legislación en varios aspectos. El argumento es que la justicia tradicional es lenta, cara, burocrática y de difícil acceso sobre todo para los carentes de recursos; motivos por los cuales se buscó fórmulas especialmente para facilitar la solución de los nuevos conflictos que plantea la sociedad moderna. Conflictos derivados, a manera de ejemplos, de la convivencia en la fábrica, en el taller, en los nuevos edificios (condominios, multifamiliares, apartamentos); de los que plantea la defensa de derechos e intereses supraindividuales (colectivos, difusos) como la defensa del consumidor, del medio ambiente, del patrimonio cultural o artístico, etc.

Mauro Cappelletti<sup>35</sup> planteó en el Coloquio de Pau, Francia (6-9 de julio de 1982) la necesidad de obtener fórmulas alternativas de justicia, que permitieran un arreglo de las disputas que facilitara la posterior convivencia, no una *justice tranchant* que resolvía dando razón a una u otra de las partes. En ese sentido sostenía la necesidad de una forma más cálida (*wormer*) para resolver las disputas entre quienes se procuraba salieran de la resolución en buenas relaciones (sin vencidos, ni vencedores) y preconizaba un sistema diferente al de la justicia tradicional y burocrática. Decía que había de “dérregularizar”, “délegalizar”, “déprofesionalizar” buscando soluciones simples, equitativas y de avenimiento.

<sup>34</sup>Ob. cit. en nota (19), Pág. 34 y siguientes de la exposición de motivos.

<sup>35</sup>Citado en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Ob. cit. en nota (19), Pág. 36.

### 2.3. Caracteres.

Doctrinariamente se apuntan, como caracteres de la conciliación<sup>36</sup>, los siguientes:

a) Es bilateral, lo cual significa que por regla general la conciliación es generadora de obligaciones recíprocas para cada una de las partes en conflicto, dado que la imposición de contraprestaciones constituye motivo ontológico del acuerdo.

b) Es onerosa, y por ello es una consecuencia del anterior carácter puesto que ambas partes pretenden una obtención de resultados a sus intereses y para su patrimonio una utilidad, donde la generalidad de los casos las partes se gravan recíprocamente.

c) Es conmutativa, esto significa que los acuerdos conciliatorios deben guardar una proporción en lo que cada una de las partes cede a favor de la otra.

d) Es de libre discusión, es decir que los acuerdos conciliatorios pueden surgir espontáneamente ya que existe una absoluta libertad en las partes para que expongan su punto de vista o posición, conozca el de la otra parte y acceda a las pretensiones perseguidas.

e) Es un acto nominado, en cuanto que existe una regulación legal que determina los pasos precisos para su tramitación, sus efectos, características y requisitos de existencia y validez.

f) Es solemne, por que implica el asentamiento del acuerdo en un acta que conlleva formalidades que la ley prescribe.

Como antes se expuso, las diligencias conciliatorias civiles son un método o mecanismo judicial no adversarial de solución de controversias, inserto en el género de la Resolución Alternativa de Disputas (RAD). En líneas generales y sin perjuicio de sus particularidades específicas, las formas de resolución alterna de conflictos tienen los caracteres siguientes:<sup>37</sup>

1) Rapidez, el problema puede terminarse -relativamente- al poco tiempo de iniciado el conflicto, a veces en una sola audiencia conciliatoria de pocas horas.

2) Confidencialidad, los procedimientos no son públicos sino privados, y si bien es cierto que se asienta en un acta el acuerdo conciliatorio, este es de exclusivo conocimiento de las partes o intervinientes directos del conflicto.

3) Informalidad, si bien existe un procedimiento o una forma de diligenciar, no debe caerse en el ritualismo o formalismo excesivo.

4) Flexibilidad, las soluciones a que se llegan no están predeterminadas por el precedente legal, en virtud de que es posible hacer justicia basándose en los hechos únicos del caso.

5) Economía, los costos de acceso a la justicia por este medio son baratos en comparación con los del proceso contencioso o juicio,

<sup>36</sup> Derecho Procesal Civil Actual". Autor: Berizonce, Roberto O. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1999. "Análisis del grado de eficacia de los medios alternativos para dirimir conflictos en materia civil y la necesidad de legislarlos. Trabajo de graduación para obtener el título de licenciado en ciencias jurídicas". Autores: Mena Silva, Héctor Emmanuel; Murcia Hernández, Oscar René; y, Orellana López, Juan Sebastián. Ciudad Universitaria, San Salvador, El Salvador. 1997.

<sup>37</sup> Ob. cit. en nota (15), Pág. 29 y siguientes.

en donde el costo por litigar es -en muchos casos- oneroso.

6) Justicia, en cuanto que la solución de los conflictos por estos medios alternos se adecua más a las necesidades de las partes.

7) Éxito, ya que una vez en marcha los mecanismos de resolución alterna de disputas o los programas para su ejecución, según la experiencia de países que los han implementado, el resultado es estadísticamente muy satisfactorio.

El documento de Resolución Pacífica de Conflictos<sup>38</sup> consigna como caracteres de la conciliación los siguientes:

I- Voluntariedad. La conciliación es un mecanismo de solución de conflictos al que normalmente se acude voluntariamente. Las partes en la conciliación son libres de retirarse en cualquier momento que lo deseen, y no están obligadas a aceptar la propuesta de solución elaborada por el conciliador, pueden aceptarla, modificarla o rechazarla.

II- Cooperación. El conciliador puede ayudar a las partes a lograr un acuerdo, por ejemplo, manejando las comunicaciones, buscando lecciones en otros casos que ayuden a resolver el problema y averiguando los intereses de ambas partes.

III- Participación. Aún cuando interviene un tercero neutral, las partes pueden participar en el diseño de la solución o decisión; con lo cual se permite una satisfacción y una mejor aceptación de la misma.

IV- Facilitación. La participación de otra persona como conciliadora contribuye a que las partes desarrollen una mejor manera de negociar entre ellas. Después es posible, que sin la intervención de un tercero, las partes puedan negociar entre ellas; ya que participando en una diligencia de conciliación una persona aprende a negociar.

V- Imparcialidad. La conciliación es un proceso de negociación en el que la tercera persona es imparcial, es decir, no favorece a ninguna de las partes. Existe la posibilidad que el conciliador se reúna en privado con una de las partes, lo cual no significa parcialidad; puede ser que deba persuadirla sobre alguna cuestión relativa a su posición, o que quiera discutir aspectos del conflicto que no podrían ser tratados en presencia de la otra parte. La imparcialidad del tercero neutral que facilita la conciliación conlleva, por ejemplo, tomar en cuenta la debilidad de una parte frente a la otra, sus menores conocimientos sobre un determinado tema, o su capacidad o limitación para probar determinados hechos.

VI- Ejecutividad. El acuerdo conciliatorio tiene la fuerza de un contrato, por ello el acta en donde consta el acuerdo debe hacerse valer como un contrato ante una autoridad judicial, a menos que la ley le otorgue otro valor.

---

<sup>38</sup> Ob. cit. en nota (14), Pág. 31 y siguientes.

## 2. Regulación Normativa de las Diligencias Conciliatorias Civiles y la Competencia del Juez de Paz.

### 1. Introducción al Procedimiento.

La función primordial de los juzgados y tribunales consiste en resolver definitivamente y mediante la aplicación del derecho, los conflictos que ante ellos se plantean<sup>39</sup>. El conflicto constituye el presupuesto material de la jurisdicción, el cual, en virtud de su naturaleza puede ser intersubjetivo o social.

Los conflictos que surgen como consecuencia de la vulneración de algún derecho subjetivo, perteneciente al ámbito del derecho privado (por ejemplo el derecho de propiedad o cualquier derecho real) y además poseen naturaleza disponible; son los intersubjetivos. Por el contrario, los conflictos sociales, se identifican por la transgresión de algún bien o interés que la sociedad ha estimado digno de protección (por ejemplo los delitos e infracciones administrativas) y se rigen por normas de derecho público, por lo que suelen ostentar naturaleza indisponible.

Los juzgados y tribunales que ejercen jurisdicción aplican el derecho material (civil, mercantil, penal o administrativo) que pueda corresponder a su naturaleza, para solucionar los conflictos que le son sometidos a su conocimiento y decisión. Pero la función jurisdiccional en referencia, a lo largo de la historia, no siempre la han acometido los juzgados y tribunales, ni puede afirmarse que actualmente la asumen con absoluta exclusividad; ya que en todo lo relativo a los conflictos intersubjetivos o litigios, coexisten los métodos autocompositivos y los heterocompositivos, expuestos a continuación:

1- Autotutela, autodefensa o autoayuda. Es un mecanismo de solución de conflictos primitiva, peligrosa e injusta. Se manifiesta por la solución coactiva del conflicto por la parte más fuerte o que ocupa en él una situación hegemónica. Mediante este procedimiento los particulares se toman la justicia por su propia mano. Modernamente, a nivel internacional y debido a la inexistencia de una organización internacional, mundial o supranacional de Estados con decisiones vinculantes, desgraciadamente todavía se recurre a este injusto medio de solución de los conflictos entre Estados, a través de la guerra.

2- Autocomposición. Constituye un medio más civilizado de solución de los conflictos. Las partes ponen fin al conflicto intersubjetivo, pero la solución no se impone por la fuerza, sino por medio del acuerdo de voluntades o del voluntario sacrificio o resignación de una de ellas. Es un método lícito para la solución por las partes de los conflictos intersubjetivos, que por naturaleza son disponibles y regidos por el principio dispositivo, y en donde a nadie se le obliga a acudir a los juzgados y tribunales para la defensa de su derecho. Los métodos autocompositivos vienen integrados por: el desistimiento o renuncia del actor a su pretensión, allanamiento del demandado a la pretensión del

<sup>39</sup> Respecto a los primeros apuntes del tema en comento, retomamos algunas ideas expresadas por los profesores Víctor Moreno Catena, Valentín Cortés Domínguez y Vicente Gimeno Sendra; en su libro: "Introducción al Derecho Procesal", segunda edición, año 1997. Editorial COLEX.

actor, la transacción entre ambas partes, y, la mediación o conciliación de un tercero a fin de que solucionen las partes el conflicto a través de un acuerdo o de la resignación de una de ellas. La mediación y la conciliación se distinguen de los demás mecanismos autocompositivos por la aparición en ellas de un tercero y, entre ellas mismas, exclusivamente por la forma en la que dicho tercero es llamado a contribuir a la solución del conflicto. En la mediación el tercero interviene de manera espontánea, en cambio en la conciliación, interviene de una manera provocada o institucionalizada (aquí se enmarca el rol del juez de Paz en las diligencias conciliatorias civiles). Se destaca en estos dos últimos mecanismos autocompositivos, que el tercero no impone la solución del conflicto, sino que ejercita sus buenos oficios con el objeto de lograr la autocomposición del litigio; es decir, el tercero actúa inter partes y no supra partes.

3- Heterocomposición. Aquí el tercero -individual o colegiado- es el encargado, en virtud de un contrato o por razón de su oficio, de poner fin al conflicto mediante una resolución definitiva. El tercero se encuentra situado supra partes y configura esquemáticamente una relación triangular con las partes. Los mecanismos heterocompositivos vienen determinados por el arbitraje y el proceso, en los que el arbitro y el juez imponen su decisión, en virtud de su autoridad, que emana -en el caso del arbitro- del contrato de arbitraje suscrito por las partes previamente y -en el caso del juez-, de la potestad jurisdiccional que manifiesta la solución definitiva e irrevocable a las partes en litigio. El instrumento de la jurisdicción indisolublemente unido a la existencia del Estado es el proceso, el cual está constituido para la resolución de los conflictos. Sin una mínima organización estatal no puede existir ni la jurisdicción ni el proceso. Sin embargo, mecanismos autocompositivos -como la mediación y conciliación- y mecanismos heterocompositivos -como el arbitraje y el proceso-, deben potenciarse con el objeto de mermar factores tales como la lentitud, carestía e ineficacia del sistema procesal civil y sobrecarga de trabajo de los tribunales.

Destacamos la concepción respecto de la conciliación preventiva (aquella que se realiza antes de la litispendencia tendiendo a evitar el proceso) que manejan los profesores Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar<sup>40</sup>; para quienes la conciliación constituye una actividad desplegada ante un tercero por las partes de un conflicto de intereses, dirigida a lograr una composición justa del mismo; cuyo nombre o nominación, no se refiere al resultado obtenido sino al camino para lograrlo, es decir, al conjunto de esfuerzos que se realizan para lograr la composición, aunque no se alcance ésta.

Según los autores en referencia, la conciliación, en sentido estricto, se define como la comparecencia necesaria o facultativa de las partes en un conflicto de intereses, ante una autoridad -juez- designada por el Estado, para que en su presencia traten de solucionar el conflicto que las separa, regulada por el ordenamiento jurídico que atribuye determinados efectos -también jurídicos- a lo en ella convenido.

La conciliación judicial preventiva -continúan exponiendo los citados autores- es un medio de autocomposición ofrecido a las partes

<sup>40</sup> "El Nuevo Proceso Civil". Autores: Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar. Editorial tirant lo blanch. Segunda edición, año 2001. Valencia, España.

de un conflicto. Si se obtiene la avenencia -objetivo primordial- se resuelve en desistimiento, allanamiento o transacción materiales. Caso contrario, al no lograrse la avenencia, simplemente es una actividad que tiende a la autocomposición sin conseguirla. En cualquier caso la conciliación no es un proceso y ello fundamentalmente porque el juez (en nuestro caso el juez de Paz) no interviene en ella para imponer una solución al conflicto; el juez no actúa en ella jurisdiccionalmente, no juzga o ejecuta lo juzgado. La avenencia, en caso de lograrse, es obra de las partes, no existiendo decisión judicial que resuelva el conflicto. El juez se limita a aproximar a las partes, pero no resuelve. Al decir que la conciliación judicial preventiva no es técnicamente un proceso, ésta sólo puede ser excitada mediante un acto de jurisdicción voluntaria.

El Art. 165 del Código de Procedimientos Civiles (Pr.C.) establece que: "El juicio conciliatorio podrá preceder a voluntad del actor a todo juicio escrito o ejecutivo,..." Incorrectamente el legislador utiliza la palabra "juicio" para referirse a las diligencias conciliatorias civiles, ya que en su acepción procesal más genérica<sup>41</sup>, dicho término equivale a proceso, tal y como contextualiza el art. 4 Pr.C., cuando refiere que: "Juicio es una controversia legal, entre dos o más personas, ante un Juez autorizado para conocer de ella. El juicio se divide en civil y criminal..." Asimismo, respecto a la acepción procesal menos genérica de la palabra "juicio", lo hay cuando el juez al resolver -por excelencia- en la etapa procesal de la sentencia hace una comparación entre los hechos y el supuesto hipotético de la norma<sup>42</sup>. Por otra parte, en las diligencias conciliatorias civiles, no debe utilizarse terminología equívoca. Se habla incorrectamente de demanda, demandante y de demandado. Dichos términos son derivados de la concepción errónea que se ostenta respecto a este mecanismo al asimilarlo como "juicio conciliatorio" (Art. 165, 167, 171, 181, 182, 185 y 188, Pr.C.) Si el acto de conciliación civil no es un proceso no pueden mantenerse esos términos; por ello, técnicamente hablando, nos referiremos en lo sucesivo a solicitud o petición de conciliación, y, también de solicitante o peticionante y de solicitado, pretendido o requerido.

Para el abordaje del presente capítulo, partimos de la clasificación de los actos procesales estructurada por Guasp<sup>43</sup>, aplicada y modificada -en lo pertinente- a las diligencias conciliatorias civiles, para quien los actos en referencia pueden clasificarse por su objeto, así encontramos:

<sup>41</sup> Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, Editorial Heliasta S.R.L., sexta edición, año 1984, Buenos Aires, Argentina; en la Pág. 402 define Juicio -entre otras definiciones- como "... del conocimiento, tramitación y fallo de una causa por un juez o tribunal. Para Caravantes por juicio se entiende la controversia que, con arreglo a las leyes, se produce entre dos o más personas, ante un juez competente, que le pone término por medio de un fallo que aplica el Derecho o impone una pena, según se trate de enjuiciamiento civil o penal. Según Escribano, 'la controversia y decisión legítima de una causa ante y por el juez competente; o sea, la legítima discusión de un negocio entre el actor y el reo ante juez competente, que lo dirige y termina con su decisión o sentencia definitiva'. Los elementos esenciales de todo juicio son: 1° el derecho cuestionado o cosa litigiosa; 2° las partes discrepantes; 3° la ley o procedimiento conforme a los cuales se instruye la causa; 4° el juez que juzga y resuelve. Suelen señalarse como etapas características: 1° la demanda o acusación; 2° la defensa; 3° la instrucción, con especial predominio de las pruebas respectivas; 4° los alegatos finales; 5° la sentencia; 6° la impugnación de ese fallo en su caso; 7° la ejecución si es preciso compulsiva- de lo resuelto."

<sup>42</sup> Definición expuesta magistralmente por el licenciado Salvador Enrique Anaya Barraza, en la cátedra de Teoría General del Proceso, ciclo 02, año 1993, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas.

<sup>43</sup> "También los actos son clasificados por su objeto. Así Guasp, para citar a uno de los autores iberoamericanos contemporáneos más importantes, los divide en: a) actos de iniciación, tales como la demanda y contestación (llamada también etapa de proposición) y el recurso que abre la ulterior instancia revisiva; b) actos de desarrollo, a su vez divididos en actos de instrucción y de ordenación; los de instrucción referidos a la prueba, constituyen una de las más importantes etapas del desarrollo procesal, tanto en el proceso civil como en el penal. (En este último ocupan una etapa completa del proceso que justamente se designa como la de instrucción). Los actos de ordenación incluyen los de impulso, dirección y constancia (documentación del procedimiento); c) actos de decisión, que serían la sentencia." Citado por Enrique Véscovi, en "Teoría General del Proceso", Editorial TEMIS Librería. Año 1984. Bogotá, Colombia.

- a) Actos de iniciación. Aquí nos referimos a la solicitud o petición de la conciliación civil, su admisión y el emplazamiento al pretendido.
- b) Actos de desarrollo. Encontramos aquí aquellos que el juez pueda ordenar a efecto de instruirse sobre la pretensión del solicitante y con el objeto de comprenderla, y, los actos de ordenación que incluyen los de impulso, dirección y constancia o documentación del procedimiento.
- c) Actos de conclusión. Haremos referencia al acuerdo conciliatorio en caso de lograrse por las partes; además, a la propuesta de solución brindada por el juez y prevista en la ley.
- d) Actos de ejecución. Abordaremos lo relativo a la ejecución del acuerdo conciliatorio logrado por las partes del conflicto.

## 2. Actos de Iniciación.

### 2.1. Cuestiones de Procedencia.

La conciliación civil, es un mecanismo judicial de solución alterna de los conflictos de forma pacífica, goza de fundamento constitucional reflejado en el artículo 23 inciso segundo de la Constitución, al contemplar que: “Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento.” El Código de Procedimientos Civiles, en el artículo 165, establece la procedencia de las pretensiones que pueden ser objeto de las diligencias conciliatorias civiles -en base a un criterio amplio-, al manifestar -en principio- que : “El juicio conciliatorio podrá preceder a voluntad del actor *a todo juicio escrito o ejecutivo,...*” Por ello el intento de conciliación es voluntario, entiéndase para el futuro demandante, y, puede preceder a cualquier clase de proceso como los declarativos e inmersos los ejecutivos<sup>44</sup>.

Consideramos que la conciliación civil, también es aplicable, no sólo a los juicios escritos sino que también a los verbales<sup>45</sup>. Lo cual es posible sostener mediante una interpretación no literalista, sino teleológica o finalista; ya que el juicio verbal también es contencioso, y, como antes se dijo, el objeto de las diligencias civiles conciliatorias es lograr una composición justa del conflicto de intereses que afecta a las partes mediante la actividad desplegada ante un tercero. Acorde esto con lo dispuesto en el artículo 164 Pr.C., al manifestar “... que la conciliación tiene por objeto evitar el pleito que alguno quiere entablar, procurando que las partes se avengan, o que transijan (...) el asunto que da motivo a él.” No debe por tanto, confundirse que a contrario sensu de lo dispuesto en el Art. 165 Pr.C., la conciliación no puede preceder a voluntad del solicitante a todo juicio verbal; ya que a pesar de su forma

<sup>44</sup>Para Guillermo Alexander Parada Gámez, en “Actos de Comunicación”, Pág. 16 y 17, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial; el proceso se clasifica de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico por su finalidad, y con esta clasificación se pretende saber para que sirve el proceso, por tal razón puede ser declarativo, constitutivo o de condena. Respecto al proceso declarativo, manifiesta que “El interesado solicita al Juez que declare la existencia o inexistencia de un derecho o de una situación jurídica, es decir no se busca crear o modificar una situación previa o inexistente, más bien se persigue la certeza jurídica. Un claro ejemplo para este tipo de procesos es el Juicio Ejecutivo en el cual se demanda el incumplimiento de una obligación existente amparada en un documento que tiene fuerza ejecutiva. En este caso el juzgador deberá limitarse a reconocer una obligación que no ha sido pagada.” El Art. 586 Pr.C., define al juicio ejecutivo como “... aquel en que un acreedor con título legal, persigue a su deudor moroso, o el en que se pide el cumplimiento de una obligación por instrumentos que según la ley tienen fuerza bastante para su efecto.”

<sup>45</sup>El Art. 472 Pr.C. define el juicio verbal como “... aquel en que las partes ventilas sus acciones y excepciones, no por escritos sino de palabra, aunque escribiéndose sus diligencias y resultado.” La naturaleza de este tipo de juicio es sumarisimo, Art. 473 Pr.C. Sin embargo, si la acción que se deduce se apoya en título que traiga aparejada ejecución, se seguirán los trámites del juicio ejecutivo, siempre en la forma verbal.

breve y sencilla en su tramitación no por ello deja de ser contencioso, y, el hecho de promoverla no necesariamente convierte al procedimiento conciliatorio en una medida dilatoria.

En lo referente a preceder el mecanismo en comento respecto a los procesos ejecutivos, el Art. 165 Pr.C., entre las excepciones que enumera de improcedencia de la conciliación civil, se encuentra en el ordinal sexto la relativa a "...las causas ejecutivas que provengan de sentencia ejecutoriada;..." Esto se relaciona con los artículos 587 y 591, Pr.C. La primera disposición regula la conformación de las clases de instrumentos que traen aparejada ejecución, entre estas se encuentra la cuarta clase que es la sentencia, pertenecientes a ella según la segunda disposición: 1º) Las ejecutorias de las sentencias de los tribunales, jueces de primera instancia y de paz, árbitros arbitradores con tal que no esté prescrita la acción ejecutiva; 2º) las sentencias a que la ley concede apelación sólo en el efecto devolutivo; 3º) los libramientos de los jueces contra los depositarios de los bienes embargados por su orden; 4º) los cargos declarados líquidos por autoridad competente; y, 5º) la certificación del juicio conciliatorio en el caso del artículo 179 Pr.C. Es decir, que no puede preceder las diligencias conciliatorias civiles a los procesos ejecutivos cuyo documento dotado de fuerza ejecutiva es, únicamente, de los que enumera el Art. 591 Pr.C.

En el caso del Art. 450 Pr.C., en base al criterio legal anterior, tampoco puede proceder la conciliación civil ya que estamos en presencia de la fase ejecutiva del proceso principal, en donde media sentencia ejecutoriada y además la parte condenada no cumplió voluntariamente el contenido del fallo, Art. 443 Pr.C. Para algunos -como Juan Montero Aroca-<sup>46</sup> la conciliación puede proceder respecto de cualquier clase de juicio, no sólo los declarativos, sino también los de *ejecución*, y si bien es cierto que en la practica no es usual que el ejecutante haga preceder la conciliación al proceso de ejecución, no debería existir obstáculo legal para ello.

El ordinal primero del artículo 165 Pr.C., establece como excepción de procedencia en el mecanismo de la conciliación civil, cuando existan "... causas que interesan a la Hacienda Pública y demás personas jurídicas;..." El anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil<sup>47</sup>, en el Art. 241 establece que: "No podrá intentarse la conciliación respecto de las materias que den origen a: 1º. Los procesos en que estén interesados el Estado y las demás Administraciones Públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza. También quedarán exceptuados aquellos procesos en los que siendo parte el Estado junto a éste intervenga como parte o coadyuvante personas privadas..." Los

<sup>46</sup>Ob. cit. en nota (2), Pág. 260. Asimismo, para el autor referido la conciliación no debe ser posible antes de dos actividades judiciales: 1ª.) No puede preceder a los procesos cautelares, que son no sólo actividad judicial sino jurisdiccional. Dado el fundamento y caracteres del proceso cautelar, no es posible en él la conciliación; ésta puede referirse al proceso principal, pero no al embargo preventivo o a la anotación preventiva de la demanda. La función del proceso cautelar no puede cumplirse extraprocesalmente, mediante el acuerdo de las partes. 2ª.) La conciliación es posible con relación a los actos de jurisdicción voluntaria, que es judicial (en parte) pero no jurisdiccional.

<sup>47</sup>Anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil de la República de El Salvador. Versión noviembre de 2002. Consultores: Víctor Moreno Catena y otros. En dicho documento, las materias excluidas de la conciliación pretenden ser acordes con la esencia de este mecanismo; por lo que es conveniente completar la transcripción -para un mejor entendimiento- del Art. 241. "No podrá intentarse la conciliación respecto de las materias que den origen a: (...) 2º. Los procesos en que estén interesados los menores y los incapacitados cuando el objeto guarde relación con la administración de sus bienes. 3º. Los procesos de responsabilidad civil a funcionarios que gocen de fuero constitucional en lo penal. 4º. En general, los procesos que no pueda ser objeto de dicho trámite, por así establecerlo la Ley, y los que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso." Por ejemplo, cuando están comprometidos intereses supraindividuales, difusos o colectivos.

intereses de la Hacienda Pública<sup>48</sup>, por naturaleza, son contrarios a la transacción, en virtud que, modernamente, casi la totalidad de sus ingresos forman un solo fondo (Fondo General de la Nación) que sirven exclusivamente para satisfacer las necesidades y obligaciones del Estado y de la población. Asimismo, la Hacienda Pública no es -técnicamente hablando- una persona jurídica, y según el Art. 226 de la Constitución es el Órgano Ejecutivo, en el ramo correspondiente (Ministerio de Hacienda), quien tiene la dirección de las finanzas públicas. Por otro lado, cuando el numeral primero del artículo precitado establece como excepción de procedencia en el mecanismo de la conciliación civil, las causas que interesan -a parte de la Hacienda Pública- a demás personas jurídicas, interpretamos que se refiere a entes y/o corporaciones de derecho público, en donde están comprometidos fondos públicos y no en general, a todas las personas jurídicas. Para ello es necesario hacer una interpretación conforme a la Constitución de la disposición referida, tomando como parámetro el Art. 23 Cn., que establece el fundamento constitucional de la solución alterna de los conflictos entre las personas (naturales o jurídicas) de forma pacífica. Por consiguiente, también las personas jurídicas pueden acceder a las diligencias conciliatorias civiles, con la restricción -a nuestro parecer- de las personas jurídicas de derecho público por los fondos comprometidos para su fundación y funcionamiento, lo cual viene a evitar la facultad de transacción<sup>49</sup>.

El ordinal segundo del artículo 165 Pr.C., establece como excepción de procedencia del mecanismo de la conciliación civil, en los casos que intervengan "...los que no tienen la libre administración de sus bienes;..." Entendemos que se trata de proteger los intereses de las personas incapaces, y además por que se rompe el principio de igualdad de condiciones en las partes.

Sobre la no procedencia de las diligencias conciliatorias civiles en los casos de concurso de acreedores y de tercerías, regulado en el ordinal tercero del Art. 165 Pr.C., consideramos tomar en cuenta que en el concurso de acreedores, el deudor queda incapacitado para administrar sus bienes (Art. 666 y 165 -2º.- Pr.C.); asimismo debe valorarse el hecho que la declaración de concurso necesario, en virtud de su naturaleza universal, es posible la concurrencia de intereses que afectan a numerosos acreedores, algunos hasta desconocidos (Art. 662 Pr.C.) Asimismo, en los concursos de tercerías, para el caso establecido en los Art. 650 y siguientes Pr.C., no puede preceder -por su naturaleza- las diligencias conciliatorias civiles a las medidas cautelares, dado el fundamento y caracteres de las mismas (temporalidad, excepcionalidad, instrumentalidad y jurisdiccionalidad). Los terceros opositores que aleguen dominio en los bienes embargados, no pueden accionar la conciliación civil con las partes (acreedor y deudor); porque el embargo

<sup>48</sup>El Art. 223 de la Constitución, enumera los elementos constitutivos de la Hacienda Pública, a saber: 1º.- Sus fondos y valores líquidos. 2º.- Sus créditos activos. 3º.- Sus bienes muebles y raíces. 4º.- Los derechos derivados de la aplicación de las leyes relativas a impuestos, tasas y demás contribuciones, así como los que por cualquier otro título le correspondan. Dicho artículo señala, además, que son obligaciones a cargo de la Hacienda Pública, las deudas reconocidas y las que tengan origen en los gastos públicos debidamente autorizados.

<sup>49</sup>La ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, prevé como medio alternativo de solución de diferencias que tengan que ver con el Estado y las personas jurídicas de derecho público, el arbitraje en controversias estatales. El inciso primero del artículo 25 de la ley mencionada, manifiesta que "Podrán someterse a arbitraje las controversias en las que el Estado y las personas jurídicas de derecho público son partes interesadas, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual."

es una medida cautelar preventiva cuyo objeto es responder a la obligación del moroso en caso de ser condenado.

En atención a las excepciones de procedencia en la conciliación civil, que el Art. 165 ordinales cuarto (herencias yacentes) y quinto (separación de bienes) del Código de Procedimientos Civiles regula, consideramos que el mecanismo en referencia no es posible con relación a los actos de jurisdicción voluntaria (que no implica la solución de litigios o conflictos de intereses mediante sentencias que pasen en autoridad de cosa juzgada), que es judicial pero no jurisdiccional. Tanto en las herencias yacentes (Art. 1164 C., y, 900 y siguientes Pr.C.) como en los beneficios de separación de bienes (Art. 1258 y siguientes C., y, 942 y siguientes Pr.C.), estamos en presencia de diligencias no de procesos en sentido jurisdiccional.

No haremos comentario o reflexión alguna respecto del ordinal quinto del Art. 165 Pr.C., cuando consigna como excepciones de procedencia en la conciliación civil, las demandas de interdicción (declaratoria de incapacidad y nombramiento de tutor a incapaz) y estado civil (hoy estado familiar) de las personas, por que fueron derogadas por la entrada en vigencia del Código de Familia (Art. 186, y, 272 y siguientes del Código de Familia) y por ende son objeto de materia distinta a la civil<sup>50</sup>.

Finalmente, el Art. 165 Pr.C., en el ordinal séptimo, establece como excepción de procedencia a las diligencias conciliatorias civiles, "Cuando el demandado estuviere fuera de la República; pero si regresare y se apersonare en el juicio, se podrá celebrar la conciliación en cualquier estado de la causa." Aquí el legislador regula la conciliación intraprocesal (que no corresponde a nuestro tema de investigación) y no la preventiva o preprocesal, que es donde enmarcamos a las diligencias conciliatorias civiles<sup>51</sup>.

## 2.2. Cuestiones de Competencia.

Dividimos en dos criterios el tema de la competencia en las diligencias conciliatorias civiles.

a) Competencia objetiva. El juez de Paz es el competente. Art. 166 Pr.C. "La conciliación se celebrará ante cualquier Juez de Paz con tal que por cualquier motivo legal, de los que surten fuero, sea competente." No existe diferencia alguna en el asunto por razón de la cuantía. Su impulso y control es oficioso. Art. 168 Pr.C. "Para intentar el juicio conciliatorio basta la petición verbal ante el Juez de Paz. Este emplazará al demandado por cédula, con expresión de la persona y negocio por que se le demanda, y con señalamiento del día, hora y lugar para la comparecencia."<sup>52</sup>

<sup>50</sup> La Ley Procesal de Familia (L.Pr.Fam.), a diferencia del Código de Procedimientos Civiles, establece un criterio restrictivo en la competencia de los jueces de Paz sobre conciliaciones, ya que son competentes, según el artículo 206 L.Pr.Fam., para celebrar audiencias conciliatorias de familia sobre: 1) el cuidado personal y régimen de visitas de menores de edad; 2) la fijación de cuota alimentaria; y, 3) la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio. La conciliación intraprocesal, no está prevista en el vigente proceso civil, como si lo prevé -por ejemplo- el proceso laboral y de familia. Las partes pueden conciliar extraproceso, pero ello conlleva a un allanamiento (Art. 230 Pr.C.) o un desistimiento (Art. 464 y siguientes Pr.C.).

<sup>52</sup> El juez es el director del proceso, le corresponde su control e impulso oficioso. Las diligencias conciliatorias civiles no son la excepción a esta regla. "Ninguna providencia judicial se dictará de oficio por los Jueces y tribunales, sino a solicitud de parte, excepto aquellas que le ley ordene expresamente. Pero deberá ordenarse de oficio o sin nueva petición, todo aquello que fuere una consecuencia inmediata o accesorio legal de una providencia o solicitud anteriores; y en caso de duda, bastará la petición verbal del interesado la cual se mencionará en el mismo auto, sin hacerla constar por separado. (...)" Art. 1299 Pr.C. Sin embargo, algunos jueces con competencia en material civil aún sostienen que debe ser a petición de parte.

b) Competencia territorial. La regla general según los Art. 33 y 35 inc. 1° Pr.C., es que el juez de Paz competente es el del domicilio del requerido. No tiene aplicación práctica lo regulado en el Art. 184 Pr.C., ya que la distribución territorial de los jueces de Paz en nuestro país es amplia, en todos los municipios de El Salvador hay un juez de Paz. Cuando al juez de Paz, el solicitante de las diligencias conciliatorias civiles le atribuye originalmente competencia en virtud del domicilio del solicitado o requerido, y dicho funcionario verifica que el domicilio actual de esa persona es otro, debe declararse incompetente de seguir tramitando las diligencias, antes de la celebración de la audiencia respectiva, y tiene que remitir el expediente al juez de Paz competente (es decir, al del domicilio del requerido). Con ello se pretende garantizar y facilitar el acceso de las partes a la sede del juzgado, máxime que la conciliación civil es un mecanismo de comparecencia voluntario.

### **2.3. Solicitud a Conciliación Civil, Prevenciones y Admisión.**

El Art. 168 Pr.C., establece que: “Para intentar el juicio conciliatorio basta la petición verbal ante el Juez de Paz...” Lo anterior no obsta para promover este mecanismo mediante la petición o solicitud escrita, si el solicitante lo considera conveniente, integrando el Art. 192 Pr.C.

Con la petición verbal se pretende que el interesado pueda acceder de manera sencilla y ágil al procedimiento conciliatorio civil cuya dirección está encomendada al juez de Paz. Además debe tomarse en cuenta la cercanía de acceso a un ente judicial en poblaciones rurales, en donde el juez de Paz es más cercano a la comunidad. Asimismo, el mecanismo de inicio de las diligencias conciliatorias establecido en el Código de Procedimientos Civiles, no es formalista y permite a los involucrados en un conflicto la posibilidad de lograr su pronta solución mediante un acuerdo.

Respecto a la solicitud ya sea mediante petición verbal (acta judicial) o escrita, en lo aplicable a cada una de las formas, puede el peticionante guiarse por los requisitos que establece el Art. 193 Pr.C., adaptados a la sencillez y brevedad del procedimiento. Consideramos, en cuanto al derecho de acceso a los tribunales, que deben eliminarse los formalismos innecesarios y al plantearse una solicitud a conciliación, el juez de Paz debe efectuar prevenciones solo en aquellos supuestos en los que no se haya cumplido con los requisitos indispensables o esenciales para la configuración de la solicitud. El juez debe verificar al evaluar una formalidad, cual es el fin constitucionalmente previsto y si esa previsión formalizada por el legislador es razonable, es decir, preguntarse si con un determinado requisito formal que derecho constitucional se pretende proteger.

Por otro lado, el juez puede prevenir al solicitante que presente documentos o instrumentos necesarios para acreditar una calidad o cualidad específica, también, para ilustrarlo gráficamente en relación al contenido del problema o conflicto intersubjetivo.

El Art. 242 del anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil<sup>53</sup> menciona la solicitud escrita como mecanismo de inicio de la conciliación civil. Evaluamos cierta problemática de esta formalidad, sobre todo en

<sup>53</sup>Ob. cit. en nota (9), Pág. 66 y 67.

aquellos municipios rurales en donde las personas por su escaso o nulo grado de alfabetismo no saben leer ni escribir, ni tampoco están en condiciones económicas suficientes como para contratar los servicios profesionales de un abogado. Aunado a ello, las oficinas auxiliares de la Procuraduría General de la República o la sede de instituciones que prestan servicios jurídicos gratuitos a personas de escasos recursos, están retirados y en la mayoría de las veces los usuarios no pueden estar costeadando los gastos de transporte o alimentación para acudir a esos entes.

La disposición citada, menciona que la solicitud escrita dirigida al juez de Paz competente, debe contener los extremos siguientes: 1°. Los datos personales del solicitante y de los demás interesados, así como sus domicilios respectivos. 2°. Enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse su petición y cuantía económica, si fuere de esta naturaleza. 3°. Finalmente, fecha y firma. Además se debe acompañar a la solicitud, los documentos en que el solicitante estime fundado su derecho; y, exige la entrega de un determinado número copias de la solicitud y documentos en proporción a las partes interesadas.

El Art. 243 del anteproyecto en referencia consigna textualmente que: “Una vez presentada la solicitud se registrará inmediatamente en el libro que se lleve al efecto, abriéndose con ella el oportuno expediente. Sin dilación se procederá a examinar si reúne los requisitos exigidos, pudiéndose solicitar las aclaraciones que sean necesarias o conceder plazo para la subsanación de los defectos, no superior a ocho días. Si la solicitud reuniera los requisitos exigidos, o se hubiesen realizado las aclaraciones o subsanados los defectos en tiempo y forma, se procederá a su admisión. Si los requisitos fueran insubsanables, o no se procediera a la aclaración o subsanación de los defectos en el plazo concedido, se archivará el expediente sin que la mera presentación de la solicitud produzca efectos...”.

Si se admite la solicitud a conciliación, por reunir los requisitos formales esenciales o indispensables y -en caso de ser necesario- por la presentación de los documentos que acreditan calidad o ilustran al juez; de conformidad al Art. 168 Pr.C., debe ordenarse el emplazamiento al pretendido por cédula, con expresión de la persona y negocio por que se le requiere a conciliación, y con señalamiento del día, hora y lugar para la comparecencia a la audiencia respectiva. Asimismo, para este procedimiento no existe fuero, condición o estado alguno privilegiado, por lo que toda persona emplazada al efecto debe comparecer ante el juez de Paz a celebrarlo o renunciarlo; Art. 167 Pr.C.

#### **2.4. Cita a Conciliación.**

No obstante, no ser considerada la conciliación como un proceso o juicio, sino más bien diligencias, éstas tienen un procedimiento y como tal, está determinado por la ley. Las características de este procedimiento -como antes se mencionó- es de ser breve y sencillo, sin mayores etapas o pasos que compliquen su evolución, más bien deben facilitar su desenvolvimiento.

Consecuentemente, una vez admitida la conciliación, se procede a citar a la audiencia; por tal motivo, se debe señalar día y hora para la celebración de la misma, quedando enterado en el acto el solicitante;

y posteriormente se tendrá que citar a la parte contraria. Haremos algunos comentarios de esta etapa procedimental.

La citación como acto subsiguiente, a la admisión de la solicitud a conciliación es un acto de comunicación indispensable para la continuación del procedimiento conciliatorio. Al respecto, el artículo 168 Pr.C. vigente dice:

“Para intentar el juicio conciliatorio basta la petición verbal ante el Juez de Paz. Este emplazará al demandado por cédula, con expresión de la persona y negocio por que se le demanda, y con señalamiento del día , hora y lugar para la comparecencia.

La cédula de citación o emplazamiento se pondrá por duplicado en manos del que deba conducirla, quien entregará uno de los dos ejemplares al emplazado o citado, o a las personas designadas en el artículo 210, haciendo constar en el otro ejemplar la forma en que haya efectuado la entrega, devolviéndolo al Juez para que obre los efectos legales.”

Este artículo pretendemos abordarlo con un poco más de detenimiento ya que su peculiar redacción motiva hacer algunos comentarios.

Por una parte, adolece de cierta incongruencia, en virtud de mencionar el hecho de que se emplazará al demandado, como si se tratara de un verdadero juicio, y como ya se aclaró anteriormente son diligencias de naturaleza distinta, pues sus elementos y estructura no responden a un proceso de índole cognoscitivo.

Por otra parte, se hace mención a cédula de citación; término que en nuestra práctica forense corresponde a documentos arcaicos dejados de utilizar en nuestro medio, no teniendo aplicación en esta época, ya que para ubicar y clarificar dicho término es preciso traer la disposición original que contenía el Código en su versión inicial de 1881, y cuyo referente era el artículo 159 de ese código, y que decía: “para intentar el juicio conciliatorio basta la petición verbal ante el Juez de Paz. Este emplazará al demandado por cédula, con expresión de la persona y negocio por que se demanda y con señalamiento del día, hora y lugar para la comparecencia, cuya cédula se entregará por algún ministro de justicia, en la forma que se prescribe en el artículo 209.”

El referido artículo 209, regulaba el emplazamiento y citación verbal, pues en ese código se establecían dos formas: los emplazamientos y citaciones, de suerte que los emplazamientos y citaciones por escrito estaba reglados en el artículo 203, que es el mismo artículo 208 del actual Código de Procedimientos Civiles, antes de la reforma de 1993.

Transcribiremos el ya, muchas veces mencionado Art. 209: “Todo emplazamiento verbal, que solo tiene lugar en los juicios verbales, se hará por cédula firmada por el Juez , en la cual se expresará el nombre y domicilio del demandante, el objeto de la demanda, el nombre del demandado y el día, hora y lugar para la comparecencia, pena de nulidad. La citación verbal en los mismos juicios, se hará igualmente por cédula en los términos indicados si el demandado o aquel a quien se va citar no estuviere en la oficina, pues estándolo basta que se le notifique la providencia.

La cédula de citación o de emplazamiento se pondrá por duplicado en manos del que deba conducirla, quien entregará uno de los dos ejemplares al emplazado o citado a las personas designadas

en el artículo 205 haciendo constar en el otro ejemplar la forma en que haya efectuada la entrega, devolviéndola al juez para que obre los efectos legales.”

Este último artículo, que regulaba la cédula de citación, fue derogado según decreto del 8 de Junio de 1886, por lo que se reformó el artículo 206 de esa época, y que al tenor decía: “Todo emplazamiento citación en los juicios verbales, se hará de la manera prevenida para los juicios escritos”. Artículo que posteriormente fue suprimido en la reforma de 1904 y quedando así unificadas las citaciones tanto para juicios verbales y escritos, salvo en las diligencias conciliatorias donde fue agregado el inciso 2º del Art. 168 y que contiene lo que prescribía para juicios verbales, sobre la citación por medio de cédula como un resabio histórico.

Hecha la anterior aclaración, es conveniente mientras no se promulga un nuevo Código de Procedimientos Civiles, se dicten reformas, de manera de actualizar los actos procesales de comunicación a los tiempos modernos, donde dichas actuaciones deben estar a la altura de los avances tecnológicos.

En la práctica, los Juzgados de Paz realizan los mal llamados emplazamientos en las diligencias conciliatorias civiles como si se trataran de emplazamientos de un proceso judicial propiamente dicho, pues muchas veces al citar a la otra parte, se le hace entrega de una copia de la solicitud (mediante acta o escrito) de conciliación, lo cual si bien no lo establece la ley, tampoco lo prohíbe, mas bien incrementa las garantías mínimas para una citación legal.

En relación a lo anterior, el anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil<sup>54</sup>, regula de una nueva forma los actos de comunicación, sin embargo los aplica indiscriminadamente, al pretender aplicarlos también en las diligencias conciliatorias, al respecto y para comentarios, transcribiremos lo que establece el artículo 244: “Citación para audiencia. Art.244.- El tribunal, en el mismo día en que admita la solicitud, mandará citar a las partes, con entrega de las copias aportadas, y señalando el día y hora en que haya de tener lugar la audiencia, procurando que se verifique a la mayor brevedad posible y siempre dentro de los veinte días siguientes.

Entre la citación y la audiencia deberán mediar, al menos, veinticuatro horas, cuyo término podrá, sin embargo, reducir el juez si hubiese causa justa para ello.”

Esta disposición en cierta medida recoge sus antecedentes, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues está influenciado por lo que en España se regula como audiencia previa, que es una fase saneadora dentro del proceso civil. Lo anterior lo afirmamos, por que el Art. 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 7 de Enero de 2000, dice: “Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición, o transcurridos los plazos correspondientes, el tribunal, dentro del tercer día convocará a las partes a una audiencia, que habrá de celebrarse en el plazo de veinte días desde la convocatoria (...)”.

Consideramos que el anteproyecto antes mencionado debe por el contrario, contener disposiciones similares a las contenida en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, publicado en el Diario Oficial del 21 de agosto de 2003, que en su artículo 18 expresa: “Citaciones y notificaciones. Art. 18 Para las citaciones y notificaciones no habrá

<sup>54</sup>Ob. cit. en nota (9).

formalidades especiales, podrán hacerse vía telefónica y postal cuando el interesado así lo hubiere pedido y quede constancia para el mediador de haber efectuado la diligencia.” Una normativa parecida, ayudaría agilizar los trámites, especialmente cuando se trata de formas alternativas de solución de conflictos, ya que las tendencias modernas apuntan a desformalizar las actuaciones en este tipo de procedimientos.

Partiendo de la conciliación como una oportunidad previo al proceso de concluir una controversia, vemos que el legislador pretende aprovechar hasta lo último para resolver el conflicto o disputa vía autocomposición, por esa razón se entiende el porqué de una segunda oportunidad al pretendido para que comparezca a la audiencia conciliatoria; el artículo 183 vigente, así lo ordena: “Si la parte emplazada no compareciere, se le emplazará segunda vez a su costa; y si aún así no lo verificare, dará el Juez por terminado el acto, de que asentará razón en el libro, firmada por el mismo y por el Secretario, franqueando al demandante certificación de haberse intentado el juicio conciliatorio y de que no tuvo efecto por culpa del demandado.”

Esta disposición, si bien no es del todo feliz en su redacción, dado que utiliza una expresión muy a fin a la dogmática penal, como lo es la culpa. En nuestro criterio bastaría hacer constar que se tuvo por intentada y no lograda la conciliación por inasistencia a la 2ª cita por parte de la persona requerida, para cerrar o concluir una conciliación. Entonces si nos parece muy adecuada y atinada, se les de una segunda oportunidad a las partes, para resolver el conflicto.

En el anteproyecto ya citado, su redacción esta dirigida como si se tratara de un proceso cognoscitivo, es decir muy procesal y formal, pues se utilizan expresiones imperativas que no van acorde en una conciliación, al respecto el artículo 245 dice: “Asistencia a la audiencia. Art. 245. La asistencia al acto de conciliación es obligatoria para los litigantes. Cuando estando debidamente citadas las partes para la audiencia, no compareciere el solicitante, ni alegase justa causa, se tendrá por no presentada la solicitud, archivándose todo lo actuado. Si no compareciera la otra parte, y tampoco alegare justa causa, se tendrá la conciliación por intentada sin efecto. En ambos casos, el no compareciente será condenado en costas, y si no compareciere ninguna, cada uno abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.”

Esta disposición al igual, a la que comentamos anteriormente está impregnada de muchos ritualismos e imperativos que no son necesarios para este tipo de diligencias, si lo sería en caso de tratarse a la conciliación como un acto previo a cualquier juicio que se quisiera promover, como ocurre en España.

Creemos que las citadas disposiciones, tanto las vigentes como las del anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil referido, deben estar revestidas de flexibilidad y agilidad, dado que no responden a las corrientes modernas de las Resoluciones Alternas de Conflictos (RAC). En otras palabras, sea que la conciliación esté regulada pre-proceso, intra-proceso o extra-proceso, ésta debe tener modalidades muy propias y acordes a nuestra realidad y no simplemente hacer adaptaciones sin mayor análisis sobre su futura aplicación.

### 3. Actos de Desarrollo.

#### 3.1. Actos de Información.

El juez de Paz debe -en cierta medida- tener un conocimiento claro del conflicto contenido en la solicitud de las diligencias conciliatorias civiles. Existen determinados conflictos en donde es necesario que el juez se constituya -por ejemplo- a lugares específicos como inmuebles, linderos de los mismos, etc.

Lo anterior con le objeto de empaparse de los términos del conflicto y no entendido como una diligencia probatoria, ya que no existe plazo probatorio en la conciliación civil en virtud de no ser un proceso contencioso. Consideramos que el Art. 176 Pr.C. lo permite, al disponer que: “Si las partes se muestran renuentes a transigir o a comprometerse en árbitros o arbitradores, está obligado el Juez de Paz a resolver, precisa e indispensablemente, dentro de tercero días a más tardar, y oído el dictamen de los asociados, lo que estime conveniente, procurando que su resolución sea un acomodamiento equitativo, según le dictare su prudencia; todo lo cual debe constar en acta pena de nulidad (...)”.

La disposición antes citada cuando habla de la obligación del juez de Paz a resolver, obviamente no se trata de una sentencia o interlocutoria que ponga fin a la controversia, sino más bien de una propuesta de solución cuya aceptación por las partes es voluntaria. Para lograr que la propuesta sea “un acomodamiento equitativo según le dictare su prudencia”, el juez debe estar informado de los parámetros del conflicto.

Sin olvidar que en la conciliación civil el juez de Paz es un conciliador, y que al proponer soluciones contribuye a la solución pacífica de la controversia. Es por ello que el conciliador ejerce un rol activo en la dirección del procedimiento y en la posible solución de la controversia. El Art. 178 Pr.C., es claro en esto al prescribir que: “La resolución se notificará a las partes dentro de veinticuatro horas a lo más. Si se conformaren, todo es terminado; pero si las dos o alguna de ellas no se conformaren expresamente, la resolución no produce efecto obligatorio.”

#### 3.2. Presencia de hombres buenos.

Otro aspecto muy importante en el desarrollo de una conciliación es, justamente, la participación de los hombres buenos, pues se discute si es importante el mantenimiento de dicha figura, tal como se encuentra regulado en el actual Código de Procedimientos Civiles, de los artículos 172 al 177. Los hombres buenos deben ser juramentados previamente, así lo prescribe el artículo 177 *“Antes de dar principio al acto recibirá el Juez de Paz juramento a los hombres buenos, de proceder con entera imparcialidad procurando el avenimiento de las partes, sin inclinarse a una ni a otra. Esto deberá hacerse constar en el acta, pena de nulidad.”*

Esta disposición es clara, sin embargo algunos jueces de Paz, los juramentan en acta por separada, y también se ha observado en algunos casos, que los hombres buenos son una especie de apoderado que interviene a favor de una de las partes.

En otros casos, es todo lo contrario, estas personas pasan muchas veces desapercibidas, no se les toma en cuenta; simplemente

cumplen una formalidad, la de acompañar a una de las partes.

En otros casos, se improvisa y se busca a cualquier persona, dado que es hasta el momento de que se presentan al tribunal, que se dan cuenta que sin la presencia de ellos, no es posible la realización de la audiencia conciliatoria.

Como se dijo al inicio, el origen de la incorporación de los hombres buenos fue para que la justicia fuera impartida con criterios de sentido común, equidad, armonía y un espíritu de solidaridad entre los vecinos para resolver conflictos entre los miembros de la comunidad. Surge la pregunta, quizás no tengamos un respuesta en este momento. ¿Es necesaria la participación de los hombres buenos en las diligencias conciliatorias que ocurren en nuestra realidad?, y si la respuesta fuere afirmativa, debe plantearse una nueva pregunta: ¿Qué perfil o característica debe reunir un hombre bueno, para que su participación ayude a resolver las disputas que se presentan?.

### **3.3. Prosecución de Audiencias.**

La legislación vigente muy atinadamente previó la posibilidad de que la audiencia conciliatoria civil, ya sea por la complejidad de la controversia o por la programación y/o calendarización del despacho judicial, no pueda concluirse en un sólo momento la audiencia respectiva, por lo que reguló la formación de varias audiencias para alcanzar los resultados deseados. La única observación que se le puede hacer al Art. 182 Pr.C. es que todas las demás actas contendrán las mismas solemnidades que las primeras.

Esta regulación, que pudiera parecer desfasada en estos tiempos, ya que muy rara vez hemos conocido se lleve a cabo, día a día en la práctica forense de los jueces de Paz, la consideramos que debe preservarse, pero sin la solemnidad que el artículo citado pregonaba; pues la anteriormente citada ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, dice con motivo a lo que hoy comentamos, lo siguiente:

*“Art. 9. Si fueren necesarias otras audiencias o reuniones comunes, el mediador lo hará saber a los interesados y señalará las fechas y horas para su celebración.”*

## **4. Actos de conclusión.**

### **4.1. La audiencia conciliatoria.**

Sobre el desarrollo de la audiencia conciliatoria, el legislador es muy parco en señalar el procedimiento para que el juez de Paz logre una conciliación y al efecto, transcribimos el artículo 175 Pr.C. vigente: “El Juez de Paz con los dos hombres buenos oír a ambas partes, se enterará de las razones que aleguen y procurará que se avengan o transijan, o que por lo menos comprometan su negocio en árbitros o arbitradores, debiendo constar todo esto en el acta, pena de nulidad.”

Significa lo anterior que el juez dispone de una mayor libertad para lograr un acuerdo, pues no se le somete a reglas específicas. Distinta es la regulación que al respecto el anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil antes mencionado consigna, que nuevamente

reivindica el ritualismo, señalando paso a paso el procedimiento que debe observar el juez en la audiencia conciliatoria, así el Art. 246 del anteproyecto citado expresa: *“La Audiencia de conciliación se celebrará en la forma siguiente:*

*1º El tribunal comprobará la identidad, capacidad y, en su caso representación de las partes. Asimismo, advertirá a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles, sin que pueda prejuzgar el contenido de la eventual sentencia en el proceso posterior.*

*2º Las partes podrán ser asistidas por abogados.*

*3º Se concederá inicialmente la palabra al solicitante, bien para que ratifique su solicitud, bien para que realice las aclaraciones que estime convenientes respecto a su solicitud y pueda manifestar los fundamentos en que la apoye.*

*4º Contestará la otra parte, alegando lo que a su derecho convenga. No obstante, si el pretendido, en el proceso abreviado posterior, quisiera hacer uso de la reconvencción, deberá anunciarla en este momento, para lo cual deberá expresar los hechos en que la funde y su petición, cuidando de que su anuncio se documente correctamente en el acta.*

*5º El Juez concederá la palabra a las partes cuantas veces sea pertinente. Cabe la exhibición de instrumentos, o la realización de otros medios de prueba que puedan articularse en la propia audiencia.*

*6º El tribunal podrá sugerir soluciones equitativas. Si no hubiere acuerdo entre las partes, se dará por terminado el acto sin avenencia (...).”*

Como se puede ver, de lo que prescribe el artículo anterior, la audiencia conciliatoria se encuentra desnaturalizada, pues mas se asemeja a una audiencia previa para sanear el proceso; es decir, se trata mas bien de prepararse para un juicio posterior, y no como una forma alterna de solucionar disputas o controversias. Consideramos a nuestro criterio, que está mejor regulado tal como hoy se encuentra.

#### **4.2. Propuesta de solución.**

Uno de los puntos importantes dentro del desarrollo de la audiencia conciliatoria, es la posibilidad de que el juez de Paz proponga una solución al conflicto, lo cual no obstante prescribir dicha posibilidad el Código de Procedimientos Civiles, los jueces no la utilizan, pues el artículo 176 vigente dice: *“Si las partes se muestran renuentes a transigir o a comprometerse en árbitros o arbitradores, está obligado el Juez de Paz a resolver, precisa e indispensablemente, dentro de tercero día a mas tardar, y oído el dictamen de los asociados, lo que estime conveniente, procurando que su resolución sea un acomodamiento equitativo, según le dictare su prudencia; todo lo cual debe constar en el acta, pena de nulidad. No está obligado el Juez a adherirse al dictamen de ningún o de los hombres buenos, ni tampoco se expresará en el acta cual sea el de cada uno de ellos.”* (El subrayado es nuestro).

Esta disposición, por supuesto, debe vincularse con la aceptación expresa por parte de los directamente intervinientes en la conciliación,

pues así lo manda el artículo 178 Pr.C., cuando expresa que: *“...Si se conformaren, todo es terminado; pero si las dos o alguna de ellas no se conformaren expresamente, la resolución no produce efecto obligatorio.”*

No obstante los jueces de Paz, al disponer de tan magnífica potestad, desafortunadamente no la saben utilizar, ya que generalmente asumen una actitud pasiva en las propuestas de resolución de los conflictos. Consideramos que ello se debe a otras atribuciones y competencias, también muy importantes que no pueden dejar de cumplirlas, pues de no hacerlas incurrirían en responsabilidad penal, por que tampoco no podemos olvidar que un juez de Paz en cuanto a sus resoluciones procesales está vinculado a términos y plazos en procesos donde se discute la libertad de una persona, derecho fundamental que debe respetarse y potenciarse.

Surge entonces una pregunta, que como las anteriores dejaremos al final para responder. ¿Debe continuar conociendo el juez de Paz en materia de Conciliación? ¿Está capacitado el juez de Paz con las técnicas modernas para afrontar una conciliación o mediación?.

#### **4.3. Resultado de la conciliación.**

En toda diligencia conciliatoria, luego de celebrada la audiencia pueden darse los siguientes resultados:

- a) Que las partes se avengan o transijan por voluntad propia, naturalmente con el auxilio del juez de Paz y/o de los hombres buenos.
- b) Que no existiendo ninguna transacción, las partes decidan someter la controversia a árbitros o arbitradores.
- c) Que el Juez de Paz resuelva con equidad y prudencia el conflicto planteado, resolución que deberá notificarse a las partes para su conformidad.
- d) Que las partes decidan no conciliar, no obstante haber comparecido a la audiencia.

En todos estos casos, debe privar la voluntad de las partes, pues como se ha sostenido a lo largo de este trabajo, la conciliación tiene como piedra angular, el acuerdo que nace de las propios intervinientes, pues ninguna solución de conflicto debe imponerse, ni tampoco se debe coaccionar una avenencia.

Como primer resultado, esta la posibilidad que se adopte algún acuerdo, sea aviniéndose o transigiendo. En ese sentido los artículos 175 y 176 Pr.C., dicen: Art. 175. *“El Juez de Paz con los dos hombres buenos oír a ambas partes, se enterará de las razones que aleguen y procurará que se avengan o transijan, o que por lo menos comprometan su negocio en árbitros o arbitradores, debiendo constar todo esto en el acta, pena de nulidad.”* Art. 176. *“Si las partes se muestran renuentes a transigir o a comprometerse en árbitros o arbitradores, está obligado el Juez de Paz a resolver, precisa e indispensablemente, dentro de tercero día a más tardar, y oído el dictamen de los asociados, lo que estime conveniente, procurado que su resolución sea un acomodamiento equitativo, según le dictare su prudencia; todo lo cual debe constar en el acta, pena de nulidad. No está obligado el Juez a adherirse al dictamen*

*de ninguno de los hombres buenos, ni tampoco se expresará en el acta cuál sea el de cada uno de ellos.”*

Al respecto haremos algunos comentarios sobre ambas disposiciones. En primer lugar, partiendo de nuestra normativa que considera a la conciliación como un acto preparatorio al juicio para evitar un pleito, debemos establecer una diferencia en cuanto a sus resultados, es decir, si es lo mismo avenir o transigir. En nuestro criterio, cuando las partes avienen, significa que una de ellas acepta o reconoce un derecho, tal sería el ejemplo de una deuda que la paga en el acto o se compromete a pagar en un plazo determinado; en cambio, en la transacción, como contrato bilateral que es, implica una concesión recíproca de derechos por las partes, siguiendo el ejemplo anterior sería que una de ellas, le perdonara los intereses o le disminuyera el capital, y la otra persona le pagaría con otro bien en que estén de acuerdo, ejemplo: un automóvil.

Sin embargo, en ambos casos hay una solución inmediata al conflicto, con lo que se extingue un proceso judicial a futuro. No obstante lo anterior, se presenta como problemática, si nuestra legislación permite una solución parcial del conflicto, vale decir, si se admite las conciliaciones parciales. Consideramos que, si bien el legislador no previó de forma taxativa tal situación, sin embargo, atendiendo la finalidad del citado instituto, debe aceptarse el hecho de que pueda otorgarse un conciliación parcial, pues nada impide su concreción si las partes así lo piden.

Con respecto al segundo apartado, es decir, el de comprometer la decisión de la controversia a jueces árbitros o jueces arbitradores, es preciso hacer una acotación; y, es el hecho que fue derogada la sección 3ª del Capítulo II del Título I, del Libro I del Código de Procedimientos Civiles (DE LOS JUICIOS POR ARBITRAMENTO) por la Ley de Medición, Conciliación y Arbitraje. Sin embargo, la ley en comento, abre la posibilidad que el compromiso arbitral valga aún cuando se haga ante un juez de Paz. Esto lo afirmamos en virtud de lo estipulado en el Art. 29 de la citada ley, que en su inciso 3º dice: *“Se entenderá que el convenio se ha formalizado por escrito no solamente cuando esté contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulte del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.”*

Se puede observar, que la disposición flexibiliza las formas de otorgar los convenios arbitrales, por lo que permite a dichos convenios otorgados ante un juez de Paz el tener validez, aún cuando esté derogada la parte del Código de Procedimientos Civiles que regulaba el arbitraje.

Un tercer resultado que puede surgir de las conciliaciones, es el hecho de que el juez resuelva con equidad según le dictare su prudencia. En tal caso, la resolución deberá proveerse dentro de tercero día a más tardar, y luego de notificarse deberá haber una conformidad de las partes. Este tipo de resultado que pudiera generarse en las conciliaciones, en la práctica no se da, y es por que algunos desconocen de tal atribución, y otros por comodidad o conveniencia no la utilizan. En este caso, el juez de Paz desempeña un papel más activo y propositivo, el cual rebasa al de un mediador o un mero conciliador, según las concepciones modernas de las soluciones alternas de disputas, donde lo limitan a ser un facilitador de controversias.

Por último, se da el resultado que ocurre con mayor frecuencia,

y es cuando las partes no desean conciliar a través del avenimiento o de la transacción o no desean trasladar la disputa a árbitros. En tal caso el juez de Paz levantará acta expresando que se tuvo por intentada y no lograda la conciliación, Art. 185 Pr.C. En igual sentido, si no asiste a la segunda cita el requerido, Art. 183 Pr.C.; o cuando ambas partes dejaren de asistir a las diligencias conciliatorias, Art. 186 Pr.C. En todos estos casos queda franqueada la vía para iniciar el juicio o proceso propiamente dicho, aunque como ya expresamos, no es un requisito de procesabilidad, por que da igual haber intentado la conciliación o no.

Nada dijo el legislador, en el caso que no asista el solicitante. Ante tal situación se plantea si puede hablarse del desistimiento de la acción. Consideramos que no se trata de una acción como tal, sino más bien de una pretensión, que al no ser ejercitada oportunamente produce los mismos efectos, como cuando ninguno de las partes concurre, es decir, que se tuvo por intentada y no lograda la conciliación. En otras palabras, al solicitante se le tiene por agotada dicha vía, y por supuesto, le queda el derecho de ejercitar su pretensión ante los tribunales competentes.

## **5. Actos de ejecución.**

### **5.1. Obligatoriedad y ejecutoriedad del acuerdo.**

Los efectos de la conciliación en el caso de acuerdo (Por ejemplo avenimiento, transacción o llevarlo ante árbitros) los podemos caracterizar de la siguiente forma:

- a) Produce efecto obligatorio, Art. 178 Pr.C.
- b) Trae aparejada ejecución, Art. 179 Pr.C.

Nuestro legislador, no hace referencia a la cosa juzgada en cuanto al acta de conciliación y consecuentemente, siguiendo a Junco Vargas, compartimos cuando dice: “Es la ley la que ha establecido que determinadas instituciones, que taxativamente se consagran, adquieran una calidad especial y sean sacadas del conocimiento del mismo Estado, para no ser sometidas a nuevo debate dentro de un juicio judicial.”<sup>55</sup>

En otras palabras, cosa juzgada es un concepto jurídico cuyo contenido lo da ley en ciertos casos, teniendo como atributo la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad<sup>56</sup>.

En nuestro caso, la ley se refiere al efecto obligatorio que dimana para las partes, es decir, su vinculación de dar, hacer o no hacer algo respecto a una persona en particular.

Respecto al otro efecto que establece el legislador, está la de traer aparejada su ejecución, es decir, contiene consigo la coercibilidad, la cual consiste en la eventualidad de ejecución forzada. La coerción es una consecuencia de las sentencias de condena pasadas en cosa juzgada. Pero esa consecuencia no significa que toda sentencia de condena se ejecute, sino que toda sentencia de condena es susceptible de ejecución si el acreedor la pide.

<sup>55</sup>“La Conciliación”. Pág. 177. Autor: Junco Vargas, José Roberto. Editorial Ediciones Jurídicas Radar. Segunda edición, año 1994. Santa Fe de Bogotá, Colombia.

<sup>56</sup>“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Pág. 402. Eduardo J. Couture.

Concluimos entonces, que el acta de conciliación que ha llenado los requisitos de fondo y forma, y asentida por los intervinientes, adquiere peculiares efectos que pudieran hacer pensar que se trate de cosa juzgada, sin embargo, el legislador ha querido distinguirla de las sentencias judiciales, al configurarla de una forma muy especial, dándole sus propios caracteres de eficacia (obligatoriedad y ejecutoriedad).

En cuanto a los requisitos de fondo, algunas veces, las citadas actas omiten el plazo para su cumplimiento o no se fijan los montos de una forma clara. En estos casos será necesaria una nueva conciliación o, en su defecto, iniciar un proceso para la fijación de plazo. Para evitar todo ello, los jueces de Paz deben tener mucho cuidado a fin que la obligación sea exigible civilmente.

Sobre este punto es importante traer a consideración los efectos que se le otorga a la mediación, según la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. Hacemos este parangón debido a la similitud que existe entre ambos institutos (conciliación y mediación). El artículo 13 de la citada ley expresa: *“Fuerza ejecutiva del acuerdo. Art. 13. La solución total o parcial de la disputa se consignará en acta y producirá los efectos de la transacción. La certificación que de ella extienda el Centro de Mediación tendrá fuerza ejecutiva en su caso.”*

¿Cuáles son los efectos de la transacción? Para responder a esta pregunta debemos remitirnos al Código Civil, y el artículo 2206 dice lo siguiente: *“La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes.”*

Como podemos concluir, en la nueva normativa de solución alterna de disputas, si bien no le otorga la calidad de cosa juzgada de forma directa en el mismo cuerpo normativo, lo remite de forma indirecta a otra normativa donde claramente se le reviste de tal calidad (cosa juzgada). Característica que no tienen los acuerdos conciliatorios, según lo expusimos arriba.

## **5.2. Prescripción y eficacia probatoria de las diligencias conciliatorias.**

El Art. 2253 del Código Civil (C.C.), que se refiere a la prescripción como medio de extinguir las acciones dice que: *“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la acción o derecho ha nacido.”* Sin embargo, según los artículos 2257 en relación con el 2242 del Código Civil, las diligencias conciliatorias civiles no interrumpen civilmente la prescripción. El Art. 2242 inciso último C.C., estipula que *“Tampoco la interrumpe el juicio conciliatorio.”*

El anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil (20) en relación a los efectos de la prescripción aparejados al acto conciliatorio, manifiesta en el inciso último del Art. 243 que: *“(…) La presentación, con ulterior admisión de la solicitud de conciliación, interrumpirá la prescripción y suspenderá la caducidad, en los términos y con los efectos establecidos en la ley, desde el momento de la presentación. El cómputo de la caducidad se reanuda al día siguiente de intentada la conciliación o transcurridos quince días desde su presentación sin que se haya*

celebrado. En el caso de derechos sometidos a plazo de prescripción, transcurridos treinta días sin celebrarse el acto de conciliación se tendrá por terminado el procedimiento y cumplido el trámite.”

Por otra parte, se discute en doctrina sobre la conveniencia de que aquellas expresiones o declaraciones que contengan la renuncia o alegación de una prescripción o medio probatorio pueden valer, si no se ha logrado un acuerdo global y completo. Algunos sostienen, que si la ley no ha establecido forma para el acto de renuncia a la prescripción, entonces puede ser el medio idóneo para expresarlo; sin embargo otros autores sostienen lo contrario, para el caso Junco Vargas dice: “Por la experiencia judicial, nos vemos en la necesidad de cambiar de criterio radical y considerar que la audiencia de conciliación cuando no se ha llegado a ningún acuerdo, no es medio idóneo para tenerlo como instrumento o forma para renunciar a la prescripción, ya que todas las expresiones que se hagan en el desarrollo del encuentro no surten ninguna eficacia probatoria que induzca a pensar que con lo que diga la parte en la audiencia vaya dirigida a variar su situación jurídica que ya tiene en el litigio”<sup>57</sup>.

Esta apreciación es la dominante en la doctrina y en la legislación moderna, de hecho el Art.12 de la tantas veces citada ley de Mediación, confirma lo aseverado anteriormente: “Confidencialidad. Art. 12.- Todas las declaraciones y manifestaciones del requirente y requerido en las audiencias de mediación son de carácter estrictamente confidencial y de ellas no se dejará constancia escrita. Los papeles de trabajo del mediador tendrán carácter personal, y de ellos no se dará traslado ni copias, carecen de valor probatoria y no harán fe en juicio.”

Desafortunadamente, nada dijo el legislador en el Código de Procedimientos Civiles en materia de conciliación, cuando se refirió a estas situaciones. A nuestro criterio, interpretando sistemáticamente estas disposiciones, y si bien no reguló nada al respecto, tampoco podemos atribuir más efectos de lo que la ley establece; aparte que si se pretendiera darle valor a lo allí expresado, aún cuando no se llegue a ningún acuerdo, nadie utilizaría esa vía de solución de conflictos, por que se llegaría afirmar con cierto humor, que el juez debe advertir a la parte, que antes de hablar en dicha audiencia debe consultar con su abogado, por que todo lo que diga puede ser usado en su contra.

Lo que se pretende decir, es que un criterio de ese orden atentaría contra la seguridad jurídica y coartaría cualquier diálogo o propuesta que surgiera en el acto de la conciliación, con el pretexto del temor a que surta efectos probatorios adversos.

### **5.3. Problema en la ejecución.**

El Art. 179 Pr.C., establece que el acuerdo conciliatorio trae aparejado ejecución y debe ejecutarse irremisiblemente por el juez competente del pretendido, en base a la certificación que se presente de lo resuelto y convenido en las diligencias conciliatorias civiles. Esto tiene relación con los instrumentos que traen aparejada ejecución y que dan nacimiento a un juicio ejecutivo, en donde la certificación de la audiencia conciliatoria que contempla los acuerdos de las partes es uno de ellos (Art. 591 ordinal 5º Pr.C.)

<sup>57</sup>Ob. cit. en nota (17), Pág. 273.

En la realidad, nuestro sistema presenta problemas o deficiencias en la ejecución forzosa. Para el caso, concluyen los procesos en su etapa cognoscitiva, luego se pasa al estado de ejecución y se produce una total frustración del ordenamiento jurídico, porque no hay bienes donde hacer efectivo los pronunciamientos de los tribunales<sup>58</sup>.

Por lo anterior, se da una avalancha de procesos penales que culminan en sobreseimiento, ya que se disfraza a la pretensión civil de *notitia criminis*. En donde los particulares recurren abusivamente a la vía penal para decidir asuntos de carácter civil, lo cual no es más que un síntoma de la enfermedad que adolece nuestro proceso civil: su lentitud, carestía e ineficacia del proceso de ejecución.

Variadas son las dificultades que entrañan medidas de ejecución, como por ejemplo el embargo o la aprehensión de bienes. Pero es en las obligaciones de hacer y, sobre todo, en las de carácter personalísimo, donde más se aprecia la frustración del proceso de ejecución. En dichas obligaciones, la inactividad del deudor ha de novar la obligación en una indemnización de daños y perjuicios.

### **3. Comentarios a Criterios Judiciales en las Diligencias Conciliatorias Civiles dirigidas por el Juez de Paz.**

#### **1. Marco espacio temporal .**

La muestra para los comentarios a los diferentes criterios judiciales en las diligencias conciliatorias civiles dirigidas por el juez de Paz, se enmarca en los expedientes aperturados durante el presente año, espacialmente, en los Juzgados de Paz conforme a lo previsto en el plan docente de la etapa practica de pasantías del Programa de Formación Inicial para Jueces (P. F. I.) En dicho plan docente se optó por el criterio de clasificar a los juzgados referidos en cuatro categorías, que permiten generar un adecuado espectro de las funciones del juez de Paz en el país.

Los Juzgados de Paz de donde se recopiló la muestra son los asignados a los relatores de la presente investigación, a saber:

1. San Salvador. Juzgado Primero de Paz.
2. Periferia de San Salvador. Juzgado Primero de Paz de San Marcos y Juzgado de Paz de Ayutuxtepeque.
3. Cabecera departamental. Juzgado Primero de Paz de Zacatecoluca.
4. Municipio de zona rural. Juzgado de Paz de Zaragoza y Juzgado de Paz de El Congo.

#### **2. Solicitud.**

##### **2.1. Auto previo.**

En algunos Juzgados de Paz, antes de incorporar en el acta respectiva la petición verbal de solicitud a conciliación, levantan un auto previo en donde hacen constar lo siguiente: "(...) Presente en éste tribunal la señora..., quien acude a éste tribunal a demandar en Juicio

<sup>58</sup> "Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdicción, Acción y Proceso)". Pág. 144 y siguientes. José Vicente Gimeno Sendra. Editorial Civitas, S. A. Año 1981. Madrid, España.

Civil Verbal Conciliatorio, a la señora..., en consecuencia, de conformidad al Art. 164 Pr. C., recíbale su respectiva demanda, previa identificación personal.”<sup>59</sup>.

Dicho auto nos parece innecesario, y como antes se apuntó, el mecanismo de las diligencias conciliatorias civiles debe ser lo más ágil y sencillo posible, evitando autos o etapas que dilaten el procedimiento. Por ello advertimos la innecesariedad del auto previo y debe procederse -primeramente- con el acta de solicitud a conciliación civil mediante petición verbal, cuando el solicitante se presente al Juzgado de Paz requiriendo el procedimiento.

La ubicación en el auto previo del Art. 164 Pr.C., no es adecuada, en virtud que dicha disposición pretende definir los caracteres de la conciliación como acto preparatorio al juicio. La disposición que permite iniciar la conciliación civil con la petición verbal ante el juez de Paz, es el Art. 168 Pr.C.

## 2.2. Inicio e identificación del mecanismo y de partes.

En la mayoría de los casos, constatamos que los solicitantes de las diligencias conciliatorias civiles las iniciaron mediante petición verbal, especialmente en los distritos judiciales fuera de San Salvador. En el Juzgado Primero de Paz de esta ciudad, de cinco conciliaciones en trámite, sólo una se inició por solicitud verbal; la cual se asentó en acta de conformidad con la ley y se hizo constar en la misma la comparecencia del juez y secretario<sup>60</sup>. Sin embargo, en los Juzgados de Paz de los municipios de San Marcos, El Congo, Zacatecoluca; se observó una considerable disminución de solicitudes interpuestas mediante escrito y, por el contrario, mayores las interpuestas verbalmente.

En este último caso, las solicitudes verbales asentadas en actas, se levantaron sin mencionar al juez ni al secretario del juzgado, es decir, sólo se consignó la comparecencia del solicitante. Lo idóneo es la mención del juez con su respectivo nombre así como el del secretario<sup>61</sup>.

En las solicitudes de las diligencias conciliatorias civiles, tanto mediante petición verbal o petición escrita; se detectó uso de terminología inapropiada al identificar el mecanismo en referencia como “Juicio Civil Verbal Conciliatorio”<sup>62</sup>. Como antes expusimos, las diligencias conciliatorias civiles no encajan en la concepción de juicio civil ni de juicio verbal, ya que no estamos en presencia de un proceso contencioso.

Asimismo, a menudo se confunde la solicitud con la demanda. Aclaración que también especificamos, por que en la conciliación civil el solicitante no se presenta al Juzgado de Paz competente a demandar a la contraparte, sino -en lenguaje técnico procesal- el solicitante comparece al tribunal a solicitar se cite a conciliación a la parte -distinta de él- directamente involucrada en el conflicto, con el objeto de arribar a un

<sup>59</sup>En el Juzgado de Paz de Ayutuxtepeque encontramos la utilización del referido auto previo, en diligencias conciliatorias civiles marcadas con los números 001-C-03, 002-C-2003, 003-C-2003.

<sup>60</sup>Acta de las doce horas del día treinta y uno de marzo del presente año. Expediente marcado con la referencia 05-C-2003. Juzgado Primero de Paz de San Salvador.

<sup>61</sup>Actas de solicitud mediante petición verbal que carecen de nominación del juez y secretario, así como su respectivo nombre, se detectó en expedientes con referencia números: 1-03 Juzgado Primero de Paz de San Marcos, 2-03 Juzgado de Paz de El Congo, y, 1-2003 Juzgado Primero de Paz de Zacatecoluca.

<sup>62</sup>La denominación “Juicio Civil Verbal Conciliatorio”, se encontró en los expedientes -entre otros- marcados con los números 001-C-03, 002-C-03, 20-C-03, diligenciados en el Juzgado de Paz de Ayutuxtepeque; y, en los marcados con los números 03-CC-03, 05-CC-03, 10-CC-03, diligenciados en el Juzgado de Paz de Zaragoza.

acuerdo conciliatorio.

Por otra parte, cuando el solicitante se presenta al tribunal a interponer la solicitud, el operador judicial debe identificarlo, consignando en el acta sus generales. El ordinal segundo del Art. 193 Pr.C., establece que la demanda escrita debe contener: “El nombre, edad, profesión u oficio, documento de identificación y domicilio del demandante, y en su caso los mismos datos del representante legal o procurador;...” Esta disposición la podemos aplicar al mecanismo de la conciliación con las aclaraciones pertinentes, por que no estamos en presencia de una demanda ni tampoco hablamos aquí de un demandante. También el juzgador debe exigir estos datos mínimos cuando la solicitud se interpone por escrito.

Encontramos actas en donde constan datos innecesarios de la parte solicitante, como por ejemplo: fecha y lugar de extensión del documento de identidad o lugar de origen<sup>63</sup>. Otras actas carecen de una mínima identificación a la parte solicitante, ya que sólo se consignó el número del Documento Único de Identidad y la dirección residencial, omitiéndose la edad, profesión u oficio y domicilio<sup>64</sup>.

Es necesario hacer constar el lugar o casa -que puede coincidir con la residencia- en donde el solicitante señala para recibir notificaciones o citas, dentro de la circunscripción territorial cuya del tribunal competente. Arts. 193 (7º) y 1276 Pr.C.

Asimismo debe consignarse en la solicitud los datos de identificación mínimos de la parte solicitada o requerida, como: el nombre completo o como es conocido socialmente, la edad en caso de conocerse, profesión u oficio, domicilio y casa o lugar de residencia para efectos de citarlo a conciliación. Arts. 168 y 193 (3º y 7º) Pr.C.

### 2.3. Versión de los hechos.

La solicitud a conciliación civil interpuesta mediante petición verbal o por escrito, debe contener de manera sencilla, precisa y breve, una enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la petición del solicitante, y cuantía económica, si fuere de esta naturaleza<sup>65</sup>.

El conflicto o controversia narrada por el solicitante debe plasmarse de manera sintética, pero comprensible. En algunos casos se utiliza la práctica de estipular la reserva de otros hechos que serán expuestos hasta la audiencia conciliatoria. Es decir, el solicitante manifiesta que para el acto de la conciliación -audiencia conciliatoria-, ampliará su solicitud con otros hechos. Nos parece inapropiado hablar de una ampliación, por que de una vez debe aclararse en la solicitud los términos del conflicto, respecto de los cuales el juez citará a conciliación a la parte pretendida. Es posible aclarar aún más un determinado hecho en la audiencia conciliatoria, pero que desde el inicio ya estaba incorporado en la solicitud.

<sup>63</sup>Se encontraron datos de identificación innecesarios en actas de solicitud a conciliación mediante petición verbal, cuyos expedientes corresponden a los números 003-C-2003, 07-C-2003, del Juzgado de Paz de Ayutuxtepeque.

<sup>64</sup>Expedientes diligenciados por el Juzgado Primero de Paz de San Marcos, con referencia números: 06-03, 23-03.

<sup>65</sup>Anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil de la República de El Salvador. Pág. 67. Versión noviembre de 2002. Consultores: Víctor Moreno Catena y otros.

### 3. Admisión de solicitud.

El auto que admite la solicitud, sustancialmente -por lo menos- debe contener:

1. Expresión de admisión de solicitud, nominando las partes involucradas directamente en el conflicto o controversia.
2. Señalamiento que contenga lugar, día y hora para celebración de la respectiva audiencia conciliatoria.
3. La orden de citar a conciliación a la parte solicitada.
4. La advertencia a las partes de nombrar dos personas que serán los "hombres buenos", uno por cada parte, con el objeto de citarse para que se presenten a la audiencia respectiva.
5. La orden de notificar el auto a la parte solicitante.

Con los siguientes elementos sustanciales mínimos hay jueces de Paz que logran estructurar los autos de admisión, aunque la terminología no es la apropiada. Ejemplo: "(...) Admitase la anterior demanda de Juicio Verbal Conciliatorio, interpuesta por los señores..., contra los señores..., tiénese a los señores..., como parte en el carácter en que comparecen. Señalense las... horas del día... de los corrientes para la realización en este Juzgado de la Audiencia Conciliatoria, para lo cual cítense a las partes, y además emplácese a los demandados. Previénesele a las partes, que a la audiencia señalada se hagan acompañar de una persona mayor de edad, particular y que posea documento de identificación para que les sirva de hombre bueno en la diligencia a realizar, quienes deberán ser juramentados de conformidad al art.177 Procesal Civil. NOTIFÍQUESE..."<sup>66</sup>.

### 4. Cita a conciliación.

Este acto de comunicación, como antes se expuso, ha tenido diferentes modificaciones a lo largo de nuestra historia legislativa. Esto ha dado lugar a una variada forma de diligenciar las citaciones por parte de los tribunales.

El artículo 168 del Código de Procedimientos Civiles, establece la forma de llevarla a cabo, aunque con inadecuado lenguaje procesal ya que habla de emplazamiento y como acotamos antes, el emplazamiento se prescribe para procesos contenciosos<sup>67</sup>.

Algunos Juzgados de Paz difieren entre ellos respecto a la manera de llevar a cabo tal acto procesal. Así por ejemplo, el Juzgado Primero de Paz de Zacatecoluca realiza la citación a conciliación siguiendo lo establecido por la disposición antes mencionada, excepto que en la cédula de citación no se menciona el negocio por el que se le convoca a la audiencia<sup>68</sup>. En cambio, en el Juzgado de Paz de El Congo, se

<sup>66</sup>Auto pronunciado por el Juez de Paz de Zaragoza, a las quince horas y cuarenta y seis minutos del día siete de febrero del presente año; en diligencias conciliatorias civiles con referencia 01-cc-03. También la misma estructura sustancial puede observarse en autos agregados a los expedientes 03-cc-03, 04-cc-03, 05-cc-03, del juzgado en referencia.

<sup>67</sup>En lo pertinente el Art. 168 Pr.C., consigna que: "Para intentar el juicio conciliatorio basta la petición verbal ante el Juez de Paz. Este emplazará al demandado por cédula, con expresión de la persona y negocio por que se le demanda, y con señalamiento del día, hora y lugar para la comparecencia. La cédula de citación o emplazamiento se pondrá por duplicado en manos del que deba conducirla..."

<sup>68</sup>Diligencias conciliatorias civiles con referencia 3-2003, tramitadas en el Juzgado Primero de Paz de Zacatecoluca.

anexa copia de la solicitud y demás documentos que la acompañan, en caso de haberlos<sup>69</sup>. En el Juzgado Primero de Paz de San Salvador, la cita a conciliación se diligencia como los emplazamientos en procesos civiles, con todas las formalidades que conlleva.

Al efecto, consideramos que las citas a conciliación que los Juzgados de Paz deben realizar, deben estar impregnadas de sencillez en virtud de la agilidad del procedimiento, garantizando que la comunicación sea eficaz. Por lo menos debe enunciarse brevemente el motivo de la misma, por cuanto a veces ni siquiera se indica el negocio -como dice la ley- por el cual se le cita.

Creemos, también, la necesidad de indicarle a la parte citada el nombramiento de la persona que servirá de "hombre bueno", su acompañamiento a la audiencia respectiva, así como los requisitos que deben concurrir en él<sup>70</sup>.

## 5. Audiencia conciliatoria.

En esta etapa del procedimiento conciliatorio, se materializa la esencia de las diligencias conciliatorias civiles; es decir, es en este momento que cobra énfasis la solución pacífica de la controversia y por ello su desenvolvimiento está rodeado de formalidades prescritas en la ley, cuya omisión puede acarrear nulidad.

Se destaca la juramentación de los "hombres buenos", y en algunos Juzgados de Paz se acostumbra hacerla en acta previa y separada de la audiencia conciliatoria<sup>71</sup>. Sin embargo, conviene aclarar que los "hombres buenos" son nombrados uno por cada parte y no por el juez, excepto que las partes se resistan a hacerlo, en cuyo caso el funcionario judicial los nombrará de oficio.

Con el objeto de hacer expedito el mecanismo de la conciliación civil, consideramos que la juramentación de los "hombres buenos" no debe constar en acta previa, sino en la misma acta de la audiencia conciliatoria<sup>72</sup>. Creemos que debe ser así, dado que teniendo fuerza ejecutiva la certificación del arreglo conciliatorio, en la misma se constata la presencia de dicho requisito y no es posible valerse de otro documento para evidenciarse.

Constatamos en la práctica, que la participación de los "hombres buenos" en la búsqueda de una solución pacífica al conflicto, muchas veces, es poca o casi nula. Más bien, son meros espectadores del desarrollo de la audiencia, y en el peor de los casos, ni se les concede la palabra; es decir, cubren una mera formalidad.

<sup>69</sup>Diligencias conciliatorias civiles con referencia 01-2003-01, tramitadas en el Juzgado de Paz de El Congo.

<sup>70</sup>El Art. 173 Pr.C., estipula que: "Los hombres buenos no son abogados ni procuradores de las partes..." Relacionado con dicha disposición, el art. 174 Pr.C., refiere que: "Para ser hombre bueno se necesitan veintidós años cumplidos de edad, no ser dependiente del Juzgado de Paz, ni socio ni pariente dentro del segundo grado civil del Juez o de las partes, ni tener interés ninguno en el pleito." Cuando se menciona que el "hombre bueno" necesita veintidós años cumplidos de edad, era el límite para ser considera una persona mayor de edad. Actualmente el art. 26 del Código Civil menciona que el mayor de edad o simplemente mayor, es el que ha cumplido dieciocho años. Consideramos, que no existe razón alguna para exigir el mínimo de edad -veintiún años- a la persona nombrada como "hombre bueno"; basta con que sea mayor de edad o simplemente mayor.

<sup>71</sup>No obstante, el Art. 177 Pr.C., es claro al expresar que: "Antes de dar principio al acto recibirá el Juez de Paz juramento a los hombres buenos, de proceder con entera imparcialidad, procurando el avenimiento de las partes, sin inclinarse a uno ni a otra. Esto deberá hacerse constar en el acta, pena de nulidad." (El subrayado es nuestro).

<sup>72</sup>Afirmación que también refuerza el Art. 175 Pr.C., cuando se refiere al desarrollo de la audiencia, expresando al respecto que: "El Juez de Paz con los dos hombres buenos oír a ambas partes, se enterará de las razones que aleguen y procurará que se avengan o transijan, o que por lo menos comprometan su negocio en árbitros (...), debiendo constar todo esto en el acta, pena de nulidad." (El subrayado es nuestro).

## 6. Elaboración del acta.

Otro aspecto no menos importante de la audiencia conciliatoria, es la elaboración del acta. Algunos Juzgados de Paz, asientan el acta respectiva en un libro formado para tal efecto<sup>73</sup>.

Consideramos que no existe impedimento legal alguno, para que las actas de audiencia conciliatoria se levanten en folios separados y en seguida se agreguen correlativamente. Con el objeto que al final del año se formen los libros correspondientes. La ley exige que se asienten en un libro formado y dedicado exclusivamente para ello, lo que no impide que se junten posteriormente. Muchos Juzgados de Paz debido a la carga de trabajo generada por los procesos penales, a penas permite asentar las actas en un libro, escribiendo manualmente.

Es posible optimizar los recursos del tribunal, como el uso de computadoras, máquinas de escribir eléctricas y fotocopiadoras que no era posible pensarlos en la época que se reguló la conciliación civil en el Código de Procedimientos Civiles, que data del siglo antepasado. En vez de transcribir manualmente a un libro las actas de las audiencias, el asentamiento por computadora o máquina de escribir eléctrica agiliza la exigencia legal, ya que la trascripción impresa en original sirve para la conformación de los libros respectivos, debiéndose certificar una fotocopia del acta para ser agregada al expediente.

## 7. Cuadro esquemático de la Conciliación Civil.

Pretendemos ordenar mediante los siguientes esquemas, para una mejor comprensión de las diligencias conciliatorias civiles, el flujo de conflictos sometidos a la competencia de los jueces de Paz seleccionados en el marco espacio temporal, y que comprende: número de causa, materia, forma de interposición, asunto y resultado.

---

<sup>73</sup>El Art. 181 Pr.C., menciona un libro especial de asentamiento de actas. "Las actas de los juicios conciliatorios se asentarán en un libro formado en el papel del sello de diez centavos foja y exclusivamente dedicado a este objeto, y se firmarán por el Juez de Paz, por los hombres buenos y las partes, si supieren, y por el Secretario..."

<b>JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE SAN SALVADOR</b>				
<b>N° de expediente</b>	<b>Materia</b>	<b>Forma de Interposición</b>	<b>Asunto</b>	<b>Resultado</b>
1	Mercantil	Escrito	Es una Sociedad Anónima que reclama a una persona natural, un cheque protestado por \$5,876.63.	En trámite. No se citó por no haber señalado dirección el solicitante.
2	Civil	Escrito	El solicitante desea adquirir un terreno contiguo en el que por error construyó. Construcción en terreno ajeno.	Intentada y no lograda por inasistencia por 2ª vez, no obstante su legal citación.
3	Civil	Escrito	Fiador reclama por subrogación del acreedor la cantidad de \$ 575.57.	En trámite
4	Penal	Escrito	Amenaza y acoso sexual.	En trámite
5	Familia	Acta. Petición verbal. Adolece de defectos en su redacción.	Solicitante pide que se le entreguen documentos y otras pertenencias retenidas por su madre.	En trámite

<b>JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE SAN MARCOS</b>				
<b>N° de expediente</b>	<b>Materia</b>	<b>Forma de Interposición</b>	<b>Asunto</b>	<b>Resultado</b>
1	Civil	Acta. Petición verbal.	Resciliación de contrato de venta de un negocio (pupusería).	Intentada y no llevada a cabo por inasistencia de la solicitada
2	Civil	Acta. Petición verbal.	Reclama el cumplimiento de una obligación de \$2,285.00 que fue pactada en un acuerdo conciliatorio realizado en otro Juzgado de Paz.	Reclama el cumplimiento de una obligación de \$2,285.00 que fue pactada en un acuerdo conciliatorio realizado en otro Juzgado de Paz.

<b>JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE SAN MARCOS</b>				
<b>N° de expediente</b>	<b>Materia</b>	<b>Forma de Interposición</b>	<b>Asunto</b>	<b>Resultado</b>
3	Penal. Falta.	Acta. Petición verbal.	Problemas vecinales originados por juego de pelotas del hijo de la solicitada que golpea el portón de su casa; llegándose a los insultos.	Intentada y no llevada a cabo por inasistencia de la solicitada.
4	Penal. Falta.	Acta. Petición verbal.	Insultos, amenazas y lanzamientos de basura en su propiedad.	En trámite. Suspendida por estar indispuesta de salud, a petición de la solicitante.
5	Familia	Acta. Petición verbal.	Reclama devolución de una piocha, ropa, unos cuadros de madera y una guitarra, o en su defecto, la cantidad de \$1,000.00 por los conceptos antes mencionados. Además, por los gastos de alimentación en que incurrió por el tiempo (5 meses) que la tuvo de mujer.	Avenencia. La demandada se comprometió a devolverle los objetos reclamados.
6	Civil	Escrito	La sociedad es propietaria de una vivienda que fue adquirida de una prestamista por medio de un pacto de retroventa y ahora pretende el otorgamiento de un contrato de arrendamiento. Se aclara, que lo que hay detrás es obtener una renta y a la vez disponer de un título para lanzarla de su propiedad.	Avenencia. Se acordó firmar un contrato de arrendamiento en el juzgado, lo cual se hizo sin la comparecencia del representante legal de la sociedad, quedando constancia de ello en el acta
7	Penal. Falta.	Acta. Petición verbal.	La solicitante reclama por injurias, palabras soeces y agresiones. El conflicto se origina desde hace 11 años (1992). El solicitado dice que el conflicto se originó en 1986, cuando la solicitante le pegó a su mujer.	Avenencia. Se comprometieron las partes a no insultarse más y evitar conflictos entre ellos.

JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE SAN MARCOS				
N° de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
8	Mercantil	Escrito	Reclama una deuda por \$759.00 provenientes de relaciones comerciales.	Intentada y no llevada a cabo por inasistencia de ambas partes.
9	Civil	Acta. Petición verbal.	Reivindicación de un inmueble rústico, que esta en posesión del solicitado por haberlo entregado el hermano del solicitante (fallecido) por un préstamo de dinero.	Intentada y no lograda por no llegar a un acuerdo, pues parece que hay un trasfondo de un préstamo que no fue cancelado por el hermano del solicitante (fallecido).
10	Civil	Escrito	Reclama un hermano a otro hermano el respeto y cumplimiento de una servidumbre de tránsito.	Intentada y no lograda por no llegar a un acuerdo. Avenencia.
11	Penal. Falta.	Acta. Petición	Problemas de insultos y pleitos derivados de los hijos del solicitante y solicitado.	Se comprometieron a vivir en paz y armonía.
12	Violencia intrafamiliar.	verbal. Escrito	La solicitante (madre) reclama de su hija por insultos, amenazas y sustracción de varios objetos de su propiedad y de su hermano.	El tribunal declaró la improponibilidad de la demanda civil conciliatoria", y certificó dicha resolución para dar inicio al trámite de la violencia intrafamiliar.

JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE SAN MARCOS				
N° de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
13	Civil	Escrito	La sociedad propietaria de una vivienda reclama la celebración de un contrato de arrendamiento (similar caso al N° 7 antes relacionado).	Se tuvo por intentado y no llevada a cabo, por no encontrarse en el país la solicitada.
14	Civil y familia	Acta. Petición verbal.	Reclama autorización para que se escriture a su favor 2 lotes de terreno que fueron adquiridos por su suegra con dinero del solicitante	Se tuvo por intentada y no lograda, por no llegar a ningún acuerdo.
15	Penal. Falta.	Acta. Petición verbal.	Por injurias a sus menores hermanos y a ella, causados por una vecina.	Se tuvo por intentada y no llevada a cabo por inasistencia de la solicitada
16	Penal	Acta. Petición verbal.	Injurias y amenazas hechas por un señor de 80 años a la solicitante.	Se tuvo por intentada y no lograda la conciliación, al no ponerse de acuerdo. Se aclara que el señor tiene 60 años.
17	Penal	Acta. Petición verbal.	Termina por desistimiento en virtud de haber cancelado los cánones adeudados.	El solicitante abandona la audiencia, teniéndose por intentada y no lograda por las razones antes dichas.

JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE SAN MARCOS				
N° de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
18	Inquilinato	Acta. Petición verbal.	Reclama cánones adeudados.	Termina por desistimiento en virtud de haber cancelado los cánones adeudados.
19	Civil	Escrito	Reclama pago de dinero adeudado por préstamo verbal que hizo por la suma \$260.00.	Se tuvo por intentada y no lograda por inasistencia de la solicitada.
20	Tránsito Penal. Falta.	Acta. Petición verbal.	Reclama pago por los daños causados en accidente de tránsito por \$300.00.	Desistimiento. Retira la solicitud de conciliación por haber llegado a un acuerdo conciliatorio.
21	Penal. Falta.	Acta. Petición verbal.	Reclama por lanzamientos de piedra a su vivienda, y daños causados por la quiebra de láminas de duralita en el techo.	Se tuvo por intentada y no lograda la conciliación por no aceptar los hechos, y por tanto, no llegaron a un acuerdo.
22	Penal	Acta. Petición verbal.	Robo de Herramientas de un taller.	Se tuvo por intentada y no lograda la conciliación por no ponerse de acuerdo. Advirtiendo la suscrita juez que puede ir a la Fiscalía a presentar la denuncia.

JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE SAN MARCOS				
N° de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
23	Civil	Escrito	Demanda el cumplimiento de una promesa de venta de un inmueble, luego de haber entregado \$2,000.00	Se tuvo por intentada y no llevada a cabo por inasistencia después de una 2ª cita.
24	Inquilinato	Acta. Petición verbal.	Reclama desocupación de una vivienda por mora.	Avenencia. Se compromete a desocupar la vivienda en 8 días.
25	Penal	Acta. Petición verbal.	Injuria y ultrajes a una menor de edad, por querer quitarle el marido.	Avenencia. Se comprometen las partes a evitar problemas entre ellos, de manera que la menor no transite cerca de los lugares en que puedan encontrarse. Avenencia.
26	Inquilin.	Acta. Petición verbal.	Reclama desocupación de una pieza.	Se compromete a desocupar la pieza en un plazo de 5 días.
27	Faltas cometida por menores	Acta. Petición verbal	Reclama que corrija a los menores hijos de la solicitada por agresiones que estos cometen en su hija.	Se tuvo por intentada y no llevada a cabo por inasistencia de la solicitada.

JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE SAN MARCOS				
N° de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
28	Civil. Problemas de vecinos.	Acta. Petición verbal.	Desviación de las aguas servidas al terreno de la solicitante, del depósito de basura en su terreno, y, sobre unas ramas de árbol que caen sobre el techo de su casa.	Conciliación parcial. Se comprometió a derribar el árbol que le causaba perjuicios. De los otros asuntos no se llegó a acuerdo alguno, pues su origen proviene de linderos no definidos.
29	Inquilinato	Acta. Petición verbal.	Desocupación por conducta contraria al orden público y al orden interno con los otros inquilinos.	Se tuvo por intentada y no llevada a cabo por inasistencia, no obstante su 2ª citación.
30	Violencia intrafamiliar	Acta. Petición verbal.	Injurias y amenazas en su cuñada.	Avenencia. Se comprometió el solicitado a no injuriarla y vivir en paz.
31	Civil	Escrito	Reclama por medio de apoderado la cantidad de \$114.00 en concepto de préstamo personal.	Desistimiento. Se presentó la apoderada para manifestar que no va continuar con las diligencias por haber llegado a un acuerdo extrajudicial.

JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE SAN MARCOS				
Nº de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
32	Inquilinato	Escrito	Reclama cánones atrasados por 2 meses (mora) y la desocupación de la vivienda arrendada. Presenta la solicitud por medio de apoderada.	Avenencia. Se acuerda desocupar la vivienda en 3 semanas
33	Inquilinato	Escrito	Reclama la desocupación de la vivienda por mora. Presenta la solicitud por medio de apoderada.	Desistimiento. No se realiza la audiencia conciliatoria a solicitud de la apoderada, por que la vivienda fue desocupada.
34	Civil	Acta. Petición verbal.	Reclama que se le corten ramas de un árbol que causa perjuicio en el techo de la casa de la solicitante.	Desistimiento. El solicitante manifestó desistir en razón que la solicitada derribó el árbol objeto del reclamo.
35	Civil	Acta. Petición verbal.	Reclama que la vecina permite que la basura y suciedades de su terreno se le acumulen en su casa. Proponiendo que levante un muro para impedir tal situación. Para tal efecto, se compromete a contribuir con los gastos del levantamiento del muro o pared.	Se tuvo por intentada y no lograda la conciliación por no querer llegar a un acuerdo conciliatorio por parte de la solicitada

JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE AYUTUXTEPEQUE				
N° de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
1	Penal. Falta.	Acta. Petición verbal.	La solicitada insulta con palabras soeces a la solicitante, e injurió diciendo que le había quitado un buey y un terreno.	Avenimiento. Se comprometieron a no proferirse palabras ofensivas, y de abstenerse de no difamarse con terceras personas.
2	Civil	Acta. Petición verbal.	El solicitante reclama la devolución de un televisor que supuestamente vendió a la solicitada.	Se tuvo por no intentada. No se encontró a la solicitada en la dirección consignada en la solicitud.
3	Civil	Acta. Petición verbal.	Reclama la cantidad de \$100.00 que prestó al solicitado, y pide el compromiso de pago de parte del solicitado.	Se tuvo por intentada y no lograda por inasistencia de ambas partes.
4	Inquilinato	Acta. Petición verbal.	Reclama el pago de cánones adeudados y que firme contrato de arrendamiento, caso contrario, que desocupe.	Desistimiento. La solicitante manifestó no querer continuar con el procedimiento.
5	Civil	Acta. Petición verbal	La solicitante pide que el solicitado se comprometa a repararle el sofá, que antes le había confiado para arreglo, cubriendo los gastos de transporte.	Archivada. Por no haber comparecido ambas partes.

JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE AYUTUXTEPEQUE				
N° de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
6	Civil	Acta. Petición verbal.	Compromiso por parte del solicitado para que repare el piso de su apartamento, que a la vez sirve de techo de la solicitante.	Se tuvo por intentada y no lograda la conciliación, en vista de haberse citado hasta por 2ª vez al solicitado.
7	Inquilinato	Acta. Petición verbal. Acta.	Solicita que el solicitado le pague los cánones de arrendamiento en mora y los recibos de teléfono atrasados.	Se tuvo por suspendida la audiencia por inasistencia del solicitado por 2ª vez. Se archiva el expediente.
8	Inquilinato	Petición verbal	La solicitante es inquilina y manifiesta que le piden el cuarto que arrienda sin darle explicación. Tampoco le quieren aceptar el canon.	Se tuvo por suspendida la audiencia por inasistencia del solicitado por 2ª vez. Se archiva el expediente.
9	Civil	Acta. Petición verbal	El solicitante reclama que le devuelvan el vehículo que dio en garantía por el otorgamiento de un crédito personal. A cambio, él cancela el préstamo pero exige su carro en las mismas condiciones que lo entregó.	Avenimiento. Se acordó entregar el vehículo, así como también el solicitante se comprometió a pagar la cantidad de \$250.00 para liquidar la deuda. Nota: el solicitante se presentó nuevamente al tribunal, manifestando que el acuerdo no es posible cumplirlo, ya que el carro está inservible. El juzgado volvió a citar a las partes a una nueva audiencia conciliatoria, pero se suspendió por inasistencia de la solicitada y se archivó.

JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE AYUTUXTEPEQUE				
N° de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
10	Inquilinato	Acta. Petición verbal.	El solicitante es arrendante de una casa y pide que el inquilino le pague los cánones en mora, así como el saldo pendiente de los servicios de energía, agua y teléfono.	Se tuvo por suspendida la audiencia por inasistencia del solicitado por 2ª vez. Se archiva el expediente.
11	Civil	Acta. Petición verbal.	La solicitante pide que la solicitada se comprometa a construir una pared para evitar la humedad, malos olores e inconvenientes, para dividir el dormitorio de ella con el baño de la requerida.	Avenimiento. La solicitada se comprometió a construir la pared objeto del conflicto. Por lo que se tuvo por intentada y lograda la conciliación.
12	Inquilinato	Acta. Petición verbal.	El solicitante requiere del solicitado el compromiso de pago por cánones en mora, así como la pronta cancelación de la factura de teléfono. También pide que el solicitado desaloje la vivienda arrendada.	Se tuvo por suspendida la audiencia por inasistencia del solicitado por 2ª vez. Se archiva el expediente.
13	Civil	Acta. Petición verbal.	Requiere de la solicitada que se comprometa a desviar la caída de agua hacia la propiedad de ella, así como el cierre de los huecos en la pared por afectar la privacidad del solicitante.	Avenimiento. Se comprometió la solicitada a hacer el desagüe y a colocar vidrios oscuros en la pared para no afectar la privacidad del solicitante.

JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE AYUTUXTEPEQUE				
N° de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
14	Violencia intrafamiliar.	Acta. Petición verbal.	El solicitante requiere de las personas solicitadas, al primero, que no continúe con la relación amorosa que tiene con su compañera de vida (también requerida); y a la segunda, que reflexione y no siga traicionándolo sentimentalmente.	Desistimiento. El solicitante se presentó al tribunal a manifestar que llegó a un arreglo extrajudicial con los solicitados. El juzgado, "tiene por desistida la acción del demandante", deja sin efecto la convocatoria a la audiencia conciliatoria y archiva el expediente.
15	Laboral	Acta. Petición verbal.	La solicitante pide que el solicitado le pague la cantidad de \$35.00 en concepto de salario pendiente.	Avenimiento. El requerido se comprometió a pagar la cantidad adeudada. Por lo que se tuvo por intentada y lograda la conciliación.
16	Civil	Acta. Petición verbal.	Pide la solicitante que se abstenga el requerido de insultarla con palabras soeces.	Avenimiento. El requerido se comprometió a no insultarla más ni a agredirla física o verbalmente. Pide disculpas por lo ocurrido. Por lo que se tuvo por intentada y lograda la conciliación.

JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE AYUTUXTEPEQUE				
N° de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
17	Penal	Acta. Petición verbal.	La solicitada con sus hijos insultan y amenazan al solicitante y su esposa. Pide que ya no continúen los hostigamientos.	Avenimiento. Las partes acordaron dialogar para solucionar este tipo de problemas. Por lo que se tuvo por intentada y lograda la conciliación.
18	Civil	Acta. Petición verbal.	Se solicita que sea citado a conciliación el señor Carlos N. (no se proporcionó el nombre completo de esta persona), por que en estado de ebriedad insulta y molesta a la solicitante.	No comparecieron ambas partes a la audiencia conciliatoria. Por lo que el juzgado suspende la misma y tiene por no intentada la conciliación.
19	Penal	Acta. Petición verbal.	Se presenta la solicitante manifestando que la requerida insulta, molesta y amenaza a ella y a su familia.	No comparecieron ambas partes a la audiencia conciliatoria. Por lo que el juzgado suspende la misma y tiene por no intentada la conciliación.
20	Civil	Acta. Petición verbal.	La parte requerida no suministra el agua potable al solicitante, no obstante, estar al día en su cuota.	Avenimiento. Las partes lograron un acuerdo que implica el respeto de un horario para el suministro de agua potable. Por lo que se tuvo por intentada y lograda la conciliación.

JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE AYUTUXTEPEQUE				
N° de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
21	Inquilinato	Acta. Petición verbal.	El solicitante requiere del solicitado el compromiso de pago por cánones en mora, así como la cancelación de los recibos de electricidad y agua. También que desocupe el inmueble inmediatamente.	No comparecieron ambas partes a la audiencia conciliatoria. Por lo que el juzgado suspende la misma y tiene por intentada y no lograda la conciliación.
22	Laboral	Acta. Petición verbal.	La solicitante manifestó que fue empleada del solicitado, y éste le debe la cantidad de \$109.34 en concepto de salarios adeudados. No se proporcionó el nombre completo del requerido, sólo consta "Román N."	Se tuvo por suspendida la audiencia por inasistencia del solicitado por 2ª vez. Se archiva el expediente.
23	Civil	Acta. Petición verbal.	La solicitante pretende que el solicitado ya no la insulte y aclare cual es el problema que resiente.	Avenimiento. Las partes se comprometieron a solucionar pacíficamente sus problemas, a respetarse y a hablar con sus respectivos familiares para que no molesten al otro. Por lo que se tuvo por intentada y lograda la conciliación.

JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE ZACATECOLUCA				
N° de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
1	Penal	Acta. Petición verbal.	Lesiones y golpes en su menor hija, causados por una vecina.	Avenencia. Se comprometieron, por una parte, la vecina de abstenerse de no continuar molestando a su hija, y por otra parte, la madre de la menor, a que ésta evite al marido de la mujer.
2	Penal	Acta. Petición verbal.	Injuria y daños en un puesto de venta en el mercado.	Avenencia. Se comprometieron tanto solicitante y solicitado a respetarse y no insultarse, haciendo extensivo a los hijos de la solicitante.
3	Civil	Acta. Petición verbal.	Reclama el pago de una mora por la cantidad de \$1,120.00, proveniente de un préstamo no documentado.	Avenencia. Se compromete a cancelar la deuda por cuotas. Se aclara que quien se compromete no fue la solicitada, sino otra persona que no fue citada, ni mucho menos identificada en el acta; solo se menciona el nombre y firma el acta. Nota: los pagos se cumplieron en el tribunal.

JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE ZACATECOLUCA				
N° de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
4	Penal	Acta. Petición verbal.	Amenazas e injurias.	Se tuvo por intentada y no llevada a cabo por inasistencia por 3ª vez.
5	Inquilinato	Acta. Petición verbal.	Reclamo por el pago de recibo de energía y agua adeudados por la suma de \$171.00	Se tuvo por intentada y no lograda, por no llegar a un acuerdo.
6	Inquilinato	Acta. Petición verbal.	Reclama la desocupación de una vivienda por mora de 6 meses.	Se tuvo por intentada y no llevada a cabo por inasistencia por 2ª vez.
7	Civil	Acta. Petición verbal.	Incumplimiento en la entrega de dos novillas que fueron compradas por valor de \$708.00, entregando como anticipo \$400.00	Se tuvo por intentada y no llevada a cabo por inasistencia de la parte solicitada.
8	Mercantil	Escrito	Reclama deuda por un monto de \$419.00 en concepto de facturas emitidas por servicios prestados.	Avenencia. El demandado se comprometió a pagar por cuotas de \$30.00 mensuales hasta cancelar la deuda.

JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE ZACATECOLUCA				
N° de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
9	Civil	Escrito	Reclama que la vecina le corta o afloja los postes naturales (árboles) que forman los linderos a fin de que no se peguen	Avenencia. Se logró la conciliación, pero los motivos que originaron el conflicto eran otros. Estos se derivaban de las relaciones sentimentales que se tenían sus hijos y la disposición final de la basura en sus propiedades.
10	Civil	Acta. Petición verbal	Reclama la devolución de unas fotografías que le fueron tomadas a la solicitante, con las que la denigra. Fueron amantes.	Desistimiento. La solicitante, dijo que no deseaba continuar con las diligencias conciliatorias, que lo iba a acusar ante un Tribunal de Sentencia por difamación.

JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE ZARAGOZA				
Nº de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
1	Civil	Acta. Petición verbal.	Los solicitantes reclaman que continuamente son ofendidos por los requeridos, y estos utilizan la pista, sin el permiso debido, propiedad de los primeros.	Avenimiento. Se comprometieron a respetarse y a no ultrajarse mutuamente. Por lo que se tuvo por intentado y logrado el medio de la conciliación.
3	Inquilinato	Acta. Petición verbal.	Reclama el pago de cánones adeudados y desocupación del inmueble arrendado.	Avenimiento. La solicitada se comprometió a cancelar los cánones en mora, y antes de audiencia había desocupado el inmueble. Por lo que se tuvo por intentado y logrado el medio de la conciliación.
4	Civil	Acta. Petición verbal.	Reclama que la parte requerida escarbó y dejó descubierto el tapial que protege el inmueble propiedad de la solicitante.	Avenimiento. La solicitada se comprometió a gestionar con un ingeniero la construcción del muro. Por lo que se tuvo por intentado y logrado el medio de la conciliación.

JUZGADO PRIMERO DE PAZ DE ZARAGOZA				
N° de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
5	Inquilinato	Acta. Petición verbal.	Reclama el pago de cánones en mora por un monto de 2500.00 colones, así como la desocupación de la vivienda. Presentó original y fotocopia de Escritura de Compraventa a su favor, a efecto de ser confrontadas y agregada la copia a las diligencias.	No se presentó la parte solicitada, no obstante su legal notificación por segunda vez. El juzgado resolvió en auto aparte: "Tiénesse por intentado el juicio conciliatorio, el cual no tuvo efecto por culpa del demandado". Avenimiento.
10	Penal	Acta. Petición verbal.	El solicitante agrega que la solicitada le atribuye cosas falsas y se las dice a la compañera de vida de él, ocasionando desestabilidad en la pareja. La requerida es prima de la compañera de vida del solicitante.	Las partes se comprometieron a no tener ningún tipo de comunicación, ya sea directa o indirectamente. Asimismo, a evitar pláticas con otras personas y comentar cosas de ellos. Por lo que se tuvo por intentado y logrado el medio de la conciliación, en los términos expuestos por las partes en la audiencia conciliatoria.

JUZGADO DE PAZ DE EL CONGO				
N° de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
1	Civil	Escrito	La entrega de libros y documentos de la Iglesia Evangélica de la Fe Apostólica; y, la finalización del mandato como representante legal de la citada iglesia.	Avenimiento. Se comprometieron a convocar a una asamblea general para elegir al obispo y representante legal de la iglesia.
2	Inquilinato	Acta. Petición verbal.	Reclama el pago de cánones adeudados y desocupación de inmueble arrendado. Reclama cumplimiento de promesa de venta.	Se tuvo por intentada y no lograda por inasistencia por segunda vez. Avenimiento. Se obtuvo el pago de los \$500.00 adeudados.
3	Civil	Acta. Petición verbal.	Reclama cumplimiento de promesa de venta	Avenimiento. Se obtuvo el pago de los \$500.00 adeudados.
4	Inquilinato	Acta. Petición verbal.	Reclama desocupación de vivienda, relacionada con problemas sucesorales.	Se tuvo por intentada y no lograda por rechazo a la pretensión.

JUZGADO DE PAZ DE EL CONGO				
N° de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
5	Inquilinato	Acta. Petición verbal.	Reparación de vivienda arrendada.	Archivada. Por no haber comparecido ambas partes.
7	Civil	Acta. Petición verbal.	Demanda una asociación de vecinos de hecho, por no colaborar y ultrajarlos a los miembros de la junta directiva de la misma.	Se tuvo por intentada y no lograda la conciliación.
8	Civil	Acta. Petición verbal.	Demanda pago de \$90.00 que fueron prestados sin ningún documento.	Se tuvo por intentada y no lograda por inasistencia por 2ª vez.
9	Civil	Acta. Petición verbal.	Reclama la devolución de un vehículo que fue entregado para su reparación.	Inadmisible. Por considerar el tribunal la existencia de un delito y no materia de las diligencias conciliatorias civiles.
10	Civil	Acta. Petición verbal	Resciliación de una venta de un vehículo por vicios ocultos.	Avenimiento. Se acordó entregar la cantidad de dinero y otros objetos reclamados y, a su vez, devolver el vehículo.

JUZGADO DE PAZ DE EL CONGO				
N° de expediente	Materia	Forma de Interposición	Asunto	Resultado
11	Civil	Acta. Petición verbal.	Resciliación de una venta de un molino por no funcionar, o en su defecto, pide su reparación.	En trámite

### 8. Cuadro esquemático de entrevistas a Jueces de Paz.

La presente sección contiene el listado de los jueces de Paz que fueron encuestados, así como las preguntas y respuestas de cada una de ellos. Este listado, se basa en una representación poblacional en función de las diferentes categorías de los Juzgados de Paz estructuradas en el plan operacional de las pasantías, ejecutado por los becarios del Programa de Formación Inicial para Jueces; así tenemos: juzgados de la capital, de la periferia de San Salvador, de cabeceras departamentales, y, de municipios al interior de algunos departamentos de la República. Se aclara que las respuestas a las preguntas formuladas en las encuestas, se transcriben textualmente.

#### Lista de Jueces:

1. Juez 12° de Paz de San Salvador.
2. Juez 1° de Paz de Zacatecoluca.
3. Juez 1° de Paz de San Marcos.
4. Juez de Paz de Ayutuxtepeque.
5. Juez de Paz de Zaragoza.
6. Juez de Paz de El Congo.
7. Juez de Paz de San Ignacio.

Pregunta 1	
¿Considera que la conciliación civil es un mecanismo eficaz para la solución de conflictos?	
Juez de Paz	Respuesta
No 1	Si, porque está destinada a resolver formalmente los conflictos de contenido patrimonial (espacio limitado) y diseñada para "evitar pleitos" medianamente para resolver el problema y no para solucionar un problema, cuyos efectos trasciendan a la ejecución del acuerdo, a excepción de los acuerdos de contenido patrimonial.
No 2	Si, los juicios sumarios y ordinarios tienen mayor duración, son más caros y con más burocracia, con la conciliación se evita el desgaste estatal y hay solución rápida.

Pregunta 1	
¿Considera que la conciliación civil es un mecanismo eficaz para la solución de conflictos?	
Juez de Paz	Respuesta
No 3	Si, ya que aunque no en todas las audiencias se logran acuerdos, pero en las que se hace es rápido el resultado y no es necesaria que las partes incurran en gastos.
No 4	Si, es efectiva, por que el trámite es rápido y se evita a llegar a otras instancias superiores.
No 5	Si, es el primer recurso y mas sencillo de acceso para aquellos, que no cuentan con mejores posibilidades, o para quienes los tengan pero que buscan el menor desgaste posible en las tramitaciones judiciales.
No 6	Si, es un acto previo a ejercer una acción , es decir cuya pretensión es la de ajustar los ánimos de las partes que están en sentido opuestos entre si, procurando un avenimiento de voluntades, evitando dirimir conflictos en una instancia superior.
No 7	Si, considero que orientando y explicándole ventajas y desventajas a las partes en conflicto. Por lo menos en este tribunal de febrero a la fecha van 17 en total. El 93% han sido resueltos positivamente.

COMENTARIO. Creemos que la opinión de los jueces de Paz es afirmativa, dado que vivencialmente han experimentado que son mayormente sencillos y más rápidos, motivo que hace que los usuarios busquen en la conciliación civil un mecanismo eficaz para resolver sus diferencias. De hecho, uno de los jueces afirma un 93% de positividad en la solución.

Pregunta 2	
¿A que casos le son aplicables la conciliación civil para dirimir conflictos?	
Juez de Paz	Respuesta
No 1	Formalmente: contiendas de contenido patrimonial. Materialmente (práctica): problemas de vecindad, comunidad, de carácter, agresiones de primer grado entre vecinos (cuasi delitos), amenazas, entre otros.
No 2	A problemas de vecinos, a reconocimiento de obligaciones, a probables delitos contra el honor (difamación), para evitar el origen de otros delitos (amenazas).

Pregunta 2	
<b>¿A que casos le son aplicables la conciliación civil para dirimir conflictos?</b>	
Juez de Paz	Respuesta
No 3	Problemas estrictamente civiles, de inquilinato, de familia, laborales, tránsito.
No 4	A todos los delitos penales y por violencia intrafamiliar no se les aplica; pero si a todos aquellos casos en los que se pueda arreglar un problema en el menor tiempo, es buena.
No 5	Legalmente y como acto previo a todo juicio escrito, salvo sus excepciones. En la práctica no solo a lo que tiene que ver con los caso anteriores, sino a problemas de relaciones interpersonales entre vecinos, derechos, cobros, problemas de inquilinato, laborales, etc. , con todo lo cual no se desnaturaliza la figura del juicio verbal, sino que, en el caso de este juzgado, se les posibilita la obtención de una tutela legal efectiva.
No 6	La realidad es de que por idiosincrasia de nuestra gente, esta acude a los juzgados a demandar la atención del mismo en cualquier situación, es decir que el juez de provincia o "rural" se convierte en una autoridad preponderante a quien la población somete la solución de todo tipo de conflicto.
No 7	Diferencias de linderos de inmuebles, deudas de documentos, daños a infraestructuras agrícola (desvío de acequias) daños de poliductos conductor de agua.

COMENTARIO. En esta pregunta existen diferentes perspectivas sobre la competencia que tienen los jueces de paz. En términos generales, los jueces del interior de la República la competencia la dirigen a cualquier situación: amenazas, daños a la propiedad, injurias entre vecinos, etc. Este punto es muy controvertido, dado que no existe un acuerdo único sobre los casos que pueden conocer, especialmente en aquellos donde la frontera entre el delito y falta es muy tenue. Creemos que en estos casos debe prevalecer el criterio de la mínima intervención del derecho penal, pues no es conveniente para la paz social penalizar cualquier conducta antijurídica, menos las de menor ofensa a los bienes jurídicos. Es justamente, el juez de Paz quien con gran prudencia ha de saber valorar y equilibrar cuando se esta ante un delito y cuando no.

Pregunta 3	
<b>¿Qué opina de la conciliación que se lleva a cabo en materia administrativa (Dirección de Protección al Consumidor, Ministerio de Trabajo, etc.), en cuanto a su eficacia y agilidad?</b>	
Juez de Paz	Respuesta
No 1	La sola especialidad de tal conciliación y el nivel de ejecutoriedad permiten generar eficacia.

Juez de Paz	Respuesta
No 2	Las personas afectadas son burladas por la incomparecencia de los responsables del daño o despido y casi no aceptan cumplir.
No 3	El trámite es muy burocrático, no tienen fuerza ejecutiva, por lo tanto no es tan eficaz como la judicial.
No 4	No tengo conocimiento de como se realizan, pero si se trata de arreglar un problema en el menor tiempo, es bueno.
No 5	No conozco en detalle este trámite, sin embargo tengo la idea de que no es una verdadera conciliación dada la desigualdad que existe entre las partes que intervienen, no hay mecanismo determinado para procurar acuerdos. Este tipo de conciliación son de aquellas que una vez intentadas no tienen ninguna vinculación para las partes, razón para lo cual la parte interesada tiene que recurrir a los tribunales de justicia.
No 6	Aquí no se dan ese tipo de casos, pero en general en cuanto eficacia mucha irregularidad, ¿agilidad? Mucha lentitud (burocracia).

COMENTARIO. Consideramos que casi la mayoría de jueces desconoce su funcionamiento, por cuanto muchos de ellos expresan que es burocrático y son burladas por su incomparecencia. Lo cual no es del todo cierto, ya que en muchas diligencias de ese tipo, la inasistencia del solicitado está sancionado con una multa y por otra parte, se conocen de algunos casos que fueron resueltos; para el caso en el Ministerio de Trabajo, donde existen estadísticas que dicen que de enero hasta mayo de este año, hay una efectividad en las conciliaciones derivadas de conflictos individuales de trabajo de un 53.4 %, cancelándose la suma de \$157,222.37 (16).

Pregunta 4

**¿Considera que las personas que acuden a su tribunal a promover las diligencias conciliatorias civiles, están conscientes de los efectos de las mismas (es decir que puede lograrse o no un acuerdo conciliatorio)?**

Juez de Paz	Respuesta
No 1	Nota: no fue contestada por el encuestado.
No 2	Si, al recibirseles la demanda se le explica las posibles alternativas dependiendo de la buena voluntad de ambas partes.

Juez de Paz	Respuesta
No 3	No, mucho usuario no conoce sus alcances hasta el grado que lo ven como una denuncia penal y que alguien puede resultar privado de su libertad, o que se pueden recibir testigos, ordenar peritajes, etc. Y además que el juez puede imponer condiciones.
No 4	Si, y además se le explica cual es la consecuencia de una conciliación.
No 5	Si, cada vez en la entrevista previa a la formalización de la solicitud, se hacen las consideraciones con el usuario de las posibles salidas en el problema planteado, explicándoles el procedimiento a realizar y las consecuencias y limitantes del caso.
No 6	No, la intención del usuario es de que a través de las diligencias conciliatorias civiles su problema le sea resuelto, es decir que él espera una solución favorable a sus intereses.
No 7	Si, cuando se les pregunta si admiten o no su culpabilidad y se les orienta y explica su finalidad toman mucha conciencia.

COMENTARIO. No obstante que dos jueces contestaron que no, es decir, que no están conscientes las personas que acuden a la conciliación, en realidad no difieren de los cinco restantes, pues lo que estos últimos dicen, que previo a la solicitud o a la audiencia, se les explica de los efectos o de lo que se espera de la conciliación. En otras palabras, usuarios del sistema no llegan, en la mayoría, muy conscientes de los efectos; sin embargo, en todos los casos se destaca que son los mismos jueces quienes se encargan de explicar dichos efectos.

Pregunta 5

**¿Le da la misma importancia a las audiencias conciliatorias civiles que a los otros tipos de audiencia (penales, violencia intrafamiliar, etc.)?**

Juez de Paz	Respuesta
No 1	Si. Por los efectos del principio de legalidad, su tratamiento resulta ser igual a los otros tipos de audiencia. Principio del Juez Natural: permite sensibilizarse con el problema, como para prestarle la atención debida, sin distinción alguna.
No 2	Si. Todos los procedimientos en los que se busca la rápida solución de conflictos son importantes y la conciliación civil no es la excepción.

Juez de Paz	Respuesta
No 3	Si. Importancia en estricto sentido, aunque por la calidad de la pretensión se da mayor prioridad a las demás materias por el interés afectado, la libertad del ser humano, en intensidad, libertad sexual, etc., pero para el juez debe tener la misma importancia.
No 4	Si. Siempre, ya que lo que se trata es de que los problemas de la sociedad se solucionen, y estos son parte, y por lo tanto tienen el mismo nivel de importancia para evitar consecuencias mayores.
No 5	Si. Hacer lo contrario sería faltar a la responsabilidad que como juez se tiene, constituye además una falta de respeto al usuario, y se perdería la visión de ser parte en la solución de conflictos en la comunidad.
No 6	Si. No obstante que el juicio verbal civil conciliatorio requiere de formalidades de menor grado que como lo requieren otros, a estas se les da el trámite que le corresponde.
No 7	Si. Lo que ocurre con las audiencias penales es que por su naturaleza tienen mayor formalismo por parte de las partes técnicas. Por lo demás en lo personal le doy a cada uno por su característica la misma importancia, concretamente cuando en la violencia intrafamiliar se involucran menores

COMENTARIO. En esta pregunta, la totalidad de jueces encuestados señalan que le otorgan igual importancia como a cualquier otro procedimiento o proceso. Sin embargo, algunos jueces mencionan los bienes jurídicos que son tratados en los procesos penales, no para darle importancia a dichos procesos, sino para resaltar la calidad de la pretensión en juego. Creemos que todos los jueces están conscientes de la importancia, especialmente por que pueden trascender y convertirse en problemas mayores.

Pregunta 6

**¿Considera que el procedimiento establecido en el Código de Procedimientos Civiles para la conciliación civil, responde a las necesidades de los solicitantes en cuanto a la solución de sus conflictos?**

Juez de Paz	Respuesta
No 1	No. En el tiempo es imposible su aplicación, la normativa no responde a las necesidades que demanda el usuario; utilizado hoy día como un procedimiento subsidiario, que corrige vacíos y deficiencias de las relaciones personales de carácter contractual, misma que ha sido desnaturalizada con el transcurso del tiempo.

Juez de Paz	Respuesta
No 2	Si. Los parámetros que la ley establece son sencillos y los jueces no debemos complicarlos. Haciendo viables a las partes.
No 3	Algunas veces. La respuesta ambigua obedece a que no siempre se logran satisfacer las necesidades de los interesados y otras veces por los trámites burocráticos, por ejemplo en San Salvador algunos jueces exigen que la demanda provenga de la Secretaría Receptora de Demandas.
No 4	Si. Nota: la encuestada no omitió opinión al respecto.
No 5	Si. Pero esta respuesta es relativa a la magnitud del conflicto que se pretende resolver; el problema se da cuando hay que hacer efectivo el cumplimiento de los acuerdos alcanzados e incumplidos, lo cual implica que el usuario tenga que acudir a otras instancias para hacer cumplir lo ofrecido.
No 6	Si. La conciliación es un beneficio cuyo objeto es resolver un conflicto, ahora bien hay que delimitar su campo de acción, pues ya se dijo, por medio de la conciliación lo que se pretende es arreglar de manera amigable una discordia, por lo tanto no podríamos decir que los ánimos de una víctima de un homicidio simple sean los de conciliar.
No 7	No. Me parece que las normas (artículos) inherentes a conciliaciones establecidas en el Código Civil debe actualizarse para su eficiencia, eficacia y vigencia de los acuerdos a que llegan las partes.

COMENTARIO. Esta pregunta genera una variada respuesta, pasando de las afirmativas, ambiguas y negativas. Nosotros creemos que en el fondo, los jueces no quisieran parecer negativos ante la aplicación de disposiciones arcaicas y fuera de época; no obstante reconocen la positividad de las soluciones alternas de conflictos, queriendo rescatar los aspectos valiosos que tiene esta institución a pesar de lo vetustas que puedan ser. Consideramos entonces, que los principios que tiene el instituto de la Conciliación, mantienen su vigencia en estos tiempos; y eso hace que responda a las necesidades de los solicitantes, no obstante, la desactualización normativa.

Pregunta 7	
<b>¿Considera necesaria la participación de los “hombres buenos” en las diligencias conciliatorias civiles?</b>	
Juez de Paz	Respuesta
No 1	En pureza del papel que les corresponde desempeñar si. Los considera la ley como facilitadores de fórmulas de solución; aún cuando en la práctica hacen perder su naturaleza, participando con cierto interés.
No 2	Si. En la medida que conozcan el problema y no sean conflictivos o parciales; que sean tomados al azar como cuando el juez debe nombrarlos.
No 3	Si. Ya que estos muchas veces orientan a las partes para que solucionen de inmediato sus problemas, y además son una especie de testigos sobre los acuerdos a los que se lleguen.
No 4	Si. En general si, pero hay casos en que se puede prescindir de ellos.
No 5	Si. Claro que es importante la presencia de hombres buenos, muchas veces con mejores criterios para resolver la problemática, tomando en cuenta la cercanía con las personas y mejor conocimiento del ambiente en que se dan los conflictos. Lo que ha ocurrido es que al hombre bueno no se le ha instruido sobre su participación en la audiencia, en consecuencia, sólo se les está usando para llenar un requisito.
No 6	No. Desde luego una de las partes somete la solución de un conflicto a la autoridad de un Juez de Paz, éste tiene todas las facultades de ley para resolver dicho conflicto.
No 7	En este tribunal me ha funcionado. Sabiéndoles explicar su papel, su finalidad cuando se les juramenta. La opinión de ellos me ha servido para acercar a las partes a que concilien.

COMENTARIO. No obstante que en la muestra de jueces, dos de ellos no consideran muy necesaria su participación, y otro la considera en alguna ocasión relevante; la mayoría de ellos asienten que su intervención es importante, y valoramos positivamente la posición del juez No 5; es decir, lo que necesitan los hombres buenos es orientarlos en su papel, esto lo puede hacer el juez previa una entrevista con ellos antes de su juramentación.

Pregunta 8

**¿Considera que el procedimiento establecido en el Código de Procedimientos Civiles para la conciliación civil responde a las necesidades de la época?**

Juez de Paz	Respuesta
No 1	No. Expresé que con el tiempo ha perdido su razón de ser; reduciendo desde aquella época a conflictos de contenido patrimonial; cual la realidad demanda de un catálogo amplificador, que resuelva las diferentes necesidades.
No 2	Si. El Juez debe integrar el derecho con la doctrina moderna y con la experiencia para que se no acepte como un procedimiento arcaico.
No 3	No. Hay muchas disposiciones que tienen que ser actualizadas.
No 4	Personalmente considero que si, pero se le podría dar más poder a esta figura coercitiva en cuanto al cumplimiento. Por Ej.: casos de vecinos que discuten por situaciones que no son tan importantes.
No 5	Si. Esto tiene que ver también con la pregunta seis; por lo que también hay que considerar la población a la que se atiende; por ejemplo, lo que para esta jurisdicción pudiera representar el mecanismo del juicio conciliatorio, para otra área geográfica no lo puede ser.
No 6	No. El Procedimiento Civil establece la forma de llevar a cabo el trámite del juicio civil conciliatorio, mas en la práctica y de acuerdo a nuestra realidad actual, se visualizan situaciones completamente aisladas en las que se tiene que resolver mas que todo apegadas a las misma realidad y a derecho.
No 7	Esto lo respondo en la pregunta N° 6.

COMENTARIO. De alguna forma, la mayoría de jueces cree que la ley debe ser actualizada a los tiempos modernos, lo cual compartimos; no así en establecer diferencias legales en relación al mecanismo, pues el procedimiento debe ser único, pero las técnicas de resolver los conflictos deben ser variadas, es decir, adecuadas a las personas que se dirige. En otras palabras, deben recogerse las técnicas que se aplican en la resolución alterna de conflictos a fin de dotarlas de flexibilidad y hacerlas girar en torno a los intereses comunes de las partes.

Pregunta 9

**¿Qué grado de cumplimiento existe de los acuerdos a que llegan los interesados en la conciliación civil? Tomando en cuenta la escala del uno al diez, asigne la calificación correspondiente.**

Juez de Paz	Respuesta
No 1	7
No 2	8
No 3	No siempre es posible determinarlo, ya que se firman muchos acuerdos y no se saben si se cumplen por el usuario, no regresa al tribunal.
No 4	8
No 5	8
No 6	7
No 7	8

COMENTARIO. Aclaremos que la interrogante no fue comprendida por los jueces encuestados en su real dimensión, excepto el juez de Paz No 3. La mayoría entendió que la pregunta giraba en torno al logro efectivo del acuerdo conciliatorio en la audiencia respectiva; comprensión errónea, ya que pretendíamos indagar si los encuestados tenían conocimiento del cumplimiento real del acuerdo logrado. Consideramos que, si el nivel de cumplimiento de los acuerdos y logros alcanzados por las partes es adecuado, ello permitiría promover y apoyar este tipo de solución alterna de conflicto en sede de jueces de Paz.

Pregunta 10

**¿Considera necesario reformar o establecer una nueva regulación a las diligencias conciliatorias civiles?**

Juez de Paz	Respuesta
No 1	Si. Reformar la ley destinada a la tutela de los derechos reales y personales, por su naturaleza no tiene razón de ser, sino la creación un cuerpo normativo especializado en este tipo de problemas.
No 2	Si nueva regulación. La Ley de Mediación D. L. 914 D. O. 153 T N° 356 de fecha 21 de agosto de dos mil dos, contiene la conciliación pero no derogó el capítulo del Pr. C. Y debiera crearse centros que descarguen la judicialización, procurando la conciliación que se realiza en los juzgados.

Juez de Paz	Respuesta
No 3	Si reformar. Generalidades tales como edad de los hombres buenos debe ser acorde con otras disposiciones del Código de Procedimientos Civiles Art. 174; así como el 184, actualizarlo y llamarlo como tal, es un emplazamiento y el Art. 189 en cuanto al término alguacil y el pago de este.
No 4	Reformar algunos aspectos: hombre bueno, que ponga una multa, ser más propositivo el juez, las obligaciones y pacto entre las partes tengan fuerza coercitiva necesaria para su cumplimiento. Considero que si sería buena una regulación de dicha figura y estaría logrando una más efectiva aplicación de la justicia.
No 5	Si una nueva regulación. De hecho ya existe un nuevo instrumento mejor estructurado y actualizado: Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.
No 6	Si reformar. En general hay que realizar una reforma en la legislación tomando en cuenta tiempo y espacio, ya que los conflictos de una persona de la ciudad no son los mismos que los de una zona rural.
No 7	Si reformar. Todo el capítulo II del Código de Procedimientos Civiles necesita profunda revisión para una reforma dentro del contexto vivido en tribunales del interior (municipios) donde hay mayor vivencia en lo que respecta al "Juicio Verbal Conciliatorio".

COMENTARIO. Es casi unánime el criterio por parte de los jueces, que la legislación referente a la conciliación en sede de Paz debe reformarse, de hecho algunos señalan, inclusive, criterios territoriales a fin de motivar a los distintos grupos poblacionales que deben utilizar este tipo de soluciones alternas de conflictos. Hay jueces de Paz que destacan la promulgación de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, que en cierto modo podría favorecer, más que las diligencias conciliatorias civiles, la rápida resolución de conflictos entre las personas. Cabe agregar que existe en el anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil, un apartado referido a la conciliación. En síntesis, los jueces de Paz entrevistados perciben la necesidad de reformas inmediatas para darle más eficacia a los arreglos conciliatorios que allí se llevan a cabo.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La conciliación civil entre particulares administrada por parte de los jueces de Paz, debe continuar como mecanismo de solución de conflictos, pero de manera ágil y con las formalidades estrictamente necesarias para su acceso y desarrollo. El tema de la justicia conciliatoria es uno de los más relevantes del mundo actual, dentro de la problemática más general de la justicia, de las formas de acceso a la misma y la búsqueda de fórmulas de alternativa. Lo que no significa, naturalmente, que esta forma de justicia sea novedoso, sino que por el contrario, es antigua.

Mediante las diligencias conciliatorias civiles es posible arribar a un acuerdo entre las partes, alejado de la lentitud, onerosidad, excesiva burocracia y dificultad en el acceso, que caracterizan -muchas veces- a la justicia contenciosa. El mecanismo referido es utilizado por las personas que pretenden una solución rápida a sus conflictos frecuentes cuya trascendencia es mínima. Asimismo, el manejo de la conciliación civil difiere en complejidad al proceso contencioso, ya que es un procedimiento sencillo que puede iniciarse -incluso- mediante petición verbal asentada en acta judicial, y no implica numerosas etapas.

Concluimos, también, que el juez de Paz debe continuar siendo el competente, en virtud de su cercanía con la comunidad que le facilita la proposición de vías amistosas y pacíficas de solución, apegadas a las realidades y necesidades de las partes. Consideramos que el funcionario en comento es técnico en derecho y conoce de mejor manera el alcance de las pretensiones de las partes, con esa base le permite facilitar la conciliación para lograr un acuerdo justo. Obviamente, es posible que al juez le sometan a su conocimiento conflictos que requieren de la opinión de otros técnicos, ante lo cual puede auxiliarse de estos. El juez no debe adoptar un papel pasivo, puede proponer soluciones y argumentar a las partes sobre los inconvenientes de la sentencia judicial.

Los Centros de Mediación que eventualmente funcionarán en la Cámara de Comercio u otros entes, no tendrán los alcances geográficos y poblacionales que si tienen los juzgados de Paz. Estos tribunales integran todos los municipios de la República, por lo que permiten el rápido acceso a la justicia sobre todo de las personas de escasos recursos.

En las diligencias conciliatorias civiles, muchas veces, las partes no encuentran los resultados deseados, por la falta de una adecuada preparación de los jueces de Paz en técnicas de mediación y negociación, además de la excusa de estos argumentando falta de tiempo para diligenciar personalmente las audiencias, así como la reticencia de las partes para revelar los verdaderos intereses o los que están detrás del problema aparente. Por ello, se debe capacitar al funcionario, dotándolo de instrumentos y herramientas necesarias que le permitan manejar la audiencia conciliatoria y estructurar un acuerdo que goce de aceptación por las partes. Dicha capacitación se necesita para la toma de conciencia de la importancia de utilizar el mecanismo.

El procedimiento regulado en el Código de Procedimientos Civiles debe de actualizarse a las necesidades de la época. Así el caso de los "hombres buenos", su inasistencia a la audiencia conciliatoria no debe ser motivo de suspensión y puede continuarse aún sin la presencia

de estos. Las citas a conciliación deben efectuarse más expeditamente, utilizando avances tecnológicos que agilicen su recepción, como fax, teléfono, etc. Se puede aprovechar las consultas a la comunidad jurídica del anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil, para introducir los cambios ya mencionados y tratados en la investigación al mecanismo conciliatorio, con el objetivo de dotarlo de mayor eficacia evitando los formalismos enervantes que dificultan su adecuación a nuestra realidad socio jurídica.

Con relación a la efectividad de los acuerdos logrados por las partes, en principio, impera la voluntad de las partes para su cumplimiento; es decir, nace del convencimiento mismo de los sujetos que intervienen en el conflicto de haber arribado a una solución justa. El problema surge cuando se incumple el acuerdo, que en algunos casos tiene fuerza ejecutiva. Cuando la obligación es de hacer o de no hacer, puede certificarse lo acordado a la parte interesada con el fin de entablar un proceso contencioso; o proponerse una modificación al anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil en el sentido de fijar un astreintes o imposición de multas por cada día que no se cumpla el compromiso voluntariamente aceptado.

En lo relativo a la competencia en atención de la materia a que pertenece el conflicto, diferente a la civil, que ingresa al juez de Paz vía conciliación civil, por ejemplo: inquilinato, tránsito, laboral, incluso penal. Consideramos que el mecanismo es abierto, con excepción de los casos taxativos de improcedencia regulados por la ley, ya que rige el criterio amplio y no el restrictivo. Por otro lado, debe tomarse en cuenta la facilidad en el acceso a la justicia y muchos procesos requieren postulación letrada obligatoria, lo que no es siempre gratuita; además, las judicaturas de Paz existen en todos los municipios del país y ello permite un pronto acceso a fin de solucionar el problema, amén de no existir una prohibición expresa en contrario y de tener una razón histórica (las materias de inquilinato, laboral y otras, en sus inicios formaron parte del Derecho Civil).

La materia penal es un punto delicado y controvertido, pero partimos del principio de mínima intervención del derecho penal, que conlleva el derecho penal de última ratio. El Estado interviene en aquellas conductas que afectan bienes jurídicos relevantes para la comunidad por su grado de ofensividad, susceptibles de ser protegidos en el tipo penal y no existe otra forma de resolverlos. Con esto, no podemos ser tajantes y concluir que la conciliación es sólo para asuntos patrimoniales y de orden civil; sino que es posible una valoración previa del juez a efecto de acordar si el conflicto es materia de su competencia. En materia penal, el juez de Paz debe distinguir en presencia de que se encuentra, es decir, delito, falta o conflicto contravencional; por lo que puede aplicar el principio de proporcionalidad al caso que se le somete a su consideración reconduciendo los parámetros de la idoneidad (determinar si es apto o adecuado el procedimiento que se pretende abrir); principio de necesidad (que no exista otra medida menos gravosa que la penal, pues habiéndola debe optarse por aquella); y, principio de proporcionalidad en sentido estricto (que no implique una sanción desmedida en relación al hecho).

## BIBLIOGRAFÍA

“Mediación para resolver conflictos”. Autores: Álvarez, Gladys S., y, Highton, Elena I. Editorial Ad-hoc. Buenos Aires, Argentina. Segunda edición, 1996.

“Derecho Procesal Civil Actual”. Autor: Berizonce, Roberto O. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1999.

“Introducción al Derecho Procesal”. Autores: Víctor Moreno Catena, Valentín Cortés Domínguez y Vicente Gimeno Sendra. Segunda edición, año 1997. Editorial COLEX.

“Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdicción, Acción y Proceso)”. Autor: José Vicente Gimeno Sendra. Editorial Civitas, S. A. Año 1981. Madrid, España.

“El Nuevo Proceso Civil”. Autores: Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar. Editorial tirant lo blanch. Segunda edición, año 2001. Valencia, España.

“Teoría General del Proceso”. Autor: Enrique Véscovi. Editorial TEMIS Librería. Año 1984. Bogotá, Colombia.

“Diccionario de Derecho Procesal Civil”. Autor: Eduardo Pallares. Editorial Porrúa. Décima edición, año 1977. México.

“Como resolver las disputas. Diseños de sistemas para reducir los costos del conflicto”. Autores: Brett, Jeanne M.; Goldberg, Stephen B.; y, Ury, William L. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina, 1995.

“Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil”. VII. Autor: Manresa y Navarro, José María. Instituto Editorial Reus. Séptima edición, año 1953.

“La Conciliación. Aspectos sustanciales y procesales”. Autor: Junco Vargas, José Roberto. Editorial: Ediciones jurídicas Radar. Santa Fe de Bogota, Colombia. Segunda edición, 1994.

“Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales”. Autor: Osorio, Manuel. Editorial Heliasta S. R. L. Buenos Aires, Argentina. Sexta edición, 1984.

“Análisis del grado de eficacia de los medios alternativos para dirimir conflictos en materia civil y la necesidad de legislarlos. Trabajo de graduación para obtener el título de licenciado en ciencias jurídicas”. Autores: Mena Silva, Héctor Edmanuel; Murcia Hernández, Oscar René;

y, Orellana López, Juan Sebastián. Ciudad Universitaria, San Salvador, El Salvador, 1997.

“Historias de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas”. V. I. Autor: Napoleón Rodríguez Ruiz. Primera edición. Año 1951.

“La Conciliación. La desjuridización como alternativa para descongestionar los tribunales”. Autor: Dr. José Arcadio Sánchez Valencia. Artículo publicado en la Revista del Ministerio de Justicia, Cuarta época, N° 2. 1994. Centro de Información Jurídica. Ediciones Último Decenio. San Salvador, El Salvador, Centroamérica.

“Actos de Comunicación”. Autor: Guillermo Alexander Parada Gámez. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador, El Salvador.

“Resolución Pacífica de Conflictos”. Módulo 3, serie Módulos Educativos. Publicado por el Comité Académico Área de Sociedad Civil del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). Edición primera, 1997. San José, Costa Rica.

Código de Procedimientos Civiles de El Salvador.

Constitución de la Republica de El Salvador.

Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. Decreto legislativo número 914, de fecha once de julio de dos mil dos. Publicado en el Diario Oficial número 153, tomo número 356, de fecha veintiuno de agosto de dos mil dos.

Código de Familia de la República de El Salvador.  
Ley Procesal de Familia de la República de El Salvador.

Anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil de la República de El Salvador, versión noviembre 2002. Consultores: Víctor Moreno Catena, Vicente Carlos Guzmán Fluja, Carlos Amílcar Amaya, Guillermo Alexander Parada Gámez, Aldo Enrique Cader Camilot, José Luis Arias López, Manuel Montecino y Rommel Ismael Sandoval.

Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Texto del anteproyecto elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Segunda edición, junio de 1997. Montevideo, Uruguay.

Informe que acompañó al Proyecto de Código de Procedimientos Judiciales. Pbro. Isidro Menéndez e Ignacio Gómez. Imprenta de Luna. Año 1858.

Recopilación de las Leyes del Salvador. Segunda edición, conmemorando el primer centenario de la primera publicación de 12 de julio 1854. Año 1956.

Códigos de Procedimientos Civiles y Criminales y de Fórmulas de todas las Instancias de la República de El Salvador de 1857. Imprenta de Luna. Año 1858. Guatemala.

[www.LaTorreonline.com/geohist/1bat/revolución francesa.](http://www.LaTorreonline.com/geohist/1bat/revolución%20francesa)

Entrevista con la licenciada Ana Hilda Zepeda de Lemus. Efectuada a las diez horas del día catorce de julio de dos mil tres, en el Centro de Mediación en San Salvador de la Procuraduría General de la República.

Entrevista con el licenciado César Salazar Grande. Efectuada a las catorce horas del día diecisiete de julio de dos mil tres.