



COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL PENAL

TOMO I

Elaborado por: Dr. Ernesto Pedraz Penalva
 Dr. Javier Martínez Lázaro
 Lic. Manuel Cruz Azucena
 Lic. Rosa Estela Hernández



CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Pleno del Consejo

Licda. Silvia Lizette Kuri de Mendoza
Presidenta
Dra. Mirna Ruth Castaneda de Alvarez
Dr. René Mauricio Castillo Panameño
Dra. María Hortensia Cruz de López
Licda. Marta Alicia Aguirre de Pérez
Lic. José Ricardo Reyes Escoto
Dr. Carlos Mauricio Molina Fonseca

Escuela de Capacitación Judicial:

Dr. José Ernesto Criollo, Director
Licda. Berta Rosario Díaz Zelaya
Sub-Directora

Director de la Unidad Técnica
Ejecutiva del Sector de Justicia:

Lic. Mario Alberto Salamanca

Impresos por:

Impresos Múltiples

Diseño y diagramación:

Impresos Múltiples y
Centro de Documentación y
Reproducción Bibliográfica.
Consejo Nacional de la Judicatura

Diseño de portada:
Patricia Martínez





345.050267284

C732 Comentarios al Código procesal penal / Ernesto Pedraz Penalva, Javier
Martínez Lázaro ; colaborador Manuel Cruz Azucena ; Nicolás
slv Cabezudo Rodríguez. . . [et al.]. --1a. ed. -- San Salvador, El
Salv. : Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación
Judicial, 2003.

Primera parte

ISBN 99923-842-1-2 (v.1)

1. Derecho procesal penal- El Salvador. 2. Administración de Justi-
cia-El Salvador. I. Pedraz Penalva, Ernesto. II. Título

BINA /jmh

ISBN

Obra Completa

ISBN 99923-842-0-4



INDICE

TOMO I

PROLOGO	xi
Abreviaturas Utilizadas	xiii
PRESENTACION	1
I- Introducción: La Justicia Penal	2
II- El Derecho Procesal como Derecho de la Justicia	3
III- Justicia Penal	13
IV- Sistemas de Justicia Penal: Acusatorio, Inquisitivo y Mixto	
V- Hacia la Nueva Justicia Penal del Siglo XXI	44
VI- Apuntes sobre el Principio de Proporcionalidad	72
VII- El Código Procesal Penal Salvadoreño	79
Código Procesal Penal. Decreto No 904	81
LIBRO PRIMERO	
Disposiciones Generales	82
TITULO I	
CAPITULO UNICO	
Principios Básicos y Garantías Constitucionales	82
TITULO II	
Acciones	
CAPITULO I	
Acción Penal	144
Sección 1a.	
Ejercicio	144
Sección 2a.	
Extinción	207



CAPITULO II	
Acción Civil	250
TITULO III	
Sujetos Procesales	
CAPITULO I	
Tribunales	
Sección 1a.	
Competencia	257
Sección 2a.	
Competencia por razón de la Materia	279
Sección 3a.	
Competencia por Territorio	281
Sección 4a.	
Competencia por Conexión	286
Sección 5a.	
Cuestiones de Competencia	289
Sección 6a.	
Impedimentos	293
CAPITULO II	
Fiscalía General de la República	302
CAPITULO III	
Imputado	311
CAPITULO IV	
Querellante	334
CAPITULO V	
Defensores	360
CAPITULO VI	
Auxiliares de las Partes	375
TITULO IV	
Actos Procesales	
CAPITULO I	
Disposiciones Generales	378



CAPITULO II	
Actas	385
CAPITULO III	
Actos y Resoluciones	387
CAPITULO IV	
Comunicación entre Autoridades	398
CAPITULO V	
Notificaciones, Citaciones y Audiencias	402

TOMO II

PROLOGO	xi
Abreviaturas Utilizadas	xiii
CAPITULO VI	
Términos	6
TITULO V	
Medios de Prueba	12
CAPITULO I	
Disposiciones Generales	14
CAPITULO II	
Inspección y Reconstrucción	16
CAPITULO III	
Registro	22
CAPITULO IV	
Secuestro	29
CAPITULO V	
Testigos	34
CAPITULO VI	
Peritos	40



CAPITULO VI-BIS	
Régimen de Protección para Testigos y Peritos.....	48
 CAPITULO VII	
Reconocimientos	50
 CAPITULO VIII	
Careos	53
 CAPITULO IX	
Confesión del Imputado	54
 TITULO VI	
CAPITULO UNICO	
NULIDAD	56
 LIBRO SEGUNDO	
Procedimiento Común	
TITULO I	
Instrucción	
CAPITULO I	
Actos Iniciales	74
 CAPITULO II	
Diligencias Iniciales de Investigación.....	85
 CAPITULO III	
Requerimiento Fiscal	95
 CAPITULO IV	
Audiencia Inicial	105
 CAPITULO V	
Declaracion Indigatoria	113
 CAPITULO VI	
Instrucción	118
 CAPITULO VII	
Excepciones	155
 CAPITULO VIII	
Medidas Cautelares.....	163



CAPITULO IX	
Revisión de las Medidas Cautelares	203
CAPITULO X	
Sobreseimiento	205
CAPITULO XI	
Audiencia Preliminar	215
TITULO II	
Juicio Plenario	233
CAPITULO I	
Principios Generales	233
CAPITULO II	
Desarrollo de la Vista Pública	252
CAPITULO III	
Deliberación y Sentencia	266
CAPITULO IV	
Acta de la Vista Pública	293
CAPITULO V	
Juicio por Jurados	297
LIBRO TERCEROS	
Procedimientos Especiales	303
TITULO I	
CAPITULO UNICO	
Procedimiento Abreviado	304
TITULO II	
CAPITULO UNICO	
Procedimiento en caso de Antejuicio	309
TITULO III	
CAPITULO UNICO	
Del Juzgamiento por faltas	320



TITULO IV	
CAPITULO UNICO	
Juicio para la Aplicación Exclusiva de Medidas de Seguridad	326
 TITULO V	
CAPITULO UNICO	
Procedimiento por Delito de Acción Privada	330
 LIBRO CUARTO	
RECURSOS	
TITULO I	
CAPITULO UNICO	
Disposiciones Generales	336
 TITULO II	
CAPITULO UNICO	
Revocatoria	349
 TITULO III	
CAPITULO UNICO	
Apelación	353
 TITULO IV	
CAPITULO UNICO	
Casación	357
 TITULO V	
CAPITULO UNICO	
Revisión	367
 LIBRO QUINTO	
EJECUCION	375
 TITULO I	
CAPITULO UNICO	
Disposiciones Generales	375
 TITULO II	
CAPITULO I	
Costas	395
 CAPITULO II	
Disposiciones Finales, Derogatoria y Vigencia	399



Prólogo

La aplicación del Código Procesal Penal (en adelante CPP) vigente desde abril de 1998 es una confirmación de uno de los lugares comunes sobre los que se sustenta la estimación privilegiada que tiene la interpretación judicial en la aplicación del Derecho: la realidad supera por mucho la previsión legislativa. Después del tiempo transcurrido, puede afirmarse que se han multiplicado las cuestiones sobre los “sentidos” y “alcances” de las disposiciones legales, mientras se han opacando las “líneas” de tratamiento o de propuestas de solución a las mismas. Esta situación ha debido “convivir” con las críticas estructurales y en tonos mas bien peyorativos a las normas del CPP, así como los esfuerzos silentes y aislados de “reforma integral”(o mejor dicho, sustitución) de su contenido.

Nada de esto puede calificarse como irregular o trágico para el CPP de 1998. Es perfectamente normal que la sociedad y la comunidad jurídica inserta en ella reclamen sucesivos avances en el contenido de las leyes y, principalmente, en el trabajo de su aplicación. Menos fácil es aceptar que lo que se produce en todos los casos, como efecto de ese reclamo, sean precisamente avances.

A fin de superar con éxito el desafío de aplicar el CPP de la manera más coherente y satisfactoria para los justiciables, los operadores del Sector de Justicia (jueces, fiscales, defensores públicos, abogados en todos en ejercicio libre de la profesión) necesitan el mayor acceso posible a puntos de vista sobre las alternativas de tratamiento de los problemas que emergen de la práctica diaria en sus tribunales o despachos. Es indiscutible que una de las herramientas más útiles para tal efecto es el comentario que expertos procesalistas hagan de las disposiciones legales en cuestión, incorporado en un documento como el presente. Este tipo de obras se constituye – la realidad vigente lo comprueba – en valiosas fuentes de consultas frecuentes, que apoyan a los operadores en la formulación de sus propias opiniones, guían el análisis de situaciones concretas u orientan sobre posibilidades y enfoques de la “creatividad” judicial.

El argumento de autoridad es una herramienta muy usual en los razonamientos de los sujetos procesales, tanto en los que contienen pretensiones como en los que las resuelven. Ello es válido si se utiliza como “indicador” de la objetividad de una propuesta interpretativa, sin evadir la responsabilidad que el intérprete – enfrentado al problema – realice su propia elección, adecuándola a la realidad nacional. Los textos de comentarios a todas las disposiciones legales de un cuerpo normativo facilitan el acceso inmediato a dichos argumentos y en ello radica una de las razones de su enorme valor. Este se incrementa cuando, como en el presente caso, la obra se agrega a otra u otras publicaciones de similar contenido e implica por ello un enriquecimiento del diálogo científico en torno a las opciones interpretativas de un mismo texto. Esto puede representar para los operadores jurídicos a una clarificación del abanico de posibili-



des interpretativas” comprometidas en el caso concreto, lo cual significa necesariamente que se aclare la solución al problema. Pero seguramente los operadores jurídicos salvadoreños están más interesados en la identificación de todas las interrogantes principales de la aplicación de una norma, que en una presentación simplificada de su contenido y alcances.

Estos “Comentarios al Código Procesal Penal” tienen un valor añadido que debe resaltarse: su redacción ha sido coordinada por el Dr. Ernesto Pedraz Penalva, ilustre procesalista español que se caracteriza por efectuar una crítica aguda, franca y fundamentada de las instituciones o instrumentos procesales que caen bajo su esclarecido análisis científico. Además, como podrá notarse en la introducción que anticipa los comentarios propiamente dichos, la opinión del Dr. Pedraz Penalva se sustenta con firmeza en un conocimiento actualizado y completo sobre la evolución de los sistemas procesales –no solo, pero principalmente- de la familia jurídica europea continental. Por ello, las ideas incorporadas a esta obra superan por mucho la pretensión de orientar la interpretación de cada disposición en sí misma considerada y más bien trascienden al plano de las propuestas de *lege ferenda*, que también puede servir para optimizar las opciones interpretativas y orientar las prácticas vigentes.

Tanto el Dr. Pedraz Penalva como el Dr. Javier Martínez Lázaro han acompañado en algún momento, en forma directa y personal, las actividades de formación a operadores jurídicos salvadoreños. Ahora, con esta obra, proveen un auxilio duradero y generalizable para mejorar día a día el trabajo de la justicia penal. Aunque los Comentarios se terminaron antes de algunas de las más recientes modificaciones al CPP, la obra representa en su conjunto otra valiosísima alternativa para el empeño con que nuestros jueces, fiscales, defensores, abogados en ejercicio libre de la profesión y todas las demás personas involucradas en el que hacer jurídico, asumen sus necesidades formativas.

El Consejo Nacional de Judicatura se complace en presentar a los destinatarios de su servicio esta nueva herramienta para el análisis, la discusión y la orientación de la práctica jurisdiccional penal, con la certeza que será aprovechada al máximo en el esfuerzo por adecuar la aplicación del CPP a las exigencias constitucionales y a la realidad salvadoreña.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA



ABREVIATURAS UTILIZADAS:

A.	Año
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
arg.	argumento
Aufl./Auflage	edición
BGHSt	Tribunal Supremo Alemán en asuntos penales: Bundesgerichtshof in Strafsachen
BVerfG	Tribunal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht)
BVerfGE	Sentencia del BverfG
c.	caso, asunto
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en 22 de noviembre de 1969
CCI	Corte costituzionale italiana
CDHLFCEI	Convención de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales de la Comunidad de Estados Independientes, hecha en Minsk el 26 de mayo de 1995
CEDH	Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales, Roma 1950
CE	Constitución española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial de España
cfr.	confróntese
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica
CIPST	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada por Resolución de la Asamblea General de la OEA, en 9 de diciembre de 1995
Cn	Constitución salvadoreña
CP	Código Penal de El Salvador
CPP	Código Procesal Penal de El Salvador
CPPF	Code de Procédure Pénale francés, Loi n.57-1426 de 31 de diciembre de 1957, Ordonnnance n.58-1296 de 23 de diciembre de 1958
CPPIt	Codice di Procedura Penale Italiano, aprobado por DPR de 22 de septiembre de 1988 n.447, en vigor desde el 24 de octubre de 1989
CPPP	Código de Processo Penal Português aprobado por Decreto-Lei n° 78/87 de 17 de febrero, entró en vigor el 1 de enero de 1988 por determinación de la ley n° 17/87 de 1 de junio)
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá 1948
Doc.Jca	Revista de Documentación Jurídica

DPEDLF	Declaración del Parlamento Europeo sobre los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada en 12 de abril de 1989
DPPTTPCID	Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su sesión de 9 de diciembre de 1975
DUDH	Declaración Universal de los derechos Humanos, San Francisco, de 10 de enero de 1948)
ed.	edición
esp.	especialmente
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
h.	hacia
GG	Ley Fundamental de Bonn: Constitución alemana: Grund Gesetz
ivi	allí
LOJ	Ley Orgánica Judicial Salvadoreña
lib.	Libro
LOMP	Ley Orgánica el Ministerio Público de El Salvador
LOPNC	Ley Orgánica de la Policía nacional Civil de El Salvador
LP	Ley Penitenciaria Salvadoreña
LPC	Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador
LP	Ley Penitenciaria salvadoreña
LSVT	Ley española 32/1999 de 8 de octubre de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo
LVCEMMI	Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor
MF/MP	Ministerio Fiscal/ Ministerio Público
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966
p./pág.	página
RAP	Revista de Administración Pública, española
RDProce.	Revista de Derecho Procesal, española
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
RiberDProc.	Revista Iberoamericana de Derecho procesal, denominación anterior a la actual de Revista de Derecho procesal
RLSVT	Reglamento español de la Ley de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo aprobado por Real Decreto de 17.12.1999, corrección de errores BOE 22.1.2000
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIE	Revista de Instituciones europeas, española
StGB	Código penal alemán
StPO	Ordenanza procesal penal alemana
ss./sigs.	siguientes
T.	Tomo



Tit.	Título
TCE	Tribunal Constitucional Alemán: Bundesverfassungsgericht: BverfG
TCE	Tribunal Constitucional español Español
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo
TSE	Tribunal Supremo Español
vid	véase



XVI Blanca





COMENTARIOS AL CODIGO PROCESAL PENAL DE EL SALVADOR

(Aprobado por Decreto No.904 de su Asamblea Legislativa)

PRESENTACIÓN

De nuevo solicitada mi colaboración en un trabajo para este País, tan entrañablemente sentido por mí como es El Salvador, he de agradecer ante todo la oportunidad que se me ofrece de volver a entrar en contacto, en especial, con sus profesionales, con sus gentes y con los muchos amigos que he ido dejando en mis visitas. Coordinar los Comentarios al nuevo Código Procesal penal salvadoreño ofrece muchas más dificultades de las que parece. La de su corta vigencia, que no ha permitido todavía la producción de una jurisprudencia bastante como para servirnos de apoyo decisivo en nuestra labor. La del escaso tiempo con que contamos para realizarlos. La de conjugar el interés teórico insistiendo en la dimensión conceptual o dogmática del Derecho Procesal Penal con el práctico de aquéllos que legítimamente buscan un instrumento más para permitirles una más correcta, justa y así constitucional aplicación de este Código.

Me he prometido en mi doble actividad de coordinador y comentarista ser lo más objetivo posible asumiendo una perspectiva científica que pudiese predicarse mayoritaria entre los países de tradición continental entre los que está El Salvador. Sin embargo, y como podrá advertirse tras una atenta lectura de esta obra, la impresión extraída de la norma reguladora de la Justicia Penal no es excesivamente halagüeña, estando necesitada de adecuación a la realidad propia salvadoreña, de armonizar preceptos e instituciones ya reiterados, ya contradictorios, de colmar lagunas, etc. Se dirá que es fácil la crítica desde fuera pero existe una especie de *common sense* procesal que no ha sido siempre respetado en esta ley.

En su favor he de alegar que un primer acercamiento a las nuevas corrientes procesales exige una progresiva adaptación desde la que es más admisible acometer la reforma de este Código tras haber contemplado sus disfunciones y aquellos extremos que precisan una nueva versión o una más idónea concreción a la cotidianeidad de la República.

El grupo de comentaristas está formado por un magistrado español de la Audiencia Provincial de Madrid: Javier Martínez Lázaro, por un grupo de profesores de la Universidad de Valladolid y de Burgos -que generosamente y fuera de contrato se han ofrecido desde su respectiva especialización a comentar significativos preceptos- y por dos juristas salvadoreños (Licenciados Manuel Cruz y Rosa Estela Hernández) que han aportado las concordancias y la jurisprudencia.

INTRODUCCIÓN: LA JUSTICIA PENAL¹

SUMARIO: **I.**-INTRODUCCIÓN. **II.**EL DERECHO PROCESAL COMO DERECHO DE LA JUSTICIA. Jurisdicción, acción y proceso: conceptos que articulan el Derecho de la Justicia. La justicia y su doble y simultánea consideración estática y dinámica. Momento estático o constitucional. Momento dinámico o procesal de la Justicia. **III.**-JUSTICIA PENAL. **IV.**-Sistemas de Justicia penal: acusatorio, inquisitivo y mixto. Transformación de la Justicia tras la II Guerra mundial. Crítica al sistema acusatorio formal o mixto: inexistencia de partes e imposibilidad de alcanzar la verdad material. **V.**-HACIA LA JUSTICIA PENAL DEL SIGLO XXI. Los nuevos procesos penales alemán, italiano y portugués. **VI.**- APUNTES SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal o Derecho de la Justicia. **VII.**-EL CÓDIGO PROCESAL PENAL SALVADOREÑO: Principios que lo informan.

I.- INTRODUCCION. Como preámbulo a estos comentarios del Código Procesal Penal Salvadoreño, estimo apropiado ubicar la Justicia penal y, en y desde ella, trazar las pinceladas indispensables de lo que en la actualidad se entiende por Justicia Penal y los sucesivos pasos andados hasta aquí que en mi criterio puede ser de interés para un oportuno enmarque de la regulación procesal penal salvadoreña, no sólo normativo sino en especial doctrinal.

En esta línea será más fácil aprehender los comentarios que siguen, una vez fijados las nociones y terminología que constituyen punto de partida, naturalmente, desde mi personal perspectiva, acudiendo a la versión aceptada por la más cualificada y mayoritaria literatura, tanto americana como europea, por los Tribunales Constitucionales y Supraestatales de superior predicamento², y por la práctica totalidad de las Leyes Fundamentales y Tratados Internacionales -en especial por la Carta Magna salvadoreña³. Procede destacar ahora el art. 246 que proclama la prevalencia y aplicabilidad de la Ley Fundamental y el 144 que sanciona como leyes de la República los Tratados Internacionales celebrados por El Salvador, que primarán sobre éstas en caso de conflicto con ellas; de este modo se declara la plena vigencia de Tratados como la DUDH, del PIDCP, de la DADDH, de la CADH⁴.

1 Esta introducción proviene de mi obra *Derecho Procesal penal: T.I. Principios de Derecho Procesal Penal*, Madrid, edit. Colex, 2000.

2 De este modo por los Tribunales Constitucionales Alemán, Español e Italiano; por supraestatales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo.

3 En sus arts. 1, 3, 5, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 24, 27, 74, 75, 83, 84, 86, 98, 99, 130, 131.19º y 31º, 133.3º, 138, 140, 142, 144, 145, 168.8º 9º 10º 17º, 172 y ss. Y 191 y ss., 216, 236 y ss., 246 y 247.

4 Sin olvidar naturalmente el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950.

Según puede constatare, me centro en el bloque de países del “civil law”⁵, al que pertenece El Salvador y en el que en buena lógica debe situarse toda hermenéusis legal que pretenda dar satisfactoria réplica, en cuanto armónica y proporcionada, a la realidad histórica y al actual haz de necesidades social y políticamente existentes en este país.

Calamandrei, al analizar el proyecto de código procesal civil elaborado por Carnelutti, manifestó ya en 1928 que “Un canon de buena política legislativa aconseja, especialmente en materia procesal, contener las reformas dentro de los límites de la utilidad práctica y no hacer las innovaciones demasiado fatigosas a quien debe adaptarse a ellas, con innecesarios cambios de terminología...”⁶. Agregaría a lo dicho por el maestro florentino que cualquier trasposición jurídica culturalmente ajena a El Salvador no será más que un cuerpo extraño de difícil aprovechamiento y por tanto de dudoso éxito.

Soy además consciente de que ni puedo ni debo sobrepasar las fronteras de una exposición esencial, alejándome en cuanto sea factible de disquisiciones o divergencias doctrinales que, aunque pudieren ser esclarecedoras, obstaculizarían el fin perseguido con esta publicación: ofrecer al lector un instrumento que, al fijar con sumaria precisión los conceptos y pautas básicas interpretativas del CPP -en lógica armonía con la Constitución, Tratados Internacionales suscritos, Ley Orgánica Judicial y Jurisprudencia de los Tribunales salvadoreños (arts. 144 Cn, 172 III y 246 Cn, art. 1 LOJ)-, permita su manejo por estudiantes, litigantes, jueces y por el resto de operadores jurídicos en el mundo forense.

II.- EL DERECHO PROCESAL COMO DERECHO DE LA JUSTICIA

La rúbrica Derecho Procesal⁷ alude en verdad al Derecho de la Justicia⁸, es decir, al *rogado desarrollo procesal de la jurisdicción*. No empleo pues el término

5 Lo que no empece al reconocimiento de la trascendente aportación anglosajona, considerada implícitamente a través de su acogida en Instrumentos Internacionales como los citados. Tal vez pudiere ser útil la obra de BERMAN, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, en cuanto puntualiza las singularidades en su diversa formación histórica, aunque con muy discutibles afirmaciones, vgr., sobre el derecho romano, “proceso canónico”, implicaciones y adherencias reaccionales tridentinas a la reforma protestante, etc..

6 CALAMANDREI, P., “El concepto de «litis» en el pensamiento de F.Carnelutti”, en *Estudios sobre el proceso civil*, trad.Sentís melendo, Buenos Aires, 1945, p.286. El trabajo originario se publicó en la Riv.di dir.proc.civile, 1928, I, pp.3 a 22 y 89 a 98.

7 Con menor éxito sustituida por algunos autores por las de Derecho Jurisdiccional, Derecho Judicial, etc.,

8 De interés es la obra de BERTOLINO, P.J., *El funcionamiento del Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1985, esp.pp.93 y ss

Justicia en sus acepciones de *valor* Justicia o de *sentido* de la Justicia⁹. El Derecho de la Justicia versa así *sobre el espacio jurisdiccional, constitucionalmente establecido, reservado exclusiva y excluyentemente a unos órganos predeterminados e independientes, encargados de desarrollar su actividad rogadamente a través del proceso.*

La Primera Norma Salvadoreña, en sus arts. 172 y ss en relación con el 1, 2, 3, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y concordantes, y el art. 1 de la LOJ determinan el contenido básico de tal espacio competencial. Así el citado artículo 172 I Cn prescribe que “...Corresponde exclusivamente a este Órgano (Judicial) la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley”, y en los diversos preceptos antecitados se proclama que la lesión de derechos fundamentales como la libertad, vida, inviolabilidad de la morada, etc., únicamente compete a los Tribunales (arts. 11, 12, 20, etc. Cn). Asimismo en ese art. 172 III se reconoce que en el ejercicio de su función jurisdiccional los Jueces y Magistrados son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes.

La propia Ley Fundamental en su art. 86, tras afirmar que el poder público emana del Pueblo y que cada órgano del Gobierno lo ejercerá independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias, sanciona al Judicial como Órgano fundamental del Gobierno, junto al Legislativo y al Ejecutivo.

En el Estado de Derecho, frente a la indiferenciación propia del Régimen Absolutista, la Justicia¹⁰, como ámbito estatal, comporta objetivamente un determinado espacio constitucional, a favor, en exclusiva (art. 172 Cn y 1 LOJ), de unos órganos específicos, predeterminados (arts. 172 y ss Cn y LOJ) e independientes que son la Corte Suprema, las Cámaras y los Juzgados, todos ellos integrantes del Órgano Judicial. Creo ya indispensable, a efectos analíticos, diseccionar el complejo entramado que connota la Justicia.

9 Evidentemente otra cosa es el *valor justicia* y el *sentido de la justicia*, tal y como viene siendo tratado básicamente por los cultivadores de la Filosofía del Derecho. Pueden verse tales significados, además de en los autores citados en mi trabajo “Obxecto do proceso e obxecto litixioso”, en *Congreso de Derecho Procesal de Galicia: A reforma da Xustiza Civil*, A Coruña, novembro 1999, nota 23 en la pág. 311., en HART, *Law, Liberty and Morality*, Oxford, 1963, DEL VECCHIO, G., *La Justicia*, trad. Rodríguez-Camuñas y César Sancho, prólogo de Q. Saldaña, Madrid, 1925., en ROSS, Alf, *Teoría de las fuentes del Derecho*. (Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas), trad. esp. Madrid, 1999., y del mismo autor *Sobre el Derecho y la Justicia*, 1977., etc., etc.

10 Con anterioridad al liberalismo, en el Viejo Régimen (absolutista), el rey ostentaba todos los poderes, distinguiéndose a lo sumo funcionalmente justicia y administración. El mismo órgano ostentaba y ejercía atribuciones hoy inteligibles como jurisdiccionales, tributarias, de policía, etc, piénsese en el Corregidor, Alcalde, etc. (así GUARDIOLA Y SAEZ, Lorenzo, *El corregidor perfecto, y Juez*, Madrid, MDCLXXXV, ORTIZ DE ZUÑIGA/HERRERA, *Deberes y atribuciones de los Corregidores, Justicias y Ayuntamientos de España*, 4 Tomos, Madrid, 1832, etc.). Sobre ello más ampliamente vid. PEDRAZ PENALVA, E., “Sobre el «poder» judicial y...” cit., *passim*.

Con miras a su omnimoda aprehensión, la Justicia viene siendo estereotipada en los pilares o conceptos que la configuran e identifican: jurisdicción, acción y proceso. Sigo de este modo la orientación mayoritaria que desde Calamandrei¹¹ destaca la necesidad de partir de dichas nociones básicas si se quiere estudiar con provecho la normativa procesal. Mas para mí los tres institutos no constituyen mero punto de partida sino tres insoslayables componentes de equivalente importancia. Disiento con ello tanto de los que hablan de “trípode desvencijado” como de los que exigen su consideración rígida y jerárquicamente ordenada.

No es de recibo prescindir de ninguno de los tres conceptos ni afirmar su distinto peso o valor si se quiere aprehender lo que es y representa hoy el Derecho Procesal o Derecho de la Justicia. Tampoco es factible desdeñar las dos vertientes: constitucional y procesal, que contribuyen simultánea, conjunta e imprescindiblemente a dar sentido, realidad y valor a todo el articulado Justicia; dicho de otro modo, su analítica consideración precisa y exige su interaccional entendimiento tanto en el momento constitucional o estático como en el procesal o dinámico.

No hay jurisdicción sin acción ni proceso. Situándome en el parámetro constitucional, la jurisdicción es inteligible como potestad, es decir, como aquella competencia¹² constitucionalmente establecida; como el ámbito de acción del Poder constitucionalmente definido, reservado en exclusiva a unos órganos predeterminados (arts. 15 y 172 II Cn y LOJ) e independientes (art. 172 III Cn). Su naturaleza de medio de constitucionalización social o de garantía del principio de legalidad, de realización y tutela de los derechos humanos, de supresión de los obstáculos a la igualdad y efectiva participación ciudadana, a través de su rogado desarrollo procesal, configura, determina y constituye la Jurisdicción.

En y desde su papel de medio¹³ con origen, legitimidad y límites en la Primera Norma¹⁴ (argumento arts. 86 y 172 Cn) es comprensible que necesite para su puesta en marcha de previa excitación o requerimiento; es decir, de la procesal deducción de una

11 CALAMANDREI, Piero, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1943, p.21

12 Con mayor amplitud desarrollo este extremo en mi trabajo, “De la jurisdicción como competencia a la Jurisdicción como órgano”, en Rev.Adm.Pública, 1976., enero-abril, núm.79, pp.145 y ss, también en mi libro *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990, pp.43 y ss.

13 No hay que olvidar que el juez es terminal de la publicidad.

14 No se olvide que la Jurisdicción no es ni puede ser un poder socialmente existente y, según reza el art. 6 de la “Déclaration des droits et des devoirs de l’homme et du citoyen” (Constitution du 5 fructidor an III -22 de agosto de 1795-): “La loi es la volonté générale, exprimée par la majorité ou des citoyens ou de leurs représentants”. El juez como tal ha de llevar al caso concreto el mandato de la ley, es decir, la voluntad general o voluntad mayoritaria de los ciudadanos, con lo que ni puede ni debe el juez representar a ningún poder social concreto, hasta el punto de que cabría decir que el juez representa a todos (en cuanto la ley es fruto de todos) luego no representa a nadie en particular por lo

solicitud de protección (argumento Arts. 5 II, 11, 12, 14, 15 Cn, arts. 7, 8, y 19 y ss CPP). Los jueces y magistrados, en cuanto tales titulares de la potestad jurisdiccional, precisan ineludiblemente, para actuar la capacidad potencial insita en tal potestad, de una petición de tutela jurídica que delimite objetiva y subjetivamente el supuesto concreto en el que han de realizar su jurisdicción¹⁵.

Item más, la actividad desplegada por los jueces y magistrados dentro de los límites constitucionalmente señalados ha de verificarse según el debido proceso. No cabe hablar de decisión jurisdiccional fuera del proceso; es decir, únicamente será jurisdiccional con todas las consecuencias, valor y efectos, el pronunciamiento recaído en el proceso. Fuera del proceso la declaración o la manifestación de voluntad de un juez no constituye decisión jurisdiccional, por lo que cabría afirmar que es *inexistente*; o sea, carecería de efectos jurídicos de forma automática, salvo que revistiere apariencia de acto procesal, en cuyo caso habría que ejercitar la acción de nulidad para conseguir que no desplegara consecuencias jurídicas (por todos arts. 224.6 CPP).

La acción como derecho a la tutela judicial está acogida en los arts. 10 DUDH, 14.1 PIDCP, 8.1 CADH, XVIII DADDH, así como, implícitamente, en el Título I, II cap.I, en armonía con el cap.III del Tit.VI Cn). Cabe por ende entender la acción como derecho fundamental a la tutela *judicial* efectiva o, expresado de otro modo, como el derecho a lograr procesalmente una decisión jurisdiccional fundada en la Constitución y en las leyes (motivada) (art. 172 III Cn, 130 CPP). La acción es concebida como medio para lograr la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos, objetivo imposible si no es procesalmente ejercida (argumento arts. 11 I, 14 y 15 Cn). El

que no sería aceptable aludir a su legitimidad social sino a su encaje y entronque legal, o, dicho de otro modo, a la legalidad como arranque, razón de ser, límite y conformador del juez. De aquí que, a diferencia del legislativo y del ejecutivo, su legitimidad se transmuta en la legalidad que le crea y regula. Precisamente la independencia judicial, en el sentido negativo que la caracteriza, constituye la frontera que protege a la Justicia contra las interferencias de los otros órganos o poderes constitucional o extraconstitucionalmente existentes. Pero en ese espacio que con carácter exclusivo se reserva al juez para que actúe independientemente, se impone que lo haga con imparcialidad, es decir, que únicamente actúe en y desde la ley, o sea, aplicando la voluntad general publicitada como norma a través del procedimiento democráticamente establecido (y su resultado es la ley). Todo ello implica su alejamiento del criterio social particular, tanto local como cronológico en la decisión de las causas que se le sometan. Carece de sentido pues hablar de la representatividad social del juez, pues como tal no puede ni debe representar a ningún grupo, fuerza o poder social concreto, sino que ha de representar a todos y realizar el mandato de todos: la ley. Vid. Acerca de ello además de mis obras ya citadas, PEDRAZ PENALVA, E., “De la Jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu”, *Rev.der.proc.Iber.*, IV, oct.-dic 1976, pp.905 y ss., “Sobre el «poder» judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial”, ambos también en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, cit., respectivamente, pp.9 y ss., y esp.pp.183 y ss., asimismo “Sobre la participación popular en la Justicia penal”, en *Rev.canaria de Ciencias penales*, num.4, dic.1999, pp.19 a 97.

15 Aún a riesgo de simplificar podría decirse que el juez actúa la norma en el caso concreto, sin que pueda llevar a cabo cualesquiera otra actividad, y menos general, que supondría entrometerse en el espacio constitucional de otros poderes, lo mismo que el resto de los poderes tampoco han de interferir en la jurisdiccional con lo que atentarían contra la independencia de que gozan.

deber de actuar jurisdiccionalmente surge por y para satisfacer un derecho o interés legítimo hecho valer según el debido proceso; caso contrario será inane, reducible al plano de las intenciones, el deseo de ver amparado un interés.

La jurisdicción es sólo actuable a petición de alguien y siempre con sometimiento a las exigencias que conforman el proceso. La razón de ser de la investidura jurisdiccional de los juzgados y tribunales es la de proteger y tutelar los derechos individuales (Tit.II Cap.I Cn), contribuyendo a conservar y defender la vida, integridad física y moral, libertad, seguridad, trabajo, propiedad y posesión, honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 2 Cn), y así, eliminando los obstáculos impeditivos de la igualdad y participación política, social y económica de los ciudadanos (arts. 3, 4, 6, 7 Cn) y a través de su intervención en las materias y causas previstas en la ley, otorgar la tutela jurídica, es decir, resolver las pretensiones formuladas, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 172 Cn.) Dos consecuencias esenciales derivan de lo dicho:

- Primera, que la jurisdicción precisa y requiere para su puesta en marcha que se afirme el desconocimiento, negación o violación de un derecho o interés, de aquí los aforismos *ne procedat iudex ex officio* y *nemo iudex sine actore* que expresan inequívocamente que el desarrollo de la actividad jurisdiccional no cabe *ex officio* por requerir previa solicitud (arts. 2, 4, 7, 8, 13, 19, 20, 21, 224.3, etc. CPP). Precisamente ésta es una de las salvaguardas frente a la tan temida omnipotencia de los jueces.

- Segunda, que la tutela jurídica sólo es alcanzable a través del debido proceso (arts. 14 PIDCP, 18 DADDH, 10 y 11 DUDH, 8 CADH, 6 CEDH) mediante un pronunciamiento jurisdiccional fundado normativamente en la Constitución y en las leyes (art. 172 III Cn) y fácticamente conforme a las cuestiones planteadas en deliberación (art. 357.2 y especialmente art. 13ºI CPP), independientemente de si la decisión es meramente procesal dejando imprejuizado el tema de fondo o si, resolviendo sobre el mérito, es absolutoria o condenatoria¹⁶. Expresado de otra forma, para que pueda entenderse satisfecho el derecho constitucional de acción es menester que, ejercido con estricto acatamiento del debido proceso, recaiga un fallo judicial debidamente motivado¹⁷. Abundando en ello, recalcaré que tal derecho no comporta una respuesta determinada del juez (cuyo contenido deba ser favorable o estimatorio del interés jurídico afirmado),

16 Alternativa que como es sabido no es aceptable en el proceso penal puesto que en él únicamente caben las sentencias absolutorias o condenatorias de fondo.

17 De esencial relevancia es el calificativo que de modo reiterado acojo en el texto: el pronunciamiento (en general la resolución judicial) ha de constar de *motivación*; es decir, no es bastante con que el juez afirme que ha logrado una convicción psicológica acerca de la verdad o falsedad de la afirmación fáctica y que por ende ha aplicado esa norma jurídica. Es indispensable en la orientación jurídica occidental de consuno con los textos constitucionales y jurisprudencia constitucional con mayor incidencia, que el juez justifique el íter a través del cual ha llegado a esa conclusión así como que arguya jurídicamente la selección normativa verificada (porque es de aplicación esa norma y no otra y el grado en el que han de extenderse sus consecuencias jurídicas a tenor de los antecedentes fácticos “fijados”). La motivación de la sentencia permite a todos los ciudadanos controlar la no arbitraria aplicación de la norma, a los sujetos del proceso impugnar eventualmente, y al órgano “ad quem” controlar que el juez ha llevado a cabo sin discriminación alguna la aplicación de la ley.

pues a virtud del *da mihi factum et dabo tibi ius* y del aforismo *iura novit curia*, el juez, desde su único sometimiento a la ley y dentro de los límites que le impone la congruencia (*ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest*¹⁸), no tiene que otorgar lo solicitado sino lo que de acuerdo con la ley corresponda a lo pedido por el sujeto. Precisamente la tarea judicial consiste en comprobar (probar¹⁹) más allá de toda duda razonable (*beyond any reasonable doubt*) el interés afirmado, verificando su juridicidad o la relevancia del jurídico deducido y declarando los efectos legales de la norma que el juez ha estimado aplicable.

Finalmente, el debido proceso, en cuanto tal, nunca es concebible fuera del rogado desarrollo jurisdiccional. Podrá utilizarse cualesquiera otro vocablo para rubricar actuaciones más o menos similares (procedimiento, etc.) pero sólo es de recibo emplear el término proceso con su significado jurídico, constitucional y ordinario, en conexión con la acción y la jurisdicción; ello pese a su expansión en algunas de sus exigencias al ámbito administrativo, y en especial al sancionador (vid. art. 13 Cn).

Afirmada la exigida articulación de estos tres conceptos, parece inútil, y de muy peligrosas repercusiones, discutir la prevalencia de uno y otro, habida cuenta que no hay proceso sin jurisdicción ni acción, ni jurisdicción sin acción y sin proceso, ni tampoco acción sin jurisdicción y sin proceso. Lo que no empece para que hayan existido y pervivan muy diversas alternativas a la Justicia -con disímil eficacia-, entre las que son enunciables la autodefensa, las muy diversas modalidades de autocomposición (mediación, conciliación, transacción) y otras vías heterocompositivas (arbitraje).

En el apartado anterior he hablado de los tres institutos esenciales del Derecho Procesal -jurisdicción, acción y proceso- en su dimensión constitucional, aunque su plena intelección impone el examen en sus dos momentos: a) constitucional o estático y b) procesal o dinámico. La consideración de estos dos momentos o parámetros resulta indispensable para conjugar la diversidad que encierran y su encadenada proyección. Desdeñar la ubicación constitucional de la Justicia, así como la de sus elementos definidores, conlleva, amen de ignorar su origen, razón de ser, formulación, límites, etc., prescindir de lo que es el Estado de Derecho. Al mismo tiempo ignorar su realización, su dinámico actuar, su desenvolvimiento, siempre desde las ineludibles coordinadas jurídico-constitucionales, supondría permanecer en la abstracción, a espaldas de lo social que dialécticamente justifica y conforma su existir y el modo concreto en que se despliega²⁰.

18 “La potestad del juez no puede exceder de lo deducido en el el juicio” (Digesto 10, 3, 18)

19 La prueba compete al juez, es decir, la actividad de las partes va dirigida a conseguir que el juez tenga por probada la afirmación fáctica. Más ampliamente, PEDRAZ PENALVA, E., “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba «preconstituida»”, en *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo general del Poder Judicial, III, Madrid, 1998, esp.pp.24-25.

20 Evidente parece que desde la prohibición de la autotutela y desde la publicación de la Justicia ha de entenderse que el Estado tiene el deber de poner a disposición de todos unos órganos específicos, los jurisdiccionales, aptos para solucionar pacíficamente los conflictos socialmente relevantes; es decir, el deber del Estado de impartir Justicia.

Parto *supra* de la acotación de la Justicia²¹ como espacio constitucionalmente establecido; como ámbito de acción del poder estatal definido jurídico-fundamentalmente. El Capítulo III del Título VI de la Ley Primera salvadoreña se refiere al Órgano Judicial, calificado en el 86 de órgano fundamental del Gobierno, equivalente al Legislativo y al Ejecutivo. El ejercicio de la potestad que en exclusiva se le atribuye constitucionalmente (art. 172) está reservada a los órganos jurisdiccionales predeterminados: Tribunal Supremo, Cámaras, Juzgados y demás tribunales que establezcan las leyes. Dicha potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado desde la sujeción a la ley (art. 172 Cn) se orienta a la tutela procesal de todos los derechos sancionados en la Primera Norma (arts. 1 y 2 Cn) según la concreción singular en la ley material respectiva (civil, penal, mercantil, agraria, etc., arts. 172 y, especialmente, 246 Cn).

Expresado de otro modo: Jurisdicción (Potestad jurisdiccional); Acción (como derecho a la tutela judicial efectiva); Proceso (Debido proceso) se entrelazan en un entramado que tiene sentido en y desde su conjunción. Pero tal formulada interacción (estática/constitucional) se desarrolla, despliega todo su valor, en el momento dinámico o procesal, y así se corresponde la Potestad Jurisdiccional con la Función jurisdiccional; la acción con la pretensión; y el debido proceso con el enjuiciamiento según concreción de la norma procesal respectiva.

Cabría pues trazar el esquema conceptual básico de la Justicia formado con las siguientes interrelaciones, analíticamente diferenciadas:

- A) Momento estático o constitucional y B) Momento dinámico o procesal:
 - B) Potestad Jurisdiccional; Acción (derecho a la tutela judicial efectiva) debido proceso.
 - C) Función jurisdiccional; Pretensión; enjuiciamiento
 - A) +B)= Justicia.
 - A) Potestad jurisdiccional; Acción; Debido proceso
 - B) Función jurisdiccional; pretensión; enjuiciamiento
- } Justicia

Es posible desde las premisas fijadas, integrantes de ese complejo entramado en que consiste la Justicia, confirmar la apuntada definición del Derecho Procesal o Derecho de la Justicia como *aquella rama del Ordenamiento jurídico que tiene por objeto regular el rogado desarrollo procesal de la jurisdicción*.

21 Cabría también concretarlo a la jurisdicción, en el sentido dinámico de la división de poderes por la que Ejecutivo y Legislativo han de permanecer “ajenos” a lo que la Primera Ley reserva al Judicial. Vid. PEDRAZ PENALVA, E., “De la jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu”, en *Constitución, Jurisdicción y...*, cit., pp. 9 y ss, también en la misma obra, pp.43 y ss, “De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano”, asimismo aparecida en la Rev.Administración Pública (RAP), 1976, enero-abril, núm.79, pp. 145 y ss.

Analizando la noción propuesta se deduce que la jurisdicción (como potestad atribuida en exclusiva a unos órganos concretos previamente establecidos: órganos jurisdiccionales) sólo puede ponerse en marcha, es decir, ser funcionalmente desarrollada por los jueces y tribunales, a virtud de una petición de cualquier persona que afirme²² un interés jurídico desconocido, negado o violado. No cabe su puesta en marcha ni menos aún la adopción de una decisión jurisdiccional si no media solicitud de un sujeto distinto del juez (vid. arts. 19, 21, 224.3 CPP)²³.

La acción como derecho a la tutela judicial implica la procesal afirmación de un derecho o interés constitucionalmente acogido en ese espacio jurídico-fundamental reservado en exclusiva a la jurisdicción. Según apunté, se caracteriza la acción por ser bastante para provocar procesalmente una respuesta jurisdiccional motivada, objetivamente, al afirmar un derecho o interés jurídico, y, subjetivamente, siempre que tal afirmación provenga de una persona con capacidad para ser parte y capacidad procesal (o en su caso, completado o subsanado el defecto de capacidad procesal a través de la integración o representación). Además, la acción se satisface con esa respuesta judicial, independientemente de su contenido siempre que éste sea fruto de una razonada aplicación judicial de la ley procesal y sustantiva²⁴, lo que no resulta predicable de la

22 Efectivamente, es bastante con afirmar un interés jurídico para crear el deber jurisdiccional de dar procesal respuesta. No se olvide que a consecuencia de la prohibición estatal de la autotutela, y del consiguiente monopolio estatal de la jurisdicción, el Estado ha de poner a disposición de todas las personas unos órganos específicos para solucionar los conflictos: los jurisdiccionales, regulando la normativa procesal a la que han de sujetarse tanto las personas para provocar la respuesta judicial acerca de su afirmado interés como los jueces para emitir dicha respuesta. No es menester más que afirmar procesalmente un interés jurídico para que se pongan en marcha de los órganos jurisdiccionales, dependiendo del resultado de todo el proceso (alegaciones y prueba) el que el juez proclame la juridicidad y/o relevancia de tal interés (aludo así al contenido -estimatorio o desestimatorio- de la resolución judicial que ponga fin al proceso).

23 Precisamente esta es una de las garantías que tenemos frente al temido y temible “gobierno de los jueces”. El poder de los jueces se encuentra condicionado por una petición previa delimitadora objetiva y subjetivamente de su hacer. En modo alguno los órganos jurisdiccionales pueden sentenciar, absolviendo o condenando a una persona, sin que haya precedido contra ella acusación de otro sujeto: fiscal, acusador popular, privado, etc., ni tampoco pronunciarse respecto de su participación en un hecho cuya punibilidad y atribución subjetiva no se mantenga por esos sujetos (fiscal, acusador popular, etc). De este modo la acusación constituye el presupuesto (el *ius ut procedatur*) que condiciona y determina objetiva y subjetivamente la actuación jurisdiccional penal en el proceso criminal.

24 Vuelvo a aludir pues a que se satisface el derecho de acción tanto con una decisión judicial procesal (que deja imprejuizado el derecho subjetivo privado cuyo desconocimiento, negación o violación se alega) como con una decisión condenatoria o absolutoria, siempre que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional, a través del debido proceso, motivando jurídica y fácticamente (art. 130 CPP) su pronunciamiento. Siempre salvando la peculiaridad procesal penal que rechaza las sentencias procesales o absolutorias en la instancia, por lo que sólo son admisibles las absolutorias o condenatorias de fondo.

pretensión en que aquélla se concreta en el momento dinámico o procesal²⁵. Precisamente por suponer la acción el derecho a un pronunciamiento jurídicamente motivado -independientemente del sentido estimatorio o desestimatorio del interés afirmado por el sujeto- y no el derecho a un pronunciamiento favorable es por lo que cabe afirmar la abstracción del concepto aquí defendido.

El proceso es definible como el imperativo constitucionalmente exigido para el rogado desarrollo de la jurisdicción. El proceso, en verdad el debido proceso, implica el escrupuloso respeto de exigencias tales como la contradicción, la igualdad de armas, la publicidad, etc., contempladas más o menos pormenorizadamente en varios preceptos como los arts. 13, 14, 87, 324, 325, 327 etc., CPP, 144 Cn, 14 PIDCP, 8 a 11 DUDH, 6 CEDH, 7 y 8 CADH, etc.

Centrándome en el momento dinámico o procesal, según apunté la potestad jurisdiccional se traduce, se actualiza en la función jurisdiccional; la acción como derecho a la jurisdicción se concreta en la pretensión; y el debido proceso en el enjuiciamiento (proceso) que, con estricta observancia de los principios que conforman el debido proceso, aparece previsto por el legislador ordinario en atención, ya a razones jurídico procesales, ya a razones jurídico materiales; por razones jurídico-procesales el legislador puede arbitrar un tipo de proceso (enjuiciamiento) declarativo, de ejecución o cautelar, y dentro del declarativo: ordinario o especial, plenario o sumario, etc, según la conducta procesal que se pretenda del juez, sin menospreciar los objetivos que pretenda alcanzar el legislador; por razones jurídico-materiales el legislador ordinario puede reglar un (enjuiciamiento) específico proceso u otro, estimando que se adecua mejor o peor a la *res in iudicio deducta* y aún al momento social concreto. Naturalmente, la razón procesal o material que incline al legislador en pro de uno u otro modelo de enjuiciamiento ha de acomodarse con exquisito cuidado al debido proceso.

Es tarea de la Jurisdicción satisfacer en el enjuiciamiento, de manera irrevocable, los intereses jurídicos socialmente relevantes; a este objetivo se llega mediante la aplicación judicial de la ley en el proceso juzgando y, eventualmente, haciendo ejecutar lo juzgado²⁶.

25 La distinción entre acción y pretensión para autores como FAIREN, "Acción", *Voz* en Nueva Enclopedia Jurídica Seix, Barcelona, T.II, 1950, p.194, que defienden la posición abstracta, en la que en gran medida nos ubicamos, radicaría en que la primera es un derecho mientras que la pretensión es un acto, una declaración de voluntad; es el acto de exigencia de subordinación de un interés ajeno a otro propio. La acción se satisface siempre mientras que la pretensión sólo si la respuesta es favorable.

26 Tengamos presente que en sede procesal penal únicamente son ejecutables las sentencias de condena, pero no las absolutorias. En lo civil sólo cabe ejecución *stricto sensu* o ejecución propia, cuando se trate de la realización forzosa de sentencias estimatorias de condena (también laudos arbitrales, etc), pero las estimatorias, merodeclarativas o constitutivas no son susceptibles más que a lo sumo de una ejecución impropia (documentación).

Inspirado en Carnelutti²⁷, entiendo por interés aquella situación favorable para la satisfacción de una necesidad. El jurídico es aquel interés acogido por el Ordenamiento que, en cuanto tal, comporta su social apreciación y su aptitud para su consiguiente realización. Su objetividad depende de su legitimidad y reconocimiento sociales. Cuestionado tal interés, por discutirse, negarse o violarse su legitimidad y reconocimiento en relación a otro interés que se afirma también jurídico y, en su caso, socialmente relevante, surge un conflicto de intereses necesitado de solución que, “en cuanto jurídicamente trascendente y susceptible asimismo de satisfacción jurídica constituye un litigio”²⁸. La controversia habrá de resolverse a través de la dinámica mensuración de los intereses deducidos -procesales en cuanto tales- de los que se predica su juridicidad (o sea, su plasmación en la norma material), a través de la decisión dictada por el órgano jurisdiccional el cual habrá de ponderar, en caso de concurrencia jurídica (de juridicidad de ambos), cuál es el socialmente relevante y así qué interés de los contrapuestos debe ser irrevocablemente satisfecho²⁹. La irrevocabilidad es la respuesta a la incertidumbre surgida de la negación preprocesal del interés deducido en el juicio que, precisamente en la medida en que crea la situación definitiva, constituye la realidad jurídico-material de manera similar³⁰ que el legislador.

En el plano constitucional la acción, como derecho a la tutela judicial, se reduce dinámica o procesalmente en pretensión, es decir, en una “declaración de voluntad en la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a persona determi-

27 CARNELUTTI, F., *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, I, 1936, núm.1, pero sin desconocer las críticas que le han sido opuestas, entre otros por CALAMANDREI, “El concepto de «litis» en el pensamiento de F.Carnelutti”, cit., passim.

28 Así ALCALA-ZAMORA, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2ª ed., México, UNAM, 1970, p.12

29 Según nos dice LEIBHOLZ, G., *Das Bundesverfassungsgericht*, 1963, esp.pp.64 y ss., el interés es previo, en cuanto que no se acuerda entre las partes sino que existe con anterioridad, bien constituyente o legislativamente. Su satisfacción no se recaba de la sociedad en general sino de un órgano específicamente profesionalizado en conocer el derecho y los supuestos reales a los que se adscribe su vigencia, acudiendo el actor a la instancia judicial al tener conciencia de encontrarse en relación al tema litigioso en la situación jurídica determinada por la objetividad del derecho, a fin de que tal órgano, jurisdiccional, le reconozca la relevancia social-jurídica del bien pretendidamente acogido por la norma.

30 No análoga, puesto que el juez lo hace con diverso nivel general y particular pese a que la jurisprudencia puede tener, y de hecho tiene, importancia social constituyente pareja a la de la función legislativa (Vid.a este tenor LUHMANN, N., *Die funktionale Methode...*, op.,cit., también aunque desde otra perspectiva destaca que la tarea de los jueces se orienta a la creación de la legislación material, KRUEGER, *Verfassungswandel und Verfassungsgerichtsbarkeit*”, en *Festgabe für R.Smend*, Tübingen, 1962, pp.158-161. Críticamente, advirtiendo del problema que puede plantear, nos habla Werner WEBER, *Weimarerverfassung und Bonner Grundgesetz*, Göttingen, 1949, pp.26-28, de la judicialización de la política o politización de la Justicia, con el enorme riesgo de que la Justicia acabe por oprimir a la Administración, Gobierno y Legislativo.)



nada y distinta del autor de la declaración”³¹. Tan acertada y genérica noción se ha dicho que puede desdoblarse material y procesalmente³². Materialmente se cifra en aquella declaración de voluntad de una persona (actor o demandante), fáctica y jurídicamente fundamentada, frente a otro sujeto determinado o determinable afirmando la juridicidad de su interés o la prevalencia del amparado por el derecho sustantivo (y de este modo, pretendiendo que se declare la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica; o el derecho a una prestación de dar, hacer o no hacer condenando eventualmente al demandado a su forzoso cumplimiento; o a la creación, modificación o extinción de una concreta relación; o a la entrada coactiva en el patrimonio del deudor que ha incumplido la prestación contenida en un título cuya efectividad se pretende: título de ejecución). En verdad si se medita con cierto cuidado nos daremos cuenta de que el tema sustantivo (o sea el interés que se afirma jurídicamente protegido por el derecho material o cuya relevancia social se mantiene) forma el hecho constitutivo (*causa agendi remota*) integrante de la justificación normativa procesal (*causa agendi proxima*) del suplico o conducta procesal que se pide del órgano jurisdiccional o, expresado de otro modo, el supuesto fáctico de la norma de enjuiciamiento de la que deriva la actividad jurisdiccional que se solicita. Componen la *causa petendi* el hecho constitutivo o *res in iudicio deducta* más el fundamento jurídico procesal; el *petitum* estriba en lo que se quiere del juez.

Mantengo pues que la pretensión es única en cuanto único es como tal el objeto del enjuiciamiento, por lo que no debe distinguirse entre pretensión material y pretensión procesal sino entre pretensión procesal y contenido sustantivo de la misma. Abundando en ello insistiré en que la pretensión procesal se resume en la conducta que se requiere del juez con base en el objeto litigioso afirmado, es decir, en la *res in iudicio deducta* o, expresado de otro modo, en la alegada juridicidad o mayor relevancia social que se dice desconocida o contradicha del interés hecho valer en el proceso respecto de un determinado bien o relación subjetivamente acotados.

III.- JUSTICIA PENAL. La singularidad del enjuiciamiento criminal provoca algunas matizaciones significativas en los conceptos básicos expuestos en los apartados precedentes. Es válido hablar del derecho de acción como derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales penales a fin de obtener una resolución debidamente fundada; pero no es de recibo pensar en la vigencia de un derecho o interés legítimo a lograr

31 Sic.GUASP, *Comentarios a la LEC*, T.I, 2ª ed., Madrid, 1948, p.331, también *Derecho procesal civil*, 2ª reimpresión de la 3ª ed, 1968, T.I, Madrid, 1977, p. 217, asimismo en *La pretensión procesal*, Madrid, 1981, pp.84-5, y en la p.51 del Anuario de Derecho civil, V, fasc.I, enero-marzo, MCMLII (“declaración de voluntad por la cual una persona reclama de otra, ante un tercero supraordinado a ambas, un bien de la vida, formulando en torno al mismo una petición fundada, esto es, acotada o delimitada, según los acontecimientos de hecho que expresamente se señalen”). Adviértase que GUASP considera que el concepto de acción debe ser elaborado fuera del ámbito del derecho procesal (*La pretensión procesal*, cit, p.52).

32 Por ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal civil*, T III, Buenos Aires, 1955, esp. pp.28 y ss.,

una determinada respuesta (sentencia de condena o absolutoria) del juez penal y ni siquiera a la incoación de actuaciones procesales³³. En nuestro vigente Estado de Derecho el *ius puniendi* pertenece en exclusiva al Estado repeliéndose cualquier modalidad de autotutela salvo las hipótesis de “legítima defensa”, como tal legalmente admitidas en el código penal.

El objeto del proceso penal es la pretensión, entendida como la afirmación del hecho punible constitutivo del presupuesto necesario para el ejercicio del *ius persequendi* y eventualmente del *ius puniendi*³⁴.

Se caracteriza tal pretensión por su naturaleza pública que abarca: la no disponibilidad del afirmado hecho punible (en principio ni el perdón del ofendido ni el acuerdo entre los sujetos es bastante para impedir la persecución penal³⁵); la consiguiente obligatoriedad de su formulación (para el Ministerio Fiscal³⁶) y, prescindiendo de su inadmisibilidad por concurrir defectos procesales y en cuanto transmite la *notitia criminis*, el deber del juez de ponerse en marcha para investigar su comisión y el de abrir el juicio para proceder a su enjuiciamiento, siempre que medie acusación, hasta dictar la sentencia, absolutoria o condenatoria de fondo, que normativamente corresponda. Ni el abandono de la acusación ni el perdón del ofendido pone fin al proceso penal siempre que por el fiscal, por el acusador particular o por el popular se sostenga acusación.

33 Es manifiesto que si se denuncia ante el juez la comisión de un hecho que éste considera que no reviste los caracteres de delito o falta o que es manifiestamente falsa, se abstendrá de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el denunciante falso calumnioso (art. 52 In) y la del que la hubiere desestimado indebidamente. Entre los múltiples problemas latentes en este punto señalaré, de un lado, la posición de autores como CLARÍA OLMEDO, J., *Tratado de Derecho procesal Penal*, IV, B.Aires, 1964, que entienden, pp.170 y ss, que la inadmisión de la denuncia constituye una sanción procesal impeditiva *ab initio* de cualesquiera efectos procesales; y de otro, que no es lo mismo desestimar que inadmitir la denuncia. La desestimación impide que el proceso se incoe y, si se formulare de nuevo, la decisión jurisdiccional habría de tener igual contenido. La inadmisión permite incoar el procedimiento siempre que se trate de delitos perseguibles de oficio o cuando estemos ante una denuncia necesaria, una vez subsanado el defecto (vid. TORRES ROSSELL, N., *La denuncia en el proceso penal*, Madrid, 1991, esp.pp.311 y ss.).

34 Soy consciente de que el *ius puniendi* connota el *ius persequendi* pero cabe investigar y perseguir un hecho que tras el correspondiente juicio no dé lugar a imposición de pena alguna por considerarse no constitutivo de delito.

35 No aludo a las infracciones constitutivas de los conocidos aún por algún sector de la literatura como delitos privados (calumnia, injuria).

36 Ni puedo ni debo entrar en las excepciones provenientes del juego de las conformidades (acusación y defensa) y que han adquirido aún estadísticamente decisiva relevancia en la justicia penal de países como los EEUU de Norteamérica (me refiero al “plea bargaining system”. Vid. CABEZUDO RODRIGUEZ, N., *El Ministerio Público y la justicia negociada en los EEUU de Norteamérica*, Granada, 1996, *passim*) pero también y de modo progresivo presente en ordenamientos como el italiano, alemán, portugués, español, etc., por mor del llamado principio de oportunidad (oportunidad reglada en la StPO alemán) (Vid.PEDRAZ PENALVA, E, “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, en *Constitución, jurisdicción y proceso*, cit, pp.313 y ss.)

La mentada indisponibilidad se ve reforzada por cuanto cualquier persona no sólo puede sino que debe poner en conocimiento de la autoridad competente la posible perpetración de un hecho que revista los caracteres de delito o falta perseguibles de oficio (art. 229 CPP)³⁷. La puesta en conocimiento de la comisión de un hecho punible, con sus dos posibles grados: mera declaración de conocimiento (denuncia)³⁸, y declaración de conocimiento más declaración de voluntad (generalmente por medio de querrela) tendente a mostrarse “parte” en la causa penal, con diversos efectos procesales (art. 95 CPP), permiten (si fuere asumida la denuncia o la querrela a través de la pertinente acusación por el fiscal o sostenida únicamente por el querellante particular, art. 321 CPP) que el órgano jurisdiccional pueda abrir el juicio (art. 320.1 CPP) y, eventualmente, condenar al acusado por la afirmada realización del hecho punible que se le atribuye (arts. 359, 360 y 361 CPP).

Es factible deducir pues que no existe un derecho subjetivo público, de naturaleza constitucional, al ejercicio de la acción penal, ni siquiera para el perjudicado u ofendido por el delito, conducente a lograr la satisfacción de un interés propio al pronunciamiento de una sentencia condenatoria o, acaso, absolutoria³⁹. Lo único que se admite, por razones de eficacia, es que la víctima o el perjudicado por el delito puedan participar directa o indirectamente en el proceso penal al pensar que su deseo vindicativo puede reorientarse en pro de la persecución y castigo de las infracciones punibles.

De lo dicho confirmase pues que criminalmente la pretensión es presupuesto de la actividad jurisdiccional que radica en el enjuiciamiento del afirmado hecho punible en cuanto atribuido a un sujeto determinado o determinable. Es presupuesto desde el punto y hora en que despierta, activa el deber del Estado de ejercer en exclusiva el “ius puniendi” -al ostentar su monopolio- y, a tal fin, de comprobar una afirmada conducta típicamente antijurídica, referida o referible a un sujeto y, en ese caso, proceder a su enjuiciamiento -siempre conforme a las exigencias del debido proceso- y así eventualmente actuar la norma penal sustantiva imponiendo la pena prevista.

Por definición se excluye la búsqueda de cualesquiera intereses individuales, fuera del que pudiese satisfacerse con el general a la paz social, o, dicho de otro modo⁴⁰ del de restablecer la paz jurídica de la comunidad puesta en entredicho por la infracción punitiva y la consiguiente reafirmación de la validez de la norma violada. El interés común perseguido en el proceso penal va ínsito en la reserva procesal para la solución jurisdiccional de los conflictos penalmente relevantes⁴¹. La Justicia penal, que

33 Con las salvedades contempladas en todos los Ordenamientos, así las del art. 231 CPP.

38 El art. 233 CPP declara que el denunciante no será parte en el procedimiento

39 Este tema ha sido reciente y magistralmente estudiado por PEREZ GIL, Julio, *La acusación popular*, Granada, edit. Comares, 1998, passim.

40 Así ROXIN, Claus, A., *Strafverfahrensrecht*, 22 Aufl. München, 1991, pp.2 y ss.1

41 AMELUNG, K., *Strafverteidiger*, 1985, mantiene que concurre un interés social en que el proceso penal fluya según las exigencias del Estado de Derecho o, diría yo, de acuerdo con su regulación constitucional o con las exigencias del debido proceso

comporta la actuación procesal de órganos jurisdiccionales predeterminados, ha de acotarse a los límites objetiva y subjetivamente solicitados; es decir, al espacio fáctico que se sostiene comprendido en la norma penal material y al sujeto del que se predica participación en el mismo. La acusación constituye así presupuesto (excitación o pedimento objetivo y subjetivo) indispensable para el enjuiciamiento criminal en el que precisamente se declararán o no el delito y su reprochabilidad al sujeto imputado.

La Justicia penal ni puede ni debe verse desde perspectivas iusprivatistas salvo que rescatemos concepciones caducas expresivas más o menos explícitamente de su entendimiento como pugna de intereses individuales, combate simulado o, más gravemente aún, como expresión sustitutiva de la venganza privada. La misma esencia del Estado de Derecho impone un proceso penal en el que sólo primen consideraciones legales excluyendo percepciones o prejuicios aptos para desembocar en arbitrarias, parciales y así discriminativas aplicaciones de la ley. La acusación condiciona la concreta existencia del enjuiciamiento y sus ámbitos objetivo y subjetivo: *Wo kein Kläger, da kein Richter* (*nemo iudex sine actore*) y *da mihi factum et dabo tibi ius*, pero repélese su antijurídico y aún ajurídico ejercicio. Se trata de una función pública, en cuanto mira a ese interés general -y su realización ha de huir de consideraciones particulares- que radica en crear el presupuesto indispensable para el ejercicio del "ius puniendi". Con el Estado Liberal y la codificación procesal penal se entiende que ha de corresponder tal tarea a un órgano, distinto del Juez, que desde su defensa del interés general ha de promover la actuación jurisdiccional cuando considere realizado un hecho lesivo de la norma sustantiva penal (que se ha cumplido la norma penal). Correlativa a la naturaleza pública del interés en entredicho está la del órgano encargado de requerir su tutela: el Ministerio Público o Ministerio Fiscal. De este modo la participación en sede acusadora de sujetos particulares -en sus modalidades de acusación popular, particular, privada- puede obedecer a criterios espurios: completar o suplir una negligente actuación fiscal en el estatal ejercicio del *ius persecuendi*, únicamente justificable si el MF orgánica y funcionalmente pudiere atenerse a criterios distintos de la legalidad⁴².

IV.- SISTEMAS DE JUSTICIA PENAL: ACUSATORIO, INQUISITIVO Y MIXTO. Viene siendo generalmente reconocida la decisiva influencia de la Iglesia en la evolución de la Justicia secular. A través de su organización, y en especial de los obispos y sus arcedianos, tras la disolución del Imperio romano, en las distintas diócesis siguió impartándose Justicia (a veces simultánea a la de los señores feudales y otras como titulares de los respectivos fundos) de acuerdo con los usos germánicos⁴³ pero sin

42 Soy consciente de que esta afirmación encierra una complejísima serie de extremos, magistralmente afrontados por trabajos como el citado de PEREZ GIL, J, *La Acusación popular*, y, con singular incidencia en el Derecho de los estados Unidos de Norteamérica por CABEZUDO RODRIGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Granada, 1996., vid.asimismo PEDRAZ PENALVA, E., "Sobre la participación popular en la Justicia penal", cit., *passim*.

43 Franciscus Roberti, *De processibus*, ...p.2

olvidar las normas romanas, como se deduce de su cita por el papa Lucio III (1181-1185) como subsidiarias. Esenciales en la elaboración del proceso canónico, y así del secular, fueron la normativa compilada en el *Corpus Iuris Canonici* integrado por el Decreto de Graciano (*Concordia discordantium canonum*) (a.1140), las *Compillationes Antiquae* (de Bernardo Balbo, el papiense -1187 a1191-) y sobre todo las decretales. Las decretales de Alejandro III (h.1180), Inocencio III (a.1216), Honorio III y Gregorio IX (a.1234) constituyeron el cuerpo normativo en el que se diseñó el proceso romano-canónico modelo seguido por el proceso secular de los países europeos continentales; ello sin olvidar varios esenciales hitos: eclesiásticos, constituidos por las reformas de 1306 acometida por Clemente V en la Constitución *Saepe contigit* y por el Concilio de Trento (celebrado de 1545 a 1549, de 1551 a 1552 y de 1562 a 1563), y seculares como por ejemplo las Siete Partidas de Alfonso X (h.1270) para España y la *Constitutio Criminalis Carolina* promulgada por Carlos I de España y V de Alemania en 1532.

Soslayando un mayor detenimiento en los precedentes y circunstancias concomitantes, abordaré someramente los sistemas procesales penales, y así el acusatorio, el inquisitivo y el mixto.

Tratar de fijar con nitidez lo que suponen los términos inquisitivo y acusatorio es de una gran complejidad. Se refieren tanto a aspectos orgánicos como funcionales; mezclan el conocimiento de los hechos y el poder de intervención estatal; cuestionan el objeto procesal (afirmación del hecho punible) y la finalidad del proceso: instrumento de política criminal, realización de la justicia y descubrimiento de la verdad material, protección de los derechos y libertades fundamentales, restauración de la paz jurídica, etc., etc.

Históricamente apareció el acusatorio tipificado por su vigencia en defecto de un poder público, confiando a la asamblea la tarea de presenciar el simulado combate entre la víctima/perjudicado y el supuesto autor del hecho, torneo arbitrado por un sujeto: el juez (*Gerichtszuegnis*⁴⁴), que se limitaba, desde su neutralidad, a permitir y presenciar su regular desarrollo y a anunciar el resultado.

Tres características son resaltables del acusatorio: inicia la publicitación de la Justicia; constituye punto de arranque de la diferenciación entre proceso civil y proceso penal; y principia la modificación del sistema probatorio.

Con él empieza a tomar cuerpo la idea de renuncia a la autodefensa con el subsiguiente abandono de la satisfacción particular de los conflictos en pro de una solución públicamente adoptada que se estima permanente, fruto de un procedimiento racional-formal, y que permite la seguridad jurídica y así la paz social.

44 Más que de Juez podría hablarse de “testigo-judicial” del Juicio de Dios (“*Gottesurteil*”), vid. WALTER, Gerhard, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979, pp.45 y 46.

En la época de la prerrecepción romano-canónica no cabe distinguir proceso civil y proceso penal, habida cuenta la noción entonces en vigor expresiva de la subsistencia de la defensa privada que de manera creciente se fue viendo mediatizada por la solución procesal progresivamente impuesta⁴⁵; el sujeto -y no el Estado aún inexistente- disponía del “ius puniendi” siendo el “delito” un asunto privado como cualesquiera otra fuente de conflictos que pudieren surgir en las comunidades⁴⁶. A medida que va naciendo el Estado moderno, en el comienzo del tránsito de la Edad media a la Edad moderna, algunas infracciones van a ser consideradas como delitos “públicos” entendiéndose que su castigo puede ser pedido no sólo por la víctima sino por cualquier miembro de la comunidad (*quivis ex populo*); la separación de lo penal y de lo civil se consolida al regularse determinadas conductas (casos de corte)⁴⁷, que por su singular incidencia en la colectividad ven encomendadas su persecución y castigo en exclusiva a la justicia real, a diferencia de otras conductas integrantes de delitos “foreros” cuya persecución y punición compete a las autoridades locales según los respectivos fueros; asimismo se va diferenciando entre figuras delictivas únicamente perseguibles a solicitud de parte agraviada y las que lo son de oficio. Precisamente esta publicitación delictual refuerza el papel del juez quien asume la tarea de investigar (pesquisa) y pronto la de decidir “stricto sensu”.

Finalmente rige un “sistema probatorio” calificado de mágico o irracional por Weber⁴⁸, de “místico” por Levi-Bruhl⁴⁹ o de “primitivo” por Levy⁵⁰. En buena técnica debiere hablarse de modos de “prueba” más que de medios de prueba, por cuanto, según apuntaré, la actividad “probatoria” de los sujetos contendientes no va orientada a provocar la convicción del tercero imparcial que dirige el juicio. Son modos de prue-

45 Naturalmente antes y aún durante habría que hablar de la Tregua de Dios (“Landfrieden”), surgida hacia el siglo XI en concilios eclesiásticos franceses. Acerca de ella vid. SCHMIDT, E., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 2 Auflage, Göttingen, 1951, esp.pp.47 y ss., ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'au nos jours*, Frankfurt a.Main, 1969., etc.

46 Recordemos que fuente de las obligaciones, además del contrato y del cuasicontrato, son, desde el derecho romano, el delito y cuasidelito, aunque WEBER, Max, *Economía y sociedad*, T.I., 1ª reimpression de la segunda ed.española, México, 1969, p.503, señala que “...la primitiva administración de justicia la desconoce por completo (se refiere a la distinción entre civil y penal). Veremos cómo en etapas jurídicas en otros aspectos muy desarrolladas, toda acción era originariamente *ex delicto*, siendo totalmente desconocidas las “obligaciones” y los “contratos”

47 Sobre los casos de corte (muerte segura, mujer forzada, quebrantamiento de tregua, salvo o camino, casa quemada, traición, alevé y ripto), vid. Mi trabajo citado “Sobre el «poder» judicial y...cit., esp.pp.148 y ss y bibliografía *ivi* cit.

48 WEBER, M., *Economía y sociedad*, T.I, cit., esp.pp.498 y ss.

49 LEVY-BRUHL, H, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Paris, 1964.,

50 LÉVY, Jean Ph., “L’Evolution de la preuve des origines à nos jours”, en *Recueil de la Société Jean Bodin*, T.XVII, Bruxelles, 1965, pp. 10 y ss., son también de interés, GUILLIERON, Ch., “L’Evolution de la preuve pénale”, en *Rev.Pénal.Suisse*, 1946, Heft 2, pp. 197 y ss., MAJER, Friedrich, *Ordalien insbesondere der gerichtlichen Zweikämpfe in Deutschland*, Jena, 1795, *passim*.,

ba destacadamente las ordalías, entendidas como formas de pensamiento (Julian Marias⁵¹). Las ordalías suponen “una forma de pensamiento” que, con restricciones, podrían denominarse “de conocimiento”, caracterizado por ser afilósofico, acientífico, en cuanto que en él está ausente un proceso de deducción y/o de inducción. No se pretende con estos juicios de Dios (ordalías)⁵² descubrir la relación de causalidad (y menos aún convencer de ello al juez), lo que se evidencia en el uso de “modos” de prueba irracionales; es decir, no conducentes a esclarecer y determinar la existencia del afirmado hecho antijurídico y su imputabilidad, como agente, al sujeto que es sometido a una “prueba” determinada (del agua, del fuego, etc.⁵³). Es muy clara la irracionalidad de las ordalías explícita en la cesura, a primera vista, entre la “prueba impuesta” y la cuestión que se trata de resolver; o sea, entre soportar sin respirar más de diez minutos bajo el agua o sin quemarse un tiempo concreto y la comisión del acto cuya autoría se le atribuye.

Se trata “de la creencia de que Dios no permitirá la injusticia de que el que tiene razón sea vencido o el inocente sea declarado culpable; es decir, el resultado de la ordalía es indicio de la verdad porque Dios se sirve de él para manifestarla; el supuesto de esta creencia es un pacto con Dios, ...se conviene con Dios en que tal acontecimiento físico -la resistencia al hierro candente, la victoria de un luchador, etc.- corresponda a la inocencia del acusado, sea señal de ella”⁵⁴ “La certidumbre máxima no se obtiene pues, por un ejercicio de las actividades mentales del individuo, ...sino por la apelación a lo social, por la puesta en marcha de un uso vigente, cuya función es el establecimiento automático de la certeza⁵⁵, con la misma inmediatez con que nuestros usos sociales deciden el modo de vestir o saludar, o la ley establece una relación jurídica.

51 MARIAS, Julián, “El ser y las cosas”, cap.8 de su *Introducción a la filosofía*, Madrid, 1979, pp.239 y ss, quien al destacar la esencia de la que denomina una de las tres formas de sabiduría, ajenas a lo llamamos conocimiento en sentido estricto, dice que van dirigidas a saber “a qué atenerse respecto de una situación” que provoca en el individuo un “estado de incertidumbre”.

52 Por todos vid. SCHMIDT, E., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op., cit., ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France depuis...*, cit., y especialmente MAJER, Friedrich, *Geschichte der Ordalien, insbe?ondere der gerichtlichen Zweikämpfe in Deut?chland*, Jena, in der akademi?chen Buchhandlung, 1795, singular interés tiene la opinión de Dante Aligheri sobre “...der Rechtsmä?igkeit der Zweikämpfe”, que recoge MAJER en las pp.290 y ss.

53 Acerca de algunas de las “pruebas” ordálicas vid. sobre la del hierro caliente, acogida en los Fueros de Bejar, Cuenca, etc., el estudio de ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, N., “Instituciones judiciales y procesales del fuero de Cuenca”, en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, T.II, México D.F., UNAM, 1974. Singular interés tiene la op., cit., de MAJER, Friedrich, *Geschichte der Ordalien, insbe?ondere der gerichtlichen Zweikämpfe in Deut?chland*, quien trata de la Hei?se und kalte Wa??er probe, Feuerprobe, Kreuzprobe, Wa??erprobe, Probe des geweihten Bi??ens, Abendmahlsprobe.

54 MARIAS, J., op., et loc. cit.

55 Este automatismo hace innecesaria la actuación del juez, como después va a entenderse, pues llegada la certidumbre se limita a constatarla o anunciarla, no siendo precisa su función como tal juez en el seno del grupo social. Vid.más ampliamente SCHMIDT, E., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, cit., esp.pp.37 y ss.

El grupo social, con su inserción en un círculo de latencias mágicas, es el órgano de la certeza, y por eso es estrictamente social la forma de «pensamiento» que consiste en la apelación a la ordalía, y ésta, en sus menores detalles, está regulada socialmente, con arreglo a una pauta sin la cual carecería de eficacia y por tanto de certidumbre”⁵⁶. En igual línea Levy-Bruhl⁵⁷ considera que el favor de las fuerzas sobrenaturales no es otra cosa que el del grupo social, y que puede, al menos en ciertos casos, ser solicitado por una especie de «piadosa superchería»; habida cuenta asimismo que lo importante no es el hecho y ni siquiera el sujeto que lo ha cometido, sino descubrir a aquél que en opinión del grupo es el más capaz de haberlo cometido (e incluso, cabría apuntar, es el que interesa, “socialmente”, mantener que lo ha cometido, según “ad nauseam” muestra Foucault).

Sin profundizar más en este extremo esquematizaré las notas más relevantes de ese proceso acusatorio, a continuación las del inquisitivo que le sigue históricamente⁵⁸ (en esencia fruto de la recepción romano-canónica), y por fin las del acusatorio formal o mixto (nacido de la recepción del código de instrucción criminal francés de 1808). No cabe pensar en compartimentos estancos, pues cada uno de ellos toma del anterior importantes rasgos refundiéndolos con los propios. Así sucederá con el inquisitivo y en el siglo XIX con el acusatorio formal. Concluiré este apartado con el vigente modelo procesal penal -que trasciende al acusatorio formal- en vías de generalización en la Europa continental y, a través del código procesal penal modelo para Iberoamérica, en diversos países americanos.

Proceso acusatorio:

a) Comienza, primero, a instancia de la víctima y por extensión a solicitud de cualquier ciudadano que actúa en nombre de la colectividad (en los delitos más graves) y, finalmente del ministerio fiscal⁵⁹. Se distinguen por tanto acusador, acusado y juez.

56 MARIAS, J., op.,cit., p.241.

57 LEVY-BRUHL, op.,cit., pp.75-76

58 Aunque en la práctica subsistan en paralelo durante un cierto tiempo lo que viene sancionado por leyes como las de Partidas, según puede comprobarse en especial en la Partida VII, Títulos I y II.

59 En la Partida VII, Tit. I, Ley I se dice que “Propiamente es dicha acusacion, profaçamiento que vn ome faze a otro ante del Judgador, afrontandolo de algun yerro, que dize que fizo el acusado, e pidiendol, que le faga vengança del...E son dos maneras de acusacion. La primera es, quando alguno acusa a otro de yerro, que es de tal natura, que si lo non pudiere prouar, que deue auer el acusador la pena que deue auer el acusado, si le fuesse prouado. La segunda es, quando el acusador es tal persona. Que maguer non prouase el yerro de que ouiesse acusado a otro, non caeria porende en pena, ...

b) La acusación debe formularse por escrito, pormenorizando identidad del acusador y acusado, Juez ante el que se formula, descripción del hecho concretando sus circunstancias de lugar y tiempo. Al acusador se le tomará juramento de decir verdad, siendo emplazado seguidamente el acusado⁶⁰. No se permite al acusador el abandono de la acusación sin autorización del Juez, pudiendo sufrir la misma pena que hubiere correspondido al acusado (pena del talión)⁶¹.

c) Pero hay infracciones para cuya persecución no se requiere denuncia ni acusación, así cuando se tratare de “carta falsa”, “prestación de testimonio falso ante el juez”, “acusación falsa”, “delitos del guardador de huérfanos”, pudiendo y debiendo el juez proceder de oficio⁶².

d) Comparecido el acusado dispone la ley XVI, Tit.I, P.VII que se acordará su ingreso en prisión si el delito de que se le acusa viniere castigado con la muerte o pérdida de un miembro o a recibir otra pena en el cuerpo, no admitiéndosele que presente fiador. Podrá hacer uso de las excepciones (defensiones) de que disponga. Con base en la ley XXII, I, P.VII se permite al acusado avenirse con el acusador en determinados delitos, siempre que sea antes de que recaiga sentencia⁶³.

60 “Quando algun ome quisiere acusar a otro, deuelo fazer por escrito, porque la acusacion sea cierta, e non la puede negar, ni cambiar el que la fiziere, desde que fuere el pleyto comenzado: e en la carta de la acusacion deue ser puesto el nome del acusador, e el de aquel a quien acusa, e el del Juez ante quien la faze, e el yerro que fizo el acusado, e el lugar do fue fecho el yerro de que lo acusa, e el mes, e el año, e la era, en que lo fizo; e el Judgador deue recibir la acusacion, e escriuir el dia en que gela dieron, rescibiendo luego del acusador la jura, que non se mueue maliciosamente a acusar, que es en culpa, o que fizo aquel yerro de quel faze la acusacion. e despues desto deue emplazar al acusado, e darle traslado de la demanda, señalandole plazo de veynte dias, a que venga a responder a ella”. (Partida VII, I, ley XIV)

61 “...el acusador non puede desamparar, nin quitar la acusacion que ouiere fecho, maguer el Juez le otorgue poderio de desampararla. La primera es, quando el Judgador sabe ciertamente, que el acusador se movio maliciosamente a fazer la acusacion, e que non era verdad aquello sobre que la fizo. La segunda es, quando el acusado es ya metido en carcel, o en otra prision, do ha recibido algun tormento, o desonrra. Ca estonce non podria el acusador desamparar la acusacion, sin otorgamiento del acusado....Mas en en todos los otros yerros (que fuese delito de traición, o que el acusado fuere caballero, etc) de que fuesse fecha la acusacion ante del Judgador, puedela desamparar el que la fizo, fasta treynta dias, con otorgamiento del Judgador, sin pena; e el Juez lo deue otorgar, quando entendiere que el acusador non la desampara engañosamente, mas porque dize que la fizo por yerro: e si de otra guisa la desamparasse, deue el acusador auer la pena que diximos en la tercera ley ante desta...” (Partida VII, I, ley XIX).

62 “De su oficio puede el Rey, o los Judgadores, a las vegadas, estrañar los malos fechos, maguer non los perciba ninguno, nin sea fecha acusacion sobre ellos....Ca, en qualquier destos casos sobredichos, puede todo Judgador, que ha poder de judgar, escarmantar de su oficio a tales malfechores, de los yerros sobredichos que fizieren, maguer non fuessen ende acusados, nin denunciados, nin fuesse aducha otra prueua contra ellos” (Partida VII, I, XXVIII).

63 “Acaesce algunas vegadas, que algunos omes son acusados de tales yerros, que si les fuessen prouados, que receberian pena por ellos en los cuerpos, de muerte, o de perdimiento de miembro; e por ende, por miedo que han de la pena, trabajan de fazer auenencias con sus aduersarios, pechandoles algo, porque non anden mas adelante en el pleyto...” (P.VII, I, XXXII)

e) Si el acusado, tras prestar juramento, niega la acusación, comienza el “período probatorio” pudiendo el acusador valerse de testigos que declararán secretamente sólo ante el juez y el escribano, dándose posterior traslado del testimonio recogido por escrito a los contendientes. La prueba es tasada y de existir indicios en contra del acusado y si el juez tuviere dudas acordará su tortura a fin de lograr la confesión del imputado.

Debo recordar empero que en sus orígenes el acusatorio posee un “sistema probatorio” condicionado por representaciones mágicas o sobrenaturales; en verdad no era concebible el acreditamiento de una afirmación fáctica en el sentido actual, recurriendo a testimonios y acudiendo al juego de las presunciones. El *Eideshelfer* (“cojurador”) no jura que un hecho sea cierto sino la juridicidad o justicia de la posición de la parte, exponiéndose al castigo divino.

f) Rigen la contradicción, inmediación, única instancia y la oralidad y publicidad, éstas progresivamente sustituidas por la escritura y secreto propiciando así otra de las notas del inquisitivo: doble instancia.

g) La intervención de elementos populares, jurados, suele ser habitual en el acusatorio, aunque no determinante, dependiendo de épocas y lugares; es resaltable su diverso significado: juicio de los pares y justicia del lugar (testigos normandos)⁶⁴.

h) Pretende obtenerse una sentencia “justa”, expresiva de la verdad material, mediante el conjunto de medios procesales, irracionales y sobrenaturales, de “decisión”.

Proceso inquisitivo:

a) Básico para su comprensión es el nuevo y decisivo papel del juez⁶⁵, ya no sujeto neutral que conduce (arbitra) el combate, al asumir una multiplicidad de tareas entre las que resalta su investigación (pesquisa) decisiva para el pronunciamiento de la sentencia.

64 Vid. PEDRAZ PENALVA, E., “El jurado como vía de participación popular”, en *Rev.Jurídica La Ley* año XV, núm.3509 de 29.4. 1994, pp. 1 a 5.

65 Carácter resaltado por toda la doctrina, así, SCHMIDT, E., *Einführung in die Geschichte...*, op.,cit., es.pp.75 y ss. ESMEIN, *Histoire de la procedure criminelle en...*, cit., pp.100 y ss., acredita que el precedente de la pesquisa por la que el juez actuaba *ex officio* se encontraba en la “inquisitio cum promovente” romana.

Nos dice Alonso de Villadiego que “*En vna de dos maneras, principalmente se procede en los negocios criminales, ò de oficio de justicia, por via de pesquisa, ò denunciacion, ò à pedimento de parte, por via de acusacion, en presencia, ò en ausencia, y rebeldia del reo acusado*”^{66 67}.

La pesquisa, para Hevia Volaño (1609), “...*quiere decir diligente inquisicion, que es vna legitima inuestigacion que haze el juez de oficio para inquirir y saber los delitos que se cometen, y castigarlos. Lo qual por todas vias y manera deue procurar, como se dize en vna ley de Partida*”⁶⁸. Tras distinguir la pesquisa general⁶⁹ y la especial⁷⁰ indica

66 VILLADIEGO VACUÑANA Y MONTOYA, Alonso de, *Instrucción política y practica judicial*, Madrid, 1729, cap.III, p.58.

67 En el muy difundido *Manual de Inquisidores* de Nicolau EYMERIC, escrito en el siglo XIV, cuya edición definitiva y anotada se confió por la Iglesia de Roma a Francisco PEÑA a fines del siglo XVI (editado en Barcelona, 1996), se dice que “El proceso puede comenzar por acusación. En tal caso la acusación debe ir precedida del registro. Puede comenzar por denuncia. En cuyo caso, la denuncia debe ir precedida de una exhortación caritativa. Puede comenzar, finalmente, por encuesta, que debe ir precedida de una información clara. El inquisidor pregunta al delator si quiere ser acusador en el proceso o si quiere limitarse a denunciar. Si el delator quiere ser acusador, el inquisidor le hará saber que se halla sujeto a la ley del talión ...En caso de proceso por encuesta, el inquisidor manda citar algunos testigos de entre las personas buenas y honradas. A ellos corresponde testificar la existencia de rumores públicos...” (pp.135 y 145) (en sus comentarios F. PEÑA dice que “actualmente ha caído en desuso la ley del talión . El motivo más frecuente alegado por los doctores contra su aplicación es evidente: si se aplicara esta ley al acusador fallido, no se encontrarían delatores y, en consecuencia, los delitos quedarían impunes...En nuestros días el papel del acusador corresponde a un funcionario llamado «fiscal», y él es quien asume la acusación” -p.137-).

68 HEVIA VOLAÑO, Iuan de, *Cvria Philippica* (donde breve y comprehendioso se trata de los iuzys, mayormente forenses, Ecclesiasticos, y seculares, con lo sobre ellos hasta aora dispuesto por Derecho, resuelto por Doctores antiguos y modernos, y practicable. Vtil para los profesores de entrambos Derechos y fueros, Iuezes, Abogados, Escribanos, Procuradores, Litigantes, y otras personas), En Valladolid: Por Iuan Godínez de Millis, Año de 1609, III Parte, paragrapho 10, p.589.

69 “General se dice, inquiriendo generalmente de todos los delitos, sin particularizar ninguno, ni los nombres de los delinquentes que sirue solo de preambulo para venir a la especial de ellos...La pesquisa general, en que se inquiera de todo: delitos sin particularizar ninguno ni los nombres de los delinquentes, de derecho Real en el fuero secular, no se puede hazer sin mandato del Principe...saluo en casos de blasfemos, amancebados, vsureros, adeuinos, agoreros, sorteros, y otros pecados publicos...” (HEVIA VOLAÑOS, op.,cit., I, § 10, núms.2 y 3, pp.589 y 590., siempre con cita de Leyes de Partidas y glosa de Gregorio Lopez). Para VILLADIEGO VAsCUÑANA Y MONTOYA, A. de, *Instrucción política y...*, cit., pp.58-59, tras indicar que la pesquisa secreta es de derecho del Reyno prohibida y no se puede hacer sin especial mandado del Rey, afirma que “...con todo ello, en ciertos delitos contenidos en la ley Real, puede, y debe el Juez Ordinario de su oficio de justicia, sin especial comission del Rey, y hazer informacion, y pesquisa general, y en estos, y en otros qualesquier delitos, precediendo infamia, ò fama publica, ò notoriedad, puede hazerla, preguntando à los testigos solamente de los tales delitos publicos, y notorios, y no de los ocultos, y secretos. Y si de la tal pesquisa pareciere alguno culpado, debe el Juez proceder contra él por la especial, y castigarle; y en estas pesquisas generales puede el Juez admitir qualesquier testigos, aunque sean de los prohibidos; porque la haze solo para instruirse , y no para castigar”.

70 Entendiendo por ésta pesquisa especial “...quando se inquiera del delito y delincente particular, porque si el delito en especial se inquiera, y no de la persona sino en general, se dize especial

(10, n.5, pp.591-2) que “*regularmente los juezes de officio pueden proceder en qualesquiera delictos que se cometieren aunque dellos no preceda denunciacion ni acusacion, porque no queden sin castigo...salvo en el adulterio, sino es que el marido lo consiente...Ni tampoco pueden proceder sobre injurias de palabras liuianas, sino es interuiniendo armas o effusion de sangre, o a pedimento de parte, y aunque le aya sobre palabras liuianas, si ella se apartare, no lo pueden hazer de officio, y lo mismo se entiende en las cinco palabras de injurias graues, aunque en ellas si la parte querellare: aunque despues se aparte se puede proceder de officio...*”.

Tardif⁷¹ muestra un interesante aspecto del origen del proceso *per inquisitionem*, a mi entender esclarecedor de algunos de sus extremos. Era frecuente, dice ese autor, que nadie quisiera ser acusador o denunciador. El rumor público -fama-, indicaba sólo un hecho del que nadie podía o quería ofrecer prueba. A fines del siglo XII, Inocencio III instituyó en esos casos de *diffamatio* la persecución *ex officio* que buscaba las pruebas a traves de la audiencia de testigos. Este era el proceso *per inquisitionem* que la legislación carolingia había admitido y que a veces se denominaba *aprisia*, *aprise* en los siglos XII y XIII. Esta institución fue aprobada por el Concilio de Letrán de 1215, extendiéndose tal forma de proceder rápidamente por “le midi de Francia”, lo que se constata en la Ordenanza de 1252 de Cahors y Beaucaire, en que se procedía contra los crímenes por vía de *inquisitio, secundum jura et terre consuetudinem*⁷²

quanto al delicto, y general quanto a la persona. Y si de la persona especial se inquire, y del delicto en general, se dize especial quanto a la persona, y general quanto al delicto...La pesquisa especial, quando se inquire del delicto, y delinquente particular, de que ya se tiene noticia por notoriedad, o declaracion de algun testigo, o por denunciacion, o acusacion, permitida es hazerse. Y lo mismo siendo especial quanto al delinquente, con que no se pregunte de nombre cierto, sino solo preguntando quien le cometio, hasta que algun testigo le nombre, que entonces bien se puede inquirir del, pues ya la pesquisa general se transfirio en especial...Mas quando la pesquisa es especial quanto a la persona, y general quanto al delicto, de derecho real en el fuero secular es prohibida, sino es en los casos expressos, como en visitas, o residencias, o contra facinerosos, o hombres de mala vida y fama”.(HEVIA VOLAÑOS, cit, op.et loc.cits.,)

71 TARDIF,A, *La procédure civile et criminelle aux XIIIe et XIVe siècles ou procédure de transition*, Réimpression de l'édition de Paris 1885, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1974, pp.144-145

72 Continúa diciendo TARDIF, op.,cit., p.146: Cuando el juez ha conocido la *diffamatio*, sea por declaraciones de personas “graves”, sea tras una *inquisitio paeparatoria*, fija un plazo en el que podían presentarse las personas que quisieran perseguir al difamado vía acusación. Si no se presentaba acusador, el juez podía optar entre la *inquisitio* y la *purgatio canonica*. Cuando optaba por el proceso *per inquisitionem*, citaba de comparecencia al difamado comunicándole los extremos sobre los que se proponía dirigir la encuesta, *capitula inquisitionis*, y le interrogaba sobre cada uno de ellos, a fin de determinar los hechos cuestionados sobre los que haría recaer el examen de testigos. El *reus* o inculpado no asistía a la declaración testifical, pero se le comunicaba *le procès-verbal*, sin darle los nombres de los declarantes, en los Tribunales eclesiásticos. Tras los alegatos (“*plaidoiries*”), el juez dicta sentencia si las pruebas son convincentes o si el *reus* confiesa los hechos que se le imputan. (*ad nullius condemnationem sine lucidis et apertis probationibus, vel confessione propria processimus, nec dante Domino, procedemus*). En la *inquisitio cum promovente*, el *promovens*, llamado más tarde *promotor* o *procurator*, jugaba el papel del llamado *accusateur public* en una época más reciente. Este *promovens*, que podía ser un particular, pero que a fines del siglo XIII deviene en oficial público, debía primero probar la *diffamatio*. Admitida la *diffamatio* por el juez, competía aún al *promovens* reunir las pruebas del hecho imputado al *reus*, cumpliendo así en cierto modo el papel del juez instructor. Los jueces eclesiásticos que no podían condenar a otras penas corporales que la prisión, remitían a los culpables, en caso grave, al brazo secular.

En resumen, cabe indicar que el juez investigará *ex officio* todos los delitos salvo los que denominaríamos hoy privados⁷³, y tratándose de delito de injurias graves, aunque abandonare el injuriado podrá el juez continuar de oficio. El resultado de su instrucción constituye la base del pronunciamiento. Así lo afirma también Hevia Volaño: *"Luego que el juez tenga noticia del delito, ora proceda de oficio, ora a pedimento de parte. Lo primero, que ha de hazer es aueriguar auerse cometido el delito, yendo personalmente a ello, o estando ocupado embiando vn official suyo con el escriuano que de fe del muerto o herido y de las heridas que tiene, y en que parte, o del delito que se cometio, assentandolo assi por escrito, porque este es el principal fundamento del juyzio..."*⁷⁴ *"...Luego que conste del delito, y aueriguado que sea, el juez proceda a la aueriguacion del delinquente que le cometio, por sumaria informacion de testigos, tomando primero su declaracion al herido o ofendido..."*⁷⁵.

b) Se sacrifica la libertad del presunto reo acordando su prisión salvo en causas leves y si prestare fiador. *"Recibida la sumaria informacion, resultando della culpa contra los culpados, por qualquiera presumpcion, o prueua, aunque sea por vn testigo menos idoneo, el juez procede luego a prision suya, y secuestro de sus bienes...sin ser necessario para ello citacion suya, por el riesgo de la fuga: mas cessante culpa no se puede hazer ni prender, poque se infama al preso, y se le puede pedir en residencia la injuria, y assi le ha de soltar luego sin costas..."*⁷⁶.

c) Si el juez de oficio, en general, investiga el hecho punible y su autor, también busca los elementos probatorios objetivos y subjetivos. La confesión aparece como uno de los medios esenciales para obtener la verdad llegándose a la aplicación del tormento para obtenerla. Muy realistamente en un *Fur* de las Cortes de Monzón de 1564 se implantó la prudente medida de no someter a juramento previo al reo a quien se pedía

73 Excluyendo el adulterio que ha perdido su naturaleza penal en la mayoría de los modernos códigos occidentales.

74 Y sigue diciendo HEVIA VOLAÑO, en la op.,cit, n.8, p.593: "...respecto de que quando la ley se funda en alguna calidad, primero ha de constar della...Y para en este caso ver las heridas se puede desenterrar, ver y abrir el muerto..." Con cita de Leyes de Partidas y glosa de Antonio Gomez

75 Las Decretales fueron determinantes de la escritura en el inquisitivo al imponer que toda actuación, incluso la llevada a cabo por el propio juez, debía ser documentada por otro sujeto (escribano, notario, actuario,etc) y llevada al juicio, teniendo asimismo que cimentarse la sentencia en los documentos recogidos: "quod non est in actis non est in mundo".

76 Siempre con cita de leyes de Partidas y glosa de Antonio Gomez, agrega HEVIA VOLAÑO que sólo el juez tiene autoridad para prender al culpado y nadie más goza de autoridad para ello, salvo que se trate de determinados delitos (falsificación de moneda, raptos de vírgenes o religiosas, incendios, etc.), hipótesis en las que, dentro de las 20 horas de su detención por cualquiera, habrá de ponersele a disposición del juez. Tampoco los Alguaciles pueden detener al delincuente sin mandato del juez, salvo delitos *in fraganti*, supuestos en los que habrán de presentarlo al juez antes de meterle en la carcel, salvo que la detención fuere durante la noche.

declaración, “*ésta tendría en adelante el mismo valor probatorio que si hubiese sido obtenida bajo juramento, pero el reo sería interrogado «lisament e sense precehir jurament», con lo cual se evitaban los frecuentes perjurios...*”⁷⁷ de los acusados por algún delito. Se acude al tormento cuando resulten indicios contra el delincuente, tras oírsele, “*...no auiendo plena prouança, porque auiendola no se puede dar...*”⁷⁸

Precisamente el deber de averiguar la verdad (*forma*) que se le asigna al juez sometió al acusado a sus omnímodos poderes colocándole en la situación de reo e impidiendo su consideración como sujeto procesal⁷⁹. Empero tal búsqueda de la verdad se veía obstaculizada por el régimen legal de prueba que imponía al juzgador reglas de obligada observancia en la admisión y valoración de los medios probatorios, de tal modo que éste, en lugar de apreciar las pruebas, se ceñía a su cómputo (*probatio nulla, probatio plena*⁸⁰, *sempierna probatio*, tercios o cuartos de prueba, etc.⁸¹).

77 Cit. TOMAS Y VALIENTE, F., de, *La tortura en España. Estudios Históricos*, Barcelona, 1973, p.53

78 HEVIA VOLAÑO, cit., III, §16, p.675. si no hubiera “...plena prouança para condenar en la pena ordinaria del delito, sino otra menor suficiente para dar tormento, en caso y contra persona que se pueda dar... (expresamente, op.,cit., p.675, resalta HEVIA VOLAÑO, que ora proceda de oficio ora a pedimiento de parte, ora se pida por ella o no se pida, es menester que haya concluido la causa porque antes de este tiempo no puede constar legítimamente de los meritos de la causa, por lo cual, y porque de los indicios que resultan contra el delincuente, primero que se le de tormento, ha de ser oído sobre ello. Alonso de VILLADIEGO,op., cit., cap.III, núms.307 a 325, pp.86 a 89, tras indicar que se ha de acudir al tormento cuando el delito no pueda averiguarse por otra vía, o cuando está averiguado está “*sempierna* probado”, que es con un testigo y otros adminículos o indicios como que deponga “de vista de ojos sobre el mismo delito, y no basta que diga de las circunstancias de él, que para esto son menester dos testigos por lo menos”; la fuga hecha despues de cometido el delito, con otros indicios es bastante indicio para tormento; y la confesión extrajudicial hecha por el reo averiguada por dos testigos; y la enemistad, nacida de causa grave; y ver venir a uno con su espada desnuda o sangrienta del lugar donde está el muerto o herido; y hallarse la cosa hurtada en poder de persona vil. Para dar tormento al reo ha de preceder informacion y proceso ordinario, no pudiendose imponer por sumaria información salvo por gravísimo delito. No se puede dar tormento a las personas privilegiadas, como son el hijodalgo y el menor de catorce años y el viejo de 60, ni el soldado que sirve al rey ni al Abogado, ni al Juez ni al Doctor ni al licenciado, ni a mujer preñada ni a otras muchas personas señaladas en la ley de partidas. Antes de darle tormento se le ha de requerir que confiese o señale persona cierta que lo cometió. Y si no confesó ni señaló persona cierta désele tormento y si confesó su delito en él y se ratificó en su confesión tras 24 horas se ha de iterar el tormento. Habiendo confesado su delito y ratificado dicha confesión, o habiendo probanza bastante, el Juez le condena por su sentencia definitiva, declarando la pena que se le ha de dar.”

79 Así ha sido dramáticamente puesto de manifiesto por ZACHARIAE, H-A., *Die Gebrechen und die reform des deutschen Strafverfahrens*, 1846, esp.pp.92 y 99 y ss.

80 ANTONII GOMEZII, *Variarum resolutionum*, Tomus tercerus (De delictis), Matriti, MDCCXCIV, en el cap.XII (De probatione delictorum), n.3 (Quid sit plena & legitima probatio?), p.240, indica que “Alliud est plena & legitima probatio: & omissis alliis diffinitionibus, dico, quod es perfecta cognitio facti vel delicti per modos à jure diffinitos. Et principaliter fit per confessionem partis, vel per testes legitimos”.

81 Vid.CAPPELLETTI,M., *Procédure orale et procédure écrite*, Milano, 1970, p. 49

d) Suelen esgrimirse el secreto y la escritura (*quod non est in actis non est in mundo*), junto a la falta de contradicción y de inmediación, como propias del inquisitivo. En verdad sería menester matizar tal afirmación. En la medida en que las declaraciones se documentaban por el escribano, en latín -en la mayoría de los casos, por tanto, en lengua distinta de la en que se había declarado-, el Tribunal que no hubiere asistido a la práctica de la prueba habría de ajustarse a lo contenido en el acta. Si además el material determinante del fallo radica en el recogido durante la instrucción, el contacto del juzgador con los elementos personales y reales se reducía al mínimo. Con la doble instancia la inmediación resultaba severamente dañada en el proceso inquisitivo respecto del órgano *ad quem*, pero no está muy claro respecto del órgano *a quo*. No se distingue juez investigador y sentenciador con lo que, admitida su falta de imparcialidad, en cambio no es aceptable predicar en todo caso e indiferenciadamente la falta de inmediación. A este tenor nos dice Tomas de Torquemada en su *Recopilación del Oficio de la Santa Inquisición*: "*Item que los inquisidores por si mesmos reciban y examinen los testigos y que no cometan la examinacion dellos al notario ni a otra persona...*"⁸²; en igual sentido Hevia Volano: "*En las causas criminales el juez ha de examinar los testigos por su persona, sincometerlo al escriuano ni a otra alguna, assi lo dize vna ley de la Recopilacion, tanto que si estuuieren en ageno territorio, aunque en las causas leues se pueden examinar por el juez del, requerido con su requisitoria:empero en las que puede venir pena de muerte, mutilacion de mienbro, o destierro, no se puede hazer, sino que precisamente los ha de examinar el juez de la causa, y asi solo ha de embiar requisitoria para que los embie ante el, y no para examinarlos, y essta requisitoria en qualquiera de estos casos se ha de cumplir, como conssta de una ley de Partida y su glosa de Gregorio Lopez*"⁸³; también Villadiego: "*Y los testigos ...han de dezir ante el mismo Juez, porque es de mucha importancia, que el Juez vea el rostro al testigo, especialmente en los casos graves, para que considere la forma, y manera, como deponen; y si se turban, ò dizen con passion, ò muy pensado lo que dizen, y hazer que se escrivan en el processo las tales figuras de los testigos, para que conste al Juez, al qual es arbitrario el discernir quanta fee les debe dâr. Y assi, no debe el Juez, sin gran causa, cometer el examen de los testigos al Escrivano, en las causas criminales, graves, ò civiles, arduas... si no puesse por mucha ocupaciony muchedumbre de negocios, ò por esstâr lexos los testigos, y no poder ir, ni embiar por ellos, ò por ser el Juez tan grave persona, que no es razon que vara à ello...*"⁸⁴.

Cabría pensar por tanto que la inmediación estaba presente en los procesos penales inquisitivos aunque no es menos cierto su no infrecuente desconocimiento propiciado por las excepciones acogidas en los textos legales y en las obras doctrinales:

82 TORQUEMADA, Tomas de, *Recopilacion de las Instrucciones del oficio de la Santa Inquisición*, Edición Príncipe, Granada 1537, xvij.

83 HEVIA VOLANO, op.,cit., III, § 11, n.10, pp.594 y 595.

84 VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTTOYA, cit., cap.III, núms.24 y 25, p.61.

cuando los testigos fueren forasteros, fuere de voluntad de las partes, no pudieren venir los testigos, cuando se tratare de delito por vía de excepción o cuando sean testigos de descargo del acusado, etc., etc.

e) Tratándose de pleito criminal “à pedimento de parte”, ya nos habla VILLADIEGO de las dos maneras en que *“Hazese la acusacion..., la vna criminal, para castigo del delito, y la otra civil, para la condenacion del daño, è interesse, que se ha de aplicar à la parte, y assi puede el acusador en la misma querella pedir criminalmente, que sea condenado el reo en las penas que huviere lugar de derecho, y civilmente en los daños, intereses, y costas, que à su causa se le hayan seguido...”*⁸⁵.

f) Tratándose de causa criminal de oficio, siempre que de la sumaria información resultare algun sujeto culpado, *“...y no aviendo parte que salga à la causa, y se querelle, se cria vn Fiscal, si no le ay, y se va procediendo hasta la sentencia difinitiva...”*⁸⁶. En otro texto, también Villadiego Vascuñana mantiene: *“Mas si dessistiò la parte despues de aver començado à proceder en la causa el pesquisidor, y la causa es digna de castigo, proceda en ella de su oficio, sin nombrar Fiscal, que para las diligencias necessarias el se es Fiscal, aunque el Juez Ordinario no lo es en las causas en que procede de oficio, sino que ha de nombrar Fiscal; y esta es vna de las diferencias de pesquisa al Ordinario”*⁸⁷. En Pleito de oficio de Justicia por vía de “denunciacion”⁸⁸, *“...y quando ay Fiscal, el Fiscal denuncia del delinquente, y donde no le ay, le cria el Juez, y de ordinario no le aviendo, vn Alguacil haze la denunciacion; y pareciendo ante el Juez, y Escrivano, pone su acusacion, y denunciacion por via de Auto...”*⁸⁹. Tratándose de pleito criminal “a pedimento de parte”, y si muriere el acusador, en primera o en segunda instancia, no está obligado el heredero a sostener la acusación de modo que no siguiéndola, *“...el Juez de oficio lo ha de hazer, criando Fiscal, con quien se hagan los autos...”*⁹⁰.

85 VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, Alonso de, *Instrucción política y...*, cit., cap.III, núm.171, p.73

86 VILLADIEGO VASCUÑANA, op.,cit., cap.III, n.29, p.61

87 VILLADIEGO VASCUÑANA. Op.,cit., cap.III, n.33, p.62

88 VILLADIEGO VASCUÑANA, op.,cit., cap.III, n.149, p.71, alude a las hipótesis de algún delito público, del que puede denunciar o acusar cualquier del pueblo, o en razón de algun oficio particular cuando el Fiel o Guarda denuncia alguna cosa que toca a su oficio

89 VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, Alonso de, *Instrucción política y...*, cit., cap.III, n.149, pp.71 y 72., continuando en esta última pág: “diziendo, que estando prohibido por leyes de esstos Reynos, que no se hiziesse tal cosa, P. Lo avia hecho, y cometió tal delito, que le acusa, y pide, sea condenado en las penas que ha incurrido, y huviere lugar de derecho, y el Juez manda dàr informacion del delito, y recibo, se dà mandamiento para prender al reo, y sequestrar sus bienes, si parece culpado, y preso, se le toma ssu confession, y dà traslado de la culpa, y se recibe à prueba con todo cargo. Y el reo responde, y haze su descargo, y se concluye, y sentencia”.

90 VILLADIEGO VASCUÑANA..., cit., cap.III, n.280, p.75.



Antes de concluir con estas muy breves pinceladas del proceso inquisitivo he de advertir su superioridad técnica respecto del acusatorio que le precede, el gran desconocimiento que hay sobre él, acaso por las críticas de la Ilustración centradas en el tormento y en el abuso de la prisión provisional, y, finalmente, que algunos de sus rasgos perviven en nuestro proceso vigente.

En esquema podría caracterizarse al inquisitivo por las notas siguientes:

a) juez profesional con rechazo de cualquier participación lega en la tarea de juzgar, acorde con la publicitación de la justicia.

b) La investigación por el juez constituye elemento determinante del enjuiciamiento, a veces de la acusación y, en todo caso, de la sentencia. El juez pesquisidor instruye y resuelve o lo hace otro órgano pero con base en el material recogido por aquél.

c) La escritura es imprescindible a fin de permitir la constancia de las actuaciones procesales, incluidas las del mismo juez, y así su conocimiento por otro órgano distinto de aquél ante el que se desarrollaron como también, decisivamente, para posibilitar la segunda instancia. La prevalencia de la escritura, con el uso primordial del latín desconocido por la mayoría ciudadana, y la tecnificación del procedimiento, auspician el secreto de las actuaciones procesales hasta la sentencia, aunque con miras a la prevención general, amén de la especial, se recurre a la ejecución pública de las penas⁹¹. La escritura, como forma prevalente procesal, al favorecer escritos y contra-escritos y recursos contra cualesquiera resoluciones incluidas las interlocutorias, propicia la desconcentración y dilación del proceso⁹².

d) La intermediación es recomendada por el legislador y la literatura aunque su vigencia se ve obstaculizada por la práctica de comisionar al Escribano o a otros "interrogadores"; en todo caso la intermediación sería predicable sólo del juez instructor que también decidiera.

e) La prisión del inculpado se sacrifica a la libertad.

91 Tiene a este respecto interés el estudio de BERNALDO DE QUIROS, C., *La picota. Crímenes y castigos en el país castellano en los tiempos medios*, Madrid, 1907, en el que estudia y reproduce incluso los "rollos jurisdiccionales" -aún conservados por ser de piedra en determinadas poblaciones- ubicados en los lugares en que se llevaba a cabo la ejecución pública de la pena.

92 Así, CAPPELLETTI, M., *Procédure orale et procédure écrite*, op.,cit., p.44

f) El sistema de prueba legal⁹³ imponía rígidas reglas al juez para admitir y ponderar la prueba, atendiendo a criterios normativos: número (*testis unus testis nullus; depositio duorum testium omni exceptione maiores*), calidad de los testigos (varón o hembra; noble o villano, seglar o eclesiástico, etc.), etc. De este modo el juez clasificaba las pruebas en nulas (que había de repelerlas de plano), plenas (que le vinculaban) y semiplenas⁹⁴ (en las que tenía que proceder a su cómputo: tercios de prueba, medias pruebas, cuartos de prueba, etc.), pudiendo con éstas condenar si llegare a una “convicción”⁹⁵. Empero, y de acuerdo con el papel a jugar por el juez en el proceso, éste, el juez, es el destinatario de la actividad probatoria que en general venía atribuida a los diversos sujetos: acusadores y acusados. Tiene así sentido la máxima *probatio fit iudici, iudici fit probatio*⁹⁶.

93 Denominación que ya en el siglo XIX tuvo dos significados. El primero por el que se aludía al sometimiento de la actividad procesal en que la práctica de la prueba consiste a un conjunto de reglas: orden de examen p.ej.de testigos, limitación del modo de prueba, acotamiento de los interrogatorios presentados a los testigos para que no se use de artificios y el tiempo del tribunal se consuma inutilmente, etc. Es decir, supone disciplinar esa actividad para que consiga persuadir de la verdad al tribunal. (sic.GLASSFORD, S., *Los principios de la prueba y su aplicación a las pesquisas jurídicas*, trad.de J.Mª Tenorio y Herrera, Madrid, 1842, esp.pp.129 y ss.). El segundo sentido, acepción que es a la que nos referimos aquí y ahora y que es la que en general se entiende con el epígrafe “prueba legal”, puede verse también en autores del siglo XIX como GENNARI, *Teorie delle prove*, Pavía, 1853, pp.12 y ss., también moduladamente en España en GOMEZ DE LA SERNA/MONTALBAN, *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, 3ª ed., T.III, Madrid, 1861, en las pp.191 y 192, quienes al referirse al “valor legal de las pruebas” indican que de conformidad con la Regla 45 de la Ley provisional para la aplicación de las disposiciones del Código penal, “...en defecto de la prueba plena legal, la ley admite para la imposición de penas si bien con atenuación, la convicción moral, si esta se funda en pruebas semiplenas que se aproximen á la plena” (p.192); también ORTIZ DE ZUÑIGA, M., *Práctica general forense*, II, 4ª ed., Madrid 1861, alude a que “los tribunales de justicia buscan mas en las pruebas judiciales la convicción moral que la convicción legal, y satisfacen mas cumplidamente su anhelo de acierto, su propia conciencia, cuando encuentran convencida su razon, cuando consiguen ver un hecho con evidencia, aunque falten algunos ápices legales...”(p.540). Por FURNO, C., *Teoría de la prueba legal*, Madrid, 1954, p.7, se define la prueba legal “como sistema de garantías formales para la certeza de las relaciones jurídicas...”. FLORIAN, E., *De las pruebas penales*, T.I, Bogotá-Colombia, 1990, pp.47-8, indica que “El sistema legal de pruebas puede manifestarse en un triple sentido, a saber: ya sea limitando el objeto o los medios con los cuales ha de establecerse la prueba; ya sea fijando el respectivo procedimiento; ya sea preestableciendo el valor de la prueba y la fuerza probatoria de ciertos hechos, al fijar previamente la estimación que el juez debe hacer de ellos y el valor que deba atribuirles”.

94 SALA, Juan, *Ilustracion del Derecho real de España*, 2ª ed., T.II, Madrid, MDCCCXX, p.197, dice que “Como el Juez es el que recibe las pruebas, y debe meditar su fuerza para acertar en la sentencia que debe dar, y todas no la tienen igual, nace de alli la famosa division de pruebas en plenas y semiplenas. Se dice plena prueba aquella que hace tanta fuerza, que el Juez por ella sola queda bastante instruido para dar la sentencia, y por el contrario semiplena la que por sí sola no instruye bastantemente al Juez para dar la sentencia.”

95 Al menos en la transición del sistema inquisitivo al acusatorio formal se ve en los citados textos españoles del XIX de GOMEZ DE LA SERNA, ORTIZ DE ZUÑIGA, etc.

96 Adelanto que tal afirmación no es plénamente válida hoy día, en todo caso en el proceso continental, pues diverso es que la actividad de alegar e introducir en el proceso las diversas fuentes de prueba



Acusatorio formal o mixto:

Consecuencia de la recepción afrancesada del proceso acusatorio de partes vigente en Inglaterra, la Europa continental acogió el sistema denominado formal o mixto consagrado en el “code d’instruction criminelle” de 1808. Con antecedente en las Leyes revolucionarias de 18 de enero y 16-29 de septiembre de 1791 sobre Procedimiento Penal que, entre otras novedades, introdujeron el juicio público, oral, por jurados, con libre valoración de la prueba, el código de instrucción criminal francés de 1808 mantuvo importantes notas del inquisitivo entre las que sobresalían la institución del Ministerio Público -al que se atribuye el monopolio de la acusación- y la pesquisa o instrucción judicial, con las características del secreto, escritura, no confrontación; si bien la investigación, como la persecución, de los delitos al igual que en el inquisitivo es considerada una función pública, adquiere sin embargo un significado totalmente diverso: ya no va ser la investigación sumarial acometida por el juez el fundamento de la decisión final a dictar aún por el mismo órgano instructor sino que la pesquisa, conducida por un juez distinto del que eventualmente ha de fallar la causa, sirve en exclusiva para fundar la acusación. Su funcional significado y valor en orden a preparar el juicio oral supuso entender y regular el sumario como una etapa previa ordenada a la práctica de las diligencias conducentes a la averiguación y constatación de la perpetración del delito con todas sus circunstancias, a la participación de los delinquentes (reos) asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

Básicamente la instrucción o “juicio informativo” constará así de las actuaciones precisas para “averiguar el cuerpo del delito” sin el que “...no puede continuarse el juicio de instrucción”, recurriendo si fuere menester al examen de peritos, deposiciones de testigos, al acreditamiento en su caso de la preexistencia de las cosas sustraídas, a la propia declaración del inculpado, la exhumación de algún cadáver, a la recogida de las armas o instrumentos utilizados, a la aprehensión de papeles e intervención postal. También se adoptarán las medidas aconsejables para custodiar a los reos y asegurar sus personas, para lo que se decretará el arresto provisional o detención del “reo”, su prisión en las hipótesis de delito, sin perjuicio de acordar su libertad provisional bajo fianza, como también el secuestro o embargo de sus bienes siempre que el delito por el que se procede produzca responsabilidades pecuniarias.

Apuntaré ahora los rasgos del proceso recibido en los países del “civil law” a través del “código de instrucción criminal francés de 1808”:

competa a acusadores y eventualmente a los acusados y otra es que corresponda al juez ponderar más allá de toda duda razonable (“*beyond any reasonable doubt*”) tales fuentes de prueba introducidas vía medios probatorios legalmente previstos. Sobre el concepto de prueba por mí defendido vid. PEDRAZ PENALVA, “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba ‘preconstituída’”, en *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, en Cuadernos de derecho Judicial, Madrid, CGPJ, 1998, pp.13 a 62.

a) Se diferencian con nitidez dos etapas en el proceso penal: sumario y plenario. La primera encaminada a averiguar el hecho punible con sus circunstancias y su autor, dependiendo de sus resultados la apertura del plenario. En el juicio oral el sentenciador, distinto del juez instructor, conforme a lo razonado por la acusación y defensa y lo manifestado por los acusados, y apreciando en conciencia las pruebas practicadas en el juicio, dictará sentencia absolviendo o condenando. En modo alguno son admisibles en la Justicia penal las sentencias procesales o “absolutorias en la instancia”.

b) El sumario con sus principios de escritura, secreto, no contradicción, papel prevalentemente pasivo del eventual imputado, se reduce a preparar el juicio oral suministrando el material utilizable por la acusación y defensa pero en ningún caso por el juez decisor.

c) No cabe hablar de actividad probatoria en la investigación pues en el acusatorio formal sólo tiene tal naturaleza y valor -a efectos de formar la convicción del juez- la realizada en juicio oral según los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción, lo que no obsta para que el manejo del material instructorio por el juzgador y la inercial tendencia a practicar diligencias que, introducidas en el juicio oral por diversos medios (lectura de las documentadas), propicien su toma en consideración para el pronunciamiento del fallo⁹⁷.

En puridad conceptual, en el inquisitivo las fuentes de pruebas son introducidas a través de los medios probatorios antes del plenario, recogándose por escrito, sin contradicción y en general en secreto.

d) La naturaleza pública de la actividad procesal penal se traduce en que la investigación no está condicionada ni en su iniciación ni en su contenido por la comunicación o solicitud de un sujeto (denunciador o querellante), sino que es suficiente para provocarla la mera *notitia criminis*, y el deber del juez de instruir se extiende a la investigación de todos los “hechos”, extremos y sujetos criminalmente relevantes, sin perjuicio de que por razones obvias se lleve a cabo una individualización objetiva y subjetiva de modo que, salvo en los delitos conexos, cada delito será objeto de un sumario. Tampoco la acusación es abandonada a los particulares, salvo en los delitos

97 Lo que viene favorecido por dos criterios: por el hecho de que la instrucción corra a cargo de un juez -con las mismas exigencias y requisitos que los sentenciadores- de aquí que el juzgador tenga por bueno lo hecho por un “igual”; de otro lado, y *a fortiori*, la pervivencia del aforismo inquisitivo “quod non est in actis non est in mundo” de modo que se considera que lo dicho y hecho con todas las garantías, entre las que resalta el sosiego y empleo de todo el tiempo y medios necesarios para esclarecer los hechos y el autor en la instrucción, no puede ser enmendado en el juicio oral que en su aspecto secundario se circunscribe a un espectáculo breve y en el que por “pura lógica” el acusado tenderá a negar lo hecho y dicho en la sumaria. Subsiste pues un sentimiento de mayor eficacia y valor de la investigación que del acto del juicio oral.

privados, aunque desde la publicidad de la acusación se permita aún residualmente en algunos países que tal tarea, pública, sea asumida además de por el Estado a través de un órgano específico: el Ministerio Fiscal, por los ciudadanos afectados (acusación particular) o no (acusación popular) por el afirmado hecho punible que se enjuicia⁹⁸.

La evolución del proceso penal no se ha detenido en el acusatorio formal, de tal manera que debe apuntarse el decisivo cambio que a partir de los años setenta se produce en la Europa continental y, por su influencia, en muchos países iberoamericanos. La primera reforma, con el precedente de 1964, se produjo en Alemania por mor de la 1.StVRG ("Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrecht") aprobada en 29.11.1974⁹⁹, seguida en Portugal por la de 1 de junho de 1987 (entrada en vigor del nuevo código de processo penal aprobado por Decreto-Lei nº 78/87 de 17 de fevereiro), por Italia en 24 de ottobre de 1989 (aprobado por el DPR.22 settembre 1988, n.447), y fragmentariamente por España desde 1988, como, recientemente también parece haber comenzado en Francia según puede verse, entre otras, en la LOI no 99-515 du 23 juin 1999 "renforçant l'efficacité de la procédure pénale (1)".

Antes de afrontar esquemáticamente la nueva etapa procesal penal, resulta conveniente llevar a cabo unas breves reflexiones, en gran medida comprensibles desde la evidencia que supuso la II Guerra Mundial y la consiguiente renovación y transformación de las Leyes Fundamentales así como la promulgación y suscripción de numerosos Convenios Internacionales (DUDH, PIDCP, CEDH, DADDH, CADH).

Entre las repercusiones del conflicto bélico mundial se acentúa el de la transformación cualitativa constitucional operada en los países occidentales, explicada desde premisas como la de la evolución del sentido originario liberal de Ley. La Ley, como expresión parlamentariamente elaborada de la voluntad política general, corresponde a la tradición del siglo XIX; Ley que al acoger la experiencia más general es de todos conocida y constituye el medio óptimo para tutelar los derechos de los ciudadanos. La identidad entre los contenidos "generales sociales", hechos valer políticamente para su concreción jurídica (Ley) y la realidad de los intereses de la colectividad representada va disminuyendo progresivamente a medida que, primero el sufragio censitario, y en todo caso la opción por el mandato representativo, permiten la prevalencia del poder constituido frente al poder constituyente. Lenta pero inexorablemente ha podido constatar, de un lado, la amenaza que para la libertad de los ciudadanos puede suponer la omnipotencia del legislador, acentuada con el positivismo jurídico, que, indiscriminadamente, atribuye a toda manifestación de voluntad parlamentaria de la mayoría la cualidad de norma cogente y por tanto vinculante para todos; y, de otro

98 Vuelvo a recordar el interesante y exhaustivo trabajo de PEREZ GIL, J, *La acusación popular*, Granada, edit. Comares, 1998.

99 1.StVRG, BGBI.I, 3393 de 9.12.1974, entrando en vigor el 1.1.1975. Sobre esta primera reforma, vid. PEDRAZ PENALVA, E., "La reforma procesal penal de la R.F. de Alemania de 1975", en Rev.Der.Proc.Iberoamericana, núm.II-III, abril-sep. 1976, pp.647 y ss. Ésta fue la Primera reforma seguida de otras, en general, en semejante línea.

lado, las conexiones que se establecen entre mayorías parlamentarias y gobierno a través del partido dominante, de modo que con frecuencia, la Ley no es más que la expresión de la voluntad gubernamental, aprobada por una mayoría solidaria, integrada en un Parlamento meramente en funciones legitimadoras y asesoras¹⁰⁰; es decir, deja de ser resultado de la voluntad de todos. Paralelamente, la Ley, obligada por el expansivo desarrollo de las tareas del Estado, se ha hecho cada vez más técnica, escapando con frecuencia al control efectivo del legislativo reducido a su papel ratificador¹⁰¹, ya que es la capacidad gubernamental la que se encuentra de hecho en condiciones de fijar y valorar su contenido, facilitado por su orientación partidista convalidada electoralmente.

Matizaré asimismo que en el vigente Estado occidental puede detectarse una transformación de la Ley liberal, en su anterior formalidad -en cuanto se detenía en el umbral de la individualidad circunscribiéndose a regular el tráfico de la libertad o autonomía de cada uno-. La Ley es ahora más densa y universal, afectando a la regulación de libertades cada vez más ponderadas y penetrando en ámbitos antes inéditos¹⁰².

El mítico planteamiento de Rousseau sobre la voluntad general tiende a imposibilitarse con la representación (política) que habría de actualizarla y elaborarla¹⁰³. El ciudadano ya no reconoce su propia voluntad¹⁰⁴. Esta carencia, que alcanza incluso a la Constitución pero también a la exigida legislación orgánica que ha de concretarla, conduce a la toma de conciencia de la necesidad de proteger ya los mismos derechos fundamentales establecidos constitucionalmente, incluso frente a la propia Ley¹⁰⁵ (con

100 Surge de este modo el Gobierno-Administración como poder único, reduciéndose el Parlamento a mero asesor, dado que el partido electoralmente vencedor va a controlar, no sólo el Ejecutivo (se convierte en partido gobernante), sino también el Parlamento. Vid. LEIBHOLZ, G., *Struktur Probleme der modernen Demokratie*, Karlsruhe, 1958, pp.17 y ss, KIMMINICH, O., *Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie*, en «Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtler», H.25, Berlin, 1967, otros autores como MAGIERA, S., *Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes*, Berlin, 1979, pp.228 y ss, prefieren aludir a la complementariedad de Ejecutivo y Legislativo.

101 Lo que viene favorecido por el esoterismo o cripticismo del lenguaje jurídico progresivamente desmarcado de la comprensión general incluyendo a los parlamentarios que son incapaces de entender la ley y así de aprehender las consecuencias inherentes a las difentes opciones jurídicas, en beneficio siempre del grupo gobernante con mayoría en las comisiones en las que se sancionan los proyectos normativos del Ejecutivo.

102 De manera indiscutible tal universalidad, en lo que supone de extensión, al menos tendencialmente, a todas las personas, merece una valoración positiva. Las adherencias, afirmadas como precio necesario para ello, son sin embargo gravísimas, según destaco a continuación en el texto.

103 Ya el art. 6 de la «Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen (Constitucion du 5 fructidor -22 de agosto de 1795-)» proclamaba que «La loi est la volonté générale, exprimée par la majorité ou des citoyens ou de leurs représentants».

104 Notoriamente excede del tema consagrarle a profundizar en el cambio en la función de la ley.

105 FORSTHOFF, E., «Los Derechos fundamentales», en *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, 1975, p.252, destaca el cambio, con el Estado social, de los derechos fundamentales, entendidos inicialmente «... como limitación del Estado, como protección jurídica del individuo frente a intervenciones estatales ... (hasta llegar a ahora en que se conciben los derechos fundamentales como positivación de valores y la totalidad de los derechos fundamentales como un sistema de valores inherentes a la Constitución...)»

planteamientos de cualquier tipo: piénsese en la posibilidad de desmontar constitucionalmente la democracia en caso de carencia de cautelas o límites de reforma). La vieja idea decimonónica de protección de la libertad por la Ley tiende a ser sustituida por la de la necesidad de protección de las libertades frente a la Ley. Se ha pasado del principio de legalidad al principio de constitucionalidad¹⁰⁶.

Asumida la necesidad de protegerse frente a la Ley, se ha sentido la necesidad urgente de una autoridad susceptible de controlar la Ley y cualquiera otra actividad estatal en función y como amparo de estos derechos fundamentales y de la Constitución que los garantiza. De la experiencia de la II postguerra en los países europeos, puede afirmarse que la Justicia, incluyendo de modo particular a la constitucional, ha obtenido su actual consistencia como sistema eficaz (no maravilloso por supuesto) de garantía y consecuente desarrollo de los derechos y libertades básicos¹⁰⁷. Pero en esa tarea, conviene insistir, no ha sido ni es menos importante la actividad reconocida a órganos jurisdiccionales como los ordinarios, quienes por prescripción constitucional vienen facultados y al mismo tiempo obligados a tutelar tales derechos y libertades¹⁰⁸.

Resumiendo, la Ley ya no es, como teóricamente fue concebida en el Estado Liberal, expresión de la voluntad de todos, sino que ha devenido el fruto de experiencias e intereses parciales/sectoriales de la sociedad -pese a su afirmada generalidad- facilitada por la representación política de los partidos. Asimismo la Ley ha dejado de ser sancionadora de ámbitos de libertad esencial para convertirse en instrumento de invasión de todos los espacios del sujeto, por lo que éste ha de defenderse contra la Ley. Las Constituciones en su parte dogmática acogen declaraciones fundamentales de obligada observancia y de directa aplicación por todos los poderes y autoridades; de modo singular los tribunales, tanto específicamente los Constitucionales como los Or-

106 De principio de constitucionalidad habla FAVOREU, L., «Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel», en *Mélanges Einsenmann*, Paris, 1974, pp.3 y ss.

En la línea que defiende, KRÜGER, H., *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, 1950, p.12, manifiesta el importante cambio que la Constitución de Bonn supuso: «los derechos fundamentales tenían (en la Constitución de Weimar) una eficacia legalmente contenida, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales». Respecto a la supresión de la función mediadora de la ley ordinaria entre Primera Norma y actos de ejecución, y en relación a los derechos fundamentales que son directa e inmediatamente aplicables vid. FORSTHOFF, E., «Concepto y esencia del Estado social de Derecho», en *El Estado social*, Madrid, 1986, esp.pp.84 84 y ss y 86 y ss., DOEHRING, K., «Estado social, Estado de Derecho, orden democrático», en *El Estado social*, cit., esp.pp.135 y ss.

107 Recuérdese, no obstante, como decisivo antecedente, la importancia a este tenor de la «nacionalización» de estos derechos en Estados Unidos de Norteamérica. Tal «nacionalización» de los derechos que, como es sabido, supuso la general observancia por la Administración conjunta del Estado federal y Estados federados, se logra a través de la interpretación de la vieja cláusula del *due of process law* de la Enmienda catorce, surgida tras la guerra de secesión.

108 De aquí la mayor exigencia y transcendencia (aún para mantener el Estado de derecho) de una Justicia independiente y eficaz.

dinarios, aparecen investidos de la tarea de tutelar y realizar la libertad jurídico-fundamental. Tal significado ya no programático de la Ley Suprema y de la actividad jurisdiccional pretende proteger al individuo de eventuales mayorías gubernamentales que pudieren confluir en planteamiento autoritarios con terribles consecuencias, como las vividas durante los años de la preguerra mundial. En estas coordenadas se inserta la necesidad de actualizar el proceso penal del que se ha dicho que es expresión fiel del grado de libertad existente en el país (Goldschmidt), «derecho constitucional aplicado» (Henkel), «síntoma del espíritu político-constitucional de un ordenamiento jurídico» «sismógrafo de la Constitución» (Roxin)¹⁰⁹. Su interacción con el sistema constitucional imperante, al que ha de servir no tanto de baluarte como de activo medio de realización, impone su ineludible puesta al día, contribuyendo a reforzar la esencia del Estado de derecho de realización de la libertad individual y, en el marco de la proporcionalidad, la defensa de los intereses democráticamente publicitados¹¹⁰.

Superar la formalidad del inquisitivo es una meta del acusatorio mixto con sus medios racionales de prueba y motivación lógica del pronunciamiento judicial. La búsqueda de la verdad material preténdese alcanzar ilustradamente¹¹¹ como fruto del conocimiento natural/social de los «ciudadanos» (jurados) que resuelven en conciencia el conflicto ante ellos planteado¹¹². Tal noción se adecua a las afirmadas libre e iguales iniciativa y armas de las partes, sometidas no obstante a la formalidad del interés general social que defiende el acusador¹¹³ público y al papel progresivamente reforzado del juez profesional, representante y defensor de los intereses de la ley codificada aplicable.

-
- 109 Textualmente dijo GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935, p.67: «Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución...», HENKEL, H., *Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch*, 2ª ed., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1968, *Vorwort.*, ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, cit., quien además rubrica en el §2 el apartado 2 «Das Strafverfahren als Seismograph der Staatsverfassung»
- 110 No han de desconocerse los derechos del acusado más que en la medida en que desde el juego de la proporcionalidad venga impuesto por las necesidades de persecución penal, en todo caso pues fruto de su contraposición con intereses de igual o superior rango. En este sentido, la libertad ambulatoria del inculcado no ha de verse limitada arbitrariamente sino de manera excepcional y siempre que fuere menester para el cumplimiento de los fines del proceso penal.
- 111 Con apoyo pues en los postulados de la Ilustración asentados en el siglo XVIII.
- 112 Reiteraré que en la revolución francesa se mantiene que es innecesario el juez profesional ya que al ser la ley expresión de la verdad social, de la experiencia general, era conocida por todos, pudiendo así cualquier ciudadano aplicarla. Vid. PEDRAZ PENALVA, E., «De la jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu», en *Constitución, Jurisdicción y proceso*, op.cit., pp.9 y ss y esp.pp.36 y ss. Asimismo publicado en *Rev.Der.Proc.Iberoamericana*, IV, octubre-dic., 1976, pp.905 y ss.
- 113 Precisamente por ello se mantiene en algún país, como España, la acusación popular como garantía coexistente a la pública del Ministerio Fiscal, al desconfiar de su imparcial e igual disposición a instar la persecución de todos los delitos y de cualesquiera que los cometiere. Sobre ello vid. PEREZ GIL, J., *La acusación popular*, Granada, 1998, esp.pp.119 y ss.

Lo dicho merece una doble consideración:

En primer lugar que el equilibrio procesal que se predica del «proceso acusatorio de partes», fruto de la equivalente posición de las mismas, se revela quimérico. Avanzaré que su insostenibilidad radica en la disparidad de intereses en juego, conduciendo a la doctrina a tener que tratar de superarla con técnicas tan discutibles como la de recurrir a los conceptos de parte formal: acusación pública y parte material: acusado, y que lógicamente forzó a un sector de la literatura a diputar la inexistencia de «partes» en el proceso penal.

Es ya clásico el debate doctrinal acerca de la existencia o no de partes en sede procesal penal, de su utilidad y, por ende, de la aplicabilidad de un esquema propio del enjuiciamiento civil. En modo alguno se ha logrado el acuerdo entre los diversos autores, acaso debido «prima facie» a la contingente presencia en algunos Ordenamientos de diversos sujetos en la posición acusadora y en verdad al deseo de trasplantar al juicio criminal conceptos y esencias jurídico-civiles, deseo propiciado por una interesada y parcial¹¹⁴ acogida del proceso acusatorio anglosajón de partes. El concepto de parte, necesario en el proceso civil y en un proceso acusatorio puro, no puede trasladarse sin problemas al ámbito del proceso penal en el que la ley reconoce a los sujetos que intervienen facultades públicas y, a algunos de ellos (a los particulares), derechos subjetivos de disposición sobre el contenido formal del proceso, pero no del derecho material que en él se actúa. En el proceso civil el concepto de parte nos indica la existencia de sujetos que pretenden una determinada conducta judicial por mor de un concreto derecho subjetivo o titularidad jurídico material frente a otras personas; en el proceso penal habría de reducirse el concepto de parte a la dual estructura de posiciones formalmente contrapuestas, pero sin referencia explícita a derechos materiales, o sea, requiere su contracción al momento y dimensión procesal en conceptual armonía con la extrañeza de lo que y por lo que se afirme jurídico-materialmente¹¹⁵.

Las matizaciones encuentran origen en las contradicciones surgidas: En general, de la mezcla primera de un sistema inquisitivo con otro acusatorio y, ahora, de la inclinación de un sistema acusatorio con rasgos inquisitivos hacia un proceso acusatorio de partes. En particular, de la configuración de los partícipes en el proceso. La acusación es una función pública que, junto al también público *ius puniendi*, persigue excluir cualquier atisbo de subjetividad no legalmente acogido; es decir, y en último

114 Es parcial dado que tal sistema procesal anglosajón responde a exigencias jurídicas generales y orgánicas peculiares que por cierto no son acogidas en cuanto contrarias al «civil law».

115 Quizás por ello Beling, E. *Derecho Procesal Penal*, Barcelona 1943, p. 93, vinculaba la naturaleza jurídica del proceso con el concepto de parte procesal y definía a las partes en sentido formal como la persona *rem in iudicium deducens* de un lado, y de otro, *is contra quem res in iudicium deducitur*, esto es, la persona que pide y aquélla frente a la que se pide al titular del órgano jurisdiccional la actuación de la pretensión penal y la de resarcimiento, en su caso. Ambas partes se encontrarían entre sí, y con el tribunal, en una «relación procesal».

extremo, la venganza privada se sustituye por la igual aplicación de la ley por la comisión de un hecho tipificado previamente, con independencia del sujeto que lo cometa y de la mayor o menor relevancia social de la víctima.

Pese a la publicidad de la acusación, por diversas razones, se permite que ésta sea ejercitada por particulares, bien sin limitación alguna (acusación popular) o bien por mor de una determinada conexión con el hecho punible que se afirma (acusador particular o acusador víctima o perjudicado por el delito). De este modo la participación procesal del sujeto particular vendría condicionada y determinada por esa conexión material que se afirma interviniendo con todo lo que ello implica en la función pública de acusar¹¹⁶. Tan peculiar disparidad entre acusado y acusadores se quiso explicar por CARNELUTTI diferenciando entre partes en sentido sustancial (cualquier perjudicado), en sentido formal (el ofendido) y en sentido instrumental (el MF y el defensor), pero lo destacable sería la imposibilidad de conciliar la naturaleza de parte y la situación en una posición neutral¹¹⁷.

Centrándome en la disparidad posicional acusador y acusado, incidiré en que el acusado lo es como consecuencia de la participación en el hecho punible que de él se afirma, y el MF, por definición ajeno al hecho enjuiciado, interviene en el enjuiciamiento criminal sólo en desarrollo de una función pública. Aquí encaja lo mantenido por DAHM para quien *“con razón se ha dicho, que el «proceso de partes» no se conjuga con la posición del acusador público, con la puesta en marcha del principio de oficialidad, sino que presupone más un sistema de acusación privada o popular”*. Por ello, según su opinión, si bien la acusación popular vendría a ser requisito *sine qua non* para la existencia de partes, la presencia de un acusador oficial la excluiría¹¹⁸. Para un sector predominante de la doctrina alemana actual el concepto de “parte” no debería aplicarse a su proceso penal por delitos públicos ni siquiera en un sentido formal. Aunque ello sea posible, induciría a erróneas concepciones del proceso por cuanto no se trata de un “proceso de partes” de corte anglosajón. Si el Ministerio Fiscal asume una función específica en el proceso, ésta no puede ser considerada como función propia de una parte, en razón de su objetividad y no sujeción a intereses. La idea de parte tampoco sería necesaria y ni siquiera adecuada para englobar al acusado. La configuración dinámica del proceso penal no es explicable desde el concepto de parte, y la dialéctica que en él se genera no se agota en la relación de tensión entre acusación y defensa, sino

116 Parece pues más lógico, y técnico-procesalmente más correcto, el sistema de monopolio de la acusación por el MF y la exclusión de cualesquiera otro sujeto, salvo por discutibles razones de eficacia, en posiciones subsidiarias, auxiliares o subordinadas (pensemos en el «Privatbeteiligte» austriaco, en el «Nebenklage» alemán, en el «assistente português», etc.) vid. PEDRAZ PENALVA, E, «Sobre la participación popular en la Justicia penal», op.cit., ampliamente PEREZ GIL, J., *La acusación popular*, Granada, 1998.

116 CARNELUTTI, F.; *Lecciones...*, p. 190.

117 DAHM, G.; «Die Grenzen des parteiprozesses» *ZStW* T. 52 (1932) p.592.

que está determinada por la función del propio órgano jurisdiccional y del Ministerio Fiscal¹¹⁹. Por ello se hablará de “sujetos procesales” (*Prozeßsubjekte*) o de “participantes procesales” (*Prozeßbeteiligte*), pero no de partes¹²⁰. En el mismo sentido, el portugués FIGUEIREDO DIAS habla de “participantes procesales”, ya sean órganos de la justicia, ya simples particulares, excluyendo el uso del concepto de “partes”. La diferencia material más sensible entre los diversos “participantes procesales” no está en la necesidad de su presencia en el proceso o no, sino en que los llamados “sujetos del proceso” realizan actos singulares cuyo contenido procesal se agota en la propia actividad. Se trata, en el caso de los sujetos procesales, de “derechos (que surgen en algunos casos como poderes-deberes u oficios de derecho público) autónomos de conformación de la concreta tramitación del proceso como un todo, con el objetivo de la decisión final”¹²¹.

Prescindiendo de más planteamientos doctrinales que serían inacabables y de discutible utilidad, cabe argüir que en el enjuiciamiento criminal no coinciden como en el civil titularidades materiales y procesales y nadie, salvo el Estado, puede arrogarse la titularidad del *ius puniendi*, con lo que en el marco del proceso de partes que se pretende implantar se precisaría emplear el concepto de parte acusadora formal. Empero, y bajo esta denominación, no se acoge a un sujeto concreto e individual sino a aquél que, sin conexión personal con lo que constituye el objeto del enjuiciamiento, interviene en el proceso promoviendo una resolución jurisdiccional que eventualmente actúe la norma penal. Es decir, aquella persona que asuma y se sitúe en una posición acusatoria. El Ministerio Fiscal puede efectivamente ser parte formal, pero no porque deba ostentar una posición imparcial y con fundamento en el principio de legalidad, sino en tanto que no está vinculado jurídico-materialmente o, dicho de otro modo, no es titular de relación jurídica sustantiva alguna. El MF es una creación del ordenamiento jurídico orientada a garantizar la separación entre las funciones de acusar y juzgar. Pero junto a él, en algunos sistemas, se permite el acceso a la posición acusadora de otros sujetos ajenos a la relación material, no excluibles de esa rúbrica «parte formal acusadora»; derivase de ello que, existiendo una sólo posición acusadora, puede sin embargo ser ocupada por diversos sujetos.

Se dice que el sistema acusatorio implica una contienda procesal entre dos partes netamente contrapuestas -acusador y acusado- resuelta por un órgano situado *supra partes*, con clara distinción de las tres funciones procesales fundamentales: la

119 Vid. HENKEL, H.; *Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch*, Stuttgart 1968, p. 111 y ss. En el mismo sentido vid. SCHMIDT, E.; *Lehrkommentar...*, I, n° 105, SCHÄFER, K.; *Strafprozeß recht. Eine Einführung*, Berlin 1976, Einl. Kap. 9, marg. 4, ROXIN, C.; *Strafverfahrensrecht*, 22ª ed., Munich 1991, p. 93.

120 Cfr. PETERS, K.; *Strafprozeß*, 2ª edición, p. 89.

121 FIGUEIREDO DIAS, J. de; “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, en el vol. colectivo *O novo Código de Processo Penal*, Coimbra 1988, pp. 3 y ss., esp. pp.5 y 6

acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del Juez ; la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador ; y la decisión por un órgano judicial independiente e imparcial que, como tal, no actúa parcialmente frente al acusado en el proceso contradictorio. Lo consustancial al proceso no es la existencia de dos partes, pues pueden existir en el ámbito civil procesos con pluralidad de partes y en el penal asimismo una diversidad de sujetos acusadores y acusados, sino la existencia de dos posiciones, la de actor, demandante o acusador y la de demandado o acusado, sin que sea posible una pluralidad de posiciones.

La dualidad de posiciones no debe confundirse con la dualidad de partes puesto que en el proceso con pluralidad de partes se mantiene el principio de dualidad de posiciones, pero existen más de dos partes con plenitud de derechos, cargas y deberes procesales. Las personas no componen conjuntamente la parte procesal, sino que cada una de ellas es parte, pudiendo mantener distintas posturas materiales y procesales. Sin embargo, la pretensión penal se sustenta sobre una estructura bilateral que se traslada al proceso mediante la implantación del principio acusatorio, pero en ella no cabría nunca hablar de más pluralidad de partes que la que se refleja en la dualidad de posiciones.

Es indiscutible que no hay más que una pretensión punitiva, aunque se haga valer por diversos sujetos, concerniente a un único hecho que se afirma punible y que en exclusiva permite un solo enjuiciamiento, todo ello aunque puedan intervenir una pluralidad de sujetos. En sede criminal no es aplicable la figura del litisconsorcio, ni la de la acumulación de procesos, ni tampoco varios procesos sucesivos sobre el mismo sujeto y por el mismo hecho¹²². La sentencia penal a dictar en el único proceso en el que se juzga al sujeto concreto por un determinado hecho tiene fuerza de cosa juzgada material en sentido negativo, excluyendo así un segundo proceso por el mismo hecho contra ese sujeto¹²³. Siendo pues hecho y sujeto los elementos identificadores de la cosa juzgada¹²⁴, para la misma son irrelevantes la identidad o concurrencia de un sujeto u otro en la parte acusadora¹²⁵.

122 Hablo conscientemente de hecho por cuanto la calificación jurídica del mismo es irrelevante a efectos de identificar la pretensión punitiva. Vid. GOMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Madrid, 1951, esp.pp.286 y ss.

123 Sin perjuicio de suscitar la eficacia positiva o prejudicial de la sentencia que absuelve por inexistencia del hecho, con todas las precauciones posibles expuestas desde el examen de la LECrim española y doctrina comparada.

124 Vid. SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, T.I., Göttingen, 1964, núms.267 y ss, pp.157 y ss, esp.núms.295 y ss,pp.171 y ss en las que estudia los problemas de la identidad de los hechos.

125 No así en la parte pasiva, puesto que podrá abrirse un nuevo proceso si el primero se dirigió contra otra persona, aun tratándose del mismo hecho, a no ser que la sentencia hubiera sido absolutoria por estimar inexistente el hecho

Insistiré en que la intervención de sujetos distintos del MF en la postura acusadora no desvirtúa la naturaleza de ésta: tarea pública de perseguir el delito creando el presupuesto indispensable para el ejercicio jurisdiccional del *ius puniendi* del Estado. Es en este sentido en el que acusador popular y particular coadyuvan con el MF en la satisfacción de ese interés público que no puede ser otro que el de permitir la aplicación objetiva, imparcial, etc. de la ley y la resocialización del delincuente, excluyendo cualesquiera interés espurio (venganza, coacción) impeditivo o desvirtuador de tal objetivo. No puede prescindirse a este tenor del deber esencial que incumbe no sólo al juez sino también al MF -lo mismo que a todos los poderes y autoridades- de defender las libertades incluso las de aquellos que con más intensidad las han negado, potenciando la función de la Justicia penal de tutela de los derechos, primordialmente de los jurídico-fundamentales, incluso de los que mejor y más reproablemente los combaten. Precisamente un argumento que viene siendo esgrimido en los distintos sistemas del derecho comparado para admitir la participación de los particulares, aunque sea con diversa intensidad, en o junto la acusación¹²⁶, es el de que así pueden paliarse actitudes negligentes o decisiones infundadas del MF en la persecución de los delitos.

Como resumen de este punto creo lógico defender la inexistencia de partes en el proceso penal, tanto material como procesalmente, según dijo Eberhard SCHMIDT¹²⁷, cuestión que según este autor carece de sentido («...ohne alle sachliche Bedeutung») por ir orientada sólo a diferenciar los papeles procesales de acusación y defensa respecto de los del juez y, añadiría, por su raigambre civilista.

Mi negativa descansa, además de en lo hasta aquí expuesto, básicamente, en los siguientes argumentos: a) las verdaderas partes discuten ante el tribunal que resuelve la controversia, gozando de la posibilidad de transigir al estar situados sus intereses en un mismo plano¹²⁸. Valdría lo dicho aún desde la extensión de las conformidades (acuerdos acusación y defensa) por cuanto las mismas valen, en general, sólo en la medida en que sean asumidas judicialmente; b) la diversa naturaleza del interés deducido: el del MF es el público precitado de hacer posible la aplicación no discriminatoria de la ley y la realización de los derechos y libertades fundamentales; el del acusado es lograr la absolución aunque ello suponga la impunidad de su «crimen», eludiendo si fuere menester la acción de la Justicia; c) el MF no está obligado a acusar más que cuando considere que concurren los presupuestos fácticos y jurídicos exigibles, haciendo valer tanto lo desfavorable como lo favorable al imputado, por lo que en su caso tendrá que *defender* al acusado; d) el MF puede interrogar al reo y éste no puede interrogar al MF¹²⁹; e) el acusador ha de alegar e introducir en el proceso elementos probatorios de cargo bastantes para desvirtuar la presunción de inocencia de que goza el acusado; el acusado puede

126 Vid. PEREZ GIL, J., *La acusación popular*, cit.,

127 SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, T.I, cit., n.º 106, p.85.

128 SCHMIDT, op. cit, n.º 108, pp.86-7Et loc.cits.

129 SCHMIDT, op. cit, n.º 109, p.87

limitarse a negar, sin necesidad de acreditar o justificar extremo alguno de su conducta; el acusador ha de sujetarse en su actuación a la ley no permitiéndosele actuación fuera de la misma o repeliéndose la realizada con inobservancia de las exigencias normativas; al acusado se le permite, no sólo guardar silencio, sino abstenerse de responder a lo que pudiere incriminarle e incluso mentir, razón por la que en los sistemas continentales en general no se le exige la prestación de juramento o promesa de decir verdad; f) aunque Schmidt lo considere simbólico, la diversa ubicación del MF (en estrados) y del acusado (en el banquillo) confirma que no tienen carácter de partes¹³⁰.

En segundo lugar que suponer que el proceso es vía de obtención de la verdad material, a results de la libertad e igualdad de los contendientes garantizada por una Justicia formal preordenada a la tutela de intereses legales también formales¹³¹, es una creencia no sólo ideológica sino también utópica. Dicha creencia, progresivamente desvanecida¹³², pretende cumplirse en las últimas décadas con el juego del principio de oportunidad¹³³ -aún normativamente acogido, como se ha hecho en la alemana StPO 153 y ss¹³⁴ -, amén de con un reforzamiento del contradictorio en la fase de preparación del juicio, con la introducción de la investigación por el MF y la contracción del papel del juez en la fase investigadora a la tutela de los derechos fundamentales, etc.

A lo dicho se agrega también para conspirar contra el objetivo de la verdad material a lograr en el proceso penal, el que las propias exigencias jurídico-fundamentales constituyan, en su contenido esencial, límite insalvable para cualquier tentativa de obtener la verdad a cualquier precio. Recordaré de nuevo a este tenor la afirmación del BGHSt (14, 358, 365) de que «no es un principio de la StPO que la verdad tenga que ser lograda a cualquier precio»¹³⁵. La investigación procesal penal, al igual que el proceso en el que se inserta, está sometida -en expresión de Claus ROXIN- a los mismos valores éticos y jurídicos del Estado. Prueba prohibida y prueba ilícitamente obtenida¹³⁶.

130 SCHMIDT, op.,cit., n° 111, p.88.

131 En cuanto que la ley, salvo en los «primeros» momentos revolucionarios liberales, no es expresión de los intereses de todos sino que a través del sufragio censitario y del mandato representativo no es general sino formal, entendiendo por formalidad «la generalidad burguesa que caracteriza su legalidad, legitimada así abstractamente» (DE JUAN MARTIN), vid.mi nota 6 en el trabajo citado sobre Montesquieu, también a NEUMANN,F., «El cambio en la función de la ley en la sociedad moderna», en *El Estado democrático y el Estado autoritario*, Buenos Aires, 1968, pp.30 y ss., HORKHEIMER/ADORNO, *Dialéctica de la ilustración*, trad. Juan José Sánchez, Madrid, 1994., HABERMAS, J., *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid, 1987., ABENDROTH/LENK, *Introducción a la ciencia política*, Barcelona, 1971, esp.los trabajos de Kühn y Dietrich, respectivamente pp. 59 y ss y 227 y ss.

132 Vid.CAFFERATA NORES, J.I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1997, esp.pp.55 y ss., MAIER, J., *Derecho procesal penal argentino*, Buenos Aires, 1989, esp.vol.b, pp.433 y ss. Y 562 y ss.

133 Vid. PEDRAZ PENALVA,E., «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», cit.,

134 Regulación del principio de oportunidad objeto de la Recomendación n° R (87) 18 del Comité del Ministros sobre la simplificación de la Justicia Penal.

135 Citada por ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, 20 Aufl., München, 1987, p.142



constituyen, en su significado último de barrera jurídico-fundamental infranqueable, derogaciones a una rígida y primaria lectura de la legalidad ordinaria¹³⁷. No le faltaba razón pues a TERENCE AFER (en su *Heautontimorumenos*) cuando dijo: *ius summa saepe summa est malitia*¹³⁸.

Con miras a cimentar el examen del paso siguiente dado por el proceso penal, recordaré que, con razón, la doctrina procesal ha evolucionado, al ser consciente de la imposibilidad de afirmar la búsqueda de la verdad material en el proceso penal. Ya no se discute si el proceso penal permite encontrar la verdad y, aún si, a diferencia del civil, puede pretenderse alcanzar la verdad material en lugar de la formal. También se ha superado la concepción carneltuttiana de reducir el proceso, y más en concreto la actividad probatoria, a la regulada determinación formal de hechos¹³⁹ con la que se intentaba explicar la naturaleza y fin de la actividad procesal penal ante lo absurdo de adjudicar al proceso la tarea y posibilidad de encontrar la verdad. Precisamente con arranque en CARNELUTTI y al reconocer la necesidad de abandonar la teoría de la verdad¹⁴⁰ se ha llegado a sostener que la única verdad alcanzable procesalmente es la que resulta de la propia esencia, estructura, etc., del proceso, por lo que se podría hablar de una verdad forense o, en expresión de HASSEMER¹⁴¹, de la «obtención formalizada de la verdad». Con esta lectura se busca expresar que, aun siendo una la verdad, no es factible encontrarla, y que la que puede obtenerse en el proceso es a lo sumo parcial y fragmentaria y así fruto del acotamiento procesal y material normativos.

He de suscitar mis profundas dudas acerca de la unidad de la verdad que sólo argumental o teórica o filosóficamente sería acaso factible mantener. Aprehender la verdad de lo sucedido exigiría no sólo poder llegar a saber todas las circunstancias externamente concurrentes en aquel momento sino además las anteriores que condujeron a ese resultado y, naturalmente, las subjetivas de cada partícipe, lo que implicaría

136 Recojo esta diferenciación más ampliamente desarrollada por GÖSSEL, K-H., «Die Beweisverbote im Strafverfahren», en *Festschrift für P. Bocklemann*, München, 1979, pp.801, GRÜNWALD, G., «Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren», JZ, 1966, pp.489 y ss., HERMANN, «Aufgaben und Grenzen der Beweisverbote im Strafprozess», en *Festschrift f. Jescheck*, 1985, pp.1291 y ss., etc.

137 El origen anglosajón de las «exclusionary rules» orientas a evitar el uso de las fuentes de pruebas obtenidas ilegalmente debe encajarse en una investigación llevada a cabo por la policía bajo la dirección en su caso del Attorney o Prosecutor; es decir, no por el propio juez que, al menos teóricamente y por definición, no incurriría en tal ilegalidad «probatoria».

138 «La extrema justicia es frecuentemente una extrema maldad».

139 CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, 2ª ed., Buenos Aires, 1982, esp. pp.25 y ss y 43.

140 Vid. Entre otros muchos su radical rechazo en DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, I, 3ª ed., B.Aires, 1976, esp. pp.239 y ss. «Objeto, tema o necesidad, fin y resultado de la prueba judicial», *Rev. der. proc. Iber.*, n.4, 1965, p.616.

141 HASSEMER, W., *Fundamentos del derecho penal*, trad. Arroyo/Muñoz, Barcelona, 1984, p.190

conocer, no sólo lo que parece que sintió el sujeto, sino lo que creyó el sujeto que sintió o quiso¹⁴² y lo que los demás pueden creer y/o han percibido que sintió o quiso¹⁴³. Si a esto se unen los límites jurídico-constitucionales que restringen un espacio personal no susceptible de ser invadido ni siquiera por razones de persecución penal, salvo en las hipótesis y límites que el principio de proporcionalidad comporta, creo imprescindible repeler cualquier uso del término verdad en sede procesal penal.

A fin de no complicar más mi exposición omito las posiciones que sustituyen verdad por certeza¹⁴⁵ y las que lo hacen por la verosimilitud y/o probabilidad¹⁴⁴. Concluyo este punto proclamando que el objetivo a conseguir es el de lograr que el juez forme su convicción acerca de los afirmados hechos punibles y de la participación en ellos del sujeto enjuiciado; el grado de convencimiento ha de ser el suficiente para que el juez estime su subsumibilidad en el supuesto factico normativo del que extraer la consecuencia jurídica. Acaso la fórmula anglosajona del «más allá de toda duda razonable» (*beyond any reasonable doubt*) puede servir para acotar en el caso concreto la parte fáctica de la sentencia que, con la justificación de la norma elegida, necesariamente han de explicitarse mediante su respectiva y pertinente motivación en el cuerpo de la sentencia.

V. HACIA LA NUEVA JUSTICIA PENAL DEL SIGLO XXI:

Con el proceso criminal en el que ha desembocado el acusatorio formal, básicamente en países como Alemania, Italia, Portugal y en el código procesal penal modelo para Iberoamérica, con sus variantes, se persigue:

a) Dar adecuada respuesta a la nueva legislación penal sustantiva para poder hacer frente a las también nuevas formas de criminalidad¹⁴⁵ organizada¹⁴⁶ -en especial

142 'Simplemente a efectos de valoración penal es muy importante conocer si el individuo que disparó en «defensa propia» contra el delincuente creyó que éste iba armado y que pretendía hacer uso del arma.

143 Por todos SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, 2 tomos, Madrid, 1963., ELLERO, P., *De la certidumbre en los juicios criminales*, 7ª ed., Madrid, 1980.

144 Vid. CALAMANDREI, P., «Verdad y verosimilitud en el proceso civil», en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Sentís Melendo, III, Buenos Aires 1986., pp.317 y ss., WALTER, G., *Libre apreciación de la prueba*, op.,cit., pp.100 y ss.

145 Vid. *El derecho penal ante las nuevas formas de delincuencia*, Consejo general del Poder Judicial y Generalitat de Cataluña, Barcelona 1993 (con estudios sobre los delitos contra el medio ambiente, manipulación genética, transmisión y prevención del sida, etc.).

146 Vid. Eds.FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLÓ, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999 (en el que se recogen trabajos de los propios editores, y de Figueiredo Dias, Muñoz Conde, Pazzo, Quintero Olivares, Roxin, etc., QUELLOZ, «Les actions internationales de lutte contre le criminalité organisée», en *Revue de Science criminelle et droit penal comparé*, 1997, 4.

la terrorista¹⁴⁷, delitos económicos¹⁴⁸, delitos-masa¹⁴⁹, delitos cometidos a través de medios informáticos¹⁵⁰, delitos de corrupción¹⁵¹, etc.

b) Instaurar un enjuiciamiento que tutele sin fisuras los derechos y libertades fundamentales del acusado. Con independencia de la naturaleza del crimen perseguido, de quién haya sido ofendido o perjudicado por el mismo y del sentido y reacción social provocadas, es rechazable el recurso a medios como la tortura en cualesquiera de sus modalidades o variantes (arts. 5 DUDH, 7 PIDCP, 5.2 CADH, DPPTTPCID¹⁵²).

147 Habiéndose firmado Convenios como el Europeo para la represión del Terrorismo, en Estrasburgo el 27 de enero de 1977.

148 Vid. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona, 1997.

149 Vid. BAJO FERNANDEZ, «Delito masa», en *Comentarios a la legislación penal*, V, Madrid 1985., CASTIÑEIRA PALOU, «El delito masa», en *Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, Valladolid, 1983.

150 La bibliografía comienza a ser apabullante, pero a modo de introducción al tema podría servir la obra de CAMACHO, Luis, *El delito informático*, Madrid, 1987., asimismo coord. por MIR PUIG, S., *Delincuencia informática*, Barcelona, 1992., de la op.cit., *El derecho penal ante las nuevas formas de delincuencia*, los trabajos de Alvarez Cienfuegos («El fraude y la delincuencia informática») y de Barceló García (El fraude y la delincuencia informática: un problema jurídico y ético), asimismo lo publicado en Madrid, 1999, por el Ministerio de Justicia de España, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, IV-1999, bajo el título «Criminalidad informática e internet» (Jornadas celebradas los días 5, 6 y 7 de julio de 1999), ponencias de Alzaga Fraguas, Parrondo García (Criminalidad informática e internet), Martín-Casallo (Delito informático), Fernández García (Fraudes y otros delitos patrimoniales relacionados con la informática e internet), Hdez Guerreiro/alvarez de los Ríos (Medios informáticos y proceso penal), Bayona Pérez (Medios de investigación penal), etc. Con especial referencia al bien jurídico lesionado, vid. VELAZQUEZ BAUTISTA, R., *Protección jurídica de datos personales automatizados*, Madrid, 1993., FERNANDEZ ESTEBAN, M.L., *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, Madrid, 1998., GALINDO, F., *Derecho e informática*, Madrid, 1998., MORON LERMA, E., *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Pamplona, 1999.

151 Hipótesis delictivas que, por ejemplo en Portugal y entre otras, han provocado la promulgación de la Ley nº 36/94 de 29 de setiembre sobre «Medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira»; en España, son destacables consecuencias como la creación de una Fiscalía especializada Anticorrupción, y la instrucción y enjuiciamiento de tales crímenes por determinados órganos jurisdiccionales (en España, respectivamente, el juez central de Instrucción y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional), infracciones que como es evidente pueden revestir gran complejidad económica y financiera. En el espacio de la Unión Europea se han suscrito los Convenios: de Bruselas de 26.7.1995 sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, fijando las condiciones mínimas de persecución eficaz; el primer protocolo, completando el convenio anterior, de 27.9.1996 de Dublín, en el que se definen los comportamientos de corrupción activa y pasiva lesivos de los intereses de la Unión Europea, y las nociones de funcionario nacional y funcionario comunitario, sujetos contra los que las persecuciones por hechos constitutivos de corrupción o de fraude a los intereses financieros de la Unión Europea deben ser facilitados en el marco de la Unión; el protocolo de Bruselas de 29.1.1996 atinente a la interpretación a título prejudicial por el TJCE de la Convención relativa a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea; el convenio de Bruselas de 26.5.1997, atañente a la lucha contra la corrupción fuera incluso del ámbito específico de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea; el segundo protocolo al Convenio firmado el 26.7.1995 sobre la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 19.6.1997, concerniente a la responsabilidad de las personas jurídicas, blanqueo de dinero y entradas y registros judiciales; finalmente, el Convenio de París de 17.12.1997, en el marco de la OCDE, con vistas a luchar contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Fruto de estos Instrumentos internacionales es, por ej., el «Projet de loi modifiant le code pénal et le code de procédure pénale et relatif à la lutte contre la corruption», pero también otras normas correlativas en los diversos Estados de la Unión Europea.

152 Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos Inhumanos o Degradantes, Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en sesión de 9.12.1975.

CEPTID¹⁵³, CDHLFCEI¹⁵⁴, CIPST¹⁵⁵, 2,4 y 10 Cn), pero lo mismo es predicable de cualesquiera técnica o método, aún con la autorización del interesado, apto para influir en la libre volición del sujeto o de alterar la capacidad de evocar o ponderar la transcendencia de los hechos (narcoanálisis, sofronización o hipnosis, detector de mentiras, etc). Las normas sobre la prueba prohibida e ilicitud de la prueba vetan la búsqueda, adquisición y el uso de toda fuente probatoria obtenida con desconocimiento de los derechos fundamentales integrantes del debido proceso. Otrosí, no cabe condenar si no se ha desvirtuado la presunción de inocencia (arts. 11.1 DUDH, 14.2 PIDCP, 8.2 CADH, 6.1 III CDHLFCEI, 12 Cn) mediante la *regular* introducción en el plenario, a través de los medios probatorios legalmente existentes (con plena observancia de la publicidad, oralidad, contradicción, inmediatez), de elementos incriminatorios de cargo bastantes¹⁵⁶. En todo caso la expresión «bastantes» comporta exigencias cualitativas y no cuantitativas (cual regía en el inquisitivo con la vigencia de la prueba legal), de modo que expresa que los resultados de la actividad probatoria posibiliten racionalmente inferir la producción del hecho punible y la participación comisiva del imputado¹⁵⁷.

Singular transcendencia ha de darse a la legislación contra la desaparición de personas, entre la que resaltan la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las desapariciones forzadas (DPPDF¹⁵⁸) y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP). Esta última exige, entre otros extremos, que toda persona privada de libertad sea mantenida en lugares de detención oficialmente

153 Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, adoptado por el Parlamento Europeo en Estrasburgo con fecha 26 de noviembre de 1987.

154 Art. 3 de la Convención de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales de la Comunidad de Estados Independientes, hecha en Minsk el 26 de mayo de 1995

155 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada por la Asamblea general de la Organización de Estados Americanos (OEA), adoptada el 9.12.1995.

156 El lector podrá percatarse de que estoy aludiendo a la distinción, intimamente vinculada a la presunción de inocencia, entre prueba ilícita (en todo caso la que implica violación de derechos fundamentales, y según una orientación reciente en general de derechos constitucionales) y la irregular (en la que son infringidas normas procesales ordinarias referentes a la práctica del medio probatorio). La ilícita es inexistente y su ilicitud afecta a cualesquiera otras diligencias probatorias conexas o vinculadas ya directa ya indirectamente: la entrada y registro domiciliarios sin autorización judicial o sin el consentimiento del titular. La prueba llevada a cabo con infracción sólo de norma procesal (prueba irregular) se ha mantenido a mi juicio erróneamente (así también MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, 1999, esp.pp.67 y ss) que aún siendo nula no afecta a la validez de las que se deriven de aquélla, reconduciéndose en todo caso al régimen de nulidades de los actos procesales y condicionada su nulidad al acreditamiento de efectiva producción de indefensión. Es advertible ya la inaceptabilidad de la orientación doctrinal y jurisprudencial que proclama tal diversidad regimetal y efectiva, en este último aspecto: eficacia expansiva o contractiva (según se trate de ilicitud o de irregularidad) y ello por su íntima conexión -de la prueba irregular como de la ilícita- con la presunción de inocencia y así con el debido proceso.

157 Más ampliamente, MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit.esp.pp.176 y sigs.

158 Aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas en su resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992

reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación respectiva, a la autoridad judicial competente (art. 11 CIDFP); declara la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena derivadas de tal desaparición (art. 7 CIDFP); proclama la inadmisión de la eximente de la obediencia debida (art. 8 CIDFP), y la atribución del enjuiciamiento de estos delitos exclusivamente a las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar (art. 9 CIDFP).

c) Protección de los derechos de la víctima¹⁵⁹: La denominada victimología nos indica que la Justicia penal, y aún la sociedad¹⁶⁰, obstaculizan la intervención procesal de la víctima del delito¹⁶¹ y además llegan a inflingirle perjuicios adicionales a los propios de la infracción padecida. De este modo a la «victimización primera» o «experiencia personal del delito en el sujeto pasivo»¹⁶², se une la denominada «victimización secundaria» que, en determinadas conductas punibles, puede ser más grave que la «primaria», cual sucede en los delitos sexuales mediante la estrategia de las defensas de corresponsabilizar cuando no de culpabilizar a la víctima. Encuentra su fuente inmediata esta victimización secundaria, no en el delito padecido, sino «en el contacto de la víctima con el sistema legal»¹⁶³.

Integrante de la victimización secundaria es asimismo la frustración que padece la víctima, aún condenado el autor de la lesión jurídica, al no lograr la satisfacción de su interés legítimo al resarcimiento del daño, restitución de la cosa y/o indemnización de los perjuicios, dada la insolvencia inicial o procesalmente reforzada del reo o la no previsión por el Estado de medios para hacer frente a las necesidades de la víctima.

159 A este respecto vid. LANDROVE DÍAZ, G, *Victimología*, Valencia, 1990., asimismo los trabajos de GARCIA-PABLOS, SILVA, SCHNEIDER, etc, en *Libro homenaje al prof. Antonio Beristain*, Valencia, 1990., *Victimología*, comp. BERISTAIN/DE LA CUESTA, San Sebastián, 1990., *Victims and Criminal Justice*, ed. por G. KAISER/H. KURY/H.-J. ALBRECHT, con la asistencia de H. Arnold, Freiburg i.Br., 1991, passim., *La victimología*, con trabajos de SILVA SANCHEZ, MARTINEZ ARRIETA, GARCIA-PABLOS, etc., etc, en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ, 1993., Singular relieve tiene a este respecto el *Dictámen de la Comisión de Investigación Parlamentaria de la Cámara de Representantes de Bélgica de 14 de abril de 1997*, que en las Recomendaciones, sección primera, defiende como prioridad el trato y asistencia a las víctimas del delito. Su traducción española ha sido publicada en la Revista del Poder Judicial, 3ª época, num.49, 1998, pp.15 a 53., BERTOLINO, P.J. *Proceso penal y servicio de la Justicia*, La Plata, 1992, cap.II: La situación de la víctima en el nuevo proceso penal argentino, pp.23 y ss., CAFFERATA NORES, J.I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, B.Aires, 1997, esp.pp.179 y ss.etc., etc.

160 No me resisto a la cita de la expresiva novela de Heinrich Böll, *El honor perdido de Katharina Blum*, en el que se evidencia la actitud crítica de la sociedad, lamentablemente aún no totalmente superada, en algunos delitos contra la libertad sexual.

161 Y no raras veces la mera transmisión de la *notitia criminis*, mediante la correspondiente denuncia.

162 Sic. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, «El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (El penado como víctima del sistema legal)», en *Victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pp.289 y ss, esp.p.312)

163 GARCIA-PABLOS, op.,cit., p.313.

La difícil reparación de los daños de la víctima se viene pretendiendo enmendar con una legislación singularmente orientada a protegerlas en caso de determinadas infracciones. Decisivo papel en esta normativa han desempeñado las Recomendaciones de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, en particular el Convenio núm.116 del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983 sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, que entró en vigor en 1988, así como la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros de 28 de junio de 1985, acerca de la posición de la víctima en el marco del derecho penal y proceso penal. De este modo, en los últimos años, se han promulgado disposiciones «ad hoc», entre otros, en países como Alemania («Opferschutzgesetz» de 1986), Bélgica¹⁶⁴, España, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Gran Bretaña, Italia¹⁶⁵. Esta legislación está orientada bien a evitar -o al menos a disminuir- los daños ocasionables a la víctima en el proceso, bien a garantizar -o al menos propiciar- que obtenga una indemnización independientemente de la eventual insolvencia del autor¹⁶⁶, insolvencia que en todo caso se busca evitar o disminuir mediante la adopción de medidas cautelares reales o patrimoniales¹⁶⁷.

Aludiendo al caso español, apuntaré la Ley 35/1995 de 11 de diciembre de Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. En dicha L.35/1995 se establecen ayudas económicas en favor de las víctimas directas e indirectas de delitos dolosos y violentos cometidos en España con el resultado de muerte o de lesiones corporales graves o de daños graves en la salud física o mental¹⁶⁸ (art. 4 L.35/1995). Tales ayudas se concederán tras la sentencia firme y provisionalmente con anterioridad atendida la precaria situación económica en que la víctima se

164 Sobre Bélgica téngase presente el Dictamen de la Comisión de Investigación Parlamentaria de la Cámara de Representantes de 14.4.1997, cit.

165 Sobre tal legislación vid. ampliamente SCHÜNEMANN, «Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege», en NSTZ, 1986, pp.193 y ss., SILVA SANCHEZ, *Victimología*, Comp.BERISTAIN/DE LA CUESTA, cit., pp.79 a 81.

166 SILVA SANCHEZ, J-M., «La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la 'víctimo-dogmática'», en *La victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pp.16-17

167 Vid. PEDRAZ PENALVA, E., *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Madrid, 1985, esp.pp.93 y ss. El riesgo de insolvencia ha sido desde siempre presupuesto para la adopción de medidas cautelares reales. Ya AZEVEDO, A., *Comentarii juris civilis in Hispaniae regias constitutiones*, Tomus secundus, Lugduni, MDCCCVII, en cuyo Lib.IV, Tit.II (bajo el epígrafe De los decretos -secuestros-, y embargos), al folio 278 vto, n.1 y folio 279, habla de que el secuestro se acordará en casos de sospecha de dilapidación. En folio 278, núms.5 y 6, para que se haga el secuestro han de concurrir: 1) que conste el derecho del que pide el secuestro.2) debe llamarse a la parte interesada porque afecta a sus cosas. 3) que exista sospecha por parte de uno....Añade AZEVEDO que el secuestro también puede hacerse en días feriados, en honor de Dios, si hay «periculum in mora» y las cosas que han de ser secuestradas son muebles.... Más recientemente por CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, tras decir que constituye el «periculum in mora» un presupuesto para la adopción de medidas cautelares, lo define en las pp.18-19 como el peligro de un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso, por la lentitud del proceso, de la resolución definitiva. Agrega el profesor italiano que es la imposibilidad práctica de acelerar el pronunciamiento de la resolución definitiva lo que hace

encontrare. También en España, tratándose de actos de terrorismo o de hechos perpetrados por personas integradas en bandas o grupos armados, se reconoce a las víctimas el derecho a la indemnización de los daños físicos o psíquicos padecidos, como también a percibir cantidades determinadas en supuestos de secuestro, a la exención de tasas académicas, etc.. Asimismo es citable la L. 32/1999 de 8 de octubre de solidaridad con las Víctimas del Terrorismo (Reglamento de Ejecución de 17.12.1999)¹⁶⁹

surgir el interés en la adopción de la medida cautelar, siendo la mora de esta resolución final, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se procede a neutralizar preventivamente con la medida cautelar que anticipa provisionalmente los efectos de la resolución definitiva; tal mora, indispensable para el cumplimiento necesario del «iter» ordinario procesal, puede llegar a hacer prácticamente ineficaz la resolución definitiva que de ese modo llegará tarde. Lo que dice CALAMANDREI está enlazado con el transcurso del necesario tiempo previsto para la sustanciación del proceso, lo que es distinto, sobrepasando el «periculum in mora», a que el proceso, p.ej., se difiera maliciosa o negligentemente, etc., hipótesis constitutivas del desconocimiento del derecho al proceso en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas.

CALAMANDREI distingue entre el peligro de infructuosidad que conlleva la exigencia de conservar los bienes necesarios para hacer eficaz («fructuosa») el cumplimiento de la resolución condenatoria, y el peligro de retraso que da lugar a la situación de necesidad del solicitante. En este último sentido se alude a que una ejecución forzosa diferida (abono tras mucho tiempo de la reparación a que fue condenado el delincuente) podría llegar a ser subjetivamente inútil, así como una ejecución forzosa, aún intentada inmediatamente tras la condena, puede llegar a ser infructuosa por la falta de bienes del responsable. Expresivas de la ineficacia derivada del retraso, han sido muchas de las sentencias del TEDH condenatorias de Francia a favor de los hemofílicos contagiados con el SIDA vía transfusiones de sangre, bastantes de estas sentencias recaídas cuando ya habían fallecido los reclamantes (SSTEDH 28.10.1994 Demai c.Francia, 22.4.1998 Pailot.contra Francia, y de igual fecha Richard c.Francia; 29.4.1998 casos Henra c.Francia y Leterme c.Francia)

168 El art. 3 de esta L. 35/1995 niega las ayudas o reduce su importe si con su comportamiento el beneficiario hubiere contribuido directa o indirectamente a la comisión del delito o al agravamiento de sus perjuicios, y atendidas sus relaciones con el autor del delito o su pertenencia a una organización dedicada a las acciones delictivas violentas. Aún en estas hipótesis si hubiere fallecido el beneficiario directo podrán acogerse a las ayudas los beneficiarios a título de víctimas indirectas si quedaran en situación de desamparo económico.

169 En España, por obra de la Ley 32/1999 de 8 de octubre de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo (LSVT) y su Reglamento de ejecución aprobado por Real Decreto de 17.12.99, corrección de errores BOE 22.1.2000, se reconoce a las víctimas, y en su caso a sus familiares (arts. 3 LSVT y 11RLSVT), el derecho a percibir una indemnización por los daños físicos o psíquicos que sufrieron por actos de terrorismo o hechos perpetrados (desde 1968 hasta ahora) por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actúen con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana. No se indemnizarán los daños materiales ni los morales padecidos aun cuando hubieran sido reconocidos en sentencia firme (arts. 2.2. y 6 LSVT y 2 RLSVT). El Estado asume así la responsabilidad civil cuya obligación recae en los autores y responsables civiles de los hechos, esté o no reconocida en sentencia, por un principio de solidaridad, que no de responsabilidad, subsidiaria ni de otra clase (arts. 2.3 LSVT y 1.3 RLSVT), subrogándose el Estado en las posibles acciones presentes o futuras que pudiera tener el beneficiario de estas indemnizaciones, como requisito imprescindible para adquirir el derecho a las mismas (arts. 8 LSVT y 9 RLSVT). También se reconoce el derecho a indemnización de las víctimas de secuestros (arts. 6.4 LSVT y 25 RLSVT), como consecuencia de acciones comprendidas en el ámbito de esta legislación, exigiéndose alguna condición para su libertad. También se prevén ayudas a las víctimas, para financiar tratamientos médicos, prótesis e intervenciones quirúrgicas no cubiertas por sistema público o privado de aseguramiento o por el régimen estatal o autonómico de ayudas (arts. 7.2 y 26 RLSVT). Se les concede otrosí la exención de tasas académicas en los centros oficiales de estudios de todos los niveles de enseñanza a las víctimas de los actos terroristas así como a sus cónyuges y a sus hijos (art. 7.1 LSVT).

Pero también la victimología alude a las hipótesis en que el sujeto pasivo no es víctima casual sino fruto de cierta interacción con el autor del delito de modo que le atañe una cierta corresponsabilidad. Desde esta dimensión de la victimología, algunos autores se inclinan por introducir «una perspectiva victimológica en la dogmática penal (*Viktimodogmatik, viktimologischer Ansatz*)».

Citaré de pasada, por tener menos interés para el tema aquí y ahora pese a su intrínseca importancia, la que se ha denominado «victimización terciaria». Con ella alude a la que «sufre el delincuente, o para ser más precisos, a la victimización por el sistema legal del victimario mismo, si bien en una acepción lata, y por extensión, se aplica también dicho término a situaciones patológicas del funcionamiento del sistema legal, en sus diversos ámbitos (normativo, policial, jurisdiccional, penitenciario), que ocasiona graves perjuicios, irreparables a menudo, al ciudadano, vgr. errores judiciales, prisión provisional injustificada, etc.)»¹⁷⁰.

Dicha victimización terciaria, sería reconducible procesalmente y de modo prevalente a dos rúbricas importantes: funcionamiento anormal de la Justicia y error judicial, ambas subsumibles en preceptos constitucionales como el 121 de la Carta Magna española; Convenios Internacionales como el PIDCP (art. 9.5) y el CEDH (art. 5.5) prevén reparaciones económicas a favor de los ilegalmente detenidos o presos, no distinguiendo su origen: error judicial o funcionamiento anormal, mientras que la CADH restringe el derecho a indemnización a las hipótesis de error judicial y la CDHLPCEI, en su art. 5 párrafo último, alude al derecho a reparación del perjuicio en caso de detención ilegal.

Recordemos que el error judicial implica «...falso conocimiento de una cosa: *allius pro alio putare*. Se diferencia de la 'ignorancia' en que ésta significa el desconocimiento total de la cosa...el error es un estado positivo, pero equivocado...es una ignorancia parcial o accidental...Es un mal juicio humano y, por tanto, sólo puede existir cuando el entendimiento juzga. Así pues sólo el juicio puede ser atacado o estar viciado por el error». El funcionamiento anormal de la Justicia es fruto de una acción u omisión dolosa o culposa o negligente del juzgador, del Estado-legislador, de la Administración en su caso, etc.»¹⁷¹.

Retornando a la victimización secundaria apuntaré que, junto a las penas y medidas de seguridad, la dogmática penal considera a la reparación como la tercera consecuencia de la lesión penal del bien jurídicamente protegido¹⁷². Se facilita así el

170 GARCIA PABLOS, op., et loc. cit.

171 Vid. PEDRAZ PENALVA, E., «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», en *La reforma de la Justicia penal. Estudios en homenaje al pro. Klaus Tiedemann*, coords. Gomez Colomez y Gzalez Cussac, Castellón de la La Plana, 1997, pp.383 y ss y en esp.pp.400 y ss.

172 Vid. ROXIN, C., «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», en *Jornadas sobre la «Reforma del Derecho penal en Alemania»*, en *Cuadernos del CGPJ*, Madrid, 1991, pp.19 y ss., del mismo «La posizione della vittima nell sistema penale», en *l'Indice penale*, 1982.,



cumplimiento de los fines del Ordenamiento penal¹⁷³ en cuanto que el resarcimiento del daño producido por el delito, no sólo constituye una sanción penal específica, sino que al estar dispuesto el autor a subsanarlo según se determine, amén de completarse el elemento de la culpabilidad que fundamenta la pena, evidencia una actitud de rechazo del delito en su propio autor.

Las repercusiones de esta triple consecuencia jurídico-penal se manifiestan en muchos momentos e institutos procesales. Sus efectos pueden llegar a permitir: la exención de punibilidad, que lo es de procedibilidad¹⁷⁴, siempre que se trate de determinadas infracciones (jugando al máximo con la oportunidad -art. 31.6 CPP-)¹⁷⁵; la suspensión condicional de la pena -si el condenado reparare en la medida en que pudiere el daño que ha provocado (56 b y 57 3 StGB alemán, 80 y 81 3 código penal español, 48 y 49.1 a) código penal portugués, 22 y ss CPP)-; el archivo con aprobación del Tribunal competente de las diligencias del Ministerio Fiscal -si el delito estuviere castigado con pena privativa de libertad no superior a un año y estuviere dispuesto el imputado a reparar el daño causado, 153 a StPO alemana-, disminuyéndose de ese modo al menos la victimización secundaria hasta hoy inmanente al sistema de Justicia penal.

La tutela procesal de la víctima se lleva a cabo, primero, con el deber de acordar como primeras diligencias (p.ej. art. 13 LECrim española¹⁷⁶) las pertinentes a fin de «...proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo (delito), a sus familiares o a otras personas pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a que se refiere el art. 544 bis de la presente Ley...». Entre las medidas a decretar se contemplan la prohibición cautelar al inculcado en determinados delitos, a fin de proteger a la víctima, de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma, así como la de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias...o de aproximarse o comunicarse con la gradación que sea precisa a

173 Así en el *Alternativentwurfs Wiedergutmachung* de 1992 (Proyecto alternativo de la reparación).

174 Vid.art. 31,10) CPP en el que se declara extinguida la acción penal «Por la reparación integral del daño particular o social causado, realizada antes de la vista pública, en los delitos relativos al patrimonio o de contenido patrimonial, siempre que lo admitan la víctima o la Fiscalía General de la República, según el caso».

175 De este modo en el *Alternativentwurf Wiedergutmachung* §4, I se propone sustituir pena por reparación: «Si el delincuente ha reparado su hecho, prescindirá el Tribunal de la pena siempre que el castigo no sea indispensable para influir sobre el delincuente o la comunidad» (ROXIN, C., «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», cit.,)

176 Al art. 13 LECrim, en la redacción anterior a la LO.14/1999 de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se consagra un apartado en PEDRAZ PENALVA, E., *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Madrid, 1985, pp.131 a 171, en las que adelanto lo que se ha visto después confirmado relativo a la posibilidad de acordar medidas cautelares reales ya con las primeras diligencias de este art. 13.

determinada persona. El incumplimiento por el inculpaado de la medida acordada por el órgano jurisdiccional podrá dar lugar a la adopción de nueva medida cautelar que implique mayor limitación de su libertad personal. En la misma sentencia condenatoria el Juez puede acordar, con una duración máxima de cinco años, una o varias de las siguientes prohibiciones: aproximación a la víctima o a aquellos de sus familiares o personas que se indique judicialmente; comunicación con la víctima, familiares u otras personas que determine el Juez; volver al lugar de comisión del delito o acudir a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos¹⁷⁷.

Tras la inmediata creación de esa barrera que impida al imputado -y eventualmente al condenado si se declarare así en la sentencia- contactar de cualquier modo con su víctima, independientemente del objetivo que aquél afirme perseguir, procesalmente se prescribe la obligación de instruir al perjudicado de sus derechos, lo que compete tanto al juez como a cualquier otro poder y autoridad, incluidos Ministerio Fiscal y policía. Entre los derechos que asisten a la víctima resalta el de constituirse en la causa como acusador (arts. 13, 19, 21 II y 95 y ss CPP, 109 LECrim española), a cuyo efecto corresponderá a la autoridad judicial y en su caso al MF instruirle del mismo¹⁷⁸. Téngase presente que el perjudicado por el delito puede participar en el proceso en algunos sistemas en calidad de acusador popular o particular (así en España), en otros como acusador adhesivo (*Nebenkläger*) 395 y ss StPO alemana, «*Privatbeteiligte*» austríaco, «*assistente*» portugués (arts. 68 y ss cód.proc.penal), y asimismo deduciendo la pretensión civil de resarcimiento (403 y ss StPO alemana, 108 y ss LECrim española, art. 71 y ss CPPP, arts. 2, 85 y ss CPPF y 42 y ss CPP), lo que impone que tenga previo conocimiento de las diligencias a practicar en las que pudiere intervenir en defensa de sus intereses con el consiguiente uso de los medios procesales adecuados a ello (vid. art. 13 CPP solicitud o propuesta de peritajes, declaraciones testificales, inspecciones oculares o reconocimientos judiciales, petición para que se decreten medidas cautelares personales y/o reales, notificación de resoluciones con miras a su impugnación si le ocasionaren o pudieren producirle un gravamen). La instrucción de la víctima a fin de poder participar en el proceso penal en calidad de acusador (particular, adhesivo, etc) ha de conllevar el derecho al nombramiento de letrado que le asista, designación a verificar por el mismo perjudicado u ofendido por el delito, de oficio por el juez y, eventualmente, acudiendo a la asistencia jurídica gratuita en las hipótesis de carencia de recursos económicos¹⁷⁹.

177 Así art. 57 Cód.pen.esp. cuando se trate de delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, pudiendo imponerse también dichas prohibiciones aunque con una duración máxima de seis meses cuando la infracción sea calificada de falta.

178 Lo lógico para poder intervenir en todas las actuaciones, es que tal ofrecimiento de acciones tenga lugar en la primera comparecencia ante el juez (art. 789.4 LECrim española) o en su caso ante el investigador fiscal.

179 La asistencia jurídica gratuita es literal resultado de la exigencia de la «igualdad de armas», por lo que, reuniendo las condiciones previstas por la respectiva norma, deberá reconocerse también a la víctima que pretenda personarse en la causa.

Punto y aparte merece la necesidad de la denuncia previa como presupuesto procesal para la persecución de los denominados delitos «semipúblicos o semiprivados», subsistente en Estados como España, con matices en El Salvador (art. 26 CPP) y en Francia («plainte préalable», art. 691 CPPF), etc. En este tipo de infracciones el deber de instruir al ofendido de su derecho a denunciar y de las consecuencias de no hacerlo incumbiría a la policía, lógicamente en cuanto condicionante de la incoación del proceso.

También procesalmente se vela por la víctima en la práctica de diligencias como el reconocimiento en rueda del presunto responsable del afirmado hecho punible (en el que se procura que el que identifica no sea visto por el supuesto delincuente), admitiéndose en algunos países la sustitución del reconocimiento personal y directo por su identificación por medio de fotografías y en su caso de grabaciones audiovisuales.

De manera singular se protege a la víctima en su declaración como testigo (arts. 337 CPPF, 410 y concordantes LECrim)¹⁸⁰, aunque se discute la posibilidad de declarar en tal calidad cuando se haya personado en la causa como partícipe¹⁸¹. Al igual que cualquier otra persona, la víctima, cuando testifique, tiene derecho a guardar silencio si temiere su incriminación («*nemo tenetur se detegere*») (arts. 198.2 CPPIt., 55 StPO) (STEDH 3.6.1993 asunto K contra Austria¹⁸²). Singular amparo se dispensa a la víctima-testigo atendiendo a la naturaleza del delito -contra la libertad sexual, cometido en el seno de la familia, contra grupos organizados y terroristas, etc-, a las circunstancias subjetivas concurrentes (minoría de edad -art. 349 CPP-, disminuidos psíquicos, etc) pudiendo verificarse, ya a puerta cerrada y/o adoptando las precauciones ineludibles para la no percepción visual directa del testigo por el acusado, ya llegando incluso a la ocultación de su identidad; así aparece contemplada en las hipótesis de protección de testigos previstas en Instrumentos Internacionales, arts. 14.1 PIDCP, 6.1 CEDH, Resolución 827/1993 de 25 de mayo del Consejo de Seguridad de la ONU, que estableció el Estatuto de creación del Tribunal penal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes en Yugoslavia, los EEUU de Norteamérica en el capítulo 224 título 18 arts 3521 a 3528 del Código de los Estados Unidos, en el CPPIt y en disposiciones como la L.15.3.1991 sobre «Nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia», el Decreto legislativo de 29.3.1993 n.119 «Disciplina del cambiamento delle generalità per la portazione di coloro

180 Vid. el trabajo colectivo de derecho comparado (dedicado a países como Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Italia, Holanda, España y USA, *Zeugenschutz durch Verkürzung oder Vorenthaltung von Angaben zur Person des Zeugen*, Hrsg. Peter Hünnerfeld, Freiburg i.Br., 1992

181 Así por la literatura alemana, SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und...* cit., II, § 28 n.6.

182 Aunque se llegó a un acuerdo entre el requirente y el Gobierno austriaco, éste fue condenado por cuanto K, acogido al derecho a no autoincriminarse, se negó a testificar contra los acusados de tráfico de drogas en razón de la existencia de otro proceso contra él también por tráfico de drogas. La sentencia aparece publicada en la serie A con el núm.255-B.

che collaborano con la giustizia» y Decreto ministeriale de 24.11.1994 n.687 «Regolamento recante norme dirette ad individuare i criteri di formulazione del programma di protezione di coloro che collaborano con la giustizia e le relative modalità di attuazione», en la alemana StPO 68.1 y en la OrgG (Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität) de 15.7.1992, en la española LO. 19/1994 de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales completada por la LO 5/1999 de 13 de enero de modificación de la LECrim sobre perfeccionamiento de la investigación relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves y con la LO.14/1999 de 9 de junio de modificación del Código penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECrim.). Es protegida asimismo la víctima en los careos¹⁸³ (arts. 218 y ss CPP, 451 LECrim española) con el acusado, impidiéndose su utilización injustificada o victimizante y propiciándose su acotamiento a los límites de la pertinencia¹⁸⁵ y utilidad¹⁸⁵, es decir, a

183 El careo es el acto consistente en la confrontación de las declaraciones de los testigos, de los acusados o entre aquéllos y éstos, atendida la disparidad de su contenido, llevada a cabo ante la judicial presencia, en su caso, mediante la lectura de las mismas y/o la puesta de manifiesto de sus contradicciones, a fin de lograr una mayor aproximación a la realidad de lo dicho desde las mutuas reconvenções que entre sí pudieren hacerse o hacerseles.

184 Aún a riesgo de extenderme en estos conceptos creo menester hacerlo por su amplio uso en los países Iberoamericanos, como también al constituir nociones indispensables en relación con el derecho a la presunción de inocencia, y naturalmente con el derecho a la prueba. Piénsese que al considerar una prueba como pertinente el juzgador estima que guarda conexión con lo que constituye el «thema decidendi» y, por ende, que es apta para formar su convicción, por lo que se requiere, bajo pena de nulidad, que el Tribunal permita en juicio oral la práctica de aquella actividad probatoria declarada pertinente. De otro lado, declarada la pertinencia de un medio de prueba, su ponderación es necesaria atendiendo a la relación que se le supone con el objeto del proceso, debiendo por ende concederle credibilidad o rechazarla, lo que obligadamente ha de acometerse en la sentencia so pena de incurrir en falta de motivación suficiente generadora de una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Históricamente cabe encontrar la distinción entre ambos conceptos: pertinencia y utilidad, respectivamente, en la ley 7, tit.14 Partida 3ª, según la cual es impertinente «...aquella prueua (que) debe ser tan solamente recebida en juyzio, que pertenece al pleyto principal sobre que es fecha la demanda. Ca non deue consentir el Judgador, que las partes despiendan su tiempo en vano, en prouando cosas de que non se puedan despues aprouechar, maguer las prouassen». Sobre la utilidad, la ley 5, tit.10 Lib.11 Novísima Recopilación previene «que si alguno razonare alguna cosa en pleyto, y dixere que lo quiere probar; si la razon fuere tal que, aunque la probare, non le podía aprovechar en su pleyto, ni dañar á la otra parte, el Juez no reciba la tal probanza; y si la recibiere que non vala».

Esquemáticamente cabe pues distinguir:

pertinencia: Atendiendo a los hechos afirmados: alude a la conexión o enlace con los controvertidos de trascendencia en la causa. Con referencia al medio de prueba: será pertinente: si legalmente está admitido; si es posible su práctica; si se adecua objetivamente al hecho a probar (así a un testigo no se le pueden exigir conocimientos o percepciones científicos -lo que no excluye la admisibilidad del «testigo-perito»-, etc).

utilidad: Inserta por su mayor extensión en la noción de pertinencia, presenta no obstante matices: referible no a los hechos afirmados sino al medio de prueba (aunque se quisiera hablar de «hecho útil» sería resultado de una equivocada trasposición al dotar al hecho de un valor instrumental del que carece). La utilidad es inteligible positiva y negativamente. Positivamente alude a su aptitud para decidir o contribuir al triunfo de la pretensión. Se ciñe pues a reforzar el carácter de pertinencia. Negativamente cabe indicar las hipótesis en que concurren dos pruebas cuando una de ellas es suficiente y aun de superior fuerza que la otra para acreditar el hecho: documento público y testimonio. En ocasiones se emplea el término de «necesidad» o «funcionalidad», aludiendo a la «relevancia para el resultado».

185 No quiero concluir este apartado sin hacer mención de los malos tratos con especial incidencia en la mujer y menores en el seno de la familia. La literatura es casi inabarcable así como los ingentes esfuerzos, privados y en menor medida públicos, para erradicar esta violencia. La respuesta social va desde el

lo que en el sistema anglosajón es conocido como «relevance»¹⁸⁶ (en Gran Bretaña: «...evidence which makes the matter which requiere proof more or less probable», Sentencia de la Court of Appeal británica, DPP v. Kilbourne (1973) AC 729, y con matizaciones en los EEUU de Norteamérica¹⁸⁷)

endurecimiento de las penas, hasta la creación de centros informativos y de asistencia en Colegios de Abogados, Comisarias de Policía, asociaciones privadas -con singular relieve en Gran Bretaña, como sucede con la denominada *Victim support*- o semipúblicas, especialización de los órganos de investigación y persecución de tales infracciones, tratamiento psicopsicopatológico de los infractores, apoyo económico, psicológico y profesional a las víctimas, etc., etc. incluyendo medidas «preventivas» como la colocación de pulseras/alarma a las víctimas para evitar futuras agresiones.

- 186 Vid. la Sentencia de la Court of Appeal británica, DPP v. Kilbourne (1973) AC 729, según la que es relevante (pertinente y útil): «... evidence which makes the matter which requiere proof more or less probable». También en los EEUU de Norteamérica, el concepto de «relevance» no sólo ha sido jurisprudencialmente analizado sino que se ha visto sancionado positivamente en normas como la 401 de las Federal Rules of Evidence («Relevant evidence means evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence»). En resumen cabría conectar la «relevancia» en sentido anglosajón a la conveniencia de utilizar un medio de prueba en cuanto que es probable que contribuya a posibilitar o permitir la formación de la convicción del juzgador. Aunque con matices singulares, el concepto de relevancia ha tenido un especial desarrollo en la Justicia constitucional a la hora de «justificar» la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad. Así vid. para Italia, PIZZETTI/ZAGREBELSKI, «Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano, 1972, passim., cfr. CATALANO, N., «Della «rilevanza» della questione costituzionale quale condizione dell'ordinanza di trasmissione alla Corte», en *Rassegna mensile dell'avvocatura dello stato*, 1957, IX, n.º 12., ONIDA, V., «Note su un dibattito in tema di «rilevanza» delle questioni di costituzionalità delle leggi», en *Giur. cost.*, 1978, I., CERRONE, ««Obiettivazione» della questione di costituzionalità, «rilevanza puntuale» e «rilevanza diffusa» in un recente orientamento della giurisprudenza costituzionale», en *Giur. cost.*, 1983, I., CARNEVALE, P., ««Irrelevanze di fatto e sopravvenuta» e valutazione giudiziale della rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale», en *Giur. cost.*, 1984, XXIX, p. 10., para España en interpretación del art. 163 CE y art. 35 LO.2/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional, sobre la «relevancia» vid. PEDRAZ PENALVA, E., «Sobre la construcción de la fase de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad», passim.

- 187 En los EEUU de Norteamérica, el concepto de «relevance» no sólo ha sido jurisprudencialmente analizado sino que se ha visto sancionado positivamente dentro del marco de la jurisdicción federal en normas como la 401 de las Federal Rules of Evidence («Relevant evidence means evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence»). En resumen cabría conectar la «relevancia» a la conveniencia de utilizar un medio de prueba a fin de acreditar la existencia o inexistencia de un hecho controvertido. Comporta pues una relación lógica entre el medio de prueba propuesto y el hecho que pretende ser probado. El juicio de «relevancia» condicionará la admisión de los medios de prueba propuestos por las partes, aunque no será determinante, a tenor de lo dispuesto en las *rules* 402 y 403 de las *Federal Rules of Evidence*. El primero de los preceptos citados enuncia la regla general de admisibilidad de los medios de prueba relevantes, sin perjuicio de lo se prevea en la Constitución de los EE.UU. de Norteamérica, las leyes o normas estatutarias aprobadas por el Tribunal Supremo. Ello comporta la exclusión de los medios de prueba que vulneren las garantías constitucional o legalmente sancionadas. Presente la norma de exclusión antedicha, la *rule* 403 dispone además que siendo relevantes deberán, no obstante, repelerse aquellos medios de prueba cuyo valor probatorio se vea superado por el riesgo de causar un injusto perjuicio o confusión o inferencias equívocas en el jurado; pudieran ser motivo de dilaciones indebidas; o resulten innecesarios por reiterativos (Véase McEVAN, J., *Evidence and the adversarial process. The modern law*, Oxford, 1992, págs. 30-55; Mueller, C.B., y KIRKPATRICK, L.C., *Evidence*, Boston, 1995, págs. 181-207)

d) Según vengo reiterando desde el principio de este trabajo, la tutela de los derechos del imputado no puede hacer caso omiso de la protección de los intereses generales democráticamente acogidos en la Ley¹⁸⁸. Es pues menester ponderar justificadamente la amplitud, duración y requisitos y/o régimen en que en el caso concreto es constitucionalmente admisible la invasión *judicial* de la esfera jurídico-fundamental del individuo, máxime desde la desmesura de la oportunidad propiciada por la pretendida búsqueda de la Justicia material y las insuficiencias de la Ley. La proporcionalidad a la que me referiré especialmente más tarde, permitirá constatar si la violación del espacio jurídico individual estaba justificada, era adecuada al fin perseguido si la medida adoptada era asumible por el sujeto pasivo, etc.

e) Exquisita observancia de las exigencias del debido proceso (arts. 10 y 11 DEDH, XXV y XXVI DADDH, 14 PIDCP, 6 CEDH, 8 CADH, 6.1 CDHLCFI, 19 DPEDLF; 12 I Cn), que, entre otras notas, impone el derecho, a la intervención de un juez «independiente e imparcial», un juicio oral, público, contradictorio, con escrupuloso respeto de los derechos de defensa, a la presunción de inocencia etc. Particular importancia en la consecución del proceso equitativo o debido proceso tiene su normal desarrollo, es decir en un plazo razonable (arts. 8 CADH, 6 CEDH, 19.2 DPEDLF, 6.1.I CDHLCFI), contra el que conspiran las dilaciones indebidas, retrasos maliciosos, etc. La importancia del proceso en un plazo razonable se refleja en su incumplimiento evidenciado mínimamente en las numerosísimas denuncias de su violación ante el TEDH por los firmantes del CEDH y en las correspondientes sentencias pronunciadas condenatorias por ese órgano jurisdiccional¹⁸⁹.

Examinados los propósitos antedichos, es decir: a) responder a la nueva legislación criminal material orientada a hacer frente a nuevas formas de criminalidad; b) plasmar un enjuiciamiento que asegure en plenitud los derechos y libertades funda-

188 Aludo con el concepto democrático al procedimiento constitucionalmente establecido que ha permitido su formal consagración legal. Sigo de este modo a HABERMAS, J., *Faztizität und Geltung*, 3ª Aufl., Frankfurt a.M., 1993., Hay trad. española de Jimenez Redondo: *Facticidad y validez*, Madrid, 1998.

189 Para dar una pequeña idea del grado de incumplimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, destacando con mucho Italia, y tomando en exclusiva fines de 1999 y los primeros meses de 2000, cabe citar las siguientes sentencias *condenatorias* del TEDH: Djaid c.Francia de 29.9.1999, Agga c.Grecia de 25.1.2000, Majaric c.Eslovenia de 8.2.2000, Gatto c.Italia, Iuliano c.Italia, Rossi c.Italia, Ali c.Italia, Errigo c.Italia, Passadoro c.Italia, todas del 2.11.1999, Martinelli c.Italia de 11.1.2000, Palmigiano c.Italia de 11.1.2000, Galloni c.Italia de 29.2.2000, Aggiato c.Italia de 29.2.2000 (en sede *procesal civil* se dictaron *contra Italia* el 25.1.2000 las SS.Paderni, Petix, L.s.r.l, D'Onofrio, F., R., Battistelli, Scarano, Giorgio, M.- 40931/98-, Morese, Tarsia, S., Vinci, Cecere, Binelis y Nanni, Manca, M. -40940/98, Glebe Visconti, Giannetti y De Ilsi, Salvatore y Gardin, Adamo, Siega y 7 más, Tripodi, Abbate, Ronzulli, Nardone, Liddo y Batteta, Cappellaro; en 8.2.2000, asimismo en el proceso civil también fue condenada Italia en los casos Delicata, Scuderi, Parisse, Ghezzi, Berrettari, Compomizzi, Raglione, Pio, Quinci, Chierici, Trotta; en 15.2.2000 en los casos Rando, Guagenti, Italiano, Padalino, Vicari, Deschamps, Savona, Roselli (no.1), I.R. (Rocci)), etc.,

mentales del acusado; c) tutelar los derechos de la víctima; d) reafirmar el juego del criterio de la proporcionalidad máxime a la vista de la progresiva expansión de la oportunidad en perjuicio de la legalidad; e) aunque en estrecho nexo con algunos de los aspectos anteriores, exquisita observancia del debido proceso, puedo ya afirmar que a tales miras responde la matizada implantación del nuevo proceso penal en Europa continental e Iberoamérica, caracterizado por las notas siguientes:

1) Se pretende plenamente acusatorio y, reflejo del anglosajón, se postula como un proceso de partes propiciando la igualdad entre ellas y la plena vigencia del contradictorio, ampliado a la fase de investigación o preparatoria del juicio.

2) Se suprime el período inquisitivo que es sustituido por una investigación dirigida por el Ministerio Fiscal y llevada en verdad por la policía, bajo el control del juez quien vela por el respeto de los derechos fundamentales del inculcado que sólo podrán ser desconocidos previa autorización judicial y con la intensidad y duración que en ella se marque.

3) En busca de la rapidez, simplicidad, menor coste, mayor eficacia de la Justicia penal, etc., se prevén modalidades procesales aceleradas «sin teórica disminución de las garantías». Así cabe aludir a Alemania, Italia (giudizio direttissimo -arts. 449 y ss-, giudizio immediato -arts. 453 y ss CPPIt.-), Portugal (sumario arts. 381º y ss y en especial el sumarísimo art. 392º y ss), España (juicios abreviados y más aún el juicio rápido), etc. contemplados para las hipótesis de flagrancia, delitos de bagatela, cuando la «prueba aparezca evidente». En ellos la investigación o se suprime o es mínima y, partiendo de la falta de «necesidad» de trámites procesales, la rapidez es fruto inmediato. En las variadas repercusiones aún jurídico-fundamentales de estos juicios acelerados sobresale significativamente la novedad de poder ser condenado sin ser previamente oído y vencido en juicio; esto es, el juicio en ausencia en delitos de bagatela sancionados con pena no superior a 6 meses o hasta un año (así en España), aunque en la mayoría de los países se exige que el imputado ausente esté, como mínimo, representado y defendido por Letrado y se regulan vías impugnativas cuanto menos calificables de «especiales» como la del recurso de anulación contra las sentencias dictadas en ausencia del acusado (así en España art. 797.2 LECrim¹⁹⁰).

4) Se instaure un estricto sistema probatorio inmediato reflejo constitucional, con rechazo de aquellas fuentes de prueba adquiridas con desprecio de los derechos fundamentales e introducidas procesalmente a través de los medios de prueba previstos en la ley con desconocimiento de sus exigencias de: inmediación, contradicción, práctica en el juicio oral (o en casos excepcionales con ratificación¹⁹¹), publicidad (sin perjuicio de

190 Si se hubieren quebrantado las normas y garantías procesales previstas en el artículo 793.1.II LECrim.

191 Pensemos en la declaración del testigo en peligro de muerte y que fallece antes de la apertura del juicio oral, o en las diligencias de entrada y registro en domicilio, o las médicas como la autopsia o químicas tales como exámenes toxicológicos, etc. Más extensamente vid. PEDRAZ PENALVA, «La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba «preconstituida»», op.,cit., passim.

las limitaciones normativamente previstas: menores, lesión de intimidad personal, etc., - arts. 14.1 PIDCP, 8. 2 inciso final CADH, 6.1 CEDH, 14 II LOPJRN, 6.1 II CDHLCFCEI-).

5) Para el logro de los fines del derecho penal y del mismo proceso penal de reeducar y reinserir socialmente al delincuente¹⁹², se acoge el principio de oportunidad (art. 31.6 CPP) en perjuicio del de legalidad¹⁹³. El «*minima non curat praetor*», junto a técnicas como la de suspensión del pronunciamiento del fallo, suspensión condicional de la pena (art. 22 CPP)¹⁹⁴ y «*probation*»¹⁹⁵, etc., expresan la gran acogida de la oportunidad¹⁹⁶.

6) Con una visión «*economicista*» del proceso penal, y también por influencia anglosajona (*plea bargaining system*¹⁹⁷), tiéndese a favorecer los acuerdos entre acusación y defensa, o la conformidad del acusado con la pena y calificación fiscal (que según una terminología ya acuñada continentalmente sería reconducible al instituto del consenso), facilitando así una Justicia más rápida con menor coste, permisiva de la desaturación que la ahoga. Extremo este último que ha de conectarse con el ya apuntado de previsión legal de modalidades procesales *aceleradas y simplificadas*.

192 Así se proclama en numerosos textos constitucionales como en el art. 25.2 CE, 27.2 C.italiana, también en el art. 10.3 PIDCP, etc.

193 Ésta parece ser la lectura del art. 25 CE de VIVES ANTON, T., *La reforma del proceso penal. Comentario a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma procesal*, II, Valencia 1992,p.290, extrayendo llamativas consecuencias. Entiende que la dicción del 25.1 CE («Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa...») no configura el principio de legalidad como un deber de castigar, sino como un límite del ius puniendi del Estado..., y agrega seguidamente que «ha hablado con razón la jurisprudencia constitucional de la legalidad como un derecho susceptible de amparo: aquel principio negativo que, desde la perspectiva del imputado o condenado, es un derecho fundamental, no se quebranta porque, allí donde la pena adecuada a la culpabilidad no cumple sus fines, pueda ser sustituida por otras más leves, o por medidas o, simplemente, pueda renunciarse a ella».

194 De interés son los trabajos de NUÑEZ BARBERO, R., «La concepción actual de la suspensión condicional de la pena y los modernos sistemas de prueba», en *Rev.de Estudios Penitenciarios*, núm.187, octubre-diciembre 1969, pp.567 y ss., del mismo «¿condena condicional o suspensión de la ejecución de la pena?», en *ADPCP*, 1970, pp.5 y ss.

195 Vid.por ejemplo la regulación portuguesa del «Regime de prova» en los arts. 53 y siguientes del código penal, y el art. 22 del código procesal penal salvadoreño que prevé la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la del procedimiento penal.

196 Vid.la ley argentina 11.957 de suspensión del proceso a prueba y el interesante comentario de BERTOLINO, P.J., *El proceso penal en la Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1994.*, Buenos Aires, 1996, esp.pp.83 y ss.

197 De imprescindible manejo para el «*Plea bargaining system*» vigente en los EE UU de Norteamérica, es la obra de CABEZUDO RODRIGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los EEUU de Norteamérica*, Granada 1996.



La británica *Criminal Justice and Public Order*, de 1994, sanciona ya normativamente el acuerdo acusación y defensa, judicialmente aprobado, como vía para reducir la pena, pero es en los Estados Unidos de Norteamérica donde la Justicia negociada tuvo y tiene su máxima vigencia, fruto del «plea bargaining system».

Apuntaré *hic et nunc* -y desarrollaré algo más ampliamente este tema al comentar la correspondiente normativa del CPP- que la Justicia negociada en USA implica un acuerdo entre acusación y defensa por el que el imputado se compromete, básicamente, a declararse culpable a cambio de ciertas concesiones del MP; al decir básicamente aludo también a otros posibles extremos como pueden ser la cooperación con el MP en la investigación o en la persecución de otros delincuentes e incluso la restitución a la víctima, con lo que acojo una visión más amplia que trasciende al «guilty plea» consustancial al acuerdo. De este modo sigo la orientación magistralmente defendida por Cabezudo que define al «plea bargaining system» como «la negociación practicada entre la acusación y la defensa cuyo objeto lo integran recíprocas concesiones y, donde, en cualquier caso, el acuerdo contemplará la declaración de culpabilidad del acusado»¹⁹⁸.

Acaso convenga no obstante precisar mínimamente algunos extremos de esta impartición de justicia que supone, en expresión de FRIEDMAN, «negociar a la sombra de la ley»¹⁹⁹. Tal vez cupiere imputar de manera relevante sus criticables repercusiones a la mínima intervención y escaso control por el juez de los «acuerdos», en evidente conexión con el reforzado y reconceptualizado papel del MF, sobre todo en la fase investigadora, y en la ostentación de amplias facultades en el no delimitado campo de juego de la oportunidad (aún de la estéticamente calificada de «reglada»).

El sistema de los EEUU de Norteamérica ofrece significativas pruebas de lo dicho. Así la rule 11 (e) (1) de las *Federal Rules of Criminal Procedure* proscribe la intervención del juez en la Justicia federal; contrariamente reconocida en Estados como Florida -rule 3171 (c) de las *Florida Rules of Criminal Procedure*- e Illinois (rule 402 de las Illinois Supreme Court Rules). El juez ve así circunscrita su participación en la jurisdicción federal y en la mayoría de las estatales a una tarea correctora en el trámite de admisión de la declaración de culpabilidad. Dicha rule 11 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, especifica que el órgano jurisdiccional habrá de comprobar los siguientes extremos: 1) si el acusado comprende los cargos objeto de su declaración y las consecuencias que de ella se derivan, comprendidas, dentro de estas últimas, la eventual pena que se le podrá imponer, así como el sacrificio de derechos que implica este acto (la denominada «inteligencia de la declaración» [apartado (c)]); 2) si la declaración se presta voluntariamente, sin que medie coacción, amenazas o promesas distintas de

198 Sic. CABEZUDO RODRIGUEZ, op.,cit., p.68. Sobre las ventajas del «plea bargaining» vid.pp. 87 y ss. ; sobre sus desventajas pp.255 y ss.

199 FRIEDMAN, L-M., *Introducción al derecho norteamericano*, Barcelona, 1988, p.86

las que se reflejan en el acuerdo [apartado (d)]; y 3) la «certeza» («accuracy») de la declaración o existencia de base fáctica, esto es, que el delito cuya comisión el acusado admite se corresponde realmente con la conducta por él desenvuelta [apartado (f)].

Pero la práctica se ha encargado de minimizar hasta llegar en realidad a anular el limitado papel del juez reconocido en la mencionada *rule* 11. Respecto a la «inteligencia de la declaración» al reconocerse el efecto subsanador que sobre la inactividad del Juez tendría la actuación del Ministerio Público y del Abogado de la defensa [de este modo en las sentencias: *United States v. Lopez*, 907 F.2d. 1096 (11th.Cir., 1990); *United States v. Ray*, 828 F.2d. 399 (7th.Cir., 1987)], favoreciéndose además una interpretación casuística, no sólo en cuanto al alcance de la información que ha de trasladarse al acusado, sino también en cuanto al modo en que ha de cumplirse con esta exigencia dependiendo del grado de complejidad del tipo y de las circunstancias personales del sujeto pasivo [así en las sentencias *United States v. Bruce*, 976 F.2d. 552 (9th.Cir., 1992); *United States v. Guichard*, 779 F.2d 1139 (5th.Cir., 1986); *United States v. Kamer*, 781 F.2d 1380 (9th.Cir.), cert.denied, 479 U.S. 819 (1986)].

El adelgazamiento del control de la voluntariedad de la declaración proviene de la aplicación del denominado “test subjetivo” que atiende al estado mental del sujeto al momento de prestarla y que da lugar a la aceptación de conformidades notablemente influenciadas o inducidas por elementos objetivamente coactivos, particularmente, el agravamiento de los cargos y, así de la pena, si no asume su culpabilidad [sentencias *Culombe v. Connecticut*, 367 U.S. 568 (1961); *United States v. Jackson*, 390 U.S. 570 (1968); *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1070); *United States v. Whalen*, 976 F.2d 1346 (10th.Cir., 1992); *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978)]. Finalmente, la verificación de la existencia de base fáctica bastante, amén de su desigual inteligencia [*United States v. Glass*, 720 F.2d. 21 (8th.Cir., 1983); *Rizzo v. United States*, 516 F.2d 789 (2d.Cir., 1975)], se ha venido cumpliendo, como ya se afirmaba en *McCarthy v. United States*, 394 U.S. 459 (1969), constantando meramente que el acusado había cometido un delito al menos tan grave como el que está dispuesto a reconocer. Fruto de la real contracción del papel del juez en la justicia negociada es la excepcionalidad, prácticamente irrelevante, de casos en que el juez rechaza declaraciones de culpabilidad que se le someten³⁰⁰.

7) Desde la discutible visión primordialmente retribucionista atribuida al proceso penal se asiste incluso a la propia negación del proceso permitiendo y aún fomentando mediaciones en esta materia criminal, a veces so pretexto bienintencionado de obtener así mediante el diálogo con la víctima la superación por ésta del delito y la rehabilitación del delincuente (art. 32 CPP).

200 Vid. ampliamente a CABEZUDO RODRIGUEZ, op.,cit., pp.113 y ss y 297 y ss.



Para concluir, citaré las notas que caracterizan al nuevo proceso penal instaurado por las últimas reformas procesales penales.

En Alemania las reformas de 1964 y en especial las acaecidas a partir de la 1.StVRG de 1974²⁰¹, modelaron un proceso que pretendió adaptarse a las exigencias no ya constitucionales sino explícitamente a las impuestas por el CEDH y los demás Instrumentos internacionales suscritos por la República Federal. De este modo:

a) Ya en el 1.StVRG de 1975 estimó el legislador alemán que la aceleración y consiguiente simplificación procesales venían exigidas por los Instrumentos Internacionales suscritos, en especial por el art. 6.1 CEDH («Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativamente y en un plazo razonable....»), y por la necesidad social de adecuar la Justicia tanto a las nuevas formas de criminalidad, en especial delitos económicos²⁰², delincuencia organizada, actividades políticas contrarias al orden establecido²⁰³, como al incremento de la criminalidad en general y de determinados delitos en particular (delitos de tráfico y determinados ataques contra la propiedad)²⁰⁴. Con la aceleración y simplificación pretendidas se busca asimismo disminuir los costes de la Justicia y, derivadamente, un reforzamiento de la posición del inculcado a través de un mejor, más rápido y justo enjuiciamiento de los hechos²⁰⁵. La agilización del proceso se ha buscado mediante la supresión de trámites estimados inútiles y/o injustos (así con el «Schlusshör» que fue introducido en la StPO por la reforma de 1964), con una nueva regulación de actos procesales y, en especial, reconceptualizando la figura del MF y atribuyéndole la investigación en sustitución del Juez, precisamente tras haber comprobado que gran parte de los retrasos radicaban en la fase instructoria²⁰⁶. Más radicalmente aún se ha perseguido la celeridad mediante la implantación de procedimientos más simples y rápidos, incorporándose a la propia StPO (así por obra del Verbrechenbekämpfungsgesetz de 1994 -Ley de lucha contra la delincuencia-) el deno-

201 Me remito a mi trabajo citado «la reforma procesal penal de la R.F.de Alemania de 1975», Rev.Der.Proc.Iber., 1976, III.

202 Vid.TIEDEMANN,K., «Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität als Aufgabe der Gesetzgebung», en GA, 1974, pp.1 y ss, del mismo, «Der Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität»,en ZStW, 1975, pp.253 y ss., y *Die Verbrechen in der Wirtschaft*, 1970,etc.

203 En especial por organizaciones como el grupo «Baader-Meinhoff», vid. KERN/ ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 13 Aufl., München, 1975,p.353

204 Amén de mi trabajo citado «La reforma procesal penal de la R.F.de Alemania de 1975, vid. JUNG, «Bilanz der Reform der Strafverfahrensrechts zum 1.1.1975», en JuS, 1975, 4, pp.261-2, tambien RIESS, «Der Hauptinhalt des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrecht (1.StVRG)», en NJW, 1975, pp.81 y 82

205 JUNG, Bilanz der des..., cit., dice en la p.262 que para evitar la apariencia de que sólo se busca combatir la delincuencia, se ha reforzado la posición jurídica del imputado en el proceso.

206 En general sobre las causas de alargamiento de los procesos vid. STÖTTER, V., «Lange Prozessdauer und ihre Ursachen», en NJW, 1968, pp.528 y ss.

minado proceso acelerado junto al proceso por orden penal (Strafbefehlsverfahren). De este modo ha pasado el primero de los art. 212 y ss a los art. 407 y ss StPO, junto pues a la normativa del segundo.

b) Se suprime la instrucción judicial sustituyéndola por una investigación conducida por el fiscal, art. 160 y ss StPO, y llevada a cabo por la policía. La policía depende funcional, no orgánicamente, del fiscal a quien está obligada a prestar colaboración (arts. 161, 163 y concordantes de la StPO) Pero, a través del deber que se le impone en el art. 163 StPO de investigar todos los hechos punibles («Straftaten») y adoptar las medidas urgentes que fuera menester, a fin de evitar su ocultación, puede y ha de actuar con independencia del fiscal²⁰⁷ -sin perjuicio de que éste, conocida su existencia, intervenga en cualquier momento en las investigaciones-, suministrando a la fiscalía los datos precisos para en su caso formular acusación («acción pública»: öffentlichen Klage); es por todo ello por lo que se ha llegado a decir por autores como K. Peters²⁰⁸ que es la policía la que en verdad ha asumido la investigación de las causas penales.

c) La investigación dirigida por el MF conlleva en esta fase previa al juicio el papel del juez de protector de derechos fundamentales del inculpado, atribuyéndole la adopción de cualesquiera medida apta para lesionarlos, entre otros en los arts. 100b, 111a, 114, 126 a, 161 a StPO (intervención de las comunicaciones, retirada provisional del permiso de conducir, detención/prisión provisional, declaraciones bajo juramento de testigos y peritos, intervenciones en las comunicaciones, etc).

d) Reconceptualización consiguiente del Fiscal que, aunque sometido al principio de legalidad, a virtud de la oportunidad reglada, decidirá si procede o no acometer la investigación y en su virtud formular acusación, ostentando el monopolio de la acusación pública arts. 152.1 y 170 StPO; no obstante el particular tiene derecho a instar judicialmente a través del «Klageerzwingungsverfahren» la investigación por el MF de los hechos que afirma punibles. Se atribuyen al fiscal facultades para acordar en casos de urgencia, y con ratificación posterior del juez, la detención del sospechoso, las entradas y registros, el secuestro de documentos, la intervención de la correspondencia, etc. El fiscal es además la autoridad principal en la ejecución penal (art. 451 StPO).

Acaso fuere conveniente consagrar un pequeño espacio al «Klageerzwingungsverfahren», regulado en los arts. 172 a 177 StPO.

Es un procedimiento que puede instarse antes del período intermedio («Zwischenverfahren»), orientado a controlar judicialmente la legalidad de la decisión

207 Así lo destacan KLEINKNECHT/MEYER-GOSSNER, en su *Kommentar zur Strafprozessordnung*, en la nota 34 al § 163 I.

208 PETERS, K., *Strafprozess. Ein Lehrbuch*, 4 Aufl., Heidelberg, 1985, esp. pp. 182-3

fiscal de no perseguir una concreta infracción. Se trata de un instrumento de control de la legalidad de la actuación del MF que puede ser instado con carácter previo a la fase intermedia del procedimiento. Mediante él se configura una facultad de control judicial de la decisión del Ministerio Público de no acusar, a instancia del particular ofendido, pidiendo al órgano jurisdiccional que compela al MF, aún contra su criterio, a investigar un hecho. No altera por ende el monopolio de la acusación estatal al no incidir inmediatamente en el ejercicio directo de la pretensión punitiva. El Klageerzwingungsverfahren habilita al particular para rogar al juez que exija del MP la investigación de un supuesto fáctico determinado que se afirma constitutivo de delito pero sin que su calificación penal sirva más que para fundar la solicitud particular; el MP empleará los medios que estime más adecuados al objeto de la instrucción sin que pueda imponérseles judicialmente.

Está legitimado el ofendido²⁰⁹ por el delito y no cualquier sujeto extraño a los hechos cuya persecución se pretende, ostentando un derecho público subjetivo (SCHULZ, PETERS, ROXIN²¹⁰) a la actuación jurisdiccional del Estado²¹¹, que se satisface con la persecución punitiva por el titular único que es el MF²¹².

Otro problema que suscita el “Klageerzwingungsverfahren” es el de la positividad del principio de oportunidad reglada, de conformidad con lo prescrito en los art. 172 2 en relación con arts. 153 1, 153 a, 153 b, 153 c, 154 1, 154b y 154 c de la StPO, con lo que resultan difícilmente controlables aquellas decisiones de la fiscalía tomadas

209 No cabe olvidar los debates aún subsistentes en torno a la distinción entre ofendido y víctima del delito, inmediatamente provocados por la no acogida de concepto alguno del mismo en la StPO ni en el StGB, de manera que se viene acometiendo desde la práctica concreta. Cabría entender por ofendido a aquél inmediatamente afectado por el hecho que se dice lesivo de un bien penalmente tutelado. Esta es la postura generalmente mantenida en la literatura alemana, por todos vid. KLEINKNECHT/MEYER, *Strafprozeßordnung*. 38ª ed., art. 172, 9. Asimismo coincide con la defendida por la jurisprudencia del TEDH, quien no obstante usa el término “víctima” que no sería estrictamente coincidente con ofendido. El ejemplo más claro sería el del sujeto pasivo del delito: el fallecido o lesionado y ofendido aquellos parientes de la víctima legitimados para solicitar o mantener la persecución penal. Empero vid. Entre otras muchas las SSTEDH en relación a los diversos derechos y libertades acogidos en el CEDH, de 27.4.1989 Neves e Silva c.Portugal, de 28.3.1990 Groppera Radio AG y otras c. Suiza, de 15.6.1990 Lüdi c.Suiza, de 27.8.1990 Vijayanathan y Pusparajah c.Francia, de 27.8.1992 Tomasi c.Francia., de 29.10.1992 Open Door y Dublin Well Woman c.Irlanda., de 22.2.1994 Burghartz c.Suiza, de 20.9.1994 Otto-Preminger-Institut c.Austria, de 24.10.1995 Agrotexim y otros c.Grecia, etc.

210 SCHULZ, J., *Beiträge zur Nebenklage*, Berlin, 1982, p.174, PETERS, K., *Strafprozessrecht*, 4 Aufl., p.536, ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, 22 Aufl. München 1991, p.261,

211 Así SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, I, Göttingen, 1964, pp.37 y ss, II, núms.6 y ss.

212 A virtud de los principios de oficialidad y obligatoriedad de la acusación por mor de la Reforma de la StPO por la ley de 1964 (Gesetz zur Änderung der Strafprozess und des Gerichtsverfassungsgesetz de 19.12.1964) § 152.II

en virtud del margen de apreciación que le confieren esos preceptos, en no pocas ocasiones desconocedoras, pues, de una legalidad y que raramente son revocadas por los Tribunales. Por autores como Weigend se defiende la máxima utilidad del “Klageerzwingungsverfahren” para disminuir un abusivo uso de la oportunidad en la no persecución de los delitos y la conveniencia aún de extender este procedimiento a los sobreseimientos a solicitud del MF, siempre que por su vinculación a criterios normativos resultare constatable una hermenéusis jurídicamente discutible^{213 214}.

Pero en Alemania no sólo está prevista a favor de los ciudadanos la posibilidad del citado trámite para compeler judicialmente al MP a acometer la investigación de hechos que se estimen punibles, sino que también se prevé el supuesto de coacusación o *Nebenklage*. Está regulada en los arts. 395 a 402 StPO, facultando a determinados sujetos ofendidos por el delito para intervenir junto al fiscal en el juicio oral gozando de específicas posibilidades procesales. De este modo el “coadyuvante” podrá formular las alegaciones que le convinieren, proponer la práctica de los medios probatorios que considerare oportunos y aún impugnar resoluciones con independencia del MP. Puede intervenir simultáneamente como testigo.

e) Desde la reforma de 1964, operada por la StPÄG, prima el «favor libertatis» en respuesta a lo prescrito en el art. 104 GG, en la CEDH y jurisprudencia del TEDH, de manera que la norma va a ser la libertad y sólo excepcionalmente y cuando fuere menester para el logro de los fines del proceso penal se restringirá la libertad ambulatoria del inculpado pudiendo llegarse a decretar su prisión provisional (si concurrieren gravedad del hecho, peligro de fuga, alarma social, peligro de repetición del delito, riesgo de que el inculpado pueda obstaculizar las investigaciones). En todo caso en esta medida cautelar personal, al igual que en el resto de las adoptables durante el proceso, rigen el principio de proporcionalidad («Verhältnismässigkeitsgrundsatz») plasmado en la StPO en su art. 112, y el de jurisdiccionalidad (art. 104.2 GG)²¹⁵.

213 WEIGEND, T., *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Berlin, 1989, pp.520 y 547

214 La conveniencia del *Klageerzwingungsverfahren* viene apoyándose en dos razones vinculadas a un doble objetivo, sitos en una perspectiva concreta y en otra general. Suscitado en una causa criminal concreta, parece claro que lo que se busca es la tutela del ofendido por el delito pero, abstractamente y desde la globalidad del sistema, se fundamenta en la exigencia de la legalidad susceptible de verse cuestionada por mor del monopolio de la acusación pública. “Es más, en tanto el interés individual de satisfacción del ofendido por el delito se erigiría en motivación para el control de la Justicia, el *Klageerzwingungsverfahren* vendría a reforzar la unificación de criterios y la igualdad entre todas las persecuciones”. En verdad su eficacia, a la vista de su infrecuente uso y rechazo mayoritario por los Tribunales de las peticiones deducidas, es más teórica que real (así JANS, S., *Die Aushöhlung des...*, cit.p.16.) La práctica forense alemana ha evidenciado su reducido papel en la persecución de los delitos, acreditándose por BISCHOFF en un estudio de 1982 que de las 1792 solicitudes particulares de incoación, únicamente 8 obtuvieron del Tribunal el mandato al MF de investigación del afirmado hecho punible, y sólo uno concluyó con sentencia condenatoria (BISCHOFF, G., *Das Klageerzwingungsverfahren. Eine empirische Analyse mit Vorschlägen zur Reform*, Dissertation, Gelsenkirchen 1987). También PETERS, *Strafprozeßrecht*, op.,cit., admite su escaso valor real

215 Extensamente PEDRAZ PENALVA/ORTEGA BENITO, «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», en *Rev.Poder Judicial*, 1990, núm.17.



f) El nuevo proceso penal alemán favorece la reparación del daño a la víctima permitiendo, desde que la pena impuesta no se aplique si el condenado compensare a la víctima o la indemnizare por los perjuicios sufridos (art. 46a StGB) hasta el archivo de la causa, judicialmente aprobado, si tratándose de una infracción castigada con pena no superior a un año se considerare que la culpabilidad del autor era mínima y que no concurría interés público en la persecución (art. 153); aunque concurriese interés público en la persecución podría acordarse el archivo, inicial o ya deducida acusación, si el inculpado se comprometiere a reparar los daños, ofreciere abonar una cantidad a una institución de utilidad pública o privada, etc., en los términos previstos en los arts. 153a y 153b StPO.

A este respecto conviene recordar que el archivo, aún judicialmente aprobado, no goza en sí de fuerza de cosa juzgada como si se tratase de sobreseimiento libre²¹⁶ o de una sentencia firme, por lo que nada impide la reapertura del proceso si no se cumplieren las condiciones por las que se decretó. En caso de convenio, judicialmente aprobado, si se cumpliere no cabría posibilidad de volver a proceder de nuevo contra el imputado por ese mismo hecho.

En Italia el nuevo código procesal penal de 1988, que entró en vigor el 24.10.1989 y en el que prima el acusatorio²¹⁷:

a) Sustituye la instrucción por una investigación del MF y la policía judicial²¹⁸ («indagine preliminari» -arts. 326 y ss. CPPIt-)²¹⁹ que concluye con la «udienza preliminare» (arts. 416 y ss) que en su caso -si no ha lugar al archivo de la causa (archiviazione)- da entrada a lo que constituye la parte esencial y propia del proceso penal: «il giudizio».

216 Conviene aclarar que en España los autos de archivo, aun judicialmente dictados o aprobados, y aunque se dictaren por considerar que el hecho no es constitutivo de infracción penal, coincidente con el supuesto previsto del 637.2 LECrim (como causa de sobreseimiento libre), no serían equiparables a los autos de sobreseimiento libre.

217 Aunque se ha llegado a decir que «colpito dalle sentenze della Corte costituzionale e dai decreti legge, il modello accusatorio del codice vigente...si è convertito in qualcosa che non si sa più -o non si sa ancora- come chiamare» (FERRUA), cit. por SIRACUSANO/GALATI/TRANCHINA/ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol.I, Milano, 1994, p.46.

218 El realismo del legislador italiano al determinar subjetivamente, como encargados de la investigación preliminar al Ministerio Fiscal con la policía judicial (art. 326 a conectar con el 330, 333.2, 334.1, 347-352, etc. CPPIt), se dulcifica en el art. 327 al indicar, bajo la rúbrica: *Direzione delle indagini preliminari*, que «Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria». La iniciativa policial y las facultades que el CPPIt le reconocen (vid.entre otros los arts. 352, 354, 357 CPPIt), amén de otras derivadas del juego de la oportunidad, pueden conseguir arrojar algunas dudas sobre el efectivo control por el fiscal de las actuaciones policiales.

219 Resumidamente puede verse la organización italiana del «pubblico ministero», con el reparto de atribuciones entre los diversos «uffici del PM», en SIRACUSANO/GALATI/TRANCHINA/ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol.1, Milano, 1994, pp.137 y ss, en esp.142 y ss.

Se atribuye al Juez la potestad de inmiscuirse en la esfera jurídico-fundamental de los investigados reservándole, salvo casos de urgencia -arts. 352, 353 y ss etc. CPPIt-, la determinación de las medidas que pudieren lesionarla (inspecciones de personas, lugares, cosas -arts. 244 y ss CPPIt-, registros domiciliarios o personales -arts. 247 y ss CPPIt), recogida de armas, instrumentos o efectos del delito (sequestri:arts. 253 y ss CPPIt), intervención de la correspondencia y documentación bancaria (arts. 254 y 255 CPPIt), intervención de comunicaciones (arts. 266 y ss CPPIt), arresto domiciliario/prisión provisional, etc (arts. 284 y ss CPPIt).

Empero los arts. 392 y ss prevén un interesante «Incidente probatorio» a verificar durante el curso de las investigaciones preliminares, a solicitud del Ministerio Fiscal y/o del investigado, comprensivo de declaraciones de testigos que se teme no podrán llevarse a cabo en el «dibattimento» (juicio oral), de los sospechosos investigados respecto a hechos concernientes a la responsabilidad de otras personas de las que asimismo se teme pudieren no declarar en el juicio oral, de la de la persona imputada en un procedimiento conexo (art. 210 CPPIt), del careo entre personas con declaraciones discordantes si concurriere el mentado temor, de un examen pericial o reconocimiento judicial de personas, cosas o lugares susceptibles de cambio inevitable. A la práctica de tal incidente asistirán el MF, el investigado con letrado y también el Abogado de la persona ofendida y, eventualmente, la propia víctima. El art. 403 preceptúa la utilización de las «pruebas» realizadas en el incidente probatorio sólo («nei confronti») respecto de los imputados cuyos defensores hayan intervenido en su práctica. Respecto de los ofendidos por el delito («parte civile») las «pruebas» practicadas durante ese incidente no podrán producir efectos, salvo que el propio damnificado lo hubiere aceptado aunque sea tácitamente (art. 404 CPPIt).

Para el cumplimiento de sus tareas el ministerio fiscal gozará de todas los poderes coercitivos (art. 378 CPPIt) atribuidos al Juez en el art. 278 PPIt).

b) Con base en el art. 112 de la Constitución se otorga al MF el monopolio de la acusación pública (arts. 405 y 416 CPPIt.).

c) Se decanta por la oralidad, con la prevalencia del «dibattimento», lo que implica que el juez ha de fundar su decisión sólo en el resultado de los medios de prueba directamente percibidos a través de la realización de todos los actos procesales a su presencia. De este modo únicamente tendrán naturaleza y valor a efectos de prueba y así para poder formar la convicción del juez y fundar su decisión, las llevadas a cabo *inmediatamente* ante el juez sentenciador, en juicio oral (en el «contradittorio dibattimentale»). Conéctase de este modo la oralidad al doble significado de la inmediación: identidad entre el juez que está en la práctica de los medios probatorios valorando su resultado y el que decide sobre la *res iudicanda*, y continuidad de las operaciones probatorias entre sí y el momento deliberativo de la decisión (concentración).

Debo empero advertir que el legislador italiano no se ha dejado deslumbrar, con su inspiración en el proceso de los EEUU de Norteamérica, con «il dibattimento».

En respuesta a las líneas sentadas por la directiva n.1 del art. 2 de la Ley de 16.2.1987, n.1 (por la que se fijan los principios y criterios directivos del nuevo proceso penal): «máxima simplificación en el desarrollo del proceso eliminado todo acto o actividad no esencial», ha propiciado -en expresión de Conso²²⁰ - la «deflazione dibattimentale» y, de este modo, la aceleración del proceso, economía de los juicios, reducción de costes, contracción del proceso, a través del procedimiento abreviado, aplicación de la pena según conformidad de las partes («a richiesta delle parti») y en especial con el «giudizio immediato» y el «giudizio direttissimo».

d) Proclama la participación de acusación y defensa sobre bases de paridad en toda etapa y grado del proceso²²¹. La pretendida igualdad posicional y, más en concreto, igualdad de armas entre acusación y defensa no se compadece empero con las facultades de que goza el público ministerio durante la investigación, con la discrecionalidad que se le otorga de perseguir o no determinadas conductas y aún de calificarlas jurídico-penalmente a efectos de lograr mediante el consenso determinadas ventajas directamente del acusado (su colaboración) o simplemente la celeridad del proceso y la disminución del elevado número de casos pendientes; no menos importancia tiene el margen de apreciación del fiscal para poner fin a sus investigaciones y dar paso al contradictorio. A ello se une la disponibilidad, al menos teórica, de todos los medios precisos para su investigación y eventual acusación con lo que el acusado, sobre todo el que carezca de recursos económicos suficientes para proporcionarse una mejor asistencia letrada y los elementos personales que precise, estaría en desventaja respecto de la acusación pública. Esencial para contener la potestad pública de investigar y perseguir delitos es el papel del juez al que en exclusiva se asigna -salvo limitada y provisionalmente en casos de urgencia- la adopción de las medidas invasoras de la esfera jurídica-fundamental del imputado: entrada en domicilio, intervención de las comunicaciones, privación de libertad ambulatoria²²², etc., etc., medidas que siempre han de ser proporcionadas en su duración, intensidad y adecuación a los fines de la persecución penal, debiendo durar en exclusiva el tiempo indispensable para el logro del objetivo pretendido. En cambio juega a favor del acusado la presunción de inocencia que le es reconocida en todos los Convenios internacionales y Leyes Fundamentales; también ante la sobrecarga procesal existente y la real escasez de medios puestos a disposición ya de la Justicia en general ya en singular del Ministerio Fiscal, el acusado tiene a su favor la posibilidad de ocultar los hechos y los elementos de prueba para su

220 CONSO, G., «Introduzione» a *Profili del nuovo codice di procedura penale*, con GREVI, GAITO, ILLUMINATI, LEMMO, y otros, 3ª ed. Padova, 1993, p.XIX

221 Vid. además de los manuales y comentarios citados las Atti del Convegno Nazionale di Crema, 7-8 ottobre 1988, coord.B.Melchionna, *Accusa e difesa nel nuovo processo penale*, Padova, 1989.,

222 Con las puntualizaciones que pueden verse en CARCANO/IZZO, *Arresto, fermo, e misure coercitive nel nuovo processo penale*, Padova, 1990

averiguamiento; finalmente, los mismos Instrumentos internacionales y Leyes Supremas reconocen al acusado el derecho de defensa «como punto de confluencia de derechos específicos en función de un reequilibrio global de posiciones que fatalmente ha de pasar también por manifestaciones de la asimetría»²²³ posicional de acusación y defensa.

e) Otorgamiento de plena autonomía al fiscal para el ejercicio de sus funciones, rompiendo así la dependencia jerárquica del ejecutivo propia de la etapa anterior²²⁴.

f) Eliminación de cualquier posibilidad de contaminación del juez que ha de sentenciar, de modo que su intervención previa le deslegitima para decidir la causa.

g) Profunda reforma de las impugnaciones ampliando motivos, plazos, resoluciones recurribles, etc.

h) Jurisdiccionalidad de la ejecución que de manera creciente, por mor del predominio de la administración penitenciaria y del abstencionismo judicial, se había visto progresivamente administrativizada. Asumen esta tarea el Tribunal o el Magistrado de vigilancia (de *sorveglianza*, arts. 677 y ss CPPIt.).

En Portugal el nuevo código de processo penal de 1987, en semejante orientación a las de los anteriores se caracteriza²²⁵:

a) Por la configuración del MP como una magistratura independiente, a quien compete:

-la investigación («fase do inquérito») coadyuvado por la policía criminal, a fin de investigar la «notitia criminis» acordando las diligencias precisas para poder o no formular acusación, pero reservando todas las actuaciones lesivas de derechos fundamentales al Juez de instrucción («Juiz de Instrução») auxiliado por la policía.

-la titularidad de la acción penal sin que haya otra entidad legitimada para promover el procedimiento criminal sin el MP (arts. 48º, 53º, 283º CPPP), con las restricciones previstas en los arts. 49 a 52: cuando se requiera previa denuncia (queixa o

223 CHIAVARIO, op.cit., p.34., del mismo vid. Además: «Cinque annni dopo...», Introducción al *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da Mario Chiavario, (2º agg. Al 15 aprile de 1993), Torino, 1993, esp.p.10

224 Vid. SIRACUSANO/GALATI/TRANCHINA/ZAPPALÀ, *Diritto procesuale penale*, op.et loc.cits.

225 Singular importancia tiene la obra colectiva *Para uma nova Justiça penal*, Ciclo de Conferencias no Conselho distrital do Porto da Ordem dos Advogados, con intervención de CORREIA, Lopes Rocha, Guedes Da Costa, Da Costa Andrade, Borges, Ribeiro, Moreira, de Figueiredo Dias, Coimbra, 1983., también LOPES MAIA GONÇALVES, M, *Código de processo penal*, Anotado., 3ª ed. Coimbra, 1990, y bibliografía ivi cit.



denúncia) del ofendido o de otras personas para que el MP pueda promover el proceso (art. 49 CPPP), y cuando se precise acusación particular (arts. 50º, 285º CPPP), supuesto en que el MP acordará las diligencias que estime procedentes participando la acusación particular en todos los actos procesales en que intervenga con quien acusará conjuntamente. Hablo de restricciones y no de excepciones a su exclusiva titularidad para promover el proceso penal, según los términos de su Estatuto que refuerzan el régimen del Decreto-Ley nº 35007, aunque manteniéndose la figura del «assistente» (coadyuvante) en calidad de colaborador y auxiliar del MP, subordinado a su actividad (284º CPPP), con la salvedad del derecho a acusar autónomamente en caso de crímenes «particulares» (art. 285º CPPP) (delitos privados), y siempre con el derecho a recurrir autónomamente las decisiones que pudieren afectarle²²⁶.

b) Cabe la suspensión provisional del proceso, hasta por dos años, siempre que: el delito estuviere sancionado con pena privativa de libertad no superior a tres años o con sanción diferente a la de prisión; el MP lo decidiere de acuerdo con el juez instructor; imponiéndose al acusado una serie de mandatos («injunções») y reglas de conducta; que concurren los siguientes presupuestos: acuerdo con el «asistente», carencia de antecedentes penales del acusado, «carácter diminuto da culpa», que sea de prever que el cumplimiento de lo que se le imponga responderá suficientemente a las exigencias de prevención en el caso concreto. Singular importancia, por los antecedentes en otros procesos, es el de la reparación de los daños de la víctima, de modo que es menester para la suspensión del proceso que indemnice al lesionado, le dé la satisfacción moral adecuada, entregue al Estado o instituciones privadas de solidaridad social cierta cantidad, no ejerza determinadas profesiones ni frecuente ciertos lugares, etc.(art. 281º CPPP).

El cumplimiento por el acusado de los mandatos y reglas de conducta acordados provocará el archivo definitivo de la causa por el MF, no pudiendo ser reabierto. En caso de inobservancia el proceso seguirá su curso sin que pueda retrotraerse (art. 282º CPPP)

c) Tras la fase «do inquérito», facultativamente sigue la de «instrução» (arts. 286º y ss CPPP), si fuere solicitada por el imputado cuando el MP, o el «assistente» si se tratare de delito perseguible a instancia de parte, decidiere formular acusación, o pedida por el «assistente» -si el MP en delitos públicos decidiere no formular acusación-(art. 287º CPPP). La dirección de la instrucción compete al juez de instrucción, asistido por los órganos de policía criminal (art. 288º.1 CPPP).

Consta del conjunto de actos que el juez estime aconsejable llevar a cabo (art. 290º CPPP) y, obligatoriamente, de un debate oral y contradictorio en el que pueden participar el MF, el asistente y su Letrado, el acusado y su Letrado, pero no las

226 MAIA GONÇALVES, M., *Código de processo penal*, cit., p.108

partes civiles (art. 289° CPPP). Su objetivo es debatir oralmente acerca de si concurren indicios fácticos o elementos jurídicos bastantes para justificar el sometimiento a juicio del acusado (art. 298° CPPP) o, en expresión genérica del art. 286° CPPP, la corroboración judicial de la decisión fiscal de acusar o archivar en orden a proceder o no al enjuiciamiento («juulgamento»). Puede acordar el juez las diligencias «probatorias» necesarias, incluyendo las practicadas en la investigación fiscal si no se hubieren observado sus formalidades legales (arts. 291°.2 y 292° CPPP). Concluye con una resolución de apertura o no del juicio oral («despacho de pronúncia o de no pronúncia» (arts. 307° y 308° CPPP)²²⁷.

d) La etapa de juicio («de juulgamento») comprende una fase de realización de «actos preliminares»: saneamiento del proceso, despacho designando día para la audiencia, lista de testigos («testemunhas») presentada y, en su caso, adición o alteración de la misma (arts. 311° y ss.CPPP), notificaciones a peritos y consultores técnicos (art. 317° CPPP), interrogatorio de testigos en su domicilio (art. 319° CPPP), etc. y la Audiência (juicio oral en sentido estricto, Vista Pública o «Hauptverhandlung») en la que con respeto de los principios de publicidad (art. 321° CPPP), oralidad, contradicción (arts. 321°.3, 327° CPPP) e intermediación, se llevan a cabo las alegaciones («exposições introdutórias») (art. 339° CPPP)-eventualmente tras resolver cuestiones previas o incidentales (art. 338° CPPP)-; seguidamente tiene lugar la práctica probatoria (arts. 340° y ss), las alegaciones orales (art. 360°) y si el acusado lo solicitare hará uso de su derecho a la última palabra (art. 361° CPPP). Con la deliberación y votación se dictará sentencia.

e) Pero el CPPP regula, junto a un proceso común, dos procesos especiales en los que su mayor simplicidad y brevedad facilita una Justicia más rápida y eficaz. Estos son el sumario y el sumarísimo.

Se seguirá la causa por los trámites del procedimiento sumario cuando concurrir alguno de los siguientes presupuestos (art. 381° CPPP): que el imputado tenga al menos 18 años en el momento de la comisión del hecho punible enjuiciado; haber sido detenido en flagrante delito; que se trate de un delito público o semipúblico; que esté castigado con pena de privación de libertad no superior a 3 años; que la detención haya sido realizada por la autoridad judicial (incluyéndose el MF)(art. 1°.1.b) CPPP²²⁸). La audiencia del juicio (audiência de juulgamento) se iniciará en el plazo máximo de 48 horas o, en las hipótesis en que sea posible su aplazamiento, en los cinco días siguientes a su detención.

Se caracteriza por la supresión de actuaciones procesales (la acusación es sustituida por la presentación del detenido o por la lectura del auto (art. 389°.3 CPPP).

227 Más extensamente CARVALHO MARTINS, A., *O debate instrutório no código de processo penal português de 1987*, Coimbra, 1987, passim, especial interés reviste su comparación con el «preliminary hearing».

228 El artículo 1° 1.b) del CPPP entiende por «autoridade judiciária: o juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos actos processuais que cabem na sua competência;».

Apreciada por el MF la concurrencia de los presupuestos para el enjuiciamiento sumario, y tras interrogar al acusado, procederá su presentación al Tribunal para la celebración del juicio oral (julgamento), ordenando su libertad si estimare que éste no puede tener lugar en las próximas 48 horas, y si considerara que debido a la necesaria práctica de diligencias tampoco cabe su realización en los próximos 5 días, ordenará que se siga el proceso común (arts. 382º, 387º CPPP).

Si el delito entrare dentro de los que gozan de «dispensa» (art. 280º CPPP) o de *isenção* (exención) da pena (art. 384º CPPP), con previo acuerdo del juez de instrucción podrá decidir el MP el archivo de la causa antes de deducir acusación (art. 280º.1 CPPP); si hubiere formulado acusación, el archivo se acuerda por el juez con la conformidad del MF (art. 280º.2 CPPP). La *dispensa* es «una medida alternativa a las penas cortas de privación de libertad, cuyo efecto criminógeno pretende combatir»²²⁹. Si estuviere castigado el delito con pena de privación de libertad no superior a tres años puede decidir la suspensión provisional del proceso, previo acuerdo del juez instructor, imponiendo al acusado los mandatos y reglas de conducta previstos en el art. 281º.1 CPPP. Los casos de *isenção* de pena está taxativamente previstos en el código penal (daños corporales leves en agresiones mutuas sin probar quién comenzó, art. 147º CPP; daños corporales por negligencia: médico en el ejercicio de su profesión que no provoquen dolencia o incapacidad para el trabajo por tiempo superior a 8 días, art. 148º CPP, etc.²³⁰).

El proceso *sumaríssimo* se aplicará en los casos de delitos sancionados con pena no superior a 6 meses y multa, o sólo con multa, tratándose de delito público o semipúblico, y siempre que el MF entienda que debe aplicarse sólo la pena de multa o una medida de seguridad no privativa de libertad. En estos casos el MP solicitará del Tribunal competente para imponer dichas sanciones que se sustancie por este cauce especial (art. 392º.1 CPPP). También será aplicable este proceso sumarísimo en las hipótesis de privación del permiso de conducir. (art. 392º.2 CPPP).

En este proceso sumarísimo también puede el MF, con la conformidad del juez, decretar su archivo en caso de *dispensa* o de *isenção* de pena, o suspender provisionalmente el proceso (arts. 281º y 282º CPPP). En el proceso sumarísimo está excluida la intervención del *assistente* (art. 393º.1 CPPP) y de las «partes» civiles

229 ROBALO CORDEIRO, A., «Escolha e Medida da pena», en *Jornadas de Direito criminal*. Centro de Estudios Judiciarios, pp.268-269, sigue diciendo «...Al apelar al sentido de responsabilidad y a la participación del delincuente en su propia resinserción social podría además ser encuadrada dentro de las auténticas medidas de tratamiento», cit. por TOLDA PINTO, A., *O novo processo penal*, Lisboa, 1989, añade en la cita² de la pág.35.

230 Otros casos de exención de pena son los de los artículos del código penal portugués: 171º (el que de explicaciones suficientes antes del juicio por difamación o injuria), 269º (contaminación o envenamiento de agua, siempre que se cumpla lo dispuesto además en los arts. 267º y 268º CPP), 268º (Conducción peligrosa de medio de transporte), etc. Vid.más supuestos en la op.,cit. de TOLDA PINTO, pp.241 y ss.

(art. 393º.2) CPPP). El «requerimiento» del MP comprende la identificación del acusado, la descripción de los hechos imputados, la mención de las normas violadas, el enunciado de las razones por las que estime inaplicable la pena de prisión y la indicación de las sanciones que propone (art. 394º.1 CPPP). No es precisa la comparecencia en persona del acusado quien puede hacerse representar por defensor con poderes especiales, en ambos casos si, a preguntas del Tribunal, acepta las sanciones propuestas se acordará así aún verbalmente valiendo el despacho como sentencia condenatoria; si el acusado no comparece ni se hace representar por Letrado con esos poderes se sustanciará la causa por el proceso común condenándose a pagar 10 UCs²³¹.

VI.- APUNTES SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD²³²

En la bibliografía y jurisprudencia esencialmente de los países continentales integrantes de la Unión Europea, se repite, como algo ya plenamente aceptado, que el principio de proporcionalidad tiene categoría constitucional (sin que por ello pierda su naturaleza procesal, pudiendo hablarse pues de que estamos ante uno de los principios procesales constitucionalizados²³³) integrando determinadamente el llamado Estado de derecho.

Su reconocido rango constitucional ha sido obra de manera primordial de la jurisprudencia, sobresaliendo destacadamente la labor de Tribunales constitucionales como el alemán federal. Este Tribunal, desde sus primeras sentencias, ha declarado que del conjunto de la Primera Ley se extraen determinados principios y reglas constitucionales a los que se subordinan las singulares disposiciones fundamentales (BVerfGE, 2, 380, 403), sosteniendo así que hay máximas constitucionales que pueden ser o no escritas y que, para su individualización, mediante la hermenéusis de la Carta Magna, el propio BVerfG debe hacer referencia a todo el Ordenamiento jurídico. El Bundesverfassungsgericht ha referido básicamente el principio de proporcionalidad²³⁴ a la protección jurídico-fundamental de la libertad.

231 Las Ucs o unidades de cuenta equivalen a un cuarto del salario mínimo nacional más elevado, tomado en el momento de la sanción.

232 Más extensamente trato este principio en mis trabajos citados: «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas» y «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», ambos en *Constitución, Jurisdicción y proceso*, respectivamente, pp.277 a 313 y 313 a 377.

233 A este tenor ha de considerarse, ante todo, que me voy a referir a la proporcionalidad en la aplicación de la ley y, además, que su incardinación en la Primera Norma no va a privarle de su naturaleza procesal precisamente por su funcionalidad y dinamismo. Según ha puesto de relieve en muchas ocasiones el TEDH, el canon de proporcionalidad tiene virtualidad en y desde el caso singular y, por ende, en el momento de la función jurisdiccional; al suscitarse por tanto la declaración jurisdiccional acerca de la correcta o incorrecta aplicación de un precepto o realización de un acto presuntamente lesivos de un Derecho fundamental. En inteligencia con lo afirmado vid.mi trabajo «Reflexiones sobre el ‘poder’ judicial y el proyecto de Ley orgánica del Poder judicial», en Rev.Doc.Jca.,1984, 42/44, monográfico dedicado al Proyecto de LOPJ, vol.1.,T.XII,pp.537 y ss.

234 Sobre ello más ampliamente mi trabajo cit. «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas».

Ya desde hace más de doscientos años viene hablándose de la exigencia de proporcionalidad. A ella aludió MONTESQUIEU en sus «Cartas persas»²³⁵. También refiriéndose al orden jurídico-penal, fué destacada por BECCARIA en su leída obra «De los delitos y de las penas»: «No sólo es de interés comun que no se cometan delitos, pero aun lo es que sean menos frecuentes, la proporcion del daño que causan en la sociedad. Así, pues, mas fuertes deben ser los motivos que retraigan los hombres de los delitos, á medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos, que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporcion entre los Delitos y las Penas... Si la Geometría fuese adaptable a las infinitas y obscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas, en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura; pero bastará al sabio Legislador señalar los puntos principales, sin turbar el orden, no decretando contra los delitos del primer grado las penas del último. Y en caso de haber una exacta y universal escala de las Penas y de los Delitos, tendríamos una comun y probable medida de los grados de tiranía y de libertad, y del fondo de humanidad ó de malicia de todas las Naciones...»²³⁶ «... Si se destina una pena igual á dos delitos, que ofenden desigualmente la Sociedad, los hombres no encontrarán un estorvo muy fuerte para cometer el mayor, quando hallen en él unida mayor ventaja»²³⁷

En el art. 8 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, se proclamó que «La ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias...». Como es notorio, tal sanción penal en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, acogida «ilustradamente» en la España del siglo XIX²³⁸ no llegó a una práctica y real observancia según denunció Concepción ARENAL.

La jurisdicción penal, al igual que la literatura especializada, siguen considerando la necesaria exigibilidad de esta máxima. En la conclusión quinta de las «II Jornadas de Catedráticos Y Agregados de Derecho penal» (Barcelona, 29 y 30 de mayo

235 MONTESQUIEU, «Lettres persanes» (102. Usbek a Ibben a Smyrne), en *Oeuvres complètes*, pref. de G. Vedel, présentation et notes de D. Oster, Paris, 1.964, pp.155-116., al decir: « «...l'usage où ils sont de faire mourir tous ceux qui leur déplaisent, au moindre signe qu'ils font, renverse la proportion qui doit être entre les fautes et les peines, qui est comme l'âme des Etats et l'harmonie des empires; et cette proportion, scrupuleusement gardée par les princes chrétiens, leur donne un avantage infini sur nos sultans». También reclama MONTESQUIEU la proporcionalidad de las penas en relación a los delitos que se cometan, en «L'Esprit des lois», VI. 16 («De la juste proportion des peines avec le crime»), en *Oeuvres complètes*, cit., p. 563.

236 BECCARIA, G., *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, Madrid, MDCCLXXIV, Imp. Joachin Ibarra, edic. facsimil con una presentación por F. TOMAS Y VALIENTE, edit. Centro Publicaciones del Mº de Justicia y La Biblioteca Nacional, Madrid, 1993, §VI «Proporción entre los delitos y las penas», pp.28 y ss., pp. 138, 139 y 140. Asimismo vid. pp. 29 y ss. y 33 de la introducción.

237 BECCARIA, op., et ed.cits., p.35.

238 Acaso debido a autores como PACHECO, F, *El código penal concordado y comentado*, 2ª.ed., T.I, Madrid, 1856, pp. XXXVII, XXXVIII, XL, para quienes era menester dar cabida normativa a la proporcionalidad penal.

de 1974), se mantuvo que «El Derecho penal no debe ser utilizado como un mero instrumento del poder; ha de estar siempre, por el contrario, al servicio de los valores comunitarios e individuales. Se guardará en todo caso la debida proporción entre la sanción penal y la gravedad del hecho como exigencia indeclinable de la justicia y la dignidad de la persona humana». Parece claro pues que una ley penal que trascienda de la valoración ética que los actos merezcan para la sociedad, conducirá, normalmente, a una norma válida pero ineficaz. Por otra parte hay que tener en cuenta que la intromisión del Estado en las libertades individuales sólo puede alcanzar el límite de lo necesario para motivar el respeto de los bienes jurídicos, y ello en razón de la tensión constitucional entre libertad individual y exigencias sociales que impone un equilibrio progresivo e inacabable entre ambas.

Pero no sólo en sede penal ha tenido y tiene aplicación la proporcionalidad sino también en ámbitos jurídicos como el administrativo. Su vigencia encaja dentro de aquel axioma del liberalismo que consagraba, como valor supremo, el «favor libertatis» individual frente al Estado, de donde se deducía que «todo lo que no estaba prohibido estaba permitido»²³⁹.

Mas, y como explica FLEINER²⁴⁰, dado que una libertad ilimitada podría desembocar en la *bellum omnium contra omnes*, el particular ha debido ajustarse en su actuar al buen orden de la cosa pública; precisamente la misión de policía radica en hacer valer tal deber jurídico de los ciudadanos. La Policía «es un sector determinado de la actividad de la Administración pública, a saber, la actividad de la autoridad en el terreno de la Administración interior, que impone coactivamente a la libertad natural de la persona y a la propiedad del ciudadano las restricciones necesarias para lograr el mantenimiento del Derecho, de la seguridad y del orden público»²⁴¹. Con tales premisas es lógico inferir que el ejercicio del poder gubernativo (de policía) tiene que someterse a límites determinados dimanantes de su propia esencia: ha de perseguir fines «legítimos» (seguridad, orden público, etc.), adoptar las medidas necesarias para la conservación de los mismos y, finalmente, ha de hacerlo de tal manera que la «limitación de la libertad individual no debe exceder jamás de la medida absolutamente necesaria. **La Policía no debe andar a cañonazos contra los gorriones**»²⁴².

Importa resaltar que, precisamente por la amplia discrecionalidad de que ha de gozar la actividad administrativa de policía, se muestra la proporcionalidad como contrapeso necesario a fin de lograr que esté en adecuada relación con el mal que trata de

239 A mi modo de ver, sería la de que «todo está permitido salvo lo que esté expresamente prohibido». He respetado pese a todo la citada redacción por venir traducida así en la obra mencionada de FLEINER.

240 FLEINER, F, *Instituciones de Derecho administrativo*, Barcelona, 1933, p.312.

241 FLEINER, F, *Instituciones de ...cit.*, pp.312-3

242 FLEINER, op.,cit., p.324. El subrayado es mío, en atención a su expresividad

eludir, debiendo asimismo la autoridad, según defiende MERKL²⁴³, adoptar las medidas menos perjudiciales a los derechos e intereses de los ciudadanos. Dicho de otro modo, si la administración policial en el Estado de derecho es identificable por cuanto conlleva en su actuación, en gran medida discrecional, con eventual empleo de coacción, una limitación de la libertad individual, se presenta la proporcionalidad como uno de los baremos a utilizar en su fiscalización jurisdiccional. Es en este tenor en el que se ha expresado GARCÍA DE ENTERRÍA, al proclamar la exigida controlabilidad de la actividad de policía por los jueces, especialmente significativa porque actúa como protectora de la libertad; sólo en contadas ocasiones, para este autor, puede hablarse de situaciones de estado de necesidad lo que no la convierte, añadiría yo, en un poder excepcional y extralegal, apareciendo por ende, de modo general, como un poder administrativo perfectamente ordinario y regular, legalizado y regulado, limitado también, por consiguiente, como lo son todos los poderes del Estado²⁴⁴.

No sólo en ese campo jurídico particular dentro del Derecho administrativo tuvo y tiene cabida la proporcionalidad, sino que, en definitiva, y refiriéndonos al momento presente, puede ser estimada como regla general²⁴⁵ que ha de presidir toda actividad administrativa siempre que ésta pueda llevarse a cabo dentro de un margen de apreciación y el legislador no haya fijado la medida adecuada, necesaria y subsidia-ria, que el operador administrativo deba adoptar, supuesto éste en el que sólo sería jurídicamente conforme una determinada solución.

La gran expansión del canon de proporcionalidad, verificada desde la II guerra mundial, tiene lugar simultáneamente con el reforzamiento y la consecuente reconceptualización de los derechos fundamentales, que dejan de ser meras afirmaciones programáticas para constituir espacios mínimos de actuación humana a respetar por todos, incluyendo particularmente al Estado (tanto legislador²⁴⁶ como administrador). El individuo se encuentra con la jurisdicción como órgano²⁴⁷ de tutela última y necesaria aún frente a la ley²⁴⁷. Expresamente los Tribunales constitucionales -de modo

243 MERKL, A, *Teoría general del Derecho administrativo*, México, 1980, p.326

244 GARCÍA DE ENTERRÍA, E, «Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario», REDA, 1975, pp.203 y ss. y, esp.211 y ss. En la p. 213 afirma: «...sería gravísimo entender, ... que todo derecho privado o meramente individual definido por las leyes tenga una condición implícita que le hace limitable por los Reglamentos cuando el sentimiento subjetivo de la Administración sobre lo que es el interés colectivo así pueda justificarlo. La doctrina de que el fin justifica los medios no sólo no es admisible en un plano ético general, (mucho menos aún lo es en el jurídico más estricto)...».

245 La idea fundamental de proporcionalidad aparece como referencia exigida para explicar las reglas que han de presidir una «Administración razonable».

246 Vid. PEDRAZ PENALVA, E., «De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano», RAP, 1976, núm.79, pp.145 y ss.

247 De imprescindible consideración son las notas expuestas en el apartado 8 del trabajo citado en la nota anterior, atinentes al cambio en la función de la Ley.

singular el alemán federal y el español, a través del recurso de amparo («Verfassungsbeschwerden»)- han asumido como primordial misión la defensa de lo que constituye la esencia misma del Estado democrático: derechos y libertades fundamentales, tarea en la que revisten gran importancia Tratados internacionales como el CEDH y los Tratados de la Unión Europea -especialmente con la labor acometida por sus principales y respectivos intérpretes: TEDH y TJCEE²⁴⁸.

La proporcionalidad encuentra pleno significado en tales coordenadas y, muy significativamente, en armonía con sus peculiaridades, en el ámbito del Derecho Procesal. Máxime al ser entendida como criterio de lo razonable en la actuación de los poderes públicos e implicar, como medio de protección del «status civitatis», el establecimiento de límites a la intervención estatal en el logro de un equilibrio entre los intereses generales que ha de perseguir y los fundamentales de los individuos que, sólo justificada y excepcionalmente, pueden ser afectados sin lesionar su esencia, y siempre que no se sobrepase lo estrictamente necesario para la consecución del fin pretendido.

La proporcionalidad es por ende algo más que un criterio, regla o elemento de juicio utilizable técnica y asépticamente para afirmar consecuencias jurídicas. Es un principio consustancial al Estado de Derecho con plena y necesaria operatividad, constituyendo su exigida utilización uno de los imperativos básicos a observar en toda hipótesis en que los derechos y libertades fundamentales puedan verse lesionados.

De proporcionalidad puede hablarse, inmediatamente, aludiendo a la exigencia de que toda medida debe ser apta para alcanzar la meta prefijada. Un planteamiento más elaborado connota que la medida acordada tiene que ser idónea a fin de obtener el fin señalado respetando lo más posible -o, podría decirse asimismo, lesionando lo menos posible (abarcaría pues la denominada «alternativa menos gravosa»)-

248 Desde este panorama parece manifiesta la gran importancia que tiene el empleo del principio de proporcionalidad, como canon de rango constitucional a utilizar por los Jueces para corregir el defecto de verdad de la ley (su no correspondencia con los intereses generales). Creo que soy consciente de la mayoría de los problemas que se encierran en esa afirmación. En primer lugar, la posibilidad de que se lleguen a justificar, «a priori», insuficiencias legislativas, en ocasiones provocadas por el propio Estado en lesión de espacios jurídico-fundamentales. Tales insuficiencias podrían venir ora de leyes conteniendo inaceptables -en cuanto normativamente inadmisibles- ámbitos de discrecionalidad ora de disposiciones con un excesivo grado de indeterminación favorecedor de criterios de oportunidad (Sobre ello vid. SCHÜTZ, D., «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei strafprozessualen Massnahmen», Inaugural Dissertation z. Erlangung der Doktorwürde..., Tübingen, 1969, pp.95 y ss) Pero, y en segundo lugar, podrían utilizarse por el Ejecutivo-Legislativo para deferir al Judicial el pronunciamiento sobre determinadas materias estimadas políticamente comprometidas y en consecuencia de naturaleza electoralmente peligrosas (este punto es tratado más ampliamente en el trabajo mencionado PEDRAZ, «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», con expresa cita de las posturas sectoriales de esa bibliografía expuestas, entre otros, por DEGENER, W., *Grundsatz der Verhältnismässigkeit und strafprozessuales Zwangsmassnahmen*, Berlin, 1985, p.185.

la libertad del individuo, de una parte, y, de otra, debiendo existir una relación razonable entre el resultado perseguido y los imprescindibles topes a la opción de medios para la consecución del objetivo²⁴⁹. Añadiré que tales exigencias no sólo han de concurrir en el momento de ordenar una medida singular sino que también, y en su caso, han de subsistir justificando su vigencia: piénsese, verbigracia, en la medida cautelar personal en que la prisión provisional consiste y cuyo mantenimiento ha de estar presidido ineluctablemente por la proporcionalidad. Centrar la reflexión en la medida cautelar personal no supone ignorar que es predicable de cualesquiera otras, incluyendo las reales.

Aceptando su mayor complejidad, parece inevitable emprender su intelección desde su encaje constitucional, con lo que se facilita (dentro de la dificultad e indudables riesgos de llegar a una estricta y unívoca conceptualización y aplicación técnico-jurídica) una utilización exigida para protegerse frente a cualquier entrometimiento arbitrario -en cuanto no constitucionalmente previsto- de los poderes públicos en el «status civitatis», ya en el momento normativo²⁵⁰ ya en el de aplicación de la norma. Así los derechos fundamentalmente sancionados, los bienes constitucionalmente protegidos, los intereses acogidos en la Primera Norma, se nos ofrecen como parámetro constitutivo del término de comparación preciso para efectuar el test de proporcionalidad.

Esta orientación encontraría albergue en su calificación como principio jurídico-constitucional, para cuya naturaleza no parece precisa su textual y explícita sanción en la Primera Norma. A este tenor el BverfG, según expongo al comienzo de este apartado sobre la proporcionalidad, ha declarado que es una máxima constitucional no escrita, para cuya individualización, mediante la hermenéusis de la Ley Fundamental, el BVerfG ha de hacer referencia a todo el Ordenamiento jurídico (BVerfGE 35, 263, 279; 8, 210, 221).

Sin entrar en las significativas modulaciones de la proporcionalidad y su consideración en sentido amplio y en sentido estricto, etc., creo factible adoptar un concepto de la misma que englobe los principios parciales que la integran de adecuación, exigibilidad y proporcionalidad en sentido estricto, enfoque que subyace en la jurisprudencia del propio BverfG²⁵¹.

249 Así hago mías, en cierta medida, las dos definiciones expuestas por el Tribunal Federal suizo (ATF-Arrêts du T. Fédéral suisse. Recueil officiel 102. Ia. 522.x, 97.I.508.Griessen), recogidas por KNAPP, B., *Précis de droit administratif*, 10ª ed., Bâle et Francfort s.M., 1982, p. 74, nº 309.

250 Soy consciente de que valorar el acierto, optimización o idoneidad de la medida acordada indagando tanto si está comprendida en el ámbito constitucionalmente permitido como si es la más correcta técnicamente, puede llegar a traducirse en un juicio de oportunidad de la actuación (y aún de la capacidad de actuación) del legislador. Tal vez tendría que llegar a distinguirse entre «espacio» constitucional dejado a la estructuración de las fuerzas políticas y «espacio» constitucional sometido al control y a la intervención de la jurisdicción constitucional

251 Así cita BVerfGE 48, 402: «La invasión ha de ser adecuada y exigible para alcanzar su objetivo; no debe abrumar excesivamente al afectado y debe ser aceptable para éste». En igual sentido, BVerfGE 63, 144.

Resumiendo todos los extremos parciales de la proporcionalidad, podría llegarse a su unívoca configuración del siguiente modo. Cualquier invasión de la esfera protegida por los derechos fundamentales se encuentra bajo el mandato de la proporcionalidad de los medios, mandato que dimana del Estado de Derecho y de la esencia misma de los derechos fundamentales, que como expresión genérica de libertad del ciudadano frente al Estado²⁵² sólo pueden ser limitados por los poderes públicos en la estricta medida en que fuere inevitable para amparar intereses generales. Medio elegido y objetivo perseguido han de estar entre sí en una relación razonable. La intromisión ha de ser adecuada y necesaria para el fin marcado; no debe ser de tal entidad la invasión que llegue a ser inasumible por el afectado. De lo dicho se deduce pues que ha de ser apta para alcanzar el logro fijado por el legislador y también necesaria; esto es, dicho objetivo no debe poder ser conseguido a través de un medio distinto y menos gravoso y la carga impuesta a cada uno ha de estar también en razonable relación con las ventajas que derivarán tanto para él como para la generalidad.

Para terminar advertiré que no debe ser el principio de proporcionalidad vía para que la Justicia subsane el defecto de garantía general de los derechos, lo que compete prever directamente a la Constitución. Las insuficiencias del Estado: los defectos legislativo y administrativo -eludiendo la correspondiente responsabilidad-, no pueden pretender ser obviados traspasando al judicial la tarea ya de colmar simplemente las pertinentes lagunas o, peor aún, ya de llenar vacíos mediante decisiones que, ajustadas a Derecho, pudieren afectar al campo político, siendo electoralmente desaconsejables. La función judicial resultaría de esta manera perjudicada, conceptual y constitucionalmente, en una doble faceta: de un lado, por cuanto asumiría tareas distintas de las que le corresponden y de aquéllas para las que está; de otro, en cuanto que al interferir en ámbitos no estrictamente «jurídico-judiciales» se vería sometida a las críticas partidistas²⁵³. No se olvide aquella conocida frase de GUIZOT, de una forma u otra omnipresente en su obra (Justicia y Política): «Con la judicialización de las

252 Soy consciente de los cinco enfoques acerca de los derechos fundamentales (liberal -del Estado de derecho burgués-, institucional, axiológica, democrático-funcional y en el Estado social), magistralmente expuestos por BÖCKENFERDE, E-W., «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation», en NJW, 35, 1974, pp.1529 y ss.,

253 E indudablemente la Jurisdicción, el «poder» judicial si se prefiere, tiene sentido y significado -tan liberal como democrático- desde su sujeción a la ley y desde la correspondiente independencia en el seno de su tarea constitucionalmente diseñada. Ni necesita ni exige ni permite otra legitimidad que la dada (la de la ley), y menos aún política, cuyo espacio y tiempo se consume con la aprobación de la ley-; los órganos jurisdiccionales ni son representantes políticos ni deben serlo, encontrando su legitimidad exclusivamente en las coordenadas antedichas o, si se quiere, por y en las garantías del mejor cumplimiento de su función.

disputas políticas, la política no tiene nada que ganar y, en cambio, con la politización de la Justicia, el judicial todo que perder»²⁵⁴.

El empleo del test de proporcionalidad aparece más necesario hoy en día por cuanto se viene reproduciendo la discusión principio de legalidad-principio de oportunidad (suscitada en toda su plenitud en Europa occidental desde finales de los años cincuenta), enraizada en el tema de si ante una ley preferentemente formal²⁵⁵ habría o no que perseguir la Justicia material.

VII.- EL CÓDIGO PROCESAL PENAL SALVADOREÑO:

Principios que lo informan.

Sin perjuicio del pormenorizado examen al que vamos a someter a este cuerpo normativo, conviene destacar los principios básicos por los que se rige esta norma procesal penal, incluyendo el «leit-motiv» inmediato esgrimido en el Decreto No 904 de 4 de diciembre de mil novecientos sesenta y seis por el que se aprueba.

Dedúcese de la citada disposición normativa la preocupación del legislador salvadoreño por actualizar, modernizar, adaptar en suma la legislación procesal penal tanto a las nuevas tendencias legales y doctrinales de los países en los que se integra como destacadamente a la propia Norma Suprema y al resto del Ordenamiento Jurídico. Sobresale en especial su preocupación por la simplificación, orientada a lograr una mayor celeridad de la Justicia penal con respeto de las garantías constitucionales y de lo que denomina principios procesales, enmarcada en el sistema acusatorio con abandono de las normas inquisitivas, estimadas contrarias a la nueva legalidad constitucional.

254 Cuestión distinta, es la relativa a la función de alibi que también ha jugado el principio de proporcionalidad, en el sentido de corregir individualmente, en el caso concreto, la dureza general pretendidamente ejemplificadora socialmente y, también a veces, políticamente oportunista-. Su empleo como alibi por el legislador procesal penal ha propiciado -según ha sido resaltado por DEGENER, W, *Grundsatz der Verhältnismässigkeit und strafprozessuale Zwangsmassnahmen*, Berlin, 1985, pp.184 y 185-, en ordenamientos como el alemán federal, la promulgación de preceptos más profundamente lesivos de los derechos fundamentales so pretexto de la facultad judicial de introducir, mediante el test de proporcionalidad, correcciones protectoras en el caso concreto (lo que supone intentar eludir el indiscutible imperativo a cuyo tenor el juez, en cuanto tal, ha de acatar la norma en sus propios términos, con lo que, ante todo, se vé obligado a cumplirla). Tan dudoso modelo de cooperación entre supuestos abstractos de intervención procesal penal y máxima de proporcionalidad como correctivo individual, favorece, en verdad, oscuras -y aún ambiguas e indeterminadas- redacciones, facilitando un discriminatorio uso del campo de juego normativo como también, repitámoslo, la elusión de la responsabilidad -política- frente a medidas impopulares que el juez deba tomar empujado por lo dispuesto en la ley (Cfr., por ej. el planteamiento según el cual tal indeterminación es aceptable puesto que puede ser completada con ayuda de la proporcionalidad mediante una hermeneusis axiológica. Así, comentando, p.ej. el § 81 a StPO, MEYER, J, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar*, 23 Aufl., Berlin, New York, 1978, Erg.Bd. de 1980., SAX, W, *Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungs- und Ordnungswidrigkeitengesetz*, cit.,etc.)

255 En el sentido estudiado en mi trabajo «La jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu», cit. esp.pp.906-8,cita 6.

Según se comprobará, se decanta de este modo por un enjuiciamiento que se busca responda a las exigencias del debido proceso y, de este modo, a imperativos jurídico-fundamentales como: Juez ordinario predeterminado por la Ley, igualdad de los sujetos procesales, contradicción, defensa, asistencia letrada, derecho a la prueba, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, etc. etc. con lo que se alinea en su basamento estructural entre los cuerpos procesales penales más modernos, sin perjuicio del mayor o menor acierto en su formulación y armonización.

Huyendo pues de prejuzgar su contenido y con miras a que estos Comentarios puedan resultar útiles a los diversos operadores jurídicos, jueces, fiscales, abogados, estudiantes, etc. hemos creído más conveniente acometer el análisis de la nueva normativa en cada uno de sus preceptos, con el imprescindible soporte de los órganos jurisdiccionales salvadoreños cuya tarea no es ni debe ser la mera exégesis sino que en sus múltiples concreciones viene y seguirá contribuyendo a la constitucional intelección de este código así como a facilitar su aplicación.

Finalmente advertiré que con miras a una mayor utilidad de estos Comentarios he procurado insertar en los preceptos correspondientes las nociones más recientes defendidas por la doctrina y jurisprudencia comparadas. De este modo y al hilo de la prueba anticipada procedo a definir la prueba, sus límites, su objeto, las exigencias de la misma y lo que es factible, y cómo, anticipar para que sirva, aún realizado fuera de las sesiones del juicio oral para fundar la convicción del juzgador (en comentarios al art. 266 CPP). Lo mismo por ejemplo al analizar la celeridad y la reiterada tendencia al respeto de los tiempos procesales, que me han sugerido el plasmar lo que significa el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. No es posible hablar de la defensa sin hacer referencia al derecho de defensa y al derecho a la asistencia letrada, con sus matizaciones concernientes a una defensa efectiva, etc. También defino los términos pertinencia, necesidad y utilidad (al art. 247 CPP), etc. De esta guisa podrá acaso ser algo más que una mera colectánea de textos normativos, jurisprudenciales o comentarios lanzados al aire.

Tordesillas a cinco de enero de 2001

Prof. Dr. Ernesto Pedraz Penalva
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valladolid
España



CÓDIGO PROCESAL PENAL.

DECRETO No. 904

**LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA
REPÚBLICA DE EL SALVADOR,**



CONSIDERANDO:

I.- Que el actual Código Procesal Penal, fue aprobado por Decreto Legislativo No. 450, de fecha 11 de octubre de 1973, publicado en el Diario Oficial No. 208, Tomo 241 del 9 de noviembre del mismo año; el cual entró en vigencia el 15 de junio de 1974, enmarcándose sus disposiciones a la anterior Constitución, por lo que no obedece a la normativa Constitucional que rige desde 1983, haciéndose necesaria la armonización de la normativa procesal penal con la nueva Constitución de la República;

II.- Que el actual Código Procesal Penal, mantiene normas de carácter inquisitivo que no facilitan una pronta y efectiva administración de justicia, haciéndose necesario un nuevo Código que, basado en normas de tendencia acusatoria, viabilicen la justicia penal;

III.- Que con el objeto de convertir el proceso penal en un proceso sencillo, con celeridad y respeto de las garantías constitucionales y de los principios procesales, es conveniente que se emita un nuevo Código Procesal Penal;

POR TANTO,

en uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa del Presidente de la República por medio del Ministro de Justicia y de los diputados Walter René Araujo Morales, José Armando Cienfuegos Mendoza, Gerardo Antonio Suvillaga, Salvador Rosales Aguilar, Arturo Argumedo h., Miguel Antonio Espinal Lazo, Francisco Alberto Jovel Urquilla, Marcos Alfredo Valladares, Jorge Alberto Villacorta, Elí Avileo Díaz Álvarez y David Acuña,

DECRETA, el siguiente:

CODIGO PROCESAL PENAL

LIBRO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

TITULO I

CAPITULO UNICO

PRINCIPIOS BASICOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Comentario:

Este Código procesal penal consagra en el Libro I -comprensivo de la «Disposiciones Generales»-, el Título I a los que estima y califica de «Principios básicos y garantías constitucionales»: Legalidad y necesidad del proceso penal («*nullum crimen nulla poena sine previo iudicio*»); Imparcialidad e Independencia de los jueces; Presunción de Inocencia; «duda»; «Privación de la Libertad»; «Única persecución»; calidad de imputado; «Inviolabilidad de la defensa. Defensa material»; «Defensor. Defensa técnica»; «Victima. Derechos de la misma»; «Igualdad»; «Legalidad de la prueba»; «Inobservancia de las garantías»; «Interpretación» y «Generalidad».

Sorprende ya en un primer momento la mezcla realizada como también el orden seguido y la formulación de los principios subyacentes. Nada hay que oponer a la mayoría del contenido aunque sí cabría discutir el porqué es acogida la exigencia de intérprete y no por ejemplo el derecho a no reconocerse culpable o a la no autoincriminación, al derecho a ser inmediatamente instruido de los cargos que se le imputan, etc. (sí acogidos en la Primera ley, así arts. 12 párrafo segundo, 19, 20, etc. Cn, como también en la CADH en sus arts. 7.4, 8.2 g), lo que se agrava respecto del derecho a ser informado que no se predica del imputado pero sí de la víctima. Estimando el legislador que este capítulo I del Tit. I del Libro I es de aplicación general a todo el orden procesal penal, como no podía ser menos, hubiere sido conveniente ser más exhaustivo y evitar repeticiones posteriores que así serían innecesarias (vid. por ejemplo arts. 10 y 87.3, 11 y 87.9, CPP).

Asimismo parece inapropiado el diverso sentido de las rúbricas de los distintos preceptos: el art. 6 se encaja bajo la de «Privación de libertad» cuando su contenido expresa que ha de ser excepcional y siempre en las hipótesis legalmente previstas, mientras que la del art. 7 ya indica el «Non bis in idem» lo mismo que la del art. 9: que la defensa es inviolable. No termino de entender la inclusión tan pormenorizada de la víctima en este Título I habiendo sido suficiente con el enunciado de los derechos que todo interesado y/o interviniente en el proceso tiene en el mismo (acaso ampliando el art. 14). Tal vez la eclosión de la victimología en el momento de la elaboración provocó los arts. 12 y 13, cuya exclusión de este capítulo hubiere incluso favorecido su significado armónico.

Pertenece ya a la teoría general, asumida en todos los países, la posición prevalente de los derechos fundamentales («preferred position»), su efecto de irradiación, su carácter expansivo, su obligada observancia por todos los poderes y autoridades y en especial por los órganos jurisdiccionales, la excepcionalidad de su restricción de modo que sólo en las hipótesis legalmente previstas y desde el juego de la proporcionalidad cabe negarlos -sin alterar su contenido esencial-. El art. 17 CPP que consagra el principio «pro libertate», o es innecesario, o tan importante a considerar, por razones sistemáticas y conceptuales, como otras exigencias constitucionales cuales pudieren ser el respeto de la persona y las hipótesis de su registro o pesquisa (art. 19 Cn), la

inviolabilidad de la morada (art. 20 Cn), la inviolabilidad de la correspondencia (art. 24 Cn), etc. El proscribir la interpretación analógica y extensiva es inaceptable en sede procesal y sorprende su inclusión cuando además es acogida la oportunidad reglada (art. 20 CPP).

Juicio Previo.

Art. 1.- Nadie podrá ser condenado o sometido a una medida de seguridad sino mediante una sentencia firme, dictada luego de probar los hechos en un juicio oral y público, llevado a cabo conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República, en este Código y demás leyes, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas.

Comentario.

1. El principio de necesidad del proceso, indispensablemente complementado con el de legalidad del proceso y el de legalidad penal («Nullum crimen nulla poena sine lege») es fragmentado en los artículos 1 y 2 e incrementado con el del juez ordinario predeterminado por la ley.

2. En principio de necesidad alude estrictamente a la relación entre derecho penal y derecho procesal de modo que la preexistencia de una norma penal no permite la imposición de sanción alguna sino es a través de un proceso en el que afirmada la comisión de un hecho punible por el sujeto enjuiciado resulten acreditados tales extremos.

Deriva pues de este art. 1 que no hay pena sin proceso, siendo insuficiente el derecho criminal para reprimir el delito al carecer de valor directo e inmediato (sólo vale la norma penal en cuanto procesalmente actuada) (art. 11 Cn); que han de preexistir ley penal y ley procesal penal; que el ejercicio del «ius puniendi» del Estado no sólo requiere del proceso sino además del debido proceso o proceso justo que connota según este art. 1: la imprescindible actividad probatoria de cargo bastante para desvirtuar la presunción de inocencia (art. 4 CPP), su desarrollo oral y público amén de con observancia de todo lo previsto en la Constitución (arts. 12, 15 Cn) y el resto del Ordenamiento Jurídico.

A este tenor importa destacar: la vigencia y aplicación inmediata y directa de la Ley Primera como también la precisa comprensión dentro del Ordenamiento Jurídico salvadoreño de los Tratados Internacionales suscritos por nuestro Estado.

3. Asimismo este art. 1 proclama el derecho a no ser condenado o sometido a una medida de seguridad sino es en virtud de una sentencia firme. Se advierte inmediatamente que sólo la condena requiere sentencia pudiendo adoptar otra forma la resolución judicial que acuerde el sobreseimiento y/o el archivo de las actuaciones -ineludiblemente antes de la apertura del juicio oral-. Dedúcese en nexo con toda la normativa que una vez abierto el plenario no podrá terminar más que por medio de sentencia, absolutoria o condenatoria.



4. Es menester que el juicio sea oral. El principio de oralidad está relacionado con el de inmediación y publicidad, exigidos por el proceso penal acusatorio formal frente a la escritura, mediación y secreto propios del inquisitivo, según hemos visto en la introducción.

La oralidad determina que el pronunciamiento judicial ha de ser resultado del debate principal o juicio en sentido estricto, de modo que lo hecho y dicho en él constituye el sólo fundamento de la convicción del juzgador respecto al delito que se afirma y al sujeto al que se imputa. Precisamente la forma oral de desarrollo de las sesiones del juicio permite que los integrantes del Tribunal tomen contacto directo e inmediato¹ con los distintos sujetos del proceso presenciando la práctica de las diligencias probatorias y pudiendo en consecuencia apreciar por sí mismos su resultado. En último extremo pues la oralidad permite y determina que la decisión judicial se forme con base a lo actuado verbalmente, lo que impone que el juicio en sentido estricto o juicio oral esté constituido por una serie de actuaciones suficientes para permitir un completo conocimiento de la causa; de esta manera amén de las alegaciones la práctica probatoria ha de incluirse como actividad imprescindible en este período del proceso.

5. El juicio ha de ser público². El derecho a un proceso público ha sido una de las reivindicaciones³ de los ilustrados frente al secreto prevalente en la justicia del enjuiciamiento inquisitivo calificada de arbitraria y discriminatoria, propia de un sistema de opresión y de desconocimiento de la libertad.

Así reclamaba Beccaria: «Sean públicos los juicios, y públicas las pruebas del reato, para que la opinión, que acaso es el sólo cimiento de la Sociedad, imponga un freno á la fuerza, y á las pasiones; para que el pueblo diga: Nosotros no somos esclavos, sino defendidos...»⁴.

Los revolucionarios franceses acogieron el principio de publicidad en los decretos de 8-9 de octubre de 1789 y de 16-29 de septiembre de 1791 como remedio frente a la parcialidad y corrupción judicial. Mirabeau en un discurso en la Asamblea Nacional sostuvo: «dadme el juez que queráis, parcial, corrompido, mi enemigo mismo si queréis,

1 Aunque habría que matizar dado que aún existiendo un estrecho vínculo oralidad e inmediación, aquélla no siempre comporta ésta. Pensemos que puede tratarse de un testigo de referencia (medio probatorio mediato).

2 Ampliamente en PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho procesal penal. I. Principios de Derecho Procesal penal*, Madrid, edit.Colex, 2000, pp.265 y ss.

3 GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos en el proceso penal*, Barcelona, 1935, pp.95 y ss, en las que dice que llegó a ser la publicidad una petición política.

4 BECCARIA, C.B., *Tratado de los delitos y las penas*, Madrid, MDCCLXXIV, cit., § XIV, p.71

poco me importa, con tal de que nada pueda hacer sino en presencia del público». Jeremías Bentham, uno de los estudiosos de este principio, defendió la publicidad como "...la mas eficaz de todas las salvaguardias ó garantías del testimonio, y de las decisiones que dependen de él: es el alma de la justicia: debe estenderse á todas las partes que concurren á la formacion de la causa, y á toda especie de causa, á eccepcion de un corto número de que se hablará en el capítulo siguiente..."⁵. Entendió ese autor que constituía garantía imprescindible para lograr la colaboración ciudadana a través del testimonio; medio de educar al pueblo; óptimo instrumento de control ciudadano de los jueces, asegurando su probidad y una recta (en cuanto igual) aplicación de la ley; facilitadora de la desacralización de la Justicia cimentando la confianza del pueblo en ella. Pero Bentham no termina de creer ni en la espontánea atracción de la Justicia ni en la eficacia que pueda tener su percepción por personas del común, por lo que llega a proponer diversos medios para lograr auditorio, y además para conseguirlo con la preparación necesaria para entender, concluyendo que tal vez a través de la prensa se pudiera conseguir (mediatamente pues) el conocimiento y difusión de las actuaciones judiciales⁶.

5 BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, compilado por Esteban Dumont con comentarios de B. Anduaga Espinosa, T.I, Madrid, 1843, p.102, vid. también las pp.sig.

6 BENTHAM, J., *De la organizacion judicial y de la codificacion*, extractos de diversas obras de J.Bentham, por E. Dumont, trad. D. J. L. D E B., II, París, 1828, p.83 y ss: «Estamos persuadidos que la publicidad en los tribunales equivale á todas las demas precauciones reunidas. ...Este capitulo tiene por objeto indicar algunos de los medios por los cuales se puede contar con un público ó sea auditorio en las audiencias, y particularmente de un auditorio que pertenezca á una clase instruida, susceptible de seguir todas las operaciones del juez, compararlas con la ley, apreciar sus decisiones y aclarar la opinion.

Las causas ruidosas y las de una importancia mayor, las que excitan un interés de pasion, no necesitan de auxilio alguno para la publicidad; la dificultad está en lograr una asistencia para las sesiones ordinarias, y para el curso regular de los negocios.

La sala debe ser bastante espaciosa de manera que contenga doscientas personas...En Londres, los tribunales de justicia son muy reducidos; pero si bien es cierto que no contienen un numeroso auditorio, este inconveniente está bien compensado por la clase de oyentes, entre los cuales siempre se hallan los letrados mas instruidos...Diez testigos de esta especie influyen mas y causan mayor efecto sobre la atencion y la conducta del juez que doscientos testigos vulgares; no obstante, el numero mayor tiene siempre una influencia conocida, aunque no sea mas que por la probabilidad de los talentos que pueden ocultarse en él...Tambien puede echarse mano de diferentes expedientes para interesar al público en el estado de las causas, un cartelon, figando en varias esquinas, en que anuncie los dias de vista, podrá rivalizar con los que anuncian diariamente las comedias menos instructivas y menos útiles.

Hasta ahora no tenemos mas que espectadores libres y voluntarios, de manera que esta importante publicidad penderia todavia de la causalidad, ¿no habria medio para contar con algunos testigos respetables, por ejemplo, entre los funcionarios públicos, cuyo ministerio les deja algunos momentos libres?. Los eclesiásticos nos parecen á propósito para este servicio. En los tribunales de distrito, los curas de las inmediaciones podrian tener la obligacion de asistir por turno á este servicio ...Tambien podria imponerse á la juventud la obligacion de seguir algun tribunal como una calificacion necesaria para aspirar á los empleos...Pero un tribunal es un parage muy limitado y reducido: porque los ciudadanos que pueden asistir á él son comparativamente en corto número; tengamos presente que el principio de la publicidad exige la libertad de la imprenta para todo cuanto ocurre en los tribunales de justicia...basta pues conceder la facultad de copiar los registros y acuerdos, y confiar en que el interes de los gaceteros y de las mismas partes sabrá distinguir lo que puede excitar la curiosidad general...la publicidad y el motivar los fallos explican la buena conducta de los jueces superiores de Inglaterra; porque si bien es verdad que son los mejores jueces del mundo, es porque son los mas vigilados»



Ya la española Constitución de Cádiz concibió «la publicidad de los juicios a lo menos desde la conclusión del sumario...(como uno de) los principios constitutivos del sistema criminal (Discurso Preliminar LXII), sancionada en el art. 302; en igual sentido el art. 47 del Proyecto Istúriz de 20.7.1836, el art. 68 de la Constitución de 1845, el art. 69 de la «non nata» Constitución de 1856, etc.

En la literatura decimonónica autores como Gomez de la Serna y Montalbán mantuvieron que la publicidad «prevenida hoy espresamente por nuestras leyes (art. 302 Const.de 1812 y 10 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1843), es un gran paso dado en la reforma de nuestro imperfecto sistema de procedimientos...Mas, aunque nuestra actual forma de enjuiciar no sea la mas favorable al desenvolvimiento práctico de la publicidad de los debates forenses, mucho podrían hacer los jueces que conozcan la importancia de su mision sin salir de la letra y del espíritu de la ley, sino por el contrario secundando sus disposiciones, para que los juicios criminales tengan publicidad...y procurando celebrarlas en local bastante espacioso y de acceso fácil á cuantos por curiosidad ó aficion quieran presenciarlas. De este modo contribuirán eficazmente á que entre nosotros se vayan introduciendo hábitos que sean garantía de la inocencia y prendas de que no quedarán impunes los delitos, á que se mejore la moralidad de los testigos, á que los jueces tengan siempre delante de sí un estímulo que los aliente en la severa carrera de su ministerio y un correctivo que los reprima en la senda de la arbitrariedad, y por último, á dar firmeza á los espíritus débiles y á poner un freno á la calumnia» .

Aguilera de Paz proclamó: «la publicidad del juicio en el procedimiento penal como una de las principales ventajas introducidas en el enjuiciamiento criminal...constituye una garantía tan firme y potente en favor de la justicia que...equivale a todas las demás garantías procesales reunidas...»⁸ .

En general para numerosos autores del siglo XIX la publicidad de los juicios contribuiría eficazmente a introducir hábitos que fueran garantía de la inocencia y prendas de que no quedarían impunes los crímenes, de que se mejoraría la moralidad de los testigos y de que se evitaría la arbitrariedad judicial y la calumnia.

Su general reconocimiento como una de las principales exigencias del debido proceso, viene sancionado en la totalidad de Instrumentos Internacionales. De este modo en los arts. 10 y 11 de la DUDH se sancionan el derecho a que la causa sea oída equitativa y públicamente y el de todo acusado de un acto delictivo a gozar de la presunción de inocencia hasta que su culpabilidad haya sido establecida en un proceso

7 GOMEZ DE LA SERNA/ MONTALBAN, *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, T.III, Madrid, 1853, pp.186-7

8 AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T.V, Madrid, 1924, pp.268-9

público en el que se hayan observado todas las garantías necesarias para su defensa; en la declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en Bogotá en 1948, y en su art. XXVI se reconoce a “Toda persona acusada de delito el derecho a ser oída en forma imparcial y pública...”; en el art. 14.1 PIDCP: «Toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías...»; en la Convención americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 1969, y en su art. 8.5: “El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”; etc.

La publicidad de los juicios es susceptible de restricción. Así en el PIDCP (art. 14.1) atendiendo a consideraciones de moralidad, orden público, seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, restrictivamente, en opinión del Tribunal cuando pudiere perjudicar el interés de la Justicia; en la Convención americana de Derechos Humanos (art. 8. inciso final: “...salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”), en el CEDH (art. 6.1, en similares términos que el PIDCP), en el CDHLFCEI⁹ (art. 6 II parece que en términos análogos a los del CEDH y PIDCP). No es susceptible de recorte el deber de pronunciar la sentencia públicamente en el CEDH pero sí en el PIDCP en interés de los menores; y nada dice el Pacto (Convención) de San José de Costa Rica¹⁰.

La publicidad procesal expresa el derecho a la inmediata¹¹ percepción de las actuaciones verificadas por y ante el Tribunal por personas que no forman parte del mismo. Se extiende a las pruebas, vistas y sentencias, con la general salvedad de las deliberaciones del Tribunal¹², sin olvidar el acceso de los interesados a las actuaciones y a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado. Implica otrosí la subsiguiente obligación de habilitar locales con las condiciones precisas para su plena vigencia.

Hay muy variados criterios clasificatorios de la publicidad. Se parte de la «espacial, instrumental o concerniente al lugar en que se desarrolle el proceso» y de «la

9 Manejo la versión acogida en *Textos de Derechos Humanos*, edición de Jose Manuel Zumaquero, Pamplona, EUNSA, 1998. En los términos de la traducción manejada la restricción de la publicidad es predicable de las sesiones del juicio, al venir prevista en semejantes términos que el PIDCP y CEDH: “Las decisiones y los fallos de los tribunales deben ser públicas; no obstante, las deliberaciones pueden desarrollarse total o parcialmente a puerta cerrada para preservar el orden público o proteger secretos de Estado, o cuando lo exijan el interés de los menores o la protección de la vida privada de las partes del proceso”.

10 Me baso en la traducción del CDHLFCEI que conozco, en la que no se dice nada de si cabe restringir el pronunciamiento público del fallo.

11 Mantengo el calificativo inmediato por responder el contacto directo con la formulación más genuina de la publicidad, aunque la mediata -o través de los medios de comunicación- sea la más generalizada y real en estos momentos.

12 Digo general pues la Corte Constitucional Mejicana delibera públicamente



personal». Ésta a su vez se diversifica en la predicable sólo de los sujetos intervinientes en el proceso o también de los terceros al mismo (pudiendo desde esta perspectiva diferenciarse una publicidad intermedia, concerniente a los participantes en el proceso que no tienen la calidad de sujetos procesales pero que sí actúan en él: peritos, testigos, etc.). También son distinguibles publicidad activa y pasiva, de un lado, atendiendo a si las personas que presencien las actuaciones procesales pueden injerirse en ellas o deben limitarse a percibir lo que en las mismas ocurra, de otro lado, cuando «ciertos actos procesales son accesibles al público» o cuando «...de ciertos actos procesales se da cuenta al público». Otro criterio de clasificación es el de publicidad inmediata o mediata, dependiendo de si «la percepción de los actos procesales tiene esta calidad física -por asistencia personal a su desarrollo- frente al de publicidad 'mediata', esto es, la percepción de tales actos por vía indirecta (prensa, televisión, radio, cine, etc.).

Viene siendo mayoritariamente aceptado que la publicidad en sentido estricto se correspondería con la publicidad general -"accesibilidad para todos"¹³ - o expresión del derecho al «proceso público», y que la publicidad para los sujetos procesales se vería reconducida a la posibilidad de actuar en el proceso los derechos e intereses afirmados como legítimos: derecho de defensa, o a la prohibición de ser condenado sin ser oído.

Son claves en la publicidad estricta, general, exógena o externa los extremos siguientes:

a) El imperativo de la intermediación, por el que teóricamente¹⁴ no sería bastante para tenerla por cumplida con la presencia de periodistas que más tarde pudieran informar a la colectividad; sin embargo avanzaré que las intrínsecas condiciones espacio-temporales¹⁵ en que puede satisfacerse, sin perjuicio de otras consideraciones, vienen propiciando su devenir en publicidad mediata.

b) Que ha de acotarse en el proceso penal, «no siendo aplicable, en cuanto tal, a todas sus fases, sino tan sólo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente sentencia...pues únicamente referida a la vista tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad»;

c) Que el derecho que tienen los sujetos personados a intervenir en las actuaciones judiciales de instrucción no confiere a la investigación el carácter de público en el sentido que corresponde al principio de publicidad, sino que es manifestación del derecho de defensa del justiciable. Expresado de otro modo, la publicidad para los sujetos intervinientes en el proceso se reconduce al derecho de defensa.

13 GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, cit., p. 95

14 Atendiendo a su primigenia formulación liberal.

15 Aludo a los horarios y a los locales en que se desarrolla la actividad procesal que manifiestamente favorecen un reducido acceso del «público».

d) En atinencia con el derecho a informar acerca del material sumarial se ha defendido que el secreto del sumario afecta a las diligencias que lo integran, lo que no puede ser obstáculo al conocimiento de aspectos relacionados con la materia objeto de reserva sumarial a través del ejercicio del derecho a la información;

e) Que sus límites han de establecerse por ley, justificados siempre en la tutela de otro bien constitucionalmente relevante, y que ha de acordarse motivadamente por el juez ponderando su proporcionalidad;

f) Que es perfectamente compatible con medidas de seguridad que pueden conducir a limitar el acceso a las sesiones del juicio, en función de la capacidad de la sala o a exigencias de orden en la misma;

g) Que titulares de esta garantía de la publicidad son, en primer lugar, los sujetos del proceso en cuanto favorecidos por la presencia -real o virtual- de la ciudadanía como protección frente a un justicia hermética; en segundo lugar, todos los ciudadanos, interesados en el enjuiciamiento y decisión de las causas conforme a ley.

Concordancias. Art. 11 y 12 Cn., 3, 4, y 413 CPP, 5 Ley del Menor Infractor, 2 y 14 P.I.D.C. y P., 8 y 25 C.A.S.D.H., 7 Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 40 C.S.D.N., 10 D.U.D.H., XVIII y XXVI D.A.D.y D. Del H., 37 Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

JURISPRUDENCIA: La exigencia de proceso previo supone dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso la posibilidad de exponer sus razonamientos y de defender de manera plena y amplia, es decir, en cualquier instancia y en cualquier grado de conocimiento. Y es que hacer saber al sujeto contra quien se realiza el proceso, la infracción o el ilícito que se le reprocha, y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa constituyen circunstancias ineludibles para el goce irrestricto del derecho de audiencia. (Sentencia en el proceso de Amparo del 25/V/1999. Ref. 167-97)

La referencia a la ley del Art. 11 de la Constitución, no supone una remisión plena, ilimitada y absoluta a la legislación secundaria, pues, si bien es cierto, que en el ámbito procesal rige el principio de legalidad de los actos procesales, tal principio no hace referencia sólo a la legalidad secundaria sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone el respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que incluye a la Constitución. Por ello, la legalidad no es sólo sujeción a la ley, sino también y de modo preferente sujeción a la Constitución.

La Existencia de proceso previo supone entonces, dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso, la posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derecho de manera plena y amplia. Y es que hacer saber al sujeto, contra quien se pretende en un determinado proceso, la existencia de éste, y facilitarle el ejercicio de los

medio de defensa, constituyen circunstancias ineludibles para el goce irrestricto del derecho de audiencia. (Sentencias en los Procesos de Amparo del 14/I/1999, Ref. 235-98; del 09/II/1999, Ref. 127-98; del 09/II/1999, Ref. 178-98; del 09/II/1999, Ref. 64-98; del 09/II/1999, Ref. 73-98; del 09/II/1999, Ref. 28-98; del 10/II/1999, Ref. 360-97.

Principio de Legalidad del Proceso

Art. 2.- Toda persona a la que se impute un delito o falta, será procesada conforme a leyes preexistentes al hecho delictivo de que se trate y ante un tribunal competente, instituido con anterioridad por la ley.

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

Comentario.

1. Este precepto contiene los principios de Legalidad penal, legalidad procesal y juez ordinario predeterminado por la ley, respondiendo a lo previsto en los arts. 11, 14 y 15 Cn. Tales imperativos informarán la declaración y la eventual ejecución del mandato jurisdiccional.

La interrelación entre el derecho penal material y el procesal penal se concreta en la respectiva preexistencia determinante del *ius perseguendi* como del contingente ejercicio del *ius puniendi*. Únicamente es perseguible aquella conducta que afirmada procesalmente se acredite constitutiva de una infracción penal atribuible al sujeto enjuiciado; es decir, sólo son susceptibles de persecución aquellas conductas penalmente tipificadas, pero siempre que se asevere su realización objetiva y subjetiva de acuerdo con la norma procesal que regula su enjuiciamiento. Se actuará el *ius puniendi* por el Estado actuando jurisdiccionalmente si del enjuiciamiento del hecho introducido y del imputado contra el que se ha dirigido, obtuviere el juez o Tribunal, más allá de cualquier duda razonable, su convicción acerca de su realización y de la participación en el mismo del acusado.

2. Surge aquí el *concepto de pretensión punitiva*, que es el objeto del proceso penal. La pretensión punitiva es la afirmación del hecho calificado jurídico-penalmente por el acusador, aserto que constituye el presupuesto necesario para el ejercicio del *ius perseguendi* y eventualmente del *ius puniendi*¹⁶. Su debida concreción formal tiene lugar en los escritos de acusación (art. 314 CPP) así como en su caso en las conclusiones finales (art. 353 CPP), siendo agregables los puntos introducidos en los respectivos escritos de defensa (art. 316 CPP) y en las conclusiones finales de ésta (art. 353 CPP).

Se define tal pretensión¹⁷ : **a)** por su carácter público, dada la naturaleza estatal de la función de acusar, cuyo ejercicio aparece reservado ya en exclusiva al MF o con

16 Soy consciente de que el *ius puniendi* incluye el *ius perseguendi*, pero cabe investigar y perseguir un hecho que tras el correspondiente juicio no dé lugar a imposición de pena alguna por considerarse no constitutivo de delito.

17 PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal penal. T.I Principios del proceso penal*, Madrid, edit. colex, 2000, pp.45 y ss

eventual intervención de los particulares en compartido desempeño de esta actividad pública (con distinto grado y modulación en países como Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Portugal, etc.); **b**) consecuencia de su carácter público es su indisponibilidad, de modo que, en principio¹⁸, ni el perdón del ofendido ni el acuerdo entre los sujetos es bastante para impedir la persecución penal¹⁹; **c**) consecuencia de los caracteres anteriores es la consiguiente obligatoriedad de su formulación para el Ministerio Fiscal (Arts. 248, 249 y 253 CPP); **d**) también por la nota de la oficialidad «circunscribiendo la eficacia de las condiciones de procedibilidad a las hipótesis previstas por la norma»; **e**) otro sí por la «irretractabilidad» (art. 410.3 CPPIt), tradicional criterio congruente con la perspectiva aquí defendida: La irretractabilità alude a que no es retractable, es decir, a que una vez formulada la acusación, sale de la esfera de su autor y al objetivarse hace surgir el deber del juez de celebrar la audiencia preliminar (art. 315 CPP) y, en su caso, de abrir el juicio (arts. 322 y 321 CPP); **f**) por tanto la acusación es imprescindible y hace nacer el deber del órgano decisor, una vez abierto el juicio oral, de proseguirlo hasta su culminación mediante sentencia absolutoria o condenatoria de fondo (por tanto deber de decisión); **g**) no comporta derecho a una respuesta estimatoria del órgano jurisdiccional; **h**) finalmente y siempre que se trate de delitos contra la humanidad, ha de advertirse de la imprescriptibilidad de la pretensión.

Aún a riesgo de reiterar lo dicho en la Introducción, recordaré que por definición se excluye de la Justicia penal la búsqueda de cualesquiera intereses individuales, fuera del que pudiese satisfacerse con el general a la paz social, o, dicho de otro modo²⁰ del de restablecer la paz jurídica de la comunidad puesta en entredicho por la infracción punitiva y la consiguiente reafirmación de la validez de la norma violada. El interés público perseguido en el proceso penal va ínsito en la reserva procesal para la solución jurisdiccional de los conflictos penalmente relevantes²¹. La Justicia penal, que comporta la actuación procesal de órganos jurisdiccionales predeterminados, ha de acotarse a los límites objetiva y subjetivamente solicitados; es decir, al espacio fáctico que se sostiene comprendido en la norma penal material y al sujeto del que se predica su participación en el mismo. La acusación constituye así presupuesto (excitación o pedimento objetivo y subjetivo) indispensable para el enjuiciamiento criminal en el que precisamente se declararán o no el delito y su reprochabilidad al sujeto imputado.

18 Hago esta reserva en función de las nuevas tendencias permisivas de la no perseguibilidad de determinadas infracciones atendiendo a su escasa entidad, a las circunstancias peculiares concurrentes, etc., según dimana de la vigencia del principio de oportunidad, aún reglada.

19 No aludo a las infracciones constitutivas de los conocidos aún por algún sector de la literatura como delitos privados (calumnia, injuria).

20 Así ROXIN, Claus, A., *Strafverfahrensrecht*, 25 Aufl. München, 1998, pp.2 y ss.

21 AMELUNG, K., *Strafverteidiger*, 1985, mantiene que concurre un interés social en que el proceso penal fluya según las exigencias del Estado de Derecho o, diría yo, de acuerdo con la regulación constitucional del mismo o con las exigencias del debido proceso.

3. Determinado el objeto del enjuiciamiento penal, y así, que no puede tratar más que del hecho afirmado -subsumible en la norma penal sustantiva anterior al hecho de que se trate, art. 15 Cn- y respecto del sujeto pasivo indicado, siempre de acuerdo con la regulación procesal preestablecida, indicaré que este artículo 2 alude también al Juez ordinario predeterminado por la ley, o según dimana de la Constitución: a) que sólo los órganos judiciales pueden imponer penas (art. 14 Cn); b) que dichos órganos judiciales han de estar previamente establecidos por la ley (art. 15 «in fine» Cn).

Con el riesgo de excederme en los comentarios conviene empero fijar lo que entiendo por Juez ordinario predeterminado por la ley²², exigencia como se ha visto plasmada en la Constitución salvadoreña pero que también se recoge en el art. 14.1 PIDCP («...Toda persona tendrá derecho a ser oída...por un Tribunal...establecido por la ley») y art. 8.1 CADH (« Toda persona tiene derecho a ser oída,...por un juez o tribunal competente,...establecido con anterioridad por la ley...»).

Los orígenes históricos del juez ordinario predeterminado por la ley o, como es denominado en otros ordenamientos jurisdiccionales, del juez natural o legal, han querido ser localizados en el *judicium parium suorum* de la Magna Carta dada el 15 de junio de 1215 por Juan Sin Tierra²³ y, con posterioridad, en la «Petition of Rights» de 7 de junio de 1628, y el «Bill of Rights» de 13 de febrero de 1689, en la medida en que éstos últimos textos prohíben el instituto de las comisiones cuya translación actual aparece representada por la figura del Tribunal extraordinario o de excepción.

Antecedentes históricos menos remotos y más evidentes pueden encontrarse en la Constitución francesa de 15-24 de agosto de 1790 cuyo artículo 17, incluido dentro del título segundo dispone: «el orden constitucional de la jurisdicción no podrá ser turbado ni los justiciables distraídos de sus Jueces naturales por medio de alguna comisión, ni por medio de otras atribuciones o avocaciones a excepción de los casos que sean determinados por la ley...», afirmación que será recogida más tarde por las constituciones europeas del momento.

En la actualidad este derecho al juez predeterminado por la ley aparece regulado en las Constituciones de la mayoría de los países de nuestro entorno cultural y jurídico, tales como la española, la italiana, la alemana, etc. y en los arts. 10 DUDH, 14.1 PIDCP, 8.1 CADH y naturalmente en el art. 15 Cn.

22 Más ampliamente PEDRAZ PENALVA, *Derecho Procesal penal. T.I Principios del proceso penal*, Madrid, edit. colex, 2000, pp. 190 y ss.

23 Si bien es mayoritariamente admitido en la doctrina, que tal texto regulaba el juicio por los pares, y no propiamente la prohibición de comisiones y la afirmación del juez natural. Vid. KERN, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín, 1927, pág. 15. quien estima que el juicio por los pares y la imposibilidad de ser privado del juez natural están situados en planos diferentes, que no resultan condicionados recíprocamente, por ello es falso calificar la Magna Carta como origen de la prohibición de los tribunales de excepción.

El juez ordinario predeterminado por la ley ha de conectarse con la prohibición de los Tribunales de excepción, asumiendo de este modo una doble proyección negativa y positiva:

1) Desde un punto de vista negativo, el principio del juez ordinario predeterminado por la ley lleva aparejadas las siguientes consecuencias: la reserva constitucional de un espacio a los Juzgados y Tribunales, únicos para actuar en él, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 172 Cn); que al fijar el ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional asignado con carácter de monopolio («exclusivamente» dice ese art. 172 Cn) a los Juzgados y Tribunales, está marcando las fronteras de su actuación que no han de ser sobrepasadas, so pena de convertirse en legisladores o de entrometerse en funciones del ejecutivo. En conexión con el anterior, plantar los hitos que no pueden traspasar los demás poderes o autoridades estatales a los que se proscribe su usurpación; que los Juzgados y Tribunales, titulares del monopolio jurisdiccional, serán únicamente los previstos en la Constitución y LOJ. Que junto a otros requisitos que han de estar presentes en la configuración del juez ordinario predeterminado por la ley, el régimen orgánico y procesal del órgano judicial (art. 186 Cn) no ha de permitir calificarle de órgano especial o *excepcional*.

Surge ante todo la característica de la independencia (art. 172 Cn) como nota conformadora y definidora de los órganos jurisdiccionales y más concretamente del predeterminado por la ley, cuyo examen realizaré en el comentario al artículo 3.

¿Qué se entiende por juez excepcional, extraordinario o de excepción?, y, de esta manera, *a sensu contrario*, qué debemos entender por juez predeterminado por la ley.

Cuatro son las notas básicas a considerar para su definición, si bien adviértase que no se precisa la acumulativa concurrencia de todas ellas para concluir que nos encontramos ante tal figura, bastando su alternativa u ocasional presencia:

a) es un tribunal excepcional o extraordinario todo aquél que no ha sido creado por la ley en sentido formal, sino por normas infralegales.

b) Sería también Tribunal extraordinario o de excepción el creado *ad hoc*, con independencia de que lo sea por ley o no, para un supuesto o supuestos concretos. De este modo se pierde la abstracción y la generalidad que impone, tanto la previa existencia, como la falta de acotamiento de hipótesis singulares²⁴, con miras al logro de resultados concretos. Pensemos así en los tribunales que pudieren crearse con propósito de suprimir o erradicar una determinada etnia o confesión religiosa.

24 La atribución del entendimiento de un grupo de casos a un órgano judicial supone ya la predeterminación abstracta constitucional requerida.



c) Es también Tribunal extraordinario o de excepción el creado *ex post*, es decir, tras la comisión del hecho enjuiciable. Nítidamente percíbese que al seguir la constitución del órgano a la realización de la conducta o acto a juzgar se convierte en un órgano caracterizado por su particularismo y así presumiblemente afecto a la obtención de un determinado pronunciamiento.

d) Sería también un Tribunal extraordinario o de excepción aquel que incluso instaurado por ley o por norma distinta, lo ha sido sin las debidas garantías orgánicas y funcionales que lo constituyen como tal órgano jurisdiccional.

El rechazo de los tribunales de excepción proviene, de un lado, de la unidad jurisdiccional que se proclama y deriva en y de la Primera Norma como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales; de otro lado, de la persecución y garantía de la independencia de la Justicia, eludiendo el que por vía organizativa se produzca una invasión en el espacio constitucionalmente reservado a la jurisdicción.

2) Positivamente el derecho al juez ordinario predeterminado conlleva aspectos que deben tenerse presentes:

A) Predeterminación del juez-órgano. El derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la ley exige en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano excepcional²⁵.

La predeterminación legal del juez significa que la *ley*, con *generalidad* y con *anterioridad al caso*, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso²⁶.

El mentado derecho a la predeterminación legal del juez-órgano, impone que el órgano judicial sea creado por norma con rango de ley, resultando así investido de la potestad jurisdiccional y habilitado para ejercitarla funcionalmente, en las hipótesis

25 Naturalmente distingo entre juez de excepción y juez especial. Los órganos jurisdiccionales especiales son admisibles en cuanto normativamente previstos con carácter general y previo para una serie de hipótesis aun concretas. Piénsese en lo que sucede con los Tribunales militares que en muchos países coexisten con los ordinarios, ciñéndose su ámbito funcional al conocimiento y decisión de materias estrictamente militares, dotados también de peculiaridades orgánicas en su composición y funcionamiento.

26 Lo que no comporta el derecho a un Juez determinado en concreto y no excluye, en principio, la posibilidad de establecer reglas especiales de competencia en la distribución de los asuntos entre los diferentes órganos judiciales.

objetivas y subjetivas configuradoras de su competencia, según la ley procesal respectiva. Dedúcese por ende que estará dotado de la exigencias organizativas prevenidas desde la Constitución y desarrolladas en la LOJ; actualizada su jurisdicción²⁷ en la Cn y en la LOJ mediante la fijación de los supuestos que determinan previa y generalmente su competencia y, finalmente, promulgada la norma procesal a la que ha de ajustarse en el desarrollo de su tarea jurisdiccional.

Examinando las notas señaladas en la predeterminación legal del juez-órgano, destacaré:

a) Con carácter previo la necesidad de despejar la afirmación según la cual juez predeterminado es asimismo el juez ordinario.

Especial atención merece, en estrecho nexo con la atribución de jurisdicción y la distribución de la competencia, la exigencia constitucional de que el juez como órgano no sólo ha de estar legalmente predeterminado, sino que además sea antes que nada ordinario.

Juez ordinario equivale al derecho fundamental a un juez dotado de las exigencias organizativas y estatutarias previstas por la Ley que, en cuanto tal, goza de la independencia imprescindible para el imparcial desarrollo funcional de su jurisdicción. Dicho de otra manera, la positiva sumisión a la ley en cuanto a su creación y atribución jurisdiccional y competencial, se traduce en la negativa desvinculación de otros entes o instancias distintas de la misma, lo que le aporta la independencia indispensable y necesaria para afrontar un enjuiciamiento constitucional.

b) Se exige de modo indispensable que el órgano judicial haya sido creado por ley, lo que connota el repudio de cualesquiera delegación parlamentaria mediante decreto legislativo lo mismo que el recurso a decretos-leyes o a cualesquiera otras modalidades ejecutivas de «legislar». Es rechazable por tanto cualesquiera habilitación legislativa al Ejecutivo en materia de constitución, funcionamiento, gobierno y estatuto jurídico de órganos jurisdiccionales, fuera de los términos previstos en la Primera Norma.

Es destacable a este tenor el punto 13o. del art. 182 Cn por el que se atribuye a la Corte Suprema de Justicia la elaboración del proyecto de presupuesto para su vinculante inclusión en el del Presupuesto general del Estado. Entendido en sus estrictos términos excluye la facultad, que en otros Estados permanece, de que presupuestariamente controlen la dotación de materiales y personal imprescindibles para el cumplimiento de su tarea constitucional, lo que indudablemente encierra el peligro de que a través de su restricción pueda obstaculizarse, y en algún sentido condicionarse, la constitucional tarea de la Justicia.

27 Aludo a la concepción procesal de la competencia como actualización de la jurisdicción.

c) Además de la constitución del órgano, con su legal preatribución de potestad jurisdiccional, se exige la legal predistribución de la competencia jurisdiccional que también presenta variaciones o gradaciones desde el punto de vista de la reserva de ley para su previsión, ya que se exige reserva de ley en la determinación de la competencia genéricamente atribuida a cada órgano jurisdiccional, tanto desde un punto de vista objetivo, como territorial o funcional

No basta, sin embargo con la previa creación del órgano por ley, y con la simple determinación de la competencia por ley, sino que además tal ley (que fija la competencia) ha de ser *previa*, en cuanto que anterior al caso, y *general*, en cuanto genéricamente previsora de la competencia para el conocimiento de todos los supuestos fácticamente posibles y subsumibles en su legal previsión. Con éstas exigencias encuentran cumplimiento las notas de legalidad, anterioridad y generalidad en la fijación de los criterios de determinación competencial, satisfaciendo la previsibilidad que incorpora señaladamente el principio del juez legal.

Tal vez resulte más claro lo dicho concretando que el concepto de juez competente acoge varios sentidos: significa, ante todo, órgano investido de jurisdicción en lo penal, con la consecuencia de que la sentencia dictada y los actos de procedimiento ejecutados por persona u órgano no investido de jurisdicción son, en sí, nulos y constituyen además delito; significa a la vez el establecido con carácter general por las leyes de competencias y atribuciones; finalmente, dentro de la jurisdicción ordinaria, juez competente significa el órgano jurisdiccional en lo penal a quien por razón de la materia, del lugar y de la función -según la clase del acto o de la serie de actos procesales-, corresponde a tenor de la ley el conocimiento en la causa -o en actos concretos de ella- con preferencia a todos los demás.

d) Por último, se exige que el reparto entre órganos jurisdiccionales de la misma clase y competentes en el mismo territorio, se efectúe conforme a criterios objetivos excluyentes de elementos aleatorios propiciadores cuanto menos de la imprevisibilidad y aún de la arbitrariedad. Estoy aludiendo a lo que en algunos países se denomina las normas de reparto de asuntos o del trabajo (arts. 28 b), 29 2^ª, 51 1^ª LOJ) de los Tribunales.

Mediante estas normas de reparto se señala el órgano jurisdiccional dentro del mismo grado, tipo y territorio al que ha de corresponder el enjuiciamiento de una determinada causa con exclusión de todos los demás. Pero además debo hacer notar que estas normas reglamentarias, de naturaleza administrativa, aunque sólo se asemejan a una «norma de competencia», en verdad son las que en la pirámide jurídica sirven para establecer el órgano que va a enjuiciar esa causa con participación de esas personas.

Soy consciente de que es inevitable un sistema o norma de repartimiento cuando existen varios Juzgados o Secciones en una circunscripción y orden jurisdiccional, y

también lo soy de que en definitiva dan realidad a la genérica proclamación del art. 15 Cn en cuanto predeterminan reglamentariamente el juez legal, con lo que inciden gravemente -y no entro aquí y ahora si positiva o negativamente de acuerdo con el sistema actual- en este derecho fundamental al juez predeterminado por la ley, pudiendo llegar a provocar su real negación.

B) -Predeterminación del juez-persona. Si bien es ésta una cuestión altamente debatida en la doctrina y jurisprudencia, entiendo que la predeterminación legal del juez debe abarcar, llegar o extenderse hasta la determinación, previamente deducible, de la persona concreta que integrará el órgano jurisdiccional.

La traducción legal positiva de esta afirmación encuentra su apriorístico reflejo, en primer lugar, en la propia LOJ, de modo tal que cabe mantener que la composición subjetivo-cuantitativamente abstracta de los órganos judiciales viene ya prevista en el articulado de tal norma. Así por ejemplo el art. 2 LOJ dice que se compondrá la Corte Suprema de 15 Magistrados, en semejante sentido otros preceptos de la LOJ como pudiere ser el art. 4 también de la LOJ.

Por lo que se refiere a los órganos unipersonales es claro que al frente de dichos órganos se encuentra el juez o magistrado que ha obtenido su destino en dicho órgano, de modo tal que la composición subjetiva del mismo viene predeterminada por esta circunstancia regulada en la legislación «ad hoc».

No obstante tal regulación no se limita exclusivamente a la simple composición «habitual» de los órganos unipersonales, sino que se extiende a la previsión de ciertas eventualidades que pueden repercutir en su inicial configuración subjetiva, así, por ejemplo, son objeto de regulación las sustituciones, las prórrogas de jurisdicción- en realidad prórrogas de competencia-, las comisiones de servicio, y el nombramiento de Magistrados suplentes (art. 11 LOJ) y de Conjueces (art. 32 LOJ).

Por lo que hace a los órganos colegiados, al margen de la ya citada previsión de la conformación subjetivamente abstracta y cuantitativa que realiza la LOJ, la regla general, al igual que sucedía con los órganos unipersonales, es que los mismos están servidos por los magistrados que han alcanzado destino en dichos órganos colegiados. Sin embargo la presencia de una pluralidad de magistrados en éstos órganos hace necesaria la existencia de algún legal mecanismo procedimental, que configure la composición concreta para cada caso específico, tema que ya excede de estas notas.

Creo que lo afirmado sirve para aclarar que con la predeterminación legal del juez persona, obviamente, no me refiero a la individualización nominativa del sujeto concreto que ha de formar parte del tribunal enjuiciador, sino más bien, y en verdad, a la previsión legal de las vías infralegales, pero *secundum legem*, necesarias para llegar a la concreción subjetiva de la persona que en calidad de juez o magistrado integrará el órgano jurisdiccional correspondiente. Naturalmente la objetivación normativa de tales vías debe conformarse de tal suerte que en circunstancias aún anormales permita

determinar *a priori* qué persona en concreto formará parte del tribunal que conocerá de un asunto. Retomando la doctrinalmente discutida prórroga de la predeterminación legal al señalamiento previo de la persona del juez a integrarse en el órgano judicial, creo aconsejable apuntar que no parece de recibo, por una parte, mantener que la vulneración del turno de reparto personal en los órganos colegiados supone violación del Juez ordinario predeterminado por la ley, y negar, por otra, que la predeterminación legal del juez se extienda hasta la determinación del juez-persona. Por la lógica coherencia intrínseca del razonamiento estimo que, si tal planteamiento es idóneo para reconducir la citada violación, también debe serlo para prevenirla, lo que es tanto como admitir que si la violación posterior del turno de reparto que afecta al juez – persona supone desconocimiento del juez ordinario predeterminado por la ley, la previa y positiva previsión del respeto del turno que también atañe al juez – persona es integrable, de igual modo, en el juez ordinario predeterminado por la ley.

Para terminar este punto, acerca de la predeterminación del juez-persona, afirmaré, de un lado que si la (negativa) prohibición de los Tribunales de excepción y la (positiva) exigencia de la predeterminación legal del juez-órgano son reconducibles a la garantía de la independencia, la segunda, es decir, la predeterminación legal del juez-persona, se traduce además e inmediatamente en el derecho fundamental a la imparcialidad del juez²⁸.

C) La conclusión a extraer, pues, es la de la necesidad de configurar el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley como principio inexcusablemente informador del debido proceso, aunque en singular y estrechísimo nexo con la jurisdicción²⁹.

La previsión del juez ordinario predeterminado por la ley que hace posible la doble dimensión analítica de la independencia y la imparcialidad, me lleva a configurarlo como un principio jurídico-fundamental de inexorable juego no sólo en sede procesal penal sino también en los diversos ordenes jurisdiccionales, pues es claro que en todos ellos el juez, en cuanto tal además de con independencia, ha de actuar con imparcialidad.

28 En el sentido de que la provisión objetiva de los componentes del órgano jurisdiccional busca eliminar dependencias o sujeciones de individuos (en calidad de juez o magistrado concreto) singularmente propicios para sí o a favor del que los designa o promueve en decidir las controversias interesada y así particularmente (de modo arbitrario), ateniéndose de esta manera a consideraciones ajenas a la ley al decidir las controversias que resuelvan.

29 Advierto que no niego con ello la interrelación Acción/Jurisdicción/proceso, pero tampoco he de desconocer que hay exigencias, como la que me ocupa del juez ordinario predeterminado por la ley, que está a caballo entre jurisdicción y debido proceso. En su dimensión negativa, de independencia delimitadora del espacio competencial exclusivo de los órganos jurisdiccionales, se vería estrechamente unido a la potestad jurisdiccional; en su dimensión positiva de que el proceso, el debido proceso, está reservado al rogado desarrollo jurisdiccional, evidentemente incido en este instituto con la garantía del juez ordinario que contribuye a integrar el proceso equitativo, proceso equitativo reservado precisamente a un juez no excepcional, y si ordinario y predeterminado por la ley que es el único constitucionalmente admisible.

4. Parecería innecesario el inciso final de este art. 2, concerniente a la exigencia del juez predeterminado y a la preexistencia de la ley, relativo a la ejecución y a la aplicación de medidas de seguridad, primero porque el art. 1 ya dice que nadie podrá ser sometido a una medida de seguridad sino mediante sentencia firme....etc (art. 1 CPP), y segundo porque la función jurisdiccional no sólo abarca por definición la «cognitio» y «decisio» sino asimismo la «executio» (art. 172 Cn). Pero, y dado que acaso por razones históricas se ha producido un abandono efectivo de la ejecución en pro de la Administración, estimo que es bueno insistir en la jurisdiccionalidad de la fase de ejecución.

Concordancias. Arts. 8, 11, 13, 15, 172 Cn., exposición de motivos de la Cn., 1, 6, 15 CPP, 5 L. Del M. I., 9.1 y 15 P.I.D.C.P., 7.2, 8 Y 9 C.A.S.D.H., 6 Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 40 C.S.D.N., XXV y XXVI D.A.D. y D. Del H., 2 y 9 Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, 3 Reglas mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad.

JURISPRUDENCIA: PRINCIPIO DE LEGALIDAD. El principio de legalidad rige a los tribunales jurisdiccionales, por lo que toda actuación de éstos ha de presentarse necesariamente como ejercicio de una potestad atribuida previamente por la ley, la que los construye y delimita.

Lo anterior significa que los tribunales jurisdiccionales deben someterse en todo momento a lo que la ley establezca. Sin embargo, este sometimiento implica que los tribunales jurisdiccionales deben actuar de conformidad a todo el ordenamiento jurídico—incluyendo la Constitución—y no sólo en atención a las normas que regulan una actuación en específico, tal como lo establece el Art. 172 inciso tercero de la Constitución. (Sentencia en el proceso de Amparo del 27/IV/1999, Ref. 171-97).

En el proceso rige el principio de legalidad de los actos procesales; tal principio no hace referencia sólo a la legalidad secundaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que lógicamente comprende a la Constitución.

Por lo anterior, la legalidad no es sólo sujeción a la ley, sino también y de modo preferente sujeción a la Constitución. Y es que sobre la expresión “ley” no debe olvidarse que, en virtud de los principios de supremacía constitucional, jerarquía normativa y regularidad jurídica, la disposición legal debe ser conforme, en forma y contenido, a la normativa constitucional, al igual que los razonamientos judiciales y administrativos.

Lo anterior aplicado al proceso implica, que la idea de proceso previo, debe ser legal, pero sobre todo, constitucionalmente adecuado: respetando los derechos y principios constitucionales, así como los derechos, obligaciones y cargas procesales de las partes del mismo, en cualquier instancia y en cualquier grado de conocimiento. (Sentencia en el Proceso de Amparo del 25/V/1999, Ref. 167-97).



PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES. El principio de legalidad de los actos procesales no sólo hace referencia a la legalidad secundaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone el respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que lógicamente comprende a la Constitución.

Por lo anterior, la legalidad no es sólo sujeción a la ley, sino también - y de modo preferente- sujeción a la Constitución. Y es que sobre la expresión “ley” no debe olvidarse que -en virtud de los principios de supremacía constitucional, jerarquía normativa y regularidad jurídica-, la disposición legal debe ser conforme, en forma y contenido, a la normativa constitucional, al igual que los razonamientos judiciales y administrativos. (Sobreseimiento en el proceso de Amparo del 6/IV/1999, Ref. 24-R-79).

Imparcialidad e Independencia de los Jueces.

Art. 3.- Los magistrados y jueces, competentes en materia penal, sólo estarán sometidos a la Constitución de la República, y a la legislación secundaria, y sus actuaciones serán imparciales e independientes.

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

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

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

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

Comentario.

1. En este «macro» precepto se han regulado cuestiones tan diversas como las siguientes: exclusivo sometimiento de los jueces y magistrados penales al Ordenamiento Jurídico (Constitución de la República y legislación secundaria), reiterándose lo dicho a este tenor en el art. 1 con referencia a la llevanza del proceso («conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República...»); imparcialidad e independencia de sus actuaciones (reitera la imparcialidad al proclamar que un mismo juez no

puede administrar Justicia en sus diversas instancias) deber de buscar y tener en cuenta no sólo lo desfavorable sino también lo favorable al reo; deber de no interferir en la Jurisdicción penal que incumbe a los otros Órganos y autoridades del Estado no jurisdiccionales ; y que cualquier intromisión en su ámbito competencial lesiva de su independencia deberá ser puesta en conocimiento de la Corte Suprema y, en su caso, de la Fiscalía General de la República y del Consejo Nacional de la Judicatura.

Tal enumeración de temas es reconducible a: independencia e imparcialidad y al deber de buscar lo favorable como lo desfavorable al inculpado, o sea, al cumplimiento del fin público del proceso que exige la actuación de la ley en los supuestos preexistentes y que requiere que se persiga y en su caso condene al culpable, pero también que no se enjuicie o eventualmente que se absuelva al que por causas legalmente contempladas no pueda reprochársele la conducta procesalmente afirmada como punible.

2. La independencia judicial es inteligible siempre en sentido negativo. Alude a que a todos y cada uno de los Juzgados y Tribunales³⁰ les viene reservado constitucionalmente, en cuanto tales órganos jurisdiccionales, el espacio competencial que no deben sobrepasar en el desarrollo (realización o actuación) funcional de la jurisdicción de la que están investidos; simultáneamente que ningún otro poder o autoridad, público o privado, puede inmiscuirse en dicho ámbito jurídico-fundamentalmente delimitado. Es en tal sentido en el que se afirma que son independientes en el desempeño de su tarea jurisdiccional, por lo que no pueden verse inquietados ni perturbados, permaneciendo inmunes aún para el resto de los Órganos jurisdiccionales.

3. La imparcialidad. Se distingue de la independencia (art. 186 párrafo cuarto Cn) por cuanto aquélla es una exigencia que se predica y reclama de los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de la potestad de la que vienen investidos, por tanto en el momento procesal o dinámico. Requiere la preexistencia de una ley suponiendo así que el juez como tal es y será imparcial en tanto en cuanto no sea arbitrario; es decir mientras aplique al conflicto ante él planteado una norma preexistente decidiendo conforme a ella. Dicho de otra manera, el juez es imparcial en la medida en que aplica la voluntad general, la voluntad de todos formalmente promulgada como ley, fruto por ende del procedimiento constitucionalmente establecido, y así democrático. No será imparcial el juez si lleva a la solución del caso su criterio personal, propio, en lugar del social formalmente publicitado a través de la ley; si sustituye esa voluntad general por la individual no decide conforme a ley, es arbitrario y de este modo parcial, pues ha impuesto en el caso concreto una solución particular y no general. Insistiendo en la

30 No es ocioso hablar de todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales, con lo que niego que el conjunto de los Juzgados y Tribunales integren el Poder Judicial como un Poder separado, autónomo, estructurado, etc., sino que a todos y cada uno de los Juzgados y Tribunales, en el mismo grado investidos de Jurisdicción, corresponde ese ámbito competencial constitucionalmente establecido que integra la potestad jurisdiccional.

diferenciación a efectos analíticos entre independencia e imparcialidad, recalcaré que la esfera de actuación de los órganos jurisdiccionales, que no debe ser allanada por nadie³¹, marca el ámbito en el que ha de actuar la Ley; es decir, juez independiente es el que dentro de ese espacio competencial, que le viene constitucionalmente reconocido con carácter exclusivo, lleva a cabo su función de aplicar la ley. Juez imparcial es el sometido a la ley³². La imparcialidad agrega a la independencia el componente dinámico que encierra y precisa su rogada actualización procesal. De este modo la imparcialidad debe predicarse y exigirse procesalmente, o sea, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el caso concreto, al desarrollar por tanto la función jurisdiccional. Amén de esa articulación en la orgánica constitucional en el ámbito jurídico-fundamental, el imparcial desempeño de la jurisdicción connota la preexistencia de una ley; en y desde el sometimiento a la ley encuentra el juez sentido y encuadre a su actividad. El juez no puede ni debe decidir controversia alguna conforme a su opinión, a su juicio, a su arbitrio; la arbitrariedad está proscrita en el art. 9.3 CE, prohibición reforzada por la suficiencia del Ordenamiento Jurídico al brindar al Juez las normas que precise para que no tenga que llegar al «non liquet». Insistiré en que no será imparcial el juez si lleva a la solución del caso su criterio personal, propio, en lugar del social formalmente publicitado a través de la ley; si sustituye esa voluntad general por la individual no habrá decidido conforme a ley, habrá sido arbitrario y de este modo parcial, pues habrá aplicado al caso concreto una solución particular y no la general³³.

- 31 La Constitución francesa del 5 fructidor año III de 22 de agosto de 1795 proclamó en su art. 202: «les fonctions judiciaires ne peuvent être exercées, ni par le Corps législatif, ni par le Pouvoir exécutif»
- 32 Recordaré a este respecto el art. 97.1 de la Constitución de Bonn, según el cual «Los jueces son independientes Y están sujetos únicamente a la ley» (*Die Richter sind unabhängig UND nur den Gesetz unterworfen*). La conjunción copulativa Y creo que es significativa, pues además de ser independientes están sometidos a la ley. (cfr. Dieter SIMON, *La independencia del juez*, Barcelona, 1985, esp.pp.3 y ss., y GRIMM, H, *Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1972).
- 33 Antes de proseguir creo imprescindible hacer una seria advertencia. En modo alguno considero que el juez no requiera legitimidad y tampoco que la misma se resuelva en la mera legalidad, aunque no sea más que por la devenida pobreza de la ley y las terribles consecuencias vividas desde su formal vigencia. Parece evidente que ha de exigirse racionalidad a la Justicia «cuyas decisiones han de satisfacer criterios de seguridad jurídica a la vez que criterios de aceptabilidad racional»; también es cierto, según indica asimismo HABERMAS, J., (*Faktizität und Geltung*, 3.Aufl., Frankfurt a.M., 1992, p. 292,) que «la práctica de las decisiones judiciales está ligada al derecho y a la ley, la racionalidad de la jurisprudencia («Rechtsprechung») depende de la legitimidad del derecho vigente. Ésta depende a su vez de la racionalidad de un proceso legislativo, que, en la situación de división de poderes que el Estado de derecho establece, no está a disposición de los órganos de aplicación del derecho». ¿A dónde quiero llegar con estas citas?. Corriendo el riesgo de simplificar, pretendo reconducir el tema a la independencia, en el sentido de que implica un espacio de actuación así como un modo de actuación jurisdiccional y ello desde su jurídica cobertura que no debe limitarse al derecho positivo sino también a la vinculante lectura constitucional del Ordenamiento acometida por el TC (art. 5.1 LOPJ) con escrupuloso respeto del margen de apreciación («Ermessensspielraum») y de la discrecionalidad judiciales («Beurteilungsspielraum») indispensables en la concreción al caso del mandato general y abstracto. (Acerca de esos conceptos vid. BACHOF, O., *Beurteilungsspielraum*», en JZ, 1955, pp.96 y ss., KELLNER, «Neue Erkenntnisse zum sogenannten Beurteilungsspielraum?», RUPP, «Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit, en NJW, 1969, y demás bibliografía citada en la nota 69 -en la que hago una breve exposición de estos conceptos- de mi trabajo cit. «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *Constitución, Jurisdicción y...*, cit.). Sobre el concepto de «legitimación» vid por todos a HABERMAS, J, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires 1973, esp.pp.119 y ss.

El juez, por definición, ha de ser imparcial, pero no neutral, siempre que por neutralidad se entienda algo más que objetividad. El juez no tiene que permanecer equidistante entre los diversos intereses hechos valer en el proceso y resolver salomónicamente el conflicto, sino que ha de decidirlo según ley, es decir, llevando al caso concreto el mandato general y abstracto en que democráticamente -siguiéndose el procedimiento constitucionalmente establecido- se ha plasmado la voluntad general. No implica de este modo distanciamiento parejo de los contendientes sino el examen (cognitio) de la contienda con objetividad (o sea, en y desde la ley procesal y material aplicables), y la emisión de un pronunciamiento (decisio).

El derecho al juez imparcial es una exigencia básica del proceso debido, derecho que constituye garantía en la Justicia propia de un Estado de Derecho, de ahí que deba considerarse inherente a los derechos fundamentales del Juez legal y de un proceso con todas las garantías, pero sin olvidar su manifiesta incardinación otrosí en el art. 172 (párrafo tercero) -«...y está sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes»-

La imparcialidad es una nota que define al juez actuando como tal: *secundum legem*. Es así correcto expresar que va orientada a garantizar que la razonabilidad de la pretensión de condena sea decidida, conforme a la ley, por un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñan en el proceso, entendiendo por el término razonabilidad: juridicidad o relevancia jurídica; es decir, al juez no corresponde decidir cuál de los intereses en conflicto es el más «arreglado, justo, conforme a razón» -según es definida la «razonabilidad» por el Diccionario de la Real Academia de la lengua española-, sino constatar la juridicidad del interés que, procesalmente deducido, se afirma que ha sido desconocido, negado o violado, declarándolo eventualmente ajustado a derecho y, si ambos intereses estuvieren tutelados jurídicamente, habrá de satisfacer aquél que en ese lugar y momento sea jurídicamente relevante³⁴; no otra cosa puede significar su deber de decidir conforme a ley³⁵.

Tampoco es enteramente rechazable entender, según se ha dicho, que «ser tercero entre partes, permanecer ajeno a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio, son notas esenciales que caracterizan la función jurisdiccional desempeñada por Jueces y Magistrados», si «permanecer ajeno a los intereses en litigio» supone no participar de ellos más que en la medida de la ley³⁶.

34 Reitero que estoy aludiendo a hipótesis como la siguiente: estando amparados por el Ordenamiento los derechos del arrendador y del arrendatario, ha habido épocas -pensemos en la postguerra- en la que por la escasez de viviendas la prórroga forzosa del contrato arrendaticio urbano fue estimada relevante.

35 *A sensu contrario* es claro que le parecerá más justo al juzgador no desalojar de una finca a personas carentes de los mínimos recursos económicos para subsistir máxime si el propietario lo es también de otras muchísimas fincas que pudieren incluso estar sin explotar.

36 Siempre sin olvidar lo que he suscitado en la cita anteúltima.

Reflexionando acerca de esto último puede afirmarse que la alienidad judicial, su alejamiento de las posiciones enfrentadas no definen la imparcialidad pero la hacen posible; es decir, no es imparcial el extraño a los intereses en conflicto sino el que, por encima de su mayor o menor afinidad con ellos, es capaz de contener su afección y de resolver según ley y no de acuerdo con su inclinación, sentimiento o convicción personal. Recuérdense temas como el del aborto o el del divorcio en los que a pesar de la ideología o creencias que pueda tener el juez, si concurren los supuestos normativos tipificados, ha de extraer las consecuencias previstas legalmente³⁷. Aquí es donde radica básicamente actuar en calidad de juez. Intentar llegar a un juez aséptico, a un eunuco incapaz de padecer y de sentir es, amén de algo prácticamente imposible, no recomendable. Ha de ser una persona entre personas y no una máquina, de aquí la ineludible necesidad de seleccionar a jueces que no sólo sean sabedores del derecho sino también personas dotadas del *common sense* y que, como tales, razonan, sienten, viven y por tanto son idóneos para juzgar y absolver o condenar³⁸. Es aquí, en esa aptitud propia, personal, de distanciamiento, favorecida por la inexistencia de vinculación directa o indirecta, donde enraiza la que viene denominándose «imparcialidad subjetiva»: o sea, *per se* el juez en cuanto tal, se presume apto para resolver sólo con la ley pero, a fin de tranquilizar al justiciable acerca de la realidad de tal presunción, de que el juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto, de que las exigencias orgánicas y funcionales que le constituyen como tal son bastante para excluir razonablemente cualquier posibilidad de decisión particular, se habla de «imparcialidad subjetiva». Consiste en aquella garantía que permite, por mor de la exigible imparcialidad, que un juez pueda ser apartado del conocimiento de un concreto asunto cuando existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que permitan afirmar, con fundamento, que el juez no es ajeno a la causa o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico (así las ideas racistas).

La presunción de imparcialidad, *subjetiva*, de que gozan los jueces y magistrados -de modo que se les considera imparciales mientras no se demuestre lo contrario-, no permite olvidar que las apariencias son muy importantes (*justice must not only be done: it must also be seen to be done*) porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos. Pero no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de

37 Tema diferente es que el justiciable que considere que por la exteriorización de sus creencias, ideología, etc., el juez no va a resolver imparcialmente pueda recusarlo. No cabe ignorar que el juez tiene una ideología en cuanto persona.

38 Parece por ende indispensable un sistema de selección de jueces que no se circunscriba a verificar su conocimiento más o menos exacto de la legislación vigente, en el que resulta favorecida la persona capaz de retenerlo todo, aunque no entienda nada, sino que asimismo debe verificarse su capacidad de razonar jurídicamente.

un concreto asunto con que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es menester determinar, en el caso concreto, más allá de la simple opinión del acusado, conforme a los criterios admitidos³⁹, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas.

La «*imparcialidad subjetiva*» puede entenderse concerniente a aquellos aspectos que expresan sospechas de indebidas relaciones del Juez con las partes, mientras que las que evidencian la relación del Juez con el objeto del proceso, hacen referencia a la «*imparcialidad objetiva*».

Las exigencias de imparcialidad inciden en la actividad procesal y extraprocesal del Juez del caso, determinando normas y exclusiones orientadas a desvanecer cualesquiera prevenciones legítimas acerca de la idoneidad del juzgador.

Procesalmente es así afirmable la incompatibilidad entre las funciones de fallo y las de previa acusación o de auxilio a la acusación o entre las facultades de instrucción y las de enjuiciamiento. También carece de la debida imparcialidad para revisar el fallo en segunda instancia el Juez que lo ha dictado en la primera; pueden también surgir dudas sobre la imparcialidad del Tribunal cuando, en un pleito anterior, se ha pronunciado sobre los hechos debatidos, aunque la razonabilidad de las mismas exija el examen concreto de los pronunciamientos previos emitidos. En el ámbito del proceso penal, la previa realización de funciones de investigación o de supervisión o fiscalización de la investigación por Magistrados de la Sala de enjuiciamiento puede ser causa que justifique un temor fundado acerca de la imparcialidad de quien está llamado a resolver sobre el asunto investigado; ahora bien, dicha parcialidad sólo podrá ser apreciada cuando la actividad cuestionada suponga asumir posiciones de parte o implique auxiliar a las partes en el ejercicio de sus funciones. De este modo, la admisión a trámite de una denuncia o querrela no es un acto de parte sino un acto jurisdiccional que, aun respondiendo a una iniciativa de parte, no expresa ni exterioriza toma de posición anímica hacia ninguna de ellas, ni supone auxiliar o sustituir a éstas en el ejercicio de sus funciones. Es un acto sometido a previsión legal, por más que ésta exprese únicamente los casos en que no procede la admisión a trámite.

En conclusión pues, la disimilitud de juicios y el carácter estrictamente jurisdiccional de la actividad procesal realizada, impiden considerar fundada cualquier duda que pueda expresarse sobre los Magistrados encargados del enjuiciamiento si deriva del hecho de haber admitido a trámite previamente la denuncia o querrela que inició la fase preliminar del proceso penal.

39 Aludo a si el juez está o ha estado en posición de «parte» realizando las funciones que a éstas corresponden, o ha exteriorizado anticipadamente una toma de partido a favor o en contra del acusado.



Refiriéndome a la *imparcialidad objetiva*, no resulta lesionada cuando la Sala decida un recurso interlocutorio contra una medida cautelar acordada por el Juez de instrucción sobre la base de un relato que no ha construido ni preparado el Tribunal en cuanto la desestimación del recurso interpuesto contra el auto sólo implica que el Tribunal no desaprueba la apreciación de los elementos de juicio, realizada cautelarmente por el instructor, y no debe ser considerada como una actividad instructora que contamine la imparcialidad objetiva del Tribunal.

Contrariamente, si resultaría herida la *imparcialidad objetiva*, en aquellos otros supuestos en que es el propio Tribunal el que decreta la medida cautelar «ex novo» sobre la base de imputaciones que no han sido formuladas o aceptadas por el juez de instrucción.

Adoptada una medida cautelar personal por el juez instructor cabe que lo haya sido oficio o, normalmente, a solicitud de las acusaciones. En el primer caso si ese instructor formara parte del Tribunal sentenciador estaría contaminado, no estándolo en la segunda hipótesis pues se considera que la decisión fue objetiva de acuerdo con la ley y mediando necesaria petición. También cabría afirmar la imparcialidad de aquel Tribunal al que, amén de corresponderle el enjuiciamiento de la causa, ha conocido del recurso contra el auto de prisión limitándose a su confirmación, lo que no sería factible si el que decreta la prisión fuere el propio sentenciador.

Como regla general viene manteniéndose que la acumulación de funciones en la instrucción y en el enjuiciamiento no puede examinarse en abstracto sino que hay que descender a los supuestos concretos y comprobar si se ha vulnerado efectivamente la imparcialidad del jugador en cada caso, debiéndose tener muy en cuenta que no todo acto instructor compromete dicha imparcialidad sino únicamente aquéllos en que, por asumir el juez un juicio sobre la participación del imputado en el hecho punible, pueden producir en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad que lo inhabiliten para conocer de la fase de juicio oral. Podría concluir diciendo que lo determinante para que pueda apreciarse pérdida de la *imparcialidad objetiva* es que la decisión emitida por el Tribunal sentenciador comporte un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del procesado.

Los Jueces y Magistrados deberán abstenerse y, en su defecto, podrán ser recusados cuando concurra causa legal, causas que son las normativamente previstas. Al constituir la imparcialidad un deber del juez y al mismo tiempo un derecho del justiciable, los institutos, respectivamente, de la abstención y de la recusación permiten el cumplimiento de esta exigencia constitucional⁴⁰.

40 Con mayor extensión en el tantas veces citado PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal penal. T.I Principios del proceso penal*, Madrid, edit. colex, 2000, pp. 207 y ss

4. Respecto del sometimiento al Ordenamiento Jurídico convendría recordar que también forman parte del mismo los Tratados Internacionales suscritos por El Salvador (art. 144 Cn).

Concordancias. Art. 13, 15, 16, 172 Inc. 3º, 176, 177, 179, 180, 185 y 186 Inc. 5º Cn., Art. 2, 12.2., 48, 57 y Ss. 224 No.1, 130 CPP., 5, 42, y 43 L.M.I., 14.1. P.I.D.C.P., 8.1. C.A.S.D.H., 5 Y 13 Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 37 y 40 C.S.D.N., 8 y 10 D.U.D.H., XXVI D.A.D. y D. Del H., 4 Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, 3 Reglas mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad.

Presunción de Inocencia.

Art. 4.- Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente, y será tratada como tal en todo momento, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren las garantías del debido proceso. La carga de la prueba corresponde a los acusadores.

Comentario⁴¹.

La presunción de inocencia es uno de los principios cardinales del derecho procesal penal y aun del derecho penal. Con esta dimensión se verá constitucionalizada en el art. 12 Cn y reconocida en los Tratados Internacionales suscritos por El Salvador tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11.1 DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2 PIDCP) y en la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en 22 de noviembre de 1969 (art. 8.2 CADH). Aplicable también a otros órdenes, como el administrativo, particularmente en su vertiente sancionadora, su vigencia en el orden penal conforma una garantía del acusado frente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, quien no precisa de comportamiento activo alguno para demostrar su inocencia, aplicable en toda causa criminal, sin atender a la irrelevancia de la previsible condena, y proyectándose sobre todo el proceso, incluso cuando la sanción asume la nota de provisionalidad consustancial a las medidas cautelares.

A pesar de su propia enunciación no opera como una verdadera presunción por cuanto no exige acreditar un hecho base del cual deducir una consecuencia jurídica, sino, antes al contrario, constituye una “regla de juicio” y como tal tiene como destinatario directo el propio órgano sentenciador quien se encuentra impedido para declarar la responsabilidad del sujeto pasivo del proceso penal si del juicio oral no resulta una actividad probatoria de cargo lícita y regular cuya suficiencia sólo a él le corresponde valorar. Este derecho no permite una condena sin pruebas, lo que hace referencia a la

41 Más ampliamente en PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal penal. T.I Principios del proceso penal*, pp.331 y ss



presunción de inocencia en su dimensión de regla de juicio y supone que cuando el Estado ejercita el «ius puniendi» a través de un proceso, debe estar en condiciones de acreditar públicamente que la condena se ha impuesto tras la demostración razonada de que el acusado ha cometido realmente el concreto delito que se le atribuía, a fin de evitar toda sospecha de actuación arbitraria. En este sentido, toda sentencia condenatoria debe estar sustentada en pruebas de cargo válidas, validez que implica no sólo la conformidad al código procesal penal, sino además la conformidad de las mismas a la propia Constitución, correspondiendo la carga de la prueba a quien acusa.

Exige el derecho a la presunción de inocencia que la condena penal se funde en auténticos actos de prueba, obtenidos con estricto respeto de los derechos fundamentales y practicados en el juicio oral con plena vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad, de modo que la actividad probatoria resulte suficiente para generar racionalmente en el órgano sentenciador la evidencia de la existencia del hecho punible y la responsabilidad que en él tuvo el acusado.

El derecho a la presunción de inocencia despliega pues sus efectos en un triple orden:

- 1) Al fijar el objeto sobre el que habrá de recaer la actividad probatoria para que pueda ser considerada de cargo.
- 2) En la determinación de cuáles son las “pruebas” válidas para desvirtuarla: licitud y regularidad.
- 3) Y como “regla de juicio”, gravando al órgano sentenciador con la obligación de motivar la eventual condena del acusado conforme a los postulados que de ella se derivan.

Por actividad probatoria de cargo, esto es, en sentido incriminador ha de entenderse aquélla que resulte bastante para acreditar tanto la existencia del hecho punible como la participación del acusado en su comisión, para lo cual habrán de ser probados cada uno de los elementos fácticos que constituyen el tipo delictivo por parte de quienes sostienen la acusación. La utilización de términos como “bastante” o “mínima” en referencia a la actividad probatoria de cargo no implica que tal actividad pueda ser mensurada o cuantificada. Por el contrario, se encontrará en función de excluir el conocimiento privado o extraprocesal que tuviera el juzgador como base de la eventual condena del acusado. El respeto de la presunción de inocencia está en función del delito al que se refiera siendo necesaria tal actividad probatoria respecto de los elementos específicos que lo configuran; en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado sea con una presunción «iuris tantum» sea con una presunción «iuris et de iure». Desde esta perspectiva la inocencia de la que habla el art. 12 Cn ha de entenderse en el sentido de no autoría, no producción de daño o no participación en él.

Es ya doctrina consolidada que sólo pueden considerarse auténticas pruebas las que, habiendo sido obtenidas con absoluto respeto de los derechos fundamentales -

prueba lícita-, se practican en el juicio oral observando asimismo los principios de igualdad, contradicción y publicidad -prueba regular-, amén de la inmediación.

El principio de exclusión de la prueba ilícita nos descubre la íntima relación existente entre la presunción de inocencia y el derecho al debido proceso o a un proceso con todas las garantías, por cuanto la primera sólo puede entenderse desvirtuada en virtud de «pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías». Y no las reúnen aquellas que han sido conseguidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos. Integrada la presunción de inocencia en el seno del derecho al debido proceso, transgredida la primera lo será en igual medida el segundo. Ahora bien, no toda inobservancia del derecho al debido proceso comportará necesariamente un quebranto de la presunción de inocencia, sino que es menester para ello que la condena se haya fundado exclusivamente en tales pruebas; pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida.

Reservando para el art. 15 CPP lo relativo a la ilicitud probatoria resaltaré aquí que por ende la actividad probatoria ha de ser lícita no contraviniendo el art. 12 párrafo tercero Cn y 15 CPP.

Aglutinando la doctrina sobre la ilicitud probatoria, la decisión acerca de la eventual vulneración de la presunción de inocencia pasa por el examen de dos extremos interrelacionados:

-En primer lugar, debe indagarse si estas pruebas resultan o no jurídicamente independientes de las pruebas aquejadas de ilicitud constitucional y, en el supuesto que así sea, deberá determinarse si, excluidas éstas del resto de las pruebas podían inferirse de forma no arbitraria y suficientemente sólida todos los hechos que, declarados probados, pueden sustentar la condena del recurrente.

La exigencia de que la prueba de cargo sea además regular, es decir, conforme a las exigencias de la ley procesal, conlleva que la actividad probatoria se lleve a cabo necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes, lo que de nuevo suscita la vinculación existente entre la presunción de inocencia y las garantías ínsitas en el debido proceso, en particular, la inmediación.

Con estas premisas cualquiera de los medios de prueba ordinarios resultarán idóneos para satisfacer los requisitos que se derivan de la aplicación de este principio, siendo resueltas jurisprudencialmente las dudas que despiertan ciertos casos particulares. Entre estos últimos destaca el tratamiento de la prueba indiciaria cuyo valor se condiciona a que: a) los indicios partan de “hechos plenamente probados”; y b) los

hechos constitutivos del delito se deduzcan de esos “hechos plenamente probados” mediante un “proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano”, proceso lógico que habrá de ser explicitado en la sentencia. La suficiencia del testimonio del coimputado para desvirtuar la presunción de inocencia; la estimación que merece la declaración de la víctima del delito siempre que se constate la ausencia de “incredibilidad subjetiva”; resulte corroborada por otros datos objetivos; sea persistente en el tiempo; y la ineptitud del mero testimonio de referencia por sí solo considerado, constituye ya doctrina consolidada en el tratamiento de la prueba testifical.

No obstante, bajo ciertos parámetros se ha venido predicando la aptitud de las diligencias sumariales, y aun de las policiales para enervar la presunción de inocencia, en todo caso cumpliendo una serie de requisitos: irreproducibilidad de la diligencia, esto es, imposibilidad absoluta de practicar en el juicio oral el medio de prueba con que aquella diligencia se corresponde –requisito material–; intervención del instructor en su realización –requisito subjetivo–; posibilidad de contradicción en su práctica –requisito objetivo–; y su expresa introducción en el juicio oral a través de la lectura –requisito formal–. Insistiré en que la excepción a su práctica en juicio oral y así su aptitud para ser consideradas como auténtica prueba de cargo, válida para destruir la presunción de inocencia, exige la concurrencia de circunstancias excepcionales que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías y sea admisible la introducción en el juicio de los resultados de estas diligencias a través de auténticos medios de prueba, practicados, éstos sí, con arreglo a las exigencias mencionadas con anterioridad (aludo así a la ratificación en juicio oral por ejemplo del médico forense que llevó a cabo la autopsia o del testimonio del funcionario o agente de policía que realizó el registro).

Duda.

Art. 5.- En caso de duda el juez considerará lo más favorable al imputado.

Comentario.

Este precepto puede plantear algún problema interpretativo serio en su conexión el anterior en el que se consagra la presunción de inocencia. Indudablemente ambas se refieren al *favor rei*.

La más clásica literatura especializada entendió que presunción de inocencia e *in dubio pro reo* poseían diversa naturaleza y significado. Su campo de acción está en la incertidumbre acerca de la determinación de la culpabilidad del acusado nacida de la falta de alguna de las exigencias constitucionales y legales: no ha habido actividad probatoria, o la realizada es ilícita al infringir algún precepto constitucional, o nula al ser procesalmente irregular, o no es de cargo o no es bastante para formar la convicción del juzgador. Al emitir su pronunciamiento el juez se encuentra con que no puede considerar acreditados o desvanecidos los afirmados hechos constitutivos del tipo penal de modo que ni cabe la condena ni la absolución del acusado. La duda podrá desvanecerse aplicando ya la presunción de inocencia y/o ya la regla de *in dubio pro reo*.

Si se presta una mínima atención a ambos criterios cabría pensar en su diversidad: el «*in dubio pro reo*» aludiría a las hipótesis de insuficiencia probatoria acerca de la culpabilidad del reo indicando al juez que en ellas procede su absolución. La presunción de inocencia es una regla de decisión que impone al juez ante la existencia de la incertidumbre el hecho constitucionalmente preexistente de la inocencia del acusado que constituye una certidumbre.

Va de lo anterior surgen consecuencias importantes: a) La presunción de inocencia es un derecho fundamental mientras que el *in dubio pro reo* es un principio o regla jurídica hermenéutica, y así interpretativa, puesta a disposición del sentenciador. b) La presunción de inocencia jugaría en las hipótesis de falta total de prueba de cargo suficiente practicada con las garantías constitucionales y legales, imponiendo al juez la absolución del inculpado; el «*in dubio pro reo*» implica una mínima actividad probatoria concurriendo pues una prueba o una serie de pruebas de cargo suficientes lícitas con otra u otras de descargo de cuya confrontación surge la duda razonable acerca de la culpabilidad, por lo que el juez ha de absolver. De este modo podría apuntarse que la presunción de inocencia requiere un vacío probatorio o ilicitud probatoria mientras que la duda como su denominación indica impone choque entre actuaciones de prueba de sentido contrario que en mayor o menor grado son estimadas equivalentes para fundar tanto la absolución como la condena. c) Otro rasgo distinguiría a ambos principios: atendida la naturaleza constitucional de la presunción de inocencia su desconocimiento serviría para fundar la casación y en su caso el ataque a la sentencia por ignorar un derecho fundamental, mientras que el *in dubio pro reo* al constiuir una regla interpretativa encuentra su sólo campo de actuación en la instancia a la que pertenece básicamente la valoración probatoria. d) Finalmente las consecuencias de la absolución por una u otras vías muestra significativas disimilitudes. Con el *in dubio pro reo* amén de la absolución cuando el juzgador más allá de toda duda razonable considere inocente al acusado, cabría la absolución por insuficiencia de la prueba o en beneficio de la duda. Aplicando la presunción de inocencia sólo cabe un tipo de absolución basada en exclusiva en la certidumbre en la inocencia del reo. El anterior código procesal penal italiano imponía precisamente al juzgador determinar si la absolución era libre o fruto de la convicción sobre la inocencia del acusado o por el contrario tenía su fundamento en la insuficiencia probatoria. Las repercusiones eran distintas pues la duda inherente a la segunda se transmitía socialmente mostrando ante los ciudadanos a un sujeto que sólo había sido declarado inocente por la imposibilidad de aportar prueba bastante para condenarle. La presunción de inocencia ni ofrece ni permite tal distinción excluyendo cualquier condicionamiento absolutorio pues toda sentencia no condenatoria implica la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables. El nuevo codice di procedura penale italiano de 1988 tampoco permite esta absolución «matizada».

A mi juicio pues admitir la diferenciación entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo* connota distinguir tres tipos de certeza, o si se quiere de verdad o de culpabilidad: plena, semiplena en un sentido y semiplena en otro; expresado de otro

modo culpable, semiculpable o semi-inocente e inocente. Tal intelección ha sido abandonada en las más recientes normativas procesales y en las lecturas doctrinales más actuales, suponiendo una lógica respuesta al absurdo de su divergente vigencia en casos como los siguientes: que existiendo esa mínima actividad probatoria de cargo lícita y procesalmente regular, bastante para desvirtuar la presunción de inocencia, empero el juzgador absuelve con apoyo en el «in dubio pro reo». Conceptualmente es insostenible pues la propia afirmación de tal actividad probatoria, apta para desvirtuar la presunción de inocencia, que excluye la concurrencia de elementos probatorios contrarios, pues si fueren suficientes para contrarrestarla no cabría hablar de esa desvirtuación. Otrosí, nada obsta a que habiéndose practicado prueba constitucionalmente lícita y legalmente regular no hay porque entender que obligatoriamente el juez deba dictar sentencia condenatoria. Sólo condenará si a su juicio, y más allá de toda duda razonable, estimara desvirtuada la presunción de inocencia. Un testimonio o la declaración del coimputado podrá valorarse como suficiente o no por el juzgador y no se habrá desconocido la exigencia constitucional de la presunción de inocencia motivando su apreciación, según las reglas de la sana crítica, y así un pronunciamiento absolutorio o eventualmente condenatorio.

Concordancias.

Art. 12 Inc. 1º Cn, Arts. 259, 354, 374 CPP, 5 L.M.I., 14.2. PIDCP., 8.2. CASDH., 40.1 CSDN., 11 DUDH., XXVI DADyDDeH., 36 Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Privación de la Libertad.

Art. 6.- En materia penal no podrá restringirse la libertad personal sino en los casos y con los requisitos establecidos en este Código.

La detención provisional debe guardar la debida proporción a la pena que se espera. En ningún caso puede sobrepasar la pena máxima prevista en la ley, ni exceder el plazo de doce meses para los delitos menos graves o veinticuatro meses para los graves. So pena de incurrir en responsabilidad penal.

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

Comentario.

De acuerdo con el sentido general imperante en el Ordenamiento Jurídico salvadoreño y en los de su entorno cultural, incluyendo además los Tratados Internacionales suscritos, se consagra positivamente el *favor libertatis*. El principio general es el de la libertad del inculpaado que únicamente procede restringir o desconocer en las hipótesis y con la intensidad plasmadas en las normas.

Es destacable el necesario empleo de la proporcionalidad que impone la limitación de la libertad sólo cuando fuere necesaria por exigencias del mismo valor, por el tiempo indispensable para el cumplimiento de los fines de equivalente rango al «favor libertatis» y siempre que fuere asumible por el sujeto pasivo⁴².

Gran interés tiene recalcar que los tiempos normativamente previstos como máximos, incluyendo el de las 72 horas del art. 12 Cn, no son susceptibles de ser agotados más que en la medida en que lo permita el juego de la proporcionalidad; es decir, en tanto en cuanto subsistan las exigencias que concurrieron para acordarla con entidad e intensidad igual o superior. Caso contrario se ha desconocido el principio constitucional de la proporcionalidad y en todo caso el derecho a la libertad.

Concordancias. Arts. 4, 5, 11, 12 y 13 Cn., Art. 77 C. Pn., Art. 28, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293 CPP.

Única Persecución.

Art. 7.- Nadie será perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. La sentencia absolutoria firme dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por los tribunales nacionales producirá el efecto de cosa juzgada.

Comentario.

Aunque relacionadas se plantean dos cuestiones distintas: el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada material (*non bis in idem*) y el valor que se reconoce a las sentencias dictadas por un tribunal extranjero sobre hechos que pueden ser conocidos por los tribunales salvadoreños.

1. Se alude con la no perseguibilidad del hecho juzgado al límite objetivo de la cosa juzgada material. Según se ha visto al hablar en la introducción de la pretensión punitiva, ésta constituye el objeto del proceso penal. La pretensión no es más que la afirmación del hecho calificado jurídico-penalmente por el acusador, afirmación que constituye el presupuesto necesario para el ejercicio del *ius perseguendi* y eventualmente del *ius puniendi*. Su debida concreción formal tiene lugar en los escritos de acusación (arts. 313, 314 y 343 CPP) así como en su caso en las conclusiones finales (art. 353 CPP), siendo agregables los puntos introducidos por la defensa.

A afectos de identificar objetivamente el proceso ha de partirse del hecho afirmado que se individualiza en la acusación como constitutivo de una infracción penal, siendo a este efecto irrelevante tanto el título determinado del delito como la singular consecuencia jurídico-punitiva del mismo. Siendo cierto que en virtud del *nemo iudex sine actore*, del *ne procedat iudex ex officio* o del *wo kein Kläger da kein Richter* el principio acusatorio impone que se deduzca y mantenga la pretensión penal, también lo es que la calificación jurídica del hecho asertado y la solicitud realizadas no

42 Vid. más ampliamente el apartado relativo a la proporcionalidad en la Introducción a los Comentarios de este Código.

vincula al juzgador. Contrariamente el hecho punible introducido en el proceso penal y sobre el que se funda la acusación ha de mantenerse durante todo el enjuiciamiento sin perjuicio de que cambie su calificación jurídica y por ende el efecto solicitado. Ahora bien, si tal identidad del hecho es básica para la objetiva fijación de la litispendencia y de la cosa juzgada también lo es que sólo será factible acometerla con carácter definitivo por la sentencia, para lo cual el juez debe atender al resultado del juicio oral. La dificultad de fijar los rasgos esenciales que permiten desde la exigencia del acusatorio fijar la subsistencia del hecho y por ende los efectos del pronunciamiento requiere atender, simultáneamente, a la identidad del contenido material de la infracción, en cuanto la conducta que se imputa va dirigida contra un concreto o concretos bienes jurídicos, a la vez que a los singulares actos realizados. Se ha dicho de este modo que es menester un criterio formal (identidad de un elemento formal del tipo punitivo) y otro material (identidad de un elemento material o contenido material de la infracción). Se entenderá mejor lo expuesto si se piensa que atender al bien jurídico lesionado, o sea, al resultado de la conducta no es siempre suficiente para individualizarla pues cabe llegar a una misma consecuencia: la muerte, por caminos diferentes (por desprendimiento de una piedra del edificio por el que pasaba la víctima o al serle arrojado un objeto que también puede ser la misma piedra). También una igual conducta puede provocar resultados diversos: el disparo realizado es susceptible de provocar la muerte o simplemente lesiones. Se agrava la identificación si tenemos presente asimismo que con conductas y resultados diversos es factible provocar la misma lesión del bien jurídico; Bettiol⁴³ pone a este respecto el ejemplo del hurto y de la receptación que comparten un elemento básico que les permite procesalmente mostrarse como idénticos.

Es claro que en esencia lo que importa al legislador a la hora de individualizar el hecho es que en función del acusatorio la actuación del órgano penal se determina, y limita, por la formulación indispensable de la acusación. Si el Tribunal actúa fuera de los términos de la misma faltaría la exigencia indispensable del «ius persequendi» y en su caso del «ius puniendi». Es por ello que el legislador español previendo, aun excepcionalmente, que puede producirse un cambio en el hecho impone al Tribunal el recurso al art. 733 LECrim: es decir, la consulta a los acusadores y defensores para que se manifiesten acerca de si el hecho resultante del juicio es constitutivo de un delito o si pudiese concurrir una determinada circunstancia eximente, etc⁴⁴. Otras soluciones a

43 BETTIOL, G., «La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale», en *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p.256

44 Art. 733 LECrim española: Si juzgando el resultado de las pruebas entendiere el tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el Presidente emplear la siguiente fórmula: «Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado...le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de...o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número...del artículo...del Código penal». Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte....».

este problema se recoge en otros Ordenamientos Jurídicos, como en la StPO (Ordenanza Procesal Penal Alemana), que prevén la suspensión de la vista para que acusación y defensa puedan llevar a cabo la oportuna preparación.

2. Pero también se alude a indispensable determinación subjetiva con miras a poder hacer valer la cosa juzgada, en su caso la litispendencia y, matizadamente la exigible correlación entre acusación y sentencia. Advuértase que subjetivamente no importa la persona el acusador pudiendo ser éste el fiscal o en su caso la víctima o el perjudicado por el delito, sino el individuo al que se atribuye la comisión del hecho que se afirma punible en cuya virtud se procede. Naturalmente tal acotación es válida asimismo siempre que se trate de delitos públicos y no de delitos privados.

3. También este art. 7 reconoce valor de cosa juzgada a las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros sobre hechos que puedan ser conocidos por los nacionales.

Concordancias. Art. 2, 11 parte final, 17, 27 Inc. 2º, Cn., 14.7. P.I.D.C.P., 8.4.C.A.S.D.H.

JURISPRUDENCIA: PRINCIPIO NOM BIS IN IDEM. Desde un plano doctrinario hay que decir que el principio se derivó de la «*en quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret*»; sin embargo, es conocido como «*non bis in idem*», el cual se refiere a la prohibición de ser juzgado dos veces por una misma causa. Ahora bien, no obstante la claridad formal de enunciado, ha sido muy áspero lograr el consenso en relación a su real significado -punto de vista esencial-. Y es que se advierte que tal principio -vinculado indiscutiblemente con el derecho a la seguridad individual- está conformado esencialmente en el Art. 11 de la Constitución salvadoreña por dos vocablos que le dan su significado: «enjuiciado» y «causa».

Corresponde pues, prescindiendo de filigranas semánticas, establecer su real significado. Si se quiere garantizar, sin hipocresías, un verdadero Estado de Derecho y si se quiere evitar sin razones en la aplicación práctica del principio, hay que decir, que el vocablo «enjuiciado» se refiere a la operación racional y lógica del juzgador a través de la cual se decide definitivamente el fondo del asunto de que se trate; y la fase «misma causa» se refiere a la identidad absoluta de pretensiones.

Entonces, lo que este principio pretende cuando en términos generales se traduce en un derecho a no ser enjuiciado dos veces por la misma causa, es establecer la prohibición de pronunciar más de una decisión definitiva respecto de una pretensión; decisión que, por lógica, ataca su contenido esencial afectando -también en forma definitiva- la esfera jurídica del «procesado».

En efecto el principio «*non bis in idem*», en esencia, está referido a aquel derecho que tiene toda persona a no ser objeto de dos decisiones que afecten de modo definitivo su esfera jurídica por una misma causa, entendiendo por «misma causa» -



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

En conclusión, también de acuerdo a nuestra construcción jurisprudencial, una misma pretensión puede verse sujeta a varios procesos, siempre y cuando en los anteriores no haya habido un pronunciamiento jurisdiccional definitivo relativo al fondo; ahora bien, es oportuno aclarar que, bajo el supuesto de que los procesos a que está siendo sometida una misma pretensión sean simultáneos, tendrá entonces que operar la figura de la litispendencia en aplicación directa del non bis in idem. (Sentencia en el proceso de Amparo del 04/V/1999, Ref. 231-98).

Calidad de imputado.

Art. 8.- Tendrá calidad de imputado toda persona señalada ante o por la policía, la Fiscalía General de la República o los jueces como autor o partícipe de un hecho punible y, como tal, puede ejercer todas las facultades que la Constitución de la República, este Código y demás leyes establecen, desde el primer acto del señalamiento hasta su finalización.

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

Comentario.

1. Es de gran importancia este precepto puesto que sirve para poder fijar el momento a partir del cual se adquiere la calidad de sujeto pasivo del proceso y por ende le son reconocibles todos los derechos previstos en la Ley Suprema y resto del Ordenamiento Jurídico: derecho a la asistencia letrada, a intérprete, a ser informado de la acusación, a ser examinado por facultativo, a guardar silencio, a la no autoincriminación, etc (así art. 8.2 CADH).

Entre las diversas posiciones existentes en la literatura acerca de si la imputación, como acto formal o no a partir del que se adquiere el estado de sujeto pasivo con todas las consecuencias precitadas, requiere el inicio del proceso, lo que puede no acaecer cuando el individuo es meramente señalado por o ante la policía, el código salvadoreño ha optado por adelantar tal calidad a una etapa preprocesal. A mi juicio es bienintencionado este precepto con miras al adelantamiento de todas las garantías que comporta la condición de imputado. Debo empero advertir que en buena técnica hubiere podido llegarse al mismo resultado especificando los derechos de todo sujeto citado como sospechoso para ser oído por la policía o la fiscalía general. Entre otras razones piénsese en una denuncia carente a todas luces de sentido y a cuyo archivo procede la policía «per se» (se denuncia a un magistrado de la Corte Suprema de

Justicia por hurto o robo sin aportar los más básicos elementos justificativos de la imputación). Entendido a la letra este art. 8, el señalamiento del magistrado ante la policía ya crearía el deber para ésta de citarle rogándole que comparezca ante ella o se someta a un interrogatorio, asistido de abogado, etc., sin perjuicio además de lo previsto en el art. 236 CPP.

No debiera bastar con la simple indicación de un individuo como presunto participe en la comisión de un hecho punible. Hay que interpretar pues que el señalamiento no es mera indicación o apuntamiento sino que, forzando su significado, conlleva la admisión de la denuncia o querella formulada y así de la probable participación del sujeto señalado. Encajan a mi juicio en esta lectura preceptos como los de los artículos 238 (tan pronto como llegue a conocimiento de la Fiscalía un hecho punible iniciará la investigación. Pero adviértase que en la redacción de este art. 238 se dice: «conocimiento de *hecho punible*» luego se impone que compruebe previamente que se ha producido el hecho y que, al menos *prima facie* parece constitutivo de delito⁴⁵. El art. 244 concede ocho horas a la policía para reunir elementos de convicción antes de informar a la Fiscalía General.

En sentido estricto la imputación es un acto procesal que requiere el comienzo del proceso y su realización por la autoridad judicial y en su caso por la fiscalía. Pero en las hipótesis en que se denuncia por la policía/fiscal a un determinado sujeto como probable autor de un determinado hecho que se afirma constitutivo de infracción penal es claro que habrá de ser inmediatamente conducido ante la judicial presencia a fin de que éste decida si los elementos incriminatorios son bastantes para verse sometido a investigación y en su momento a enjuiciamiento.

2. En buena lógica se proclama la imputabilidad de la persona física y así la necesidad de levantar el velo para determinar el sujeto natural autor del hecho punible. Esta posición, predominante en los Ordenamientos Jurídicos vigentes, no debe hacernos olvidar la defendida ya en el siglo pasado por autores como Gierke⁴⁶ y von Liszt⁴⁷, entre otros, para quienes era predicable la responsabilidad de las personas jurídicas. Según estos autores, las únicas penas aplicables a las personas morales serían las pecuniarias, el sometimiento a vigilancia o intervención por la autoridad competente pudiendo llegar incluso a imponérseles una administración o intervención, e incluso la

45 Ello sin perjuicio de que pueda y deba adoptar inmediatamente y a prevención todas las medidas tendentes a recoger y a asegurar todos los elementos de prueba cuya pérdida sea de temer (art. 238 párrafo segundo CPP).

46 GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie*, Berlin, 1874

47 LISZT, F. von, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, trad.castellana de 1914



misma disolución del ente colectivo. La responsabilidad de las personas jurídicas no es desconocida en los sistemas anglosajones, al admitirse que si bien las corporaciones no pueden ser autores de delitos como el homicidio, asesinato, etc., puede imputárseles infracciones mercantiles, adulteraciones de alimentos, etc. Insisto empero que en los países de tradición jurídica continental la responsabilidad es atribuible a la persona física.

Concordancias. Arts. 238 y 246 CPP.

Inviolabilidad de la defensa. Defensa material.

Art. 9.- Será inviolable la defensa en el procedimiento.

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

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

Comentario

1. La singular redacción de este precepto acoge: una proclamación general sobre la inviolabilidad del derecho de defensa; una distinción entre «defensa material» o contenido del derecho de defensa y este derecho que es tratado en el artículo siguiente; y por último proclama el deber de toda autoridad de instruir al imputado de todos los derechos que le asisten.

Advierto que reiteraré gran parte de lo que a continuación sigue sobre la defensa al comentar el art. 87 de este CPP.

2. A mi juicio la calificación de la defensa como inviolable significa que nadie puede padecer indefensión, o sea, no cabe privársele de hacer uso, o menoscabar en mayor o menor grado el ejercicio, de ninguno de los instrumentos que la Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico pone a su alcance para la protección o realización de sus derechos. Connota el derecho del justiciable al respeto de su dignidad, lo que impone un ejercicio del *ius perseguendi* y en su caso del *ius puniendi* del Estado sin que pueda desconocer la esfera jurídica del enjuiciado, que nunca podrá convertirse en mero objeto o en instrumento de indiscriminadas actuaciones estatales/jurisdiccionales. El papel procesal del inculpaado evitando su despersonalización e instrumentalización es pues concretable en el inviolable derecho de defensa que constituye un auténtico

valladar frente a toda intromisión, aún proporcionada, en su esfera subjetiva incluso justificada por la propia necesidad de persecución y enjuiciamiento punitivos.

3. El legislador distingue el contenido de lo que conlleva el derecho de defensa en general -evidentemente conexo con el de contradicción- a fin de hacer valer el propio derecho; de este modo para descalificar cualesquiera elementos que introducidos en el proceso por la acusación pudieren desvirtuar la presunción de inocencia de que goza el imputado. En este sentido el art. 9 de modo narrativo y con referencia exclusiva al imputado explicita -lo que el art. 14 atinente a todos los sujetos intervinientes hace de modo genérico- una serie de actos en los que de modo singular se recalca el derecho de intervención del imputado por sí, así como el de formular las peticiones u observaciones que considere oportunas, en persona o eventualmente si estuviere privado de libertad, por medio del encargado de su custodia.

Seguidamente se determina en este art. 9 que también el encargado de la custodia facilitará la comunicación del detenido con su defensor. Lo mismo podría haber dicho con los familiares, etc., salvo que se busque -lo que no se dice- que dicho encargado propiciará que tales solicitudes sean conocidas inmediatamente por el defensor, lo cual por otro lado es importante a fin de que pueda filtrar el Letrado las que según su conocimiento jurídico sean en verdad oportunas en cuanto favorables a su defendido.

4. En el párrafo final del art. 9 se impone a toda autoridad que intervenga en el procedimiento el deber de instruir al imputado o de velar para que se le instruya de los derechos que le asisten. Advuértase que se dice: «...en el procedimiento». Entendido estrictamente no cabría tal deber de las autoridades que actúen antes de la apertura del mismo, como es la Policía. Empero del juego del art. 8.2 b) CADH en su relación con el art. 8 CPP cabría entender que asimismo la autoridad policial es titular de dicha obligación. Evidentemente si el imputado ha sido privado de libertad cualquier duda se desvanece por mor del art. 12 párrafo segundo de la Constitución.

Concordancias. Arts. 11, 12 Cn., Art. 10, 270 Inc. 4º, 353 Inc. final parte final CPP.

Defensor. Defensa técnica.

Art. 10.- Todo imputado gozará del derecho irrenunciable a la asistencia y defensa de un abogado, desde el momento de su detención, hasta el fin de la ejecución de la sentencia.

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

Si el imputado fuere abogado podrá defenderse por sí mismo.



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

Comentario.

1. Tras la apuntada singularidad delimitadora del derecho de defensa y contenido material del mismo, conviene suscitar varios aspectos a la hora de interpretar este art. 10, señalando que gran parte de lo ahora comentado lo trasladaré al analizar el art. 87.3 de este CPP. Con carácter previo la distinción normativa entre asistencia y defensa. La defensa o el derecho de defensa⁴⁸ que en interpretación de lo dispuesto en los arts. 11 y 12 Cn y en los arts. 11.1 DUDH, 14.3 b) PIDCP, 8.2 d), e) y f) CADH, etc. ha de referirse además de especialmente al imputado, también a cualesquiera de los sujetos intervinientes en el proceso, a fin no sólo de lograr la igualdad en el mismo sino el juego efectivo de la contradicción. Resumiríase en la inaceptabilidad de que pudieren desconocerse los derechos u ocasionarse un perjuicio a través del proceso a quien no se le hubiere concedido la oportunidad de ser oído y por tanto de utilizar todos los medios procesalmente previstos para evitar ser «vencido».

Aunque ciertamente este art. 10 contempla básicamente al inculpado creo conveniente para distinguir con claridad defensa y asistencia letrada referirme con carácter general aquí y ahora a lo que supone -en común- para la víctima (así p.ej.art. 13.1 CPP), querellante y demás intervinientes en el proceso (art. 14 CPP).

2. Se distingue entre asistencia y defensa, es decir, entre representación y defensa. Realistamente no se ignora que el Abogado en no pocas ocasiones amén de asesorar y auxiliar a su patrocinado debe representarle actuando en su nombre. De este modo recibirá aquellas notificaciones que no deban realizarse personalmente al imputado; también actúa en su nombre cuando el acusado rehuse estar presente en la audiencia (art. 325 párr. segundo CPP) o sea expulsado de la sala por alterar el orden o cuando declaren los coimputados (art. 341); finalmente en el juicio de faltas (art. 391 CPP). Acertadamente y según recoge la Sentencia en el proceso de Amparo del 09/IX/1999, Ref. 162-98, seguidamente transcrita, es indispensable la tarea de representación para poder dar a conocer al gobernado el momento en el que puede intervenir, los actos que requieren o en los que se autoriza su presencia y el contenido de aquellas decisiones que pudieren favorecerle o perjudicarle y, en este caso, brindándole la oportunidad de impugnarlas.

3. Centrándome en el derecho de defensa advertiré que no cabe su correcta intelección sino es referido al principio de audiencia o contradicción -en sentido amplio- del que constituye su presupuesto, aunque no han de ser confundidos. Desde su estrecho nexo con el principio de contradicción, examinaré pues el derecho de defensa:

⁴⁸ Vid. PEDRAZ PENALVA, Derecho procesal Penal, I, cit, esp.pp.224 y ss

«*Nemo damnandus, nisi auditus, vel vocatus*» (nadie puede ser condenado sin ser oído o citado en juicio) con sus consecuentes «*Nemo praesumitur malus nisi probetur*» o «*iudex iudicet secundum allegata et probata partium*», debiendo destacar que, en sede procesal penal, implica además otros aspectos que lo sobrepasan como el «*nemo tenetur edere contra se*» o «*nemo tenetur se ipsum accusare*» (nadie está obligado a declarar o a acusarse a sí mismo⁴⁹), etc.

El derecho de defensa tiene, en el enjuiciamiento penal, diversas manifestaciones exigiendo así un diversificado análisis que abarca los extremos siguientes:

a) En primer lugar, y desde un punto de vista subjetivo, reiteraré que es predicable de todos los sujetos del proceso y así tanto de los acusadores como de los acusados. Su omnicomprendensiva esfera subjetiva surge del análisis del derecho de defensa en el marco de la contradicción lo que implica, de una parte, que la oportunidad de contradecir o la posibilidad de formular alegaciones y de solicitar la práctica de los medios probatorios que se estimen más aptos para su acreditamiento no puede reducirse al acusado y, de otro, que ha de contarse con la posibilidad normativa de compartir el ejercicio de la función pública de acusar con el Fiscal reconocida a cualquier ciudadano ofendido o perjudicado por el delito.

b) En segundo lugar, el derecho de defensa exige, en inmediata relación con el anterior, impedir que nadie pueda ser condenado en ausencia o, mejor dicho, que no pueda celebrarse el juicio sin la participación de todos los sujetos, incluidos los acusadores, para que de este modo el órgano jurisdiccional pueda valorar los diversos elementos de cargo deducidos o deducibles por la acusación al igual, contingentemente, que los de descargo oponibles por el acusado.

Comporta esta faceta que:

- Tratándose de la práctica de una diligencia urgente y de inaplazable realización, no será imprescindible la asistencia de los acusadores si hubieren sido emplazados en tiempo y forma y no asistieren o si por causa de urgencia no se hubiere podido poner en su conocimiento la práctica de aquella diligencia; en cuanto al imputado, debe estar presente en persona o al menos su defensor y, siendo totalmente imposible, tanto respecto de acusadores como de acusados, para poder ser utilizado el fruto de esa diligencia por el juzgador con miras a fundar su convicción, deberá necesariamente poder ser contradicha en juicio, oral y públicamente.

- Tratándose de la celebración del juicio, el principio general es el de su no celebración sin la presencia de acusadores y acusados (art. 325 CPP).

49 Derecho que no impide, si la prueba de cargo es concluyente más allá de toda duda razonable, que pueda ser condenado el acusado, y además que se extraigan consecuencias de su silencio cuando las pruebas de cargo eran de tal entidad que demandaban una respuesta. Así STEDH John Murray c. Reino Unido de 8.2.1996.

Respecto del Fiscal su presencia y actuación es imprescindible llegando incluso -pese a su fungibilidad teórica- a exigirse la del concreto miembro de la fiscalía que hubiere venido actuando y cuya sustitución no pudiese tener lugar sin grave inconveniente, salvo en las hipótesis legalmente previstas en las que es factible prescindir del MF.

Tratándose de acusadores particulares, un escrupuloso respeto del derecho de defensa y del de la igualdad de «partes» impone la suspensión de las sesiones en caso de inasistencia de sus letrados, siempre que constare su emplazamiento en tiempo y forma o que hubieren hecho valer la concurrencia de fuerza mayor o causa no imputable para no estar en el juicio y no pudieren ser reemplazados sin grave inconveniente para el ejercicio de su tarea. La incomparecencia del letrado del querellante, injustificada a juicio del Tribunal, no dará lugar a la suspensión de la vista, debiendo motivarse su rechazo por el órgano jurisdiccional. A mi juicio lo que indica a este tenor el art. 352 inciso final CPP: «Si el querellante no concurriere a la audiencia o se alejare de ella, se tendrá por abandonada su querella» deberá entenderse que se producirá en hipótesis de incomparecencia injustificada del acusador particular y/o de incomparecencia sin letrado, hipótesis esta última en que se habrá desconocido la exigencia de actuar representado y asistido por Abogado.

El acusado ha de estar presente en el juicio de modo que su incomparecencia o su imposibilidad de seguir en él provoca la suspensión del juicio, con las salvedades previstas siendo en todo caso imprescindible la presencia de Letrado. La posibilidad de continuar el juicio en ausencia del coacusado ilegítimamente incomparecido, requiere: a'/ que el ausente hubiere sido citado en persona; b'/ que el Tribunal adopte el acuerdo previa audiencia de los demás sujetos del proceso (a fin de que éstos puedan oponerse si su derecho de defensa pudiese verse lesionado); c'/ que el Tribunal haga constar las razones de la decisión; d'/ que obren en la causa elementos suficientes para juzgarles con independencia», habiendo lugar a tal hipótesis si no fuere menester la declaración del coimputado ausente para formar criterio suficientemente fundado sobre lo que constituye motivo de la acusación; e'/ en caso de no concurrir elementos bastantes para juzgar independientemente a los coimputados, habrá de suspenderse el juicio.

Debo advertir que, si bien la celebración del juicio en ausencia de uno de los coacusados no puede afectar a éste directamente, sí lo hará al tratarse de la participación en los mismo hechos ya juzgados⁵⁰. Surge inmediatamente el tema del valor de la cosa juzgada, es decir, qué eficacia tendrá el pronunciamiento recaído en el proceso en el que han sido juzgados los coimputados, a efectos del futuro juicio contra el ausente.

50 Supuesto manifiestamente distinto es el contemplado en el art. 341 CPP de abandono de la Sala en el momento en que declara el coimputado. Convendría plantearse si no lesiona el derecho de defensa el que siendo considerado el imputado como testigo se le impida presenciar una declaración cuyo conocimiento y desvirtuación pudiese ser esencial para la defensa de su derecho. A mi juicio se confunde pues el concepto de testigo en sentido estricto que debe declarar aislado de los otros testigos y acusado.

Parece evidente la vigencia en el orden penal del «ne bis in idem» o efecto negativo de la cosa juzgada, rechazándose en general el positivo o prejudicial. Pero en la hipótesis aquí planteada, ¿puede afirmarse que carecería de todo efecto la sentencia dictada en el juicio primero?. Dado lo complejo del tema, aquí y ahora me limito a apuntar, con todas las precauciones, que se ha venido sosteniendo la eficacia positiva o prejudicial de la sentencia penal firme que declara la inexistencia del hecho (y algún autor defiende la extinción del delito por causa objetiva, como p.ej. la prescripción, etc.). En todo caso es indiscutible la vinculación del pronunciamiento que proclama la inexistencia del hecho (aunque ha de ponderarse lo que procesalmente comporta la libre apreciación de la prueba y calificación jurídica de los hechos por los Tribunales)

c) En tercer lugar que, siendo titulares del derecho de defensa todos los justiciables, sin embargo no es un derecho que se imponga contra la voluntad del sujeto, al permitirle la renuncia a la defensa, cuyo máximo exponente se encuentra en la renuncia al proceso. Estoy aludiendo al generalizado reconocimiento a hacer valer procesalmente todos los elementos de cargo y de descargo ante el juez para obtener una resolución jurídica y fácticamente motivada, fruto de la convicción del juez -más allá de toda duda razonable-. Me ubico pues, de un lado, en la naturaleza potestativa del ejercicio de la acusación para los particulares que, a diferencia del MF para el que constituye un deber, no están obligados a su ejercicio (constituyendo un derecho, así art. 13.1 CPP), y de otro, en la posición del acusado a quien se le reconoce la posibilidad, más o menos consciente o libre, de renunciar a la defensa aquietándose a la petición más grave de las formuladas por la acusación; aludo de este modo a las denominadas conformidades en sede procesal penal.

d) En cuarto lugar, el derecho de defensa alude al de hacer uso de todos los medios lícitos para desvirtuar la presunción de inocencia y, eventualmente, para destruir la acusación, lo que impone la necesidad de tener el mayor conocimiento posible de todos los elementos fácticos y jurídicos que integran la imputación. A este tenor resultan relevantes el derecho a ser informado de la acusación y el derecho a intérprete. Temas éstos que examinaré con posterioridad. Adviértase pues la irrelevancia de la diferenciación defensa y contenido material de la misma.

e) En quinto lugar el derecho a no declarar contra sí mismo («nemo tenetur edere contra se» o «nemo tenetur se ipsum accusare») tiene como titular exclusivo al imputado o a aquella persona que, a resultas de la declaración, pudiere autoincriminarse. El derecho a guardar silencio, o derecho a no confesarse culpable, constituye garantía instrumental del genérico derecho de defensa al que presta cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer la imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable.



El derecho a la no autoincriminación tiene como soporte inmediato el derecho de defensa, en la medida en que puede ser utilizado válidamente por el Tribunal para la desvirtuación de la presunción de inocencia. Interesa así evidenciar que, no obstante el derecho a guardar silencio, su ejercicio no impide que pueda ser valorada esta postura por el juzgador, si bien del silencio no cabe deducir aceptación de hechos o confesión de participación, no es menos cierto que al no declarar, y así no contradecir los argumentos de la acusación, ello puede contribuir a introducir la duda razonable.

4. Con la excepción de que el imputado fuere Letrado (abogado) no se admite la posibilidad de defenderse por sí mismo. De modo que, si no designa Abogado se le designará un defensor de oficio o defensor público⁵¹. Se entiende no obstante que el que ha de ejercer el derecho de defensa es el acusado, limitándose el Abogado a «asistirle» técnicamente en el ejercicio de su derecho. La asistencia técnica no implica renuncia o impedimento para ejercer la defensa por sí mismo. Ambas son compatibles, de modo que la defensa «profesional» no será, en definitiva, sino un complemento de la autodefensa.

El derecho a defenderse a sí mismo está recogido en Instrumentos internacionales como el PIDCP -art. 14.3 d)- y el CADH -art. 8.2 d)-. Dado su origen anglosajón tal vez fuere aconsejable un breve excursus sobre el derecho a defenderse a sí mismo en los EEUU de Norteamérica.

A) El *right of self-representation* tiene su previo encaje en la renunciabilidad para el sujeto del derecho a ser asistido mediante letrado (Miranda v. Arizona, Vignera c. New York, Westover c. US y California c. Stewart). Legalmente el derecho a la autodefensa fue sancionado a nivel federal en la Judiciary Act de 1789, codificado en el 28 U.S.C.A. (United States Code Annotated) 1654. Del mismo modo aparece acogido en diversas Constituciones estatales norteamericanas.

Su alcance constitucional se fijó en la *S. Fareta v. California*, 422 U.S. 806 (1975), al entenderlo comprendido implícitamente en la VII Enmienda de la Constitución Norteamericana y enraizado en el «common law». Con anterioridad a Fareta, la Corte Suprema norteamericana se había pronunciado acerca de la posible renuncia del derecho a ser asistido por un Abogado en juicio en *Moltke v. Gillies*, 332 U.S. 708 (1947), estableciendo que para que tal renuncia fuere válida era menester que se tratara de una decisión inteligente y competentemente adoptada. Para alcanzar tal resultado, el órgano jurisdiccional debería inquirir al acusado, por medio de una entrevista, sobre su comprensión de la naturaleza de los cargos a que se enfrentaba, la pena que podría serle impuesta, los medios de defensa de que disponía, si habían sido comprendidas las circunstancias modificativas de la responsabilidad y cualquier otro elemento esencial

51 Vid. SERRANO/RODRIGUEZ/CAMPOS/TREJO, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 1ª ed. El Salvador, 1998, esp.pp.460 y ss

para una completa percepción de sus consecuencias. No obstante, tal *standard* no había sido seguido con excesiva literalidad por los Tribunales menores.

5. El derecho a la asistencia letrada o por medio de Abogado ya de oficio o defensor público, constituye un derecho subjetivo que configura el contenido esencial e indisponible del derecho de defensa y que tiene por finalidad, al igual que las demás garantías del derecho en que se integran, la efectiva realización de los principios de igualdad de armas y contradicción.

Pero no sólo ha de contemplarse como puro derecho del imputado sino que, en razón de la conexión existente entre el derecho a la asistencia letrada y la institución misma del proceso, resulta de importancia decisiva en el Estado de derecho, habiéndose dicho que: «la pasividad del titular del derecho debe ser suplida por el órgano judicial para cuya propia actuación, y no sólo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesaria la asistencia del Letrado». En ciertas ocasiones constituye también una exigencia estructural del proceso así como una garantía de su correcto desenvolvimiento.

Dicho de otro modo, el mandato legal de defensa por medio de abogado encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un constitucional desenvolvimiento del proceso penal -o sea, según el debido proceso-, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general, la igualdad de las partes en el juicio oral, y evitando la posibilidad de que se produzca la indefensión del imputado de tal modo que frente a una acusación técnica aparezca también una defensa técnica. Consecuencia de todo ello es que la asistencia letrada ha de ser proporcionada en determinadas condiciones por los poderes públicos, por lo que la designación de tales profesionales se torna en un deber jurídico-constitucional que incumbe singularmente a los órganos judiciales.

Es imprescindible la intervención de letrado: a) En la etapa preprocesal, ante la policía desde que se le impute la comisión de un hecho punible (art. 8 CPP), debiendo facilitársele la comunicación antes de cualquier interrogatorio, en el cual habrá de estar presente el Letrado (art. 242 II CPP); a fin de llevar a cabo la solicitud de que sea reconocido por un facultativo o su puesta a disposición judicial. La Primera Norma salvadoreña exige otrosí que si estuviere detenido ha de garantizársele al imputado la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la Justicia, entre los que indubitadamente se encuentra la policía (art. 12 párrafo segundo Cn). b) En la instrucción: durante la declaración indagatoria (art. 259 CPP) y en todas las diligencias que por su naturaleza o características pudieren considerarse definitivas e irreproducibles (registros, reconocimientos, reconstrucciones, exámenes periciales e inspecciones (art. 270 CPP) y en especial a la declaración de testigos que presumiblemente se tema que no puedan declarar en el juicio (art. 271 CPP); proponer cuantas diligencias estimare oportunas en defensa de su representado (art. 273 CPP), etc. c) En la audiencia prelimi-



nar al igual que en el juicio es indispensable la plena intervención del Abogado (arts. 316 y ss y 325 y concordantes CPP); d) En la fase impugnativa a efectos de interponer los recursos que correspondan contra las resoluciones dictadas en perjuicio de su representado. Especial importancia tiene la intervención de Abogado en caso de detención del detenido (art. 12 II Cn)⁵².

6. La elección de letrado o letrados de confianza, reconocida como exigencia de singular trascendencia en sede procesal penal a favor del imputado, debe primar salvo supuestos legalmente previstos. No puede ni debe supeditarse a razones económicas. No habiendo designado Abogado o no pudiendo actuar éste cabe que lo haga el sustituto a su vez designado por el imputado, quien goza de la facultad de nombrar todos los defensores que estime convenientes (art. 108 CPP). A falta de tal designación se le nombrará defensor público o de oficio. La Ley procesal contempla asimismo que un solo Abogado asuma la defensa de varios acusados siempre que el juez considere que no existen intereses contrapuestos (art. 111 CPP).

La igualdad de todos ante la ley y la consiguiente prohibición de discriminación por razones económicas impone que el Estado de Derecho tutele al más débil cuando surge un conflicto en el cual la prepotencia del contrario le haría siempre ser el perdedor, para conseguir así la igualdad real y efectiva de los individuos. Aquí radica el derecho a la justicia gratuita de quienes no tengan los medios económicos suficientes para afrontar los gastos que genere un litigio y de este modo para afrontar los que suponga la defensa y representación. Para dotar de contenido real a tal derecho subjetivo nacido directamente de la Constitución, evitando así que se reduzca a una retórica declaración de buenos propósitos, el Estado asume una actividad prestacional y cargo de los emolumentos devengados por el Defensor en juicio de quienes sean merecedores de esa ayuda por reunir las condiciones legalmente previstas. Ahora bien, el derecho a la defensa letrada exige la libertad de elección del defensor por el defendido, en virtud de una relación de confianza que no puede serle negada al litigante pobre, imponiéndole la asistencia de quienes le asigne la Administración por la circunstancia de ser quien pague los honorarios a los profesionales, ya que los caudales manejados por aquélla no son propios sino obtenidos de los presupuestos generales, caudales públicos por tanto.

7.- Un punto importante concerniente a la asistencia letrada es el de si se cubre este derecho con la designación de letrado, libre o de oficio o si es menester además que sea apto para la defensa y que actúe efectivamente. En todas las hipótesis en que no se proporcione a los patrocinados una defensa real y operativa se habrá causado su indefensión, al haberse menoscabado o negado el derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías.

52 Tema éste que veremos más ampliamente al hablar de esta medida cautelar.

En reiterada jurisprudencia (SS.de 9.10.1979 c. Airey, de 13.5.1980 c.Artico, de 25.4.1983 c.Pakelli) se ha pronunciado asimismo el TEDH en pro de la efectividad, proclamando que no basta con la designación de letrado siendo menester (caso Kamasinski de 19.12.1989) una asistencia jurídica eficaz en la preparación y dirección de su defensa para que pueda hablarse de un proceso equitativo. En la Sentencia Artico de 13.5.1980 declaró el TEDH que no era suficiente con el nombramiento de abogado de oficio, que puede morir, enfermar gravemente, estar seriamente impedido para su ejercicio o descuidar sus deberes. Para argüir la ineffectividad de la defensa, Kamasinski alegó la brevedad de sus visitas a la prisión, que no le informó plenamente de las pruebas de cargo, etc. Es indudable que cualquier conclusión requiere un examen del caso y de la actividad desplegada por el defensor y, según dice el TEDH, que sea puesto en conocimiento del Tribunal por el propio acusado. A mi juicio, no obstante se suscitaria también otro tema concerniente a la posibilidad a contemplar de exigir una determinada experiencia en el Letrado: pensemos las dificultades mayores de quien no ha actuado nunca en lo penal o en casación, o la sobrecarga -y el riesgo para el cliente- que puede suponer el dirigir un caso por homicidio o asesinato por quien acaba de estrenarse como Abogado. Aquí late el tema del acceso a la Abogacía en todos sus niveles, junto con el de la especialización que pudiese suscitarse en los nombramientos de oficio, etc., y junto, naturalmente, a la posible exacción de responsabilidad, al menos civil, contra el letrado en casos de negligencia profesional.

8. Otro extremo de ineludible consideración es el atinente a la existencia o no de límites al ejercicio del derecho de defensa para que resulte jurídicamente correcto.

Abarca varios puntos:

a) En modo alguno pueden obstaculizarse, filtrarse o intervenir los contactos entre abogado y cliente que han de poder llevarse a cabo gozando de la confidencialidad precisa y especialmente fuera del alcance y vigilancia de las autoridades.

b) Al reconocer al Abogado, en su función de defensa, libertad de expresión, contempla una modalidad cualificada resultante de su reforzamiento por su inmediata conexión a la efectividad de otro derecho fundamental que es el de defensa y, más concretamente, a una defensa libremente expresada. Tal reforzamiento debe valorarse en el marco en que se ejerce y atendiendo a su finalidad: el logro de los objetivos justificantes de su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del mínimo respeto debido a los demás sujetos presentes en el procedimiento y a la autoridad judicial. De este modo, excluidos el insulto y la descalificación, es amparable la libertad de expresión del letrado en el ejercicio de defensa de su patrocinado cuando en el marco de la misma (por ende en el singular supuesto de hecho debatido) se efectúen afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria a los fines de impetrar la tutela judicial.

Empero, sobrepasado tal límite, puede llegar a incurrirse en responsabilidad penal constitutiva eventualmente de calumnia o injuria con publicidad (arts. 177 y ss CP).



El TEDH, en su S.Quaranta c. Austria de 28.8.1991, tras proclamar el derecho a la defensa, mantiene que el mismo no permite afirmaciones difamatorias punibles.

Concordancias. Arts. 11, 12, 13, 194.I.5, 194. II.2, Exposición de Motivos Cn., Art. 5, 9, 11, 87, 107 y sig., 131, 146, 222, 224 No. 4, 241 No. 9, 242, 243 No. 7, 244 Inc. 3º, 259, 270 Inc. 4º, 290, 340, 342, 343, 353 Inc. final parte final, 359, 396, y 413 CPP, 5, 46, 48, 49, 69, 84, 90, 118, y 124 L.M.I., 9 y 14 P.I.D.C.P., 7 y 8 C.A.S.D.H., 12, 37 y 30 C.S.D. N., 11 D.U.D.H., XXVI D.A.D. y D. Del H., 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 24, 25, 30, 32, 33, 36, y 37 Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

JURISPRUDENCIA: DERECHO DE DEFENSA. La consagración del fundamental de toda persona, a no ser privada de sus derechos a la vida, propiedad, posesión -entre otros- sin antes haber sido oída y vencida en juicio; tiene su más alta expresión en el Art. 11 de la vigente Constitución de la República, como garantía esencial propia del derecho fundamental a la defensa. A este propósito cabe decir que el derecho de defensa tiene sentido cuando se trata de decidir sobre los derechos de los gobernados; entendida entonces como una garantía de defensa de los derechos de los mismos, en cuanto, en definitiva carece de razón esa exigencia si no existen interesados. Es por ello que toda ley que faculte privar de un derecho, debe establecer las causas para hacerlo y el procedimiento a seguir, los cuales deben estar diseñados de tal forma que posibiliten la intervención efectiva del gobernado, a efecto de que conozca los hechos que lo motivaron y de tal manera, tenga la posibilidad de desvirtuarlos. En este sentido, la notificación de los actos juega un papel fundamental pues pone en conocimiento del sujeto pasivo el inicio del procedimiento, el contenido de las razones que motivaron la iniciación del mismo, y el de las resoluciones que se emitan lo cual le posibilita comparecer, cumplir con alguna actividad o simplemente declarar su voluntad en el proceso o procedimiento respectivo. (Sentencia en el proceso de Amparo del 09/IX/1999, Ref. 162-98).

Intérprete.

Art. 11.- El imputado que no comprenda correctamente el idioma castellano tendrá derecho a elegir un traductor o intérprete de su confianza para que lo asista como auxiliar, en todos los actos necesarios para su defensa. Cuando no haga uso de ese derecho, se designará de oficio un traductor o intérprete dentro del mismo plazo establecido en el artículo anterior.

Comentario.

Complemento del derecho de defensa y refuerzo de sus derivados: derecho a ser instruido de la acusación, etc., está el derecho a intérprete, o sea, a poder conocer de lo que se le acusa, a poder aprehender las actuaciones procesales que se realizan y así gozar de la posibilidad de intervenir en el sentido que se estime favorable o de recurrir a uno o a otro medio procesal en defensa del propio derecho. Su estrecho vínculo con el de defensa se concreta pues en su necesidad para una adecuada participación pro-

cesal y un eficaz uso de los mecanismos procesales y de los medios que la ley ofrece a los sujetos, lo que requiere comprender y poder hacerse entender, es predicable de acusadores y de acusados. Ya el art. 14.3 a) del PIDCP impone el derecho de toda persona acusada de un delito a ser informada, sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella. Más explícitamente el art. 8.2 a CADH reconoce a toda persona inculpada de un delito a ser asistida gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.

Manifiestamente son destinatarios de tal derecho, no sólo los extranjeros, sino también los salvadoreños que desconocieren o no conocieren suficientemente el idioma castellano⁵³. A mi parecer no ha de ignorarse que el derecho a intérprete resulta indispensable también para el propio órgano jurisdiccional que, obligado a resolver más allá de toda duda razonable, difícilmente podrá emitir un pronunciamiento fundado, sin equívocos ni malas interpretaciones si no conoce o es puesto a su disposición un experto en el idioma de que se trate. La suma de estas facetas supondría que no puede considerarse completa la infraestructura indispensable para impartir Justicia sin dotar al órgano jurisdiccional de un medio personal como es el del intérprete, imprescindible sobre todo en aquellos Estados en los que la existencia de una población indígena numerosa, no raras veces desconocedora del español, impone su constante auxilio.

Concordancias. Art. 118, 210, 329 CPP.

Víctima.

Art. 12.- Se considerará víctima:

- 1) Al directamente ofendido por el delito;
- 2) Al cónyuge, al compañero de vida o conviviente, al hijo o padre adoptivo, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero testamentario, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido;
- 3) A los socios, respecto a los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren o controlen, o sus gerentes, o por quienes dirijan o administren una sociedad controlada, controlante o vinculada; y,
- 4) A las asociaciones, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses.

Comentario.

1. Ya apunté *supra* el exceso que acaso supone la consagración en este capítulo de dos preceptos a la víctima, que pudiere haberse omitido con una mera remisión al

53 De este modo, QUERALT JIMENEZ, J.-J., *Asistencia letrada al detenido*, 3ª ed., Barcelona, 1999, pp. 54 y ss.



genérico art. 14 CPP. Ciertamente es que las modernas corrientes victimológicas, según se ha visto en la Introducción, pueden haber influido decisivamente en ello. Procesalmente es indiscutible la trascendencia de la condición de víctima, en cuanto que legitima al sujeto para intervenir activamente en el proceso penal deduciendo, eventualmente, acusación.

2. No ofrece particularidad reseñable la enumeración de los sujetos subsumibles como víctimas, comprendiendo al sujeto individual, a las personas morales (delitos contra su honor, patrimonio), y a la colectividad (contra la naturaleza y medio ambiente y lesivos de la seguridad colectiva). Se olvida del Estado (en todo caso en las infracciones contra la existencia, seguridad y organización del mismo), tal vez por el concepto subyacente de víctima.

Dos particularidades son reseñables: en primer lugar se niega la clásica distinción entre ofendido y perjudicado por el delito y, en segundo lugar, se reconoce tal calidad no sólo a los individuos sino también a los grupos.

Respecto a la diferenciación entre ofendido y perjudicado, su delimitación requiere con carácter previo afirmar la no necesaria identidad entre el sujeto pasivo de la infracción y aquél sobre el que recaen los actos materiales mediante los que se ha cometido el delito.

De este modo el ofendido por el delito sería el sujeto pasivo del mismo; es decir, al afectado por el mal que contiene el hecho ilícito punible o, si se quiere, el titular directo del interés, puesto en peligro, desconocido u ofendido por el hecho que en cuanto tal constituye delito. La ofensa forma parte integrante de la infracción penal.

Perjudicado es todo aquel afectado por las repercusiones nocivas del delito. Lo que le singulariza es la afección que padece por las consecuencias perjudiciales del hecho y, a diferencia del ofendido, no por la lesión o puesta en peligro del interés legalmente tutelado por la norma penal. El perjuicio es el detrimento que provoca el hecho punible, el singular daño integrante de las resultas perjudiciales de la infracción.

Algún autor distingue ofendido y perjudicado con referencia al bien que resulta afectado: el primero sufre la lesión de un bien personal (homicidio, lesiones, etc), mientras que el segundo de un bien material (hurto, robo, estafa, etc).

Recientemente viene entendiéndose que el vocablo víctima reúne tanto al ofendido como al perjudicado según deriva de la definición contenida en la declaración de la Sociedad Internacional de Victimología presentada en el Congreso Internacional de las Naciones Unidas de 1985, a cuyo tenor víctima es la persona que ha sufrido una lesión o daño físico o mental, una pérdida o daño material, o cualquier otro perjuicio social fruto de una conducta que infringe las leyes nacionales, está catalogada bajo una ley internacional, supone una violación de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas. Según dimana de la misma el término víctima incluiría a toda persona que padece un daño, lesión o sufre una pérdida, ya como individuo ya como integrante de una colectividad. Por persona se entiende tanto la física como la

jurídica, privada o pública, abarcando a entidades colectivas de tales naturalezas incluyendo al Estado o a la sociedad como un todo. Mas sintéticamente se ha dicho que víctima es el sujeto, persona física o jurídica, grupo o reunión de personas, que sufre inmediata o mediatamente las perjudiciales repercusiones de la comisión de un delito.

Cabe conceptuar a la víctima, con el TEDH diciendo que es la persona directamente afectada por la medida, acto u omisión que se ataca (STEDH de 26.3.1982 caso Adolf).

De todas estas definiciones lo que importa resaltar es que la víctima, al igual que el ofendido/perjudicado por el delito están legitimados para actuar procesalmente. Sin embargo ha de destacarse, en relación con lo indicado en la Introducción a estos Comentarios, que únicamente cabe hablar de un derecho subjetivo a la tutela de un afirmado interés jurídico como desconocido, negado o violado, en exclusiva referido al ámbito patrimonial, a lo que constituye el objeto de la pretensión civil. Tratándose del ejercicio del «ius persecuendi» y en su caso del «ius puniendi» no es factible hablar de un derecho propio de la víctima ni al enjuiciamiento ni a la imposición de la pena. La víctima ejerce una función pública, la de acusar, junto al MF, que en modo alguno constituye un derecho subjetivo que cree expectativa jurídica alguna a verse satisfecho con la condena u obtención de una sentencia estimatoria. Más ampliamente se trata el tema en el apartado III.6 concerniente a la Justicia penal y al comentar el art. 2 de este CPP.

3. Resalta asimismo en este artículo la consideración de víctima, y así la legitimación para acusar, no sólo de los socios de una entidad jurídica que evidentemente pueden verse inmediatamente afectados por una perjudicial conducta delictiva que recaiga en la sociedad, sino también de los miembros de asociaciones de protección de intereses colectivos o difusos en cuando los mismos pudieren verse afectados.

Si entendemos por ende que el concepto de víctima delimita la legitimación procesal, en modo alguno cabe reconocerla «quavis ex populo», es decir, a cualquier ciudadano, con lo que se excluye la acción popular conocida en Ordenamientos como el español⁵⁴.

4. Tan amplio uso del término víctima, que según he indicado sugiere afección por el hecho por el que se procede, no casa con el necesario empleo en otros preceptos del término «ofendido por el delito», según resulta constatable, entre otros, del comentario al art. 43 de este CPP.

Concordancias. Art. 1, 11, 18 Cn., 13, 353 CPP.

Derechos de la víctima.

Art. 13.- La víctima tendrá derecho:

- 1º) A intervenir en el procedimiento penal, conforme lo establecido en este Código;

54 Sobre ella, PEREZ GIL, J., *La acusación popular*, cit., passim.



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

Comentario.

Se relaciona los derechos de la víctima que no se restringen en caso de no personarse en el proceso penal, hipótesis en la que subsiste su derecho a que se le informe de sus resultados, a ser oída antes de cada resolución susceptible de extinguir o suspender la acción penal siempre que así lo solicitare y a impugnar el sobreseimiento definitivo o la absolución.

Destaca el apartado 6) en el que se prevé la posibilidad de mantener el anonimato propio y de sus familiares si la víctima fuere menor de edad.

Sin ánimo de reiterar lo expuesto en la Introducción debo apuntar la omisión en este precepto y concretamente en el mismo número 6 de otras hipótesis en que es aconsejable y a veces determinante no descubrir la identidad de la víctima; como ejemplo mencionaré el crimen organizado. Es evidente que el objetivo perseguido, excepción a la publicidad y al derecho de defensa, es distinto en el supuesto legalmente previsto en el art. 6 que el sugerido en este comentario.

Concordancias. Art. 1, 11, 18 Cn., 12, 353 CPP.

Igualdad.

Art. 14.- Los fiscales, el imputado, su defensor, el querellante, sus representantes y los demás intervinientes, tendrán la misma posibilidad de ejercer durante el procedimiento las facultades y derechos previstos en la Constitución de la República, en este Código y demás leyes.

Comentario.

Con toda nitidez se proclama la igualdad de los sujetos del proceso en el uso de todos los elementos normativos en defensa de sus respectivas posiciones procesales.

Según acertadamente se indica en la jurisprudencia mencionada, la traducción procesal del principio constitucional de la igualdad supone la exigencia de brindar la oportunidad a los diversos sujetos del proceso para alegar y acreditar sus afirmaciones. No debe entenderse pues que impone un efectivo e igual empleo de todos los medios sino la posibilidad de hacerlo. Si por causa imputable exclusivamente al sujeto, éste no recurriere o no propusiere un determinado medio de prueba, no podrá denunciar la infracción del principio de igualdad, pues la indefensión consecuente no es ni constitucional ni legalmente relevante.

Concordancias. Art. 3 Cn., Arts. 271, 273 CPP.

JURISPRUDENCIA: PRINCIPIO DE IGUALDAD. La igualdad es un principio que emana de la naturaleza misma del hombre y tiene su fundamento en su identidad de origen y destino. Se presenta como una relación en virtud de la cual cabe reconocer a todos los hombres sus derechos fundamentales y su plena dignidad, evitando discriminaciones arbitrarias. Tratar igual a los desiguales es tan injusto como tratar desigual a los iguales. El derecho de igualdad posee rango constitucional y está previsto en el Artículo 3 de la Constitución. Tal artículo atinada y escuetamente prevé que se garantiza la igualdad de todas las personas ante la ley. el constituyente con sabiduría se apartó de otra declaración más amplia de la igualdad. De haberlo hecho hubiéramos caído en el margen de lo utópico.

Con propiedad puede decirse que constituye una de las reivindicaciones por las que el hombre ha luchado en su devenir histórico. Constituye realmente una labor jurisdiccional al darle positividad a tal derecho. Ello básicamente porque la igualdad nace de la estructura y conformación de dos conceptos universalmente conocidos, a saber: la equidad y la justicia; conceptos que en su conjunto constituyen, la piedra angular sobre la que descansa, o sobre la que debe descansar la actividad jurisdiccional. Cada uno de estos son semejantes por converger en el intento de conseguir lo más adecuado y el mejor tratamiento al individuo en la resolución de reyertas sociales. Ambos poseen un tinte amalgamado por estar interrelacionados de modo solidario, y, conforman las directrices, expresas o tácitas que todo Juez debe utilizar en administrar justicia.

La igualdad -acota Bobbio- es un concepto emotivamente positivo, porque es algo que se desea; y está íntimamente vinculado con la justicia. En tal sentido debe decirse que tal derecho se desplaza y anida, o debería, en cada uno de los procesos jurisdiccionales. Debe dársele igualdad de oportunidades a cada una de las partes para el sólo efecto de que puedan argüir o defender, en su caso, cada uno de sus derechos que estima tutelables.

Mal sucedería entonces que una de las partes se viera imposibilitada de alegar o resistir la invocación de un derecho o posibilidad de recurrir en caso de disconformidad. Peor sucedería si se le inhibe a cualquiera de las partes de recurrir respecto de la decisión que causa agravio, por el simple hecho de haberse renunciado anticipadamente y sin estar vinculado aún al proceso que motivo tal resolución. (Sentencia en el proceso del Amparo del 25/V/1999, Ref. 167-97).



Legalidad de la prueba.

Art. 15.- Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código.

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

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

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

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

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

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

Comentario.

(El comentario a éste artículo fue elaborado antes de la reforma contenida en el D.L. No. 487, del 18 de julio de 201, publicado en el D.O. No. 144, Tomo 352 del 31 de julio de 2001).

1. Es doctrina general que constituye un límite infranqueable a la obtención del convencimiento judicial la licitud, como también la regularidad, de la actividad probatoria.

55 Tras su expansión durante la década de los 60, la “doctrina de exclusión de la prueba ilícita” orientada a prevenir el comportamiento ilegal de los agentes de la autoridad [Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966); Massiah v. United States, 377 U.S. 201 (1964)], ha soportado sucesivas matizaciones que finalmente han devenido en excepciones a la regla, como la que viene representada por la denominada “balancing test doctrine”, que postula que la exclusión de las pruebas ilícitas exigirá valorar en cada caso si con ello se contribuiría positivamente a la consecución de aquel fin [United States v. Calandra, 441 U.S. 338 (1974); Stone v. Powell, 428 U.S. 465 (1976); o la “good faith exception”, por la cual no se aplicaría la norma de exclusión cuando la Policía, habiendo actuado incorrectamente, lo hizo en la creencia de estar autorizados para llevar a cabo las acciones que consumaron [United States v. Leon, 468 U.S. 879 (1984); Illinois v. Krull, 480 U.S. 340 (1987)].

Se proclama así en todos los sistemas jurídicos que no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales, con lo que se proyectan también los efectos de la ilicitud probatoria sobre las pruebas indirectamente deducidas del acto viciado. Lejos de los postulados de la Corte Suprema norteamericana⁵⁵, “la doctrina de exclusión de la prueba ilícita” se viene construyendo en términos absolutos, de forma que el respeto hacia los derechos fundamentales conforma un límite inevitable a la actividad probatoria desarrollada en función o durante el proceso, con independencia de quien fuera el sujeto actuante, autoridad o particular⁵⁶. La posición central de los derechos fundamentales en el ordenamiento salvadoreño (arts. 12 párr. tercero, 20 y 24 Cn, 162 CPP) y la necesidad de tutelarlos en todo caso provocará la nulidad de todo acto jurídico contrario a los mismos, y en la medida en que los órganos judiciales son los llamados por la Constitución para la regular y ordinaria protección de los derechos fundamentales, deberán rechazar el empleo de pruebas en los procesos de los que conozcan, obtenidas con infracción de derechos fundamentales, y muy en particular si dichas pruebas lo son de cargo en los procesos penales.

No obstante, y según la orientación vigente en la mayoría de los países de tradición continental, aunque la regla general sea que todo elemento probatorio que pretenda deducirse de un hecho vulnerador del derecho fundamental se halla incurso en la prohibición de valoración, el carácter no ilimitado ni absoluto de los derechos fundamentales hace posible que los Tribunales admitan la validez y aptitud de tales pruebas para enervar la presunción de inocencia, cuando las pruebas de cargo sean jurídicamente independientes del hecho constitutivo de la vulneración. El denominado efecto reflejo de la prueba ilícita⁵⁷ se vería de este modo desplazado si es apreciable una desconexión entre la conducta viciada y otros medios de prueba incriminatorios.

2. La dicción del inciso tercero de este precepto podría sugerir la distinción entre prueba prohibida («Beweisverbote») y prueba ilícita. La primera concerniente a la prohibición de la práctica probatoria de determinados medios (tortura, detector de mentiras, narcoanálisis) o a la exclusión de determinados hechos como objeto de prueba. La segunda relativa a que es menester la autorización y/o realización por personas determinadas (sólo cabe desconocer la inviolabilidad domiciliaria, a falta de consentimiento del titular, o inspeccionar el cuerpo del imputado, previa autorización judicial -arts. 173 y 167 CPP-)⁵⁸. Las consecuencias son importantes, en la prueba prohibida no cabe la admisión de las fuentes de prueba obtenidas violentando derechos fundamentales, mientras que en las ilícitas la prohibición alcanza a su valoración/utilización.

56 Posición ésta que ya sostuve en “Apuntes sobre la prueba pericial en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, nº. 2, 1994, pág. 363, y mayoritaria entre la doctrina.

57 La “fruit of poisonous tree doctrine” del derecho norteamericano. Vid. *Brown v. Illinois*, 442 U.S. 590 (1975); y *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

58 Sin perjuicio de las excepciones previstas en caso de flagrancia, etc. Art. 177 CPP.

Hoy en día se ha generalizado el término prueba ilícita para calificar a la obtenida o practicada violentando los derechos fundamentales, abarcando: al tema o materia (los Abogados y los Sacerdotes respecto de lo que por razón de su profesión conozcan no están obligados a declarar, sin perjuicio incluso de la responsabilidad en que los primeros pudieren incurrir por infringir el secreto profesional); el uso de concretos métodos (coacción, amenazas, violencia, o cualquier clase de tortura, narcoanálisis etc); determinadas exigencias o prohibiciones en atención a singulares medios probatorios (se excluyen del deber de testificar los parientes del imputado).

Junto a la prueba ilícita o desconocedora de derechos fundamentales está la denominada prueba irregular que es la que no violentando espacio jurídico-fundamental se ha obtenido o practicado con infracción de la legislación ordinaria. De este modo sería irregular aquella fuente probatoria obtenida sin autorización de su dueño (documento hurtado) o conseguido sin conocimiento del sujeto. En buena técnica las pruebas irregularmente practicadas deberían, salvo supuestos excepcionales, ser repelidas o al menos no valoradas. Ello desde el momento en que la inobservancia de la norma que disciplina la obtención de una fuente de prueba y, en su caso, de la procesal que regula su introducción a través del pertinente⁵⁹ medio probatorio.

Este artículo que comento adopta empero en su inciso final la solución de considerar la prueba irregular como mero indicio valorable por el juzgador conforme a los criterios de la sana crítica.

3. Indicio es un elemento fáctico que ha de resultar acreditado a través de un medio de prueba. En modo alguno constituye un medio de prueba; permite eventualmente una afirmación, o una conclusión racional extraída de una actividad investigadora o propiamente de la práctica de un medio de prueba.

Tiene significado distinto hablar de indicio con referencia a la prueba indiciaria. En ésta constituye el hecho base de una presunción, es decir un dato de la realidad que permite deducir desde él, afirmar, un hecho distinto pero conexo con él casual o lógicamente. Estamos de este modo manteniendo que el indicio constituye la base fáctica de una presunción. Se advertirá que en esta lectura el indicio es un dato objetivo que por su ulterior vínculo con una regla de experiencia o según las reglas de la sana crítica permite llegar a un hecho desconocido objeto de la actividad de prueba. El indicio no introduce, cual sucede con el testigo, un dato o elemento de la realidad -que dice conocer- sino que es meramente indicativo del mismo.

Lo que parece pretender el legislador es «penalizar» la irregularidad del resultado probatorio «rebajando» su credibilidad a la simple sugerencia lógica susceptible de reconducir al hecho afirmado que se pretende acreditar. De este modo podría inferirse que cual acaece con la «prueba indiciaria» no sería suficiente por sí para entender desvirtuada la presunción de inocencia. De este modo se precisaría: 1) Una pluralidad de indicios no bastando con uno aislado («indicium unus, indicium nullus»). 2) Es

⁵⁹ Vid. sobre la pertinencia los comentarios al art. 247 de este CPP.

indispensable que los indicios hagan relación, material y directa, al hecho criminal y a su agente, pues en caso contrario nos situaríamos en las presunciones «contra reo» vulneradoras de la presunción de inocencia. 3) Ha de haber una armonía entre los hechos que cimientan los indicios de modo que la convicción juzgadora pueda lograrse fuera de toda duda razonable.

Si este es el significado pretendido por el legislador del CPP el agregado de su valoración por las reglas de la sana crítica no añade nada pues toda actividad probatoria ha de ser apreciada según tales criterios de la experiencia.

4. El inciso cuarto contempla una salvedad atinente al uso de medios engañosos por la Policía Nacional Civil, autorizada por la Fiscalía General, con el único objetivo de detectar, investigar y probar conductas delictivas, sin que en ningún caso se permita la incitación al delito. Estamos ante una norma en blanco que encierra varias incógnitas con riesgo pues de ser interpretada, y así aplicada según criterios de oportunidad.

¿Qué se entiende por medios engañosos? ¿Cómo es posible que el Fiscal pueda asumir la tutela garantizadora de derechos reconocida constitucionalmente a favor del juez?. Podría pensarse que la «ratio» de este precepto radica en el empleo de técnicas o medios para intervenir o interferir en las comunicaciones; también para controlar la actividad o actividades desplegadas en un determinado lugar y por una serie de personas. Tratándose de este tipo de técnicas o medios no veo justificación alguna para que la autorización provenga del Fiscal General de la República al incumbir por mor de la Ley Primera al juez. Junto a dichas puntuales intromisiones en la intimidad de los sospechosos cabe aún el recurso a otros medios, como por ejemplo al agente encubierto. El agente encubierto, como es sabido, accede a la esfera privada del sujeto afectando claramente a su intimidad. En la medida en que el objetivo del agente encubierto como técnica de investigación es crear confianza en los integrantes de la organización criminal a fin de que le sea posible estar y participar en todas las actuaciones delictivas pero también en las no delictivas, en lugares públicos o concurriendo a los más privados de los componentes de la misma: a sus propios domicilios, y siempre ocultando su verdadera identidad y condición. Desde el juicio de proporcionalidad que ha de presidir la autorización de esta técnica investigadora, ha de ponderarse si el derecho a la intimidad y, en último término, a la libertad de los individuos, se ve afectado en exceso. El juez parece que debe ser también el que lleve a cabo la determinación de si procede o no permitir el agente encubierto.

Cierto es que tanto en países como Alemania, España, etc. hay hipótesis (p. ej. actividades terroristas o actuaciones fruto de la criminalidad organizada) en la que se contemplan medidas decretables por el fiscal, pero también lo es que su autorización descansa siempre en la urgencia y en la provisionalidad. Por razones de urgencia el MF puede en Alemania abrir y leer la correspondencia pero se precisa ratificación/control inmediato posterior judicial, y lo mismo sucede en España con la intervención en las comunicaciones.

Concordancias. Arts. 2, 11, 15, 27 Inc. 2º Cn., Art. 25 C. Pn. Arts. 87 No. 6 y 7, 162, 173, 192-A CPP.

Inobservancia de las garantías.

Art. 16.- La inobservancia de una regla de garantía establecida en este Código no se hará valer en perjuicio de aquél a quien ampara, salvo en los casos contemplados en el artículo anterior.(9)

Comentario.

(El comentario a éste artículo fue elaborado antes de la reforma realizada por D.L. No. 487, del 18 de julio de 2001, publicado en el D.O. No. 144, Tomo 352 del 31 de julio de 2001.) Tiene varias lecturas esta norma. En su sentido *litteraliter* : el uso de cualesquiera garantía procesal no puede ser sancionada. *Mutatis mutandis*: el no uso de las mismas sí puede ser valorado en su contra. Pensemos en el constitucional derecho a guardar silencio o a no manifestarse culpable o a la no autoincriminación. Si el acusado guarda silencio no es valorable en su perjuicio. ¿Lo sería en su beneficio?. Si no guarda silencio es interpretable en su perjuicio. ¿Aunque su declaración sea exculpatoria?.

No contribuye a su buen discernimiento el empleo del término «garantía». En mi criterio tal terminología esencialmente de origen italiano y fruto de sus peculiaridades, ni puede ni muchas veces debe trasplantarse acríticamente. Es más correcto y exacto hablar de exigencias o imperativos o si se quiere de derechos constitucionales-procesales o simplemente procesales. Otrosí incrementa su oscuridad lo genérico del pronunciamiento pues equipara el antedicho derecho constitucional-procesal a permanecer en silencio, por ejemplo, al de no permitir el allanamiento del propio domicilio si no es con autorización judicial. El no reconocerse culpable amén de una exigencia jurídico-fundamental integra una estrategia defensiva, lo que no es equiparable o no debe serlo al mantenimiento de la inviolabilidad del domicilio, salvo por causa justificada concretada en la resolución judicial autorizante⁶⁰. Prueba de ello es que del silencio del imputado cabe extraer consecuencias mientras que ello no es jurídicamente admisible de la observancia de la exigencia constitucional de no permitir el desconocimiento del derecho a la privacidad sino es por mandato del juez debidamente motivado.

Cabe desentrañar esta norma contenida en el art. 16 desde orientaciones diversas. Según la consideración procesal más acertada -a mi juicio- para la que no son trasplantables al proceso, y menos al penal, concepciones o construcciones jurídico-

60 Soy consciente de que podía entenderse como ha sucedido en regímenes autoritarios, que cualquier resistencia del sujeto a la entrada y registro evidencia que tiene algo que esconder, o su negativa a padecer un registro corporal es muestra de que oculta algo. Se prescinde de lo que connota el derecho a la dignidad, intimidad, y en último término a la libertad individual, apareciendo el ciudadano como individuo que no necesita ni debe ejercer sus derechos porque el Estado y sus agentes constituyen la verdadera expresión del interés general jurídicamente tutelable y el uso del derecho aún reconocido integra una formal barrera expresiva del particularismo posicional, ideológico e intencional frente a la colectividad de ese sujeto.

privadas (GOLDSCHMIDT⁶¹), no cabe hablar en él de derechos y deberes sino de cargas y expectativas. La expectativa es la probabilidad de obtener una sentencia favorable o la promesa de una sentencia estimatoria como fruto de la realización de una determinada actividad, y la carga es la evitación de un perjuicio procesal o la perspectiva de una sentencia desfavorable. De este modo la inactividad o inobservancia de una regla de garantía la única repercusión que produce es la pérdida de la oportunidad de introducir un elemento de convicción del juzgador, sin que permita obtener conclusión negativa o positiva alguna.

La perspectiva, aun correcta, de la norma a interpretar no es bastante para abarcar algunas hipótesis procesales penales requiriendo en consecuencia otra lectura. Aludo al precitado derecho a guardar silencio, expresión más radical del constitucional a no autoincriminarse. ¿Es susceptible de ser interpretado *contra reo* el silencio? En cuanto integrante de un derecho fundamental, por definición, no es admisible su consideración *contra reo*. Cosa distinta con la que no ha de confundirse es el empleo de respuestas evasivas, de silencios parciales, etc., que en combinación indispensable con elementos probatorios permitirán al juzgador tener por desvirtuada la presunción de inocencia.

Ergo y por definición es superfluo proclamar tal regla que sólo puede explicarse como criterio de transición hacia un pleno Estado de derecho.

Interpretación.

Art. 17.- Se interpretarán restrictivamente todas las disposiciones legales que coarten la libertad personal, que limiten el ejercicio de un derecho o facultad conferida a los sujetos procesales o que establezcan sanciones disciplinarias.

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

Comentario

1. Tal y como reitero en la Introducción, pertenece a la propia naturaleza de los derechos fundamentales: gozar de posición preferente («preferred position») al ser derechos de «mayor valor»; gozar de protección reforzada, y a tal fin y de manera singular incumbir a los jueces y magistrados su garantía, por lo que habrá de preverse un proceso sumario, de tramitación preferente, etc. (tal y como sucede con el de «Habeas Corpus», art. 11.2 Cn) para controlar su desconocimiento, y en su caso habilitar una vía de amparo ordinaria e incluso constitucional con tal fin (art. 174 Cn); han de ser interpretados en el sentido más favorable a su ejercicio; por ser únicamente admisible su

61 GOLDSCHMIDT, J., *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Neudruck der Ausgabe Berlin 1925, Scientia Verlag Aalen, 1962, passim.



desconocimiento si legalmente es permitido, con respeto en todo caso de su contenido esencial, reserva de ley que desempeña una doble función: asegurar que no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada parlamentariamente, de un lado, y, de otro, que en un ordenamiento jurídico como el salvadoreño en el que los jueces se hallan únicamente sometidos al imperio de la ley (art. 173 inciso tercero Cn) y no existe en puridad la vinculación al precedente, constituye en definitiva el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas; dado que las excepciones a su vigencia han de ser interpretadas restrictivamente, y, en todo caso *proporcionadas*⁶²; son directamente exigibles sin precisar desarrollo legislativo; gozan de imprescriptibilidad, permanencia e irrenunciabilidad, etc.

Todas estas notas que constituyen los derechos fundamentales son lógicamente predicables del derecho a la libertad personal, por lo que no se aporta nada nuevo al afirmar que todas las normas que la coarten han de ser interpretadas restrictivamente, salvo que se pretenda con la expresión «libertad personal» aludir al complejo jurídico-fundamental que ampara a toda persona.

En todo caso recordaré que el principio «pro libertate» es general en todas las Legislaciones y Tratados Internacionales y ciertamente es bueno recordarlo en una legislación como la procesal penal, pero siempre sin olvidar que también es predicable de todos y cada uno de los derechos fundamentales la exigencia de entender restrictivamente todo desconocimiento legalmente previsto.

2. Se pretende reforzar la singular tutela de la «libertad del imputado» y resto de exigencias constitucionales-procesales, autorizando en su favor la interpretación extensiva y analógica.

Según es sabido la prohibición de la hermenéusis extensiva y analógica, vigente en el derecho penal material por influencia de la ilustración, deriva del *nullum crimen nulla poena sine lege*, por lo que no cabe sancionar una conducta predeterminada y, en su caso, sólo en los límites legalmente fijados. A ello se une la prohibición de buscar la *mens legislatoris* en caso de oscuridad del precepto, de modo que en caso de duda la interpretación ha de ser siempre «pro reo»: la analogía no encuentra sentido pues en el ámbito penal sustantivo.

Procesalmente nos encontramos con la prohibición del *non liquet* o deber del juez de resolver, juez al que se dice que el Ordenamiento Jurídico es siempre bastante para suministrarle las normas que requiera a fin de emitir un pronunciamiento que habrá de ser absolutorio o condenatorio (siempre de fondo sin que quepa la absolución

62 Sobre la proporcionalidad consúltase el apartado que consagro en la Introducción a este principio.

en la instancia). De este modo ante la ausencia o ambigüedad de una norma procesal nada obsta para que el juez pueda completarla con otra prevista para un supuesto análogo -incluso si ese precepto se encuentra en otro cuerpo legal, por ejemplo en la ley procesal civil (Gómez Orbaneja)-. En sede penal o está tipificada la conducta enjuiciada o no y, en el primer caso, tras su procesal acreditamiento objetivo y subjetivo en el juicio, será condenado el reo, y, en el segundo, será absuelto. Procesalmente cabría hablar de una especie de *tertium genus*: la actividad probatoria ha sido suficiente para formar la convicción del juez o insuficiente para ello, pero asimismo, lo que no es infrecuente, puede resultar insuficiente para despejar las dudas del juzgador. En esta hipótesis se aplica el «in dubio pro reo». La regla del *in dubio pro reo*, como evidenció Beling, susceptible de ser formulada del modo siguiente: «la falta de prueba de la culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia», no tiene nada que ver con la interpretación de la ley; «es la regla que en caso de duda sobre los hechos objeto del proceso dicta al juez el contenido de la sentencia, de modo análogo a lo que sucede en el proceso civil con la norma sobre la distribución de la carga de la prueba»⁶³.

No hay por definición nada que impida aplicar la analogía ni menos aún la interpretación extensiva en el proceso penal. El único límite, con lo que vuelvo a lo dicho anteriormente, es el del campo de juego de los derechos fundamentales que precisamente se caracterizan por imponer su expansiva, su extensiva interpretación.

Considero pues necesaria una reconceptualización jurisprudencial de este precepto respetuosa de la teoría general del Derecho procesal y del significado de los derechos fundamentales. En lo que afecta a los derechos fundamentales estimo pues plenamente satisfactoria la sentencia de amparo del 19/1/1999 citada al artículo 18 de este CPP.

Generalidad.

Art. 18.- Las garantías y principios previstos en este Código serán observados en todo procedimiento a consecuencia del cual se pueda aplicar una sanción penal o cualquier disposición restrictiva de la libertad, aun cuando se trate de medidas respecto de menores de edad.

Comentario.

Poco hay que comentar de este art. 18 desde lo indicado en el anterior respecto de la lectura expansiva del espacio jurídico fundamental, naturalmente también respecto de las medidas contra los menores de edad.

63 Así GOMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T.I, Madrid, 1947, p.99

• Este comentario ha sido realizado por el Porf.Dr. Julio PÉREZ GIL, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos, España.



Acaso y en relación con los menores de edad pudiere ser de interés incidir en que el hecho de ser menor de edad y la superada tendencia a una justicia tuitiva de menores no pueden conspirar contra los derechos fundamentales, que lógicamente les son siempre aplicables, así como también las esenciales reglas del enjuiciamiento penal (pensemos en el derecho de defensa y derivadamente en el derecho a la contradicción, a la asistencia letrada, a la presunción de inocencia, a la prueba, etc.). Es así constatable un movimiento renovador en la justicia de menores al entender, entre otros extremos, que el paternalismo entrañaba en no pocas ocasiones una manifiesta discriminación jurídico-constitucionalmente intolerable; que había que sustituir la Justicia represiva por otra de carácter reintegrador acentuando la finalidad preventiva; que era indispensable integrar la jurisdicción de menores en la orgánica ordinaria sin perjuicio de su especialización, en otras consideraciones diferentes atentas ya a propugnar la igualdad del enjuiciamiento de los menores respecto de los mayores.

JURISPRUDENCIA: GARANTIA DE CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES. En el ordenamiento jurídico salvadoreño, la garantía del contenido esencial de los derechos constitucionales, es oponible por el titular de tales derechos, no sólo frente al legislador, sino frente a los operadores del Derecho, pues éstos además de estar sometidos a la ley, se encuentran sometidos a la Constitución, de conformidad a los Artículos 86, 172, 185 y 235 de la Constitución. Así, se afirma que el sometimiento al derecho que deben observar los operadores jurídicos lejos de entenderse como un mero sometimiento a la ley, significa un sometimiento a la Constitución. (Sentencia en el proceso de Amparo del 19/I/1999, Ref. 368-97).

TITULO II ACCIONES

CAPITULO I ACCION PENAL

SECCION 1A. EJERCICIO

Comentario•.

1. Derecho de acción y acción penal. El análisis de lo relativo a lo que la ley designa “acción penal” nos obliga a enfrentarnos con carácter previo a una serie de consideraciones imprescindibles para el entendimiento de cuanto en la norma se contiene y para su interpretación desde la Constitución, única hermeúsis posible. El CPP habla con frecuencia de “*acción penal*” para referirse por ejemplo a su ejercicio, a sus formas de extinción, a sus modalidades, etc. y, sin embargo, en todo su texto no puede encontrarse una sola definición de lo que haya de entenderse englobado en aquel término. Esta ausencia de concreción legal es por otra parte común en el derecho comparado, por lo que los intentos de análisis de ese concepto, de su contenido y sus características en los diferentes sistemas han ido formando un específico cuerpo de doctrina amplísimo y no todo lo esclarecedor que cabría desear. Con el ánimo de centrarnos exclusivamente en los elementos que pudieran revestir interés con el fin de entender los preceptos comentados, expondremos a continuación algunos de los aspectos más destacables sobre la materia⁶⁴.

Con las salvedades que toda definición apresurada requiere y desde su incardinación constitucional, la *acción* puede ser entendida como el derecho de todas las personas a reclamar la tutela efectiva de los órganos jurisdiccionales en relación con aquellos intereses que se afirmen legítimos, así como de obtener procesalmente una

64 Un amplio panorama histórico y actual de teorías, críticas y respuestas a la cuestión de la “acción penal” en el derecho comparado, con especial atención al ordenamiento español, puede encontrarse en mi trabajo PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Granada 1998, *passim*.

respuesta motivada a esa petición⁶⁵. Debemos enfrentarnos en primer lugar, por tanto, a la cuestión de si, en alguna medida, el derecho de acción, uno de los tres pilares sostenedores del complejo entramado *Justicia*⁶⁶, posee un vínculo directo con la “acción penal”, con la cual comparte denominación.

La discusión en torno a la acción surgió durante el siglo XIX en Alemania con la teorización de los derechos subjetivos y la exaltación del individuo y la soberana libertad dimanante de su voluntad. La evolución del concepto de acción hacia el derecho público llega en un momento posterior, pero siempre sobre la base del mismo término de origen romano (*actio*)⁶⁷. Por tratarse la acción de un concepto eminentemente dogmático, su estudio ha sobrepasado las fronteras delimitadas por los singulares sistemas de derecho positivo, con la intención de abrir un espacio común en todos ellos. No obstante han de traerse a colación las célebres palabras de CALAMANDREI advirtiéndole de la relatividad del concepto de acción, a su juicio carente de vigencia universal, y que ni siquiera sería adaptable a todas las formas de actuación de los derechos en un mismo ordenamiento jurídico⁶⁸. Esta ha sido una de las razones por las que se ha

65 Vid. su plasmación también en textos internacionales, que debemos aquí recordar, tales como el 10 DUDH (“*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*”); 14 PIDCP (“*...toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*”); XVIII DADDH u 8.1 CADH (“*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”).

66 Vid. PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*, pp. 24 y ss.

67 Conocido es que la distinción entre acción y derecho material, así como la relación entre ambas, es considerada como uno de los puntos de partida de la relativamente moderna ciencia procesal y que el desdoblamiento entre lo que consideramos derecho procesal y el llamado “derecho sustantivo” constituye uno de los extremos determinantes de aquella disociación.

68 CALAMANDREI, P., “La relatività del concetto d’azione”, *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1939, I, pp. 22-46 y en *Opere Giuridiche I*, Nápoles 1965, p. 431. Existe traducción de SENTÍS MELENDO, S.: *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires 1945, pp. 137 y ss. ALCALÁ-ZAMORA se refería certeramente a una “hipertrofia formal con respecto a la acción”, que se habría manifestado constantemente en el carácter exageradamente historicista y teórico de un buen número de ensayos, con todo el brillo y la intrascendencia de los fuegos de artificio (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., “Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción”, publicado en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires 1946 y en *Teoría General e historia del Proceso*, 1945-72, México 1974, p. 328). Vid. también FAIRÉN GUILLÉN, V., Voz “Acción” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona 1975, T. II, p. 192 y “De nuevo sobre el concepto de acción y pretensión”, *RDProc* 1988, n° 1, pp 12 y ss., para quien la exposición de tanta teoría dispar sobre la acción sería “calumniosa” para la ciencia procesal, constatando su carácter relativo y no absoluto y su incardinación en el derecho político.

afirmado que el problema de la acción se resolvería en su propia historia, o mejor, en la historia de sus múltiples y mutables concepciones, identificándose enteramente en ésta, con todas sus inherencias, sus conexiones, sus condicionamientos, sus retornos y sus caídas. De ahí que en sentido ontológico dentro de esta cuestión no habría nada de real, efectivo o concreto, sino el modo en que tal concepto ha sido extraído, formulado, definido, empleado, discutido, exaltado o negado⁶⁹. De ello cabría inferir que, puesto que existen tantas formas posibles de entender la acción cuantos sistemas procesales, se debería negar la vigencia de un concepto de ésta como fórmula reconstructiva universalmente válida. El relativismo histórico y conceptual sería así de tales dimensiones que el problema de la acción debería considerarse irreal, sin que cupiera concebir una sola solución para él.

La acción ha representado históricamente también una de las premisas sobre las formulaciones conceptuales del proceso penal. Pero si el intento de elaborar un concepto universalmente válido de acción es ciertamente difícil en sede civil, la búsqueda de un concepto de acción en el que cupieran los datos normativos propios del proceso penal se ha revelado con frecuencia no sólo imposible, sino también intrascendente por carecer de utilidad práctica. Hoy por hoy lo destacable entre quienes nos enfrentamos a la cuestión es bien la resignación y renuncia a tal construcción, bien el acarreo de proteiformes aportaciones dogmáticas en muchas ocasiones relativas al proceso civil y que no siempre encajan correctamente en los sistemas procesales penales o bien el apego a los textos normativos interpretados sistemáticamente, lo cual viene a impedir frecuentemente una concepción uniforme de lo que sea la acción, pero nos sitúa en una posición óptima para obtener conclusiones provechosas. Es éste último punto de partida el que hemos asumido para el comentario de los preceptos relativos a la acción penal en el CPP salvadoreño, el cual, como veremos, ha optado por una miscelánea de significados diversos arrojados bajo el mismo término.

En el ámbito penal, el mérito del aislamiento como concepto autónomo de la noción de acción corresponde a BINDING, que la definió en 1884 como un derecho público independiente del derecho de penar, dirigido no sólo al culpable sino también al inocente, arrojando luz sobre la hoy incuestionable separación entre *ius puniendi* y *acción penal*. Ésta última sería según su criterio el derecho público a la constitución de la relación jurídico procesal y a la terminación de la misma por sentencia o, dicho de otro modo, la acción consistiría sólo un medio de que se dota el Estado para hacer valer su exigencia punitiva. Por otra parte, no se trataría de un derecho subjetivo de ningún sujeto particular, puesto que su titularidad sería siempre estatal y el fiscal o el

69 ORESTANO, R., Voz “Azione (in generale)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán 1959, p. 853 y *Azioni, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna 1978, p. 85. Vid. en especial en esta última obra el catálogo recopilatorio de la ingente e inabarcable cantidad de bibliografía producida en Europa a lo largo de la historia sobre el tema de la acción. (pp. 101 a 111). A la vista de ello y tal como se ha dicho, las teorías sobre la acción son tantas como autores (SATTA) o como las noches de las leyendas: mil y una y todas maravillosas.

querellante privado tendrían sólo el carácter de representantes del Estado mismo⁷⁰. A esta concepción se fueron superponiendo con el tiempo y en diferentes lugares otras, que tomaron en cuenta la existencia de sujetos quienes, junto a la fiscalía, poseían facultades activas en la persecución penal.

En Italia cabe destacar el esfuerzo realizado por CARNELUTTI con su intento de elaborar un concepto unitario de litis⁷¹, aun cuando el propio autor terminara por reconocer en el concepto de acción penal solamente una “superstición”: “...el «ne procedat iudex ex officio» extendido del proceso civil al proceso penal (...) La acción no puede ser más que un derecho subjetivo, y el derecho no puede ser un deber”⁷². Otros autores italianos, entre los que destaca LEONE, sí llegan a admitir cierto predicamento al concepto de acción en el proceso penal, pero destacando que su fatigosa elaboración en el derecho procesal civil sólo podría aspirar a constituir una plataforma para fijar premisas con las que determinar el concepto de acción penal. Para el resto de la problemática que el tema suscita, constataba este autor que nos encontraríamos ante dos realidades absolutamente diversas⁷³. Las razones de tan escéptica visión podrían situarse en la imposibilidad de equiparar o siquiera comparar los respectivos territorios de investigación, motivada por un lado por la compenetración entre acción civil y derecho material subyacente y, por otro, por el carácter de la acción penal como demanda de decisión enlazado con una obligación estatal más que con un derecho de los particulares⁷⁴.

70 De esta visión plenamente pública del proceso penal, sin intervención activa de los particulares, dimanaba el rechazo de una concepción de la acción conducente de cualquier forma a atribuir un papel activo a particulares en la acusación, lo cual constituiría un sistema intrínsecamente perverso e inadmisibles por anacrónico. BINDING llegó a definir la posibilidad de instaurar la acusación popular como una “desgracia nacional” (“*nationale Unglück*”) y temía que en caso de aprobarse en Alemania volvieran los más corruptos tiempos de la República y el Imperio Romano por la cantidad de acusaciones fraudulentas que se producirían. BINDING, K., “Drei Grundfragen der Organisation des Strafgerichts”, 1876, publicado en *Abhandlungen*, T. II, p. 12. Posteriormente calificó además a la acción privada subsistente en la StPO como un inadmisibles anacronismo que debería ser rechazado. BINDING, K., “Der Entwurf einer neuen StPO”, GS 74 (1909) p. 43.

71 CARNELUTTI, F., “Saggio di una teoria integrale dell’azione”, *Riv. Dir. Proc.* 1946, pp. 7 y ss. y en *Questioni sul Processo Penale*, Bolonia 1950. Existe traducción de SENTIS MELENDO: CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires 1961.

72 CARNELUTTI, F., “Poner en su puesto al Ministerio Público”. *Cuestiones sobre el proceso penal* (traducción de SENTIS MELENDO), p. 215.

73 LEONE, G., Voz “Azione penale”, en *Enciclopedia del Diritto*, p. 851.

74 Los errores metodológicos en el análisis de la acción penal que pretenden tomar como base los estudios sobre la acción civil han sido una vez más revelados en tiempos más recientes. Vid. en este sentido BENE, T., *La dogmatica dell’azione penale. Influenze civilistiche ed errori di metodo*. Università degli Studi di Napoli Federico II, 1997.

En los últimos años ha vuelto a ser parcialmente aceptado el concepto de acción penal en Italia, y lo ha sido sobre unas premisas que entendemos demasiado relativizantes respecto al originario punto de partida, devaluándolo de su configuración dogmática para dejarlo en un plano solamente normativo más apto para su aplicación. A tenor de ellas, el contenido esencial de la acción penal sería simplemente una demanda de resolución jurisdiccional, pero a partir de ese instante, todo el resto de su contenido habrá de construirse atendiendo a las específicas previsiones normativas.

El sistema español, el cual ha ejercido una indudable influencia sobre el salvadoreño, presenta desde el siglo pasado notas que aun inadecuadamente han permitido seguir entendiendo allí la acción penal como una de las manifestaciones del derecho de acción, consolidadas hasta tiempos muy recientes por una confusa doctrina del Tribunal Constitucional al respecto. Ello se ha debido singularmente a la capacidad que aun poseen los españoles para el ejercicio de la acusación, incluso sin necesidad de acreditar un vínculo con el bien jurídico tutelado por la norma penal⁷⁵. La caracterización de la acción penal como algo diverso al derecho estatal de penar podía entenderse implícita de forma intuitiva en la LECrim desde su origen, pero no su carácter estatal. La diferencia esencial con lo reseñado anteriormente estaría en que lo que para BINDING eran dos derechos con la misma titularidad (oficial, estatal, pública) y distinto contenido (acusar -el *ius perseguendi*- y castigar la comisión del delito -el *ius puniendi*-), para el legislador español cambiaban de titularidad en virtud del contenido (privado en el caso del ejercicio de la acusación y oficial en el *ius puniendi*). El ejercicio de la “acción penal” no era más que una prolongación de las libertades del individuo frente al Estado, o sea, el derecho de rogar la tutela de los órganos jurisdiccionales para que éstos defendieran su interés individual, que, coincidente con el interés público en la represión penal, formaba un todo complejo en el que se contenía un derecho a la condena. De esta manera, al tiempo que se evitaba la realización arbitraria de los propios derechos, se propiciaba la asunción por los particulares de responsabilidades conducentes al bien común⁷⁶. La actividad del Fiscal, a quien se vincula al principio de legalidad y

75 Cabe recordar que en España subsiste el sistema de acusación popular, a tenor del cual todos los ciudadanos españoles (salvo quines no gocen de la plenitud de los derechos civiles, los condenados dos veces por acusación falsa y los Jueces y Magistrados) pueden acusar la comisión de la práctica totalidad de los delitos aun sin haber sido ofendidos directamente por ellos (arts. 101 y ss. y 270 y ss. LECrim). Al respecto vid. PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, op. cit. donde se abordan aspectos históricos, constitucionales, de legislación ordinaria y de derecho comparado en relación con esta materia.

76 Lo que escondía esta idea de autonomía individual que se reputa suficiente para la realización del bien común, enraizada en los fundamentos del liberalismo, era una visión inaceptable e insuficiente desde los postulados del Estado social y de Derecho de nuestros días. En la misma dirección se pueden entender los planteamientos de IHERING, en el sentido de que la lucha por los derechos de cada uno contribuye a la realización del derecho sobre la tierra. IHERING, R. v., *La lucha por el Derecho*, traducción española de POSADA, A., Madrid 1921, (se cita por la reedición en Cuadernos Civitas, Madrid 1985), *passim* y esp. pp. 60 y ss. Al fin y al cabo no era más que manifestación de la idea hegeliana de que la individualidad personal y los intereses particulares son plenamente reconocidos como “derechos” del sujeto y, sin embargo, a través de ese reconocimiento revierten al mismo tiempo en el fin de la totalidad estatal.

se obliga al ejercicio de la acusación, vendría a superponerse a la de los particulares. Esta concepción no es en ningún caso asumible desde la actual posición constitucional del Ministerio Fiscal, que lo sitúa como defensor y valedor de la legalidad y de los intereses públicos tutelado por la ley, por lo que ha de entenderse totalmente superada.

En la “acción penal” no puede verse, sin embargo, la existencia de un derecho, sino sólo la de una obligación estatal conducente en último término a la aplicación de las consecuencias jurídicas insertas en la norma penal a través de una resolución jurisdiccional, todo ello como respuesta social a una conducta dañosa o peligrosa para bienes jurídicos relevantes. El “derecho de acción” no sería por tanto válido para englobar la “acción penal”, en tanto ésta alude a un conjunto de actos que nos van a conducir a recabar el apoyo del concepto de “pretensión penal”. Derecho de acción y acción penal son, por tanto, dos realidades diversas, dos respuestas que el ordenamiento jurídico confiere a dos necesidades diferentes.

2. Acción penal y pretensión penal. *La acción penal como premisa necesaria en el proceso penal.* La sospecha de la comisión de un hecho delictivo activa un interés público en la resolución pacífica de los conflictos, el cual, vedada la autodefensa por el Estado, se cifra en el pacífico examen de una conducta. Tal verificación es factible únicamente mediante la actuación jurisdiccional de la ley a través de un proceso en el que se constate más allá de toda duda razonable la existencia del hecho y su autoría, dándole la respuesta prevista por el ordenamiento jurídico⁷⁷. El citado interés público quedará satisfecho tanto con la imposición de condena al culpable (y su ejecución) como con la absolución del inocente, pues tiene por objeto no la explícita búsqueda de una sanción, sino la garantía de la paz social a través del exclusivo recurso al proceso que, al repeler la venganza privada y posibilitar la actuación no discriminatoria de la ley, integra uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, posibilitador máximo de la libertad individual. La existencia de delito sólo se determina como resultado del proceso, por lo que aquel interés público, resumible en el mantenimiento de la paz social asegurado por el Estado, podrá complacerse exclusiva e íntegramente a través

77 No cabe olvidar que junto a ese interés público pueden situarse concretos intereses privados de los ofendidos o perjudicados por el hecho ilícito que el delito implica. Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...* T. II, op. cit. p. 331; PEDRAZ PENALVA, E., *Las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Madrid 1985, pp. 18 y ss. Puesto que el sistema de normas penales cuya materialización se propugna mediante el proceso penal constituye un mecanismo del que se ha dotado la comunidad social para la protección de aquellos bienes o intereses que estima conveniente tutelar, la exigencia de cumplimiento de todas ellas, asignando la consecuencia jurídica a los supuestos de hecho previstos, se dirige a la satisfacción de un interés general.

del proceso. El proceso penal revela así su fin al ofrecer un modo pacífico y, en cuanto reglado, previsible de solución de conflictos, proscribiendo la autodefensa e implicando positivamente una garantía para el justiciable⁷⁸.

La acción penal en el enjuiciamiento criminal de nuestros días es así una facultad procesal teleológicamente orientada a poner una de las premisas para la eventual actuación del *ius puniendi* de la única forma que, como se ha dicho, ésta puede ser posible: mediante el debido proceso. Tiene un objetivo en sí misma -activar el propio enjuiciamiento-, y su ejercicio va dirigido a la satisfacción del interés público, sin que pueda en sí confundirse con tal interés. La meta perseguida con esa actividad es la de satisfacer la legalidad, o mejor dicho, la de actuar la ley en el caso, tarea que debe realizar el Juez mediante la creación del necesario e imprescindible presupuesto, sin perjuicio del resultado último que se obtenga (sobreseimiento, absolución o condena). El interés contenido en la “acción penal” reside así únicamente en posibilitar la solución pacífica de los conflictos, abriendo paso a la actuación jurisdiccional de la ley en el debido proceso⁷⁹.

3. Concepto de acción penal: la pretensión penal. La “acción penal” constituye la forma en la que en el proceso penal se va a hacer valer una pretensión y será este concepto, el de pretensión, el que necesitemos para aprehender lo que el legislador denomina “acción penal”. Con importantes particularidades con respecto al proceso civil, va a ser también de utilidad en sede procesal penal, pues cumplirá la función de reflejo o sustitución de la pretensión de la comunidad organizada en el Estado, consistente en la demanda ante los órganos jurisdiccionales del cumplimiento a través del proceso de las normas de las que se ha dotado⁸⁰. Con ella se satisfará un presupuesto esencial para la tutela del interés público en la solución pacífica de los conflictos, en cuanto su ejercicio va a proporcionar el sustento imprescindible que hace posible la actuación jurisdiccional en el proceso penal.

78 El debido proceso no es considerable ni como pena, ni como conjunto de simples cargas sino que en su formulación constitucional constituye, amén de una garantía, un imperativo que a todos los ciudadanos pertenece, posibilitador de la aplicación imparcial de la ley. Sobre la cuestión del proceso como pena se ocupó en reiteradas ocasiones CARNELUTTI, quien llegaba a hablar de la *pena-juicio* frente a la *pena-acción*. Señalaba este autor que “no es posible juzgar sin castigar ni castigar sin juzgar; en otras palabras, no hay acto del juicio que no ocasione un sufrimiento a quien es juzgado, ni hay acto del castigo el cual no requiera un juicio a quien lo inflige; basta que sobre alguno recaiga una sospecha de haber cometido un delito para hacerlo sufrir...”. Vid. sus *Lecciones sobre el proceso penal*, T.I. Buenos Aires 1950, p. 72, (traducción de SENTÍS MELENDO). Con posterioridad añadía CARNELUTTI que “la pendencia del proceso criminal, aunque no exista todavía la condena ni tampoco el inculcado esté detenido, es suficiente para procurarle un sufrimiento; y como este sufrimiento no tiene otra razón sino la de combatir el delito, no se le puede negar el carácter de pena”. “Auto de procesamiento”, en *RDPProc (Arg.)*, 1948, I, p. 216, y en *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires 1961, p. 145.). Veía, incluso, el proceso como una verdadera tortura: “Desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes” (Las miserias del proceso penal, Buenos Aires 1959, p. 75).

79 PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Granada 1998, cap. 5

80 El entendimiento de la pretensión como reflejo o sustitución de la pretensión social procede de GUASP DELGADO, J., *La pretensión procesal*, op. cit. p. 43, que configuraba el proceso como “un instrumento de satisfacción de pretensiones”.



Puesto que el delito no existe como tal antes del proceso (*nulla poena sine previo iudicio*), corresponde al Juez declarar más allá de toda duda razonable a la vista de las alegaciones de ambas posiciones procesales y de las pruebas practicadas, que un determinado sujeto ha realizado la conducta típica. El debate procesal se dirigirá a crear en el juzgador la convicción sobre si ese sujeto ha cometido unos hechos que podrían ser constitutivos de delito, así como a fijar todos los elementos esenciales en torno a la autoría, a las circunstancias atenuantes o agravantes, etc. Lo que en él se cuestiona es, pues, la razonabilidad de una afirmación sobre la concurrencia del imperativo legalmente previsto para la realización del deber estatal de actuar la norma.

Es esa afirmación lo que podemos considerar pretensión penal con su ejercicio a través de la acusación, que se identifican no por constituir una exigencia de condena, sino básicamente en lo que comportan de pilar o presupuesto imprescindible para la apertura y desarrollo del proceso contra una persona y por un hecho determinado. La acusación es, por tanto, la *afirmación realizada por un sujeto diverso al órgano jurisdiccional sobre la concurrencia de los presupuestos legalmente exigibles para el enjuiciamiento de un determinado sujeto por un hecho concreto*⁸¹.

Será relevante advertir que una cosa es la acción penal y otra su ejercicio, que es lo que conocemos como “acusación”. En cuanto ejercicio de una pretensión, la acusación constituye un elemento esencial para la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional –la Jurisdicción sólo puede actuar rogamamente-, y en cuya ausencia, aquélla no sería posible. Es, por tanto, el elemento que va a condicionar la propia existencia del enjuiciamiento penal, pero además será el instrumento formal que lo delimite objetiva y subjetivamente. Constituye así un presupuesto (excitación o pedimento objetivo y subjetivo) indispensable para el enjuiciamiento criminal en el que precisamente se declararán o no el delito y su reprochabilidad al sujeto imputado⁸².

4. Finalidad, objeto, contenido y carácter de la acción penal.

Los puntos esenciales en los que nos habremos de detener a este respecto podrían ser los siguientes:

a) El acusatorio constituye una garantía para el imputado:

La necesidad de que en el proceso penal haya una acusación supone históricamente uno de los medios para asegurar la objetividad del juzgador, obligando a que éste sólo pueda actuar allí donde un sujeto diferente afirmase la existencia del delito y su imputación a un presunto autor⁸³. Lo que hace el acusador es romper una limita-

81 PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, op. cit. p. 304

82 PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal Penal*, cit. p. 47

83 Sobre la evolución histórica del sistema acusatorio y la configuración de las notas esenciales propias de éste vid. por todos PEDRAZ PENALVA, *Derecho Procesal penal*, I, op.,cit., esp.pp.51 y sigs.

ción en el sistema de imposición de las penas del que el Estado se ha dotado en el tránsito hacia formas evolucionadas de justicia, haciendo visible la separación entre las funciones de enjuiciar y de afirmar la concurrencia de los presupuestos del enjuiciamiento mismo (*Nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio, wo kein Kläger da kein Richter*).

Aun cuando la analogía no pueda ir más allá de los aspectos formales, el debido proceso en su concreción penal, se configura como en los restantes órdenes jurisdiccionales: sin un actor no puede haber ni juez ni juicio⁸⁴. Ya GOLDSCHMIDT señalaba que el proceso acusatorio tiene como sentido y como fin dispensar al juez de la iniciativa de la persecución penal para garantizar su imparcialidad, pero no podría construirse mecánicamente según el modelo del proceso civil, puesto que *“la situación jurídica del querellante es completamente otra que la del actor. No hace valer, como éste, un derecho propio y pide su adjudicación, sino que afirma el nacimiento del derecho judicial de penar y exige el ejercicio de este derecho que al mismo tiempo representa un deber. Tal es el verdadero sentido del ‘j’accuse’”*⁸⁵.

b) La finalidad de la acusación es servir a un indivisible interés público.

La acusación sirve a un interés público cifrado en la resolución pacífica de los conflictos a través del debido proceso, interés que se verá satisfecho con el enjuiciamiento objetivo y subjetivamente delimitado, sin que sea necesaria una condena ni ésta haya de buscarse explícitamente por el acusador. No se dirige a la tutela de concretos bienes jurídicos, sino a poner las bases necesarias para constatar que han sido atacados o puestos en peligro y que concurren las exigencias para la actuación judicial de la ley de la única manera que es esto posible: procesalmente. Se contribuye de esta manera a la defensa del interés público en la garantía de la paz social y, simultáneamente por razones de economía procesal (aunque ello no sería imprescindible) en algunos casos al interés privado del agraviado por la ofensa delictiva. Para la satisfacción del interés público el proceso deberá conducir a la determinación más allá de toda duda razonable de si existió el hecho, si éste es punible, si el sujeto que se afirma participe lo ha sido y en la calidad que lo haya sido, y de la consecuencia jurídico penal que le es atribuible (imposición de pena, juego de atenuantes, agravantes, posible suspensión del fallo, etc.).

De aquí podemos derivar algunas consecuencias:

a') La acusación tiene por objetivo directo la tutela de un interés público consistente en la activación de los mecanismos para el debido enjuiciamiento y, en su caso, condena de las conductas reputadas punibles, dirigido todo ello a servir de

84 GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Penal*, 10ª edición, Madrid 1987, pp. 86 y ss.

85 GOLDSCHMIDT, “Derecho Justicial Material (pretensión de tutela jurídica y derecho penal)”, p. 78 y esp. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, op. cit., p. 28.

sustitutivo a la autodefensa prohibida por el Estado. Se trata de un único interés que no admite ser individualizado, fragmentado o desgajado en pequeñas parcelas, cuyo titular es el conjunto de todos los ciudadanos, lo cual es tanto como decir que no pertenece a un sujeto concreto, individual o colectivo, fuera de la generalidad afirmada.

b') La acusación debe ser una función satisfecha desde la imparcialidad, en tanto aquel interés público requiere indefectiblemente el enjuiciamiento de los hechos respecto de los que fundadamente se afirme que han conculcado la norma material. De aquí que el proceso no tenga sólo como fin la imposición de la pena, sino con carácter previo y esencial el dilucidar si concurren méritos bastantes en juzgar a un sujeto por un hecho y, así estimado, extraer consecuencias materiales e inmediata y eventualmente procesales (adopción de medidas cautelares, emplazamientos, citación, sometimiento a interrogatorios, etc.). El ejercicio de la pretensión penal exige que se hagan valer todos los elementos esenciales para el enjuiciamiento, lo cual se referirá no sólo a los de cargo, sino también a los de descargo. Y más aún, obliga a no sujetar a actuación procesal alguna a sujetos sobre los que no pese alguna fundada sospecha de comisión delictiva.

Cuestión diversa es que el acusador que pretende que se enjuicie al sujeto y, eventualmente, se le condene, habrá de introducir en el proceso todos los elementos precisos para convencer al juez de la razonabilidad de su afirmación. Naturalmente será menester que el acusador esté provisto y quiera utilizar todos los medios a su alcance; pero como no persigue un interés propio parcial, habrá de suministrar lo positivo y lo negativo en cuanto el enjuiciamiento ha de servir a ese interés general. Para el proceso son necesarios una causa y un interés por lo que al igual que en sede civil no caben ni el proceso simulado ni el convenido, en sede penal no es asumible la utilización del proceso como instrumento de venganza, de presión o de opresión.

c') Quien ejercita la pretensión penal no pide nada para sí, pero tampoco pide para nadie en especial, sino que realiza una actividad que va dirigida mediatamente en beneficio de la colectividad. Mediante su actividad no hace valer una exigencia de imposición de una pena, sino únicamente la existencia del presupuesto normativo para que el órgano jurisdiccional deba desarrollar la actividad conducente a la averiguación del delito y de su autor y, en su caso, imponer la pena que corresponda al declarado culpable. Con la condena y su ejecución, el órgano jurisdiccional no presta u otorga la tutela jurídica pretendida por el actor, sino que hace efectiva la potestad que en él mismo radica de enjuiciar y eventualmente castigar los delitos.

d') Para la validez de la acusación es irrelevante en un plano conceptual quién sea el sujeto que realice efectivamente la afirmación de la existencia de los presupuestos para la resolución jurisdiccional, siempre que sea persona diferente del juzgador. El elemento subjetivo activo de la pretensión penal no puede servir para su identificación, y su ejercicio por unos u otros produce exactamente el mismo efecto. Quién lo haga y cómo se lleve a cabo será intrascendente, pues acusar es una función única, y tanto el

número de acusadores como su carácter público o privado no son relevantes para fijar la esencia o la naturaleza de la tarea que llevan a cabo.

c) El contenido de la acción penal (pretensión) será el objeto procesal

El contenido de la pretensión penal se reduce a la afirmación realizada por sujeto diverso del juzgador sobre la concurrencia de los requisitos objetivos y subjetivos necesarios para la declaración por el Estado de la existencia de un delito y la aplicación al caso de lo contenido en la norma jurídica. No se puede hablar de *causa petendi* ni de *petitum*, por el simple hecho de que no hay petición de nada sino únicamente realización de la actividad necesaria para levantar un impedimento procesal, al objeto de que el órgano jurisdiccional resuelva sobre un hecho en concreto.

La pretensión penal determinará efectivamente el pronunciamiento judicial, pero los límites no los marca una petición que pueda realizar un sujeto, sino la afirmación que éste realiza, concordante con la previsión de la norma penal, sobre unos hechos y un sujeto. El matiz que distingue la pretensión en el proceso penal se encuentra, por tanto, en que no se trata de una petición concreta, sino únicamente de la satisfacción objetiva de un presupuesto necesario para abrir el camino a una posible aplicación de las normas penales. No debe percibirse en el ejercicio de la pretensión penal ningún otro rastro de voluntad que la única admisible: la que se deduce de la propia ley, pero nunca la propia de los sujetos que asumen la función de exteriorizar el sentido de ésta. No podría verse en ello siquiera una manifestación de voluntad estatal, porque ésta ya se explicitó con la promulgación de la norma y se actualizará y concretará en la resolución jurisdiccional que ponga término al proceso. Admitir la existencia de algún tipo de dispositividad por parte de los activamente legitimados podría llegar a confundir las consecuencias del principio acusatorio, que obliga a la separación acusador-juzgador, con un principio dispositivo que dejaría en manos de los acusadores la conveniencia, oportunidad o interés de deducir acusación.

El objeto sobre el que versa el proceso penal será el contenido de la acusación, esto es, la aserción de la concurrencia de presupuestos para un concreto enjuiciamiento al que el Estado está obligado. La *res de qua agitur* o el *thema decidendi* no es ni el hecho delictivo en sí ni una concreta petición del acusador, sino la afirmación que éste realiza sobre un objeto constituido por un acontecimiento o suceso de la vida real con apariencia de infracción criminal y sobre el sujeto que se reputa autor. Lo que se dilucida en el proceso e identifica la acusación no será ni un concreto tipo penal en el sentido de las normas penales sustantivas, ni un *petitum* del actor, sino una afirmación de éste en la que se contienen esos dos elementos:

a') Elemento objetivo: los hechos que se afirmen delictivos, que no se tratarán sólo de un "trozo de vida", sino de una serie de acontecimientos con la trascendencia jurídica que les asigna el acusador. Una vez que a lo largo del proceso se tornen de mera hipótesis a situación sobre la que pueda ser afirmada judicialmente su certeza



más allá de toda duda razonable serán el elemento objetivo que sustente la imposición de la consecuencia prevista en la norma. Para su determinación no será trascendente la diversidad de calificaciones que sobre los hechos pueda hacer una pluralidad de acusadores, sino que el dato clave en el que hemos de fijarnos ha de ser la concreta afirmación sometida a la consideración del órgano jurisdiccional. De otro modo, bastaría con utilizar la pluralidad de tipos penales que protegen unos mismos bienes jurídicos o los diferentes grados de participación en la comisión de un delito para calificar una conducta de forma diferente o por sujeto diverso y burlar con ello la seguridad jurídica que proporciona el principio *ne bis in idem*.

Una vez abierto el juicio oral, los hechos que en él se introduzcan y los sujetos acusados suponen la delimitación de aquello sobre lo que puede resolver el órgano jurisdiccional. La correlación del fallo con la acusación dependerá de la afirmación hecha por el acusador, pero el juzgador no estará atenuado por las calificaciones jurídicas realizadas por los actores. A no ser que se incurra en una vulneración del derecho de defensa del acusado o de la garantía de la contradicción entre ambas posiciones procesales, que constituyen el otro elemento esencial a tener en cuenta en la llamada “correlación entre acusación y sentencia”, las calificaciones no constituyen el objeto que delimita materialmente el proceso. La concreta norma penal material presuntamente infringida no puede utilizarse como criterio identificador de la pretensión penal puesto que el *titulus comdenationis* no recae en un ámbito de libre configuración para el acusador, sino que viene legalmente determinado y dirigido al juzgador⁸⁶. El objeto del proceso penal viene por tanto determinado exclusivamente por lo afirmado sobre la identidad del acusado, la identidad del hecho punible y la homogeneidad del bien jurídico atacado por el delito. Proponer una calificación jurídica sin más no puede ser entendido como deducir una pretensión, sino como la realización de uno más de los actos contenidos en la acusación, por lo que ante una pluralidad de peticiones provenientes de varios querellantes no cabrá afirmar la existencia de una multiplicidad de pretensiones, sino la realización reiterada de uno de los actos acusatorios.

b') Elemento subjetivo: el imputado no es sujeto pasivo de la pretensión, sino que integra su propio contenido identificador. En su ejercicio no se pide nada al y/o del que se afirma que hizo u omitió algo, sino que forma parte del objeto procesal en cuanto elemento esencial integrante de la afirmación en que la pretensión consiste. Lo que identifica el proceso y así fundamenta la litispendencia y determina el alcance de la cosa juzgada son, por tanto, el hecho afirmado, pero no su encuadre jurídico, y el sujeto acusado, pero no el querellante.

86 La petición de un sujeto público o privado de imposición de una concreta pena con apoyo en una calificación no es determinante para la configuración del objeto del proceso y la resolución jurisdiccional a adoptar sobre él. Sí lo será sin embargo la forma en la que queden delimitados por el actor los hechos delictivos y sus autores, lo cual al fin y al cabo es lo que sirve de fundamento fáctico a aquella solicitud. Pero ello no es en el fondo más que un reflejo de la afirmación de que existen los presupuestos objetivos y subjetivos necesarios para la aplicación de una norma penal en la que se prevé la imposición de esa concreta pena.

d) Goza de un carácter enteramente procesal y deberá estar presente a lo largo de todo el proceso.

La pretensión nace, se desarrolla, se agota y muere dentro de un concreto proceso, y no hay nada fuera de éste donde la acusación pueda o deba adquirir relevancia. El objeto procesal se va a ir delimitando en función del momento procesal y todos los actos encaminados a ello han de entenderse englobados en la pretensión penal, si bien, lógicamente alguno de ellos adquiere especial relevancia.

La acusación está presente a lo largo de todas las fases del proceso, y adopta diferentes formas en función de las situaciones por las que éste atraviesa⁸⁷. Sus diversas manifestaciones externas vendrán determinadas por la aptitud para satisfacer la función que tienen que cumplir en cada situación jurídica, por lo que la afirmación de la concurrencia de presupuestos para el ejercicio del *ius puniendi* se irá configurando de manera diversa a lo largo de todo el desarrollo del proceso atendiendo a la estructura básica que soporta el entramado de éste.

a) El inicio del proceso:

El inicio del proceso penal puede venir espolcado por el ejercicio de la pretensión penal, pero ni es esencial que ello ocurra, ni es un dato esencial o suficiente para definir todo lo que en sí alberga ésta. Es claro que puede haber actos de ejercicio de pretensión penal que no den lugar a la apertura de un proceso (por ejemplo cuando se inadmite una querrela de particular por estimar que el hecho no es constitutivo de delito), pero también que puede darse un cierto desarrollo del proceso sin ejercicio de pretensión penal. La sola iniciación del proceso no satisface tampoco su contenido, pues por trascendente que este efecto sea, se agota simplemente con la resolución judicial que lo determina⁸⁸.

El ejercicio de la pretensión penal tampoco es *prius* necesario para que se inicie el proceso, pues una vez que conste un hecho punible podrá existir proceso penal sin aquél. El requerimiento puede hacer que se incoe un proceso, pero no es la única

87 Para el entendimiento de la teoría de la situación jurídica procesal es obligada la remisión a la obra de GOLDSCHMIDT, J., *Der Prozeß als Rechtslage* y a cómo es ésta recogida en *Problemas Jurídicos y Políticos...*, pp. 46 y ss.

88 ALCALÁ-ZAMORA reconocía que, mientras que la denuncia se limitaría a dar el empujón para que determinados hechos franquearen la puerta jurisdiccional, la querrela “*según el modelo español*” supone verdadero ejercicio de la acción penal. Le sería aplicable por tanto su afirmación en el sentido de que “*la acción no es un empujón que se le da a la pretensión litigiosa para que franquee la puerta jurisdiccional sino una vibración continuada para que llegue a su destino (pronunciamento de fondo)*” (...) *Toda la energía o principio anímico de la actividad procesal realizada por las partes, proviene de la acción*”. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, N., “Enseñanzas y sugerencias...”, op. cit. pp. 350 y 365.



forma puesto que el procedimiento puede haberse iniciado de oficio al llegar la *notitia criminis* al Juez por medio de denuncia⁸⁹, atestado policial o por conocimiento directo. El proceso no se inicia sólo como consecuencia de la acusación, sino fundamentalmente como consecuencia de la llegada de la *notitia criminis* a una Autoridad Pública con función de averiguación y esclarecimiento de los delitos (policía, MF u órganos jurisdiccionales). La acusación no es, sin embargo, algo absolutamente ajeno a la iniciación del procedimiento, en tanto es claro que sin ella no podrá haber resolución jurisdiccional alguna en la que se aprecie comisión de un delito, pues no cabrá apertura de juicio oral sin que tal circunstancia sea afirmada.

b') En la investigación:

Durante la fase de instrucción, el querellante contribuye a determinar el objeto procesal (la afirmación de la existencia de un delito) aun cuando no tiene facultades para limitar el examen judicial de los hechos. Sus calificaciones serán solamente provisionales en la medida en que el *factum* que se reputa delictivo, así como su conocimiento, pueden ir variando. La pretensión se ejercita a través de la solicitud de una investigación sobre un hecho y un sujeto que culminará con la petición de apertura del juicio oral. Se cifra, por tanto, en la preparación del material histórico-fáctico y en la delimitación subjetiva del objeto del proceso, que constituirá el fundamento de la afirmación que va a realizar el actor en el juicio oral.

c') En el juicio oral:

Una vez recopilados los elementos esenciales idóneos para permitir el reproche penal al sujeto, deberá realizarse una concreta imputación con expresa petición de que, como objetivo último del ejercicio de la pretensión penal, se dicte una sentencia en la que, estimando probado el hecho que se imputa y la culpabilidad del acusado, se imponga la consecuencia prevista por la norma penal.

En el juicio oral podemos entender la acusación como la afirmación realizada ante un órgano jurisdiccional de la existencia de los presupuestos del deber estatal de imponer la pena que corresponda sobre una persona concreta y en relación con un hecho determinado. Su debida concreción formal habrá comenzado en el escritos de acusación (art. 314 CPP), complementada con los puntos inicialmente introducidos por la defensa (art. 316 CPP). Proseguirá en las conclusiones finales (art. 353 CPP), e incluso podrá haber sido ampliada en virtud de la sorprendente previsión del art. 343 CPP, todo ello también complementado por las conclusiones finales de la defensa (art. 353 CPP).

89 Incluso cuando se trate de un requerimiento fiscal o una querella que adolezca de requisitos formales o sea defectuoso hasta el punto de que deba ser considerada inexistente, puesto que en este caso deberá ser considerada como denuncia, y por tanto, como medio válido de transmisión de la *notitia criminis* al órgano jurisdiccional. Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Penal*, 10ª ed. p. 149 *in fine*

5. Características de la acción penal como presupuesto del proceso penal. Puestas las bases para entender cuál es el sentido de la acción penal, corresponde en este momento ir desglosando alguna de las notas que pueden entenderse predicables de ella. Por constituir una de las premisas esenciales que soportan el entramado del debido proceso en su concreción criminal, muchas de ellas se van a deducir precisamente de su función dentro del proceso. Como veremos, no todas las características que se describirán a continuación encuentran plena plasmación en el CPP salvadoreño pero, en cualquier caso, nos aportarán pautas con las que enfrentarnos a su análisis.

Pública.

La acción penal es conceptualmente pública, en tanto el Estado, privando al ciudadano de su facultad de autotutela, ha asumido la obligación de dar todos los pasos encaminados al mantenimiento de la paz social a través del enjuiciamiento de todas las conductas con apariencia de delito. Es un medio del que se ha dotado el Estado para hacer valer su exigencia punitiva que, en la medida en que es imprescindible para la garantía de la paz social, será exigible de éste e integrará el derecho de los ciudadanos al debido proceso penal.

Si, como se ha visto, la actuación jurisdiccional precisa de la formulación de una pretensión, que se ha de articular formalmente como una afirmación realizada por un sujeto diverso de aquel al que se asigna el deber de enjuiciarla, ésta no puede dejar de formar parte del derecho de los ciudadanos al debido proceso penal en tanto garantía de la paz social. Con independencia de quién sea el sujeto que la formule⁹⁰, y de las concretas condiciones de procedibilidad a que se someta legalmente, su naturaleza está ligada a la función estatal de la consecución de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común, o en definitiva de promover el goce de la libertad (art. 1 Constitución de la República de El Salvador). Es en este sentido como se debe leer la afirmación, presente en casi todos los Códigos Procesales Penales, relativa a la publicidad de la acción⁹¹.

90 GOLDSCHMIDT, J., “Derecho Justicial Material (pretensión de tutela jurídica y derecho penal)” RDPProc. (Arg.), 1946, T. I, p. 48. Afirmaba por ello GOLDSCHMIDT que “los funcionarios del MF como querellantes no tienen una posición distinta de la de los demás querellantes, si se prescinde de que el MF es el *promotor iustitiae*”.

91 Vid. así p. ej. los arts. 152 Strafprozeßordnung alemana, 1 y 31 CPP Francés o el 50 del Codice di Procedura Penale Italiano. Sin embargo, la dicción del art. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española goza de un matiz diverso, pues el legislador del 1882 al referirse a la publicidad de la acción se refería al carácter prácticamente ilimitado subjetivamente de la facultad para ejercitarlo. Como trataba de demostrar en mi trabajo *La acusación popular*, cit. cap. 6 passim, esta visión liberal decimonónica que toma por base la idea de publicidad como generalización subjetiva antes que su verdadero sentido en un Estado democrático y de derecho atendiendo a su finalidad, podría considerarse hoy trasnochada y necesitada de superación a la luz de la Constitución de 1978. No conviene llamarse a equívocos en este sentido, pues la “publicidad de la acción” en el originario sentido de la LECrim española no es la “publicidad” que hoy ha de predicarse del ejercicio de la pretensión en el proceso penal.

Oficial.

En el conflicto generado por el delito, y dada la necesidad, complejidad y riesgo de la misión de acusar, la comunidad organizada en el Estado se ha venido a dotar históricamente de unos profesionales a quienes encomendó su ejercicio, al objeto de evitar tanto el peligro de su incorrecta realización como el de que los crímenes quedaran impunes: la Fiscalía⁹². El Estado, organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común (art. 1 Cn) ha de ser considerado el titular del ejercicio de la pretensión penal, pero será la Fiscalía General de la República la institución especializada orgánica y funcionalmente encargada de su materialización en la práctica. A ella se confiere la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, así como la de procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social (art. 193 Cn), tarea que habrá de realizar en cada proceso en concreto.

La legitimidad de los oficiales que integran la Fiscalía General de la República dimanará y estará sujeta por tanto a su efectivo servicio a la satisfacción de los intereses y expectativas sociales en pro del interés general. De esta forma puede entenderse que es el instrumento de que se ha dotado la ciudadanía organizada públicamente en el Estado para la prioritaria satisfacción de esa esencial función. No cabría hablar de un derecho que le habilite para acusar, sino única y exclusivamente de un deber de actuar por razón de su oficio o cargo, lo que da razón de ser a su configuración constitucional⁹³. La garantía del interés público no es una facultad potestativa o arbitraria para este órgano estatal, sino que sólo es justificable desde la general vinculación al principio de legalidad, verdadero anclaje de su actividad en el Estado de Derecho, constituyendo un elemento esencial que determina el entendimiento de la función estatal de acusación como obligación ligada a la defensa de los valores protegidos por las normas penales⁹⁴.

Para su plena efectividad, y correspondiente satisfacción del interés general, las propias connotaciones del ejercicio de la acusación comportan su atribución a un

92 A la vista de los elementos esenciales sobre los que se asienta la concepción acusatoria del proceso penal y de la idea de justicia rogada, se estimó conveniente la creación de un oficial diferente a los órganos jurisdiccionales para que dedujese el interés público promoviendo la acusación.

93 Como recuerda el art. 86.III CN “*Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley*”. Sobre el principio de legitimación formal cfr. PEDRAZ PENALVA, E., “Del Consejo General del Poder Judicial y de la selección de sus miembros”, en PEDRAZ PENALVA (Coordinador), *El Gobierno de la Justicia. El Consejo General del Poder Judicial*, Valladolid 1996, p. 36. Recuerda aquí el citado autor el principio nuclear del Estado de Derecho consistente en que “*la titularidad del poder no legitima su ejercicio sino que el poder se legitima desde la racionalidad de su ejercicio*”, por lo que “*la fuente de legitimación no es el poder, sino su ejercicio*”.

94 Como destacaba GÓMEZ ORBANEJA, el principio de legalidad es el complemento imprescindible del sistema de acusación oficial, en el que el MF está obligado a ejercitar la “acción penal” por todo hecho que reviste los caracteres de delito. *Derecho Procesal Penal*, 1984, pp. 115 y ss.

órgano encuadrado institucionalmente en lo público, dotado de todos los medios materiales precisos y apto para evitar que intereses particulares puedan obstaculizar la generalidad de la norma. En consonancia con este carácter oficial de la acción penal, su ejercicio viene conferido en la gran mayoría de los sistemas procesales penales con carácter de monopolio al Fiscal. Ello, naturalmente, sin perjuicio de que dicho monopolio se vea acompañado con medidas de control externo en su ejercicio, articuladas de forma diversa pero con el denominador común de constituir formas de contrarrestar posibles deficiencias persecutorias, relacionadas en algunos casos con la configuración orgánica del Ministerio Público, en alguna medida dependiente del ejecutivo, y en otros con meros defectos en su funcionamiento⁹⁵.

Es sabido que en la legislación salvadoreña existen supuestos en que la acusación no es ejercida por el Fiscal o lo es por éste conjuntamente con otros sujetos querellantes, de los cuales, incluso, es predicable su consideración en términos de igualdad (vid. art. 14 CPP). Sin entrar ahora en el análisis de este extremo, por ser objeto de comentario posteriormente, ha de advertirse que tales sujetos no hacen nada más que satisfacer una función estatal en la forma en la que la ley les habilita, considerando que su función puede coadyuvar a la defensa del interés público. Lo que ejercita el querellante es exactamente la misma “acción” que hace valer el Ministerio Público, la única posible, la pretensión estatal en que consiste la acusación por delito. No cabrá en definitiva hablar de una “acción pública” entablada por un oficial público y de otras deducidas por los ciudadanos a quien la ley habilita, sino que sólo en singular podremos referirnos a la “acción penal” o más correctamente a la “pretensión penal” o “acusación”, promovida por uno o por otros, e incluso al amparo del texto normativo, por ambos simultáneamente. Pero de la facultad de algunos ciudadanos (ver arts. 96 y ss. CPP) para acusar no cabría realizar una inadecuada permuta en la indagación de su naturaleza entre lo que es un mero instrumento (su querella), desde luego no carente de trascendencia, y el conjunto de actos a cuya realización sirve (la acusación).

Obligatoria.

La obligatoriedad de la acción se traduce en la necesidad de que, ante la sospecha de comisión de un hecho delictivo, el proceso penal deba iniciarse según requiere el mantenimiento de la paz pública en los términos planteados *supra*. Lo imprescindible es por tanto el proceso penal y, como consecuencia de la garantía del debido proceso, el necesario ejercicio de la acción penal deviene obligación para quien constitucionalmente se halla vinculado por razón de su cargo: el Ministerio Público.

95 Sobre las diversas modalidades de control de la (in)actividad del Ministerio Público en el derecho comparado puede consultarse mi trabajo PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, op. cit. pp. 730 a 749. Entre otros modelos cabría citar el de acusación subsidiaria presente en Austria, el control judicial sobre la acusación realizado a instancia de particulares (así por ejemplo el procedimiento para compeler al ejercicio de la acusación alemán -*Klageerzwingungsverfahren*-), la acusación conjunta o adhesiva e incluso la acción civil con repercusiones en el proceso penal.

El principio de legalidad, supremo baluarte en el que se asienta la confianza en el sistema penal, garantizado entre otros por los arts. 15, 172.III y 193.2 Cn, debe constituir el parámetro delimitador de la necesidad y el contenido de la potestad acusatoria.

La iniciación (y finalización) discrecional del proceso penal en virtud de los criterios de oportunidad de los arts. 20 y ss. CPP debe ser vista por tanto como una quiebra de esta característica que será analizada en el lugar oportuno.

Una consecuencia de la obligatoriedad de la acción penal es que la eficacia de las condiciones de procedibilidad deberá quedar reducida únicamente a las hipótesis previstas por la norma. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en los supuestos del art. 30 CPP (cuestión prejudicial o antejuicio) o como podrían considerarse, por ejemplo, las “condiciones objetivas de procesabilidad” a las que alude el art. 263-A CP. en relación con los delitos contemplados en el Capítulo II del Título X del CP., artículos 255 a 263 (Delitos relativos a la Naturaleza y el Medio Ambiente: contaminación ambiental, depredación de bosques, flora protegida, fauna, comercio de y transporte de sustancias protegidas, etc.)⁹⁶. En estos casos la acción penal sólo podrá promoverse una vez resuelta la cuestión prejudicial, estimado en el antejuicio que hay lugar a la formación de la causa o después de que la autoridad administrativa competente haya concluido los procedimientos correspondientes de conformidad con la Ley del Medio Ambiente⁹⁷.

Indisponible.

La indisponibilidad alude también en primer lugar al propio proceso penal, el cual, una vez iniciado no puede acabar sino por las razones y en los supuestos legalmente previstos. Naturalmente la sentencia no será la única entre las posibles formas para esa terminación, pero todas ellas habrán de adaptarse al texto de la norma, sin que se vean sujetas a una voluntad discrecional.

Irrevocable.

Al referirnos a la llamada irrevocabilidad (o irrevocabilidad) de la acción penal aludimos a que, una vez formulada la acusación, ésta sale de la esfera de su autor y

96 Este precepto fue agregado por D.L. n° 703, del 9 de septiembre de 1999, P.D.O. n° 183

97 Otro caso específico de esta naturaleza es el presupuesto para proceder del art. 251 CP., relativo a la persecución de los delitos contra el Fisco, en virtud del cual sólo es posible proceder en estas causas cuando hubieren concluido las diligencias administrativas de tasación de los impuestos respectivos. La acción penal se ve sometida además al presupuesto del requerimiento formulado por la Fiscalía General de la República para que se paguen los impuestos evadidos con sus respectivos accesorios. Es más, bajo el epígrafe de “excusa absolutoria”, el art. 252 contiene otra causa de enervación de la acción penal al establecer que en los delitos relativos a la Hacienda Pública, no se impondrá pena alguna al imputado si en cualquier momento satisficiera debidamente al Fisco los impuestos evadidos con sus respectivos accesorios.

deja de ser disponible para éste⁹⁸. La acusación, una vez creada, tendrá una vida objetiva al margen de su autor, que no podrá dar marcha atrás en su ejercicio. Esta característica, que ha sido delimitada fundamentalmente por la doctrina procesal-penalista italiana⁹⁹, requerirá no obstante ser matizada al contemplar su tenue acogida en el CPP salvadoreño.

Imprescriptible.

En atención a determinadas conductas delictivas especialmente relevantes por su gravedad o porque vengan impregnadas de un carácter manifiestamente político, podrán existir supuestos en que la ley otorgue a la acción penal el carácter imprescriptible. De esta forma se reafirma la necesidad de la persecución de tales hechos con independencia del lapso temporal transcurrido desde su comisión hasta la iniciación de los actos dirigidos a su enjuiciamiento.

Esto es, por ejemplo, lo que ocurre con los delitos de tortura, los actos de terrorismo, secuestro, genocidio, la violación de las leyes o costumbres de guerra, la desaparición forzada de personas, la persecución política, ideológica, racial, por sexo o religión. A tenor del último párrafo del art. 34 CPP, la pretensión ejercitable para la persecución de estas conductas no podrá extinguirse con el tiempo, siempre que se tratare de hechos cuyo inicio de ejecución se hubiese desarrollado con posterioridad a la vigencia del Código.

6. Efectos de la acción penal.

A partir del ejercicio de la acción penal podremos hablar de litispendencia, el efecto procesal en virtud del cual habrá de ser repelida toda nueva pretensión penal en la que concurra una identidad en cuanto a la causa de pedir.

El órgano jurisdiccional, una vez reclamada su tutela, no podrá extender su conocimiento fuera de los límites establecidos por el acusador en el diseño de su pretensión penal. Ciertamente es que esta delimitación se irá realizando de forma progresiva en varios momentos procesales, pero cristaliza en un concreto acto procesal: la apertura del juicio oral en tanto contiene ya la imputación a un sujeto concreto de unos determinados hechos calificados jurídicamente, solicitando que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la existencia o no del delito como condición para la imposición de la consecuencia prevista por la norma penal.

98 Vid. por ejemplo el art. 410.3 del *Codice di Procedura Penale* italiano

99 La nota de la “*irretrattabilità de l’azione penale*”, para CONSO, G., p.58, “*equivale a dire che l’oggetto del processo penale è indisponibile*”.



De este modo va a ser la pretensión penal la que venga a establecer los límites de la cosa juzgada, impidiendo la nueva persecución de un sujeto, por unos hechos ya enjuiciados.

7. La acción penal en el Código Procesal penal de la República de El Salvador:

a) Introducción: el ambiguo significado del término “acción penal”.

Cuando el CPP habla de “acción penal” lo hace sirviéndose de un término anfibológico que, desde su polisemia, puede inducir a confusiones. A nuestro juicio con ese término se alude a realidades diversas que participan de las siguientes notas:

b) Acción penal como actividad o procedimiento.

Desde esta perspectiva nos estamos refiriendo a la función estatal de persecución penal, que abarca todas las actividades necesarias para que se llegue a una resolución que ponga fin al proceso. Incluiría tanto la actividad investigadora (en la que intervendrán en papeles diversos el Juez instructor, la Fiscalía, la Policía, los querellantes), como la decisoria del órgano jurisdiccional. Según esta concepción, decir “acción penal” equivale a decir “procedimiento penal”. La acción física directa contra el adversario, quedaría así suplantada por la acción del Estado para la inicial averiguación y eventual persecución y punición de los hechos que resulten constitutivos de delitos¹⁰⁰.

En este sentido podría interpretarse las referencias a la “acción penal” contemplada desde el punto de vista del destinatario. La actividad se desenvuelve contra un sujeto determinado o por determinar, presunto autor de un hecho delictivo, y de ahí que la acción penal se relacione con un destinatario, aunque éste tenga que ser individualizado a lo largo del proceso. Este extremo es perceptible, por ejemplo, cuando la ley se refiere a los efectos del ejercicio de las facultades discrecionales de la Fiscalía en relación con la oportunidad. Así, el art. 21 CPP establece que “*La decisión que prescinde de la persecución penal extinguirá la acción pública en relación al imputado en cuyo favor se decida*”. Alguna de las causas de extinción de la “acción penal” nos vendrían a hablar de lo mismo, tal y como ocurre, por ejemplo, con la de la muerte del imputado (art. 31.1 CPP): si con su fallecimiento no cabe hablar ya de acción penal, parece claro que el propio concepto estará en relación directa con el sujeto presunto autor del delito¹⁰¹. Dejando éste de existir carecerá de sentido la práctica de ninguna actividad procesal, que tendría lugar en un vacío subjetivo.

100 Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, 2ª ed. México 1970, pp. 164 y ss.

101 Tal dato podría conducir a descartar ya desde este primer momento y a tenor de esta acepción del término que el ejercicio de la “acción penal” sea un derecho de acción, en tanto una de las notas consustanciales de éste tal y como hoy lo conocemos es precisamente que el destinatario sea siempre el Estado.

c) Acción penal como acusación

Es evidente que en otras muchas ocasiones, lo que la Ley llama “acción penal” no incluiría todos los actos que se engloban en el procedimiento, sino sólo unos muy concretos dentro de éste, cuyo ejercicio supone el de un poder autónomo ligado a la facultad estatal de imponer las penas. La acción penal será el medio procesal de hacer valer la exigencia punitiva, la figura que adopta el derecho de penar en el proceso asimilado a una contienda entre partes¹⁰². Estaríamos en definitiva ante el mecanismo que posibilita la realización del derecho de penar por el Estado quien, a consecuencia de la prohibición de la autotutela, ha asumido el monopolio de la función de administrar justicia¹⁰³ y que, asumiendo la garantía para el imputado que supone la vigencia del principio acusatorio, requiere la intervención de un sujeto diverso al órgano jurisdiccional que demande su actividad.

La “acción penal” sería por tanto un cúmulo de actos dirigidos a poner la base que precisa una sentencia al amparo de una concepción acusatoria del proceso, determinando si concurren los presupuestos para el enjuiciamiento y eventual condena. Esto es, la petición de una resolución jurisdiccional realizada por sujeto diverso al competente para dictarla, con delimitación de los presupuestos subjetivos y de la *causa petendi* integrada por un concreto hecho que se reputa delictivo. Destaca así el carácter de la acción penal como actividad, como poder o como instrumento que constituye un presupuesto de la resolución jurisdiccional. No se olvide que habrá de considerarse algo único y objetivamente idéntico sea quien sea quien en la práctica realice el conjunto de actos que encierra.

Su contenido no viene determinado sólo por una concreta calificación jurídica del hecho presuntamente delictivo, sino por la actividad conducente a la averiguación de sus circunstancias, con el objeto final de provocar eventualmente una resolución de condena de un sujeto por unos hechos singulares. La “acción penal” no es por ello sólo lo que se pide (la *res in iudicio deducta*) sino todo el conjunto de actividades realizadas por sus ejercitantes y dirigidas a fundamentar tal petición¹⁰⁴.

102 GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Penal*, op. cit. p. 88.

103 Vid. en este sentido ALCALÁ-ZAMORA, N., “Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción”, en *Teoría General e Historia del Proceso* T. I, p. 333.

104 Resaltaba LEONE que con el término “*azione penale*” podríamos entender el derecho subjetivo de provocar una decisión del juez sobre un determinado hecho, pero también el acto o complejo de actos a través de los cuales ese derecho subjetivo se hace valer, incluyendo tanto su inicio como su ejercicio. LEONE, G., Voz “*Azione penale*”, en *Enciclopedia del Diritto*, p. 858.

• El comentario de este artículo 19 ha sido realizado por el Dr. Julio PÉREZ GIL, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos, España.

d) “Acción penal” como obligación de la Fiscalía o como facultad de la víctima y otros particulares.

El CPP confiere a la víctima y a algunos ciudadanos, en los términos y con los límites que se comentarán más adelante, unas facultades activas que permiten afirmar que comparten con la Fiscalía facultades acusatorias. Es posible constatar así que la realización del deber estatal de concretar las bases precisas para que se dicte una resolución sobre un hecho presuntamente delictivo supone también una facultad atribuida a los ciudadanos, quienes, dadas ciertas premisas, podrán actuarla formulando la oportuna querrela. En este caso deberíamos hablar de acción como ejercicio de la acusación, o bien de acción como interposición de querrela -en tanto ésta es su instrumentación formal-.

No debe confundirse, por ende, la “acción penal”, como conjunto objetivo de actividades dirigidas a un fin (la resolución jurisdiccional), con el ejercicio efectivo de ellas. O dicho en otras palabras, no puede ser lo mismo la acusación que el acto de acusar, en tanto con la acusación nos referimos a algo estático y susceptible de ser descrito en abstracto, mientras que en el acto de acusar habremos de descender al plano de lo concreto.

Esta interpretación de lo que es la “acción penal” no describa su naturaleza misma, sino que sólo nos habla de los sujetos a los que compete o se les reconoce la facultad de deducir en juicio esa actividad. Ante la intervención de ciudadanos particulares o del MF estaremos por tanto ante modalidades de ejercicio o de formas para llevarla a la práctica, pero no ante un cambio en su naturaleza objetiva.

Ejercicio de la Acción Penal.

Art. 19.- La acción penal se ejercitará de los siguientes modos:

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

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

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

Comentario•.

La búsqueda de un pragmatismo en ocasiones poco reflexionado ha dado lugar en el CPP salvadoreño a una excesiva preponderancia de elementos de incertidumbre en el proceso penal, que, según el criterio que este comentarista intentará transmitir, no sólo deja traslucir una desconfianza hacia el sistema público de persecución de los

delitos, sino que en ocasiones (y esto es aún más preocupante) también contribuyen a erosionarlo peligrosamente. Las insuficiencias del proceso penal se han abordado desde lo que se ha considerado un modo factible de acometer la lucha contra la criminalidad, sin reparar en que circunstancialmente pueden llevar dentro de sí el germen de futuras disfunciones, tales como la distinta intensidad persecutoria para los mismos hechos, la desigualdad entre imputados con capacidad de influir sobre sus víctimas, etc¹⁰⁵.

Esta idea directriz atraviesa transversalmente todo el sistema legal de ejercicio de la acción penal, del cual es predicable, cuando menos, un dudoso aporte de seguridad jurídica y de certeza en la respuesta estatal al delito.

Entrando ahora en cuestiones concretas, y una vez analizado lo que se contiene en el ambiguo término “acción penal”, corresponde detenerse ya en el contenido del art. 19 CPP, referido a las modalidades de su ejercicio. El precepto se halla dividido en dos partes que vienen a establecer en primer lugar cuáles son éstas para, a continuación, reparar en quiénes son los sujetos a los que se asigna la facultad para ejercitarlas. Será éste lógicamente el orden que sigamos para su comentario.

Comenzando por las modalidades de ejercicio de la acción penal plasmadas en el precepto, la opción del legislador ha venido a consolidar la división clásica entre ejercicio público, con o sin previa instancia de particulares, y ejercicio privado. Se impone recordar que, con independencia de la denominación que se le confiera, tratándose de la acción penal siempre estaremos en presencia de una institución de naturaleza, finalidad y carácter público¹⁰⁶. Cuestión diferente será la forma en la que puede ser ejercitada y los presupuestos a los que se vea sometida. Se incluyen en el precepto, no obstante, unas llamativas vías de trasvase que permiten la transformación de una modalidad acusatoria en otra, o incluso la desaparición selectiva y discrecional de su propio ejercicio.

- La ley distingue así entre:

a) Acción pública, que opera como criterio general, en tanto mientras la ley no establezca otra cosa, la persecución de los hechos delictivos se realizará mediante

105 Resaltaba en este sentido PEDRAZ la existencia de un, “*anárquico e inarmónico afán reformador procesal, en singular preocupado por el hallazgo de componendas procesales temporales a situaciones también históricas y por la acentuación de los criterios de celeridad y simplicidad en no pocas ocasiones con olvido de garantías jurídico-fundamentales o de propias y laboriosas soluciones históricamente logradas que se ven postergadas en pro de innovaciones importadas no siempre de fácil acomodo en nuestro ordenamiento jurídico*”. PEDRAZ PENALVA, E., “El proceso y sus alternativas”, en el volumen colectivo dirigido por el mismo autor *Arbitraje, Mediación y Conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 23.

106 En el mismo sentido vid. SERRANO, A.A.; RODRÍGUEZ, D.E.; CAMPOS VENTURA, J.D.; TREJO, M.A., *Manual de Derecho Procesal Penal*, San Salvador 1998, p. 239

“acción pública”. A esta modalidad deben referirse los planteamientos presentados en páginas anteriores y gran parte de los que hagamos en las siguientes.

b) Acción pública dependiente de instancia particular, términos con los que el legislador se refiere a un tipo de procesos penales en los que la persecución queda sometida inicialmente al criterio de quien haya sufrido el daño o de quien legalmente le represente. A tenor del 2º párrafo del art. 26 CPP *“en estos casos no se perseguirá penalmente sino por petición de la víctima, o en caso de incapacidad, por quien ejerza su representación legal o por el guardador”*¹⁰⁷. El sujeto pasivo de la conducta delictiva (o la persona a quien se asigna su representación) se erige así en titular de un derecho a que el proceso no se inicie contra su voluntad, originando como consecuencia la impunidad. El efecto que el ordenamiento jurídico le otorga a ese derecho es el de impedir el proceso allí donde la persecución del delito pueda ser más perjudicial para los intereses de sus titulares que la impunidad derivada de la ausencia de proceso y, por ende, de posible ejercicio del *ius puniendi*. Se considera que para determinadas personas y en determinados tipos de delitos, el proceso podría significar una carga inasumible en tanto, según su criterio, pudiera llevar aparejado una segunda victimización o cualquier tipo de daño (psicológico, moral, social, etc.) a soportar conjuntamente con el producido por el delito.

Se trata de una facultad inicialmente preprocesal, orientada a condicionar la propia existencia del proceso puesto que el art. 229 CPP impide que se proceda a no ser por actos urgentes de investigación de no constar la petición por alguno de los legitimados activamente¹⁰⁸. Y si el proceso se hubiera iniciado en ausencia de la instancia de particular, tendrá que ser declarado nulo (vid. art. 224.3 CPP), con lo podemos entender se erige como un verdadero presupuesto procesal.

La petición realizada por particular no siempre incidirá, sin embargo, en el posterior desarrollo del proceso: una vez satisfecha la actividad inicial de requerimiento y puesta en marcha la actividad persecutoria, no será preciso que la víctima o quien le represente realicen acto procesal alguno. El ejercicio de la pretensión penal deviene a partir de ese momento obligación pública y sólo en este sentido puede entenderse el reiterativo inciso último del segundo párrafo de este artículo, que consagra la oficialidad de la acusación también *“cuando la persecución deba hacerse a instancia previa de los particulares”*.

107 Esta previsión se completa con la del art. 239.II CPP, al establecer que *“cuando se trate de un delito de instancia particular sólo actuará (el Juez) cuando exista expresa solicitud de la persona facultada para instar la acción o de oficio, en los límites absolutamente necesarios para interrumpir la comisión del delito, prestar auxilio a la víctima o realizar actos urgentes de investigación”*.

108 El art. 239 CPP establece en relación con las funciones de la Policía de Investigación que, cuando se trate de un delito de instancia particular, *“sólo actuará cuando exista expresa solicitud de la persona facultada para instar la acción, o de oficio, en los límites absolutamente necesarios para interrumpir la comisión del delito, prestar auxilio a la víctima o realizar actos urgentes de investigación”*.

La tácita voluntad de la víctima, habilitante de la persecución, deberá mantenerse presente a lo largo de toda la actividad procesal, pues en caso contrario puede optar por revocar la instancia particular (art. 40 CPP) originando la extinción de la acción penal, según lo previsto en el art. 31.8 CPP, y la civil según el art. 45.2.g) CPP. Puede afirmarse en este sentido que el ofendido no pierde con carácter absoluto la disponibilidad de la pretensión penal, sino que ésta permanece latente en tanto está facultado para hacer decaer la persecución en cualquier momento, extremo cuyas repercusiones prácticas lo asemejan al perdón, con los inconvenientes y riesgos que veremos posteriormente.

Debido a las consecuencias en orden a posibles impunidades que esta modalidad persecutoria pudiera producir, la ley establece lo que pretende ser un catálogo de delitos perseguibles a través de ella en el art. 26 CPP. No obstante se ha habilitado también la llamativa posibilidad de que tal catálogo no sea de aplicación mediante la factible conversión de tales conductas en perseguibles sólo mediante acción privada (vid. art. 29.1 CPP).

c) Acción privada, que opera con carácter exclusivo en los supuestos descritos en el art. 28 CPP (delitos contra el honor y la intimidad, hurto impropio, competencia desleal, desviación fraudulenta de clientela y cheques sin provisión de fondos). Estamos ante conductas a las que el legislador atribuye escasa incidencia pública, reduciendo ésta al propio sentimiento de quien hubiere recibido la ofensa y cuya persecución quedará limitada por razones de política criminal a su iniciativa y a su actividad. De esta manera, cuando no sea estrictamente necesario a juicio del ofendido, se tratará de evitar el *strepitus fori* en delitos que no revisten grave dañosidad social y que en algún caso se hallan cercanos a meros ilícitos civiles¹⁰⁹. En otras palabras podría afirmarse que si la víctima no otorga trascendencia al daño sufrido, no existirá motivo para entender que tales conductas se insertan en un mandato penal. Ello se evidencia, por ejemplo, en alguno de los delitos relativos al honor como pudiera ser la calumnia, difamación o injuria (arts. 177 a 182 CP.) en los que sólo si hay un sentimiento de ofensa la ley penal encuentra ámbito de aplicación.

El Estado, único titular del *ius puniendi*, delega así con carácter exclusivo y excluyente en los particulares víctimas de tales conductas la facultad de poner las bases para el enjuiciamiento penal. Tal y como prevé el 2º párrafo del art. 28, “*en estos casos se procederá únicamente por acusación de la víctima*” y ello se realizará conforme al procedimiento específico diseñado por el legislador en los arts. 400 a 405 CPP, el llamado “Procedimiento por delito de acción privada”. De igual manera, los particula-

109 Esta concepción se ve ratificada por la posibilidad prevista en el art. 29 CPP, de transformar determinadas acciones públicas en privadas a petición de la víctima y con autorización de la Fiscalía General de la República cuando no exista un interés público gravemente comprometido.

res legitimados ostentan el derecho de poner fin al proceso penal en cualquier momento, si esa es su intención, renunciando o abandonando la acusación¹¹⁰. En estos casos lo que provocan es la extinción de la acción penal (art. 31.9 CPP).

Otra manifestación del carácter privado y patrimonializado de la persecución de los delitos llamados de “acción privada” es perceptible en la posibilidad prevista en el art. 31.10 CPP. La muerte de la víctima, en principio único sujeto legitimado activamente, vendría a extinguir con carácter general la acción penal, puesto que de otro modo topáramos con impedimento subjetivo incuestionable. No obstante, en caso de fallecimiento de aquél, y siempre que la persecución haya sido ya iniciada por él, el legislador habilita a sus sucesores o herederos a proseguirla, dando a entender que esta facultad se integraría en el patrimonio del causante.

Cabe únicamente recordar que con el término “privada” nos referimos a una determinada modalidad de ejercicio de la acción penal, pero no a ésta misma, que sigue siendo de naturaleza pública, aun cuando su formulación práctica quede supeditada a particulares. Puede entenderse por tanto como una delegación de la obligación estatal de ejercitar y sostener la pretensión penal que repercute en una carga para algunos particulares¹¹¹.

La legitimación para el ejercicio de la acusación vendrá determinada en función de las modalidades descritas anteriormente, pues si en las dos primeras será habitualmente la Fiscalía General de la República, en las acciones privadas sólo podrá ser la víctima del delito quien desarrolle la actividad conducente al enjuiciamiento mediante la acusación. Veamos pues quienes son los legitimados:

a) La Fiscalía General de la República.

La generalidad y abstracción de la ley y el derecho de los ciudadanos a la instauración de un proceso como garantía jurídico-fundamental confluirán en cada caso concreto a través del ejercicio de la acusación por quien constitucionalmente (art. 193.4º Cn) viene a ello obligado. Ello sucederá en dos supuestos que el CPP intenta deslindar, aun reconociendo su intrínseca identidad y su diferencia únicamente en la existencia del presupuesto procesal de la intervención activa del ofendido: los delitos públicos y los delitos perseguibles previa instancia particular. Tres extremos se hallan

110 Vid. art. 404 CPP

111 JELLINEK incluía entre el ejercicio de derechos de soberanía estatal por los particulares (*Ausübung staatlicher Hoheitsrechte durch Private*) la acusación del ofendido en este tipo de delitos. A su juicio, el Estado transferiría a éste, en su calidad de persona privada, la función que en abstracto le correspondería al Ministerio Público, atribuyéndole un derecho a tener un puesto propio en el proceso penal. El Estado, titular originario del Derecho de acusación (*Strafklagerecht*), delegaría una de sus funciones, atribuyéndola a determinados particulares. JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen 1905, pp. 252 y ss.

presentes en la previsión legal: la asignación de tal función a la Fiscalía, su carácter de iniciativa de oficio, y una referencia a los supuestos en los que ha de entenderse vigente esa asignación.

En relación con el primero de esos tres aspectos, el segundo párrafo del precepto, junto con el art. 83 y el 235.I CPP, concretan la previsión constitucional en la que se asigna a la Fiscalía General de la República el deber de promoción de la acción penal (art. 193.4º Cn). De esta manera se plasma con carácter general el principio de oficialidad en el ejercicio de la acción penal, aun cuando ello no se haga en régimen de monopolio. A tal efecto se designa a un órgano estatal, integrante del Ministerio Público, organizado jerárquicamente con el fin de actuar con criterios de unidad y cuya misión principal radica en defender los intereses del Estado y la sociedad, promoviendo de oficio o a petición de parte la acción de la Justicia en defensa de la legalidad. Es más, desde su vínculo con la tutela del interés público, tales tareas las deberá realizar desde la imparcialidad (vid. por ejemplo art. 238.II CPP)

Las facultades que encierra esta atribución se expanden a lo largo de todo el proceso y su cristalización dependerá del momento procesal en que nos encontremos:

a) Entre las más significativas en el ámbito de la fase inicial, y tratándose de delitos¹¹², cabría citar la recepción de denuncias (art. 229 y 235 CPP); la formulación de requerimientos ante el Juez de Paz (art. 235 CPP); la coordinación, realización e intervención en actos de investigación (arts. 238 y ss. CPP)¹¹³; la realización del requerimiento fiscal en los términos de los arts. 247 y 248 CPP; la participación en calidad de “parte” con las consecuencias que ello comporta en todos los actos subsiguientes (art. 254 CPP para la audiencia inicial, 261 CPP para la declaración sobre los hechos y 268, 271, 272 CPP para la denominada “instrucción”); así como para oponer las “excepciones de previo y especial pronunciamiento” del art. 277 CPP. La Fiscalía está habilitada también para la solicitud de medidas cautelares (art. 247.2º párrafo CPP) e incluso para la práctica de la “detención administrativa” a la que alude el art. 289 CPP o para requerir de la policía su práctica (art. 290.2º CPP).

b) En la que podemos calificar como fase intermedia, y antes de la audiencia preliminar el fiscal tendrá que concretar los términos en que ejercita la acción penal, optando entre las diversas posibilidades que ofrece el art. 313 CPP: sobreseimiento definitivo o provisional¹¹⁴, aplicación de un criterio de oportunidad, suspensión condi-

112 El “Juzgamiento por Faltas” es abordado en el capítulo único del Título III, Libro III, arts. 391 a 396.

113 Junto a la promoción de la acción penal, la Fiscalía General de la República ostenta también facultades de investigación (art. 193.3º Cn), que siempre se realizarán bajo control jurisdiccional, y “*en procura de todos los elementos que les permitan fundamentar la acusación o pedir el sobreseimiento*” (art. 84 CPP).

114 Por ejemplo cuando no sea posible fundamentar la acusación (vid. art. 308 CPP).



cional del procedimiento, aplicación del procedimiento abreviado en los supuestos tasados, conciliación o bien acusación en los términos del artículo siguiente. Si esta última es la opción elegida, habrá de concretar la imputación en relación con los hechos que van a ser enjuiciados y con su presunto autor, realizando ya una calificación jurídica y ofreciendo los elementos probatorios susceptibles de ser introducidos en la vista oral (art. 314 CPP). Admitida total o parcialmente por el Juez, éste ordenará la apertura a juicio (art. 320.1 y 322 CPP).

c) En el desarrollo del denominado “Juicio Plenario”, donde la intervención del acusador adquiere protagonismo principal, en tanto sin ella no será éste posible, explicará la acusación (art. 338 CPP) y podrá ampliarla en los términos del art. 343 CPP, participar en la actividad probatoria (art. 347 y ss. CPP) y expresar sus conclusiones finales (art. 353 CPP). Tal y como ya se ha dicho, con ello se concretará la pretensión penal, que delimitará objetiva y subjetivamente el enjuiciamiento.

En razón de su cargo y de la misión constitucionalmente asignada, la actividad de la Fiscalía deberá desarrollarse de oficio, bien por propia iniciativa, bien a instancia de parte puesto que sin acusador no podrá haber juicio¹¹⁵. Este carácter oficial respeta y consolida los principios *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*, necesaria salvaguarda frente a la omnipotencia de los jueces, en tanto nos permite distinguir las diversas funciones encomendadas a éstos últimos y a la Fiscalía. Se impone recordar que el inciso 1º del art. 86 del derogado CPP de 1974 decía textualmente que “la acción penal deberá ser iniciada y seguida por el Ministerio Público o de oficio por el juez”, habilitando una irrupción de formas inquisitivas en el proceso penal más propias de tiempos remotos. El actual código, optando sin embargo por la asignación a un órgano judicial de la instrucción preliminar¹¹⁶ y a la Fiscalía General de la República de la competencia para promover la acción penal, ha pretendido garantizar la separación de funciones aludida.

Las amplias facultades de la Fiscalía General de la República en el ejercicio de la acción penal se han intentado contrapesar con mecanismos correctores. Al margen de la intervención de querellantes particulares, que será estudiada posteriormente, entre estos mecanismos destaca la posibilidad de control judicial de la acusación prevista en el art. 321 CPP para el supuesto de que un determinado fiscal no acuse y que tampoco lo haga un querellante. En este caso, si el juez considera que procede la apertura del juicio, ordenará que se remitan las actuaciones al fiscal superior para que acuse o ratifique la opinión de su subordinado. En este último caso y en virtud del

115 En virtud del art. 248 CPP “no podrá realizarse la audiencia inicial ni ordenarse instrucción formal sin el respectivo requerimiento fiscal”.

116 La justificación de esta opción legislativa se basa en una decisión política, tal y como se viene a señalar en la Exposición de Motivos del CPP., epígrafe III, párrafo 10º.

principio acusatorio que impide la confusión entre las funciones de acusar y juzgar, el juez se verá imposibilitado ante la falta de actor para abrir el juicio oral.

Este segundo párrafo hace referencia también a que la acción penal se ejercitará “... en los casos determinados por este código”. El legislador no ha demostrado demasiada precisión al insertar este inciso, pues parece dar a entender la existencia de un catálogo de delitos públicos perseguibles por iniciativa de la Fiscalía General de la República. No es el caso, pues el inciso ha de ser entendido en conjunción con el régimen de ejercicio de la acción penal, lo que nos obliga a llenar de contenido su dicción literal desde otro punto de vista: allí donde el Código no establezca otra modalidad de acusación (iniciativa de particular o acusación privada), será de oficio la Fiscalía la encargada de su sostenimiento.

El último párrafo asigna “a los particulares” la legitimación para el ejercicio de la “acción penal privada”, sin determinar quienes sean éstos. La respuesta se halla en el art. 28.II CPP que establece que “*en estos casos se procederá únicamente por acusación de la víctima*”, condición subjetiva que viene definida en el art. 12 CPP. No cabrá por tanto la iniciativa persecutoria ni la promoción de la acción penal por otros sujetos, ni públicos ni privados, con la única salvedad prevista en el art. 31.10 CPP, que permite la continuación del procedimiento si los herederos o causantes en caso de fallecimiento de la víctima sostienen la acusación que hubiera sido formulada por ésta.

Concordancias. Art. 26, 28, 29, 84 y sig., 400 y sig. CPP.

Oportunidad de la Acción Pública.

Art. 20.- En las acciones públicas, el fiscal podrá solicitar al juez que se prescinda de la persecución penal de uno o varios de los hechos imputados, respecto de uno o algunos de los partícipes o se limite a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles, en los casos siguientes:

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



Si el juez, considera conveniente la aplicación de alguno de estos criterios, o tratándose del numeral primero de este artículo y su aplicación haya sido pedida por el querellante se solicitará la opinión del fiscal, quien dictaminará dentro de los tres días siguientes. El juez no aplicará un criterio de oportunidad sin el acuerdo del fiscal. (2°)

Comentario.

1. Aún sobrepasando los límites de estos comentarios parece aconsejable examinar lo que significa el principio de oportunidad que tan gran acogida tiene en este código procesal penal¹¹⁷.

Se viene diciendo que el principio de oportunidad satisface la necesidad de buscar la Justicia material, incluso en un ámbito tan sensible político-socialmente como es el punitivo. La mayoría de los que así se han manifestado suelen, de modo consciente o inconsciente según los casos, indiferenciar los momentos penal y procesal, no delimitar con la exigible nitidez acusación, decisión y ejecución¹¹⁸ y, tampoco, señalar quién sería el titular que gozaría, exclusivamente o no, de la facultad de hacer uso de la oportunidad. No obstante, y en general, parece centrarse en el MF y en la acusación, desde la reconceptualización de su tarea en el proceso atribuyéndole asimismo la de investigar, reduciendo la del juez de la instrucción a autorizar y controlar cualquier lesión jurídico-fundamental padecible por los sujetos del proceso. Se afirma que con ello aparte de eludir la contaminación del juez evitando la confusión entre su papel tutelador de los derechos y libertades fundamentales y de instructor de la causa, se logra un reforzamiento del acusatorio, a semejanza, en líneas generales, de la orientación acogida, entre otros, en los procesos penales alemán, portugués e italiano, ya examinados en la Introducción a estos Comentarios.

Puntualizando algunos extremos téngase en cuenta que, según se ha dicho, de un lado la oportunidad podría hacerse valer tanto en el momento del ejercicio de la pretensión penal como en el de la suspensión del procedimiento y, de otro, que también la oportunidad está siendo llevada a la práctica por la Policía no presentando el correspondiente informe o atestado, de modo que aún conocidos los hechos a través

117 Ampliamente se estudia el principio de oportunidad en PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal penal*, T.I, *Principios del proceso penal*, Madrid, 2000, pp.157 y ss, y, del mismo, en «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990, pp.313 y ss.

118 De este modo se aplica el principio de oportunidad, en la no ejecución de la pena, por ejemplo, en Luxemburgo. Vid. en este sentido INFORME DEL COMITE EUROPEO DE PROBLEMAS CRIMINALES SOBRE LA PARTICIPACION DEL PUBLICO EN LA POLITICA CRIMINAL, publicado en Doc.Jca, T.XIV, oct-dic 1987, 56, monográfico dedicado a *La Justicia penal y la política criminal en el Consejo de Europa*, pp.1299 y ss y, esp., p.1310.

de los medios de comunicación o por conocimiento privado por el Juez o por el Ministerio Fiscal, en pocas ocasiones se incoa el procedimiento penal¹¹⁹.

El principio de oportunidad podría definirse como aquella facultad reconocida a la policía -en algunos países-, fiscal y juez, concurriendo determinadas exigencias, de poner en conocimiento de la autoridad competente (del fiscal o del juez instructor), de proceder a la investigación (si fuere el fiscal) y de formular en su caso acusación, de y por la realización de un hecho constitutivo de acción pública por un sujeto determinado o determinable. Situándome en el proceso de ejecución señalaré que también cabe la oportunidad suspendiendo o sustituyendo la pena judicialmente acordada.

Las referencias doctrinales al principio de oportunidad no son tan recientes como pudiera suponerse. Descartando algunos precedentes decimonónicos¹²⁰ -aún legislativos-, pueden encontrarse interesantes planteamientos en autores como Dahm, Goldschmidt, Beling¹²¹, etc. Así, a mi juicio, Goldschmidt¹²² situó ya en su época agudamente los términos de la dicotomía «legalidad -oportunidad», al afirmar que sólo hay base para tal contraste desde que el «ius puniendi» es asumido por el Estado, suscitándose pues la cuestión legislativa acerca de la perseguibilidad o no de todos los hechos punibles y, en el segundo caso, de si la persecución ha de hacerse depender en cada supuesto del arbitrio del acusador particular o estatal, o, en el procedimiento de oficio, del arbitrio judicial. Como este autor continúa afirmando, modernamente no se ha resuelto con absoluta nitidez si es preferible el principio de legalidad o el de oportunidad, pues históricamente se demuestra que «el principio de legalidad sigue siendo el que garantiza la legalidad estrictísima de la justicia punitiva. Por lo mismo logrará el dominio en un tiempo que se preocupa principalmente de la constitución del Estado de derecho y de las garantías del mismo. Frente a esto, el principio de la oportunidad puede justificarse

119 Es gravísima la irregularidad que esto implica, pudiendo dimanar de ella, a mi juicio, perjudiciales consecuencias de esa «facultad» que, en todo caso, presupone a la Policía unos conocimientos jurídicos que no le son exigibles, todo ello sin olvidar la obligación que incumbiría al Fiscal y al Juez, de proceder contra la Policía. Esto no empece para que en otros países -sitos en parámetros jurídicos y sociales diversos- se reconozca a la Policía discrecionalidad para denunciar o archivar los asuntos punibles de mínima transcendencia, y concretamente, las pequeñas infracciones contra la propiedad; de este modo en Dinamarca, Gran Bretaña, Noruega, etc... Sobre ello, vid. WEIGEND, T., *Anklagepflicht und Ermessen. Die Stellung des Staatsanwalts zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip nach deutschem und amerikanischem Recht*, Baden-Baden, 1978, pp.92 y ss., HANSEN, «Die Tätigkeit der Anklagebehörde in Norwegen», en *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht*, Hersg. Jeseck u. Leibinger, Baden-Baden, 1979, p.504, HUBER, B. «Funktion und Tätigkeit des Anklägers in England und Wales», en misma obra, pp.556 y ss., etc.

120 Vid. GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, op., cit., pp.75 y ss., también en DAHM, G., «Legalität und Opportunität», en ZStW, 1934., etc.

121 BELING, E., *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1943, entre otras en la p.25

122 GOLDSCHMIDT, op., cit., p.73



de dos modos completamente distintos, a saber: por un lado, partiendo de un enfoque que favorece un influjo político del Gobierno sobre la justicia penal; por otro lado, en el interés de la verificación de la justicia material, en contraste con un formalismo legal. Al dominio del principio de la oportunidad en el primer sentido se opuso la tendencia del Estado de derecho de la segunda mitad del siglo XIX, mientras que hoy día el principio de la legalidad tiene que ceder ante un principio de la oportunidad en el segundo sentido, es decir, en favor de la justicia material¹²³ .

Destacaré pues en relación con este principio de oportunidad lo siguiente: su afirmada difícil inconciliabilidad con el de legalidad aunque atemperada por la delimitación normativa de la oportunidad; que, amén de su ocasional significado en vía agresiva de derechos del sujeto, es apreciable una falta de rigor técnico en la legislación actual, sus contenidos difusos, confusos, con frecuencia contradictorios y con lagunas a colmar; la simultaneidad de la vigencia de tal antinomia con el monopolio por el Estado del derecho de penar; su incidencia en el momento procesal que constituye «conditio sine qua non» de toda sentencia penal (en el sistema acusatorio): al ejercer la acusación, en la fase cognitiva mediante la suspensión del pronunciamiento penal y en el periodo de ejecución de la pena (sustitución o suspensión de la misma); que su uso en la práctica no reside sólo en el juez o acusaciones (esencialmente MF) sino también, más o menos oficiosamente pero con notable frecuencia, en la policía judicial; que si bien puede propiciar una politización de la justicia también favorece la justicia material con el necesitado contrapeso de la proporcionalidad¹²⁴ .

Beling señala que «aceptándose el principio de la investigación oficial combinada con el de la acusación formal, se plantea la cuestión de si la autoridad encargada de la acusación, en los casos en los que la ley parece justificar la condena, puede o pudiera quedar facultada para omitir la persecución por no considerarla oportuna o conveniente, por ejemplo, por razón de la nimiedad de la infracción ('minima non curat praetor') o por temor al escándalo público o por temor a costas procesales considerables. El principio de legalidad niega tal facultad a la autoridad encargada de la acusación (coacción de persecución), mientras que, por el contrario, el principio de oportunidad se la concede¹²⁵ » .

Por tanto ya no es sólo que la Ley deje de ser transposición pública mediata o inmediata de los derechos subjetivos¹²⁶ y se instrumentalice en contra del viejo «status civitatis», sino que, en aras de alcanzar un mayor grado de eficacia en la Justicia repre-

123 GOLDSCHMIDT, op., cit, p.76

124 También PEIFFER, G., *Einleitung al Karlsruhe Kommentar*, cit., 4 Aufl., 1999, Nr.6, pp.3-4

125 BELING, E, op.,cit, p.25

126 Perdiendo pues «naturalidad» y «generalidad». Vid. sobre ello, mi trabajo, «La jurisdicción en la división de poderes de Montesquieu», RiberDP,1976, pp.905 y ss, y más concretamente citas 6 y 10.

siva -en último extremo, en pro de la denominada «justicia material»^{127 128} -, preténdese implantar el principio de oportunidad. Tal instauración parece que inicialmente prescinde, entre otros aspectos, de que el legislador constituyente, en el art. 173 Cn, expresó la sujeción de los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, «...exclusivamente a la Constitución y a las leyes». No olvidemos que los arts. 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 22, 23, etc. Cn acogen el principio de legalidad. Que el art. 193.2º Cn atribuye al Fiscal General de la República «Promover de oficio o a petición de parte la acción de la Justicia en defensa de la legalidad» y que su número 3º asigna a la fiscalía «dirigir la investigación del delito...en los términos que defina la ley...».

Cabría indicar pues que desde la Primera Norma en conexión con el resto del Ordenamiento Jurídico, lo que para los ciudadanos puede ser considerado como un derecho, constituye deber ineludible del Ministerio Fiscal, a quien, aparte de otras muchas disposiciones, el CPP impone la obligación de ejercitar, con arreglo a la misma, todas las acciones penales públicas -en su caso, previa instancia particular, art. 26 CPP- salvo en las hipótesis normativamente previstas [así el propio art. 20 CPP] si habiéndolo solicitado el juez lo autorizara [vid. arts. 248.4), 256. 5), 313. 3), 316.8), 320.5), etc. CPP].

De lo que antecede es deducible de manera inmediata que, con base en el principio de legalidad, el MF ha de investigar y en su momento acusar siempre que de las diligencias practicadas derive la (probable¹²⁹) comisión de un hecho que revista los caracteres de normativamente punibles (entre otros en arts. 238, 239, 246 a 252, 258, 265, 268, 289, 313, 316, 320 CPP). Obsérvese que no hay, salvo error u omisión del que suscribe, precepto alguno en el CPP que reconozca a la policía margen de oportunidad alguno.

De este modo el MF tiene el deber de investigar y acusar en los delitos públicos, sin perjuicio de las excepciones normativas, o mediando denuncia en los semiprivados, en cumplimiento de su obligación de velar por el interés público y restablecimiento del orden jurídico, a cuyo tenor no puede permitirse, no sólo que los delitos queden impunes por falta de acusador sino, muy primordialmente, que deje de realizarse el fin propio de la pena.

127 En expresión de GOLDSCHMIDT, J, *Problemas jurídicos y ...*, op., cit., p.76, y en su obra cit., *Principios generales del...*, II, p.124.

128 Aunque requiere exigida puntualización, podría mantenerse, desde esta perspectiva, que el principio de proporcionalidad está en óptima posición para contrapesar al de oportunidad, precisamente en cuanto aquél, junto con el de igualdad, se ha afirmado que son principios de la «justicia material». Sic. LARENZ, K, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, 1985, p.138

129 Hablo lógicamente de probabilidad y no de seguridad por cuanto, tras las actuaciones sumariales, en modo alguno puede existir seguridad, ni siquiera alcanzable, aunque se consiga un mayor grado de conocimiento de lo acaecido, tras el juicio oral público y contradictorio ante el órgano jurisdiccional competente para conocer y decidir.



La vigencia del principio del legalidad constituye el punto de partida constitucional, aunque en verdad haya sido acogido suavizadamente el de oportunidad en su acepción «reglada», «normada» o «bajo condición»; es decir, rechazando el puro o libre de manera que el MF -que en ningún supuesto podría disponer arbitrariamente de su función de investigar y eventualmente acusar-, ha de actuar o no atendiendo a criterios axiológicos legalmente esbozados por la norma procesal penal, pudiendo recurrir incluso a vías procesalmente previstas como la de la conformidad (o al denominado sistema del '*plea guilty*' o '*plea bargaining*'¹³⁰), pero ajustándose en su opción en pro de la oportunidad a criterios preestablecidos en la ley, en la que se fijan los supuestos y las condiciones en que el Ministerio Público puede hacer uso de la oportunidad.

2. La inicial, frontal y radical oposición legalidad-oportunidad se ha venido suavizando al defenderse, y reconocerse, que en verdad no se da tal enfrentamiento. En esta línea, la afirmada «legalización» de la oportunidad, que armonizaría las actuales exigencias de persecución penal con el nivel de saturación de los órganos encargados de la pesquisa y de la represión de los delincuentes, conlleva destacar la precisa reafirmación del principio de legalidad como contrapuesto a arbitrariedad, «...expresión distinta de la de oportunidad en sentido más estricto y limitado, si ésta viene establecida por la ley y está sujeta a determinadas reglas o pautas de comportamiento, porque entonces la oportunidad reglada se hace legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxa»¹³¹.

En conexión con lo dicho podría ponerse la postura de juristas como Henkel y Baumann¹³², quienes mantienen que no toda excepción a la legalidad integra un caso de oportunidad, habiendo de atenderse a los presupuestos e intereses jurídicos que en cada hipótesis sean puestos en juego y a que, según sucede con la oportunidad reglada, a veces tales excepciones están legalmente contempladas.

También al suscitarse, aunque con discutible trascendencia, por diversos autores¹³³, que la dicotomía ha de ser planteada entre extremos tales como, respectivamente, oportunidad-obligatoriedad de la acusación¹³⁴ o principio de legalidad del proceso-principio de legalidad de la acción.

130 De imprescindible manejo es la obra de CABEZUDO RODRIGUEZ, N., *El Ministerio Público y la justicia negociada en los EEUU de Norteamérica*, Granada, edit. Comares, 1996, *passim*.

131 RUIZ VADILLO, E, «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», en *Rev. Poder Judicial*, número especial II *Justicia penal*, pp.53 y ss y, esp.p.68

132 HENKEL, H, *Strafverfahrensrecht*, 2 Aufl., cit., pp.95-6., BAUMANN, J, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, Buenos Aires, 1986, p.62

133 TORRES,M, «O principio da oportunidade...», cit., MAIA GONÇALVES, *Código de processo penal anotado*, cit., CARVALHO MARTINS, *O debate istrutório...*, cit.,

134 Expresión la de «obligatoriedad de la acusación» nada nueva por cierto para nosotros, pues de acusación forzosa, críticamente, habló ya AGUILERA DE PAZ, E, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, I, p.525 y, en la actualidad, viene siendo utilizada con mucha frecuencia por la literatura italiana, entre otras causas dada la redacción del art. 112 de la Primera Norma italiana: «El Ministerio Público tiene la obligación de ejercitar la acción penal».

Desde y pese a lo apuntado afirmaré, sin entrar ahora en mayores consideraciones, que «a priori» no es totalmente negativo ni rechazable el principio de oportunidad reglada teniendo en cuenta que, como tal, aparece legalmente acogido. De este modo asumo, aunque, con ciertas reservas, la Recomendación n° R (87) 18 del Comité de Ministros sobre la simplificación de la Justicia Penal según la cual «la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado por razones de oportunidad, deberá ser establecida por la ley».

Mi aceptación, sólo de la reglada, y con todas las precauciones y reservas, se enmarca en las siguientes consideraciones. Ante todo (y en particular desde las vigentes coordinadas constitucionales) es menester iterar la falsedad de aquella aseveración según la cual el proceso penal -acogiendo la más rancia y superada concepción de la legalidad- está encaminado a una indiferenciada e implacable búsqueda, al logro a toda costa, de la verdad material¹³⁵ o, según gráficamente se pretendía expresar, de la verdad «verdad»¹³⁶. No admito que sea de recibo defender la exigencia de un ilimitado deber de esclarecimiento -»Aufklärungspflicht»- (o que no haya de existir obstáculo alguno a las exigencias de la investigación -»Untersuchungsgrundsatz»-. Es en este sentido en el que Roxin recoge la ya citada e interesante afirmación del BGHSt (14,358,365): «No es un principio de la StPO que la verdad tenga que ser alcanzada a cualquier precio»; siempre ha de ser encuadrable en los límites constitucionalmente establecidos, en el respeto de los derechos fundamentales.

En pro de la oportunidad juega también el que en América al igual que en Europa continental -y no sólo ahora-, es constatable la falta de una plena vigencia del principio de legalidad. A nadie se le oculta que en determinadas infracciones atinentes a materias como, verbigracia, delitos contra la familia, pequeños hurtos en grandes almacenes, algunas apropiaciones indebidas, se ha venido, de hecho, atenuando la obligatoriedad de su persecución en atención siempre al sujeto comitente.

135 Me remito a lo dicho en la Introducción a este Código Procesal penal.

136 Como implícitamente es deducible, la verdad material es uno de los términos de una dicotomía integrada, además, por la «verdad formal» -predicada a su vez del proceso civil- (defendida en este orden como precisa ante la comprensible inseguridad dimanante de la subjetiva discrecionalidad, según destaca WALTER, G., *Freie Beweiswürdigung*, cit., pp.77-78), diferenciación que no ha sido tan unánimemente aceptada, como puede comprobarse en la obra de CARNELUTTI, F., *La prova civile*, 2ª ed., Roma, 1949, pp.29-30, en las que dice «...pero sin duda no se trata aquí más que de una metáfora, en sustancia es fácil observar como la verdad no puede ser más que una, de manera que, o la verdad formal o jurídica coincide con la material, y no es más que verdad, o disiente de ella y no es sino una no verdad...». Vid. asimismo a KRAUSS, D., «Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess», cit., pp.65 y ss., SPENDEL, «Wahrheitsfindung im Strafprozess», en JuS, 1964, pp.465 y ss., etc.

Con los defensores del principio de la oportunidad coincido en que, estando previsto lo más taxativamente posible¹³⁷, permitiría, en atención a la clase e intensidad de la lesión y del bien jurídico colectivo afectado, no perseguir determinadas conductas: las de bagatela, p.ej., que en su caso podrían ser susceptibles de sanción administrativa¹³⁸, reservando las actuaciones ante y de los Tribunales de Justicia para suscitar, y decidir, cuestiones social y jurídicamente relevantes¹³⁹. Este enfoque¹⁴⁰ no es de hoy. Ya

- 137 Así HASSEMER, W., «la persecución penal: legalidad y oportunidad», cit., quien denunciando que «un sistema penal orientado exclusivamente en una dirección ‘moderna’ (se refiere a regido por el principio de oportunidad, E.P.), amenaza con sortear las clásicas barreras del derecho penal y convertirse en terrorismo de Estado...mientras un derecho penal albergue supuestos de oportunidad, el respeto al Estado de derecho por parte del procedimiento, dependerá de si los casos están determinados con absoluta precisión. Las reglas de oportunidad vagamente formuladas, destruyen por completo el principio de legalidad. La persecución penal oportunista se extiende entonces de forma epidémica: las decisiones de las autoridades instructoras de no perseguir un delito no pueden controlarse eficazmente y, por tanto, no pueden limitarse».
- 138 O sin necesidad de exigir sanción administrativa. Vid. por ejemplo los §§ 153 y 153 a StPO y el análisis del juego del principio de oportunidad atendiendo a la escasa entidad del daño social producido o a la propia personalidad del inculcado, en MÜLLER/SAX/PAULUS, *Kommentar zur Strafprozessordnung*, B.1, 7. Aufl., Frankfurt a. Main, 1988., PETERS, K., *Strafprozess. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., Heidelberg-Karlsruhe, 1981, pp.162 y ss., KLEINKNECHT/MEYER, *Strafprozessordnung*, 38. Aufl., München, 1987, pp.580 y ss. Para el Derecho portugués, consúltase a MAIA GONÇALVES, M-L, *Código de Processo Penal anotado*, op., cit., pp.49 y ss.
- 139 Vid. FRIEDMAN, L.M., *Introducción al derecho norteamericano*, cit., en que alude genéricamente, pp.85 y ss., a las transacciones extrajudiciales como modo más barato de resolver litigios, lo que es aconsejable para las reclamaciones de pequeña entidad económica, según mantiene este autor. Ya en mi trabajo «Sobre la crisis de la Justicia» (en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, cit), p.40, nota 35, aludía al tema de los «Bagatellstreitigkeiten», en los que la bibliografía especializada se decantaba, ora por mantener su acceso a la jurisdicción ora, habida cuenta de que el coste económico de su resolución judicial es normalmente superior al de lo reclamado, por remitir su composición a vías alternativas. El tema, hay que aceptarlo, no es sencillo de resolver dado que el criterio cuantitativo ni puede ni debe suponer un obstáculo para el acceso a la Justicia, con la consecuente negación del derecho a la jurisdicción y la lógica incidencia en el derecho a la igualdad (acaso debería decirse aquí y ahora, a la prohibición de discriminación), y tampoco es admisible soportar tal saturación de los órganos jurisdiccionales. Por ello, en algunos sectores de la doctrina especializada (CAPPELLETTI, GARTH, JONHSON, vid sus trabajos en *Acces to justice*, a cargo de CAPPELLETTI y BARTH, 4 vols., 6 libros, Milano, 1978-1979, y, asimismo, *The Windsor Yearbook of acces to justice*, 5 vols., 1981-5.,etc.) se ha subordinado el criterio cuantitativo a la concurrencia del cualitativo; es decir, en «pequeños» problemas surgidos, por ejemplo, de relaciones de vecindad, parecería innecesario acudir a la Justicia incrementando aún más su caótica situación. Esta cuestión se suscitó en la Republica federal alemana siendo objeto de la sentencia núm.11, de 6.5.1962, del BVerfG, sobre el «Gemeindgericht», instituido en el «Land» Baden-Wütemberg, al que se atribuía el conocimiento de las controversias civiles patrimoniales no superiores a 100 DM, declarando el Alto Tribunal que correspondía a los órganos jurisdiccionales la resolución de toda contienda de esa naturaleza. En esa línea se manifestaron coincidentemente autores como BAUR, DUETZ, HUMMER,etc. A mi modo de ver, también el TEDH es acérrimo defensor de esta posición, en pro, pues, del acceso efectivo a la jurisdicción, como puede deducirse de muchas de sus sentencias, entre otras, Caso GOLDER, de 21.2.1975, núms.37-39., Caso AIREY, de 9.10.1979., Caso LE COMPTE, VAN LEUVEN y De MEYERE, de 28.6.1981, núms., 39 y ss., Caso SPORRONG y LOENNROTH, de 24.9.1982, núms.79 y ss., Caso ALBERT y LE COMPTE, de 10.2.1983, núms. 25 y ss, esp.núm.29, Caso AGOSI, de 24.10.1986, esp.voto particular del magistrado PETTITI.,etc. Singular interés tiene el caso ÖZTÜRK, de 21.2.1984 por cuanto alude a que descriminalizar puede ir contra el art. 6 del juez legal, vid.sus núms 53 y 56., también Caso O c.Reino Unido, de 8.7.1987, núms. 53-64.,etc.
- 140 Por todos vid. BAUMAN, J., *Derecho procesal penal*, cit., p.8 y, del mismo, en *Festschrift für K.Peters*, 1974, pp.3 y ss.

encontró albergue en autores como von LISZT para quien una de las reformas a acometer consistiría en «La lucha contra las penas cortas de privación de libertad... que en la forma en que hoy se aplican ni corrigen, ni intimidan ni inocuizan; pero en cambio arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo del crimen. De aquí resulta la perentoria exigencia, ...de reemplazar(las) en lo posible... con otras medidas... ó devolverlas, por agravación, su fuerza intimidante... Debía pensarse si no merecería ser restaurado el antiguo principio *minima non curat praetor*, bien como precepto jurídico del procedimiento (quebrantamiento del principio legal), bien como regla de derecho material (impunidad por insignificancia de la infracción)»¹⁴¹.

3. El debate en torno a si la oportunidad es un tema de derecho procesal penal o de derecho penal¹⁴² esconde entre otros extremos el del uso indiferenciado del término «despenalización», utilizado con demasiada frecuencia para referirse a dos cuestiones completamente distintas:

- Una primera vendría constituida por el traslado, en general, del ámbito penal al administrativo sancionador de determinadas conductas, lo que integra propiamente la «despenalización»¹⁴³. Cabría aquí también la prescripción normativa penal material previsor de «despenalización» sin más de singulares conductas cuando concurren específicas circunstancias.

- la segunda, en cambio, consiste en que, determinadas conductas incluidas en los códigos penales, aunque sean calificadas como de bagatela o de mínima importancia, no llegan a ser enjuiciadas. Este supuesto lo es en verdad de «desjudicialización» pero no de «despenalización». Incluso la hipótesis de oportunidad contemplada en el español art. 171.3 CP, concerniente al delito de amenazas, no es a mi juicio un supuesto de despenalización sino, como se dice en el propio texto legal («...abstenerse de acusar»), de desjudicialización, aludiendo así a que el MF *puede* no crear el presupuesto indispensable para que el juez actúe el «ius puniendi».

Dicho de otro modo: Afirmada la comisión de un hecho punible, sólo el juez, motivadamente, a través del oportuno proceso, y convencido más allá de toda duda razonable, es el competente para declarar la existencia del delito y la participación

141 LISZT, Franz v., *Tratado de Derecho penal*, trad. por Luis Jimenez de Asúa y adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, II, Madrid, 1916, pp.16-17

142 Vid. HOPFNER, «Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip». Bemerkungen zur Reform des Strafrechts und Strafprozessrechts, en *Archiv für Strafrecht und Strafprozessrecht*, begründet durch Dr. Goldammer, Hrsg. J. Kohler, 57, B. R. v. Decker's Verlag, Berlin, 1910, pp. 278 y ss. también, PETERS, K., «Die Strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses», en *Recht und Staat*, H.276/277, Tübingen, 1963, para quien se trata de un criterio jurídico-material («minima non curat praetor»), del mismo, vid. también su *Strafprozessrecht*, cit, pp. 160-1.

143 Así el art. 1 L.24.12.1975 sobre «Sistema sanzionario delle norme che prevedono contravvenzioni punibili con l'ammenda»



comisiva del acusado así como para imponerle la pena prevista en la ley material. También incumbiría en exclusiva al juez declarar la concurrencia de las circunstancias despenalizadoras de la norma penal sustantiva. Y ello aunque el art. 20 párrafo final CPP establezca que el juez no aplicará un criterio de oportunidad sin el acuerdo del fiscal¹⁴⁴.

De esta forma tiene perfecto encaje y sentido el aforismo «nullum crimen nulla poena sine previo iudicio»; no ha lugar por ende a hablar de despenalización sino de desjudicialización, o sea, del no enjuiciamiento de esa conducta que resulta imprescindible para la existencia del delito y la imposición de la pena. Gráficamente podría concretarse lo dicho en que la despenalización ha de producirse normativamente en tanto que la desjudicialización tiene lugar simplemente por mor de su no acceso a la Justicia.

Correlativo con la desjudicialización mencionada, el principio de oportunidad tal vez facilitara el incremento y profundización en la investigación y subsiguiente persecución de determinadas infracciones, particularmente peligrosas en zonas o momentos históricos concretos (piénsese en las «drogas duras») -aunque ello, al suponer una selección, implique preterir la erradicación de otros dominios delictivos-. De la experiencia habida en la lucha contra el terrorismo en algunos países como Alemania federal e Italia, se ha podido comprobar que «concediendo la inmunidad» a determinadas personas a cambio de su testimonio, podrían cosecharse importantes éxitos. Acertadamente a mi juicio, Hassemer objeta que «...es injustificado, político-criminalmente, e irracional, pretender solo el beneficio inmediato (por ejemplo, la desarticulación de un grupo terrorista) y pasar por alto los perjuicios que a largo plazo proporciona una aplicación del Derecho conforme a una regulación de oportunidad»¹⁴⁵.

La oportunidad reglada ha de completarse con las vías necesarias para que los interesados puedan reclamar contra su desproporcionada aplicación. Así se ha suscitado en temas de protección de los denominados intereses difusos o en hipótesis con un alto grado de sensibilidad política.

4. En los países que han dado entrada a la oportunidad reglada suele preverse el derecho del particular a acudir a la instancia judicial para exigir, al menos, la investigación por el fiscal y la eventual formulación de la acusación por éste. De este modo:

-En la República Federal de Alemania mediante el «Klageerzwingungsverfahren» (prevenido en los arts. 172 y ss StPO), a cuyo tenor, si el Ministerio Fiscal estimase que procede archivar las actuaciones y por ende no acusar, el perjudicado por el delito

144 Vid. TREJO ESCOBAR, M.A., «El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal», en *Ensayos doctrinarios 'Nuevo Código Procesal penal'*, San Salvador, 1998

145 HASSEMER, W, cit, p.10,

tiene la posibilidad -entre otros supuestos, siempre que el hecho punible estuviere sancionado con pena no inferior a un año de privación de libertad, 153 (vid. asimismo lo previsto en los arts. 153 a, 153 b.ap.1, 153 c, 153 d, 153, 153 e, 154, 154 b y 154 c)- de recurrir la decisión del MP y si ésta fuere confirmada, podrá acudir ante el TSJ («Oberlandesgericht»), el cual goza de la potestad, no sólo de exigir la presentación por la Fiscalía de todo lo actuado (art. 173.1) sino además de acordar la práctica de las diligencias que estime pertinentes a fin de que se ordene al MF investigar el hecho afirmado punible para ejercer la acusación¹⁴⁶.

-En la misma línea el nuevo código procesal penal portugués (aprobado por D-Ley núm. 78/87, de 17 de febrero) regula en el art. 287 («Requerimento para abertura da instrução») la posibilidad de pedir la apertura de la instrucción en el plazo de cinco días desde la notificación por el MP de la decisión de archivo («arquivamento») de las actuaciones.

- En similar sentido, el «Codice di procedura penale» italiano. La ley de enjuiciamiento criminal italiana establece que, tras las «indagaciones preliminares» del MP (arts. 358 y ss), éste ejercitará la acción penal si no debe pedir el archivo (arts. 405 y ss); contra la petición de archivo cabe oposición de la persona ofendida por el delito que puede solicitar la práctica de investigaciones supletorias (art. 410.1).

- En El Salvador cabe la posibilidad de oponerse a la decisión de no perseguir un delito de acción pública acudiendo a varios medios: a) permitiendo su persecución por vía de acción privada (art. 21 párrafo segundo CPP), b) deduciendo la víctima ante el juez solicitud para ser oída (art. 13 CPP) a fin de que éste remita al fiscal superior el procedimiento y exija del inferior la formulación de nuevo requerimiento (art. 258); tal requerimiento puede ser llevado a cabo de oficio por el juez tanto en la audiencia inicial, art. 258 CPP, como en la preliminar (art. 321 CPP).

5. A la oportunidad le son oponibles una serie de argumentos, que se convierten en insuperables cuando se trata de la no reglada. Quizá no sea el menos importante el de que conspira contra la publicidad «stricto sensu», de la que, por cierto, se ha llegado a decir, por autores como Couture, que forma parte «...de la esencia del sistema democrático de gobierno»¹⁴⁷.

Algunas consecuencias de la oportunidad colisionan con determinadas manifestaciones del principio de publicidad. Así acaece con «el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas», (o a ser oído públicamente y con las debidas garantías por

146 Más extensamente vid. en el apartado que se dedica a la reforma alemana de la StPO, el estudio del *Klageerzwingungsverfahren*.

147 COUTURE, E.J., *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, 1958, p.192..

un tribunal competente, independiente e imparcial, art. 14.1 del PIDCP o, en expresión del art. 8.1 CADH, «... a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable,...».

Desde el momento y hora en que es factible que, previa conformidad entre MF y presunto autor, se llegue a acuerdos¹⁴⁸, bien sobre la calificación jurídica de los hechos (con miras a una inferior pena), bien incluso para no promover la acusación o a fin de solicitar un sobreseimiento (transacciones de las que muy acertadamente se ha llegado a decir en los Estados Unidos de Norteamérica, que consisten en «negociar a la sombra de la ley»), se dispone en gran medida -aunque corregida por la necesaria aprobación judicial- del objeto del proceso penal, y se corre el riesgo de sustraer al público el conocimiento de la comisión del hecho y del castigo, conforme a la ley de ilícitos penales¹⁴⁹, sin parar mientes, además, en que puede llegar a imponerse una sanción punitiva sin que el acusado haya sido oído y vencido en juicio. Juega aquí pues el principio de proporcionalidad a fin de ponderar el equilibrio que al menos ha de existir entre el interés satisfecho y el sacrificio de la publicidad.

Amén de lo ya referido, el principio de oportunidad supone, aun desde su no torpe aplicación, una indudable erosión de la seguridad jurídica, aunque no sea más que por las implícitas, a la vez que consustanciales, carencias en él de previsibilidad y generalidad. El uso de «Generalklauseln» en las normas legales que «regulan» el principio de oportunidad, como puede verse, vgr., en el art. 153 de la StPO: «...wenn ...und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht...»¹⁵⁰ (Podrá no perseguirse el delito «cuando...no concurriera interés público») (De modo expreso importa hacer constar que basta para no perseguir delitos de escasa importancia «Geringfügigkeit», conque el Tribunal apruebe la decisión de Fiscalía, sin que se dé entrada en este art. 153 al acusador particular), refuerza la preindeterminación, decisiva para la inseguridad y la discriminación jurídicas que dimanen de la oportunidad. La seguridad jurídica exige, entre otros extremos, la confianza del ciudadano que percibe la igualdad en la aplicación del

148 Lo que viene sugerido además por la mencionada Recomendación (87) 18, de 17 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, señalándose lo aconsejable de acoger vías transaccionales como el «guilty plea», fijando a este tenor criterios como los siguientes: «...deberá verificarse ante el Tribunal sentenciador constituido en audiencia pública, exigiendo respuesta afirmativa del acusado sobre lo que constituye objeto del enjuiciamiento, debiendo el órgano jurisdiccional antes de dictar sentencia oír a ambas partes, etc. «

149 Vid. la recomendación citada del Comité de Ministros del Consejo de Europa en la que, acaso ingenuamente, se intenta mantener la publicidad, lo que en mi opinión conspira en todo caso con el «éxito» de la negociación a entablar entre acusador y defensa, pudiendo, en su caso, llegar a comprometer al Tribunal sentenciador.

150 Vid. bibliografía recogida en la Strafprozessordnung de KLEINKNECHT/MEYER, cit, p. 582, asimismo y con reciente jurisprudencia *Karlsruhe Kommentar*, 4 Aufl., 1999, y en especial a los §§ 152, 153, 153 a, 153 b, 153 c, 153 d, 153 e, 154, 154 a, 154 b, 154 e.

derecho penal, y en tal confianza se erige la supervivencia de la Justicia¹⁵¹ y la exclusión de la autodefensa.

Esta sucesiva aportación de argumentos, «prima facie» equivalentes, permite esbozar una serie de reflexiones sobre el principio de oportunidad.

La Primera Norma persigue amparar los bienes jurídicos acogidos constitucionalmente, que puedan verse lesionados por el delito. El Estado no puede hacer dejación, por prudencia o pragmatismo, de su deber de perseguir y sancionar estas infracciones, ya que con ello conculcaría la Constitución material así como la potestad y autoridad de los órganos jurisdiccionales basadas en la exclusividad y especialización de su función jurisdiccional (172 Cn y arts. 1 sigs. LOJ). Por razón de Estado en cualquier dimensión no cabe que incumpliera su deber de impartir justicia según proceso regulado en la norma ordinaria de acuerdo con el debido proceso, pues de ese modo sería inconsecuente con el carácter constitutivo de la norma positiva por antonomasia que es la Constitución¹⁵². Es, por tanto, radicalmente rechazable la alternativa de aplicar o inaplicar la ley cuando se conculcan los bienes jurídicos cuya protección constituye el objetivo constitucional. Sin embargo sí resulta deseable un conocimiento tópico mediante el cual puedan apreciarse otros elementos objetivos para la actualización y mejor interpretación de las normas, traducible, en último extremo, en la opción de aplicar, dentro del imperativo de la proporcionalidad, una u otra pena, o la misma pena en mayor o menor grado.

Pretender, en principio y aun bajo pretexto de operatividad -que sólo existe como tal razón de Estado-, la posibilidad de dejar impunes lesiones contra los bienes acogidos en la Ley Suprema, no encuentra justificación alguna.

El principio de oportunidad choca contra el principio de igualdad «stricto sensu». Si el de igualdad prohíbe la arbitrariedad subjetiva, menos podrá concebirse que admita la arbitrariedad institucionalizada y eso es lo que supondría la aceptación de desigualdades jurídicas establecidas. La oportunidad es consecuencia de una dejación constitucional previa (que debería obviarse con una mejor institucionalización democrática y representativa como asimismo del subsiguiente aparato de las funciones estatales) que se intenta paliar con una mayor desconstitucionalización. Sería aceptable un planteamiento tópico pero siempre por motivos externos¹⁵³ o, en su caso, en régimen de excepción, que lógicamente habría de ser reconocida por la autoridad competente y que en modo alguno podría institucionalizarse.

151 Así, HASSEMER, W., «La persecución penal...», cit, p. 10

152 Creo necesario recordar que la Constitución no es norma abstracta y que se determina a través de la consecución de su objetivo y de los principios que delimitan orgánicamente su función. La Primera Ley es norma de aplicación directa e inmediata por todos los poderes y autoridades singularmente por los órganos jurisdiccionales.

153 Pensemos por ejemplo en un Jefe de Estado que delinque en su visita a El Salvador. Sería clara la no perseguibilidad del delito.



Prescindo, por razones obvias de materia y espacio, de verificar un análisis más detalladamente crítico de las consecuencias inherentes a la transposición indiferenciada del principio de oportunidad a Ordenamientos jurídicos como el salvadoreño.

6. En la medida en que el principio de oportunidad es síntoma expresivo de una deficiencia constitucional (de la falta de verdad de la Primera Norma), sería factible enmendar algunas de sus negativas repercusiones mediante el juego del principio de proporcionalidad¹⁵⁴. Plasmada normativamente la oportunidad, acaso con excesiva amplitud, el canon de proporcionalidad debe desempeñar un decisivo papel compensatorio en la forzada y subsistente dicotomía legalidad-oportunidad dentro del sistema del «Estado de derecho». En lo que implique de «discrecionalidad legalizada», la proporcionalidad ha de operar como criterio corrector en el caso concreto con miras al logro de la Constitución, y más concretamente en la realización del valor jurídico fundamental de igualdad.

Recuérdese, según expongo «supra», que cualquier fractura del ámbito integrado por los derechos fundamentales supone una violación de la máxima de la proporcionalidad, siempre que tal lesión no sea adecuada y necesaria para el fin perseguido; que el objetivo a lograr no ha de ser, esencialmente al menos, contrario a los bienes constitucionalmente protegidos, como asimismo los medios, aun siendo aptos para la consecución del fin, tienen que ser necesarios, en el sentido de que no pueda alcanzarse idéntico resultado con otros menos gravosos; finalmente, que la proporcionalidad conlleva que las cargas resultantes para cada afectado hayan de estar en razonable relación con los beneficios propios y los de la comunidad.

7. Entraré ya a examinar las hipótesis normativas reguladoras de la oportunidad admitida en el art. 20 CPP.

1) La primera concierne a la que por la escasa entidad del hecho, lo exiguo de la cooperación del imputado o su mínima culpabilidad, no afecte al interés público. Este supuesto es práctica reproducción del sancionado en el art. 153 StPO alemana, acogiendo varios conceptos jurídicos indeterminados cuales son: escasa entidad del hecho (alúdese a los delitos de bagatela), mínima colaboración (¿en relación con qué? ¿a la necesitada actividad para consumar el delito?) Si entra dentro del grado de participación penalmente reproachable no es más cierto que se reconceptualiza a espaldas de lo penalmente prevenido?. Aludir a grados de culpabilidad como también a que no resulte lesionado el interés público, conlleva un amplísimo margen de apreciación, amén de una discutibilísima afirmación cual es la de que el interés público puede no verse afectado por la infracción. El art. 21 CPP declara que tratándose de un hecho insignificante la decisión acerca de la aplicación de la oportunidad se extenderá a todos los imputados.

154 Así también PFEIFFER, G., *Einleitung al Karlsruhe Kommentar*, 4 Aufl., cit., Nr. 6

2) La segunda acoge, de un lado, la figura del arrepentimiento activo que provocaría la no perseguibilidad si el imputado ha realizado todo lo que estuviere a su alcance para impedir la ejecución del hecho, y, de otro, la del «arrepentido» tras haber participado en la comisión del delito evidenciándolo a través de la cooperación con la Justicia en el esclarecimiento del hecho y de la participación de los otros imputados. Trejo Escobar¹⁵⁵ ha resaltado que con este motivo se consigue evitar un daño y al mismo tiempo se propicia el total descubrimiento del crimen y el castigo del resto de partícipes.

Consciente el legislador de que cabe la posibilidad de un ofrecimiento inicial de colaboración con miras al inmediato logro de la extinción de la acción pública (art. 31.6 CPP), condiciona dicha extinción a la efectiva cooperación o información (art. 21 3 CPP).

Otro problema de gran calado que surge en la práctica de la aplicación de ese submotivo del número 2) del art. 20, generalmente en supuestos de delincuencia organizada, es el del valor de la declaración del coimputado, de muy difícil determinación *a priori*. En general en el derecho comparado se exige a los «arrepentidos» -que estén acusados en un procedimiento por un delito de terrorismo o de tráfico de drogas- que coadyuven eficazmente en la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables. Ahora bien, la admisión del valor probatorio de las declaraciones de los coimputados -aconsejada sin duda por las dificultades con que casi siempre tropieza la investigación de la delincuencia organizada - no se ha producido sin reservas por la propia jurisprudencia, que ha recordado tanto la peculiaridad de una declaración acusatoria prestada por quien no tiene obligación de decir verdad, como la posibilidad de que dicha declaración esté determinada por móviles espurios (como el deseo de vengarse o «ajustar las cuentas» a los que quizá con variable grado de implicación fueron compañeros en el crimen, la eventual oferta por quien recibe la declaración de quedar exento de responsabilidad, el ánimo de desplazar responsabilidades propias o la pretensión de obtener un trato procesal, penal o penitenciario privilegiado, aunque hay que reconocer que esto último forma parte del mecanismo institucional orientado a suscitar declaraciones inculpatorias de los imputados). Sea como fuere, cualquiera de estos móviles o la concurrencia de varios a la vez, debe pesar en el juez antes de resolver en contra de un acusado en virtud de la imputación proferida por un correo, la duda inicial a que obliga por lo menos el de la presunción de inocencia. Es en esta línea como viene defendiéndose que la declaración inculpatoria del coimputado carece de consistencia desde la perspectiva de la presunción de inocencia cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas. Esta exigencia de corroboración está justificada en la consideración de que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente e incluso mentir, con lo que parece se parte del supuesto de la credibilidad menguada, por lo general de su manifestación.

155 TREJO ESCOBAR, «El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal», cit., p.403



3) La tercera se refiere al supuesto que Hassemer califica de consecución de la *poena naturalis*, susceptible, pues, de permitir el abandono de la *poena civilis*. Abarca a aquellos casos en que el perjuicio sufrido por el autor es de tal entidad que supera las consecuencias jurídico-penales del mismo. Así la ley alude a la producción de un daño físico o psíquico grave e irreparable que le incapacite para el ejercicio ordinario de su actividad (si fuere doloso el delito) o tratándose de una infracción culposa que el daño moral padecido sea de difícil superación.

4) La cuarta alude a las hipótesis en que la pena imponible en el enjuiciamiento sea irrelevante respecto de la ya impuesta o de la que corresponda por los otros hechos o calificaciones. El art. 21 apartado cuarto CPP habla de que se suspenderá el ejercicio de la acción pública, no extinguiéndose hasta que no recaiga la sentencia siempre que ésta satisfaga las expectativas que provocaron aquélla suspensión. Es decir, si la pena final es también irrelevante carecemos del término comparativo que provoca la inanidad de la deducible de aquélla que motivó la suspensión.

Concordancias. Art. 21, 248 No. 4, 256 Inc. 1º No. 5, 313 Inc. 1º No. 5, 316 No. 8, 320 No. 5 CPP.

Efectos.

Art. 21.- La decisión que prescinde de la persecución penal extinguirá la acción pública en relación al imputado en cuyo favor se decida. No obstante, si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos se extenderán a todos los partícipes.

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

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

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

Comentario.

Concordancias. Art. 29 CPP.

Suspensión Condicional del Procedimiento* .

Art. 22.- En los casos en que proceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena, las partes podrán solicitar también la suspensión condicional del procedimiento penal.

La solicitud señalará las reglas de conducta convenientes.

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

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

Comentario.

1. Según generalizada tendencia en todos los Ordenamientos procesales penales y penales de la II guerra mundial, ya no cabe una concepción estrictamente retributiva de modo que la declaración judicial de la existencia y comisión de un hecho punible implique automáticamente la imposición de una pena. Incluso, como se ha podido ver en los comentarios en esta obra referentes al principio de oportunidad, es factible junto a la suspensión del fallo condenatorio prever en determinadas hipótesis -“oportunidad reglada”- la de la persecución o la suspensión del enjuiciamiento de determinadas conductas siempre que no sean desconocidos los objetivos de prevención general o especial.

De este modo la oportunidad se refleja: en la no persecución penal -siempre se deja a salvo la acción civil¹⁵⁶- de determinado hecho afirmado punible (arts. 21, 248.4, 256.5, 313.3, 316.8, 320.5 CPP) pudiendo provocar la extinción de la acción penal pública (art. 21 CPP); en la suspensión condicional del procedimiento (arts. 22, 248.5, 252, 256.6, 313.4, 316.5, 320.4); en la suspensión del pronunciamiento o reserva del fallo condenatorio, y en la suspensión condicional de la ejecución penal y de las obligaciones que deberá cumplir el condenado (art. 361 CPP). Junto a ellas sería factible acoger también la pena pecuniaria como otra vía para impedir el efecto dañoso, sobre todo por desproporcionado, que comporta la privación de libertad en algunas hipótesis. La aplicación de la oportunidad que se traduciría en la no persecución de uno o varios de

• Este artículo ha sido comentado por el Prof.Dr. Ernesto Pedraz Penalva, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.

156 Para la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios. Más ampliamente en PEDRAZ, *Las medidas cautelares reales en el...*, cit., passim. La indefectibilidad de la acción penal debe modularse a la vista de preceptos como el art. 45.2 f) CPP.

los hechos imputados (art. 20 CPP) encuentra apoyo en la insignificancia de tales hechos, en la conducta del imputado de impedir la ejecución del mismo o en el de haber colaborado a su esclarecimiento, siempre con el acuerdo del fiscal.

Por economía procesal, y según se determina en el artículo 22, cabe aplicar la suspensión condicional del procedimiento en todos aquellos casos en que cupiere solicitar la suspensión condicional de la ejecución de la pena¹⁵⁷. Tres condiciones se imponen en este art. 22 para poder lograr la suspensión condicional del procedimiento: que el imputado admita los hechos por los que se procede, que esté conforme con la suspensión y que haya reparado o asuma formalmente la obligación de reparar los daños causados por la infracción por él cometida. Si se consultan los artículos 23 a 25, cabe observar que la suspensión condicional del procedimiento, al igual que sucede con la suspensión de la ejecución del fallo y con la suspensión o reserva del fallo condenatorio, comporta la sustitución de la pena privativa de libertad que pudiere imponerse o que pudiere ejecutarse por una serie de medidas que han de ser aceptadas y cumplidas escrupulosamente por el imputado o en su caso condenado -que no podrán ser “vejatorias” o “lesivas de su dignidad o estima” ni contrariar sus creencias religiosas políticas o normas de conducta ajenas al hecho cometido” (art. 23 CPP)- pues el apartamiento injustificado del imputado o condenado de las reglas impuestas (art. 24 CPP) conllevará la reanudación del proceso o la ejecución del fallo.

Sin entrar a matizar si en caso de suspensión condicional de la ejecución de la pena estamos ante un supuesto de reserva del pronunciamiento condenatorio (como en Alemania según se deduce del art. 59 CP que habla de *Strafvorbehalt*) puesto que el juez declara la existencia del hecho punible, la participación del imputado, fija la pena y no obstante condiciona o reserva el fallo no la aplica, o de una suspensión del pronunciamiento (cual sucede claramente en Francia en cuyo código penal se alude al *ajournement du prononcé de la peine*, en los arts. 132-29 y sigs, 132-4º y sigs y 132-54 y sigs CP), lo que me importa es poner de manifiesto el objetivo perseguido con estas alternativas al retribucionismo punitivo clásico.

Sin perjuicio de discutir como hacemos la bondad incuestionada e indiscutida de la oportunidad, cierto es que se busca inmediatamente la prevención especial al evitar al imputado/condenado las consecuencias a veces perjudicialmente irreparables que connota la pena privativa de libertad, favoreciendo su rehabilitación a través del cumplimiento programado de una serie de actividades, debidamente controladas, durante un cierto tiempo de “prueba” (art. 25 CPP). Más también es cierto que mediatamente se persiguen objetivos menos tuteladores del delincuente y más favorables a disminuir los costes que conlleva el proceso, el mantenimiento de establecimien-

157 Cuyo origen ha de verse en la institución anglosajona de la *Probation*

tos penitenciarios, cada vez más saturados y menos aptos para los fines constitucionalmente permisibles¹⁵⁸.

2. Cualquier planteamiento que se pretenda constitucionalmente admisible en cuanto respetuoso con los derechos de la persona enjuiciada y de la sociedad, requieren, ante todo, de unos controles de vigilancia eficaces y de la existencia de medios precisos personales y materiales para que los programas de asistencia y rehabilitación (p.ej.en materia de adicción a las drogas, malos tratos en el seno de la familia) permitan superar efectivamente el período de prueba. El sometimiento de la discrecionalidad judicial, prevalente en los Ordenamientos Jurídicos, al acuerdo fiscal puede introducir en el sistema una aleatoriedad susceptible de permitir la prevalencia de criterios ya económicos (evitar gastos y reducir número de asuntos) ya discriminatorios en pro de sectores o grupos sociales. Por ello sería conveniente que la decisión última competa al juzgador sin perjuicio del decisivo papel que ha de jugar no sólo la acusación pública sino en su caso la víctima o perjudicado por el delito.

Concordancias. Art. 77, 78 Cn., Art. 22, 25, 252 CPP.

Reglas.

Art. 23.- Al resolver la suspensión, el juez o tribunal someterá al imputado a una evaluación para el tratamiento correspondiente fijando un plazo de prueba, que no será inferior a un año ni superior a cuatro y, determinará una o varias de las reglas que cumplirá el imputado, de entre las siguientes:

- 1) Residir en un lugar determinado o someterse a la vigilancia que determine el juez;
- 2) La prohibición de frecuentar determinados lugares o personas;
- 3) Abstenerse del uso de drogas ilícitas;
- 4) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del uso indebido de drogas lícitas;
- 5) Comenzar y finalizar la escolaridad primaria, si no la tiene cumplida, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en la institución que determine el juez;
- 6) Prestar trabajo de utilidad pública a favor del Estado o instituciones de beneficencia, fuera de sus horarios habituales de labor;
- 7) Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia;
- 8) La prohibición de tener o portar armas; y,
- 9) La prohibición de conducir vehículos.

158 Nadie puede dudar que al autor de un delito puede y debe imponérsele la pena prevista por la ley pero sólo ha y debe consistir en la privación de libertad pero no en la privación de otros derechos como el acceso a la cultura, a la educación, el respeto de su dignidad, etc., que como todos sabemos son desconocidos en la mayoría de los establecimientos penitenciarios.



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

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

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

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

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

Comentario •

Nada hay que apostillar a esta enumeración de condiciones imponibles por el juez para su acatamiento por el imputado o condenado (si se trata de suspensión condicional de la ejecución de la pena) salvo: que estamos ante una relación que puede y debe ser suplida o completada, atendiendo a las circunstancias del caso, por las que el juez asistido por un experto considere más idóneas; que la discrecionalidad judicial en la determinación de las condiciones encuentra como límite siempre lo previsto en la Primera Ley y, por consiguiente, habrán de respetar escrupulosamente la dignidad, el honor, la intimidad, creencias religiosas y también culturales del sujeto (arts. 2 y 3 Cn). De este modo está evidenciando el legislador que las exigencias han de adecuarse no sólo y primordialmente a la naturaleza y/o gravedad del hecho punible afirmado o declarado, sino también y de manera prevalente al sujeto que ha de acomodarse a ellas.

Revocatoria.

Art. 24.- Si el imputado se aparta considerablemente, en forma injustificada, de las reglas impuestas, comete un nuevo delito o incumple los acuerdos sobre la reparación, se revocará la suspensión y el procedimiento continuará su curso. En el primer caso, el juez de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena podrá ampliar el plazo de prueba hasta el límite de cinco años.

• Este artículo ha sido comentado por el Prof. Dr. Ernesto Pedraz Penalva, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.

La revocación de la suspensión del procedimiento no impedirá la suspensión condicional de la ejecución de la pena.(2)

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

Comentario.

Debe advertirse que a tenor de lo dispuesto, entre otros, en el art. 22 CPP, lo previsto para la suspensión condicional del procedimiento es aplicable en la suspensión condicional de la ejecución de la pena. De este modo, la inobservancia de las condiciones impuestas en uno u otro caso provocarán su revocación y, así, respectivamente, la continuación del enjuiciamiento o el cese de la suspensión de la ejecución de la pena ordenándose su inmediato cumplimiento.

Naturalmente ha de distinguirse si durante el plazo de prueba el imputado o condenado ha infringido algunas de las reglas de conducta impuestas o ha cometido una infracción penal.

Dentro del desconocimiento de las reglas de conducta han de ubicarse la amonestación y, más grave, la prórroga del período de prueba.

Si se trata de una esporádica falta de respeto a alguna de las obligaciones impuestas, y siempre con base en el principio de proporcionalidad, no ha de revocarse automáticamente la suspensión concedida. Un ocasional encuentro con algún sujeto o estancia en alguno de los lugares proscritos puede y debe ir seguido de una amonestación por la que se advierte al sujeto de las repercusiones inherentes a tal actitud. Aunque evidente conviene apuntar que es imprescindible que la amonestación sea comunicada al sujeto y que conste en su expediente.

Sólo tras ser oído, dándosele la oportunidad de explicar la razón o razones de su hacer y después de mostrar su escasa disposición a enmendarse cabría pasar al siguiente grado: la prórroga del plazo de prueba. Es menester que, atendiendo al objetivo de prevención especial que se persigue, el juez de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena pondere cuidadosamente la prórroga. La Ley prescribe en este art. 24 CPP una ampliación hasta el límite de cinco años, que puesta en relación con los cuatro años de duración máxima del art. 23 parece excesiva. Si nos atenemos a que la prórroga supone la respuesta judicial no tanto al incumplimiento estricto por el sujeto de alguno de los mandatos que se le impusieron sino un mejor conocimiento del mismo y de sus posibilidades para lograr la rehabilitación, parece lógico que no deba sobrepasarse en ningún caso el máximo del art. 23 CPP (los cuatro años), pues lo contrario implicaría reconocer el fracaso de la medida y la conveniencia de revocarla. A tal resultado sólo puede y debe llegarse en las hipótesis de comisión de infracciones penales o de reiterada desobediencia tras una prórroga del período de prueba. Sí es positivo,

aunque los cinco años me parezcan un tiempo excesivo, que recalque el legislador que se trata de un tiempo máximo. Únicamente por ende, después de una consideración individualizada del sujeto, que requerirá su audiencia, de sus posibilidades y condiciones de rehabilitación, deberá el juez fijar la duración -con ese tope de cinco años- en el caso concreto de la prórroga del período de prueba.

Como apunto antes, el acreditamiento palmario del fracaso de la medida se consigue tras haber delinquido de nuevo el sujeto. La comisión de otra infracción penal comportará el alzamiento de la suspensión y la subsiguiente reanudación del procedimiento penal.

Con buen tino la norma fija que la revocación de la suspensión condicional del procedimiento no puede ser impedimento para que en su día pudiere concederse la suspensión condicional de la ejecución de la pena. El legislador procesal acertadamente hace suyos aquellos versos de Pablo Neruda: "...Nosotros, los de entonces, ya no somos los mismos"¹⁵⁹, y lo que nos dice Heráclito: "...Se engañan los hombres en el conocimiento de las cosas claras, lo mismo que Homero que fue el más sabio de todos los helenos, pues a éste le engañaron unos niños que andaban matando pulgas al decir: Lo que vimos y cogimos lo dejamos, y lo que no vimos ni cogimos nos lo llevamos"¹⁶⁰, también Heráclito en su conocido texto: "No se puede entrar dos veces en el mismo río, ...ni tocar dos veces la misma sustancia mortal según (su) manera de ser; sino que por la fuerza y rapidez de su cambio se dispersa y reúne de nuevo...se acerca y se aleja"¹⁶¹. Nada obsta a que aquel que violó las reglas que se le impusieron para suspender condicionalmente el enjuiciamiento pueda haber cambiado y esté dispuesto a respetar a rajatabla la suspensión de la ejecución de la pena, siendo empero comprensible que para su acuerdo sea el juez más cauteloso.

Suspensión del Plazo de Prueba

Art. 25.- El plazo de prueba se suspenderá mientras el imputado se encuentre privado de su libertad en otro procedimiento.

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

159 NERUDA, Pablo, *Veinte poemas de amor y una canción desesperada*, 7ª ed., B.Aires, 1961, p.101

160 Fragmento de la obra de HERACLITO, con el núm.57 en DIELS, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, I, Berlin, 1954

161 HERACLITO, cit., núm. 91 en la obra cit. De DIELS.

Comentario •

Contempla el legislador la posibilidad de que contra el imputado/condenado en cuyo favor se acordó la suspensión condicional del procedimiento o de la ejecución del fallo, estuviere pendiente o terminado otro proceso penal. En este caso, no tratándose de un proceso por mor de una infracción cometida durante el periodo de prueba y habiendo sido conocida su realización al concedérsele la suspensión condicional, no se producirá ni el alzamiento del periodo de prueba ni tampoco su cómputo a efectos de la extinción de la acción penal o de la remisión definitiva de la pena. Es lógica esta solución legislativa porque es precisamente en libertad, sujeto a las condiciones fijadas y, eventualmente, siguiendo el tratamiento impuesto, como será posible comprobar que el imputado/condenado observa algunas de las prescripciones que determinaron su concesión: pensemos en las abstención de consumo de bebidas alcohólicas o de uso de drogas o en la prohibición de frecuentar determinados lugares o personas.

Si por el otro procedimiento no estuviere privado de libertad, el plazo seguirá corriendo aunque se hará depender la declaración de extinción de la acción penal o de la remisión definitiva de la pena hasta que no concluya el segundo.

Acciones públicas dependientes de instancia particular

Art. 26.- Para su persecución dependerán de instancia particular, los delitos siguientes:

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

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

Sin embargo, la Fiscalía General de la República ejercerá la acción penal cuando el delito haya sido cometido contra un menor que no tenga padres ni tutor, contra un incapaz que no tenga tutor o cuando el delito fue cometido por uno de sus ascen-

• Este artículo ha sido comentado por el Prof. Dr. Ernesto Pedraz Penalva, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.

dientes o tutor, cuando haya perjudicado bienes del Estado, o cuando la víctima esté imposibilitada física o mentalmente para solicitar la investigación. (2)(10)

Comentario•.

Este precepto concreta el catálogo de delitos que requieren la instancia particular para su persecución¹⁶². De él llama la atención en principio el contraste y la desproporción entre por una parte la gravedad de las penas a imponer en algunos de estos casos, en general privativas de libertad de una relativamente larga duración, lo cual nos hablaría de la presencia de un intenso interés social en su persecución, y por otra la disponibilidad que se confiere a la víctima para que con su inactividad pueda generar la impunidad de tales conductas.

Los delitos que se contemplan en el precepto son los siguientes:

- Lesiones comprendidas en el art. 142 CP. y lesiones culposas. El primero de ellos se trata del tipo básico de las lesiones, con lo cual se entiende quedan excluidas las graves, las muy graves y las agravadas. Acertadamente se han suprimido de este catálogo las lesiones dolosas tras la reforma operada por el Decreto nº 418 de la Asamblea Legislativa, del 24 de septiembre de 1998 (D.O nº 198, del 23 de octubre)

- Amenazas del art. 154 CP., incluidas las agravadas del art. 155 en tanto donde la ley no distingue, tampoco podemos hacerlo nosotros.

- Inseminación artificial inconsciente o fraudulenta de los arts. 156 y 157 CP. La referencia a la experimentación ha de ser entendida hecha a una modalidad fraudulenta de inseminación artificial.

- Apropiación o retención indebidas del art. 217 CP y administración fraudulenta del art. 218 CP., conductas a las que, a pesar de la severa pena que se tienen asignadas, el legislador confiere asignando estas facultades dispositivas a las víctimas un carácter que las acerca a meros ilícitos civiles.

- Hurto de uso de vehículos previsto con varias modalidades en el art. 210 CP.

- usurpaciones del capítulo IV, Título VIII, Libro II CP:: usurpación de inmuebles (art. 219), remoción o alteración de linderos (art. 219-A), usurpación de aguas (art. 219-B) o perturbación violenta de la posesión (art. 220 CP)

- Daños, previstos en el capítulo siguiente del mismo título, incluyendo el tipo básico (art. 221 CP), así como el agravado (art. 222 CP), en tanto la ley no parece hacer distinción. No obstante, precisamente este último aspecto es destacable, en tanto la cualificación de los daños agravados viene determinada, por ejemplo, por la existencia de violencia en las personas, lo cual no parece compadecerse con el carácter conferido por el legislador a la persecución de estas conductas. De igual manera no se compren-

* Este artículo ha sido comentado por el Dr. J. Pérez Gil, Prof. Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos, España.

162 Es de destacar que a diferencia de lo previsto en el derogado CPP de 1974, de este catálogo han desaparecido los delitos contra la libertad sexual, una modificación que ha de juzgarse totalmente acertada.

de cómo pueden integrarse en esta modalidad persecutoria los daños ejecutados contra objetos que forman parte del patrimonio cultural, pero no las infracciones de los requisitos de reconocimiento, identificación, registro, acreditación y circulación de esos mismos bienes, una conducta que en muchos casos, y al menos aparentemente, será menos lesiva para el interés público. Todo ello nos lleva a concluir que, en la medida de lo posible y ante una inactividad persecutoria por los legitimados, habrá de hacerse una interpretación lo más restrictiva posible del precepto, reconduciendo los daños agravados hacia otros tipos penales conexos que permitan su persecución a través de una “acción penal pública”.

- Delitos relativos a la propiedad intelectual, incluyendo igualmente tanto el tipo básico de la violación de derechos de autor y derechos conexos (art. 226 CP) como el agravado (art. 227 CP).

- Delitos relativos a la propiedad industrial, epígrafe en el que debemos entender incluidos la violación de privilegios de invención (art. 228 CP), de distintivos comerciales (art. 229 CP), la infidelidad comercial (art. 230 CP) y la revelación o divulgación de secreto industrial (art. 231 CP).

En lo referido a los sujetos legitimados para satisfacer el presupuesto procesal que abre el paso a la persecución de estos delitos, la ley establece tres diversas posibilidades:

1) La víctima, entendiendo como tal los sujetos comprendidos en el art. 12 CPP, y que tratándose de un catálogo tan específico de delitos será en particular el directamente ofendido por el delito, esto es, el titular del bien jurídico afectado directamente por la acción u omisión delictiva. Aun así cabe extender esta condición a los socios respecto de los delitos que afecten a la sociedad cometidos por quienes la dirijan (por ejemplo en delitos relativos a la propiedad industrial) o a las asociaciones de tutela de intereses colectivos en delitos en que los que constituyen su objeto social se vean afectados (como podrían ser, por ejemplo, unos daños sobre el patrimonio cultural).

2) En caso de incapacidad de la víctima, la petición que posibilita la persecución del correspondiente delito deberá ser realizada por quien ejerza su representación legal o por el guardador (2º párrafo, *in fine*). La ley parece confundir aquí capacidad y legitimación, por cuanto en presencia de supuestos de incapacidad jurídica es lógico que la representación procesal sea ejercida por aquella persona a la que legalmente le viene asignada. En estos casos, en definitiva, quien está legitimado para realizar la petición seguirá siendo la víctima, pero puesto que no podrá realizar válidamente actos procesales, requiere que su defecto de capacidad sea suplido por su legítimo representante. Ello tiene como consecuencia, por ejemplo, que si en el desarrollo del proceso un menor alcanza la mayoría de edad o un incapaz deviene capaz, el legitimado para revocar la “instancia particular” será él mismo, y no su representante o tutor que fue quien alzó el impedimento procesal originalmente.



No obstante, el término “incapacidad” que recoge la ley no puede reducirse única y exclusivamente a supuestos de incapacitación declarada judicialmente sino que, a nuestro juicio, deberá extenderse a todos aquellos en que exista una imposibilidad ya sea jurídica o material que fácticamente impida a la víctima realizar la correspondiente solicitud. Ello no puede entenderse reiterativo en relación con el inciso final del párrafo tercero, puesto que llegado el caso la instancia de particular podrá entenderse satisfecha bien con la actividad de estos sujetos privados, bien con la de la Fiscalía.

Cabe advertir que, a tenor del art. 40 CPP, es posible la revocación de la instancia particular también por los representantes legales o tutores, pero como garantía frente a posibles abusos se articula la necesidad de previa autorización judicial.

3) A tenor del párrafo 3º de este precepto, la Fiscalía General de la República ejercerá la acción penal en presencia de alguno de los delitos descritos con anterioridad. Carece aquí de razón de ser la denominación “instancia de particular”, por lo que quizá hubiera sido conveniente haber incluido los supuestos así descritos al principio del precepto, al objeto de enervar su aplicabilidad en tales casos. De cualquier forma, esta intervención activa del fiscal se resuelve en cuatro supuestos:

a) cuando el delito sea cometido contra un menor o un incapaz que no pueda ser representado legalmente de forma adecuada por no tener padres o tutor, dependiendo de los casos. Dado el caso, y aun en presencia de estos delitos, la Fiscalía General de la República mantendrá la plena iniciativa de la persecución, así como la facultad de ejercitar la pretensión penal en consonancia con su papel de defensor de los intereses de la sociedad, de promotor de la Justicia, de la tutela de la legalidad y con su responsabilidad de promoción de la acción penal (art. 193 Cn).

b) cuando el delito sea cometido contra un menor o incapaz y hubiera sido perpetrado por uno de sus ascendientes o el tutor, dado que en estos casos habrá una contraposición de intereses en juego. De aquel del que se sospecha ha sido el ofensor, no puede pretenderse que se convierta en tutelador de los intereses de la víctima, cuando además tendrá un interés evidente en impedir cualquier actividad dirigida a la averiguación y persecución del delito. Puesto que, de convertirse en imputado, estará amparado por el derecho de abstenerse de declarar y de no declarar contra sí mismo (arts. 8.2.g CADH, 12 Cn y 87 CPP), ha de considerarse plenamente lógico que sea la Fiscalía la encargada de toda la actividad de iniciativa y persecución en estos casos.

c) cuando haya perjudicado bienes del Estado, puesto que el Fiscal es también defensor de los intereses estatales (art. 193.1 Cn), se erige así en su representante. En estos casos actuará en la doble configuración que se le otorga constitucionalmente (y que en algún caso pudieran dar lugar a una posición encontrada)¹⁶³, satisfaciendo el

163 Nos referimos a la posibilidad de que la defensa de los intereses civiles del Estado choque con la necesidad de mantener su imparcialidad material en el proceso penal, aportando tanto los elementos desfavorables como los favorables al reo (art. 238.II CPP)

presupuesto procesal de la “instancia de parte” y asumiendo posteriormente la actividad acusatoria.

d) cuando la víctima esté imposibilitada física o mentalmente para solicitar la investigación. Con esta cláusula de cierre se tratan de evitar posibles situaciones de desamparo material o de falta de tutela en el caso de víctimas que, con independencia de las razones de fondo, no puedan realizar la solicitud persecutoria. De otro modo pudiera darse el caso de que determinadas conductas pudieran quedar impunes por la falta de diligencia de quien realmente está imposibilitado para servirse de la más mínima.

Sobre la forma en la que deba concretarse la “instancia de particular” el precepto nos habla únicamente de “petición”, sin que ningún otro nos venga a concretar los concretos términos en los que ha de venir ésta redactada. Puesto que la petición se insertará habitualmente en la propia denuncia, sentido en el que debemos entender el 2º párrafo del art. 229 CPP, el cumplimiento de esta formalidad cuando sea realizada por los legitimados (víctima o representante legal en los supuestos previstos) satisfará el presupuesto procesal de la “instancia de parte”. El art. 230 CPP es el que se refiere a la forma y contenido de la denuncia, sin distinguir en función del delito del cual se transmite la *notitia criminis*. Puesto que este precepto admite la denuncia escrita o verbal, personal o por mandatario con poder general, podemos concluir que la utilización de cualquiera de estas modalidades será suficiente para deducir la voluntad persecutoria.

No obstante, es posible que el proceso se haya iniciado ya, bien por denuncia de sujeto diverso a los legitimados, bien por la Policía de Investigación, bien de oficio. Puesto que en estos supuestos no se podrá proseguir de no mediar la autorización de las personas facultadas (art. 229 y 239 CPP), es posible que sea a partir de ese momento cuando se deba formular la petición. En este caso no se tratará de una denuncia y a nuestro juicio no se debiera ver sometida a formalidad alguna en su planteamiento, mientras transmita inequívocamente la voluntad del legitimado para satisfacer el presupuesto procesal, posibilitando la continuación de toda la actividad de averiguación y persecución del delito. En todo caso deberá hacerse constar los datos identificativos de quien la formula, los de la víctima (si es que no coincide con el peticionario), una reseña individualizadora de los hechos y, con carácter ineludible, una manifestación expresa de la autorización para proceder en que consiste la “instancia de particular”.

No cabe olvidar que la persecución de estos delitos puede topar con dos trabas que serán comentadas posteriormente: su posible conversión en acciones privadas (art. 29) y la facultad de revocar la “instancia particular” en cualquier momento del proceso, provocando la extinción de la acción penal (arts. 31.8 y 40 CPP).

Concordancias. Art. 19, 27, 239 CPP.

Álance.

Art. 27.- La instancia particular permitirá la persecución de todos los partícipes, sin limitación alguna.

Comentario.

Al establecer el alcance de la instancia particular en estos términos, el legislador pretende aludir a la condición única de la acción penal, característica que no se debe obviar tampoco en este tipo de delitos. Los legitimados para formular la “instancia particular” podrán cerrar el paso a la persecución en sí misma, pero si su decisión es la contraria, no estarán facultados para delimitarla subjetivamente. Sentado el presupuesto procesal de la solicitud para proceder, en ésta no se podrá poner trabas a la actividad estatal de persecución centrándola en uno u otro sujeto en función de criterios tales como, por ejemplo, la voluntad de la víctima o su representante, el grado de participación en el delito de los diversos imputados o la existencia de mayores elementos de cargo contra alguno de ellos.

El precepto se ve complementado con el tercer párrafo del art. 40, relativo al supuesto de revocación de la “instancia particular”, en tanto, de producirse ésta, no podrá referirse solamente a alguno de los partícipes en el hecho punible sino que abarcará a todos ellos. De otro modo parecería fácil burlar la previsión realizada en el presente artículo abriendo la persecución con carácter genérico para posteriormente delimitarla haciéndola decaer en relación con alguno de los imputados.

Acción Privada.

Art. 28.- Serán perseguibles sólo por acción privada los delitos siguientes:

- 1) Los relativos al honor y a la intimidad;
- 2) Hurto impropio;
- 3) Competencia desleal y desviación fraudulenta de clientela; y,
- 4) Cheques sin provisión de fondos.

En estos casos se procederá únicamente por acusación de la víctima, conforme al procedimiento especial regulado en este Código.

Comentario•

El Código establece en este precepto un catálogo de delitos cuya persecución depende íntegramente de la actividad acusatoria del particular ofendido, catálogo que puede ser enormemente ampliado a tenor del artículo siguiente. A diferencia de los delitos perseguibles previa “instancia de particular” no bastará aquí un mero empuje inicial que denote la iniciativa de la víctima, sino que recaerá sobre las espaldas de ésta la plena responsabilidad de la realización de todos los actos de acusación. Es por esta razón por la que el CPP hablará en estos supuestos de “acusación particular” (vid. art. 402 CPP)¹⁶⁴.

• Este artículo ha sido comentado por el Dr. J. PÉREZ GIL, Prof. Titular de D. Procesal de la Universidad de Burgos, España.

Ello no nos debe hacer olvidar la situación que podrá generarse tratándose de víctimas con insuficiencia de recursos, de conocimientos, de tiempo o de disposición y que puede desembocar en la impunidad de estas conductas. La lógica consecuencia podrá ser en ocasiones una deficiente tutela en primer lugar de los legítimos intereses de la víctima desprotegida, y en segundo lugar del interés público que, como veremos, se halla insito particularmente en el enjuiciamiento de alguno de los delitos aquí especificados.

Los delitos perseguibles mediante esta modalidad acusatoria, sin perjuicio de los susceptibles de serlo en virtud de conversiones, son:

a) Los relativos al honor y a la intimidad, recogidos respectivamente en los arts. 177 a 183 y 184 a 190, con la común exclusión prevista en el 191, todos ellos del CPP. La configuración de la persecución de los delitos de injuria, difamación e incluso los de calumnia sin publicidad haciéndola depender íntegramente de la actividad de quien haya sentido la ofensa parece lógica y justificable, pues el interés público en estos supuestos radicará principalmente en el propio sentimiento del aludido.

No parece justificable, sin embargo, la inclusión de otros de los delitos insertos en el mismo capítulo del Código Penal y a la que éste asigna penas severas en consonancia con su gravedad, tal y como ocurre con la calumnia con publicidad (pena de prisión de dos a cuatro años). Ha de tenerse en cuenta que la atribución falsaria de la comisión de un delito es una conducta que no sólo afecta con intensidad al directamente aludido, sino que ocasiona un evidente perjuicio social por la puesta en entredicho de forma mendaz de la reputación de cualquier ciudadano. En particular será constatable un daño en la maquinaria de la Justicia, en tanto ésta debería ponerse en marcha de oficio en presencia de una *notitia criminis*, que siendo falsaria no hará más que generar distorsiones.

Entendemos también desproporcionada la inclusión entre los delitos perseguibles por los particulares de los relativos a la intimidad contemplados en los arts. 184 y ss. CP., pues en esta materia nos encontramos de lleno en el ámbito de los derechos fundamentales (vid. arts. 11 CADH y 24 Cn), principios básicos cuya trascendencia como pautas de configuración de la vida social llevan implícitas su extensión a todo el ordenamiento jurídico. Es claro que delitos como la violación o captación de comunicaciones privadas, por ejemplo, en tanto conductas muy graves en las que no sólo se afecta la intimidad del emisor o destinatario de la comunicación sino a la sociedad en su conjunto, no deberían haberse devaluado en su protección penal con su inclusión en este catálogo.

164 No se puede obviar la ambigua referencia realizada en el tercer párrafo del art. 321 a una “acusación particular”. En este caso la ley, con cierta imprecisión terminológica, incluye en el mismo vocablo todas las posibilidades de intervención de particulares en la acusación, sin distinguir si se trata de querellantes por un delito de acción pública o de verdaderos acusadores particulares.



En relación con los delitos contra el honor ha de hacerse, sin embargo, una matización. Cuando la víctima de una de estas conductas fuere Funcionario Público, Autoridad Pública, Jefe de Estado extranjero o representante diplomático acreditado en la República de El Salvador, el delito dejará de considerarse perseguible únicamente mediante acción privada. Dados los citados presupuestos, la acción penal deberá ser ejercida por la Fiscalía General de la República, según lo previsto en el último inciso del art. 400 CPP.

b) Hurto impropio del art. 209 CP, una conducta cercana al ilícito civil en la que faltaría el dato de la ajeneidad de la cosa sustraída para configurar el tipo de hurto.

c) Competencia desleal y desviación fraudulenta de clientela, delitos previstos respectivamente en los arts. 238 y 239 CP, cuyo carácter de ilícito penal puede ser puesto en entredicho. Realizar el depósito de las facultades de persecución en quien haya sufrido sus consecuencias puede, por tanto, considerarse lógico.

d) Cheques sin provisión de fondos, conducta prevista en el art. 243 CP cuyo tipo ha sido configurado subsidiariamente al delito de estafa por el DL, n° 650, del 1 de julio de 1999¹⁶⁵. En aras a su perseguibilidad habrá de tenerse en cuenta este dato, en tanto que la estafa es un delito de acción pública y por tanto la actividad de la víctima no será estrictamente necesaria.

No olvidemos, por último, que este catálogo no se halla cerrado, sino que será posible realizar la conversión de otra serie de delitos en acciones privadas a tenor del art. 29 CPP. Lo particular de los aquí reseñados es que en estos casos única y exclusivamente podrán perseguirse por acción privada, tal y como denota el primer inciso de este precepto.

Presente una de las conductas así descritas sólo la actividad de la víctima, directamente o mediante su representante procesal, podrá sostener con vida el proceso. Abandonada o renunciada la acción por ésta, el proceso fenecerá sin remisión (art. 31.9 y 41 CPP), en lógica consonancia con el principio *nemo iudex sine actore* y la imposibilidad de que ningún oficial público pueda seguir manteniéndola.

La referencia del último inciso relativa al procedimiento por el cual se conocerán estas causas ha de entenderse hecha al capítulo único del Título V, Libro III del CPP, relativo al procedimiento especial por delito de acción privada (arts. 400 a 405 CPP), lugar al que debemos remitirnos en este momento.

Concordancias. Art. 6, 19, 29, 98, 106, 400 y sig. CPP.

Conversión.

165 P.D.O. n° 129, Tomo n° 344, del 12 de julio de 1999.

Art. 29.- Las acciones públicas podrán ser transformadas en acciones privadas a petición de la víctima, siempre que la Fiscalía General de la República lo autorice, porque no exista un interés público gravemente comprometido, en los casos siguientes:

- 1) Cuando se trate de un delito que requiera instancia particular;
- 2) En cualquier delito contra la propiedad. Si en un mismo hecho hay pluralidad de víctimas, será necesario el consentimiento de todas ellas, aunque sólo una asuma la persecución penal; y,
- 3) Cuando se prescinda de la acción pública en razón de la insignificancia, la mínima contribución o la mínima culpabilidad del autor o partícipe.

Comentario.♦

La Ley procesal penal permite la posibilidad de que ciertos delitos de acción pública, bien perseguibles de oficio o bien previa instancia de particular, queden inmediatamente transformados en delitos perseguibles sólo por acción privada. Habiendo hecho uso de esta facultad que la ley deposita en manos de la víctima y que requiere la autorización de la Fiscalía estaríamos en presencia de las características descritas anteriormente, incluyendo la posibilidad de hacer decaer toda persecución mediante renuncia o abandono.

El legislador habilita en este artículo un instrumento calificable, cuando menos, de arriesgado, que ha sido justificado por la posibilidad de conferir "*mayor permeabilidad al sistema*" y fundado "*en la necesidad de que la víctima tenga una participación efectiva en el procedimiento*" en supuestos en que "*por su insignificancia el interés público no quede comprometido*"¹⁶⁶. El legislador ha visto en él un mecanismo que "*permite un avance hacia la democratización de la justicia penal*", en tanto junto a un supuesto reconocimiento de los derechos de la víctima, "*constituye el germen que puede propiciar la evolución del sistema hacia formas más racionales en la solución de los conflictos*"¹⁶⁷. No obstante, sin entrar ahora en indagar el sentido de una imposible por inexistente "democratización de la justicia" y desde una concepción eminentemente pública del proceso penal en la que la posición activa de particulares sólo sería justificable en cuanto sea apta para suplir las deficiencias de la de los oficiales públicos, es difícil de compartir tan halagüeño panorama.

En este precepto vemos, por contra, una puerta entreabierta a una indeseable dejación de funciones por parte de los órganos estatales que, por ese motivo, deberá ser entendida con un carácter lo más restringido posible. La mera posibilidad de conversión de acciones privadas en acciones públicas presenta un panorama de inseguridad

• Este artículo ha sido comentado por el Dr. J. PÉREZ GIL, Prof. Titular de D. Procesal de la Universidad de Burgos, España.

166 Vid. Exposición de Motivos del CPP., epígrafe III, párrafo 15º.

167 Ibidem.



jurídica en la persecución de los delitos, cuyo incierto destino puede constituir una lógica fuente de inquietud. Una lectura del sentido último del precepto nos habla de la posible concreción por voluntad de la víctima y en determinados tipos de delitos del lugar donde se hallan los límites entre su propio interés y el interés público, lo cual sólo puede ser entendido como una clara y peligrosa privatización del proceso penal. La cautela relativa a la necesaria anuencia de la Fiscalía General de la República puede toparse con circunstancias fácticas que hagan de ella insuficiente, tales como pudieran ser, por ejemplo, una saturación momentánea o prolongada de trabajo en la que, aun de forma espuria, ésta podría erigirse en una buena forma para descargar una agenda apretada. Es más, la autorización a la que nos referimos sólo parece poder negarse cuando se esté en presencia de un interés público gravemente comprometido, concepto jurídico indeterminado cuyos límites serán difíciles de perfilar en demasiadas ocasiones.

Consideramos por otra parte que la conversión de un delito de acción pública en uno de acción privada no conllevará ventajas apreciables para la víctima, quien además, de esta guisa, se verá obligada a asumir una carga que no tenía originariamente por cuanto el ejercicio de la acusación corresponde al oficial público constitucionalmente obligado a ello. La búsqueda de una mayor participación activa de la víctima tampoco es un argumento convincente, pues sin necesidad de la conversión el ofendido está habilitado legalmente para mantener una posición de protagonismo activo en el ejercicio de la acusación (art. 13 CPP). Quizá la facultad más llamativa en este sentido sea la de personarse como querellante, pero sin descartar tampoco el amplio ámbito de juego que tienen reconocido en el CPP instituciones tales como la conciliación o la reparación del daño, etc., con aptitud para extinguir la acción penal en varios de estos delitos. Desde este punto de vista, las desventajas de la privatización encubierta inserta en este precepto son apreciablemente mayores que sus virtudes. Y entre ellas no podría ser descartada teóricamente una posible presión a la víctima a través de amenazas o promesas con el fin de que promueva la transformación del delito para que, posteriormente, no desarrolle una actitud diligente en sus funciones de acusación.

Entrando ahora en el análisis del precepto deberemos referirnos a varios aspectos:

a) La iniciativa de la conversión debe proceder de la víctima del delito, entendiéndose que entran en esta categoría los sujetos incluidos en el art. 12 CPP tratándose de sujetos menores o incapaces, serán lógicamente sus representantes o tutores quienes, en calidad de representantes procesales, puedan instar la transformación. En este último caso entendemos que será precisa la autorización judicial, puesto que si se requiere para la revocación de una "instancia particular" (art. 40.II CPP), con similar motivo en este caso pues las consecuencias pueden ser gravosas para los intereses del incapaz.

b) La Fiscalía General de la República deberá autorizar necesariamente esta transformación, lo cual ocurrirá cuando *"no exista un interés público gravemente*

comprometido". Hecho el requerimiento por la víctima, el Fiscal deberá ponderar la existencia de un interés público en juego para manifestar expresamente su consentimiento a la transformación solicitada. No cabe pensar en un consentimiento tácito que pudiera derivar de una inactividad de la Fiscalía, en tanto al exigirse que ésta "*lo autorice*" parece requerirse un comportamiento activo.

La exigencia de que la afección al interés público sea grave nos parece uno de los puntos clave del precepto y constituye uno de los aspectos más dignos de crítica. Con esta previsión el legislador reconoce y admite sin aparentes problemas de conciencia que allí donde el interés público se vea comprometido, aunque no lo sea gravemente, será posible extraer de la persecución oficial de delitos, para trasvasarlos a la iniciativa y el ámbito privado. Lo que nos debemos cuestionar ahora es dónde se halla la tenue frontera entre la afección grave al interés público y el resto de las afecciones o bien, cómo puede delimitarse esa línea divisoria. La lógica respuesta habría de encontrarse en el máximo respeto al principio de legalidad, en tanto es el legislador penal el que da las pautas con las que trazar sus límites.

Por todo ello esperamos y confiamos en que la facultad discrecional que se pone en manos de la Fiscalía para consentir estas transformaciones sea utilizada con escrupuloso respeto a la ley. La mera dejación de las funciones persecutorias por parte del Estado cuando constitucionalmente viene obligado a ellos constituiría en sí misma una grave afección al interés público, suficiente como para no autorizar la conversión. Sólo en contadas ocasiones y como mal menor será por tanto recomendable tal autorización.

c) Podrán ser transformados en delitos de acción privada única y exclusivamente los siguientes:

- Los delitos que requieran "instancia particular", lo cual nos obliga a remitirnos al art. 26 para conocer cuáles sean éstos.

- Cualquier delito contra la propiedad, entendiendo por tales aquellos en los que ésta sea el bien jurídico protegido, particularmente los delitos relativos al patrimonio de los arts. 207 y ss. CP. La amplitud de la redacción de este inciso nos obliga teóricamente a incluir en esta posibilidad conductas que conllevan violencia sobre las personas, tales como el robo, tanto en su tipo básico como en el agravado (arts. 212 y 213 CP). En estos casos parece claro que una solicitud de conversión deberá topar con la expresa negativa por parte del Fiscal pues, evidentemente, existe una grave afección para el interés público.

Advierte este inciso con todo merecimiento que en caso de pluralidad de víctimas de un mismo hecho criminal contra la propiedad, será necesario el consentimiento de todas ellas, aunque sea sólo una quien asuma la carga de proseguir la persecución penal. La crítica aquí se refiere no sólo ya a la existencia de una privatización, sino que además se posibilita la cesión de las facultades para perseguir. En estas circunstan-

cias no será extraño los intentos de utilizar abusivamente esta previsión legal, por lo que será necesario adoptar intensas cautelas con el fin de evitarlas.

- Cuando se prescinda de la acción pública en razón de la insignificancia, la mínima contribución o la mínima culpabilidad del autor o partícipe. Repite aquí el legislador el primero de los criterios utilizados para abrir paso a la utilización del principio de oportunidad (art. 20.1 CPP), por lo que nos debemos remitir a lo allí comentado para conocer cuándo estaremos ante alguno de los supuestos en que el legislador salvadoreño da vigencia al principio "*minima non curat praetor*".

El precepto podría transmitir no obstante una idea confusa de su verdadera intención puesto que ha de tenerse en cuenta que en aplicación de una pauta legal prácticamente idéntica, el Fiscal podrá solicitar al Juez que se prescinda de la persecución penal. De ahí que debamos entender que ambas vías, la de este precepto y la del 20.1 CPP podrán utilizarse alternativamente, pero sin que podamos otorgar preferencia hacia su uso por la fiscalía como forma de desarrollo de sus facultades relativas al principio de oportunidad. Si la víctima solicita la conversión y se dan las circunstancias previstas (insignificancia, mínima contribución o mínima culpabilidad) el Fiscal estará obligado a acceder, por cuanto no le quedará otro remedio que reconocer que el interés público no resulta afectado gravemente, y consecuentemente la responsabilidad sobre la persecución se trasvasará al ofendido. No se puede olvidar que si es la Fiscalía quien utiliza este criterio, pervive también la posibilidad de defender una acción privada en virtud del art. 21.II CPP, si bien limitada temporalmente a un plazo de tres meses contados desde la fecha en que se prescinde de la persecución penal.

Concordancias. Art. 28 CPP.

Obstáculos.

Art. 30.- Si el ejercicio de la acción penal depende de una cuestión prejudicial o de la resolución de un antejuicio, se suspenderá su ejercicio hasta que desaparezca el obstáculo conforme lo establecido en la Constitución de la República y demás leyes.

Comentario•.

El artículo aborda dos cuestiones absolutamente heterogéneas que, sin embargo, confluyen en su consecuencia común: la obligada suspensión del ejercicio de la acción penal hasta que desaparezca el obstáculo correspondiente. No se trata, por tanto, de modalidades extintivas de la acción penal como ocurría en los artículos precedentes, sino de la presencia de impedimentos procesales de distinto signo que trabarán la posibilidad de ejercitar la acción penal en tanto no sean resueltos. Se trata por un lado de la prejudicialidad en el proceso penal y por otro de la posible pendencia de un antejuicio en los supuestos legalmente previstos, dos impedimentos procesales de muy diversa naturaleza que, lógicamente, han de ser abordados por separado.

• Este artículo ha sido comentado por el Dr. J. PÉREZ GIL, Prof. Titular de D. Procesal de la Universidad de Burgos, España.

a) La prejudicialidad en el proceso penal constituye un supuesto de conexión de cuestiones penales con otras materias jurídicas, que pueden ser de muy diversa naturaleza, cuya toma en consideración determinará el contenido de la resolución a adoptar en el proceso penal en el que nos hallemos. La declaración de la existencia del delito con sus circunstancias y la atribución de la pena requerirá con carácter imprescindible la previa resolución de la cuestión suscitada, en virtud del nexo lógico que une a ambas¹⁶⁸. Prescindiendo de este consolidado concepto doctrinal, la ley no aporta demasiadas pistas en relación con esta materia, puesto que no apunta ninguna otra referencia a la prejudicialidad que la sencilla alusión contenida en este precepto. Las posibilidades de interpretación de la voluntad del legislador quedan así enturbiadas al encontrarnos ante un precepto que prácticamente se halla “en blanco”¹⁶⁹.

La norma viene a hablarnos de la imposibilidad de prosecución de un proceso en marcha tan pronto como se plantee una cuestión -de naturaleza penal o no- que deba ser necesariamente resuelta con carácter previo -por mismo el órgano jurisdiccional o por otro-, en tanto de ella dependa el pronunciamiento judicial sobre el fondo. Articulado como presupuesto procesal que posibilita (u obliga a) la realización de un enjuiciamiento previo, la resolución de la cuestión prejudicial, detendrá temporalmente el curso de la acción penal hasta que éste haya tenido lugar en la sede correspondiente.

b) El caso del antejuicio goza de una razón de ser bien diferente al supuesto anterior, entre otras cosas porque el impedimento opera no en el seno del proceso, sino que condiciona la propia existencia de éste. La necesidad de que exista una “declaratoria de formación de la causa”, bien por la Asamblea Legislativa, bien por la Corte Suprema de Justicia, viene configurada legalmente como presupuesto procesal para la persecución de los delitos que hubieren podido cometer los sujetos aforados a los que se refieren los artículos 381 y 382 CPP, con remisión al art. 236 Cn. Y ello porque en virtud del art. 384 CPP *“antes de la declaratoria de formación de causa, contra el titular del privilegio no se podrán realizar actos que impliquen una persecución personal y sólo se podrán practicar los actos de investigación indispensables para fundar la denuncia del antejuicio”*.

Se trata de un verdadero presupuesto procesal que requiere ser satisfecho con

168 Para un estudio profundo de la materia es de obligada referencia GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...*, T. I, pp. 136 y ss.

169 Llama poderosamente la atención que la ley haya desconocido las múltiples variables que se ocultan tras el término “prejudicialidad” y los muy diversos puntos de vista acuñados doctrinalmente. Dependiendo de lugares y de autores se ha hablado así de cuestiones prejudiciales “a la acción” o “al juicio”; “homogéneas” o “heterogéneas”; “generales” o “especiales, genéricas y específicas”; “devolutivas (absolutas o relativas) o no devolutivas”; “de Jurisdicción” y “de competencia”; “directas” o “indirectas”, etc.



carácter previo a la iniciación de la actividad persecutoria, por lo que no es que suspenda el ejercicio de la acción penal, sino que lo imposibilita al menos temporalmente. Parece lógico que el ejercicio de la acción penal frente a los sujetos privilegiados quede vetado *ab initio*, puesto que de otro modo, y en tanto el impedimento no hubiera sido alzado mediante la actividad descrita, persistirían dudas que pesarían sobre la totalidad del desarrollo procesal. Puesto que el proceso ni siquiera habrá podido llegar a dar sus primeros pasos sin la resolución del antejuicio, con la salvedad de los actos de investigación indispensables dirigidos precisamente a articular un fundamento a la solicitud de éste, no podemos realizar una interpretación basada únicamente en la estricta literalidad del precepto al decir que “se suspenderá” el ejercicio de la acción penal.

No ha de olvidarse que tras la oportuna tramitación del antejuicio, y aun inadecuadamente, pudiera negarse el otorgamiento de “la declaratoria para la formación de la causa”. En este caso la persecución quedaría absolutamente vetada, lo que nos lleva a concluir que no estamos ante un supuesto de suspensión temporal susceptible de recobrar vigencia, sino ante un verdadero impedimento que vendría a enervar el posible ejercicio del *ius persequendi* ínsito en la acción penal y, consecuentemente, el del *ius puniendi*.

SECCION 2a. EXTINCION

Motivos

Art. 31.- La acción penal se extinguirá;

- 1) Por la muerte del imputado;
- 2) Por la conciliación;
- 3) Por la amnistía;
- 4) Por la prescripción;
- 5) Por el pago del máximo previsto para la pena de multa, en el caso de delitos sancionados sólo con esa clase de pena;
- 6) Por la aplicación de un criterio de oportunidad, en los casos y formas previstas en este Código;
- 7) Por el cumplimiento del plazo de prueba, en los casos de suspensión condicional del procedimiento;
- 8) Por la revocación de la instancia particular, en los casos de delitos que dependan de ella;
- 9) Por la renuncia o por el abandono de la acusación, respecto de los delitos de acción privada o que hayan sido transformados en delitos de acción privada;
- 10) Por la muerte de la víctima en los casos de delitos de acción privada, salvo que la acción ya iniciada por ella sea continuada por sus herederos o sucesores conforme lo previsto en este Código;

- 11) Por la reparación integral del daño particular o social causado, realizada antes de la vista pública, en los delitos relativos al patrimonio o de contenido patrimonial, siempre que lo admitan la víctima o la Fiscalía General de la República, según el caso;
- 12) Por el perdón de la víctima cuando esté expresamente autorizado; y,
- 13) Cuando luego de dictado el sobreseimiento provisional, no se haya reabierto la investigación dentro del plazo de un año.

Comentario• . La ley ha optado en este precepto por atribuir al término “acción penal” una equivalencia a “procedimiento penal” que, como se ha visto, constituye el único cauce para la aplicación del *ius puniendi*. Cuando la voluntad de la ley es la de extinguir la acción penal, lo que se está queriendo es que en presencia de algunas de las causas descritas no exista proceso penal y por consiguiente tampoco condena.

En la gran mayoría de los supuestos aquí previstos se está aludiendo a una carencia manifiesta de justificación de un proceso penal, sin entrar todavía en este momento en si éste se ha iniciado o no, por razón de determinadas circunstancias en presencia de las cuales aquél carecería de sentido. Cuando *prima facie* se presenta clara la inutilidad de desarrollar una actividad procesal que se dirigiría sin remedio a un callejón sin salida, parece congruente trazarla *ab initio*. Entre otras razones podrían señalarse en primer lugar motivaciones de justicia material, que nos inducen a plantearnos lo injusto de someter a alguien a las molestias e inconvenientes de un proceso cuyo resultado -el sobreseimiento definitivo o la absolución- podemos conocer desde el principio. Las razones de economía procesal serían un nuevo criterio a añadir a este respecto, ya que nada más antieconómico que la actividad jurisdiccional que se desarrollara sobre “la nada”. A lo que viene a aludir el precepto es, por tanto, a que dada una de las causas de extinción de la acción penal previstas no existe o desaparece el derecho del Estado a la aplicación de la norma penal: el *ius perseguendi*, previo y necesario para el ejercicio del *ius puniendi*, ha quedado enervado y con ello el proceso y la posible imposición de la sanción prevista en la norma habrán perdido todo sentido.

En cuanto a sus efectos puede decirse que variarán en función de la causa ante la que nos encontremos, y será con carácter previo ésta la que habrá de considerarse. No producirá idénticas consecuencias la consunción de la acción penal, por ejemplo, por fallecimiento de uno de los imputados, lo cual no repercute en otras personas que puedan resultar sospechosas, que la amnistía, en la que con independencia de quién pudiera ser imputado, toda la actividad persecutoria (con las salvedades que luego se verán), carece manifiestamente de razón de ser. Esta cuestión será analizada en relación con las diferentes causas extintivas de la acción penal.

• Este artículo ha sido comentado por el Dr. J. PÉREZ GIL, Prof. Titular de D. Procesal de la Universidad de Burgos, España.



Si comparamos este precepto con el art. 96 CP., relativo a las causas de extinción de la responsabilidad penal, constataremos que varias de ellas son coincidentes parcial o totalmente (prescripción, amnistía, perdón del ofendido cuando legalmente se le atribuye este valor, etc.). La diferencia fundamental entre considerar que en presencia de una de ellas estamos ante una causa que consume la acción penal o bien la responsabilidad criminal radicarán en los efectos que su apreciación va a producir. Esto es claro si se tiene en cuenta que la actividad procesal no es posible sin acción penal por lo que, extinguida ésta, carece de justificación cualquier acto tendente a la imputación. Por contra, la apreciación de una causa de extinción de la responsabilidad penal deberá realizarse en la propia sentencia (o bien en el proceso de ejecución de ésta¹⁷⁰), con lo que será necesaria toda la actividad procesal alegatoria y probatoria conducente a ella. Durante el proceso se habrá formulado una pretensión penal por sujeto diverso al juez, pero llegado el momento final, éste habrá de estimar que no concurren las premisas para la condena relativas a la culpabilidad del autor. De ahí se deriva que la alegación y apreciación de una de las causas de extinción de la acción penal aporte claras ventajas contempladas desde la aplicación de la economía procesal. Adviértase que ambas posibilidades no se excluyen entre sí, puesto que en ocasiones será la actividad alegatoria y probatoria en el marco del proceso la que nos aporte luz sobre la concurrencia de alguna de las causas citadas.

El correcto entendimiento del significado de la extinción de la acción penal nos lleva a distinguir los supuestos en que el proceso todavía no se haya iniciado, frente a aquellos otros en los que ya ha existido alguna actividad procesal, por mínima que ésta sea.

a) En el primero de estos casos, la apreciación de una causa extintiva tendrá como resultado el rechazo *a limine* de cualquier requerimiento dirigido a una imputación. En presencia de alguna de ellas quedará vetada la posibilidad de afirmar la concurrencia de los presupuestos objetivos y subjetivos para el enjuiciamiento, en la medida en que se hace evidente que tales presupuestos no existen porque han desaparecido por voluntad de la ley a pesar de la existencia de una conducta que revestía aparentemente las condiciones para ser considerada delictiva.

Particularmente importante será tener en cuenta la imposibilidad de adoptar cualquier tipo de medidas cautelares contra ningún sujeto, así como impedir la realización de actividades de investigación, sea por la Policía, la Fiscalía o los órganos jurisdiccionales. La sujeción de alguien a una innecesaria “pena de banquillo” derivada de su sometimiento a un proceso abierto sin fundamento constituiría una clara injusticia que ha de ser vetada.

170 Nótese que constituye causa de extinción de la responsabilidad penal la muerte del condenado, y no la del imputado, como ocurre en la extinción de la acción penal.

b) Si la causa de extinción concurre habiéndose iniciado ya el proceso penal, la lógica consecuencia será la finalización de éste tan pronto como se aprecie la circunstancia de la que se trate, con independencia del momento procesal en el que nos encontremos. Parece claro que la extinción de la acción penal no impedirá radicalmente la realización de determinadas actividades procesales, particularmente aquellas tendentes a acreditar la presencia de la causa alegada (muerte, amnistía, prescripción, etc.) o aquellas dirigidas precisamente a configurar la causa extintiva (conciliación si es intraprocesal, aplicación de criterios de oportunidad, reparación del daño, etc.). Incluso, aun declarada extinguida la acción penal, cabe la posibilidad de que el proceso no fenezca por haber sido impugnada la correspondiente resolución por alguno de los legitimados, sea la Fiscalía, sea algún querellante privado.

Pero, salvadas esas posibilidades y tan pronto como exista una resolución jurisdiccional en la que se reconozca con carácter definitivo la imposibilidad de proseguir una acción penal, el proceso carecerá absolutamente de sentido. Sin posible ejercicio de la pretensión penal no puede haber acusador y sin ninguno de esos dos elementos, no podrá haber proceso penal (*nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*).

De particular importancia será la utilización de las denominadas “excepciones” contempladas en el art. 277 números 2 y 3, en cuya virtud las partes podrán oponer como cuestión de previo y especial pronunciamiento la falta o la extinción “de la acción penal”.

Cuestión diferente será la relativo a la acción civil, pues la extinción de la acción penal no la conllevará ineludible y necesariamente. La acción civil, pese a contar con una vía para su planteamiento en el marco del proceso penal, justificable histórica y actualmente por razones de economía procesal y de tutela de la víctima, se rige por leyes civiles (vid. art. 125 CP)¹⁷¹, en consonancia con su naturaleza civil.

Dada la diversidad presente en el catálogo descrito en este artículo y complementado por varios de los siguientes, procede realizar un análisis por separado de cada una de las causas que lo componen. Ha de advertirse, por otra parte, que con ello no se agotan todos los posibles supuestos en los que se impide la persecución penal aun en presencia de conductas aparentemente delictivas¹⁷².

1) Por la muerte del imputado (Concordancias: Art. 20, 32, 405 CPP; Arts. 96.1 y 98 CP).

El principio de personalidad de las penas determina el carácter imposible, ade-

171 Si bien este precepto alude a la no extinción de la responsabilidad civil con ocasión de la extinción de la responsabilidad penal, no puede desconocerse que similares apreciaciones pueden realizarse en relación con la acción penal.

más de inútil, del inicio o la prosecución de cualquier actividad procesal cuando ha fallecido el sujeto a quien se imputan los hechos. La actividad dirigida formalmente a lograr la imposición de la consecuencia jurídica pretendida por la norma penal carece de sentido en ausencia de un sujeto, por lo que la mención legal es plenamente lógica. Son pues de aplicación las palabras de BINDING en el sentido de que *“lo incondicionalmente no punible es incondicionalmente no perseguible”*¹⁷³.

Como señalaba el Profesor GÓMEZ ORBANEJA, *“al fallecido no es sólo que no se le pueda condenar (a tenor del precepto de la ley penal sustantiva); es que no se le puede tampoco absolver: no se puede proceder contra él”*¹⁷⁴. No obstante, el precepto comentado no parece pensar en la muerte producida con anterioridad al inicio del proceso, en tanto al referirse al “imputado” parece requerir una determinación subjetiva de quien ocupe esa posición. Por eso cabe pensar en el caso de una investigación abierta contra persona indeterminada¹⁷⁵ o contra alguien cuyo fallecimiento se ignore, en curso de la cual se hayan podido dictar requerimientos o decretar algún tipo de medida cautelar real. Es claro que, en este caso, una vez se tenga constancia del óbito, la actividad procesal deberá cesar íntegramente. No habiéndose iniciado el procedimiento, y previa constancia del fallecimiento, no procederá siquiera la formación de causa criminal alguna.

Cuestión diversa es la pervivencia de la responsabilidad civil dimanante del ilícito penal, en tanto a tenor del art. 122 CP. *“la obligación de la reparación civil recae sobre la sucesión del deudor y grava los bienes sucesorales, transmitiendo la misma a sus herederos en cuanto a los bienes heredados...”*. La muerte opera así como causa extintiva de la acción penal, pero en lógica consonancia con su diversa naturaleza, no impide el ejercicio por el ofendido o sus herederos de las correspondientes pretensiones civiles dimanantes del ilícito. Es claro que, a partir del fallecimiento, cualquier pretensión resarcitoria en el sentido citado habrá de canalizarse a través del proceso civil.

2) Por la conciliación (Concordancias: arts. 32 y 33 CPP).

172 Un ejemplo lo encontramos en la resolución en sentido negativo de un antejuicio en el sentido expuesto *supra*. Véase además el art. 252 CP, que sin decirlo expresamente contiene una modalidad extintiva que se refiere a la responsabilidad penal pero que tiene evidentes consecuencias en las posibilidades de persecución: en los delitos relativos a la Hacienda Pública no se impondrá pena al imputado si hiciere frente a sus obligaciones fiscales con los correspondientes accesorios.

173 BINDING, K., *Handbuch I*, p. 811

174 GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...*, T. II, op. cit. pp. 274 y 688.

175 Adviértase que la apertura del juicio oral requiere indefectiblemente la determinación de las personas acusadas (art. 322.1 CPP), con lo que al menos a partir de este momento la imputación se debe dirigir frente a sujeto concreto.

La escueta dicción de este precepto ha de ser completada con la más amplia y, en ocasiones, oscura de los arts. 32 y 33 CPP, que al especificar los límites y los efectos de la conciliación, nos aportan pistas sobre lo que debamos entender incluida en esta causa extintiva. Corresponde pues remitirse a los comentarios a tales preceptos, lugar en el que se abordará ampliamente.

3) Por la amnistía (Concordancias: art. 131.26 Cn; Arts. 96.4 y 104 CP; Arts. 3 a 12 Ley Especial de Ocurros de Gracia¹⁷⁶).

La amnistía es una manifestación del derecho de gracia en virtud de la cual el Estado declara la impunidad de todos los hechos a los que aluda la ley en que se otorgue y que se extenderá a una pluralidad de sujetos no siempre determinados¹⁷⁷. Sus efectos pueden ser comprendidos fácilmente si tenemos en cuenta que estamos ante una “amnesia” estatal respecto de determinados delitos y de su autores. SILVELA aludía a ella como una “derogación transitoria de la ley”¹⁷⁸ y no carecía de razón, en tanto la amnistía enerva de manera absoluta la producción de prácticamente la totalidad de los efectos jurídicos que las conductas a que se refiere pudieran llevar aparejados: el propio proceso penal, tanto declarativo como cautelar, las penas que ya hubieran sido impuestas tanto principales como accesorias, la constancia de antecedentes penales, etc.

Tratándose de un verdadero acto político que debe tener un carácter excepcional, la competencia para la concesión de amnistía corresponde a la Asamblea Legislativa (art. 131.26º Cn y 3 Ley Ocurros de Gracia). No debe olvidarse que la amnistía es una de las formas más absolutas de negación del principio de legalidad penal y que, por ende, la decisión en que se acuerde debe tomar escrupulosamente en consideración el daño que con ello se produce al sistema penal en su conjunto y si éste compensa con las ventajas políticas obtenidas. La anulación de la relevancia penal de ciertos hechos que en un momento anterior hubieran podido considerarse muy graves debe en este sentido ser adecuadamente ponderada en atención a sus consecuencias para no incurrir en flagrantes injusticias materiales.

La amnistía viene limitada objetivamente a tres supuestos:

1) delitos políticos, entendiendo como tales los delitos relativos al sistema constitucional y a la existencia, seguridad y organización del Estado (art. 21.I en relación con los arts. 340 a 342 y 350 a 360 todos ellos del CP). Asimismo son delitos políticos los comunes cometidos con fines políticos, excepto los delitos contra la vida y la integridad personal de los jefes de Estado o de Gobierno (art. 21.II CP).

176 Aprobada por Decreto Nº 436, del 15 de octubre de 1998, Diario Oficial Nº 206, Tomo Nº 341, del 5 de noviembre de 1998.

177 Como resaltan JESCHECK y WEIGEND, en tanto afecta a una pluralidad de personas será necesaria una ley. JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. ed., Berlin 1996, p. 923

178 SILVELA, L., *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación en España*, T. II, Madrid 1839, p. 432.



2) Delitos comunes conexos con los políticos, supuestos en los que se engloban las conductas delictivas que tengan relación directa o inmediata con el delito político o sean un medio natural y frecuente de preparar, realizar o favorecer éste (art. 21. III CP).

3) Delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte¹⁷⁹, particular circunstancia en la que en atención a la pluralidad subjetiva de la comisión no parece adecuado el indulto a cada uno de los partícipes.

La amnistía, por naturaleza irrevocable, podrá no obstante verse sujeta a condiciones y restricciones “*que la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen*”. En tales casos, a los beneficiados por ella se les asigna la facultad de renunciar a sus efectos (art. 12 Ley Especial de Ocurso de Gracia), con lo que se debe entender depositada en ellos la posibilidad de que la acción penal no se extinga por ministerio de la ley.

A tenor del art. 5 de la Ley Especial de Ocurso de Gracia, la amnistía podrá concederse no sólo a los condenados por sentencia ejecutoriada, supuesto en el que operaría como causa de extinción de la responsabilidad penal, sino también “*a los que se hallen procesados con causa pendiente y también a aquellas personas que aún no han sido sometidas a ningún procedimiento penal*”, revelando así su carácter de causa extintiva de la acción penal en el sentido descrito en este precepto. Centrándonos en éstos, hemos de acudir a los arts. 8.º y 9 de la misma norma para fijarnos en los efectos asignados a la extinción de la acción penal. Tratándose de imputados con causas pendientes, el Juez o Tribunal competente deberá inmediatamente decretar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo (“*sin restricciones*”, dice la citada ley) o bien, una vez abierto el juicio oral, dictar sentencia absolutoria. En el caso de personas no sometidas a proceso alguno, la extinción de la acción penal en virtud de amnistía impedirá de raíz su sometimiento a juicio y, en el caso de iniciarse cualquier actuación procesal contra ellas, su mera alegación deberá bastar que el Juez o Tribunal acuerde con carácter inmediato el sobreseimiento definitivo de la causa al igual que en el supuesto anterior.

Nótese que la amnistía como causa de extinción de la acción penal, por llevar consigo un “*olvido*” voluntario del delito por parte del Estado, justificado en razones políticas y revestido de una serie de garantías, el fundamento del sobreseimiento se halla en la inexistencia de delito (art. 308.1º CPP) y no en la exención o extinción de la responsabilidad penal (art. 308.3º y 4º CPP). En todos estos casos el Juez o Tribunal deberá agregar a su resolución “*el ejemplar del Diario Oficial en que aparece publicado el decreto de amnistía respectivo, o la certificación del mismo decreto extendida por la Asamblea Legislativa*” (art. 9 Ley Especial de Ocurso de Gracia).

Hemos presentado la amnistía como una forma de “*amnesia voluntaria*” del delito por parte del Estado, que vendría a impedir la producción de cualquiera de las

179 Art. 131.26º CN y 3 Ley Especial de Ocurso de Gracia.

consecuencias jurídicas de éste, pero debemos hacer una salvedad en lo relativo a la responsabilidad civil derivada del delito. El art. 7 de la Ley Especial de Recursos de Gracia cita entre las restricciones a que puede verse sometida la concesión de amnistía la posible subsistencia de la responsabilidad civil en los casos de condenados, precepto que se desarrolla posteriormente en el art. 11 del mismo cuerpo legal y se contempla también en el art. 104 CP, así como entre las causas de extinción de la responsabilidad civil del 45.2.d) CPP. Tales previsiones, en cuanto permiten la pervivencia de la responsabilidad civil, no parecen compaginarse bien con el carácter de preterición del delito propio de la amnistía y además pueden provocar desigualdades flagrantes entre los sujetos sobre los que ya pese una condena frente a aquellos otros aun no juzgados, sobre los cuales no habrá podido establecerse la responsabilidad civil correspondiente¹⁸⁰.

Merece la pena en este sentido detenerse en el análisis del último inciso del citado art. 11 de la Ley Especial de Recursos de Gracia, cuya dicción es la siguiente: *“Respecto a los imputados o aquellos a quienes no se ha instruido proceso, la extinción de la responsabilidad penal por la amnistía, lleva implícita la extinción de la responsabilidad civil en que pudieren ser condenados”*. El legislador parece pensar en la posibilidad de desarrollo de un juicio contra un sujeto, aun por conductas enmarcadas en la amnistía, con el mero fin de determinar las responsabilidades civiles. Es evidente que por mor de la extinción de la acción penal derivada de la amnistía será inconcebible toda posibilidad de enjuiciamiento de aquellas conductas, por lo que entendemos que el inciso destacado es reiterativo y pudiera inducir a confusión al haber obviado tal imposibilidad jurídica.

A diferencia de lo prescrito en los arts. 104 y 105 del CP, el legislador del CPP ha ignorado la posible eficacia intraprocesal del indulto, reservándolo única y exclusivamente para supuestos en que ya haya sido impuesta una condena al referirse a él como *“la extinción de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada”*.

4) Por la prescripción (Concordancias: arts. 34 y ss. CPP; arts. 96.3 y 99-103 CP).

- Vid. comentarios a los arts. 34 a 39 CPP.

5) Por el pago del máximo previsto para la pena de multa, en el caso de delitos sancionados sólo con esa clase de pena (Concordancias: arts. 51 a 54 CP).

Se presenta en este inciso una extravagante modalidad de cumplimiento anticipado y voluntario de una pena que, en tanto aun no ha sido impuesta, podría considerarse todavía inexistente. Realizando este pago, el sujeto imputado vendría a reconocer

180 Tales problemas podrían encontrar solución regulando en cada decreto de amnistía los mecanismos para hacer frente a las posibles consecuencias patrimoniales de los delitos amnistiados, que en muchos casos pasarán por una asunción de tales responsabilidades con fondos públicos.



la culpabilidad de los hechos de los que se le acusa y, sometiéndose espontáneamente a las más gravosas de entre las consecuencias jurídicas previstas legalmente (el pago del máximo previsto para la pena de multa), podrá enervar el inicio o la prosecución de un proceso penal seguido en su contra.

Llama la atención la dificultad para incardinar esta causa extintiva en el sistema de penas previsto en el Código Penal. El art. 51 de este cuerpo legal obliga a que la cuantificación del monto pecuniario a abonar al Estado se realice mediante la técnica de los días multa. La fijación de esa cantidad deberá ajustarse *“a las condiciones personales, a la capacidad de pago y a la renta potencial del condenado en el momento de la sentencia”*, pudiendo además ser disminuida después de la condena por el juez de vigilancia penitenciaria en atención a un retroceso en su capacidad de pago o renta potencial (art. 53 CP). Puesto que la cantidad a abonar no se puede determinar en términos objetivos antes de la sentencia (y puede variar después de ella), resultará poco menos que imposible saber cuánto es lo que deba pagarse para poder extinguir la acción penal con *“el pago del máximo previsto para la pena de multa”*.

La única forma de solventar parcialmente esa posible antinomia legal será la de tomar como referencia objetiva para la cuantificación económica de la hipotética pena el último inciso del art. 51 CP: *“El día multa importará como mínimo una tercera parte del menor salario mínimo diario vigente en el lugar al tiempo de la sentencia y como máximo cinco veces dicho salario”*. Partiendo de este dato tendremos ya una cantidad a partir de la cual establecer una cuantía máxima de la pena cifrada en términos monetarios, con cuyo abono podrá evitarse o desactivarse el proceso penal mediante la extinción de la acción penal. No puede obviarse que tras esta solución se oculta una factible injusticia y una evidente desigualdad, pues se estará compeliendo al presunto culpable a aceptar una sanción que, por no tomar en cuenta sus recursos, puede ser subjetivamente desproporcionada. Aquél que por su disponibilidad económica se vea capacitado para hacer frente a una sanción fijada tomando como referencia el quíntuple del salario mínimo se hallará en evidente ventaja. Por contra, quien carezca de medios suficientes sólo difícilmente podrá evitar el proceso extinguiendo la acción penal en los términos aquí descritos, y se verá obligado a esperar al final del proceso para que, siendo declarado culpable, se le imponga una multa en consonancia con sus recursos económicos.

El pago de la multa irá a parar a las arcas del Estado (art. 51 CP), por lo que no repercutirá (al menos directamente) sobre el patrimonio de quien hubiere podido sufrir el delito. Es observable así que en esta modalidad consuntiva de la acción penal no pueden apreciarse ventajas aparentes en favor de las víctimas, sino que únicamente se dirige a eludir el proceso penal mediante el tácito reconocimiento de la culpabilidad que ha de preceder al abono de aquella cantidad.

Aún cuando este precepto parece referirse inequívocamente a un pago, el Código penal establece una posible alternativa que, a pesar de aludir sólo a los condenados, entendemos aplicable aquí por extensión. Se trata de la posible sustitución del abono pecuniario por la realización de un trabajo de utilidad pública, a razón de dos horas de

trabajo por cada día multa en casos de incapacidad de pago. Acaso sea esta la vía a través de la que pueda darse solución a los inconvenientes descritos anteriormente. Según nuestro criterio, una vez asumido el compromiso de la realización del trabajo de utilidad pública, la acción penal podrá considerarse en suspenso y, una vez culminado el plazo en el que se haya desarrollado la tarea asignada, quedará extinguida por voluntad de la ley. De igual forma entendemos también aplicable el fraccionamiento del pago en cuotas semanales o mensuales al que alude el art. 52.I CP *in fine*, teniendo presente que la causa extintiva operará con el abono de la última cuota.

6) Por la aplicación de un criterio de oportunidad, en los casos y formas previstas en este Código (Concordancias: arts. 20-25 CPP).

Vid. comentario a los arts. 20 a 25 CPP.

7) Por el cumplimiento del plazo de prueba, en los casos de suspensión condicional del procedimiento (Concordancias: arts. 22-25 CPP, art. 88 CP).

Vid. comentarios al art. 22 CPP.

8) Por la revocación de la instancia particular, en los casos de delitos que dependan de ella (Concordancias: art. 26 y 40 CPP).

Vid. comentarios al art. 40 CPP.

9) Por la renuncia o por el abandono de la acusación, respecto de los delitos de acción privada o que hayan sido transformados en delitos de acción privada (Concordancias: arts. 28, 41 y 404 CPP).

Vid. comentarios al art. 41 CPP.

10) Por la muerte de la víctima en los casos de delitos de acción privada, salvo que la acción ya iniciada por ella sea continuada por sus herederos o sucesores conforme lo previsto en este Código (Concordancias: arts. 28, 29 y 404.2 CPP).

Tal y como fue abordado *supra*, los delitos de acción privada sólo pueden ser perseguidos mediante la iniciativa y la actividad de la víctima, sin que ningún otro sujeto, ni público ni privado, se halle legitimado para asumir una posición activa. Consecuencia lógica de ello será que con el fallecimiento del único legitimado, el proceso carecerá de un actor que pueda sostener la pretensión, lo cual hará imposible de todo punto su iniciación. Una vez más habremos de recordar la vigencia del principio *nemo iudex sine actore*, cuyas consecuencias se dejan aquí sentir en su más amplio sentido.

Cuestión diversa, y ciertamente llamativa, es la factible prosecución de un proceso por un delito de acción privada cuando, encontrándose éste en curso, fallezca el actor particular. Si los herederos o sucesores del finado se muestran dispuestos a asumir la persecución le sustituirán en la condición de legitimados activamente, asumiendo su posición procesal a todos los efectos, incluida la posibilidad de renunciar a ella o hacerla decaer por abandono (arts. 31.9, 41 y 404 CPP).

Se hace así perceptible el carácter patrimonializado que a esta facultad le asigna el legislador, pues posibilita la sucesión *mortis causa* no sólo de los derechos o intereses privados que se ventilen en el proceso penal, sino de la propia atribución de legitimación para el ejercicio de la acción penal. Téngase en cuenta que esta configuración legal nos acerca a un supuesto ordinario de sucesión procesal por razón de la muerte, los cuales se caracterizan porque los herederos suceden al causante en todos sus derechos y obligaciones. La atribución legal de legitimación para acusar en delitos de acción privada a estos sujetos parece considerar que la facultad de acusar se puede transmitir como un elemento más de la masa patrimonial del causante¹⁸¹.

A efectos de la personación de los sucesores se fija un plazo de sesenta días a contar desde la muerte o desde que tuvieron conocimiento de ella, siempre que se tuviera noticia también de la existencia del juicio. Se prevé asimismo la posibilidad de una notificación edictal, a partir de la cual correrá el plazo legalmente asignado (art. 404.2 CPP).

Inmediatamente surgen varias dudas que habrán de resolverse no sólo con el texto de la ley en la mano, sino fundamentalmente en atención a su espíritu y en consideración de todos los elementos aportados por el caso concreto. Una primera cuestión nos lleva a interrogarnos sobre quiénes sean los sujetos que pueden considerarse herederos. La respuesta vendrá dada por las normas civiles relativas a la sucesión, cuyo análisis excede las pretensiones de este trabajo. Sin embargo ha de considerarse la posible circunstancia de que, por la premura del plazo en el que se exige la personación, no pueda saberse aún quién ostenta la condición habilitante para la asunción de la posición activa en el proceso. La respuesta a tal problema habrá de solventarse sobre la base de la mera apariencia de que se ostenta el título sucesorio alegado, a cuyo efecto se deberán aportar todos los elementos e indicios que sustenten tal afirmación.

La segunda cuestión a resolver será la de si, por servirse del plural, la ley requiere un litisconsorcio activo de la totalidad de los herederos en el momento de asumir la sucesión procesal. La respuesta deberá ser negativa, pues parecería absolutamente desproporcionada una exigencia de tal carácter, teniendo en cuenta que podemos encontrarnos en muchas ocasiones con una heterogénea pluralidad de herederos cuyos intereses no siempre serán concordes. Según nuestro criterio podrá existir ese litisconsorcio, pero no con carácter necesario, sino que la actividad de alguno de los herederos, aprovechando a todos los demás, bastará para asumir la que hubiera podido realizar el finado.

181 Una grave confusión del legislador se hace perceptible en el art. 404.2 CPP, al poner en el mismo plano la muerte o la incapacitación del acusador particular, posibilitando la entrada en el proceso de los herederos o los representantes legales respectivamente. Mientras en el primer caso nos hallaríamos en un supuesto de sucesión procesal en cuanto el finado ha dejado de tener capacidad para ser parte, en el segundo se trataría únicamente de suplir el defecto en la capacidad procesal del incapaz, que en ningún caso nos permite cuestionar su aptitud para ser titular de cargas y expectativas procesales y, por tanto, de su capacidad para ser parte.

Ello nos sirve para enlazar con el siguiente interrogante, que se refiere a cuál de entre los herederos ha de entenderse titular de esta facultad y si ello implica la exclusión de los demás. Ciertamente, y puesto que la ley no establece limitaciones de otro tipo, bastará la asunción por cualquiera de los sucesores de la acusación privada, siempre que se haga en el marco temporal previsto, para que aquélla pueda proseguir su cauce. En el caso de que fueran varios de ellos los interesados, lo lógico será que actúen coordinadamente bajo una misma dirección y representación en el proceso y, de no ser esto posible, que asumiera la acusación aquel que lo hubiera solicitado en primer lugar. En ningún caso sería admisible la concurrencia de varias acusaciones privadas referidas al mismo objeto, pues el fallecimiento del legitimado originalmente no puede conducir a una disgregación o fragmentación de la acción penal.

11) Por la reparación integral del daño particular o social causado, realizada antes de la vista pública, en los delitos relativos al patrimonio o de contenido patrimonial, siempre que lo admitan la víctima o la Fiscalía General de la República, según el caso (Concordancias: Art. 22, 24, 32, 247.III, 313, 319, 320.8, 408, 448 CPP; Art. 115 CP).

El acuerdo entre los diversos intervinientes en el proceso penal para restituir el daño causado por el delito mediante su reparación integral ha sido configurado también como causa de extinción de la acción penal en el nuevo Código y está llamado a ser una de sus preceptos de referencia¹⁸². La presente causa responde a un deseo del legislador de no someter al *strepitus fori* aquellos hechos sobre los que medie una reparación patrimonial por parte de quien, de esta forma, vendrá a reconocer tácitamente la autoría de los hechos. Propugnando este tipo de acuerdos al recompensarlos con la extinción de la facultad de ejercicio de la acusación se pretende una descarga de actividad de los órganos jurisdiccionales en una de las modalidades delictivas más frecuentes. Se ha plasmado así una posible huida del proceso penal dando pábulo a un mecanismo alternativo a éste con importantes repercusiones prácticas. En este caso la aplicación del “*a enemigo que huye, puente de plata*” sirve para convalidar los acuerdos privados reparatorios, excluyendo la persecución penal y cerrando (supuestamente) la resolución del conflicto con carácter anticipado al juicio.

La reparación de los daños infligidos por el delito, al igual que los acuerdos conciliatorios entre delincuente y víctima a los que nos referiremos posteriormente, todo ello inserto entre las consecuencias jurídicas del delito, no son patrimonio exclu-

182 La Exposición de Motivos ve en ello uno de los grandes postulados del abolicionismo (epígrafe III, párrafo 16°), alegando que este mecanismo “...cumplirá el propósito de iniciar el rescate de la misión fundamentalmente pacificadora de una justicia que se ha visto opacada por las viejas estructuras inquisitivas, y que han generado a lo largo de todos estos años toda una cultura reduccionista que mira en el uso de la violencia estatal la única vía posible de ‘pacificar’ los conflictos penales”.

sivo del proceso penal ni del derecho penal salvadoreño. Se vienen a enmarcar dentro de una corriente perceptible desde hace ya varios años en el derecho comparado, particularmente en los ámbitos jurídicos anglosajón¹⁸³ y germánico, en los que se ha hablado de un “renacimiento de la idea de reparación en el derecho penal”.¹⁸⁴ Tales instrumentos han revelado en varios ordenamientos su parcial utilidad en la criminalidad no excesivamente grave o en la justicia penal de menores,¹⁸⁵ donde el interés por evitar la estigmatización que inevitablemente se deriva del proceso o la escasa finalidad preventiva general de las sanciones, se hacen preponderantes frente a la certeza de la respuesta procesal y penal, con independencia de la mayor o menor severidad de ésta.

La reparación, si es verdaderamente voluntaria y espontánea, puede ser un indicio de reconocimiento de culpabilidad por el sujeto, en el cual es posible vislumbrar además un atisbo de entendimiento sobre la ilicitud de su conducta, sobre la validez de la norma infringida, sobre la asunción de sus responsabilidades e incluso un posible arrepentimiento que puede ser un indicador de su resocialización.¹⁸⁶ La imposición de una pena, desde la óptica de la prevención especial y atendiendo a la escasa finalidad resocializadora de ésta, particularmente de las privativas de libertad, se vería sustituida así con ventaja. Por otra parte, desde una perspectiva victimológica, no cabría ocultar que la pronta, segura e íntegra reparación, sin necesidad de esperar al resultado del proceso puede contribuir a paliar en cierta medida el daño sufrido. La *ratio iuris* del precepto puede encontrarse pues en esta doble perspectiva: por un lado la consideración de la idoneidad de sustituir con la reparación las consecuencias sancionatorias penales tradicionales (particularmente de la pena privativa de libertad) y por otro la de contribuir a que la víctima deje de ser la “gran olvidada” del proceso

183 El primer hito en este movimiento que pretende propiciar una renovada tutela de la víctima en los últimos años puede encontrarse en la *Federal Victim and Witness Protection Act* norteamericana de 1982, que preveía la posibilidad de reparación del daño por su autor como forma de sanción penal (*Restitution*). Sobre la materia vid. el informe sobre el derecho norteamericano de SILVERMAN, E., en ESER, A. / WALTHER, S., *Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven / Reparation in Criminal Law. International Perspectives*, Freiburg i. Br. 1997, vol. 2º. La obra citada contiene una magnífica perspectiva de derecho comparado, con referencia a los sistemas de reparación en Holanda, Inglaterra, Suecia, Finlandia, Polonia, Rusia, EEUU, Australia, Uganda y Japón.

184 Así por ejemplo RIESS, P., “Die Rechtsstellung der Verletzten im Strafverfahren. Gutachten C zum 55. Deutschen Juristentag”, *Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentag*, T. I. Munich 1984, p. 59. El tema de la reparación a la víctima como una de las consecuencias jurídicas del delito es una de las cuestiones de más vigorosa actualidad entre la doctrina procesalista y penalista de los últimos años.

185 Sobre las alternativas a la sanción privativa de libertad en la justicia penal juvenil costarricense vid. TIFFER, C.; LLOBET, J., *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*, San José, 1999. Otro ejemplo reciente de la reparación en el ámbito de la justicia de menores es el art. 19 de la Ley Orgánica española 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en el que se prevé el sobreseimiento de la causa (“el expediente”) por la reparación o por conciliación entre el menor y la víctima.

186 El carácter voluntario de la reparación ha sido siempre calificado como uno de los elementos básicos a la hora de poder asignarle efectos jurídicos, sin dejar de reconocer que el sujeto se puede hallar bajo la presión de su sometimiento al proceso penal. Como ejemplo vid. el Proyecto Alternativo sobre la Reparación alemán de 1992, el más acabado intento desde bases científicas de configurar la responsabilidad como una “tercera vía” junto a la pena y las medidas de seguridad y reinserción social. AAVV., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, pp. 25 y ss. Una traducción del citado proyecto puede encontrarse como anexo en PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación...*, pp. 423 y ss.

penal y del derecho penal material. Junto a ellas no puede desconocerse la virtualidad de esta modalidad extintiva para la descarga de la Justicia penal, razón que muy posiblemente también se halle en el espíritu de la norma y que pudiera ocultar una visión pesimista con respecto a la capacidad de los órganos estatales para luchar contra la criminalidad.

A pesar de lo expuesto anteriormente, no debemos desconocer los enormes riesgos que puede acarrear la confianza depositada en la asignación a la reparación de un papel tan relevante en el sistema de consecuencias jurídicas del delito, particularmente en la modalidad de extinción de la acción penal elegida por el legislador salvadoreño, la cual posee los efectos más intensos de entre todas las posibles. De ahí que se habrán de adoptar todo tipo de cautelas que puedan minimizar sus hipotéticos efectos perniciosos, dejando vía libre a aquellos que puedan aportar una mejora de la impartición de la justicia penal. Lo idóneo sería su percepción por todos los protagonistas involucrados en la dinámica posterior al delito como una prestación voluntaria del autor que, además de suponer una restitución al titular de los bienes jurídicos lesionados, sirva simultáneamente al restablecimiento de la paz jurídica al constituir una reacción jurídico penal al delito.¹⁸⁷ Y este es el punto donde, a nuestro juicio, la legislación salvadoreña puede hacer aguas al no transmitir suficientemente esa impresión, reduciendo esta causa extintiva a un mero “adelanto” en el abono de lo que pudiera resultar del ejercicio de la acción civil, pero sin poner énfasis alguno en las consecuencias dimanantes de la insuficiente tutela de un interés público que puede verse seriamente menoscabado y puesto en entredicho por la ausencia de enjuiciamiento de determinadas conductas.

En la configuración del consenso reparador del daño como causa de extinción de la acción penal es perceptible un sesgo de privatización del proceso penal mediante una renuncia o autolimitación estatal no carente de riesgos. La reparación es una institución jurídica cuya raíz se encuentra en el Derecho Civil de daños y, como tal, es (y debe ser) una de las consecuencias jurídicas de cualquier conducta que origine un daño.¹⁸⁸ Una lectura entre líneas del precepto que comentamos permite percibir que el legislador salvadoreño viene a reconocer que el conflicto social que tales conductas han producido es susceptible de solución por un mero acuerdo privado entre sus protagonistas, renunciando expresamente a su persecución cuando medie el pacto.¹⁸⁹

187 En similares términos se manifestaba el art. 1 del Proyecto Alternativo de Reparación alemán.

188 ALASTUEY DOBÓN, M.C., *La reparación...*, op. cit. p. 23. Como ya destacara GÓMEZ ORBANEJA, las obligaciones nacen de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier tipo de culpa o negligencia, lo cual, en el caso de la responsabilidad civil nos lleva a la conclusión de que ésta no nace del delito, sino del acto ilícito que lo constituye. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...*, op. cit., pp. 330 y ss.

189 No podemos dejar de recordar las palabras de KANT en el sentido de que “*la Justicia cesa de ser tal cuando se da por un precio*”, KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, 1797, Parte II, secc. I, nota general.

La pacificación del sentimiento jurídico de la comunidad se entiende satisfecha al margen de la actividad estatal, y de esta manera se viene a reconocer implícitamente que en los delitos patrimoniales, el interés público se ve enteramente mediatizado y subordinado al interés privado de quienes hayan sufrido el daño, el cual, por otra parte, sería plenamente susceptible de tutela en el proceso penal en el momento en que quedase acreditada su existencia (vid. art. 115.2 CP).¹⁹⁰ Pero no debería perderse de vista que la reparación del daño debería ir más allá del mero abono del daño civilmente considerado, lo cual sería insuficiente contemplado desde la finalidad propia del proceso penal.

Es claro que el enjuiciamiento de las conductas con apariencia de delito constituye para la comunidad jurídica en su conjunto una forma de fortalecer la vigencia de la norma. Por ello, poner un impedimento radical a esa actividad, renunciando mediante la declaración de extinción de la acción penal, conllevará importantes efectos jurídicos y político-criminales que no deben ser obviados. Quizá el más importante entre ellos sea la expresa renuncia a la finalidad preventiva, de ejemplaridad o pedagógica de la sanción que, en su caso y a la vista de lo alegado y probado, se pueda llegar a adoptar.

Ha de destacarse además que la reparación del daño tiene idénticas consecuencias en algunos casos previstos en el CP. Así, en virtud del art. 263 CP., en los casos de delitos contra la naturaleza y el medio ambiente, “*si el autor voluntaria y oportunamente reparare el daño ocasionado, no incurrirá en pena alguna*”. La exclusión de la responsabilidad criminal en estos términos viene a equipararse con la extinción de la acción penal según estamos viendo.

Entrando ahora de lleno en el análisis del precepto, y pese a la parquedad en su regulación, son observables en el supuesto de extinción con que nos enfrentamos algunas limitaciones:

a) De carácter objetivo, en cuanto que sólo será de aplicación en los delitos relativos al patrimonio o de contenido patrimonial. Puesto que no se establece limitación cuantitativa alguna, no se circunscribe a lo que pudiéramos considerar criminalidad de bagatela, sino que puede extenderse a cualquier delito referido a bienes jurídicos de naturaleza patrimonial por cuantiosa que sea la lesión o por numerosa que sea la cantidad de afectados.

La determinación de lo que haya de entenderse por “delito relativo al patrimonio o de contenido patrimonial” en el sentido del art. 31.11 CPP, no es enteramente cierta ni por ende segura. La duda surge por cuanto esta referencia no sólo cabe

190 La reparación del daño que se haya causado es una de las consecuencias civiles del delito que han de ser declaradas por sentencia. Se hará ésta “*valorando por el juez o tribunal la entidad del daño causado, considerando el precio de la cosa y la afcción del agraviado*”.

hacerla a los delitos contemplados en el Título VIII del CP. ("De los delitos relativos al patrimonio"), aun cuando la *mens legislatoris* parece pensar en los clásicos supuestos de delitos patrimoniales de los arts. 207 y ss.: hurto, robo, extorsión, receptación, estafas, administración fraudulenta, usurpaciones, daños, etc. El precepto puede extenderse, sin embargo, a una pluralidad indeterminada de tipos penales, siempre que de ellos sea predicable un "contenido patrimonial".

Puesto que en muchas ocasiones el daño causado podrá ser valorado o cuantificado económicamente, parece difícil encontrar el límite entre lo que puede considerarse patrimonial y lo que no cabe en ese término. Imaginemos una violación de una patente o un modelo de utilidad que haya generado un evidente perjuicio patrimonial para su titular pero cuya traducción en un monto dinerario sea difícil. La determinación en supuestos de este tipo de lo que sea una "reparación íntegra" pasará en demasiadas ocasiones por la valoración realizada por el perjudicado, con el riesgo que supone la realización de una *cognitio* judicial de mera convalidación al respecto. Si el órgano jurisdiccional entrara a realizar esa valoración, de naturaleza claramente civil, estaríamos confiriendo a los órganos penales unas competencias que vendrían a obligarles a extralimitarse en sus funciones.

Por otra parte no es claro que todos los tipos penales del citado Título VIII puedan quedar englobados en la causa de extinción de la acción penal por reparación del daño. De ello podemos encontrar multitud de ejemplos, pero podríamos fijar la atención en este momento en los delitos relativos al patrimonio cultural del capítulo VI de este título. La conducta prevista en el art. 223 CP. (infracción de las medidas de registro, control, circulación y protección de bienes culturales) no parece pueda ser susceptible de reparación en ningún caso, a pesar de su inclusión entre los delitos patrimoniales. Pero si contemplamos el precepto siguiente (exportación e importación ilícita de bienes del patrimonio cultural), toparemos con supuestos donde la reparación del daño pueda llegar a ser poco menos que imposible.

Otra duda surge en relación con las faltas, pues el Capítulo III del Título II del Libro III (arts. 379 y ss.) lleva por encabezamiento el epígrafe "Faltas relativas al patrimonio". La cuestión es si la reparación en tales supuestos podrá considerarse causa extintiva de la acción penal. La respuesta no puede ser más que afirmativa, pues parece claro que si esto ocurre con los delitos, también debe suceder con las faltas cuando en muchos casos de estos casos se trata del mismo ilícito y la única diferencia radica en que su objeto es cuantitativamente menor.

b) En cuanto al contenido de la reparación la ley nos habla de que deberá tratarse de una "reparación integral" del daño causado, pero no se especifica qué es lo que ha de entenderse por tal y si éste es algo más que la responsabilidad civil que en su caso pueda llegar a declararse o si incluye algún elemento más. El acento se hace recaer sobre un dato objetivo -la integridad de la reparación-, antes que sobre un aspecto subjetivo como pudiera ser la voluntad reparadora del sujeto responsable.

La primera cuestión al respecto será por tanto la de cómo se habrá de determinar la intensidad del daño al objeto de que su reparación pueda considerarse integral, lo cual, mucho nos tememos, sólo podrá hacerse por una apreciación subjetiva del ofendido: allí donde éste se entienda reparado en su integridad, podrá operar la causa extintiva. La duda lógica se suscita a continuación: ¿y si no existe un acuerdo sobre el carácter íntegro de la reparación?. En estos casos parece necesario que sea mediante la intervención judicial prevista en el art. 320.8 CPP en relación con la audiencia preliminar como se venga a dar respuesta a la adecuación del acuerdo reparador ofrecido, así como a las medidas para hacer efectivo el acuerdo.

c) Sobre la forma en que haya de realizarse la reparación integral del daño patrimonial el CPP parece guardar silencio, con la salvedad de la aprobación judicial de las medidas para hacerlo efectivo (art. 320.8 CPP).

La ley parece pensar en que adoptará la forma de restitución de lo sustraído o de una compensación pecuniaria, pero no dice que ésta sea la única entre las modalidades posibles. El propósito resarcitorio buscado por el legislador podría satisfacerse de varias formas, cuya aplicación debería hacerse siguiendo el orden que citaremos a continuación y siempre con preferencia de las anteriores frente a las posteriores: 1º) el resarcimiento *in natura*, hasta restablecer el objeto del delito al estado anterior a éste; 2º) en caso de ser esto imposible la reparación podrá realizarse a través de la indemnización de la pérdida sufrida por la víctima (el llamado *pecunia doloris*); y 3) en defecto de los anteriores, la reparación tendrá que encontrar formas alternativas que puedan contribuir a los mismos fines de satisfacción del interés afectado por el delito (por ejemplo mediante el trabajo en favor de la comunidad si se trata de un bien jurídico colectivo o en favor de la víctima si éste es el caso).

Podemos plantearnos si serían válidos los acuerdos sobre una futura reparación o sobre un desarrollo escalonado de ésta. A nuestro juicio no habría inconveniente a tal respecto, pues entendemos que lo que debe haberse materializado “antes de la vista pública” no es la propia reparación material de los daños, sino el acuerdo entre la víctima (o la Fiscalía de la República) y el presunto autor. Entendemos por tanto que, previo acuerdo entre ambos, podrán alcanzarse otras modalidades reparadoras, tales como el trabajo no remunerado en favor del ofendido o el abono periódico de cantidades de dinero hasta completar el acuerdo al que ambos han llegado. El riesgo de estas modalidades compensatorias radicará en la posibilidad de que la reparación del daño pueda a la postre llegar a ser más gravosa para el autor que la asunción de la consecuencia sancionatoria prevista en la correspondiente figura delictiva y que se pretende evitar haciendo extinguirse la acción penal.

Será necesario también advertir la posibilidad de que la reparación puede que no se realice con carácter inmediato y que se traduzca en un compromiso a desarrollar en un lapso temporal. A estos efectos la única solución que prevé la ley en caso de incumplimiento serán las medidas judiciales que puedan llegar a adoptarse en virtud

del art. 320.8 CPP, a diferencia de lo que ocurre cuando la acción penal se haya extinguido por conciliación (art. 33 CPP), en que tal efecto va a operar de forma automática.

d) En relación con el momento en que la reparación deba hacerse, éste permanece indeterminado pero ha de incluirse en todo el lapso temporal que comienza con la misma comisión del hecho delictivo y llega hasta el inmediatamente anterior a la apertura del juicio oral.

Pueden distinguirse así dos supuestos claramente diferenciados: el anterior a cualquier actividad procesal y el que se desarrolla una vez ésta haya sido iniciada. En consonancia con esta duplicidad, el carácter voluntario de la reparación del daño adquiere connotaciones diversas, pues si en el primer caso podremos percibir una voluntariedad en la conducta del presunto autor, en el segundo la presión a la que se ve sometido puede traducirse en un incentivo para canalizar sus esfuerzos hacia la reparación con el fin de impedir la pena que podría recaer sobre él, máxime si el imputado se ve sometido a alguna medida cautelar especialmente gravosa. Hablar de voluntariedad en estos supuestos, particularmente si ya hay una proposición por parte del juez para que se realice la reparación (art. 319.II CPP), es poco menos que un "brindis al sol". Aun siendo conscientes de la espada de Damocles que pesa sobre sus cabezas (la no reparación implicará muy probablemente la condena) sólo aquellos que puedan hacer frente a la reparación utilizarán esta vía.

El recelo que tal modalidad extintiva nos produce, radica una vez más en la introducción de elementos consensuales en el proceso penal, generadores de desigualdad y, por ende, de incertidumbre jurídica en la respuesta estatal a los hechos que revisten apariencia delictiva. No cabe obviar que esta renuncia del Estado a la persecución puede menoscabar seriamente el efecto disuasorio de las normas penales, principalmente entre aquellos que se encuentren en situación ventajosa para llegar a un acuerdo resarcitorio con la víctima.

e) La asignación del efecto extintivo de la acción penal a la reparación integral del daño pasa por la autorización otorgada bien por la víctima o bien por la Fiscalía, dependiendo de la titularidad de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro.

Desde el punto de vista subjetivo no será siempre fácil delimitar quién es la víctima de un delito patrimonial. Así ocurrirá cuando se trate de una amplia pluralidad de sujetos afectados o cuando se susciten dudas en cuanto a la titularidad del bien de que se trate, por ejemplo por su indeterminación o por su difícil concreción. Imagine-mos un delito societario o una estafa a los consumidores, ambos con naturaleza claramente patrimonial, en los que un acuerdo de este tipo requeriría el consenso de una pluralidad no siempre bien determinada de los sujetos pasivos. La única solución para solventar este problema sería la intervención del Fiscal General de la República, si bien el legislador parece estar pensando en que ésta se producirá sólo cuando se trate de delitos patrimoniales en los que el perjuicio se haya producido sobre bienes públicos.

f) Varias dificultades se suscitan en relación con el sujeto que debe realizar la reparación del daño, pues ésta no es siempre obligación directa del autor del delito, sino que puede derivarse con carácter subsidiario hacia otra persona.¹⁹¹ Basta considerar los supuestos de aseguramiento del riesgo (art. 116.II CP.), donde la hipotética responsabilidad queda desplazada voluntaria u obligatoriamente a la entidad aseguradora (delitos cometidos con ocasión de la utilización de vehículos de motor, daños provocados por la industria, etc.). Pero además cabe pensar en supuestos en que la responsabilidad civil y la penal no sean atribuibles a la misma persona, tal y como se deduce del art. 117 del CP. al aludir a los números 3, 4 y 5 del art. 27 del mismo cuerpo legal (salvaguarda proporcionada de un bien jurídico ajeno, imposibilidad de comprender la ilicitud de la conducta o estado de necesidad). Entendemos que en todos estos casos será quien efectivamente debiera hacer frente a la responsabilidad civil quien deberá otorgar su consentimiento y realizar toda la actividad encaminada a la reparación.

Se presentarán además dudas en los supuestos de responsabilidad civil solidaria, a la que también alude el art. 118 CP. En supuestos de codeincuencia no se deduce de forma clara en este precepto quién y de que forma ha de hacer frente a la reparación. Existiendo varios coimputados puede darse la circunstancia de un desacuerdo entre dos o más de ellos sobre el acogimiento de esta posibilidad legal. La duda surgirá cuando uno sólo alguno de ellos esté dispuesto a la reparación, pues difícilmente podrá repetir contra el resto, a no ser tras la prosecución de un proceso con el fin de obtener una resolución en la que se declare su culpabilidad. Sólo en presencia de un título judicial de esa naturaleza y sobre la base proporcionada por los arts. 118 y 124 CP. podrá iniciarse una acción de repetición por la reparación hecha con carácter previo.

Podría pensarse en el establecimiento de cuotas de la responsabilidad en el sentido del 2º párrafo del art. 118 CP., pero en este caso ya no estaríamos en un supuesto de reparación íntegra tal y como exige el precepto que comentamos. La única posibilidad de salvar la posible contradicción sería la de considerar que el término "íntegra" no es de carácter objetivo, sino que se determina en función del grado de contribución del imputado a la comisión delictiva. Pero no se puede desconocer que ello podría generar situaciones no deseadas si en un delito cometido por varias personas, una de ellas puede eludir el proceso penal mediante el abono de una cantidad que sólo parcialmente satisfará las legítimas pretensiones de resarcimiento de la víctima.

Como conclusión de lo hasta aquí comentado convendría llamar la atención sobre los siguientes aspectos:

1. Sostener que un acuerdo privado puede venir a satisfacer el interés público en la garantía de la paz social mediante el enjuiciamiento de las conductas con apariencia delictiva implica una renuncia que sólo sería admisible si llevara consigo mayores ventajas que perjuicios. No creemos que sea el caso, pues en estos casos bastaría con

191 Vid. arts. 116 y ss. CP.

limitar el ejercicio de la acción civil cuando se hubiera producido tal acuerdo. Tratándose de un acuerdo privado, no hay reparo alguno en que en virtud del principio dispositivo aplicable al ejercicio de la acción civil en el proceso penal, pueda ésta satisfacerse en plenitud. Pero asignarle consecuencias en lo relativo a la persecución penal, entendemos que es ir más allá de lo necesario. A nuestro juicio no se hubiera debido renunciar a la posibilidad de ejercicio de la acción penal, sino que a la colaboración reparadora por parte del autor del ilícito, lo cual por otra parte no es más que una consecuencia lógica de su acción, hubiera bastado con asignarle algún tipo de atenuación en la dosimetría de la pena considerándola una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal,¹⁹² o incluso, a conferirle consecuencias beneficiosas para el reo en el momento de la ejecución de la pena impuesta, particularmente si ésta es privativa de libertad.

2. No son descartables en absoluto posibles consecuencias perniciosas de esta modalidad extintiva, tales como las presiones por parte del imputado para que la víctima se someta a un acuerdo, sean aquellas más o menos intensas, más o menos veladas o más o menos eficaces. Contemplando este riesgo desde el lado inverso, también se hacen factibles los acuerdos tendentes a evitar la publicidad allí donde ésta pueda ser perjudicial para la víctima, al desvelar por ejemplo la debilidad de su seguridad incapaz de hacer frente a determinados tipos de delitos.

3. Acaso otro lugar idóneo para otorgar un papel a la reparación como mecanismo extintivo de la acción penal y, en definitiva puesto que es lo que se pretende, de la responsabilidad criminal hubiera sido el de manifestación del principio de oportunidad.

Ciertamente en muchos de estos casos, las modalidades delictivas en las que cabe la reparación como causa extintiva de la acción penal se ven cubiertas por su carácter de delitos perseguibles previa instancia particular a tenor del art. 26 CPP (hurto de uso, daños, etc.).¹⁹³ La profundización de esta vía hubiera sido un camino más adecuado, en tanto si el legislador hubiera asimilado a ilícitos penales algunas de las conductas objetivas que caben en este precepto, el papel del sistema penal en su conjunto no hubiera sido debilitado en la medida en que ha resultado de esta manera.

Y ello sin que sea descartable que, en la práctica, sin un reconocimiento expreso, pero sustentándolo sobre las mismas bases, la renuncia estatal en la persecución se

192 Vid. por ejemplo el art. 21 del Código Penal español de 1995: “*Son circunstancias atenuantes:... 5º) La de haber procedido el culpable a reparar el daño causado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral...*”.

193 Supuestos de este tipo son perceptibles en la actualidad en materia de criminalidad informática con el resultado de daños por destrucción de datos o incluso de sistemas. La víctima de los daños (grandes empresas, centros de investigación, etc.) en muchas ocasiones pretenderá ocultar la existencia de esos daños, netamente patrimoniales en cuanto susceptibles de cuantificación económica, con el fin de no poner en tela de juicio la seguridad de su equipamiento o su buen nombre dentro del mercado.

traduce en una descriminalización de tales conductas. No sería descabellado que, si la paz jurídica se entiende satisfecha mediante la exclusiva reparación, pueda llegar a optarse con claridad en determinados delitos patrimoniales por su directa despenalización encauzando hacia el proceso civil aquellas demandas de tutela de legítimos derechos en donde no se halle en juego el interés público.

12) Por el perdón de la víctima cuando esté expresamente autorizado; y, (Concordancias: Art. 405 CPP; Art. 107 CP).

El perdón de la víctima se inserta en una concepción de base privatista del proceso penal que encontró su punto álgido en momentos menos evolucionados de su historia. En la actualidad, en consonancia con circunstancias de política criminal, sólo podrá operar como causa de extinción de la acción penal cuando haya una autorización expresa en la propia norma procesal o penal sustantiva. El perdón no extingue la acción penal directamente por la voluntad de la víctima, sino porque el Estado, titular tanto del *ius puniendi* como del *ius perseguendi*, le confiere a través de la correspondiente norma un valor extintivo.

Su operatividad es sólo comprensible en atención a las características de los tipos penales en que aquel puede desplegar su vigencia, pues se tratará en todo caso de supuestos de los que es predicable una especial disponibilidad de los bienes jurídicos protegidos por parte de su titular, cuya voluntad se hace prevalecer legalmente frente al interés público derivado del enjuiciamiento de las conductas con apariencia delictiva. En el CPP sólo encontramos una declaración expresa acerca de la operatividad del perdón: la referida en el art. 405 en relación con los delitos perseguibles mediante acción privada, englobándola en el mismo precepto que la retractación en los delitos contra el honor.

El perdón, desde este punto de vista, no vendrá a extinguir la pena, pero sí repercutir sobre ella, en tanto podrá impedir de todo punto la persecución por la voluntad expresa del ofendido por el delito. No obstante, y aun cuando no sea el lugar para abordarlo en detalle, el perdón podrá operar también como causa de extinción de la responsabilidad criminal, pues a tenor del art. 107 CP. “*el perdón del ofendido extinguirá la responsabilidad penal en los delitos de acción privada o de acción pública previa instancia particular, y operará en los casos determinados por la ley*”. Con ello se amplía la capacidad del perdón para producir efectos también en el proceso penal, pero en este caso sólo sobre el contenido de la resolución que en su día y en su caso lo venga a cerrar definitivamente. No cabe olvidar que la revocación de la instancia de particular en los delitos perseguibles mediante ella tendrá también como efecto la extinción de la acción penal, con lo que estaríamos tácitamente ante un perdón.

Pocos aspectos podemos encontrar recogidos en la norma sobre el procedimiento para otorgar el perdón:

a) en cuanto a las personas legitimadas, el perdón deberá ser otorgado lógicamente por la víctima, bien por sí mismo o bien a través de la persona que le represente procesalmente en virtud de un déficit en su capacidad procesal. Es admisible también el perdón por parte de los herederos en el supuesto de que sean estos los que prosigan el ejercicio de una acción privada por fallecimiento de la víctima. La iniciativa para otorgar el perdón debe partir del ofendido, sin que sea admisible que ésta venga inducida por una actividad judicial.

Es evidente que el principal riesgo de la eficacia extintiva del perdón es la susceptibilidad de su instrumentación, que puede llegar a provocar transacciones en torno al objeto del proceso penal en el mejor de los casos, sin que sea descartable la posibilidad de que sea utilizado como arma de presión o coacción, difícil de atajar a no ser que constituya en sí misma un nuevo delito.

b) en cuanto al momento en que deberá otorgarse, el art. 405 CPP se refiere únicamente a que se haga *“durante el procedimiento y hasta antes de la vista pública”*, lo cual nos habla ya de una iniciación del proceso, previa la interposición de denuncia o querrela. En este caso el órgano jurisdiccional vendrá obligado a dictar una resolución de sobreseimiento de la causa.

c) en cuanto a la *forma* entendemos que el perdón debe ser expreso, sin que quepa conferirlo de forma tácita o presunta, puesto que deberá plasmarse en una declaración del ofendido (o su representante) que no deje lugar a dudas sobre su voluntad de clemencia manifestada libremente.

13) Cuando luego de dictado el sobreseimiento provisional, no se haya reabierto la investigación dentro del plazo de un año. (Concordancias: arts. 309 (concepto), 310 (efectos), 311 (forma y contenido) y 312 (medios de impugnación), todos ellos del CPP y referidos al sobreseimiento provisional).

Opera aquí una suerte de extinción de la acción penal por caducidad cuya razón de ser radica en el no sometimiento de un imputado con carácter indefinido a la pendencia de una causa contra él. El sobreseimiento provisional, dictado por insuficiencia de elementos de convicción para fundar la acusación en un primer momento, pero con posibilidad real de hallar algún otro (art. 309 CPP), es susceptible de ser alzado si surgen nuevos elementos de prueba sobre la participación (art. 310 CPP). Pero a esta posibilidad se le asigna una limitación temporal, pues transcurrido el plazo razonable de un año no parecería lógico mantener al imputado pendiente de una causa cuyo devenir se antoja incierto, haciendo de él una especie de *“liberto”* o *“siervo de la curia”*.¹⁹⁴

194 En estos términos aludía el insigne ALONSO MARTÍNEZ en la exposición de motivos de la LECrim española a la situación de un ciudadano que veía como su causa terminaba con una absolución en la instancia.

Nos encontramos ante un dato objetivo, que no puede hacerse depender de las razones por las que se ha producido, sino que atiende al reconocimiento de la insuficiencia de elementos con los que dar una respuesta estatal a la comisión delictiva. De esta forma, la no reapertura de la investigación, sea por deficiencias en la actuación de los operadores jurídicos, sea por razón de no haber hallado nuevos elementos de cargo, darán fundamento a la extinción de la acción penal ejercitada contra un sujeto.

Con ello no se impide absolutamente la persecución del delito, puesto que en tanto no opere la prescripción sobre el delito o sobre la pena, cabe la posibilidad de iniciar un nuevo proceso penal para ventilar las posibles responsabilidades que en su caso se deriven del ilícito cometido. En este caso se requerirá la formación de una nueva causa.

Concordancias. Art. 20, 32, 405 CPP.

Conciliación

Art. 32.- La conciliación entre el imputado y la víctima extinguirá la acción penal, cuando se trate de los delitos siguientes:

- 1) Delitos contra el patrimonio o de contenido patrimonial;
- 2) Homicidio culposo;
- 3) Lesiones, comprendidas en los artículos 142 y 146 del Código Penal;
- 4) Delitos de acción pública previa instancia particular;
- 5) Delitos sancionados con pena no privativa de libertad; y
- 6) Delitos menos graves.

No podrán conciliarse los delitos cometidos por reincidentes, de agrupaciones ilícitas tales como las pandillas denominadas maras o de algunos de sus miembros habituales o los que hayan conciliado delitos dolosos de los que trata el presente artículo durante los últimos cinco años. Tampoco podrán conciliarse los delitos de hurto agravado, robo, robo agravado, extorsión, privación de libertad y secuestro. (10)

En cualquier momento del proceso, pero antes de que se clausuren los debates en la vista pública, la víctima comunicará el acuerdo al tribunal. Esta comunicación será personal, consignándose su contenido mediante acta, conforme a las previsiones de este Código.

En el acta de conciliación se determinarán las obligaciones pactadas, entre las cuales se comprenderá la reparación del daño a la víctima o al ofendido; y en su caso se señalará un plazo para su cumplimiento.

La certificación del acta de conciliación, tendrá fuerza ejecutiva.

La víctima y el imputado podrán nombrar apoderados especiales para conciliar en su representación. También podrán simplemente designar de palabra o por escrito, ante el juez o la Fiscalía General de la República a una persona que las represente para tales efectos. (6) (3')

Comentario¹⁹⁵. La conciliación supone la existencia de un acuerdo entre delincuente y víctima¹⁹⁶ dirigido a la realización de alguna prestación por parte de aquél en favor de ésta que lleve aparejado una forma de evitar la sanción penal. Tales formas de consenso se han enmarcado tradicionalmente dentro del movimiento de desjudicialización o, en la terminología anglosajona “*diversion*” (desviación), cuyo denominador común viene a ser bien el de evitar el acceso de los conflictos penales al proceso mediante una solución alternativa a éste o bien impedir su desarrollo en una fase incipiente mediante el sobreseimiento definitivo de la causa. Tiene así una finalidad de elusión del proceso o de “*filtrado*” de los elementos que a éste se van a aportar¹⁹⁶.

Su existencia presupone una comunicación directa entre ambos sujetos, normalmente con ayuda o intervención externa propiciada por algún especialista¹⁹⁷. La trascendencia que puede llegar a adquirir tal intervención ha dado base a la duda doctrinal en torno a la configuración de la conciliación, bien como una modalidad autocompositiva o bien como heterocompositiva, en función del acento que se confiera a la actividad del tercero.¹⁹⁸ A mayor abundamiento tal intervención nos servirá en algunos casos para distinguir la tenue frontera, no suficientemente delimitada en el CPP, entre mediación y conciliación. Cuando la función del tercero incluye, por ejemplo, la propuesta de acuerdos ante las partes estaremos ante supuestos de mediación; mientras que si aquél se mantiene en una posición inter partes, sin realizar propuestas de acercamiento entre ambas, hablaremos de una verdadera conciliación.

Por otra parte, nuestro análisis sólo se puede centrar en los efectos que esa conciliación va a surtir para el proceso penal, sin tomar en cuenta si detrás de ella existe un mero acuerdo que posibilita la huida de éste o una verdadera *reconciliación*, en el sentido de una identificación con el contenido del acuerdo o una restauración de la posible relación previa entre ambos, aspecto que escaparía del análisis jurídico para adentrarse en los caminos de otras ciencias sociales como la psicología, la sociología, la criminología o el trabajo social¹⁹⁹.

-
- Comentado por el Dr. J. PÉREZ GIL, Prof. Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos, España.

195 No cabe olvidar que estaremos todavía ante un presunto delincuente y una presunta víctima, por cuanto no ha sido jurisdiccionalmente determinada la existencia del delito. En el mero consenso entre ambos sujetos puede percibirse un reconocimiento mutuo y recíproco de las citadas condiciones, lo cual pudiera constituir el fundamento subjetivo que posibilita la conciliación.

196 PEDRAZ PENALVA, E., “El proceso y sus alternativas”, op. cit. p. 36

197 El art. 402 CPP en relación con el procedimiento por “delito de acción privada” se refiere a la realización de la audiencia de conciliación por un “*amigable componedor*”.

198 Al respecto vid. PEDRAZ PENALVA, E., “El proceso y sus alternativas”, op. cit. p. 37.

199 Entre el cúmulo de procesos que puede desencadenar el tratamiento comunicativo entre autor y víctima pueden destacarse los siguientes: dar y recibir información sobre los hechos quizá no cono-

El primero y más evidente de esos efectos será asignación por el legislador a esta nueva huida del proceso de una capacidad potencial para pacificar las relaciones sociales, que es apta para modificar las consecuencias jurídicas aparejadas a determinadas conductas criminales. A diferencia de la reparación, en la conciliación no se alude a un resultado material concreto (una prestación), sino a un procedimiento abierto, con indefinidas posibilidades de cristalización en función de la disposición de ambas partes, del apoyo externo y de su mismo desarrollo. La conciliación culminada con éxito podrá desembocar en la reparación íntegra del daño tal y como exige el 4º párrafo del art. 32 CPP, y de hecho será la finalidad primaria en los delitos patrimoniales a los que se refiere el nº 1 de su primer párrafo, pero no es la única finalidad que cabe imaginar. Pensemos por ejemplo en un acuerdo que incluya también la petición de disculpas, la realización de trabajos en beneficio de la comunidad o de otras víctimas, la entrega de donativos a organizaciones benéficas o incluso sustitutivos que participen en cierta medida de la naturaleza de las penas, tales como el compromiso de no acercarse a un determinado lugar o una determinada persona.

En cuanto modalidad consensual, puede entenderse que nos encontramos ante una manifestación del principio de oportunidad, y como tal puede vislumbrarse en múltiples ejemplos de derecho comparado en los que uno de los criterios que pueden enervar la persecución viene determinado, con mayores o menores repercusiones prácticas, por tales acuerdos²⁰⁰.

Entrando en el análisis del precepto podemos abordar las siguientes cuestiones:

a) Causas en las que puede operar la conciliación con finalidad extintiva de la acción penal:

En el presente artículo se da forma al ámbito objetivo en el que se sitúa normativamente la conciliación, describiendo las modalidades delictivas en cuya persecución es ésta posible. Se trata de conductas heterogéneas, agrupadas en función de diversos criterios sin más vínculo en común que el dato de ser susceptibles de acuerdos entre los protagonistas de la acción criminal con el fin de dar una respuesta concorde al conflicto surgido con el delito. Entre los delitos conciliables se encuentran los siguientes:

1) Delitos contra el patrimonio o de contenido patrimonial. La determinación de lo que haya de entenderse por tales se ha realizado *supra* al referirnos a la repara-

cidas anteriormente, tratar y esclarecer posibles divergencias sobre ellos, intercambiar puntos de vista y valoraciones sobre lo sucedido. Al respecto y desde la experiencia práctica en la mediación penal vid. WOLF, J., “*Bedeutung der Konfrontation von Täter und Geschädigten aus der Sicht der Praxis*”, en BMJ (ed.), *Täter-Opfer-Ausgleich. Zwischenbilanz und Perspektiven*, Bonn 1991, pp. 132 y ss.

200 Vid. a título de ejemplo los arts. 153 y 153a) StPO o 19 de la Ley Orgánica española reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

ción del daño, por lo que nos debemos remitir a lo allí expuesto. Quizá lo más destacable sea la expresa exclusión que se hace de determinadas conductas dotadas de una especial gravedad, la cual justifica la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio. A tenor del inciso final del 2º párrafo de este artículo, no cabe conciliar los delitos de robo, robo agravado o extorsión, a pesar de su contenido patrimonial. Tal exclusión no puede ser calificada más que de lógica en atención a los bienes jurídicos afectados en tales delitos y que exceden con mucho del mero ataque al derecho a la propiedad. De igual manera no cabe conciliar tampoco el delito de secuestro, el cual, por otra parte no se integra en el mismo título que los antedichos sino en el relativo a los “Delitos relativos a la libertad”, en concreto en el art. 149 CP.

2) Homicidio culposo del art. 132 CP, con las especialidades allí contempladas en relación con los supuestos de comisión mediante la conducción de vehículos o como consecuencia de una profesión o actividad médica o paramédica. Con ello quedan excluidos las restantes formas de homicidio (simple, agravado o piadoso), la inducción al suicidio así como los delitos relativos a la vida del ser humano en formación.

En estos supuestos la facultad para conciliar corresponderá al cónyuge, al compañero de vida o conviviente, al hijo o padre adoptivo, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero testamentario, en aplicación de la previsión del art. 12.2 CPP relativa a la víctima en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido.

3) Lesiones, comprendidas en los artículos 142 y 146 CP, esto es, únicamente las contempladas en el tipo básico de las lesiones así como las lesiones culposas, pero sin que quepa conciliar las graves, las muy graves ni las agravadas.

4) Delitos de acción pública previa instancia particular, previsión que alude con carácter general a las conductas contempladas en el art. 26 CPP. Ha de advertirse, no obstante, que alguna de éstas han sido integradas aquí de forma reiterativa y por tanto superflua. Es el caso del número anterior, pues como se sabe, las lesiones de los arts. 142 y 146 son también delitos perseguibles previa instancia particular.

Además de los supuestos aquí reseñados, se ha de adelantar ahora que en los delitos perseguibles mediante acción privada al intento de conciliación se le da el carácter de obligación, un requisito que ha venido siendo configurado tradicionalmente en varios sistemas como uno de los presupuestos para la iniciación del propio proceso en tales causas.²⁰¹ De hecho, en el procedimiento especial por delito de acción

201 Vid. como ejemplo el art. 278 LECrim española. En el caso de la legislación alemana tal requisito viene previsto en el art. 380 StPO y se refiere a un amplio catálogo de delitos (allanamiento de morada, injurias, vulneración del secreto de las comunicaciones postales, lesiones causadas con medios peligrosos, lesiones imprudentes, daños, etc, pero puede quedar enervado cuando la Fiscalía aprecie la existencia de un interés público en la persecución.



privada salvadoreña se prevé también necesariamente la realización de un intento de conciliación en el transcurso de una audiencia que será llevada a cabo por uno de los jueces del tribunal (art. 402 CPP). Sólo si celebrada ésta no se ha logrado un acuerdo, podrá decretarse la detención del imputado (art. 6 CPP), lo cual, evidentemente, se erige en toda una forma de conminación al imputado para el logro de tal acuerdo.

5) Delitos sancionados con pena no privativa de libertad. La sanción habrá de contemplarse en abstracto, es decir, contemplando el tipo penal en el que se inserta la conducta delictiva y comprobando que la consecuencia jurídica impuesta por la norma es cualquiera de las restantes sanciones previstas en el ordenamiento penal al margen de las privativas de libertad, sin limitación de tiempo ni de cuantía: multa, prestación de trabajo de utilidad pública o inhabilitación absoluta o especial. Ha de recordarse que a pesar de que estas últimas estén configuradas como penas accesorias, podrán ser también impuestas como principales (vid. art. 46 CP).²⁰²

Puesto que en la ley no se hace ningún distingo al respecto, quedan excluidos los delitos que tengan asignada pena privativa de libertad, bien sea de prisión, arresto de fin de semana o arresto domiciliario. Con ello podemos encontrarnos situaciones en que delitos cuya pena sea la de arresto domiciliario tendrán vetada la vía de la conciliación, mientras que otros que tengan asignada sanción de multa, que podrían ascender a cifras cuantiosas si se tratara de un imputado pudiente, sí serán susceptibles de ella.

6) Delitos menos graves, que en virtud del art. 18 CP, serán aquellos cuya pena no exceda en abstracto de tres años de prisión o de multa inferior a 200 días multa.

b) Sujetos de la conciliación

La conciliación habrá de realizarse entre el imputado y la víctima, quienes podrán designar como representantes para lograr un acuerdo bien a apoderados especiales o bien a cualquier persona que les represente con carácter exclusivo para este acto, siempre que en este último caso lo hagan ante el juez o ante la Fiscalía General de la República. La ley no impone condiciones especiales para el ejercicio de esta función, ni de cercanía a los interesados ni de cualificación o preparación profesional, pero parece pensar en personas de confianza de ambas partes que sean capaces de llevar a buen fin una negociación tendente al logro de un acuerdo.

Con la salvedad del posible nombramiento de amigables compondores en la conciliación de los delitos perseguibles mediante acción privada (art. 402 CPP), no se

202 Las restantes penas accesorias (expulsión del territorio nacional y privación del derecho de conducir), no determinarán por sí el carácter de conciliable o no de un delito, puesto que se trata de penas accesorias. Si se imponen junto con otras diversas a la privativa de libertad, la vía de la conciliación ha de entenderse abierta.

prevé con carácter general la intervención de mediadores especializados que contribuyan al buen fin de una negociación conducente al acuerdo conciliador. Sin embargo las partes se podrán ver instadas en la práctica a al menos intentar alguna forma de conciliación en virtud de las facultades para promoverla que se asignan a la Fiscalía (art. 248.7, 313.6, 316.7 CPP) o a los órganos jurisdiccionales (art. 319 CPP, relativo al intento de conciliación y arts. 256.9 y 320.7 CPP que le obligan a resolver sobre la acordada).

Con respecto a la intervención del imputado, la ley viene a excluir la posibilidad de conciliación en dos supuestos, articulando de esta forma un mecanismo de garantía que configura el logro de este acuerdo extintivo de la acción penal con una finalidad tendente a la prevención general positiva. Quedan así excluidos de tal facultad los delincuentes reincidentes o habituales y aquellos que en los últimos cinco años a contar desde la fecha de los hechos hayan conciliado delitos dolosos de los que trata el presente artículo. Con ello se trata de impedir un abuso de este mecanismo de solución autocompositiva del conflicto por parte de personas que bien han demostrado reiteradamente su no reinserción social con su propensión delictiva o bien ya se han aprovechado en una anterior ocasión de las ventajas que el sistema de persecución de los delitos les proponía.

c) La conciliación se podrá realizar en cualquier momento del proceso anterior a la clausura de los debates en la vista pública. No obstante, es claro que existen momentos más propicios para ella, los cuales pueden ser rastreados a lo largo de todo el decurso procesal y que sin duda poseen ventajas desde el punto de vista de la economía procesal. Es posible hallar en este sentido facultades en manos de la Fiscalía para propiciar la conciliación en su requerimiento (art. 248.7) o en la audiencia preliminar (arts. 313.6 y 316.7 CPP), momento en el cual puede ser también solicitado por los demás intervinientes en el proceso. También en este acto podrá el juez intentar la conciliación (art. 319 CPP), todo ello con el objetivo de evitar la entrada en el juicio plenario.

d) Documentación de la conciliación: el acta.

Logrado un acuerdo en los supuestos descritos, corresponde a la víctima notificar aquél al Tribunal de forma personal, sin que pueda realizarse a través del apoderado especial que hubiera podido intervenir en su representación para el logro del acuerdo. De esta manera, y en orden a garantizar la fiabilidad de la manifestación que realiza el ofendido confiriéndole la necesaria credibilidad, se exige de él un comportamiento activo y no de mera ratificación de lo hecho por terceros. Llama la atención el que tal notificación no pueda (o no tenga que) verificarse por el imputado, el cual implícitamente reconocerá la culpabilidad y asumirá las responsabilidades acordadas.

El pacto logrado entre las partes habrá de documentarse en un acta que habrá de revestir la forma descrita en los arts. 123 y 124 CPP, debiendo ser signada por todos



los intervinientes, no sólo en el acuerdo, sino en la actividad procesal en la que se ha enmarcado su notificación al juez. En ella se documentarán las obligaciones pactadas así como las modalidades para su cumplimiento, determinando, cuando ello sea posible, un plazo concreto para su ejecución. Con carácter preceptivo se exige la constancia entre tales mandatos del relativo a la reparación del daño a la víctima u ofendido, lo cual parece desvelar la finalidad principal que el legislador pretende conferir a la conciliación: la de lograr un acuerdo de resarcimiento aceptado en plenitud por ambas partes.

La garantía del cumplimiento de lo acordado en la conciliación viene ratificada por el carácter ejecutivo que en el 5º párrafo del precepto se confiere al acta en el que aquella quede documentada. Un incumplimiento de las condiciones pactadas o del plazo reseñado a tal efecto abrirá el correspondiente proceso de ejecución en el que, sin que ello venga específicamente descrito en la Ley, deberán adoptarse de forma proporcionada cuantas medidas sean acordes al buen fin de lo que en su día se acordó. En tanto la homologación de los acuerdos conciliatorios requiere una resolución jurisdiccional, la competencia para aquella actividad ejecutiva habrá de entenderse asignada al Juez o Tribunal que la dictara (art. 441 CPP).

Concordancias. Arts. 132, 142, 154, 210, 217, 221, 226 y sig., 228 y sig. CP Art. 26, 33 CPP.

INCUMPLIMIENTO DE LA CONCILIACIÓN

Art. 33.- Cuando el imputado incumpliere dentro del plazo sin justa causa las obligaciones pactadas en el acta de conciliación, el procedimiento continuará como si no se hubiere conciliado.

Comentario• Este precepto viene a completar tanto el anterior como el art. 31.2 CPP, al delimitar los efectos de la conciliación en cuanto modalidad extintiva de la acción penal. Una vez acordada ésta podemos constatar la presencia de un “proceso latente”, que permanecerá vivo, aunque inactivo, entre la redacción del acta en el que se recoge la conciliación y el momento de la definitiva extinción de la acción penal, punto a partir del cual el proceso podrá darse por efectivamente fenecido. Ello por cuanto el precepto comentado deja claro que sólo podrá operar la desaparición del *ius persequendi* cuando se cumplieren por el imputado las obligaciones pactadas dentro del plazo fijado, a no ser que concurriera justa causa. De no haberse satisfecho diligentemente tales condiciones en los términos acordados y aceptados, se revelará que aquello que hubiera podido servir para impedir la prosecución del proceso se trataba únicamente de una suspensión temporal de éste, por lo que habrá de reanudarse una vez cumplido el plazo marcado.

• Comentado por el Dr. J. PÉREZ GIL, Prof. Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos

En caso de no ejecutarse lo conciliado en los términos previstos, el último inciso establece que la reanudación del procedimiento se realizará “como si no se hubiese conciliado”. Por ello debemos entender que la causa proseguirá en la misma coyuntura y el mismo momento procesal en el cual se hubiera cerrado provisionalmente.

Prescripción.

Art. 34.- La acción penal prescribirá:

- 1) Después de transcurrido un plazo igual al máximo previsto, en los delitos sancionados con pena privativa de libertad; pero en ningún caso, el plazo excederá de diez años, ni será inferior a tres años;
- 2) A los tres años en los delitos sancionados sólo con penas no privativas de libertad; y,
- 3) Al año en las faltas.

La prescripción se regirá por la pena principal y extinguirá la acción aún respecto de cualquier consecuencia penal accesoria.

No prescribe la acción penal en los casos siguientes: tortura, actos de terrorismo, secuestro, genocidio, violación de las leyes o costumbres de guerra, desaparición forzada de personas, persecución política, ideológica, racial, por sexo o religión, siempre que se trate de hechos cuyo inicio de ejecución fuese con posterioridad a la vigencia del presente Código. (5)

Comentario• : Con carácter previo al análisis de los arts. 31.4 y 34 a 39 CPP, en los que se recoge el régimen de la prescripción de la acción penal, consideramos necesario recordar qué es lo que ha de entenderse por prescripción del delito, prescripción de la pena o prescripción de la acción penal, en la que habremos de centrar nuestro análisis.

a) Cuando hablamos de prescripción de un delito o de una falta aludimos a la imposibilidad de asignar el reproche que asigna la norma penal a los hechos de que se trate, motivada por el transcurso de un tiempo determinado legalmente. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el art. 96.3 CP al declarar extinguida la responsabilidad penal por la prescripción. Es lugar común entre la doctrina justificar su razón en el transcurso prolongado del tiempo, que vendría a operar cambios jurídicos que provocan la innecesariedad de considerar subsistente la necesidad de castigo de tales conductas.

• Comentado por el Dr. J. PÉREZ GIL, Prof. Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos.

Puesto que, dadas las circunstancias temporales previstas normativamente no podrá imponerse la sanción prevista, es lógico que deje de tener sentido cualquier actividad procesal encaminada a su persecución²⁰³. De ello se deriva la dificultad de abordar una cuestión que ha pasado tradicionalmente por determinar si nos encontramos ante una institución de naturaleza procesal o material. Ello repercutirá aparentemente en aspectos relativos a la retroactividad de los plazos de prescripción insertos en una nueva norma o, particularmente, a los efectos extintivos sobre la responsabilidad penal²⁰⁴. Pero puesto que la ley salvadoreña no deslinda con nitidez las notas propias de la prescripción del delito o de la acción penal, será observable que parece referirse a la primera con preferencia a la segunda. Habrá de advertirse, sin embargo, que nos encontramos ante una institución de naturaleza mixta, tanto sustantiva como procesal, que podrá desplegar sus efectos en ambas vertientes.

b) En el caso de la prescripción de la pena el transcurso del tiempo origina la imposibilidad jurídica para hacer ejecutar la pena que en su día fue impuesta, y se tomará como referencia bien la firmeza de la sentencia, bien el momento en que aquélla dejó de cumplirse por cualquier motivo. La razón de ser en este caso parece radicar en que a partir de un determinado momento la pena dejará de cumplir su finalidad de prevención especial. La detallada regulación de la prescripción de la acción penal contenida en los arts. 34 a 39 CPP, se ha realizado en unos términos muy similares a los de los arts. 99 y ss. CP, relativos a la prescripción de la pena.

c) La prescripción de la acción penal *stricto sensu* se articula como un impedimento procesal que origina que en el momento en que conste la existencia del lapso temporal en las condiciones determinadas legalmente, no pueda realizarse ninguna actividad procesal. La prescripción hace decaer así no sólo el derecho estatal a castigar -el *ius puniendi*- (tal y como ocurre en la prescripción del delito), sino la mera posibilidad de enjuiciar -el *ius persequendi*-, imposibilitando consecuentemente tanto la absolución como la condena.

De haberse iniciado ya el proceso y de revelarse en cualquier momento de éste la concurrencia de los elementos configuradores de la prescripción, se habrá de realizar únicamente la actividad conducente a su finalización inmediata. Una vez fuera estima-

203 La cual, por otro lado, podrá chocar en ocasiones con una verdadera imposibilidad material de hacer acopio de elementos de cargo una vez transcurrido demasiado tiempo.

204 De particular interés al respecto es la monografía de VOLK, K., *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht*, Ebersbach am Main, 1978. A juicio de VOLK pertenecerían al derecho procesal aquellas normas que regulan la marcha de un proceso dirigido a la obtención de una sentencia. Derecho Material sería por contra aquello que regula lo que debe ser justo en la realidad vital social. Una norma pertenece al Derecho procesal si regula un comportamiento en un proceso de y ante los órganos de la Justicia, que está dirigida a un fin de tutela jurídica concreto. Ver también HENKEL, H., *Prozeßrecht und materielles Recht*, p. 21

da jurisdiccionalmente la prescripción, bien de oficio pues se trata de una cuestión de orden público, bien previa alegación de parte, dará lugar con carácter obligado al sobreseimiento definitivo (art. 308.4º CPP) o a una sentencia absolutoria (art. 356.2º CPP), dependiendo del momento procesal en que nos hallemos. Téngase en cuenta que en esta materia la ley también se ha servido del término “acción penal” como equivalente a “proceso penal”, para aludir a toda la actividad jurisdiccional conducente a la averiguación de las circunstancias de un hecho calificado jurídicamente, de su autoría y a la posibilidad de aplicarles las consecuencias jurídicas previstas en la norma penal y procesal.

El precepto alude a dos cuestiones conexas aunque con diverso alcance: el establecimiento de los plazos en los que opera la prescripción y el establecimiento de un catálogo de delitos excluidos del ámbito de juego de ésta.

a) Los plazos de prescripción.

La determinación de los plazos de prescripción al objeto de originar los efectos de ésta se realiza tomando como referencia la pena principal asignada a los delitos de cuya persecución se trate. Las factibles consecuencias penales accesorias que pudieran en su caso llegar a imponerse conjuntamente con la pena principal no repercutirán a estos efectos. Ello nos obliga a plantearnos si así se alude a las penas señaladas en abstracto en cada figura delictiva o a su depuración en concreto atendiendo al grado de realización delictiva o de participación de su autor. Teniendo en cuenta que la prescripción puede ser estimada en un momento procesal muy anterior a la determinación de los extremos citados y de su calificación jurídica, parece lógico considerar en aplicación de un criterio de seguridad jurídica que el plazo extintivo aluda a las penas señaladas en abstracto en cada una de las figuras delictivas.

La ley fija dos diversos lapsos temporales para la prescripción de la acción penal en el caso de los delitos y uno específico para las faltas, distinguiendo así tres supuestos:

1) La persecución de todos los delitos sancionados con pena privativa de libertad de cualquier naturaleza quedará extinguida en función de la duración temporal máxima de ésta. Será ese cómputo temporal el que nos venga a fijar el momento a partir del cual la acción penal ha de considerarse extinguida. Como se ha dicho, el parámetro de cuantificación temporal será la pena legalmente prevista considerada en abstracto, sin atender a las posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad en el caso concreto. No obstante, con el objeto de evitar situaciones de injusticia material, se viene a fijar un marco temporal máximo y mínimo para la operatividad de la prescripción. De esta manera, y con independencia de la pena prevista, la ley impone que ese plazo no excederá de diez años, ni será inferior a tres.

2) La persecución de los delitos sancionados únicamente con penas no privativas de libertad, sea multa, prestación de trabajo de utilidad pública o inhabilitación

absoluta o especial,²⁰⁵ prescribirá a los tres años. Se utiliza así el criterio de la naturaleza de la pena, y no el de su duración, que a estos efectos puede considerarse irrelevante.

3) En el caso de la persecución de las faltas el plazo de prescripción es bastante menor, pues en consonancia con la menor trascendencia que para el interés público adquieren esas conductas queda reducido a un año. Se homogeneiza de esta forma el plazo extintivo por prescripción en el caso de todas las faltas, a pesar de que las penas a imponer pudieran ser de diversa naturaleza o duración.

El conocimiento de la aplicabilidad de uno u otro plazo pasa por la realización de una calificación jurídica previa de la conducta de que se trate, con el fin de incardinarla en alguno de los bloques descritos. Podemos poner en cuestión por tanto qué es lo que ocurriría si esa calificación se modificara posteriormente y cómo operarían con respecto a la nueva calificación esas modificaciones. A nuestro juicio, una vez declarada la extinción por prescripción, la acción penal no podrá proponerse ya por el mismo hecho, aun calificado como delito a que corresponda un término de prescripción más largo.²⁰⁶ Por el contrario, perseguido inicialmente un hecho como constitutivo de delito al que la ley señale una pena privativa de libertad, si esa calificación varía a la baja para entenderse que constituye un delito con asignación de pena de otra naturaleza o una falta, serán los plazos más cortos correspondientes a estas conductas los que entrarán en juego.

b) Supuestos de imprescriptibilidad del ejercicio de la acción penal

El último párrafo del precepto alude a la imprescriptibilidad del ejercicio de determinadas pretensiones penales, estableciendo así unas razonables excepciones al *tempus omnia vincit* que vienen determinadas por la gravedad de algunas conductas cuya persecución no deberá obviarse jamás en atención a su terrible lesividad. Nos referimos a los delitos de tortura,²⁰⁷ a los actos de terrorismo, secuestro o genocidio, a la violación de las leyes o costumbres de guerra, a la desaparición forzada de personas, o a la persecución política, ideológica, racial o por motivos de sexo o religión. Razones de política criminal abogan porque en estos casos el mero transcurso de un lapso temporal no pueda ser considerado suficiente como para impedir la aplicación de la norma penal con toda su intensidad a unas conductas verdaderamente traumáticas para la sociedad en su conjunto. En tales supuestos el ánimo del legislador se dirige hacia

205 Una vez más ha de recordarse que a pesar de que la inhabilitación sea con carácter general una pena accesoria, podrá ser también impuesta como principal (vid. art. 46 CP), lo que permite utilizar su duración como criterio distintivo para entender prescrita la acción penal.

206 Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...*, op. cit. T. II, p. 313.

207 Al respecto corresponde aludir a la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985, con entrada en vigor el 28 de febrero de 1987. El Estado salvadoreño la suscribió el 16 de octubre de 1987 y realizó el oportuno depósito del instrumento de ratificación el 5 de diciembre de 1994.

determinados fenómenos criminales que se reputan especialmente dañosos antes que hechos delictivos concretos, por lo que la nota de imprescriptibilidad, que no es aplicable a otras conductas que, en ocasiones, pueden ser aún más graves que alguna de las previstas, nos viene a determinar una voluntad expresa de no olvidarlas por el mero paso del tiempo.

Concordancias: art. 242 Cn; arts. 31.4 CPP; arts. 96.3 y 99 a 103 CP.

Comienzo de la Prescripción.

Art. 35.- El tiempo de la prescripción de la acción penal comenzará a contarse:

- 1) Para los delitos perfectos o consumados, desde el día de su consumación;
- 2) Para los delitos imperfectos o tentados, desde el día en que se realizó el último acto de ejecución;
- 3) Para los delitos continuados, desde el día en que se realizó la última acción u omisión delictuosa; y,
- 4) Para los delitos permanentes, desde el día en que cese la ejecución.

Comentario: El precepto viene a señalar el momento *a quo* para el inicio del cómputo de los plazos extintivos, con lo que puede ser considerado un complemento a lo previsto en el artículo precedente. Desde el punto de vista procesal no ofrece particulares dificultades interpretativas y, de hecho, puede ser considerado sin género de dudas como una norma de carácter material. La ausencia de una previsión en el CP con respecto a la prescripción del delito nos lleva a concluir que es principalmente a ésta y no a la de la acción penal a la que se está aludiendo en este precepto, a pesar de que se contenga en un código procesal.

Para determinar el momento inicial a partir del cual podrá comenzar el cómputo de la prescripción habrá de tomarse en cuenta la consumación o no de la comisión delictiva, así como la forma y el desarrollo temporal de los hechos de que se trate. Se establece así en primer lugar que en los delitos perfectos o consumados, el plazo de prescripción comenzará desde el mismo día en que la consumación haya tenido lugar, con independencia de la realización o no de alguna actividad procesal de averiguación de los hechos o de la identidad del delincuente. En el caso de los delitos imperfectos o en grado de tentativa a los que alude el art. 24 CP, tal plazo comenzará el día en que se realizara el último acto de ejecución dirigido a la comisión delictiva trunca. En función del delito de que se trate podremos encontrarnos con una pluralidad de actos diversos pero, una vez comenzada la práctica de actos tendentes a la ejecución de algún ilícito penal, será el último de ellos el que marque la pauta. A estos efectos será indiferente el motivo por el cual no ha podido consumarse el delito, y si éste tiene

• Comentado por el Dr. J. PÉREZ GIL, Prof. Titular de D. Procesal de la Universidad de Burgos, España.



relación con una actividad de investigación, sino bastará con que se produzcan por causas extrañas al agente.

Los delitos continuados a los que se refiere el art. 42 CP,²⁰⁸ en tanto aluden a una comisión reiterada en el tiempo, podrían inducir a confusión si trataran de insertarse en alguno de los dos números anteriores. De ahí que el legislador fije el *dies a quo* para el inicio del plazo de prescripción en el día en que se realizara la última acción u omisión delictuosa de todas las que vienen a configurar tales conductas como un delito continuado. El precepto termina aludiendo a los delitos permanentes, conductas en las cuales la comisión se prolonga en el tiempo sin solución de continuidad, supuestos para el que el momento inicial será el día en que cese la ejecución. Una vez más nos referimos a una situación de carácter objetivo: bastará con que las acciones u omisiones que configuran el delito dejen de ejecutarse, sin considerar el motivo por el que esto haya ocurrido, para que podamos entender que comienza a operar la prescripción.

No debe olvidarse que a efectos del plazo de la prescripción existe una excepción relativa a los delitos y faltas oficiales, es decir aquellos cuya estructura típica requiere del sujeto activo la cualidad específica de ser funcionario o empleado público (art. 22 CP). En estos supuestos, y en previsión que mediante su actividad oficial pudiera entorpecer o directamente impedir la adecuada persecución de los delitos, el plazo de la prescripción sólo comenzará a transcurrir desde que el funcionario presunto culpable hubiera cesado en sus funciones (art. 242 Cn).

Concordancias: art. 242 Cn; arts. 34 CPP arts. 12, 24,42 y 100 CP .

Prescripción durante el Procedimiento

Art. 36.- DEROGADO. (5)

Derogado por el D.L. N° 665 de 22 de julio de 1999, n° 157, Tomo n° 344, del 26 de agosto de 1999.

Suspensión.

Art. 37.- El término de la prescripción se suspenderá:

- 1) Cuando en virtud de una disposición constitucional o legal, la persecución penal no pueda ser promovida o proseguida; esta disposición no regirá cuando el hecho no pueda ser perseguido porque falta la instancia particular;

208 Estaremos ante un delito continuado cuando con dos o más acciones u omisiones reveladoras del mismo propósito criminal y aprovechándose el agente de condiciones similares de tiempo, lugar y manera de ejecución, se cometen varias infracciones de la misma disposición legal que protege un mismo bien jurídico, aun cuando no fueren de distinta gravedad. La excepción viene constituida por los delitos de homicidio y lesiones, en los que no existirá delito continuado (art. 42 CP). A la penalidad de estas conductas alude el art. 72 CP.

- 2) En los casos de delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso de su función, mientras cualquiera de quienes hayan participado siga desempeñando la función pública;
- 3) En los delitos relativos al sistema constitucional, cuando haya ruptura del orden institucional, hasta su restablecimiento;
- 4) Mientras dure, en el extranjero, el trámite de extradición;
- 5) Durante el plazo de prueba cuando se suspenda la persecución penal;
- 6) Cuando se haya suspendido la persecución penal en los casos del Art. 20 del presente Código; y,
- 7) Cuando se haya suspendido la persecución penal por incapacidad sobreviniente.

Terminada la causa de la suspensión, la prescripción seguirá su curso.

Comentario: La idónea comprensión del precepto pasa en primer lugar por la interpretación de su último inciso, en tanto en él se contiene el significado de la suspensión de la prescripción, que además servirá para establecer las diferencias existentes con la interrupción en el artículo siguiente. El sentido de la suspensión de la prescripción alude a que, en presencia de alguna de las causas aquí descritas, el plazo correspondiente, fijado en atención a los criterios del art. 34 CPP, dejará de computarse momentáneamente. Esa paralización temporal determina que los términos establecidos tendrán que contarse en dos plazos diversos: antes de la concurrencia de cualquiera de las causas y después de que se hayan resuelto en función de su contenido, debiéndose sumar ambos datos para poder completar el plazo prescriptivo.

Las causas contempladas para la suspensión del plazo son las siguientes:

1) La existencia de un impedimento procesal inserto en una disposición constitucional o legal, que determine la imposibilidad de promover o proseguir la persecución penal. Es el caso, por ejemplo, de la persecución de los delitos graves presuntamente cometidos por Diputados desde el día de su elección hasta el fin de su mandato, la cual está vetada por el art. 238 Cn a no ser que la Asamblea Legislativa declare previamente que hay lugar a la formación de causa.

No obstante, el presupuesto procesal de la instancia particular en los delitos perseguibles únicamente mediante ella quedará excluido de lo aquí previsto. De esta forma, la falta de la iniciativa de parte no operará efecto alguno en relación con la prescripción.

2) Como garantía frente a posibles abusos de poder o a una ilegítima utilización de éste, en los casos de delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso de su

• Comentado por el Dr. J. PÉREZ GIL, Prof. Titular de D. Procesal de la Universidad de Burgos, España.



función, el plazo de prescripción se encontrará suspendido mientras cualquiera de quienes hayan participado siga desempeñando la función pública. Se completa y se especifica de esta forma la previsión del art. 242 Cn a la que se aludió *supra*.

3) También como garantía, pero en este caso frente a posibles declaraciones espurias tendentes a la impunidad aprovechando momentos de turbulencia política o social, la ley establece también una norma relativa a la suspensión del plazo prescriptivo en el caso de delitos relativos al sistema constitucional cuando haya ruptura del orden institucional. Mientras dure tal situación de quiebra del sistema, el plazo habrá de entenderse suspendido, para volver a poder retomarse el cómputo una vez restablecido aquél.

4) La elusión de la acción de la justicia mediante el traslado del presunto culpable a un país extranjero intenta evitarse en la medida de lo posible dificultando la prescripción de tales delitos o de la posibilidad de su persecución. De esta forma, la duración en el extranjero del trámite de extradición no integrará el plazo prescriptivo, por lo que aun en presencia de indebidas dilaciones o de un largo periodo de tiempo para su tramitación, no se producirá el efecto de consumir el oportuno plazo.

5) El plazo de prueba que posibilita el art. 23 CPP puede determinar la suspensión temporal de la persecución penal durante el transcurso de aquél, que no será inferior a un año ni superior a cuatro. En tales supuestos se pretende que el otorgamiento de tal plazo no surta efectos prescriptivos sobre la posible persecución en caso de incumplimiento por parte del imputado de lo resuelto.

6) La suspensión de la persecución penal en los casos del art. 20 CPP en aplicación de criterios de oportunidad en el ejercicio de ésta, tampoco podrá erigirse en una ventaja para el imputado al objeto de que transcurra el plazo de prescripción. Aquella suspensión tendrá como efecto directo la suspensión también del término, impidiendo su posible utilización para impedir la persecución en un momento posterior.

7) El art. 90 CPP prevé la suspensión de la persecución penal por incapacidad sobrevenida derivada de una enfermedad mental que excluya la capacidad de entender o de querer del imputado. Previo dictamen pericial el Juez o Tribunal podrá ordenar la suspensión del trámite hasta que desaparezca la incapacidad, impidiendo la declaración indagatoria y el juicio. Aun cuando el Juez o Tribunal deberá estar oportunamente informado sobre la salud mental del sujeto a través de un informe semestral o de los exámenes que se le realicen de hallarse internado provisionalmente, podría darse la circunstancia de que la prescripción operara en ese lapso de tiempo. Con el fin de evitarlo, una vez declarada la suspensión de la persecución y en tanto se reanude cuando el sujeto recupere su plena capacidad, el plazo prescriptivo habrá de entenderse también suspendido.

Concordancias: arts. 34, 38.

Interrupción.

Art. 38.- La prescripción se interrumpirá:

- 1) Por la declaratoria de rebeldía del imputado; y,
- 2) Por la sentencia condenatoria aún no firme y que se haya recurrido en casación.

Desaparecida la causa de interrupción, el plazo comenzará a correr íntegramente.

Comentario: Nuevamente nos habremos de fijar en el último inciso del precepto al objeto de conocer el sentido de las previsiones en este caso sobre la interrupción de la prescripción. Se distingue ésta de la suspensión en que, dada alguna de las causas legalmente previstas, el cómputo del plazo correspondiente no quedará en suspenso, sino que tendrá que iniciarse de nuevo como si no se hubiera consumido en absoluto con anterioridad. El tiempo transcurrido desde la presunta comisión delictiva hasta el momento en que concurre alguna de las causas de este precepto no computará a efectos de prescripción. Será a partir del momento en que concurra alguna de las dos circunstancias descritas cuando se inicie de nuevo el plazo, debiéndose reiniciar en su caso el cómputo temporal íntegramente en los términos del art. 34 CPP. El sentido del precepto será, por tanto, el establecimiento de excepciones a lo previsto en el art. 35 CPP, en el que se determina el inicio del tiempo de prescripción de la acción penal.

Los supuestos a los que alude la ley como causas de interrupción de la prescripción son únicamente los dos siguientes:

1) La declaratoria de rebeldía del imputado, lo cual nos obliga a remitirnos a los artículos 91 a 94 CPP en los que se regula la contumacia en el proceso penal salvadoreño. No habiendo comparecido el imputado a una citación judicial sin alegar justa causa, habiéndose fugado del lugar donde se halle detenido o ausentado del asignado para su residencia podrá ser judicialmente declarada la rebeldía, momento a partir del cual el plazo de prescripción quedará inmediatamente interrumpido. No será por tanto el dato fáctico de la ausencia del imputado o la circunstancia de no encontrarse el imputado a disposición del órgano jurisdiccional el que determine el momento inicial de interrupción de la prescripción, sino que se requerirá formalmente la existencia de la declaratoria judicial de rebeldía a la que alude el art. 92 CPP. Satisfecho ese requisito, el plazo prescriptivo dejará de contar en tanto subsista la rebeldía.

Corresponde plantearse también cuándo podrá entenderse “desaparecida la causa de interrupción”, en tanto será éste el momento a partir del cual el plazo comenzará a correr íntegramente según lo dispuesto en el último inciso del precepto. La respuesta viene determinada por la propia naturaleza de la rebeldía: desaparecerá ésta una vez

• Comentado por el Dr. J. PÉREZ GIL, Prof. Titular de D. Procesal de la Universidad de Burgos, España.



comparecido el rebelde a presencia judicial, bien sea por propia voluntad con o sin alegación de causa justificada, bien sea por haber sido hallado como consecuencia de la orden de captura que en su caso se pudo expedir.

La finalidad de esta previsión parece ir encaminada a impedir que un sospechoso de haber cometido alguna acción delictiva pueda obtener ventajas en términos de prescripción sustrayéndose de la acción persecutoria de la justicia, aprovechando el que el paso del tiempo le pueda proporcionar una vía de escape para no responder de sus actos. Es plenamente comprensible, por tanto, que en esta situación no se suspenda el curso de la instrucción, de forma que no existirá inconveniente en proseguir toda la actividad encaminada al enjuiciamiento del sospechoso (art. 93 CPP).

Debemos plantearnos, sin embargo, un problema que, en tanto subsista la vigente regulación, deberá resolverse en contemplación conjunta de la totalidad de los preceptos relativos a la prescripción y aplicando los órganos jurisdiccionales buenas dosis de creatividad. Nos referimos a los riesgos que supone el hecho de que la interrupción del plazo prescriptivo en caso de declaratoria de rebeldía no se vea sometida legalmente a límite alguno. Es perfectamente posible que, expedida una declaratoria de rebeldía, el imputado ni comparezca ni sea habido durante un largo periodo de tiempo, bien por una voluntad manifiesta de sustraerse de la persecución, bien por mero desconocimiento de que se sigue una causa contra él. En tales casos podríamos encontrarnos con pretensiones penales que *de facto* no prescribirían nunca,²⁰⁹ o bien con unos plazos de prescripción que pudieran ser totalmente desproporcionados y por ende materialmente injustos, lo cual no parece corresponderse con la voluntad del legislador. Entendemos, por tanto, que se hubiera debido establecer un límite temporal máximo, a partir del cual, el plazo de la prescripción pudiera volver a correr íntegramente.

2) Por una sentencia condenatoria que aún no haya adquirido firmeza por haber sido recurrida en casación.²¹⁰ En tales supuestos, para cuyo detenido análisis habremos de tener en cuenta los arts. 421 y ss., se pretende evitar que posibles dilaciones en la resolución del recurso puedan ocasionar la prescripción e impedir consecuentemente la persecución de tales conductas. En estos supuestos el último párrafo del precepto ("*desaparecida la causa de interrupción...*"), parece aludir a la adquisición de firmeza de la resolución jurisdiccional de que se trate por desistimiento del recurso correspondiente.²¹¹

209 Recuérdese que las acciones penales imprescriptibles son únicamente las contempladas en el último párrafo del art. 34 CPP.

210 Obsérvese que la utilización de otros medios impugnativos (apelación, revisión) no generará interrupción de la prescripción en los términos aquí descritos.

211 En relación con el desistimiento de los recursos vid. art. 412 CPP.

Concordancias. Art. 91, 92, 93, 94 CPP. 91 y ss. (rebeldía), 421 y ss. (casación) CPP.

Efectos.

Art. 39.- La prescripción correrá, se suspenderá o interrumpirá en forma individualizada para cada uno de los partícipes en el delito.

Comentario• Con este precepto se pone fin al bloque que el CPP dedica a la prescripción tanto de la acción penal como del delito. Estableciendo efectos individualizados para cada uno de los partícipes en el delito, el legislador asume que las causas de suspensión o interrupción del plazo de prescripción pueden operar de forma muy diversa en relación con unos u otros sujetos. Las vicisitudes por las que puede atravesar la persecución estarán en función lógicamente de cada una de las personas y aunque, con carácter general, puedan seguir caminos muy paralelos, tampoco será esto imprescindible.

A nuestro juicio el precepto está pensando antes en la prescripción del delito que en la de la acción penal, aun cuando sean, como se ha visto, cuestiones íntimamente conexas. Si realizamos esa afirmación es porque la dicción del artículo parece ir encaminada a perseverar en la garantía de individualización y personalización de la responsabilidad penal. Diferente será, como veremos, lo que ocurre con la unidad de la acción penal tal y como desvelan los dos siguientes artículos, así como el 27, todos ellos del CPP.

Revocatoria de la Instancia Particular

Art. 40.- La instancia particular podrá ser revocada por la víctima, su representante legal o tutor, hasta antes de la vista pública.

El representante o tutor de un menor o incapaz no revocará la instancia sin autorización del juez.

La revocación de la instancia particular se extenderá a todos los partícipes en el hecho punible.

Comentario• El presupuesto procesal constituido por la iniciativa de particulares no quedará íntegramente satisfecho por la mera manifestación de la víctima en este sentido, sino que se puede ver sometido a resolución cuando ésta lo desee. El motivo por el que el legislador la ha incluido parece apuntar al deseo de que en este tipo de delitos cuyo catálogo, no lo olvidemos, contiene conductas graves, el proceso

-
- Comentado por el Dr. J. PÉREZ GIL, Prof. Titular de D. Procesal de la Universidad de Burgos, España.
 - Comentado por el Dr. J. PÉREZ GIL, Prof. Titular de D. Procesal de la Universidad de Burgos, España.

penal no se desprenda del todo del control por las personas a quienes se asignó en el inicio del proceso la facultad de iniciativa procesal.

La voluntad de la víctima tiene así un papel fundamental en el desarrollo de las actuaciones, pues en cualquier momento del proceso podrá instar la revocación de la autorización para proceder, originando así la extinción de la acción penal en virtud del n° 8 del art. 31 CPP., y requiriendo por consiguiente la finalización inmediata del proceso una vez conste fehacientemente la revocatoria manifestada idóneamente en tiempo y forma.

Llama la atención esta posibilidad, apta para desarbolar la actividad persecutoria llevada a cabo por parte no sólo de particulares, sino fundamentalmente de los órganos públicos encargados de ella, en tanto dada una revocatoria será perceptible que aquella actividad habrá devenido absolutamente inútil. Con ello y de alguna forma se estará desincentivando la idónea actividad por parte de los órganos estatales de persecución, en particular la Fiscalía, de conductas delictivas que requieran previa instancia de particular, en tanto sobre ellos pesará la incertidumbre que acarrea la posibilidad de revocarla en cualquier momento. De ahí que entendamos que en los supuestos de revocatoria hubiera sido conveniente la autorización por parte de la Fiscalía, algo que, sin embargo, no se encuentra en la ley.

En cuanto se refiere a los sujetos legitimados para la revocación, la ley se refiere a la víctima, su representante legal o tutor, una vez más sin llegar a distinguir entre legitimación y representación procesal como mecanismo para suplir el defecto de capacidad de los sujetos que no pueden realizar válidamente actos procesales. Pero lógicamente la legitimación corresponderá en cualquier caso a la víctima (a quien se asigna igualmente la legitimación para que se pueda promover la persecución), pero de no gozar de la plenitud de los derechos civiles por ser menor de edad o haber sido incapacitado, tendrá que ser necesariamente su representante legal o tutor quien haga valer procesalmente aquella facultad.

Cuestión diversa es que en los supuestos de representación procesal de menores o incapaces requiera el 2º párrafo de este precepto, con buen criterio y como garantía frente a posibles revocaciones injustificadas o injustificables, que el juez autorice expresamente la revocatoria. El sentido del precepto ha de buscarse en la prevención frente a los graves efectos que ésta origina (extinción de la acción penal), asignando a un órgano jurisdiccional la misión de velar por su idoneidad. Pudierámos cuestionarnos si con esta autorización estarían irrumpiendo elementos inquisitivos en el proceso penal, al asignar al órgano jurisdiccional facultades de control sobre la acusación. Sin embargo a nuestro juicio es claro que ello no es así, por cuanto no es que el juez acuse directamente sino que únicamente verificará la fiabilidad de la revocatoria instada por los representantes procesales de la víctima. De negar el juez la autorización, el proceso seguirá su curso pues, como se ha visto, la posición activa de la víctima tras haber otorgado su autorización no es imprescindible por cuanto la Fiscalía deberá desempeñar adecuadamente tal función.

Sin fijar un momento determinado para la posible revocación de la instancia de particular, el CPP sí establece el punto preclusivo para ella, cifrándolo en el momento anterior al comienzo de la vista pública. Cualquier trámite previo a ésta podrá dar ocasión para realizar la actividad revocatoria la cual, eso sí, deberá realizarse de forma expresa sin dejar lugar a equívocos. Una vez más habrá de advertirse que la trascendencia de sus efectos determinará el que deba verse rodeada de garantías, por lo que sería inadmisibles entenderla realizada tácitamente.

El último párrafo del precepto alude a un aspecto ya abordado en el comentario al art. 27 CPP: la obligación de que la revocatoria de la instancia de particular se extienda por igual a todos los partícipes en la acción delictiva, sin que la víctima pueda determinar mediante una selección los sujetos frente a los cuales la persecución decae o continúa. Tal y como se advirtió entonces, a donde debemos remitirnos en este momento, los legitimados para formular la “instancia particular” podrán cerrar el paso a la persecución en sí misma, pero si su decisión es la contraria, no estarán facultados para delimitarla subjetivamente.

Lo expuesto hasta aquí nos lleva a concluir que la nota de irrevocabilidad o irretractabilidad de la acción penal puede considerarse en entredicho en los delitos dependientes de instancia particular, supuesto en el que como vemos, una vez revocada la voluntad de persecución por la víctima, quedará extinguida la posibilidad de realizar cualquier actuación procesal contra el presunto autor. Se trata de una opción arriesgada y susceptible de ser utilizada espuriamente en contra de la víctima, la cual podrá verse sometida a presión para que emita su voluntad revocatoria sin que en ocasiones pueda llegar a controlarse o atajarse su existencia.

Concordancias. Art. 26 CPP. Arts. 26, 27, 31.8 CPP.

Renuncia y Abandono de la Acción Privada.

Art. 41.- La renuncia o desistimiento de la acción privada sólo aprovechará a aquellos partícipes respecto de quienes ella se refiere expresamente. Si no menciona a persona alguna, se debe entender que se extenderá a todos los partícipes en el hecho punible.

El abandono de la acusación extinguirá la acción respecto de todos los imputados que hayan participado del procedimiento.

Comentario: El artículo alude a las repercusiones que podrá tener la utilización por su titular de las facultades dispositivas sobre la pretensión penal en los procedimientos por delitos perseguibles mediante “acción privada”. El CPP distingue dos

• Comentado por el Dr. J. PÉREZ GIL, Prof. Titular de D. Procesal de la Universidad de Burgos, España.

supuestos en los que será esto posible, asignándoles consecuencias diversas y para cuyo análisis habrán de tenerse en cuenta los artículos 103 a 105 reguladores del desistimiento y el abandono de la querella así como sus respectivos efectos. La contemplación conjunta de este precepto con aquellos otros nos permite arrojar luz sobre el alcance de lo pretendido por el legislador:

a) La renuncia o desistimiento de la querella requiere una manifestación expresa por parte del querellante, la cual por otra parte, podrá realizarse en cualquier momento del proceso.²¹² Implica pues una conducta activa, expresamente dirigida a producir consecuencias y efectos sobre el proceso, tanto sobre la ostentación de la condición de participante en este por el querellante, como de la propia prosecución de éste si se trata de un delito perseguible únicamente mediante acción privada. Este último es el supuesto regulado por este precepto.

En tanto acto expreso del querellante, realizado en virtud del principio dispositivo que preside este tipo de procedimientos, será él mismo quien esté facultado para determinar los sujetos frente a los que dirige su acusación. El acto procesal a través del que se haga constar el desistimiento o la renuncia deberá designar por tanto a quiénes aprovechará la renuncia. En caso contrario y en virtud del principio de unidad de la acción, la renuncia abarcará a todas las personas frente a las cuales se estuviera desarrollando la actividad de persecución.

b) El abandono de la querella, a diferencia de la renuncia o desistimiento, se producirá como consecuencia de la pasividad -voluntaria o no- del acusador particular, sin que requiera una declaración expresa en ese sentido. Basta el cumplimiento de alguno de los supuestos del art. 104 CPP para que el abandono pueda ser declarado judicialmente bien de oficio, bien a instancia de parte, originando la exclusión del proceso del actor y pudiendo determinar su finalización cuando aquél se sostuviera únicamente por la mera actividad del querellante (tal y como ocurre en los delitos perseguibles únicamente mediante acción privada).

En estos casos y en consonancia con la unidad de la acción, el abandono se entiende legalmente referido a la totalidad de los sospechosos de participar en la comisión delictiva. La inexistencia de una declaración expresa por parte del actor impide la delimitación subjetiva de su voluntad persecutoria, por lo que legalmente se equipara a estos efectos a todos los querellados.

Concordancias. Arts. 28, 31.9, 103, 104, 105, 404 CPP.

212 Habrán de ser advertidas las diferencias, no expresamente plasmadas en la ley, entre renuncia y desistimiento, de las cuales sólo cabe hablar tratándose de este tipo de pretensiones penales tan cercanas a las de naturaleza civil donde el carácter dispositivo ocupa un papel relevante. Mientras que en la renuncia habrá un reconocimiento implícito por parte del actor de carecer absolutamente de razón en el fondo del asunto, en el desistimiento lo que hay es un apartamiento voluntario del proceso que puede originar la finalización de éste, pero sin que la cuestión planteada quede resuelta.

CAPITULO II

ACCION CIVIL²¹³

Acción Civil.

Art. 42.- La acción civil se ejercerá por regla general dentro del proceso penal, contra los partícipes del delito y en su caso contra el civilmente responsable.

Civilmente responsable será la persona que de acuerdo con el Código Penal deba responder por el imputado de los daños y perjuicios causados por el delito.

Comentario.²¹⁴

1. Se decanta el legislador por acumular al objeto propio del enjuiciamiento penal las consecuencias civiles derivadas del hecho ilícito en que consiste el delito. Dicho de otro modo, el ilícito penal puede (art. 116 CP), producir un resultado antijurídico cuyos efectos son susceptibles de ser neutralizados mediante una reparación social consistente en la punición y/o mediante una reparación privada que puede radicar en la restitución y/o en el resarcimiento del daño; ambas pueden ser tema exclusivo, excluido o permitido en el proceso penal.

El CPP toma partido entre las alternativas al ejercicio necesariamente conjunto de la pretensión penal y la civil, al de su exigido planteamiento separado ante las respectivas jurisdicciones o al de su permitida acumulación heterogénea en el proceso penal partiendo de la conexión existente entre ambas pretensiones.

Es conocido que los tres sistemas presentan ventajas e inconvenientes. El de la separación de juicios partiendo de la diversidad de fines de cada uno es el que ha venido predominando en los países anglosajones, correspondiente a la diferente estructura y principios informantes en cada jurisdicción (civil o penal). El de la unificación, vigente sobre todo en Francia, Italia, España, permite el ejercicio de la acción civil en sede criminal al considerar la unidad fáctica de la que derivan ambas responsabilidades (civil y criminal) y por ende que debe ser el mismo juicio en el que se examinen o juzguen contemporáneamente, en respuesta no ya a una sola exigencia de economía procesal y de eficacia sino fundamentalmente a que supone el respeto al principio de unidad jurisdiccional.

El sistema de la unificación es criticado por no comportar la economía que debería caracterizarlo, ya que el aseguramiento del daño se presenta difícil y su determinación procesal penal complica y prolonga excesivamente el juicio criminal, razones

213 Los comentarios a los preceptos de este Capítulo II han sido realizados por el prof. Dr. D. Ernesto Pedraz Penalva, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid

214 Estos comentarios relativos a las consecuencias civiles del delito pueden ampliarse en mi obra, *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Madrid, 1985, *passim*.



por las que el juez penal difiere a veces la determinación del órgano jurisdiccional civil circunscribiéndose a decidir sólo el *an debeatur*. Únese a ello el que la iniciativa probatoria judicial en lo penal, unida a su libertad de apreciación de los resultados probatorios y para fijar el *quantum* de la reparación, tanto puede favorecer como perjudicar a la víctima. Asimismo es factible que preocupado el juez por la reparación del daño se desentienda de la pretensión penal y por tanto del castigo del culpable o bien tienda a agravar la sanción penal a imponer al acusado, a fin de posibilitar la exacción de la responsabilidad civil y por consiguiente la reparación de los daños originados por el ilícito penal, resultando en ambos casos desvirtuado el fin primordial del enjuiciamiento criminal.

El sistema de la separación que encuentra su razón de ser en la peculiaridad de cada proceso, en función de las particularidades y naturaleza de la respectiva pretensión, ha sido objeto también de crítica. Partiendo de que la *cognitio* del juez penal -centrada en el afirmado hecho punible- y la del juez civil -circunscrita a los daños derivados del ilícito que constituye la infracción penal- tienen un punto común, constituido por un mismo objeto que sería el ilícito del que nace el penal y el civil, cabe que recaigan pronunciamientos contradictorios que repugnan a la unidad jurisdiccional. Además la prevalencia del tratamiento penal del hecho afirmado -si se quiere, expresión de la prioridad jurisdiccional penal²¹⁵ - impone generalmente la supeditación del enjuiciamiento civil que se subordinaría a la conclusión del proceso criminal.

Acaso para evitar los excesivos problemas de uno y otro sistema se ha previsto la acumulación de ambos objetos pero permitiendo su separado tratamiento cuando mediare reserva expresa.

El legislador salvadoreño ha adoptado el sistema de ejercicio acumulado, atribuyéndolo de modo automático al Ministerio Fiscal en los delitos públicos, quien sostendrá ambas pretensiones haya o no en la causa querellante particular que formule asimismo la acción civil, a no ser que conste la renuncia expresa del perjudicado u ofendido o de su representante.

2. La responsabilidad civil abarca, a tenor del art. 115 CP, la restitución de la cosa, la reparación del daño, la indemnización de los perjuicios y el abono de las costas procesales.²¹⁶

3. Civilmente responsables serán, ante todo, los intervinientes en la comisión del delito (art. 116 CP) con carácter solidario (art. 118 CP) como también las empresas

215 En respuesta al interés general que preside el ejercicio del *ius persequendi* y el del consecuente *ius puniendi*

216 Con mayor amplitud trato este punto en mi monografía citada, *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, cit, pp.31 y ss.

que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias (art. 116 párrafo segundo CP) y, en su caso, subsidiariamente los que designa el código penal (arts. 42 II CPP y 119 y sigs. CP).²¹⁷

Formas de Ejercitarla.

Art. 43.- En los delitos de acción pública, la acción civil contra los partícipes del delito será ejercida conjuntamente con la acción penal. Sin perjuicio de que pueda intentarse ante los tribunales civiles o mercantiles, pero no se podrá promover simultáneamente en ambas competencias.

La Fiscalía General de la República ejercerá la acción civil en el respectivo requerimiento; pero si el ofendido o su representante legal ejerciere la acción penal por medio de querella, se entenderá que también ejerce la acción civil a menos que expresamente renunciare a ella. En el caso de renuncia expresa de la acción civil por el querellante sólo se podrá ejercer la acción penal.

Comentario 1. Tratándose de delitos públicos el fiscal asume tanto la acusación como el ejercicio de la acción civil. Su formulación procede incluso aunque haya en la causa querellante particular que también lleve a cabo el conjunto ejercicio de ambas pretensiones.

Habida cuenta de la dispositividad de la pretensión civil, procede su renuncia por el ofendido o perjudicado por el delito, renuncia que vincula al Ministerio fiscal que, en ese caso, se limitará a ejercitar la acusación.

En el inciso final del apartado primero se contempla el ejercicio separado de la acción civil y así, el que conozcan los tribunales penales de la penal y los civiles y mercantiles de la civil. Única condición es que no se suscite simultáneamente luego habrá de esperarse al término del juicio criminal para formular la pretensión civil. Nada se dice de la necesidad de formular reserva expresa como condición para tal ejercicio separado pero habrá de entenderse imprescindible puesto que caso contrario el MF la ejercitará simultáneamente, no estando dispensado de tal deber salvo renuncia expresa. Por tanto el planteamiento separado únicamente se admitirá si ha habido reserva expresa por el perjudicado u ofendido, lo mismo que en la hipótesis de la renuncia.

2. La referencia al ofendido o su representante legal debe reconducirse a la víctima según se fija en los arts. 12 y 13 de este CPP, pero excluyendo a aquéllos contemplados en el número 4) y eventualmente también los del número 3) salvo que afirme y en su momento acredite que los daños y perjuicios producidos por el delito han afecta-

217 «In extenso», *Las medidas cautelares reales en...*, cit, pp.42 y sigs.



do a su persona o patrimonio o a los de las personas indicadas en el número 2) del mencionado art. 12 en cuyo nombre actúen. La razón de esta inteligencia radica en que tienen que ser propios los daños o perjuicios pues únicamente cabe disponer del propio derecho, renunciando en su caso a la satisfacción del mismo.

Creo que la no coincidencia entre ofendido y víctima según pongo de manifiesto sugiere la necesidad de revisar al menos la extensión de éste término tal y como aparece en el art. 12 CPP.

Ejercicio en los Delitos de Acción Privada.

Art. 44.- En los delitos de acción privada podrá ejercitarse la acción civil conjuntamente con la penal, o sólo aquella en la jurisdicción civil o mercantil. En el último caso la acción penal se tendrá por renunciada.

Comentario. Para el legislador tratándose de infracciones privadas es admisible el ejercicio conjunto de las pretensiones civil y penal. Si se quiere deducir la civil, su ejercicio ante el correspondiente orden jurisdiccional provocará el que se tenga por renunciada la acción penal, luego se permite lógicamente el ejercicio primero de la civil lo que determinará la renuncia implícita de la penal.

Entiendo que tal alternativa: ejercicio conjunto de ambas pretensiones en sede criminal o ejercicio sólo de la civil ante la jurisdicción civil o mercantil excluye la posibilidad de plantear en exclusiva la pretensión penal y así de renunciar a la civil.

Extinción de la Acción Civil.

Art. 45.- La acción civil se extingue:

- 1) Por renuncia expresa del ofendido o de su representante legal;
- 2) Por sobreseimiento definitivo salvo que éste se pronuncie por alguna de las siguientes causas:
 - a) Inimputabilidad;
 - b) Excusa absolutoria, cuando no se refiera a la responsabilidad civil;
 - c) Muerte del procesado;
 - d) Amnistía, cuando el decreto que la conceda deje subsistente la responsabilidad civil;
 - e) Prescripción de la acción penal;
 - f) Aplicación de un criterio de oportunidad; y,
 - g) Revocatoria de la instancia particular.
- 3) Por sentencia definitiva absolutoria, salvo en los casos siguientes:
 - a) Duda en la responsabilidad del imputado; y,
 - b) Cuando hubiere precedido veredicto absolutorio del jurado.

Comentario.

1. El legislador, en un intento de precisar cuándo y cómo se extingue la acción civil, enumera los distintos modos, aunque evidentemente existan otros no relacionados. Ante todo la extinción por antonomasia procede cuando se lleva a cabo el pago o en su caso la restitución de la cosa salvo, en este último supuesto, si además se reclamaren daños y perjuicios; también mediante compensación y por prescripción.

Desde el momento en que el responsable civil satisfaga las cantidades reclamadas por este concepto se extinguirá la acción civil. *Prima facie* es imaginable la producción de tal efecto incluso con anterioridad al proceso o, una vez iniciado, a su terminación, pero al abarcar la responsabilidad civil el abono de las costas, parece evidente que recaída sentencia condenatoria se «rehabilitaría» la acción civil para lograr su pago.

Sin entrar aquí y ahora en este problema avanzaré la singularidad que consiste en entender integrante de la responsabilidad civil a las costas, en especial cuando mediante la acusación -aun particular- se asume una función pública que por medio de la obligada intervención fiscal hace innecesaria la del querellante particular. Podría argüirse -siempre ubicados en los delitos públicos- que la acusación particular sería imprescindible en hipótesis de negligencia o inacción interesada del MP. Si la intervención particular se demostrara acertada -por medio de la sentencia condenatoria- en buena técnica las costas habrían de imputarse al condenado y subsidiariamente al Estado; si el MP formulare acusación y pese a todo el particular acudiere a deducirla junto a él, sería menester acreditar su necesidad pues caso contrario no parece que pudiese exigírsele al condenado su pago, y menos al Estado, al igual que tampoco puede pretenderse el abono en calidad de tales de aquellos gastos superfluos o innecesarios (pensemos en que existiendo facultativos en nuestro país se requiriere la intervención de alguno proveniente de otro y se solicitare que sus honorarios fueren asumidos por el condenado). También late aquí el tema de que el derecho al pago de las costas, integrantes de la responsabilidad civil, existiría sólo con el ejercicio de la acusación pública por el MF luego siempre habrá responsabilidad civil aunque renuncie el particular porque para extinguirla debería renunciar asimismo el Estado que es el titular del crédito frente al condenado. En semejante línea puede suscitarse que absuelto el acusado cabe la condena en costas del acusador particular, luego surgiría un crédito a favor del condenado constitutivo de la responsabilidad civil del querellante; igual cabría en las hipótesis en que únicamente el querellante particular acusare y el MF pudiese mantener la inocencia del inculpado, con lo que entonces también el Estado sería titular de un crédito frente al acusador particular(????). Finalmente sería menester considerar la posibilidad de que el actor civil (querellante particular o no) así como los responsables civiles gozaran de asistencia jurídica gratuita, luego ¿qué sucedería en este caso con las costas causadas?.

Prescindiendo pues del tema de las costas, se extinguiría la pretensión civil cuando aprehendida la cosa sustraída se pusiere a disposición del propietario, sin per-



juicio de que éste pudiese reclamar los daños producidos en ella, caso en que podría reclamar su importe. Asimismo producida la pérdida de la cosa también el propietario ostentaría un crédito frente al responsable civil produciéndose la novación de la primitiva obligación en otra de abono de los daños y perjuicios, pero siempre que dicha pérdida obedeciere a cualquier causa sin que con anterioridad el responsable y obligado a entregarla lo hubiese hecho. *A sensu contrario* la pérdida de la cosa provocaría la extinción de la responsabilidad civil siempre que, previamente, el responsable civil -indicado como tal en el proceso- la hubiere ofrecido al perjudicado y éste no la hubiera aceptado.

Se extinguirá la acción civil (siempre dejando al margen el tema de las costas) por compensación pero únicamente de los responsables civiles que lo sean asimismo penalmente, dado que sólo ellos son los únicos responsables principales. Es de aplicación todo lo previsto en el derecho civil respecto a la necesidad de que estemos ante créditos exigibles -por vencidos- lo que se traduciría en que la compensación no podría producirse hasta que no fuere declarada judicialmente la responsabilidad civil del imputado.

También constituye otro modo de extinción la prescripción del derecho o acción de que se trate. Sabido es que todas las cosas *intra commercium* son susceptibles de prescribir pero requiérese: el transcurso del tiempo civilmente previsto y la inacción. En nuestro derecho la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial y por cualquier acto de reconocimiento del deudor. Será menester pues jugar con los respectivos plazos de prescripción del delito y de prescripción de la acción civil como también la duración de los procesos y la determinación del hecho punible y la identidad del autor. Pensemos en que desconociendo la naturaleza penal de la conducta del deudor, que sólo a partir de un determinado momento ha provocado el proceso penal, hubiere transcurrido el tiempo civil para reclamar el pago, etc.

2. Al analizar las causas de extinción previstas en este artículo 45, sorprende la relación que hubiere fácilmente evitable reduciéndola a la de que sólo se extinguirá la acción civil cuando en el pronunciamiento penal se declare la inexistencia del hecho. Como es sabido es la única sentencia firme que vincula a cualesquiera otro juez, incluso no penal. Considerado lo dicho, me surgen dudas acerca de lo que en verdad habrá querido por tanto decir el legislador en el art. 7 de este CPP, ya analizado.

Me provoca cierta perplejidad el número 3) que exceptúa de la extinción la sentencia absolutoria que contenga «duda en la responsabilidad del imputado». Mi extrañeza es doble. De un lado, por cuanto se desconoce el juego de la presunción de inocencia, pese a su acogida en el art. 4 de este CPP, lo que sólo se explica ignorando lo que significa procesal-constitucionalmente, desconocimiento otrosí evidenciado en el art. 5 CPP sobre la «duda», distinguiendo impropia y de manera obsoleta entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. Según dije los modernos ordenamientos

procesales penales no permiten más que condenar o absolver y, en este caso, la absolución ha de ser plena no siendo de recibo modalidades o condicionantes en la absolución. De otro lado mi perplejidad se acentúa pues *mutatis mutandis* debe entenderse que si la absolución ha sido sin «duda acerca de la responsabilidad del imputado» no se extinguiría la acción civil: ¿incluso aunque absuelva por inexistencia del hecho?. Si cotejamos este número 3) con el anterior número 2) es contrariamente factible, en buena lógica y técnica procesal, extinguir la responsabilidad civil cuando el sobreseimiento sea por inexistencia del hecho (art. 308 1) CPP).

Similar razonamiento es oponible al 3) b): «Cuando hubiere precedido veredicto absolutorio del jurado». ¿No cabe que tal veredicto se funde en la inexistencia del hecho?.

Procedencia en Caso de Sobreseimiento Definitivo.

Art. 46.- Cuando en la audiencia inicial o preliminar proceda el sobreseimiento definitivo, y se trate de los casos a que se refiere el Art. 45 número 2 de este Código, el juez antes de proceder al correspondiente auto, se pronunciará sobre la responsabilidad civil.

Comentario. Me remito a lo expuesto en el artículo anterior.

Procedencia Antes del Juicio.

Art. 47.- Cuando proceda el sobreseimiento definitivo en los casos a que se refiere el Art. 45 número 2 de este Código, y se deba pronunciar después de la audiencia preliminar y hasta antes del juicio, el tribunal de sentencia antes del pronunciamiento del respectivo auto convocará a todas las partes a una audiencia señalando el día y hora para su celebración, a fin de aportar la prueba para deducir la responsabilidad civil.

Comentario. Según he dicho *supra*, el sistema de acumulación de pretensiones heterogéneas que prevalece en este código procesal penal, permite asimismo el que por virtud, entre otros, del principio de economía procesal, pueda decidirse sobre la responsabilidad patrimonial por el mismo órgano jurisdiccional de lo criminal aunque proceda decretar el sobreseimiento definitivo con base en lo previsto en ese art. 45. 2). Se ve confirmado en otros preceptos tales como en el art. 247 párrafo tercero.

Concordancias . Art. 308 CPP.



TITULO III

SUJETOS PROCESALES

CAPITULO I

TRIBUNALES

SECCION 1A.

COMPETENCIA

Comentario:

1. El art. 172 de la Cn define el contenido de la jurisdicción al disponer que la Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás Tribunales que establezcan las leyes secundarias integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil, penal mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso administrativo, así como en las otras que determina la Ley.

El contenido de la jurisdicción consiste por lo tanto en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Como dice el art. 20 del Código de Procedimientos Civiles, jurisdicción es el poder de administrar justicia conforme a la leyes. Esta potestad del estado, atributo de su soberanía, se ejerce por el Órgano Jurisdiccional, el Poder Judicial. En este sentido, en la medida que es una única potestad del estado que se ejerce por un único poder, se dice que la jurisdicción es única. El concepto de unicidad de la jurisdicción viene también ligado a la idea de igualdad de los ciudadanos a la ley que determina que todos sean enjuiciados conforme a las mismas normas y con iguales garantías y derechos. Por ello el derecho moderno rechaza las jurisdicciones especiales con distintos tribunales y derechos, atendiendo a la naturaleza de los delitos o a las cualidades de los ciudadanos enjuiciados.

2. Aun siendo la jurisdicción única, se actúa por los distintos tribunales u órganos jurisdiccionales que integran el Órgano Jurisdiccional. La pluralidad de órganos jurisdiccionales, evidentemente un solo tribunal no podría conocer todos los litigios que se planteasen en el territorio de la República ni en todas sus fases, obliga a establecer unas reglas que determinen que jueces y tribunales deben conocer de los distintos asuntos y en las distintas fases del proceso. Estas normas son las que determinan la competencia de los distintos juzgados y tribunales. En este sentido como dice Gómez Orbaneja,²¹⁸ la competencia sería la medida de la jurisdicción y puede definirse como el conjunto de procesos en los que un tribunal puede ejercer conforme a la ley

218 Gómez Orbaneja, E. *Derecho Procesal Civil*, Madrid 1976

su jurisdicción o, desde otra perspectiva, la determinación del tribunal que viene su jurisdicción o, desde otra perspectiva, la determinación del tribunal que viene obligado a ejercer la potestad jurisdiccional con exclusión de cualquier otro.

La instauración de esta pluralidad de tribunales puede obedecer a la diversidad de materias de las que pueden conocer. Recuérdese que el art. 172 de la Cn se refiere a las materias constitucional, civil, penal, mercantil, etc. Ello permite distinguir entre distintos tipos de tribunales atendiendo a la materia de la que conocen clasificando a los tribunales en distintos órdenes jurisdiccionales: penal, civil, laboral, etc.; si bien es posible que algunos órganos jurisdiccionales tengan jurisdicción mixta por conocer de dos materias, civil y penal.

Dentro de cada orden jurisdiccional se combinan distintos criterios, objetivos, funcionales o territoriales para decidir el órgano que debe conocer de un proceso o de una fase de éste. La competencia objetiva en el ámbito penal puede definirse como la distribución que hace el legislador entre los distintos tipos de órganos que se integran en el orden penal para el enjuiciamiento en primera o única instancia de los hechos por los que se procede. Para determinar esta competencia se atiende a su vez a distintos criterios: la posible atribución del conocimiento para enjuiciar los hechos a un órgano determinado, atendiendo a la cualidad de las personas enjuiciadas, como sucede en los casos del privilegio constitucional; la clasificación de las infracciones en delitos y faltas que efectúa el art. 18 del CP y dentro de los delitos el tipo de delito y la gravedad de la pena, lo que, como posteriormente veremos, sirve para determinar si debe conocer un tribunal profesional o el tribunal de jurado y si el enjuiciamiento debe realizarse por todos los jueces que integran el tribunal de sentencia o por uno sólo de ellos.

La competencia funcional fue así denominada por Wach al afirmar que el criterio funcional de la competencia consiste en asignar determinadas funciones distintas en una misma causa a tribunales que son competentes para entender de ella por razón de la materia y el lugar.²¹⁹ Es por lo tanto la consecuencia de que en la tramitación de un proceso pueden conocer distintos órganos jurisdiccionales: el Juez de Paz para la audiencia inicial, Juez de Instrucción para la instrucción, Tribunal de Sentencia o Jurado para el juicio plenario y Cámara de Segunda Instancia para el recurso de apelación.

Por último, es preciso determinar cuál de los tribunales con igual competencia objetiva y funcional es el llamado a conocer entre los existentes en el territorio de la República, para lo que debe acudirse a criterios que permitan determinar la competencia territorial.

Determinado el órgano jurisdiccional competente, cuando por el número de asuntos que se tramitan existen varios iguales, por no poder asumir uno solo todos ellos, son precisas unas normas que asignen el asunto concreto a un tribunal u órgano

219 Wach, A. *Manual de Derecho Procesal Civil* Buenos Aires 1997.



jurisdiccional concreto, para ello es preciso que existan unas normas que repartan los asuntos entre todos ellos. Estas normas son las denominadas normas de reparto.

El conocimiento anterior a la iniciación del proceso penal de los tribunales que han de intervenir en él es requisito necesario para satisfacer el derecho al juez predeterminado por la ley. Ello implica que el órgano jurisdiccional ha de haber sido creado por ley; que la ley ha de haber sido previa, en cuanto anterior al caso y general en cuanto genéricamente previsor de la competencia para el conocimiento de todos los supuestos fácticamente posibles y subsumibles en su legal previsión. Se exige, además, que el reparto entre todos los órganos jurisdiccionales de la misma clase y competentes en el mismo territorio se efectúe conforme a criterios objetivos excluyentes de elementos aleatorios propiciadores, cuanto menos, de la imprevisibilidad y aún de la arbitrariedad.²²⁰

3. La competencia (jurisdicción) afecta a los principios esenciales del proceso penal pues el conocimiento de uno u otro órgano se determina atendiendo a la estructuración del sistema de garantías procesales y compromete el principio de juez natural y predeterminado por la ley. Consecuencia de ello es que las normas que determinan la competencia sea *ius cogens*, normas de derecho necesario sobre las que las partes carecen de cualquier facultad de disposición y que vinculan a todos los intervinientes en el proceso. Consecuencia de ello también es que la competencia sea improrrogable, en el sentido de que sólo y exclusivamente puede conocer de un determinado asunto el órgano jurisdiccional al que la norma procesal atribuye específicamente la competencia; y también que ésta sea indelegable de forma que las facultades y obligaciones que implican la atribución de la competencia no pueden delegarse a otro órgano jurisdiccional, salvo en aquellos casos especialmente previstos en las leyes procesales.

4. La legislación Salvadoreña, siguiendo un frecuente criterio doctrinal, utiliza como sinónimos los términos jurisdicción y competencia.²²¹ En la Sección Primera de ese capítulo se refiere, bajo la denominación “Competencia” tanto a la extensión de la Jurisdicción del Estado de El Salvador, como a la competencia de los distintos órganos jurisdiccionales, atendiendo a criterios objetivos y funcionales e incluso a las consecuencias de la inobservancia de las reglas de competencia por razón de la materia, aunque la competencia por razón de la materia se trata en la Sección Segunda. La Sección Tercera se dedica a la competencia por razón del territorio.

220 Pedraz Penalva, E. *Derecho Procesal Penal*. Colex. Madrid. 2000

221 Armando Antonio Serrano y otros, *Manual de derecho Procesal Penal*.

Extensión.

Art. 48.- La competencia penal se ejercerá por los tribunales y jueces de la República y estarán sometidos a ella los nacionales y los extranjeros.

La competencia se extenderá:

- 1) Al conocimiento de los delitos y faltas cometidas en el territorio de la República, salvo las excepciones establecidas por la Constitución de la República y el Derecho Internacional; y,
- 2) Al conocimiento de los delitos cometidos fuera del territorio de la República conforme a lo establecido en el Código Penal.

El juez o tribunal con competencia para conocer de un delito o falta también podrá resolver todas las cuestiones incidentales que se susciten en el curso del procedimiento, aunque no pertenezcan al orden penal. La resolución sobre tales incidentes producirá efectos únicamente en el ámbito penal.

Se exceptúan las cuestiones referentes a la determinación del estado familiar de las personas y del derecho de propiedad en el caso de usurpación.

Comentario:

1. El art. 8 del Código Penal dice que la ley penal salvadoreña se aplicará a los hechos punibles cometidos total o parcialmente en el territorio de la República, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.

El territorio del Estado es el ámbito en el que ejerce su soberanía. Kelsen decía que la extensión del territorio delimita, en principio, la validez del ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico sólo es válido para un determinado territorio lo que no excluye que sus normas puedan tener eficacia ultraterritorial en determinados supuestos. El territorio comprende la tierra firme, el mar territorial, o zona marítima adyacente, los buques y aeronaves.

El art. 84 de la Cn delimita el territorio de la República diciendo que “aquel sobre el que ejerce jurisdicción y soberanía es irreductible y comprende, además del territorio continental, el insular conforme a las fuentes del derecho internacional, las aguas territoriales con el límite de las 200 millas, el espacio aéreo y el subsuelo”.

El art. 48 del CPP extiende, como regla general, la competencia penal de los órganos jurisdiccionales salvadoreños al conocimiento de los delitos y faltas cometidos en el territorio de la República, salvo las excepciones establecidas en la Constitución y en el Derecho Internacional.

2. El derecho penal de El Salvador se aplica, por lo tanto, a los delitos cometidos en su territorio con las excepciones que veremos. Es por ello importante determinar cual es el lugar de comisión del delito. Y dado que el delito tiene diversos elementos que pueden separarse conceptualmente, la definición del lugar de comisión del



delito puede vincularse, en principio, al lugar en el que se ha producido alguno de estos elementos. Esta distinción ha dado lugar a las teorías de la acción y el resultado.

Para los defensores de la teoría de la acción, la cuestión se vincula con la del tiempo de comisión ya que ambas reclamen una respuesta unitaria. El lugar de la comisión es el lugar de actuación de la voluntad. De esta manera, en los llamados delitos a distancia, es decir en los que la actuación de la voluntad del delincuente tiene lugar en un estado y el resultado en otro, debe aplicarse la legislación del primero. Se dispara desde el estado A a una persona que está en el estado B. El punto de vista contrario fue defendido por Von Lizst, para quien el lugar de comisión debe ser aquel en el que el curso causal producido por la voluntad humana ha producido un resultado, ha alcanzado su meta. Es el Estado donde se produce el resultado donde se sufre la perturbación que ocasiona el delito. La teoría de la ubicuidad mantiene que el delito se entiende cometido en todos aquellos lugares en los que el autor ha actuado, u omitido al acción, o se manifiesta el resultado. Este criterio ha ganado adeptos paulatinamente, porque evita situaciones de impunidad. Pero puede producir conflictos entre los estados al fijar competencias comunes entre ellos.

Este último es el criterio seguido por la legislación del El Salvador en el art. 12 del Código Penal, conforme al cual el hecho punible se considera realizado, tanto en el lugar donde se desarrollo, total o parcialmente la actividad delictuosa de los autores y partícipes, como en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado o sus efectos. En los delitos de omisión el delito se considera realizado en el lugar donde debió tener lugar la acción omitida.

3. El principio según el cual la ley penal sólo se aplica a los hechos cometidos en el territorio del estado, sufre importantes excepciones que se apoyan en otros principios: el principio de personal o de nacionalidad, conforme al cual las leyes del Estado se aplican a los nacionales donde quiera que se encuentren; el principio real o de defensa, conforme al cual las leyes del estado se aplican determinados delitos que representan gravísimos ataques, aunque se hayan cometido fuera del territorio; y el principio universal o de justicia, que permite la aplicación del derecho de cualquier estado independientemente del lugar de comisión y de la nacionalidad del autor.

El principio de nacionalidad o personal recogido en el art. 9 CP determina la aplicación de la Ley Salvadoreña: 1) A los delitos cometidos en el extranjero por personas al servicio del estado, cuando no hubiera sido procesada en el lugar de comisión del delito, en razón de los privilegios inherentes a su cargo. 2) A los delitos cometidos por un salvadoreño en el extranjero en lugar no sometido a la legislación particular de un Estado. 3) A los delitos cometidos en el extranjero por salvadoreños cuando se deniegue la extradición solicitadas, o por extranjeros contra bienes jurídicos salvadoreños.

En el primer caso se trata de evitar la impunidad que podrían obtener funcionarios diplomáticos amparados por la inmunidad derivada de tratados internacionales.

En el segundo la impunidad de cualquier ciudadano que, lesionando un bien jurídico, pudiese quedar impune al no ser perseguido por el estado en el que cometió el delito o en lugar no sometido a soberanía alguna. El tercer caso tiene su razón de ser en el principio de no entrega de nacionales, presente en los tratados de extradición y en la propia legislación salvadoreña (art. 28 de la Constitución). Busca también la protección de bienes jurídicos Salvadoreños que pudiesen ser lesionados en otros países por extranjeros.

El principio de Universalidad se consagra en el art. 10 del CP al disponer que al Ley Salvadoreña se aplicará a los delitos cometidos por cualquier persona en un lugar no sometido a la legislación salvadoreña, siempre que ellos afectaren a bienes protegidos internacionalmente por pactos específicos o normas de derecho internacional que impliquen una grave afectación de los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Finalmente, el art. 11 CP trata de resolver los conflictos de normas que podrían provocar los dos artículos anteriores previendo que en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, se aplicará la ley vigente en el lugar de comisión del hecho punible, si sus disposiciones son más favorables al imputado que las contenidas en la ley penal salvadoreña; sin embargo, se dará preferencia a la pretensión del Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el delito, si reclamare el juzgamiento antes de que se inicie la acción penal. El precepto contiene una excepción a la regla general ya que implica que la Justicia salvadoreña puede aplicar la legislación de otro estado distinto siempre que sea más favorable al reo.

4. Los hechos de la vida no se desarrollan conforme a criterios abstractos preestablecidos, sino que en los conflictos jurídicos se entremezclan regulaciones provenientes de los distintos órdenes, civil, penal, administrativo, laboral, tributario que integran el ordenamiento jurídico. Numerosos tipos penales se constituyen sobre conceptos propios de otros órdenes jurisdiccionales y para resolver un conflicto de índole penal, una pretensión de naturaleza penal, puede ser necesario la resolución de otros conflictos o controversias de distinta naturaleza, porque el contenido de la sentencia penal exige aplicar normas jurídicas no penales. Por la doctrina suele denominarse con carácter general cuestiones prejudiciales a esta aplicación que hace el juez en el proceso penal de normas provenientes de otros órdenes jurisdiccionales. Pero con más precisión cabría distinguir entre puntos y cuestiones prejudiciales. Los primeros harían referencia a conceptos jurídicos extrapenales que el juez debe resolver para aplicar la norma penal. Las segundas a aquellos casos en los que la norma jurídica penal debe integrar en su supuesto de hecho elementos jurídicos procedentes de otros órdenes que sean cuestionables, es decir, que sean por sí mismos capaces de integrar el objeto de un litigio civil, administrativo, tributario o laboral, por tanto, en el objeto del proceso penal. La denominación cuestión prejudicial obedece a que se considera su resolución es previa a la decisión final del juez, pero en realidad como elementos del tipo que son determinantes de la condena, de la absolución, son parte del juicio que debe realizar el juez y no previas a éste.

Dos son los posibles sistemas para resolver estos conflictos: el de separación,



según el cual cada orden jurisdiccional debe resolver la materia que le es propia y el de integración por el cual el orden judicial al que corresponde conocer del elemento principal extiende su conocimiento a las materias de los otros órdenes jurisdiccionales. En el primer caso es preciso suspender el proceso penal a la espera que el juez civil, laboral etc. resuelva la cuestión planteada. En el segundo, el propio juez penal resuelve la cuestión prejudicial. Y en este segundo supuesto caben dos posibilidades, que la resolución produzca efectos de cosa juzgada "erga omnes", o que sólo sirva para resolver la pretensión penal en el proceso penal en curso, sin perjuicio de lo que puedan decidir otros jueces si la misma cuestión se presenta en otro tipo de procesos.

Este último criterio es el seguido con carácter general por el CPP en el precepto comentado. El juez penal resuelve la cuestión pero la resolución produce sus efectos en el ámbito penal exclusivamente. De esta regla general, y como ya hacía la legislación anteriormente vigente, se exceptúan las cuestiones referentes al estado familiar de las personas y del derecho de propiedad en caso de usurpación.

La cuestión debe ser resuelta por el juez, se proponga o no por las partes, pues el juez debe resolver todas las cuestiones que implique el caso. Pero pueden ser propuestas por las partes, en cuyo caso sigue el trámite incidental. Pueden proponerse en cualquier momento, antes de dictarse sentencia. En el caso de que deban ser resueltas por jueces de otro orden jurisdiccional, producen la suspensión del proceso penal. Su tratamiento procesal es similar al establecido para las excepciones en los arts 277 y siguientes y art. 324-2 del CPP.²²²

Concordancias: Arts. 1,2,11,12,14,15,17,21,28,84,172 y sig. Cn, Arts. 48,50,51,52, 53, 54, 55, 55-A,57 CPP, Arts. 8,9,10,11,12 CP y Art. 48 CSDN

Caso Especial de Partícipes.

Art. 49.- Los partícipes estarán sometidos al mismo juez que juzgue a los actores, y si alguno de ellos goza de privilegio constitucional, el procedimiento continuará respecto de los demás. Si se autoriza la formación de causa todos los imputados serán juzgados por los tribunales previstos en este Código.

No obstante tendrán valor únicamente las diligencias practicadas por otros funcionarios para establecer la existencia del delito en aquellos que dejan señales.

Comentario:

El art. 49 del CP dispone que incurren en responsabilidad penal por el delito cometido, los autores los instigadores y los cómplices. En aquellos casos en los que en la perpetración del delito, además del autor, hayan participado otras personas el fuero

222 Vid *Manual de Derecho Procesal Penal*. Armando Antonio Serrano y otros. Proyecto PNUD. El Salvador. 1998

que podía corresponder éstos como consecuencia de la aplicación de las normas ordinarias de competencia es atraído por el de los autores, ya que cada delito da lugar a un solo proceso pues la necesidad de no dividir la contienda de la causa exige que todos los partícipes sean juzgados por el mismo juez, en el mismo acto; y es razonable que sea el juez al que le correspondería enjuiciar al que ha tenido, como autor (por una errata el art. dice “actor”), una participación más relevante quien enjuicie a los demás que intervinieron en su perpetración.

El precepto debe ponerse en relación con los arts. 381 a 390 del CPP, reguladores del antejuicio. Por lo tanto, si resulta que uno de los imputados, cuando existan varios copartícipes, goza del privilegio constitucional, el juez debe abstenerse de cualquier actuación contra él, remitiendo las actuaciones a la Asamblea Legislativa o a la Corte Suprema de Justicia para la realización del preceptivo antejuicio, sin perjuicio de que pueda seguir conociendo con respecto a los demás copartícipes. Pero si como consecuencia de concederse la autorización para proceder la competencia corresponde a la Cámaras, éstas conocerán con respecto a todos los copartícipes. Si no se concede la autorización para proceder contra quien goza del privilegio, el juez y fiscal que conocían conforme a las reglas ordinarias de competencia prosiguen las actuaciones contra los demás copartícipes.

Concordancias: Art. Cn.: 236,237,238,239. Art. CPP :381 a 390 Art. Pn.:32 a 38,49.

Corte Suprema de Justicia y Sala de lo Penal

Art. 50.- La Corte Suprema de Justicia conocerá:

- 1) De los procesos para deducir responsabilidad a funcionarios públicos en los casos determinados por la Constitución de la República y este Código;
- 2) De los conflictos de competencia que se susciten entre jueces y tribunales penales;
- 3) Del recurso de casación cuando la Sala de lo Penal conozca en segunda instancia;
- 4) Del recurso de revisión cuando haya pronunciado el fallo que lo motiva;
- y,
- 5) De los demás asuntos que determine este Código y otras leyes.

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia conocerá:

- 1) Del recurso de casación penal;
- 2) Del recurso de apelación contra sentencias pronunciadas por las cámaras de segunda instancia cuando conozcan en primera instancia;
- 3) Del recurso de revisión cuando haya pronunciado el fallo que lo motiva;
- y,
- 4) De los demás casos establecidos en este Código y otras leyes.



Comentario:

La Constitución dedica el Capítulo III del Título VI, denominado Órgano Judicial, al Poder Judicial. El Órgano Judicial está integrado por la Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes. Le corresponde en exclusividad la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. La cúspide del Órgano Judicial es la Corte Suprema de Justicia, compuesta por el número de magistrado que determine la ley, que deben cumplir los requisitos que exige el art. 176 de la Cn, elegidos por la Asamblea Legislativa, de los que uno es su Presidente y, a su vez, Presidente del Órgano Judicial. Las competencias o atribuciones de la Corte Suprema de Justicia se relacionan con carácter general en el art. 182 de la Cn, sin perjuicio de las demás que determine la Constitución y la ley. La LOJ en su art. 4 establece que la Corte Suprema de Justicia estará organizada en cuatro Salas que se denominarán Sala de lo Constitucional, Sala de lo Civil, Sala de lo Penal y Sala de lo Contencioso Administrativo. Los Capítulos I y II de la LOJ determinan las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno y la de las distintas Salas y el art. 55 LOJ las competencias específicas de la Sala de lo Penal sustituidas, salvo las de carácter gubernativo, por la relación que se establece en el art. que ahora comentamos.

El precepto distingue entre competencias de la Corte Suprema de Justicia, y competencias de la Sala de lo Penal. Las primeras se refieren a competencias del Pleno o Corte Plena cuya composición se especifica en el art. 50 de la LOJ. La Corte Plena conoce de los conflictos de competencias que se susciten entre jueces y tribunales penales, atribución que específicamente le encomienda el art. 182-2 de la Cn;²²³ de los procesos contra funcionarios que gozan del privilegio constitucional y en concreto del antejuicio para otorgar la autorización para formación de causa de los funcionarios que se enuncian en el art. 382 CPP;²²⁴ del recurso de casación cuando la Sala de lo Penal conozca en segunda instancia, es decir en los casos a los que se refiere el segundo apartado del segundo inciso de este precepto; y del recurso de revisión cuando haya pronunciado el fallo que lo motiva, y por lo tanto contra resoluciones dictadas en cuestiones de competencia y cuando conozca del recurso de casación (¿?); y de las demás atribuciones establecidas por la ley.

La Sala de lo Penal conoce del recurso de casación; del de apelación contra sentencias dictadas por las Cámaras de Segunda Instancia cuando conozcan en primera instancia, y por lo tanto en los casos de antejuicio; del recurso de revisión cuando haya pronunciado el fallo que lo motiva, y por lo tanto en los dos supuestos anteriores, Y finalmente en los demás casos establecidos en la ley.

223 Vid comentarios a los arts 67 a 72

224 Vid comentarios a los arts 381 a 390

Finalmente, el art. 247 de la Cn y el art. 41 de la Ley de Procedimientos Constitucionales atribuye a la Sala de lo Constitucional el conocimiento del Habeas Corpus por violación de los derechos constitucionales. El amparo se presenta directamente a la Sala si el solicitante reside en la Capital. Caso contrario la competencia corresponde a las Cámaras de Segunda Instancia y la solicitud que denegare la libertad puede ser objeto de revisión, a petición del interesado, por la Sala de lo Constitucional.

Concordancias: Art. Cn :172,173, 176,178,182,247. Art. CPP:67 a 72, 386, 421 a 430, 431 a 440,. Art. Pn. Art. LOJ: 1, 4, 50, 55.

Jurisprudencia: “La Sala de lo Constitucional deja constancia que para conocer de las violaciones contra la dignidad, la integridad física, píquica o moral de las personas detenidas, aun cuando éstas estuvieran condenadas por sentencia definitiva, podría la Sala conocer por medio del art. 11 inc. 2 de la Constitución” (Sentencia en el proceso de Habeas Corpus del 15 diciembre de 1998. ReF 477-98; Sentencia en el proceso de Habeas Corpus de 1 de diciembre de 1998. Ref. 471-98).

“Asimismo, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala de los Constitucional que al haber sentencia definitiva condenatoria ya no se encuentra la pretensión planteada dentro de la competencia del Habeas Corpus, procediendo únicamente en los supuestos de los arts. 11 inc. 2 de al Constitución y 57 de la Ley de Procedimientos Constitucionales” (Sentencia en el proceso de Habeas Corpus del 1 de Diciembre de 1998. Ref. 421-98.

“No puede al Sala de lo Constitucional, al conocer en Habeas Corpus, pronunciarse sobre si se ha establecido la participación delincuencia de los imputados, o si los elementos de juicio dentro del proceso penal son suficientes o no para decretar las detención provisional, pues ello es competencia exclusiva y excluyente de los jueces que conocen la materia penal” (Sentencia en el proceso de Habeas Corpus de 8 Enero de 1999. Ref. 569-98 acum.O59198.99; Sentencia en el proceso de Habeas Corpus de 11 de febrero de 1999).

“La Sala ha sostenido asimismo, que no es competente para conocer y decidir si debe o no proveerse interlocutoria concediendo la libertad condicional anticipada del condenado, puesto que ello le corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria y al Consejo Criminológico” (Sentencia en el proceso de Habeas Corpus del 11 de febrero de 1999).

Cámaras de Segunda Instancia.

Art. 51.- Las Cámaras de Segunda Instancia con competencia penal conocerán:

- 1) Del recurso de apelación;
- 2) Del recurso de revisión cuando hayan pronunciado el fallo que lo motiva;
- 3) De los casos especiales en que actúan como tribunales de primera instancia; y,
- 4) De los demás asuntos que determine este Código y otras leyes.

**Comentario:**

Forman parte del Órgano Judicial conforme al art. 172 y 177 de la Cn. Son esencialmente el órgano que garantiza la doble instancia, como su propio nombre indica. Se integran por dos magistrados, que deben cumplir los requisitos que se enuncian en el art. 177 de la Cn. El primer magistrado es el que la preside. Los arts. 6 a 10 de la LOJ establecen las distintas Cámaras y su ámbito en el territorio de la República. Además de las funciones propiamente jurisdiccionales desempeñan funciones de naturaleza gubernativa, particularmente el conocimiento de las recusaciones, impedimentos y excusas, de los jueces de primera instancia de su sección, de acuerdo con el art. 58 de la LOJ pero deberán tenerse en cuenta las modificaciones introducidas por los arts. 73 y siguientes del CPP. Actúan como tribunales de primera instancia en el caso de enjuiciamiento de los funcionarios que gozan del privilegio constitucional, una vez celebrado el antejuicio en la Asamblea Legislativa o en la Corte Suprema de Justicia y concedida la autorización para proceder. Conocen también del procedimiento de Habeas Corpus en los casos previstos en el art. 247 de la Cn, que autoriza presentar la solicitud de Habeas Corpus ante las Cámaras de Segunda Instancia que no residan en la Capital.

Concordancias: Art. Cn.: 175,177,178,247. Art. CPP: 73,385,386, 417 a 420. Art. Pn.: LOJ Art. : 5, 6 Inc. 2º., 57, 58 (Art. 3, decreto 771 D.O. número 231, tomo 345, 10 de diciembre de 1999).

Jurisprudencia: “En todos los casos en que se haya violentado el derecho fundamental de la libertad y producido como consecuencia quebrantamiento de índole constitucional, nace la facultad de la Sala o de las Cámaras de Segunda Instancia que no residen en la Capital, de reparar las infracciones, de conformidad con los que prescribe el art. 41 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, mediante el proceso de Habeas Corpus: pero cuando el favorecido con el Habeas Corpus ya lo ha sido con anterioridad y en la misma fase procesal en la jurisdicción ordinaria, no nace dicha facultad” (Sobreseimiento en el proceso de Habeas Corpus del 2 de enero de 1999).

“Cuando ha sido una Cámara la que se ha pronunciado al respecto de la privación de libertad de una persona en un proceso de Habeas Corpus, no puede solicitarse nuevo procedimiento ante la Sala de lo Constitucional por los mismos motivos, quedando al que resulta inconforme con la resolución dictada por la Cámara el recurso de revisión, como lo señala el art. 72 de la Ley de Procedimientos Constitucionales” Sentencia en el proceso de Habeas Corpus de 10 de marzo de 1999. Ref 47-99).

Tribunal del Jurado.

Art. 52.- Corresponderá al tribunal del jurado el juzgamiento, en vista pública de todos los delitos, salvo aquéllos en que sea competente el tribunal de sentencia.

Comentario:

El art. 189 de la Constitución dispone que se establece el jurado para el juzgamiento de los delitos comunes que determine la ley. El ejercicio funcional de la jurisdicción en El Salvador a través el jurado se proyecta en el ordenamiento jurídico exclusivamente en el ámbito penal, descartándose su intervención en otros ámbitos de jurisdicción. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el norteamericano, el ciudadano no tiene la posibilidad de optar entre ser juzgado por jueces técnicos o por jurados: la competencia del tribunal jurado es inderogable en relación con los delitos objeto de su competencia.

Para la determinación de la competencia objetiva se utilizan en derecho comparado dos posibles sistemas: la determinación de la competencia atendiendo a la gravedad de la pena o mediante la enunciación de los delitos que se quiere que sean competencia del jurado, con independencia de su pena. El denominado sistema ecléctico combina ambos criterios. En la legislación Salvadoreña la competencia objetiva del jurado se extiende a los delitos a los que se refieren los arts. 52 y 53 del CPP. El art. 52 establece las competencias por exclusión pues determina que corresponderá al tribunal jurado el enjuiciamiento de todos los delitos, salvo aquellos que sean competencia del tribunal de sentencia. El art. 53 enuncia los delitos cuyo conocimiento corresponde al tribunal de sentencia, de forma que todos aquellos otros tipificados en el Código Penal y que no se recogen en este precepto son competencia del tribunal de jurado. No obstante, debe tenerse en cuenta que el art. 26 de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, excluye del conocimiento del jurado los delitos mencionados en dicha ley y enunciados en los arts. 4, 5 y 6

El Jurado conoce de dichos delitos también cuando se enjuicia a los funcionarios públicos que determina el art. 236 de la Constitución, si bien en este caso es preciso el previo antejuicio ante la Corte Suprema de justicia.

Conforme a las reglas de conexidad delictiva de los arts. 63 y siguientes del CPP, corresponde en los casos de delitos conexos el conocimiento al tribunal jurado si el hecho más grave de los cometidos se corresponde a su competencia²²⁵.

Concordancias: Art. CPP.: 63, 163, 366 y sig., 377, 386. Art. Cn.: 189. L.C.L.D.A. arts: 4, 5, 6.

225 Ver nota al pie de página de la introducción al Capítulo V del libro I. Juicio por Jurados. En ella se relacionan los delitos cuyo conocimiento corresponde al jurado.

Tribunales de Sentencia

Art. 53.- Los Tribunales de Sentencia estarán integrados por tres Jueces de Primera Instancia y conocerán de la etapa plenaria de todos los delitos y de la vista pública de las causas instruidas por la comisión de los delitos siguientes:

- 1) Homicidio simple y agravado;
- 2) Secuestro simple y agravado,
- 3) Hurto, robo y extorsión;
- 4) Defraudaciones;
- 5) Delitos relativos al honor y la intimidad;
- 6) Delitos de acción privada;
- 7) Delitos relativos al orden socioeconómico;
- 8) Delitos relativos al medio ambiente;
- 9) Delitos previstos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas;
- 10) Delitos relativos a la fe pública;
- 11) Delitos menos graves;
- 12) Delitos sancionados sólo con pena no privativa de libertad; y,
- 13) Delitos conexos con los señalados en los numerales anteriores.
- 14) Delitos de acción privada; y
- 15) Delitos conexos con los señalados en los numerales anteriores. (9)

Los jueces de sentencia también conocerán del recurso de revisión respecto de los fallos que pronuncien.

La vista pública será presidida por uno de los jueces del tribunal de sentencia, en los casos siguientes:

- a) En las causas instruidas por la comisión de delitos menos graves;
- b) Cuando el delito que se investiga esté sancionado sólo con pena no privativa de libertad; y,
- c) Cuando en la vista pública tiene intervención el tribunal del jurado.

Comentario:

Los tribunales de sentencia son los tribunales penales de primera instancia. Se integran por tres jueces de primera instancia, que deben cumplir con los requisitos del art. 179 de la Cn. Su competencia objetiva se determina por la enunciación específica que realiza el precepto de los delitos cuyo enjuiciamiento conoce. Les corresponde el conocimiento del juicio plenario de todos los delitos ya sean de acción pública, acción privada o requieran de instancia particular para su enjuiciamiento. Aún tratándose de tribunales únicos ejercen la jurisdicción de tres distintos modos: a) Si conocen los delitos que se enuncian en los 10 primeros apartados del art. 53 y delitos a ellos conexos actúan como tribunal colegiado, integrado por los tres magistrados que lo conforman; b) Si se trata de delitos menos graves o sancionados con pena no privativa de libertad, actúan como tribunal unipersonal, formado por uno sólo de los magistrados adscritos al tribunal de sentencia. Al respecto debe recordarse que conforme al art. 18 del CP son

delitos menos graves los sancionados con pena de prisión cuyo límite máximo no exceda de tres años o multa cuyo límite máximo no exceda de doscientos días multa. Y conforme al catálogo de penas del art. 45 del CP son penas no privativas de libertad la pena de multa, la pena de prestación de trabajos d utilidad pública y las penas de inhabilitación absoluta e inhabilitación especial que aunque en principio son penas accesorias, pueden ser impuestas como principales en los casos determinados por el Código; c) Uno de los integrantes del tribunal de sentencia preside los juicios que conforme al art. 52 CPP son competencia del tribunal jurado.

Además de los delitos que se relacionan en el art. 53 CPP, los tribunales de sentencia conocen también del juicio plenario de los procedimientos instruidos como consecuencia de los delitos que se sanciona en leyes especiales. El art. 53 enuncia expresamente los delitos previstos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a la Drogas pero también deben incluirse los delitos previstos en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, cuyo art. 26 excluye expresamente el conocimiento del tribunal jurado.

Concordancias: Art. CPP.: 334,338 y sig.,372 . Art. Cn.: 185. Art. CP.: 18. LRARD.: 34 a 58,72. LCLDA Art. 4,5,6,7,8 y 26 Inc. 2º. LOJ Art. : 1,2,3,4,5,6,14 decreto 260 D.O. numero 62 tomo numero 338 del 31 de marzo de 1998, (Art. 1,2,3,4,5 decreto 772 D.O. numero 231 tomo 345 10 de diciembre de 1999), (Art. 1 Inc. 2º., Art. 3 Inc. 4º., decreto 771, D.O. numero 231, tomo 345, 10 de diciembre de 1999). (Art. 53 # 15, decreto 487, DO número 144, tomo 352, 31 de julio de 2001).

Jueces de Instrucción.

Art. 54.- Los Jueces de Primera Instancia de Instrucción conocerán:

- 1) De la instrucción formal en todos los delitos de acción pública;
- 2) De la apelación de las sentencias dictadas en los juicios de faltas; y,
- 3) De los demás asuntos que determine este Código y otras leyes.

Comentario:

Desde esta perspectiva, corresponde al Juez de Instrucción la instrucción formal de todos los delitos de acción publica incluyendo los que requieren la instancia particular, pues en los delitos de acción privada no existe propiamente instrucción ya que la investigación de los hechos corresponde a quien ejercita la acción, sin perjuicio del auxilio que puede prestarle el tribunal de sentencia que conozca el enjuiciamiento de los delitos. La instrucción es conforme al art. 265 CPP aquella actividad procesal que tiene por objeto la preparación de al vista pública, mediante la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal o del querellante o prepara la defensa del imputado. Pero como señala acertadamente Carlos Ernesto Sánchez²²⁶ para evitar confusiones debe destacarse que el juez de instrucción se erige

226 Carlos Ernesto Sanchez Escobar, *Ensayos doctrinarios Nuevo código Procesal Penal*. ARSJ-UTE San Salvador 1998.



no como un investigador material de los hechos imputados, sino como un controlador-director de la investigación formal, la cual es asumida por el Ministerio Fiscal, con la colaboración de la policía. Como jueces de primera instancia, los jueces de instrucción deben reunir los requisitos del art. 179 de la Cn. El art. 267 CPP le atribuye expresamente la coordinación de la investigación del hecho contenido en el requerimiento, procurando la mayor colaboración posible entre la Fiscalía General de la República, la policía, las partes y las autoridades judiciales. Como consecuencia de su competencia funcional debe ratificar las medidas de carácter patrimonial o no patrimonial acordadas por el Juez de Paz

2. Además de las funciones propias que se derivan de la instrucción de los delitos de acción pública, el juez de instrucción actúa como órgano de apelación unipersonal de las sentencias dictadas por el juez de paz en juicios de faltas conforme al procedimiento previsto en los arts. 391 a 396 del CPP.

Concordancias: Art. Cn.: 179. Art. CP.: 371 y sig. Art. CPP.: 26,28,265 y sig., 313 y sig., 391 a 396.

Jurisprudencia: Esta Corte estima que en el proceso de mérito ha existido violación a las reglas del debido proceso, pues la jueza Segundo de Instrucción de Sonsonate debió admitir la acusación presentada por la Fiscalía tal como dispuso la Cámara, inmediatamente después debió convocar a una audiencia con base a lo dispuesto en el art. 143 CPP para que la defensa del imputado presentara prueba de descargo y, finalmente, dictar el correspondiente auto de apertura a juicio conforme a lo dispuesto en el art. 322 CPP. Es necesario aclarar que dicho auto es una providencia judicial que solo puede derivarse como resultado de la celebración de una audiencia preliminar, en la que el Juez de Instrucción propicie la reproducción de las mismas condiciones previstas para la audiencia pública, adecuadas desde luego a la sencillez de la audiencia. En ese momento procesal, el Juez debe ejercer el control de la acusación depurando la prueba ofrecida de conformidad a los criterios de oportunidad, legalidad y pertinencia, delimitando así el objeto del debate de la vista. Dicho auto debe ser leído en la audiencia de instalación de la vista pública y habrá de guardar la congruencia debida con la sentencia que se pronuncie al cierre de la misma art. 338 y 359 inc. 1º CPP.

También es necesario aclarar que el Tribunal de Sentencia, al recibir el expediente de parte de la Jueza de Instrucción, debió agotar su actuación procesal declarando su incompetencia para celebrar la vista pública, ya que no existía en el expediente auto de apertura a juicio, el cual no podía pronunciar por ser esa providencia judicial parte de sus atribuciones. (Sentencia Corte Suprema de Justicia de 14 octubre de 1999. Incidente de competencia negativa entre el Tribunal de Sentencia y el Juzgado Segundo de Instrucción, ambos del municipio de Sonsonate)

Jueces de Paz.

Art. 55.- Los Jueces de Paz conocerán:

- 1) Del control de las diligencias iniciales de investigación y la realización de la audiencia inicial;

- 2) Del juzgamiento por faltas; y,
- 3) De los demás asuntos que determine este Código y otras leyes.

Comentario:

La Constitución en el art. 175 establece como integrante del Órgano Judicial a los Jueces de Paz cuyos requisitos mínimos se recogen en el art. 180 de dicho texto. El Juez de Paz conoce en relación con las diligencias iniciales de investigación. Su función es esencial pues en esta fase del proceso es en la que se realizan las diligencias de averiguación para el hallazgo de las pruebas que justificarán el ejercicio de la acción penal. Las diligencias iniciales de investigación en este sentido son la "acumulación de un conjunto de información, mediante la realización de todos aquellos actos y urgentes y necesarios sobre el hecho histórico, tendiente a determinar si es posible o no someter a una persona a juicio."²²⁷ El juez de paz tiene encomendada una función tutelar de los derechos y garantías fundamentales. Por regla general los actos de investigación que puedan ser lesivos de los derechos fundamentales del imputado están sometidos al examen previo del juez de paz: la inspección corporal del art. 167 CPP; el registro y allanamiento del art. 173 CPP; el secuestro, art. 180 CPP; y los reconocimientos de personas del art. 211 CPP.²²⁸ Realiza una función de control sobre la actuación de la policía y la actividad del fiscal, función de control que Cn respecto a éste último expresamente se recoge en el art. 84 del CPP. Y le corresponde la adopción de las medidas cautelares patrimoniales o no patrimoniales que deban adoptarse en esta fase inicial del procedimiento y que posteriormente deberán ser ratificadas por el Juez de Instrucción. La competencia del juez de paz se extiende también a la audiencia inicial, regulada en el art. 253 y siguientes del CPP, a los anticipos de prueba del art. 270 y a la práctica de aquellas pruebas precisas para resolver sobre las cuestiones que se plantean en la audiencia inicial. Finalmente, el juez de paz conoce del enjuiciamiento por faltas de acuerdo con el procedimiento establecido en los arts. 391 a 396 del CPP.

Concordancias: Art. Cn.: 180,185. Art. CPP: 229 y sig., 238 y sig., 248 y sig., 253 y sig.,391,392,394. Art. CP: 371 y sig. LRCMYDRA Art. : 18. LOJ Art. : 22, 23, 43 y sig., 63, 63, 64 (Art. 1 Inc. 2, decreto 771 D.O. numero 231, tomo 345, 10 de diciembre de 1999)

Jurisprudencia: "...corresponde ahora clarificar el inciso 2º del art. 239 de la Constitución, el cual reza así:... *Por los delitos oficiales que cometan los miembros de los Concejos Municipales, responderán ante los Jueces de Primera Instancia correspondientes...* Puede afirmarse que tal regla de competencia territorial (sic) se pretendía que el Juez de Paz no conociera de los delitos comunes cometidos por los miembros de los Concejos Municipales de ese municipio; quedando su competencia circunscrita a

227 Miguel A. Trejo- Armando Serrano y otros. En defensa del nuevo proceso penal salvadoreño. Centro de Investigación y Capacitación Proyecto Reforma Judicial. El Salvador.

228 Vid Carlos Ernesto Sánchez Escobar .Obra citada.



realizar las primeras diligencias de investigación a solicitud del Juez de Primera Instancia. Y es que, como puede desprenderse de tales documentos, en la realidad penal de aquel momento, por una parte, los Jueces de Paz podían iniciar de oficio la acción penal y por otra, tales funcionarios no eran jueces letrados. Así pues, esta regla especial de competencia territorial se justificó por tales realidades imperantes al momento en que los diputados constituyentes sancionaron la vigente Constitución de la República.

Sin embargo, como se ha afirmado en los párrafos que anteceden, la realidad penal ha cambiado. En primer lugar porque los jueces penales solo pueden actuar al ser instados por la Fiscalía General de la República -cuando se trate de delitos de acción pública o pública previa instancia particular- o por el acusador- en los delitos de acción privada; y en segundo lugar, porque es exigencia constitucional que los Jueces de Paz sean abogados de la República, tal como lo prescribe el art. 180 de la Constitución, reformado en 1991.

Esa modificación en la realidad penal obliga a este Tribunal, por medio de la interpretación, a acomodar la prescripción constitucional en estudio a ésta; por cuanto, como se ha señalado, las normas deben ser interpretadas teniendo en cuenta no sólo las realidades existentes al momento de su sanción, sino también las realidades presentes al momento de su interpretación.

En tal sentido, corresponde determinar el sentido actual de la expresión Jueces de Primera Instancia, contenida en el inciso 2º del art. 239 de la Constitución, a partir de la reforma penal de la que se ha hecho referencia en los párrafos que anteceden.

Partiendo de la idea que la primera instancia en el proceso penal, está configurada de tal manera que en al mismo interviene tres funcionarios judiciales en sus correspondientes etapas procesales, fácilmente puede inferirse que al expresión *Jueces de Primera Instancia*, hace referencia a todos los funcionarios judiciales que participan en el desarrollo de la misma. En otras palabras tal acepción se refiere tanto a los Jueces de Paz, como a los de Instrucción y a los de Sentencia, por cuanto todos estos forman parte de al primera instancia. Así pues, siendo que el Juez de Paz forma parte de la primera instancia, es dicho funcionario a quien legalmente le compete conocer y pronunciarse sobre le requerimiento fiscal, ya sea mediante la realización de la audiencia inicial o mediante la resolución con vista de requerimiento en los casos previstos en el inciso 2º del art. 239 de la Constitución. Sentencia Corte Suprema de Justicia de 24 febrero de 2000. (Cuestión de competencia negativa suscitada entre Juez de Instrucción de San Luis Talpa y Juez de Paz del mismo municipio).

Es necesario aclarar, como ya se ha hecho en reiteradas ocasiones, que los Jueces de Paz no pueden declararse incompetentes para conocer de un proceso, sin antes haber proveído una resolución respecto del requerimiento Fiscal que les fuera presentado, ya que no pueden desatender la regla de improrrogabilidad de los términos procesales que se encuentra plasmada en el art. 158 CPP, tampoco pueden dejar de

atender el principio de celeridad, ni el derecho fundamental del imputado de ser juzgado en un plazo razonable y obtener certeza respecto a su situación jurídica, aún cuando se trate de imputados ausentes como en el presente caso. Por lo tanto, es de competencia de lo Jueces de Paz, conocer del contenido del requerimiento Fiscal o de la acusación, según sea el caso, y dictar pronta resolución en la oportunidad procesal correspondiente” (Sentencia de al Corte Suprema de Justicia de 15 Junio de 2000, incidente de competencia negativa entre el Juzgado Primero de Paz de Soyapango y el Juzgado de Paz de Ilopango)²²⁹.

“Por último se vuelve también necesario aclarar que no debe existir interpretación errónea respecto de la actitud que han de adoptar los Jueces de Paz en relación a los casos de imputados ausentes que no han nombrado defensor. Los jueces de paz deben en estos casos resolver con la sola vista del requerimiento fiscal sin convocar a Audiencia Inicial, pues, no existe posibilidad de ejercer el derecho de defensa técnica ni material por parte del imputado y consiguientemente no puede haber contradicción en la audiencia, art. 254, inciso quinto, CPP” (Sentencia de la Corte Suprema de 19 de mayo de 2000, Incidente negativo de competencia entre el Juzgado de Primera Instancia de Ilobasco y el Juzgado de Paz de Jutiapa).

Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena.

Art. 55.-A.- Corresponde a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena:

- 1) Vigilar y garantizar el estricto cumplimiento de las normas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad;
- 2) Vigilar y garantizar el respeto de los derechos de toda persona mientras se mantenga privada de libertad por cualquier causa; y,
- 3) Cumplir con las atribuciones que le señala la Ley Penitenciaria. (2)

Comentario: Parece que fue Brasil el primer país que reguló el juez de ejecución de penas inicialmente en su Ley Federal de 1922 y después en el Código de Procedimiento Penal de 1940. En Portugal se introduce por la Ley de 16 de Mayo 1944 el Tribunal de Ejecución de Penas. En Francia el juez de ejecución de penas se reconoce expresamente en 1970, como evolución de las comisiones de vigilancia penitenciaria creadas en 1810. En Italia el juez de vigilancia aparece por primera vez en el Código de 1930, ampliando sus competencias paulatinamente hasta la ley Penitenciaria de 1970.²³⁰

229 En el mismo sentido otras muchas sentencias como sentencia 19 Mayo de 2000, Incidente de competencia negativa entre el Juzgado de Paz Tercero de Delgado y el Juzgado de Paz Décimo de San Salvador.

230 Vid Javier Martínez Lázaro y Francisco Racionero Carmona. *La Ejecución de la Sentencia Pena*, . Proyecto de asistencia técnica a los Juzgados de Paz. República de El Salvador. 1999

El soporte constitucional de estos órganos es el art. 172 CS (“... la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”). Francisco Racionero resume sus características²³¹: Tienen carácter jurisdiccional; es una jurisdicción de naturaleza tuitiva, al tener como uno de sus cometidos esenciales la protección y tutela de los derechos fundamentales de los internos en centros penitenciarios; tiene competencia propia, exclusiva y excluyente, es decir, no delegada del Tribunal sentenciador.

El Decreto nº 262, de 23 de Marzo de 1998, define la competencia Territorial de cada Juez de Vigilancia y Ejecución de la Pena (JVPEP) a los centros penales que el propio Decreto les asigna.

Pero, además, es una atribución *sui generis* -que podría denominarse como “subjética” -conocerá también de los asuntos de su competencia que hayan sido tramitados en determinados Tribunales (en el ejemplo anterior, le corresponde también conocer de las ejecuciones de las sentencias procedentes de los Tribunales de Sentencia y de los Juzgados de Instrucción de San Salvador y de los Juzgados de Paz de San Salvador, San Marcos, Panchimalco, Rosario de Mora, Santiago Texacuangos y Santo Tomás). *En definitiva la competencia les viene determinada por una doble fuente: Por el o los Centros que existan en su demarcación territorial y por el origen de la sentencia que deba ejecutar.*

La competencia objetiva viene determinada por el Código Penal y la Ley Penitenciaria. El Código Penal atribuye al juez de vigilancia y ejecución de la pena el control de la ejecución de todas las penas y medidas de seguridad. Podría, sin embargo, plantearse la duda de si la intervención de dicho órgano judicial se refiere solo a las penas principales o se extiende también a las accesorias, supuesto que el CP, cuando trata de éstas últimas (arts. 58 a 61), guarda silencio en tanto que, cuando describe las principales (arts. 47 a 57), explícitamente cita al JVPEP. Sin embargo, tal interpretación literal no es admisible pues la propia LP (art. 37.1) no excluye las penas accesorias - se refiere a penas en general - y, además, expresamente le atribuye el control de las “sanciones penales reguladas en el CP que no impliquen privación de libertad” (art. 37.14).²³²

Su competencia en relación con las medidas de seguridad es la siguientes: Control de su ejecución; Imponer reglas de conducta, controles periódicos o restricción domiciliaria en el caso de la medida de vigilancia; En el supuesto de imposición conjunta de pena y de medida de seguridad ordenar la suspensión de la medida impuesta si la considera innecesaria, en caso de aplicación del art 27.5 CP y suspender la ejecución de la pena, una vez cumplida, o suspendida, la medida de seguridad.²³³ La Ley Penitenciaria establece unos órganos jurisdiccionales no contemplados en el CPP: Las

231 Francisco Racionero Carmona. Obra citada.

232 Francisco Racionero Carmona. Obra citada.

233 La ley Penitenciaria amplía las competencias de los jueces de vigilancia penitenciaria y aplicación de la pena. Siguiendo a Francisco Racionero en la obra citada la Ley Penitenciaria les atribuye las siguientes competencias

Cámaras de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena. La competencia de estos órganos (art. 34 LP) se limita a conocer de los recursos de apelación que se formulen contra las resoluciones de los JVPEP. Por último, señalar que el modelo definitivo y cuanto se refiere a su creación, organización y sede, será regulado por la Ley Orgánica Judicial (art. 36 LP).

-
- 1ª. Con caracter general, el control de la ejecución de penas y medidas de seguridad.
- 2ª. Conceder - y revocar - la libertad condicional, imponiendo las condiciones y normas de conducta de la misma, conforme a lo prevenido en los arts. 85 y ss. del CP.
- 3ª. Conocer de los incidentes de rehabilitación de los penados por delito, con arreglo al art. 109 CP. La rehabilitación se obtiene por la concurrencia de dos circunstancias: extinción de la responsabilidad penal por alguna de las causas prevenidas en el art. 96 CP y haber satisfecho, en lo posible, las consecuencias civiles del delito.
- De esta competencia se excluye, sin embargo, lo prevenido en el art. 75 de la C.S., nº 1, 3, 4 y 5: pérdida de los derechos de ciudadano - que se establecen en los arts. 72 y 73 de la C.S. - por conducta notoriamente viciada, por comprar o vender votos en las elecciones, por suscribir actas proclamas o adhesiones para promover o apoyar la reelección o continuación del Presidente de la República o empleen medios directos enacaminados a ese fin, y, en el caso de funcionarios y autoridades o sus agentes, por coartar la libertad del sufragio.
- 4ª.- Realizar el cómputo de las penas. Esta operación comprende (art. 44 LP): a) descontar de la pena impuesta el tiempo pasado en situación de detención provisional, aplicando la original fórmula de conversión contenida en el ya comentado anteriormente art. 48 CP; y b) fijar la fecha en que el penado dejará extinguida totalmente la condena; esta fecha, naturalmente, es susceptible de variación en función de que concurra durante la ejecución alguna causa de extinción de la responsabilidad penal (cfr. art. 96 CP). Dado que el art. 422 CPP establece el recurso de casación contra, entre otros, los autos “que denieguen la extinción de la pena”, hay que entender que esta resolución que fija la fecha de extinción será susceptible de dicho recurso, y ello sin necesidad, como veremos, de recurso de apelación ante las CVPEP.
- 5ª. Resolver las quejas o incidentes que formulen los internos sobre las siguientes materias (arts. 45, 46 y 129 1º, 2º, y 3º LP) :
- Mediante el procedimiento establecido en el art. 45 LP se resolverán las pretensiones (Quejas) de los internos relacionadas con: Menoscabo directo de derechos fundamentales, lo que implica que la lesión del derecho debe ser directa e inmediatamente imputable al acto de la administración penitenciaria. Actividades o sanciones prohibidas por la Ley.
- Mediante las normas procesales establecidas en el art. 46 LP se tramitarán las siguientes:
- Suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena (art. 84 CP). Esta competencia requiera alguna aclaración.
- El instituto de la “suspensión” reviste diferentes modalidades:
- **Suspensión condicional de la ejecución de la pena** (art. 77CP), que puede acordarla el Tribunal sentenciador, fijando un periodo de prueba durante el cual el penado deberá observar determinadas condiciones de entre las previstas en el art. 79 CP, con los límites del art. 80.
 - **Suspensión condicional extraordinaria de la ejecución de la pena** (art. 78 CP), que tiene el mismo régimen jurídico que la anterior: el órgano competente es el Tribunal sentenciador; aunque la norma no lo establezca expresamente, se ha de fijar también un periodo de prueba - consustancial a toda suspensión pues, de lo contrario, padecería el principio de seguridad jurídica - que tendrá la misma duración que la primera puesto que la extraordinaria solo cabe si no es posible aquélla; y, por último, las condiciones son también las mismas (art. 79 CP).
 - **Suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena** (art 84 CP). *Repárese en que, respecto de la anterior modalidad, desaparece el término “condicional”.* El órgano competente para acordarla es ahora el JVPEP; igualmente cabe la fijación de periodo de prueba y, a diferencia de las dos suspensiones anteriores, no es posible la imposición de condición, norma de conducta u obligación alguna.
 - **Suspensión condicional del procedimiento** (art. 22 CPP). Prevista para los mismos supuestos en que sea aplicable la suspensión del art. 77 CP. El órgano competente es el Tribunal que haya de dictar la sentencia, que igualmente fijará un periodo de prueba e impondrá al imputado alguna de las condiciones del art. 23 CPP. El control del cumplimiento de aquéllas corresponde, sin embargo, al JVPEP (v. art. 23). Y en cuanto a las incidencias que pueda surgir durante el plazo de suspensión, se produce un reparto competencial: a) Si el imputado se aparta considerablemente y sin justificación del cumplimiento de las condiciones impuestas, el Tribunal puede ampliar el periodo de prueba; b)



Concordancias: Art. Cn.: 185. Art. CPP:441. Ley Penit: Art. 6,24,25,33,35,36,37,43,44, 91 Inc. 2º., 92, 94. LOJ Art. : 121 a, 121 b, 121 c, 121 d, (1,2,3,4,5,6,7) decreto 261 D.O. número 62 tomo 338 31 de marzo de 1998.

Jurisprudencia: "El Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, resolvió declararse incompetente por razón de la materia, argumentando que se trata de una sentencia de condena firme y por tanto no se encuentran facultados para resolver cuestiones referidas a la ejecución penal, como lo es la suspensión condicional de la ejecución de pena, en base al art. 441 CPP, el cual delimita la competencia del Tribunal de Sentencia al adquirir firmeza el fallo que pronuncie, al conocimiento únicamente de los incidentes que se susciten relativos a la ejecución civil y destino de los objetos

Si dicho Tribunal no acuerda la ampliación, o si el imputado comete un nuevo delito o incumple el acuerdo de reparación a la víctima, en estos tres casos corresponde al JVPEP revocar la suspensión (art. 24 CPP).

En resumen, las competencias del JVPEP en cuanto a las modalidades de suspensión son las siguientes:

- acordar la suspensión del art. 84 CP
 - controlar las condiciones impuestas y, en su caso, revocar, sin intervención del Juez o Tribunal, la suspensión del art. 22 CPP.
 - Conversión de la pena de multa, en los términos que ya vimos al analizar las competencias que el CP atribuye al JVPEP respecto de esta pena.
 - Resolver aquéllas quejas que el Juez estime necesarias por su importancia.
 - Sanciones de internamiento en celda individual hasta un máximo de ocho días o cuatro fines de semana y suspensión de visitas, excepto las de Abogados y Notarios, hasta ocho días (cfra. art. 129 nº 1.2 y 3 y 132, LP). Debe advertirse que aunque la LP fije en ocho días la sanción de aislamiento, por imperativo del art. 14 CS debe entenderse reducida a cinco días como máximo. En efecto, la norma constitucional limita a tal plazo la facultad sancionatoria administrativa.
- 6ª. Decretar la extinción de la pena (art. 96 CP) y, en su caso, ordenar la excarcelación y, aunque no se diga expresamente, también de las medidas de seguridad, ordenando en su caso la salida del Centro correspondiente, vistas sus competencias respecto de las mismas (art. 52 en relación con 37. 1 LP y 95 CP).
 - 7ª. Ordenar la excarcelación para los periodos de prueba, en los términos ya señalados mas arriba respecto de la diferentes modalidades de suspensión.
 - 8ª. Modificar las reglas de conducta, obligaciones o condiciones y prorrogar el periodo de prueba. En realidad esta competencia solo corresponde al JVPEP en el caso de la libertad condicional - excepto en cuanto a la prórroga del periodo de prueba, porque dicha situación es, por definición, improrrogable - y en el de la suspensión del art. 84 CP - excepto en lo que se refiere a las reglas de conducta que, como vimos, en esta modalidad de suspensión están proscritas. En los demás casos (arts 77 y 78 CP) corresponde al Tribunal de la causa por imperativo del art. 81 CP.
 - 9ª. Realizar visitas periódicas a los Centros y entrevistarse con los internos que lo soliciten. Estas visitas tienen la doble finalidad de conocer el estado de las instalaciones, por un lado y, por otro, entrevistarse con los internos, practicar pruebas etc.
 - 10ª. Vigilar que no haya en los centros penitenciarios ninguna persona retenida ilegalmente. Cuando compruebe que la detención se ha convertido en una pena anticipada, ponerlo en conocimiento del Juez de la causa. Se refiere este mandato, a mi juicio, al caso previsto en el art. 297 2. del Código Procesal Penal, es decir, cuando el detenido provisional haya permanecido en tal situación por tiempo igual o superior a la duración de la pena prevista, considerando incluso las circunstancias de posible excarcelación: suspensión, remisión o libertad condicional.
 - 11ª. Controlar la ejecución de las penas no privativas de libertad.
 - 12ª. Resolver los recursos contra los acuerdos que dicte el CCN en materia de ubicación y traslados, asignación de fase regimental y tratamiento.
 - 13ª. Ordenar el cumplimiento de las medidas de amnistía (art. 131.26 C.S. y 104 CP), indulto (art. 121.6 C.S. y 105 CP) o conmutación de la pena (arts. 168.10º y 182.8ª C.S. Esta forma de modificación de la pena no aparece regulada, sin embargo, en el CP).

secuestrados... Por su parte la Jueza de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, de esta ciudad, también se declaró incompetente, en vista de que entre las atribuciones que taxativamente señala el art. 347 de la Ley Penitenciaria, no se encuentra el otorgar el beneficio de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la pena, considerando que es el juez que dicta la sentencia a quien corresponde pronunciarse sobre el referido beneficio, en base al art. 361 CPP... se trata de diligencias de ejecución de sentencia condenatoria firme, por lo que los Jueces de Sentencia, no obstante que están facultados para pronunciarse sobre la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en base al art. 361 CPP, en el presente caso el momento procesal oportuno para resolver dicha cuestión, ya había transcurrido, por tanto no están facultados para ejecutar sus decisiones jurisdiccionales, pues el Principio de Judicialización, contemplado en la Ley Penitenciaria, determina que toda pena se ejecutará bajo el estricto control del Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena. En el caso que nos ocupa, el referido incidente se suscitó en la etapa de ejecución de la pena, por lo que debe ser resuelto por la Jueza de Vigilancia penitenciaria y de Ejecución de la Pena, arts. 37 n°6 y 46 de la Ley Penitenciaria" (Sentencia Corte Suprema de Justicia de 28 febrero de 2000, Incidente de competencia negativo entre el Juzgado Primero de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena y el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador).

Nulidad.

Art. 56.- La inobservancia de las reglas sobre la competencia por razón de la materia producirá la nulidad de los actos, excepto los que sea imposible repetir.

Comentario: El tratamiento de la incompetencia y sus consecuencias se aborda dispersamente en este art. , en los arts. 58, 61 y 62 y en los arts 67 a 72. La desorganización es particularmente destacable si se considera que este precepto se refiere a la inobservancia de las reglas sobre competencia material y la Sección siguiente se refiere precisamente a la competencia por razón de la materia; y el art. 58 a las consecuencias procesales de la declaración de incompetencia por razón de la materia.

Esquemáticamente, puede decirse que la incompetencia por razón de la materia (objetiva, funcional) y la territorial puede ser declarada por el juez que está conociendo el asunto de oficio o reclamada por las partes. Como consecuencia de dicha declaración el procedimiento se remitirá al juez que se considera competente, quien si así lo admite conocerá del asunto: si también se considera incompetente promoverá una cuestión o conflicto de competencia que deberá ser resuelto como más adelante se verá por la Corte Suprema.

La consecuencia jurídica de la declaración de incompetencia, por la inobservancia de las reglas que fijan la competencia objetiva y funcional, es la nulidad de los actos realizados por el órgano incompetente. Las normas de competencia funcional y objetiva afectan a la estructura del proceso, cuya ordenación corresponde a la vigencia de un



determinado sistema de principios y garantías procesales. Por ello la inobservancia de dichas reglas afecta a dicho sistema, por lo que los actos realizados contraviniéndole no deben producir efectos. No obstante se salvan aquellos actos d imposible reproducción; pero aún esta salvedad puede originar importantes distorsiones: piénsese, por ejemplo, en una autorización de registro domiciliario concedida por un órgano jurisdiccional manifiestamente incompetente.

Concordancias: Art. CPP.:58,61,67 a 72, 223 y sig.

SECCION 2a. COMPETENCIA POR RAZON DE LA MATERIA

Organismos

Art. 57.- Son organismos ordinarios comunes que ejercen permanentemente competencia penal: La Corte Suprema de Justicia, la Sala de lo Penal de la misma, las Cámaras de Segunda Instancia y los Jueces de Primera Instancia a los que la ley dé tal competencia, y los Jueces de Paz.

Son organismos ordinarios especiales que ejercen competencia penal los tribunales y jueces militares.

Comentario: 1. Se enuncian en este primer art. de la Sección los órganos jurisdiccionales que tienen competencia o jurisdicción penal. La ubicación del precepto parece desacertada pues lo lógico es que figurase con anterioridad a los anteriores artículos que enuncian la competencia objetiva o funcional de cada uno de los órganos u organismos que tienen competencia penal.

Además de los órganos que se enuncian en el artículo, tienen también jurisdicción penal los órganos previstos en al jurisdicción especializada de menores, que se regula en la Ley del Menor Infractor y en la Ley de Vigilancia y Control de Medidas al Menor Infractor. La ley se aplica a los menores que cometan delitos y faltas que se encuentren entre los doce y los dieciocho años de edad. Son órganos de esta jurisdicción especializada los Juzgados de Menores que conocen en primera instancia y tienen competencia para aplicar las medidas de seguridad y las Cámaras de Menores que conocen de los recursos que se interponen contra las resoluciones que dicten los anteriores

Igualmente, como tribunales especiales de la jurisdicción ordinaria tiene jurisdicción penal los Tribunales Especiales de Tránsito, previstos en al Ley de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de Tránsito que conocen de las acciones para deducir las responsabilidades penales y civiles en casos de accidentes de tránsito terrestre ocasionados por toda clase de vehículos.

2. Ya hemos dicho que la jurisdicción es única, lo que excluye la existencia de distintas jurisdicciones para el enjuiciamiento de los delitos. No obstante conviene recordar que la Constitución vigente preveía en el art. 30 que en el supuesto de suspensión de garantía constitucionales, los delitos que se enuncian en dicho precepto serían enjuiciados por Tribunales Militares especiales mediante procedimientos que se regularían en una ley especial d procedimientos. Mediante Decreto Legislativo N° 64, de fecha 31 de octubre de 1991 que ratificó el acuerdo sobre reformas constitucionales de 29 abril de 1991 se eliminaron las jurisdicciones especiales, remitiéndose los procedimientos en trámite a los tribunales comunes.

Subsiste la jurisdicción militar como jurisdicción especializada para el juzgamiento de delitos y faltas puramente militares, jurisdicción que tiene su reconocimiento constitucional en el art. 216,²³⁴ “como régimen excepcional respecto de la unidad de al justicia” que reducirá su conocimiento a los “delitos y faltas de servicio puramente militares, entendiéndose por tales los que afecten un interés jurídico estrictamente militar”.²³⁵

3. Los D.L. N°261 y 262 la Asamblea Legislativa creó en el territorio nacional de la República Tribunales de Sentencia, Juzgados de Instrucción, Juzgados de Paz y Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de Pena; y convirtió en Juzgados de Instrucción, Juzgados de lo Penal previamente existente. Por dichos Decretos se reguló las jurisdicciones, atribuciones y residencias de los tribunales y juzgados de la República, estableciendo la estructura de la organización funcional, objetiva y territorial de la justicia en El Salvador.

Concordancias: Art. CPP: 53,54,55,55-A,67. Art. Cn: 30, 217. Art. Pn.:17 Ley Menor Infractor Art. 29, 29 LRCMYDRA Art. 33-O. Código Justicia Militar Arts. 44, 183, 189 a 193, 351.

Incompetencia.

Art. 58.- La incompetencia por razón de la materia será declarada en cualquier estado del procedimiento. El juez que la declare remitirá las actuaciones al que considere competente y pondrá a su disposición a los detenidos.

234 Reformado por D.L. de 30 enero de 1992, P.D.O.N°19, Tomo 314 , del 30 enero de 1992.

235 La jurisdicción militar se regula en el Código de Justicia Militar. Son órganos específicos de la jurisdicción militar: los Jueces de Primera Instancia Militar; las Cortes Marciales Ordinarias o Extraordinarias; las Cortes Marciales de Urgencia; y el Comandante General del Fuerza Armada. Las Cámaras de Segunda Instancia y la Corte Suprema de Justicia tienen competencia para conocer del recurso de apelación y casación, respectivamente, contra las resoluciones pronunciadas por los jueces de Primera Instancia Militar. .



No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, cuando se trate de una falta, una vez iniciada la vista pública, el tribunal estará obligado a realizar el juicio.

Comentario: Ya vimos al comentar el art. 56 anterior que la incompetencia por razón de la materia produce nulidad de los actos, salvo aquellos de imposible reproducción. La incompetencia puede ser declarada por el juez de oficio o reclamada por las partes, en este último caso en los términos que establecen los art. 69 y el art. 324 CPP. El juez o tribunal puede, en cualquier momento examinar de oficio su competencia y de considerarse incompetente declararlo así, remitiendo las actuaciones a quien considere competente, quien aceptara la competencia o la rechazará. La única excepción se produce cuando iniciada la vista pública de un procedimiento por el Tribunal de Sentencia, el hecho resulte ser una falta, en cuyo caso, en vez de remitir las actuaciones al correspondiente Juzgado de Paz, el tribunal vendrá obligado, por evidentes razones de economía procesal, a realizar el juicio.

Concordancias: Art. CPP.: 366 y sig. Art. Cn.: Art. Pn.: Ley Menor Infractor Art. 29, 129. Art. 351 y sig. CPP.

SECCION 3a COMPETENCIA POR TERRITORIO

Reglas Generales.

Art. 59.- Será competente para juzgar al imputado el juez del lugar en que el hecho punible se hubiere cometido.

En caso de delito imperfecto o tentado, será competente tanto el juez del lugar en donde se inició el hecho como el del lugar en donde se realizó el último acto de ejecución.

En caso de delito continuado o permanente, el de aquél donde cesó la continuación o permanencia.

En los casos en que se advierta que el hecho punible responde al modo de operar propio del crimen organizado o asociado, conocerán los jueces de las cabeceras departamentales, a solicitud de la representación fiscal. (8)

Comentario: 1. (Este comentario se hizo antes de la reforma que agrega el último inciso de este artículo). En los casos en que se advierta que el hecho punible responde al modo de operar propio del crimen organizado o asociado, conocerán los jueces de las cabeceras Departamentales, a solicitud de la representación fiscal. Ya hemos dicho que ante una infracción penal concreta es necesario precisar cual de los tribunales con igual competencia objetiva y funcional es el llamado a conocer entre los existentes en el territorio de la República, para lo que debe acudir a criterios que permitan determinar la competencia territorial. La Ley Orgánica Judicial en su art. 146 delimita los juzgados y tribunales que tiene competencia en cada uno de los

departamentos al República, pero ello no basta porque hace falta saber cuando conoce cada uno de ellos. Estos criterios que delimitan la competencia territorial reciben el nombre de fueros y ponen en relación un determinado tribunal de un territorio con el hecho delictivo perpetrado y que se va a enjuiciar. La regla general que establece el CPP es el denominado "*forum delicti comissi*" que establece con carácter preferente la competencia del juzgado o tribunal del lugar de comisión del delito.

Pero, recordando lo visto más arriba con relación al ámbito de aplicación de la legislación Salvadoreña, puede no ser fácil determinar donde se ha cometido el delito. Y dado que el delito tiene diversos elementos que pueden separarse conceptualmente, la definición del lugar de comisión del delito puede vincularse, en principio, al lugar en el que se ha producido alguno de estos elementos. Esta distinción ha dado lugar a las teorías de la acción y el resultado. Para los defensores de la teoría de la acción, la cuestión se vincula con la del tiempo de comisión ya que ambas reclamen una respuesta unitaria. El lugar de la comisión es el lugar de actuación de la voluntad. Desde el punto de vista contrario el lugar de comisión debe ser aquel en el que el curso causal producido por la voluntad humana ha producido un resultado, ha alcanzado su meta. La teoría de la ubicuidad mantiene que el delito se entiende cometido en todos aquellos lugares en los que el autor ha actuado, u omitido la acción, o se manifiesta el resultado.

La regla general que contempla el Código Penal en el artículo 12 es que el hecho punible se considera realizado, tanto en el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción delictuosa de los autores o partícipes, como en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado o sus efectos. En los delitos de omisión el hecho se considera realizado donde debió tener lugar la acción omitida. El Código Penal sigue por lo tanto el doble criterio: lugar de la acción u omisión, o lugar del resultado lo que lo aproxima a la teoría de la ubicuidad, al no establecer preferencia entre ninguno de ambos posibles territorios. A falta de esta preferencia la competencia corresponderá en caso de conflicto al primero que comenzó a conocer. En los delitos de comisión por omisión, el resultado producido será el que permita conocer donde debió actuar el sujeto para evitarlo eficazmente; en los delitos puros de omisión, habrá que atender al específico deber que el sujeto omite para conocer donde debía haberse cumplido, lugar determinante de la competencia.

2. El precepto contempla específicamente los supuestos de delito imperfecto o tentado, art. 24 del CP, delito continuado, art. 42 CP, y delito permanente. En el primer caso sigue un criterio cercano a la teoría de la ubicuidad expuesta, pues es juez competente para conocer tanto aquel del territorio donde se inició el hecho como el del lugar donde se cometió el último acto de ejecución. En el segundo caso los delitos continuados y permanentes se atribuyen al juez del lugar donde cesó la continuidad o la permanencia delictiva, pues este tipo de delitos la doctrina entiende que se perpetran en el momento se lleva a cabo la última acción agrupada a efectos de la unidad delictiva, por lo que el lugar de comisión, el de esta última acción, o lo que es lo mismo del cese de la actividad, será el de perpetración de todo el delito

Concordancias: Art. CPP.: 69. Art. Cn.: Art. Pn.:24, 42 LOJ Art. : 23, 37,1 46.

Jurisprudencia: “En el caso de mérito, esta Corte estima que es necesario establecer que el delito de cheque sin provisión de fondos, consiste en un ilícito que se materializa en el momento mismo en que el sujeto activo emite o gira el cheque. Por otra parte, cabe aclarar que tratándose de un Título Valor, es necesario tener en cuenta los principios que caracterizan, principalmente el de literalidad, el cual determina el alcance y modalidades de los derechos y obligaciones consignados en los mismos. En el presente caso consta, en la fotocopia del cheque agregada al proceso, que el lugar donde se libró el mismo fue esta ciudad. Así también consta, por otra parte, que la acusadora no señaló en forma inequívoca el lugar en que el cheque fue librado o emitido, como para confirmar o desvirtuar el tenor literal del Título valor que nos ocupa.

Por lo que constando en autos, que el lugar de emisión del referido título valor, fue esta ciudad, no aplica la regla subsidiaria a que hace referencia el art. 60 del Código Procesal Penal” (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 23 junio 2000).

“En el caso de mérito, esta Corte estima que, de conformidad al Decreto Legislativo 262, de 23 de Marzo de mil novecientos noventa y nueve, al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de Nueva San Salvador, le corresponde conocer de los asuntos de su competencia, tramitados en los juzgados e Paz de cada uno de los municipios del departamento de La Libertad, por consiguiente en el presente caso, tratándose de un procedimiento abreviado del cual conoció el Juzgado de Paz de Jayaque, tribunal que pertenece a la circunscripción territorial del Departamento de La Libertad, le corresponde conocer al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena de Nueva San Salvador, no obstante que, al Juzgado de Primera Instancia de Armenia le corresponde conocer de los asuntos tramitados en el Juzgado de Paz de Jayaque cuando se ordena, en los mismos, Instrucción formal, caso en el cual le correspondería conocer, de la fase de ejecución de la pena, al Juzgado Segundo de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena de Santa Ana” (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1 junio de 2000).

“Por otra parte, es de hacer notar que en este caso el hecho de que se firmara la letra de cambio en la jurisdicción de Soyapango, no constituye en ningún momento figura delictiva alguna, al contrario el hecho punible de que se conoce se materializó en el momento en que el imputado promovió la acción ejecutiva, supuestamente ilegal, en contra del señor C.R, en el Juzgado de Paz de Ilopango. Por lo que la competente para seguir conociendo este caso es la jueza de Paz de Ilopango” (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 15 Junio de 2000)

“La segunda consiste en afirmar que de acuerdo con las reglas generales de competencia territorial, será competente para juzgar al imputado el juez del lugar en que el hecho punible se hubiera cometido”, lo cual obedece indiscutiblemente, al Principio de Juez Natural y, siendo que el presente caso se refiere a una omisión, es necesario también considerar en forma armónica lo dispuesto en el inciso último del art. 12 CP, el cual establece que “en los delitos de omisión el hecho se considera realizado en el lugar donde

debió tener lugar la acción omitida". En el caso de mérito la acción de pago debió hacerse efectiva, en el Tribunal Primero de Tránsito de esta ciudad, a fin de dar cumplimiento a la resolución proveída con fecha nueve de diciembre de 1997, en la que se condena a la Alcaldía Municipal de Delgado, por medio de sus representantes, a pagar la cantidad antes referida, en concepto de indemnización por daños y perjuicios al señor M.R., de conformidad con lo dispuesto en el art. 450 CPP (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 19 mayo de 2000, Incidente de Competencia negativa entre el Juzgado Tercero de Paz de Delgado y el Juzgado Décimo de Paz de San Salvador).

"En el presente caso nos encontramos ante dos hechos delictivos autónomos que atentan contra bienes jurídicos independientes y que tienen estrecha relación entre sí. Los cuales tuvieron inicio en una demarcación judicial y consumación en parte, en dos jurisdicciones judiciales distintas. La regla que establece el art. 22 del CPP derogado es aplicable al presente caso, es decir "si una infracción se comienza a ejecutar en una demarcación judicial y se consuma en otra... conocerán a prevención el juez del lugar donde ocurrió en todo o en parte la acción u omisión y el del lugar donde se consumó"(Sentencia Corte Suprema d Justicia del Marzo de de 2000, incidente de competencia negativo suscitao entre el Juzgado de Instrucción del Municipio de Delgado y el Juzgado Primero de Instrucción del Municipio de Soyapango).

Reglas Subsidiarias.

Art. 60.- Si es desconocido o dudoso el lugar donde se cometió el hecho, conocerá el juez a prevención.

Si la ejecución del delito se inició en territorio nacional y se consumó en territorio extranjero, o viceversa, será competente el juez del lugar donde se inició la acción u omisión o, en su defecto, el juez del lugar donde se produjo el resultado o sus efectos.

En caso de extraterritorialidad de la ley penal, será competente el juez de la capital de la República que se encontraba de turno al momento de cometerse el hecho.

En los delitos cometidos a bordo de naves o de aeronaves comerciales o privadas, cuando naveguen en aguas jurisdiccionales o en el espacio aéreo nacional, será competente el juez del lugar donde arribe la nave o aeronave. Cuando la nave o aeronave no arribe en territorio nacional, será competente el juez de la capital de la República que se encontraba de turno al momento de cometerse el hecho.

Comentario:

1. El "*forum delicti comissi*" es fuero prioritario para determinar la competencia territorial. Sin embargo, no siempre es fácil conocer el lugar donde se ha cometido el delito. Por ello, los ordenamientos jurídicos suelen prever fueros subsidiarios que operan en estos casos. La legislación procesal Salvadoreña anterior al Código actualmente vigente, contemplaba como foros subsidiarios el del lugar de la aprehensión del delincuente e incluso el del domicilio del agravado u ofendido. El CPP se limita a decir, sin enunciar foros subsidiarios, que en el caso de ser dudoso o desconocido el lugar de

comisión del delito será competente el juez a prevención. El conocimiento a prevención implica que será competente, conforme a la teoría de la ubicuidad aquel juez que tenga conocimiento por haberse iniciado las primeras diligencias consecuencia de la perpetración del delito en su territorio, por haberse producido en él el resultado, o incluso, por cualquier otro fuero posible, como haberse aprehendido en el territorio al delincuente, o haberse encontrado pruebas de la perpetración del delito. Todo ello sin perjuicio de que desde el momento en que pueda determinarse donde se ha producido el delito, sea el juez del correspondiente territorio el competente para seguir conociendo del procedimiento.

2. Ya hemos dicho más arriba que el principio según el cual la ley penal sólo se aplica a los hechos cometidos en el territorio del estado, sufre importantes excepciones que se apoyan en otros principios: el principio de personal o de nacionalidad, conforme al cual las leyes del Estado se aplican a los nacionales donde quiera que se encuentren; el principio real o de defensa, conforme al cual las leyes del estado se aplican determinados delitos que representan gravísimos ataques contra bienes jurídicos de especial transcendencia, aunque se hayan cometido fuera del territorio; y el principio universal o de justicia, que permite la aplicación del derecho de cualquier estado independientemente del lugar de comisión y de la nacionalidad del autor. Los arts. 9 y 10 CP, enuncian los supuestos en los que es posible la aplicación de la ley penal salvadoreña a delitos cometidos fuera del territorio nacional de El Salvador. En estos casos el juez competente será el de la capital de la República al momento de cometer el hecho. El Art. 12 del CP dispone que el momento de la realización del hecho es el momento de la acción o de la omisión, aun cuando sea otro el tiempo del resultado.

Concordancias: Art. CPP: 69. Art. CP: 9, 10, 12.

Incompetencia.

Art. 61.- En cualquier estado del procedimiento, el juez que reconozca su incompetencia territorial remitirá las actuaciones al competente y pondrá a su disposición los detenidos, sin perjuicio de realizar los actos urgentes de investigación.

Sin embargo, la competencia territorial de los tribunales de sentencia o del jurado no podrá ser objetada, ni modificada de oficio, una vez iniciada la vista pública.

Comentario. Como ya vimos, que el art. 58 CPP, autorizaba declarar la incompetencia por razón de la materia en cualquier estado del procedimiento. Otro tanto sucede con la competencia territorial, sin perjuicio de que las partes sólo puedan reclamarla en los términos de los arts. 69 y 324 CPP. Al igual que en el caso anterior, el juez que se declare incompetente remitirá las actuaciones a quien considere como tal, pero a diferencia de caso anterior y por no afectar la competencia territorial a la estructura del proceso y subsiguiente sistema de garantías, el juez debe realizar los actos urgentes de investigación. Ya se ha visto la abundante jurisprudencia que impone al

Juez de Paz realizar la audiencia inicial, aunque no se considere competente. La norma de carácter general que permite en cualquier momento declinar la competencia, tiene una excepción: cuando se haya iniciado la vista pública ante el Tribunal de Sentencia O ante el Jurado. Por ello cabría decir que el término para declinar la competencia es desde el inicio de las actuaciones hasta el inicio de la vista pública en los procedimientos por delitos.

Concordancias: Art. 69, 58,69,324 CPP.

Nulidad.

Art. 62.- La inobservancia de las reglas sobre competencia territorial sólo producirá la nulidad de los actos de investigación cumplidos después de que se haya declarado la incompetencia.

Comentario: A diferencia de lo que acontece con las normas de competencia por razón de la materia, la inobservancia de las normas por razón del territorio no produce la nulidad de los actos procesales, sino que estos producen plena eficacia, salvo cuando la incompetencia ya haya sido formalmente declarada. Las normas de competencia territorial están dirigidas a la distribución de los asuntos entre los distintos juzgados del territorio. Si el procedimiento que se ha seguido es el adecuado y el órgano que conoce es por su categoría y naturaleza de los llamados a conocer, es lógico que la incompetencia atendida exclusivamente a razones de territorio no produzca la nulidad en cuanto no afecta esencialmente al proceso ni produce una minoración de las garantías del justiciable.

Concordancias: Art. CPP: 224 inc. 1º. Número 1.

SECCION 4a

COMPETENCIA POR CONEXION

Casos de Conexión.

Art. 63.- Los procedimientos serán conexos:

- 1) Si los hechos imputados han sido cometidos simultáneamente por varias personas reunidas; o, aunque hayan sido cometidos en distintos lugares o tiempos, cuando ha mediado acuerdo entre ellas;
- 2) Si un hecho ha sido cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro, o para procurar al culpable o a otros, el provecho o la impunidad; y,
- 3) Cuando a una persona se le imputen varios hechos, aun cuando hayan sido cometidos en diferentes lugares o sean de distinta gravedad, siempre que no se trate de un hecho de competencia privativa.

Comentario. El proceso Penal, como instrumento a través del cual, en su

caso se castigan lo delitos y faltas, ha de iniciarse cuando aparezca una infracción penal, de forma que es regla general que para la averiguación y enjuiciamiento de cada hecho delictivo debe abrirse un proceso penal independiente. Ello es consecuencia procesal de la evolución al derecho penal liberal, cuando pasó de ser un derecho penal de autor a un derecho penal del hecho. La consecuencia es doble: los hechos delictivos solo pueden ser juzgados una vez y cada hecho debe ser objeto de un proceso, con independencia de los demás posibles delitos que haya podido cometer el imputado. Esta regla general sufre una alteración en los supuestos en los que por razones de economía procesal, por enjuiciarse delitos en una relación de concurso o para no dividir la continenencia de la causa y evitar llegar a resultados procesales contradictorios, diversas personas o distintos delitos se enjuician conjuntamente, de forma que se produce una inobservancia de las reglas que determinan las normas de la competencia territorial u objetiva. Atendiendo a los elementos comunes que ocasionan un tratamiento procesal conjunto de estos delitos, suele distinguirse entre conexidad subjetiva cuando los elementos comunes traen su causa de los imputados y conexidad objetiva, cuando traen su causa de los hechos supuestamente delictivos.

El primer apartado del precepto contempla distintos supuestos de conexidad subjetiva. En el primer caso no se exige expresamente que exista pacto criminal, aunque lo normal es que este exista; pero cabría actuación simultánea sin pacto delictivo por ejemplo en un supuesto de delitos cometidos con ocasión de desordenes públicos. El segundo supuesto prescinde de cualquier identidad de lugar y tiempo, bastando el acuerdo, el pacto criminal entre todos los intervinientes, para el enjuiciamiento conjunto. El segundo apartado es un caso de conexidad objetiva en el que se atiende a la relación que existe entre determinados delitos. Contempla el concurso ideal, más concretamente medial de delitos, al que se refiere el art. 40 del CP al decir que hay concurso ideal cuando un hecho delictuoso sea medio necesario para cometer otro. El último apartado contempla un supuesto en el que existe conexidad subjetiva, pues son delitos que se imputan a la misma persona. El precepto es muy amplio ya que no se pide ninguna relación especial entre los delitos, más allá de que no sean objeto de competencia privativa (¿delitos de acción privada?)

Concordancias: Art. CPP: 64,65,66,67 y sig., 320 inc. 1º. Número 11
Art. CP: 40.

Efectos de la Conexión.

Art. 64.- Cuando se sustancien procedimientos conexos por delitos de acción pública, se acumularán y será competente:

- 1) El juez que conozca del hecho más grave;
- 2) Si los hechos están sancionados con la misma pena, el juez del lugar en que se cometió el primero; y,
- 3) Si los hechos son simultáneos o no consta debidamente cuál se cometió primero, el juez que haya prevenido.

Comentario: Las reglas de conexidad suponen una derogación de las normas de competencia territorial que se sustituyen por las previstas en este art. , de forma que el juez de un territorio al que le correspondería conocer de un delito cede su competencia a favor de aquel de otro territorio que conoce un delito más grave; si ambos delitos están sancionados con la misma pena el del lugar en el que se cometió primero ; y en los caso de simultaneidad, o cuando no conste cual se cometió primero, en regla similar a la del art. 59 CPP cuando es desconocido el lugar, el juez que haya prevenido o haya actuado primero. Renuérdense las reglas ya citadas del art. 12 CP para precisar el momento de realización del delito.

El efecto esencial de la conexión es la acumulación de procesos en un solo procedimiento de forma que todos sean resueltos por un solo juez o tribunal y en una sola sentencia, cuyos pronunciamientos se extenderán a todos los hechos enjuiciados.

Concordancias: Arts. CPP: 26,28,60,65

Excepción de Acumulación

Art. 65.- La acumulación no será ordenada cuando pueda producir un grave retardo en alguno de los procedimientos, sin perjuicio del conocimiento de un único juez.

No se acumularán procedimientos por delitos de acción pública con procedimientos por delitos de acción privada.

Comentario. Si una de las razones a las que obedece la acumulación es, precisamente, la economía procesal para que se eviten la duplicidad de actos procesales de similar contenido con el objetivo de evitar también dilaciones inútiles, es normal que la acumulación no tenga lugar cuando va ser contraproducente, y provocar un mayor retardo procesal. La prohibición de acumulación de delitos de acción pública y acción privada, obedece al distinto tratamiento procesal de ambas categorías atendiendo a la diversidad de intereses protegidos: en los delitos de acción privada no hay instrucción ni investigación pública propiamente dicha y por ello se regulan por el procedimiento especial previsto en los arts. 400 a 405 CPP.

Concordancias. Art. CPP: 26,28,64,67, 400 a 405.

Unión y Separación de Juicios.

Art. 66.- Si por el mismo hecho punible atribuido a varios imputados se han formulado diversas acusaciones, el tribunal podrá ordenar la acumulación. Siempre que ello no ocasione un grave retardo del procedimiento.

Si la acusación se refiere a varios hechos punibles, el tribunal podrá disponer que las vistas públicas se lleven a cabo separadamente.



En los dos incisos anteriores podrá hacerse la unión y separación de juicios siempre que con ello no ocasione grave retardo del procedimiento.

Comentario. Contempla la posibilidad de que si, no obstante la conexidad subjetiva del art. 63-1 CPP, la tramitación de las distintas causas ha sido separada, dando lugar a distintas acusaciones, el tribunal pueda acordar la celebración de un único juicio acumulando los distintos procedimientos. La segunda previsión parece se refiere al supuesto de acumulación del art. 63-3, cuando se hayan acumulado en la fase de instrucción determinados delitos cometidos por la misma persona. Se autoriza al tribunal que va a conocer en este caso, pese a la reglas generales de conexidad a que desacomule, pero la decisión debe obedecer lógicamente a buenas razones que justifiquen el incumplimiento de la previsión general, como la imposibilidad de enjuiciar todos los delitos juntos sin ocasionar un grave retraso, por las dificultades para hallar a un testigo, por ejemplo, siendo posible el enjuiciamiento de los demás hechos. Si conforme al art. 65 CPP constituye una excepción al mandato de acumulación la posibilidad de un grave retraso, es normal que esa posibilidad también suponga un impedimento para las previsiones de este precepto.

Concordancias: Arts. CPP: 63,64,65,320 inc. 1º. Numero 1.

SECCION 5a CUESTIONES DE COMPETENCIA

Improrrogabilidad y Prelación.

Art. 67.- La competencia de los tribunales será improrrogable.

Si por un mismo hecho son competentes un tribunal ordinario y otro de conocimiento privativo, prevalecerá la competencia ordinaria.

Comentario. Ya vimos más arriba que la competencia de los tribunales es improrrogable, indelegable y que las normas que la regulan son de derecho necesario y, por lo tanto, la atribución de la competencia no puede quedar sujeta a la determinación de las partes. Este carácter necesario, obliga a que el juez que está conociendo un asunto deba examinar de oficio su propia competencia para determinar si conforme a los criterios antes expuestos le corresponde objetiva, funcional y territorialmente conocer de un asunto y en consecuencia declararse competente o no. La incompetencia podrá ser reclamada por las partes, si alguna entiende que el juez que está conociendo el asunto no es el que conforme a las normas debe hacerlo. La cuestión de competencia por lo tanto se plantea cuando el juez que está conociendo un asunto se considera incompetente, o cuando no esta conociendo y se considera competente, o cuando las partes consideran a un determinado juez competente o incompetente para conocer, en contra de lo que está sucediendo. Las cuestiones pueden ser positivas o negativas: en el

primer caso dos órganos jurisdiccionales se consideran competentes para conocer; en el segundo los órganos en conflicto se consideran incompetentes ambos.

2. El segundo apartado del precepto se refiere a un criterio para la determinación de la competencia objetiva, cuando distintas normas atribuyan el conocimiento de un hecho a distintos tribunales se establece el carácter preferente de los Tribunales ordinarios.

Concordancias: Art. CPP: 26,28,57,65 inc. 2º.

Tribunal Competente.

Art. 68.- Si dos jueces se declaran contradictoriamente competentes o incompetentes para conocer un hecho, el conflicto será resuelto por la Corte Suprema de Justicia, según las reglas de competencia.

Comentario. Se atribuye el conocimiento de la cuestión de competencia sea objetiva, funcional o territorial a la Corte Suprema de Justicia. Debe tenerse en cuenta como criterio general que no podrán suscitarse cuestiones de competencia entre jueces y tribunales subordinados entre sí: el principio de jerarquía que determina dicha subordinación implica que al resolución que adopte el tribunal superior vincula al tribunal que le está subordinado. El tribunal inferior, por ello, no podrá reclamar nunca la competencia al superior, sin perjuicio pueda exponerle su posición en exposición razonada. El tribunal superior, si considera que le corresponde el conocimiento de lo que está conociendo el inferior, se limitará a reclamarlo. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la competencia funcional puede atribuirse sin atender a criterios jerárquicos ya que el conocimiento de un órgano otro puede depender de su función en el proceso atendiendo a sus diferentes fases, pero sin que ello implique subordinación. La división jerárquica clara es la que efectúa la Constitución entre jueces de Primera Instancia y Cámaras de Segunda Instancia. Y a este respecto viene a cuento al Jurisprudencia de la Corte Suprema que considera son Jueces de Primera Instancia todos los “funcionarios judiciales que participan en el desarrollo de la misma. En otras palabras tal acepción se refiere tanto a los Jueces de Paz, como a los de Instrucción y a los de Sentencia”.²³⁶ En consecuencia entre estos jueces que participan en el proceso no hay subordinación jerárquica salvo en aquellos casos que expresamente se prevea tal dependencia. Éste es el caso del Juicio de Faltas en el que el Juez de Instrucción actúa como órgano jerárquico superior con respecto al Juez de Paz, de acuerdo con el art. 395 del CPP.

236 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 15 Junio de 2000, incidente de competencia negativa entre el Juzgado Primero de Paz de Soyapango y el Juzgado de Paz de Ilopango). Vid jurisprudencia incluida en el art. 55 CPP



Concordancias: Art. CPP: 50 inc. 1º. Número 2, 281.

Jurisprudencia: “En el caso de mérito esta Corte considera que no se ha producido conflicto de competencia alguno, pues éstos se suscitan cuando dos jueces de forma expresa y contradictoria se declaran competentes o incompetentes para conocer de un mismo proceso. Consta en el presente proceso que ninguna de las juzgadoras se declaró incompetente para conocer de los hechos que se investigan, y que fue la actitud de la Jueza Primera de Paz de San Martín, de no reponer las actuaciones anuladas por la Jueza de Instrucción de Ilopango lo que generó el aparente conflicto de competencia.

En reiteradas ocasiones, esta Corte, ha sostenido que cuando un juez declara la nulidad de un acto procesal y orden su reposición al tribunal correspondiente, no afecta, ni violenta el Principio de Independencia Judicial, al contrario lo que hace es cumplir fielmente y respetar el Principio de Especialidad de la función jurisdiccional o competencia funcional, en virtud del cual los actos procesales deben ser realizados únicamente por tribunales competentes” (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 30 mayo de 2000, incidente de competencia negativa entre el Juzgado de Instrucción de Ilopango y el Juzgado de Paz Primero de San Martín).

Promoción.

Art. 69.- Sólo a partir del auto de instrucción y hasta la audiencia preliminar las partes podrán interponer la excepción de incompetencia ante el juez que conozca el asunto.

Comentario. Las partes no pueden proponer por lo tanto la cuestión de competencia durante la fase inicial del procedimiento debiendo esperar a que por el juez de Instrucción se dicte el correspondiente auto de instrucción previsto en el art. 266 CPP. Ello corresponde una particularidad con respecto al tratamiento de las excepciones que conforme al art. 277 CPP podrán interponerse a partir de la audiencia inicial. El término máximo para su interposición concluye con el la audiencia preliminar: el art. 316 CPP prevé que en los cinco días a los que se refiere el art. 315 las partes podrán plantear las excepciones previstas en el Código cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos que deberán ser resueltas por el juez de instrucción, inmediatamente después de finalizar la audiencia.

Concordancias. Art. CPP: 61,266, 277.

Declinatoria.

Art. 70.- La incompetencia se sustanciará en la forma establecida para las excepciones de previo y especial pronunciamiento.

Comentario. El trámite de las excepciones es el que se recoge en los arts. 278

y siguientes del CPP, que considera a la incompetencia una excepción, incluida en el art. 277. Se interpone por escrito o en una audiencia oral, ante el juez que está conociendo y del que se considera carece de competencia., pidiéndole que decline el conocimiento a favor del que se considera competente. Se oye a las otras partes por tres días en el primer caso y de inmediato en el segundo. Si no es precisa la práctica de prueba se resuelven por la juez en los tres días siguientes, si debe practicarse prueba, salvo que se cause un agravio irreparable un retraso inconveniente, su resolución se difiere a la audiencia preliminar. Si la excepción de falta competencia, que deberá ser resulta antes que las demás se admite, el juez remitirá las actuaciones al competente y pondrá a su disposición a los detenidos, sin perjuicio de realizar los actos de instrucción que considere urgentes. La resolución, auto, que en uno u otro sentido dicte el juez es apelable ante la Cámara de Segunda Instancia.

El art. 324 admite la posibilidad de que las excepciones, y entre ellas la incompetencia, se planteen ante el Tribunal de Sentencia dentro de los cinco días siguientes de notificada la convocatoria a la vista pública del juicio plenario, en cuyo caso será resueltas por uno solo de los jueces del tribunal. Pero deberán ser excepciones que se funden en hechos nuevos, es decir de los que se haya tenido conocimiento con posterioridad a la preclusión del término ordinario para proponerlas, que en el caso de la incompetencia es el ya visto que va desde el auto de instrucción a la audiencia preliminar. En los casos de delitos de acción privada que carecen de la fase previa de instrucción, éste será el momento adecuado para proponer la excepción.

Concordancias. Art. CPP : 277a 281, 284.

Efectos.

Art. 71.- Las cuestiones de competencia no suspenderán la instrucción ni la audiencia preliminar. Si se produce durante la audiencia, la cuestión será resuelta de inmediato, sin suspender el acto, salvo que sea indispensable para realizar una investigación sumaria.

Comentario. El tratamiento, es el mismo que establece el art. 280 para todas las excepciones. Si se presenta por escrito el incidente se tramita por separado sin perjuicio de continuarse al instrucción Si se presenta en al audiencia, tras oír a las otras partes, se resuelve de inmediato, u como hemos visto con carácter previo a las demás excepciones que puedan proponerse

Concordancias: Arts. CPP: 277 y sig, 72.

Validez de los Actos.

Art. 72.- Al resolver el conflicto se determinarán las actuaciones del juez incompetente que conservan validez, sin perjuicio de la ampliación por el competente.

Comentario: La Corte Suprema, al resolver el conflicto de competencia, además de declarar a que juez o tribunal considera competente, deberá determinar atendiendo a las normas de los arts. 56 y 62 que actos procesales conservan validez y cuales deben considerarse nulos.

Concordancias. Art. CPP.:56,62,64,70,71.

SECCION 6a IMPEDIMENTOS

Motivo de Impedimento.

Art. 73.- El juez estará impedido de conocer en una causa:

- 1) Cuando en el mismo procedimiento haya pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia, o haya intervenido como fiscal, defensor, mandatario, denunciante, querellante o acusador, o haya actuado como perito o conozca el hecho como testigo;
- 2) Si es cónyuge, compañero de vida o conviviente, hijo o padre adoptivo o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de algún interesado, o éste vive o ha vivido a su cargo;
- 3) Cuando él, su cónyuge, compañero de vida o conviviente, hijo o padre adoptivo o algunos de sus parientes en los grados preindicados tenga interés en el procedimiento;
- 4) Si es o ha sido tutor o ha estado bajo tutela de alguno de los interesados;
- 5) Cuando él, su cónyuge, compañero de vida o conviviente, hijo o padre adoptivo o sus parientes, dentro de los grados referidos, tengan juicio pendiente iniciado con anterioridad, o sociedad o comunidad con algunos de los interesados, salvo la sociedad anónima;
- 6) Si él, su cónyuge, compañero de vida o conviviente, padres o hijos adoptivos u otras personas que vivan a su cargo, han recibido o recibiere beneficios de importancia de algunos de los interesados, o si después de iniciado el procedimiento han recibido presentes o dádivas aunque sean de poco valor;
- 7) Si él, su cónyuge, compañero de vida o conviviente, padres o hijos adoptivos, u otras personas que vivan a su cargo, son acreedores, deudores o fiadores de algunos de los interesados, salvo que se trate de instituciones bancarias o financieras;
- 8) Cuando antes de comenzar el procedimiento haya sido denunciante o acusador de algunos de los interesados, o denunciado o acusado por ellos, salvo que circunstancias posteriores demuestren armonía entre ambos;
- 9) Si ha dado consejos o manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el procedimiento;
- 10) Cuando tenga amistad íntima o enemistad capital entre el juez o cualquiera de las partes o si ha habido entre cualquiera de ellos y el juez agresión o amenazas graves o escritas;

- 11) Cuando en la causa ha intervenido o intervenga como juez algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, el cónyuge y el compañero de vida o conviviente.

A los fines de este artículo, se considerarán interesados el imputado y la víctima, aunque esta última no se haya constituido en parte, lo mismo que sus representantes, defensores y mandatarios.

Comentario. 1. Como apunta Ernesto Pedraz Penalva,²³⁷ a efectos analíticos es posible separar la imparcialidad de la independencia, por cuanto la esfera de la actuación de los órganos jurisdiccionales, que no debe ser allanada por nadie, marca el ámbito en el que debe actuar la ley; es decir el juez independiente es el que en ese espacio competencial, que le viene constitucionalmente reconocido con carácter exclusivo, lleva a cabo su función de aplicar la ley. Juez imparcial es el sometido a la ley. La imparcialidad agrega a la independencia el componente dinámico que encierra y precisa su rogada actualización procesal. De este modo la imparcialidad debe predicarse y exigirse procesalmente, o sea, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el caso concreto, al desarrollar por tanto la función jurisdiccional.

2. El principio general de la independencia del Poder Judicial que consagra el art. 172 de la Constitución al atribuir al Órgano Judicial en exclusiva la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se complementa en el art. 3 CPP cuando dispone que los magistrados y jueces competentes en materia penal, sólo estarán sometidos a la Constitución de la República, y a la legislación secundaria, y sus actuaciones serán imparciales e independientes.

La imparcialidad del juez exige que no sea formalmente parte, es decir que sus intereses no concurren con los de ninguna de las partes en el proceso. Como resumía Goldschmidt, nadie puede ser juez en su propia causa. La imparcialidad requiere, además, que este tercero decisor que es el juez ponga de lado a la hora de juzgar todas sus consideraciones subjetivas.²³⁸ No será imparcial el juez si lleva a la solución del caso su criterio personal, propio, en lugar del social formalmente publicitado a través de la ley; si sustituye esa voluntad general por la individual no habrá decidido conforme a la ley, habrá sido arbitrario y de este modo parcial, pues habrá aplicado al caso concreto una solución particular y no la general.²³⁹ Y para evitar esta posibilidad es también preciso que ninguna circunstancia ajena a su función pueda influir en ésta.

La imparcialidad del juez es una condición tan esencial a la actuación jurisdiccional del Derecho, que sin su clara manifestación bien pudiera decirse que no existe proceso o, cuanto menos, que éste no es jurisdiccional. No es irrazonable, por

237 Pedraz Penalva, E., *Derecho Procesal Pena*, I, cit. Madrid. 2000

238 Vid. Arias Domínguez, A. La abstención y recusación de jueces y magistrados. EDERSA. Madrid. 1999

239 Pedraz Penalva, E. Obra citada.

tanto, argumentar que la imparcialidad judicial deriva, en última instancia, del principio de legalidad en su vertiente procesal. Es decir si este principio arguye la necesaria existencia de un proceso con carácter previo a la imposición de una condena, y si el proceso jurisdiccional no existe sin imparcialidad del decisor, el silogismo bien pudiera terminarse afirmando que la imparcialidad del juzgador deriva del principio de legalidad procesal.²⁴⁰ El principio de imparcialidad constituye por lo tanto una garantía de un juicio justo. Es por ello recogido en el art. 10 de la DUDH y en el art. 14 del PIDCP.

3. Se ha destacado²⁴¹ que si la no consideración de parte es algo objetivo, la influencia o no en el juicio de circunstancias ajenas al cumplimiento de la función es subjetivo, de modo que no cabe constatar objetivamente la imparcialidad o parcialidad. Pero aunque la imparcialidad sea subjetiva, lo que hace la ley es objetivarla y así establece una relación de situaciones que pueden constatare objetivamente, en las que el juez puede convertirse en sospechoso de parcialidad, y ello con independencia de que en realidad cada juez sea capaz o no de mantener su imparcialidad. Es por ello que la ley establece un elenco cerrado de situaciones objetivadas que podían comprometer la imparcialidad del juez y poner sus resoluciones bajo sospecha. En estas situaciones el juez está impedido para conocer, por prohibírselo la ley. De ahí que el CPP las denomine impedimentos.

4. El elenco de impedimentos que enuncia el precepto comentado pueden agruparse indicando que hacen referencia a relaciones de parentesco, afección, desafección, interés o a la relación del juez con el asunto. El apartado 1) recoge impedimentos que se derivan de la relación del juez con el proceso por ser parte en el mismo, haber actuado en éste en condición distinta a la de juez, o haber pronunciado como juez sentencia en aquel (supuestos de nulidad de la sentencia o en aquellos casos que integre el tribunal que resuelve el recurso contra su propia sentencia), pues esa última circunstancia podría viciar la sentencia posterior que tuviese que dictar. El primer inciso del apartado 3º, utilizando una cláusula más general, se refiere a todos aquellos supuestos en los que el juez tiene interés en el procedimiento. Los demás casos contemplan situaciones de parentesco, amistad o enemistad del juez con los interesados o la existencia de relaciones de cualquier tipo con éstos que puedan influir en su imparcialidad. El precepto utiliza un concepto amplio de “interesado” comprensivo del imputado, la víctima, sus representantes, defensores y mandatarios.

Aunque en principio todos los impedimentos comprometen la imparcialidad del juez para el CPP no lo hacen todos con la misma intensidad, como se verá en el art. siguiente que permite al juez seguir conociendo del asunto si el impedimento que concurre es de los enunciados en los números 7 a 11 del art. Ello permite distinguir entre impedimentos absolutos y relativos, cuando deba el juez dejar de conocer siempre, o cuando las partes puedan habilitarle mediante su aceptación para que continúe actuando en el procedimiento.

240 Arias Domínguez, A. Obra citada.

241 Montero Aroca, J. Derecho Jurisdiccional. Barcelona. 1994

Concordancias: Arts. Cn.: 16 inc. 1, 172. Arts. CPP: 3, 8, 9, 12, 13, 77, 78, 83, 86, 95, 107, 185, 195, 199, 437.

Jurisprudencia: “La imparcialidad del juzgador es una de las garantías esenciales de un proceso justo (Sentencias del TEDH de 17 enero de 1970, caso Delcourt; de 22 de abril de 1994, caso Saraiva de Carbalho; y de 28 octubre de 1998, caso Castillo-Algar, entre otras).

“La presunción de imparcialidad, subjetiva, de que gozan los jueces y magistrados –de modo que se les considera imparciales mientras que no se demuestre lo contrario– no permite olvidar que las apariencias son muy importantes porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, pero no basta para apartar a un determinado juez del conocimiento de un concreto asunto con que las sospechas o dudas de su imparcialidad surgan en la mente de quien recusa, sino que es menester determinar caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, conforme a los criterios antes expuestos, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas” (Sentencias del TEDH de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber; de 29 agosto de 1997, caso Worm; y de 29 de octubre de 1998, caso Castillo-Algar, entre otras).

Recusaciones Perentorias:

Art. 73-a Las partes, luego de interrogar a los jurados seleccionados, sin perjuicio de las causas de impedimento que señala el artículo anterior, podrán excluir a un número máximo de tres personas sin necesidad de exponer y fundamentar la petición.⁽⁹⁾

Excusa y Excepción.

Art. 74.- El juez deberá excusarse en cuanto conozca alguno de los motivos que prevé el artículo anterior, aunque haya intervenido antes en el procedimiento.

Los interesados, de común acuerdo, podrán solicitarle que siga conociendo, siempre que el motivo indicado no esté previsto en alguno de los seis primeros números del artículo anterior. En este caso, resolverá dentro de las veinticuatro horas, declarándose hábil y su decisión será irrecurrible.

Comentario. 1. La concurrencia de alguno de los impedimentos obliga al juez a excusarse para no comprometer su imparcialidad. Esta espontánea inhibición del juez del conocimiento del asunto debe producirse siempre que concurra alguna de las causas tasadas, con independencia de que considere que no se ha visto comprometida su objetividad. A diferencia de otros ordenamientos²⁴² la excusa debe producirse siempre que concurra una causa tasada, pero sólo cuando concurra precisamente una

242 Así el ordenamiento italiano admite la excusa del juez cuando existan “graves causas que lo aconsejen”.

* Este artículo se incorporó posterior a la fecha en que se hicieron los comentarios.



de éstas causas. No existe posibilidad de excusarse por causas distintas a las previstas por la ley ni siquiera aunque su contenido sea semejante. La excusa aparece así configurada como un deber exigible al juez, pues en su función de juzgar se integra la obligación de garantizar el derecho al juez imparcial. El juez debe excusarse siempre desde el momento en que tenga conocimiento de que concurre alguno de los impedimentos, cualquiera que sea la fase en la que se encuentre el proceso.

2. El juez tiene, pues, el deber de excusarse siempre. No obstante, si se trata de uno de los impedimentos que hemos denominado relativos, los comprendidos en los números 7 a 11 del art. anterior, en la medida que la imparcialidad del juez se ve comprometida de forma menos intensa, las partes pueden solicitarle que continúe en el conocimiento del asunto. La finalidad del precepto es, sin duda, evitar nuevas dilaciones, cuando el vínculo que une al juez con el objeto del proceso es tan tenue que, previsiblemente, no va a afectar a su objetividad, tanto más si de actuaciones procesales anteriores las partes cuentan ya con los suficientes indicios de que aquella no se va a ver comprometida. No obstante, debe recordarse que los impedimentos obedecen no sólo a causas objetivas que comprometan la imparcialidad, sino que también tratan de evitar la sospecha de que se haya producido ésta, y la sospecha persistirá para quien reciba una resolución desfavorable, aunque haya aceptado el conocimiento del juez en el que concurre algún impedimento relativo.

El mantenimiento en el conocimiento del asunto debe solicitarse por los interesados, aquellos a los que se refiere el último inciso del art. 73 CPP, de común acuerdo, y debe ser admitido por el juez. Precisamente porque las partes han dado previamente su consentimiento, no existe posterior recurso a la decisión que pueda adoptar el juez.

Concordancias: Art. CPP: 73

Tribunal Competente.

Art. 75.- Corresponderá al tribunal inmediato superior, si se trata de jueces unipersonales o de un tribunal en pleno y a los restantes miembros, cuando el afectado sea uno sólo de los jueces de un tribunal colegiado, resolver sobre la excusa o recusación de los jueces y magistrados.

El Juez de Instrucción resolverá la de los Jueces de Paz dentro del área territorial de su competencia.

Comentario: Este art. se complementa con el siguiente y en ambos se establece el trámite que debe darse a la decisión del juez de excusarse por concurrencia de algún impedimento.²⁴³ El juez que considera que está impedido para conocer debe formular la excusa ante el juez o tribunal superior. Por lo tanto, el juez de paz la presentará ante el juez de instrucción, según específicamente se prevé, y el juez de instrucción ante la Cámara de Segunda Instancia. Si el juez forma parte de un tribunal colegiado son los restantes miembros ante los que se presenta la excusa y son estos los

243 Vid. Quintanilla Navarro, L H., *Derecho Procesal Salvadoreño*, con JM^a Casado y otros. El Salvador, 2000.

llamados a resolver. Si todo el tribunal se ve afectado por el impedimento se presentara la excusa ante el tribunal superior, las Camaras de Segunda Instancia si el impedido es un Tribunal de Sentencia y La Corte Suprema si las impedidas son éstas. La solicitud será fundada y según se desprende del siguiente art. deberá contener la petición de ser reemplazado por quien corresponda. El juez, el tribunal o los miembros del tribunal ante los que se presenta la excusa deben resolver si concurren los impedimentos que la justifican. Si aprecian que no existe impedimento quien presentó la excusa seguirá conociendo del asunto.

Concordancias: Arts. CPP. 51,53,54,55.

Trámite de la Excusa.

Art. 76.- El juez que se considere impedido solicitará, por resolución fundada, su reemplazante para que tome conocimiento de la causa inmediatamente y prosiga su curso.

Si el reemplazante estima que el impedimento no tiene fundamento, elevará los antecedentes a la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia para que resuelva sobre el impedimento.

Comentario. Ya hemos visto que corresponde al juez o tribunal jerárquicamente superior, o a los otros integrantes del tribunal colegiado, pronunciarse sobre la excusa planteada. De estimar concurren los impedimentos puestos de manifiesto por el juez, el procedimiento pasa al reemplazante legalmente previsto. Si éste acepta el conocimiento del asunto sustituye al juez que formuló la excusa. Caso contrario, si entiende que el impedimento no tiene fundamento, debe someter la controversia a la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Este trámite parece innecesario, al menos en los casos en los que la excusa se ha planteado ante un juez o tribunal jerárquicamente superior, pues si éste ya se ha pronunciado y ha admitido la excusa su decisión debería ser también vinculante para el reemplazante.

Concordancias: Art. CPP.: 3 inc. 3º., 76.

Recusantes.

Art. 77.- Bastará la existencia de uno de los motivos previstos en esta sección para que las partes, sus defensores y mandatarios puedan recusar al juez.

Comentario. 1. La recusación es una solicitud procesal de parte por la que se pretende el apartamiento del juez que está conociendo de un concreto asunto por considerar que concurre alguno de los impedimentos expresamente previstos en la ley, que pueden comprometer su imparcialidad. La doctrina ha distinguido la excusa y la recusación indicando que mientras la primera actúa como un mecanismo “profiláctico-



co” en el procedimiento, la segunda tiene un contenido “terapéutico”, cuando el juez que debía haberse excusado no lo ha hecho, por lo que se requiere la intervención de las partes para asegurar la imparcialidad. Tradicionalmente se ha considerado la recusación un derecho de la parte, y por ello renunciable. La ley entiende que implícitamente esta renuncia se produce cuando la parte que podría recusar deja transcurrir el plazo preclusivo para ello.²⁴⁴

2. La legitimación para interponer la recusación se atribuye a las partes, sus defensores y mandatarios. Y debe tenerse en cuenta que la legitimación corresponde tanto a quien podría verse perjudicado por la relación del juez con el objeto del pleito como a quien pudiese verse favorecido. Así, por ejemplo, nada se opone a que en el caso del art. 73-4 CPP la recusación la presente el tutor o el sometido a tutela, aunque en principio la norma trata de precaver la parcialidad precisamnte a favor de quien se encuentre en dicha situación. Debe tenerse también en cuenta que la recusación debe presentarse por las partes, sus defensores y representantes. El perjudicado o la víctima que no es parte no puede recusar, salvo que se constituya como tal.

Por lo demás, las causas de la recusación son las mismas que las de la excusa, pues en definitiva una y otra no son sino determinados mecanismos procesales dirigidos a salvaguardar la imparcialidad del juez ante iguales circunstancias que podrían comprometerla. El precepto aclara que bastará uno sólo de los motivos previstos en el art. 73 del CPP para que pueda presentarse la recusación, lo que constituye una aclaración innecesaria, pues es evidente que al igual que en el supuesto de excusa basta que concurra un sólo impedimento.

Concordancias: Art. CPP: 73.

Tiempo y Forma de Recusar.

Art. 78.- La recusación será interpuesta, bajo pena de inadmisibilidad, por escrito que indique los motivos en que se basa y los elementos de prueba, en las oportunidades siguientes:

- 1) Si se trata del Juez de Paz, en la audiencia inicial;
- 2) Si se trata del juez de instrucción, hasta veinte días antes de la audiencia preliminar;
- 3) Si se trata de un juez de tribunal de Sentencia, dentro de los cinco días después de notificada la fecha para la vista pública; y,
- 4) Si se trata de un magistrado, en el término del emplazamiento del recurso o al deducir el de revisión.
- 5) Si se trata de un Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la

244 Domínguez Arias, A. Obra citada.

Pena, en la audiencia para resolver una queja o un incidente.

Sin embargo, la recusación que se fundamente en una causa producida o conocida después de los plazos señalados, podrá deducirse dentro de las veinticuatro horas a contar de la producción o del conocimiento. (2)

Comentario. A diferencia de la excusa que puede plantearse en cualquier momento del procedimiento, aunque debe producirse en cuanto el juez tenga conocimiento del impedimento, el plazo para la interposición de la recusación precluye si no se formula en los términos más arriba señalados. Se quiere evitar con ello que la parte que tiene conocimiento del impedimento espere a que se produzca la actuación judicial para ver si ésta es favorable a sus intereses y caso contrario formular la recusación. Por ello, la recusación debe plantearse luego que se tiene conocimiento del juez a quien le corresponde actuar, y en la primera oportunidad, antes de que la actuación de éste sea relevante.

Lógicamente, si no se tiene noticia del impedimento sino cuando ya han transcurrido dichos términos, la recusación puede plantearse, pero para evitar que se produzcan los efectos más arriba denunciados el plazo para interponerla se reduce a 24 horas. Será en este caso preciso, además, acreditar cuando se tuvo conocimiento del impedimento para justificar la interposición fuera de los términos ordinarios. Como ya hemos dicho, la recusación se deja a disposición de las partes. Por lo tanto cuando no se ejercita en los términos señalados se entiende que si la parte no la presenta es porque considera que el juez va a conducirse con imparcialidad pese a la existencia de un impedimento.

Concordancias: Art. CPP: 51,53,54,55,55-A,73,313 y sig.

Trámite de la Recusación.

Art. 79.- Si el juez admite la recusación, procederá como en el caso de excusa; en caso contrario, remitirá el escrito de recusación y su informe al juez o tribunal competente para su resolución.

El juez o tribunal competente resolverá el incidente previa audiencia oral en la que se puede producir prueba, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. La decisión es irrecurrible.

Comentario. Admitida por el juez recusado la existencia de alguno de los impedimentos tasados que afectan a su imparcialidad el trámite a seguir es el de los arts. 75 y 76 CPP, el mismo que el de la excusa. Pero si no considera encontrarse inmerso en alguno de los impedimentos del art. 73 CPP el juez debe rechazar la recusación que se resolverá en un incidente. El juez o tribunal competente para resolverlo confor-



me al art. 75 CPP será, si se trata de jueces unipersonales o de un tribunal en pleno el jerárquicamente superior, y si se trata de un juez o magistrado de un tribunal colegiado los restantes miembros del mismo. En el incidente, que se ventilará en una audiencia oral, se practicará la prueba que deberá haberse propuesto en el momento de formular la recusación para acreditar al existencia del impedimento.

Concordancias: Art. CPP: 75,76,78.

Recusación no Admitida.

Art. 80.- Si el juez o tribunal a quien se le atribuyere un impedimento no admitiere la existencia del motivo que se invoca continuará con el procedimiento, aún durante el trámite del incidente; pero si en el incidente se estableciere la existencia del motivo, los actos realizados durante el trámite del mismo serán declarados nulos siempre que el recusante lo pida en el término de veinticuatro horas contadas desde que se resuelva el incidente.

Comentario: En el derecho salvadoreño, como en el español o en el italiano, por citar algunos ordenamientos jurídicos con regulación semejante, la recusación no se produce porque el juez haya actuado parcialmente, sino por la sospecha de que pudiese verse influido por los impedimentos legalmente tasados. Por eso, aunque se acepte la recusación, conservan su validez los actos que el juez recusado ha realizado con anterioridad a ésta, a diferencia de lo que sucede en otros sistemas en los que todo lo actuado por el juez recusado es nulo. Los impedimentos del art. 73 del CPP no son por lo tanto causas de nulidad, de forma que lo actuado por un juez que podía haber sido recusado pero no lo fue es válido y permanece válido para siempre. E igualmente permanecen válidas las actuaciones practicadas antes de que se formule la recusación. Un vez presentada caben dos posibilidades: que el juez la acepte y deje de conocer o que la rechace. En este último caso el juez sigue conociendo del asunto mientras se resuelve el incidente, pero tampoco en este supuesto los actos que realiza una vez presentada la recusación son nulos, sino simplemente anulables, de forma que conservarán su validez no sólo si finalmente la recusación es denegada por el juez o tribunal competente, sino que, aunque sea aceptada, los actos siguen siendo válidos, salvo que la parte que presentó la recusación solicite su anulación en el término de 24 horas.

Concordancias: Art. CPP:73, 81.

Efectos.

Art. 81.- Declarada la excusa o aceptada la recusación, el juez o tribunal no realizará en el procedimiento ningún acto, bajo pena de nulidad.

La intervención de los nuevos funcionarios será definitiva, aunque posteriormente desaparezcan los motivos determinantes de la recusación.

Comentario: La finalidad perseguida por la excusa o la recusación es apartar del conocimiento del asunto al juez sobre el que recaen sopechas de parcialidad, por estar incurso en alguno de los motivos tasados. Por ello, el efecto esencial de la declaración de la excusa o la aceptación de la recusación es que el juez sospechoso deja de conocer el asunto que es asumido por el reemplazante. El juez, declarada la existencia del impedimento no puede ya realizar más actuaciones y de hacerlo serán nulas. Pasa por lo tanto el conocimiento a otro juez o tribunal que lo seguirá tramitando aunque con posterioridad desaparezca el impedimento que concurría, por ejemplo si se disuelve la sociedad en el caso del art. 73-5 CPP, o si se deja de ser acreedor o deudor en el supuesto del art. 73-6 CPP.

Concordancias: Art. CPP: 80

Excusa y Recusación de Secretarios.

Art. 82.- Los secretarios estarán obligados a excusarse y podrán ser recusados por los motivos expresados en esta sección. El juez o tribunal ante quien se promueva el incidente, procederá conforme a los trámites establecidos en esta Sección.

Comentario: En la medida que la actuación del secretario, como asistente del juez conforme al art. 128 del CCP, puede ser de gran relevancia en el proceso, se trata igualmente de asegurar su imparcialidad haciendo extensivos a su actuación los impedimentos previstos para jueces y magistrados. El procedimiento de actuación es también el mismo y parece que el precepto debe interpretarse en el sentido de que será juez o tribunal competente para conocer de la excusa o recusación el superior jerárquico de aquel en el que se encuentra destinado.

Concordancias: Art. CPP.: 73,123,128.

CAPITULO II*

FISCALIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Función.

Art. 83.- Corresponderá a la Fiscalía General de la República dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal ante los jueces y tribunales.

Los fiscales formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones; en la audiencia inicial, en la audiencia preliminar, la vista pública y las demás audiencias que convoquen los jueces, en forma oral; en los demás casos, por escrito.

* Los artículos que componen este capítulo (arts. 83 a 86) han sido comentados por el Dr. J.PÉREZ GIL, Prof. Titular de D. Procesal de la Universidad de Burgos, España.



Comentario. El Fiscal General de la República es una de las altas magistraturas que integran el Ministerio Público en la República de El Salvador, compartiendo esta posición con el Procurador General de la República, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y los demás funcionarios que determine la ley (art. 191 Cn).²⁴⁵ En su caso, y en consonancia con el art. 193 Cn le corresponden entre otras funciones la de defender los intereses del Estado (inc. 1º), promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad (inc. 2º), dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil (art. 3º) así como promover la acción penal de oficio o a petición de parte.²⁴⁶ La referencia constitucional al Fiscal General y no a la Fiscalía como órgano estatal sólo puede entenderse desde la necesidad de que aquellas funciones se realicen a través de agentes auxiliares, razón por la cual los fiscales actuarán en representación (y por delegación)²⁴⁷ del Fiscal General de la República.

Con esta atribución pretende garantizarse el principio de oficialidad de la acción penal, en consonancia con la naturaleza pública de ésta, cuestión sobre la que necesariamente nos debemos remitir a lo ya dicho en los comentarios relativos a la acción penal.

El precepto alude a dos funciones ciertamente conexas, pero claramente diferenciadas, que no necesariamente tendrían por qué haber concurrido en la Fiscalía General de la República: la dirección de la investigación de los delitos y la promoción de la acción penal.²⁴⁸ Mientras la primera de estas funciones se asigna únicamente a la Fiscalía General de la República, puesto que sólo sus integrantes estarán habilitados para dirigir la investigación (con las limitaciones derivadas del control por el juez de instrucción), la segunda no la ostentan en régimen de monopolio, en tanto la misma función puede ser satisfecha por sujetos privados en los términos que más adelante se verá.

245 Ello ha sido calificado con acierto como “híbrido institucional”. Vid. SERRANO / RODRÍGUEZ / CAMPOS VENTURA / TREJO, *Manual de Derecho Procesal Penal*, San Salvador, 1998, p. 372. Las atribuciones constitucionales del Ministerio Público encuentran su desarrollo también en la Ley Orgánica del Ministerio Público (art. 3).

246 Cabe incluir entre sus funciones en el proceso penal también la de promover el enjuiciamiento (y eventual castigo) de los indiciados por delitos contra las autoridades, y de desacato, a la que alude específicamente el inciso 6º del art. 193 Cn. De igual forma podría recordarse aquí su competencia para la promoción en su caso del antejuicio ante la Asamblea o ante la Corte Suprema de Justicia (art. 383 CPP).

247 QUINTANILLA NAVARRO, LIZANDRO HUMBERTO, “Los sujetos procesales”, en el volumen colectivo *Derecho Procesal Penal Salvadoreño*, Corte Suprema de Justicia, Agencia Española de Cooperación Internacional, El Salvador 2000, p. 326. SERRANO / RODRÍGUEZ / CAMPOS VENTURA / TREJO, *Manual de Derecho Procesal Penal*, p. 374.

248 Son varios los países donde la dirección de la investigación no se atribuye al Fiscal, sino que la asignación de tal función se ha mantenido en un órgano jurisdiccional (el juez de instrucción), que al objeto de no incurrir en la denominada “contaminación inquisitiva” deberá ser necesariamente diverso de aquel otro al que se asigne el enjuiciamiento. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en Francia, en Austria o en España. En este último país la cuestión es objeto permanente de debate doctrinal y político desde hace algunos años, destacando en contra de la atribución al Fiscal la dirección de la investigación de los delitos el argumento de su dependencia, tanto externa (con respecto al Ejecutivo), como interna (en el seno de la propia Fiscalía).

a) La dirección de la investigación de los delitos supone la encomienda de una función rectora que históricamente no correspondía a los órganos públicos de acusación pero que es hoy cada vez más frecuente en el derecho comparado y que la Constitución Nacional ha recogido en su art. 193.3°. Las vías por las cuales podrá llegar al Fiscal la *notitia criminis* adoptan diversas formas: denuncia (art. 229 y ss.), querrela de particular (art. 235), informe de la policía (art. 235), por notificación del Juez de Paz (art. 237) o por conocimiento directo. Pero en cualquiera de estos casos nacerá su obligación²⁴⁹ de iniciar las llamadas “Diligencias iniciales de investigación”, para cuyo estudio en concreto debemos remitirnos a los comentarios a los arts. 238 y ss. CPP.

b) Corresponde también a la fiscalía la promoción (o ejercicio) de la acción penal ante los Jueces y Tribunales como función esencial en el Estado de Derecho. Aun cuando en relación con esta materia nuevamente nos debamos remitir a lo ya expuesto detenidamente en relación con la acción penal en páginas precedentes, corresponde plantearse cuando menos la finalidad de tal asignación. Tal y como se expuso entonces, la promoción de la acción penal ha de servir a un único e indivisible interés público que radica en el enjuiciamiento de las conductas que revistan la apariencia de delito de forma que la plena validez de las normas penales a través de su verificación jurisdiccional sirva de premisa sobre la que se asiente la paz social. Será misión del Fiscal por tanto la de dar plena satisfacción al principio *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio* en el proceso penal, función que requiere ser ejercitada desde la imparcialidad y la estricta sujeción al principio de legalidad (con las salvedades reconocidas también legalmente). Cualquier atisbo de arbitrariedad en su función deberá ser extirpado de raíz, de forma que la tutela del interés público no sufra lesión alguna. Progresivos juicios valorativos le inducirán en el curso de su actividad a discernir entre las opciones que se presenten prevalentes para la idónea satisfacción de la misión que constitucionalmente se le asigna.

Desde su carácter de tutelador del interés público (art. 3.III CPP), el ejercicio de la acción penal pasará por tanto no sólo por una actividad tendente a la búsqueda de una condena por encima de cualquier otra consideración, sino a velar por el reconocimiento de la mayor prevalencia de un interés social frente a otro. Ello le conducirá en ocasiones a solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional o a instar la absolución del injustamente acusado.

Por último a este respecto, la ley no alude a una de las misiones que entendemos propias también de la Fiscalía y que habrá de deducirse de su vínculo estricto con la defensa de la legalidad: la oposición a las acciones penales ejercitadas por sujetos privados cuando éstas carezcan de fundamentación. Ello podrá traducirse no sólo en la alegación de tal circunstancia en el momento oportuno tan pronto como se tenga

249 En realidad, en virtud del principio de oficialidad, existirá una obligación correspondiente a cada uno de estos servidores públicos de realizar todas las actividades que residan en su ámbito competencial y sean conducentes al enjuiciamiento de los hechos aparentemente delictivos.

noticia, sino en la utilización de los medios de impugnación para oponerse a alguna resolución jurisdiccional en contra del reo que se considere inadecuadamente adoptada.

El párrafo segundo del precepto alude a determinados requisitos formales que deberán revestir los requerimientos y conclusiones que formule la Fiscalía en el curso de su actividad. Estas exigencias son de dos tipos:

1) Motivación y especificación de los requerimientos y conclusiones.

La exigencia de motivación implica la obligación de fundamentar todas sus actuaciones, de manera que no puedan ser reputadas como arbitrarias, irrazonadas o irracionales. No es más que una manifestación concreta del mandato establecido en el art. 3.III CPP y dirigido a las autoridades administrativas y a los jueces tendente a la fundamentación de todas sus decisiones. Especialmente relevante será que la motivación se base sobre argumentos verdaderamente firmes, y no se reduzca a meras fórmulas rituarias miméticamente trasvasadas de unos a otros asuntos. Deberá contener por tanto un razonamiento sustentado sobre la base de las concretas circunstancias en las que se inserte.

2) Forma oral o escrita.

La actuación de la Fiscalía habrá de revestir forma oral o escrita en función lógicamente de la ocasión en que se verifique. Deberá ser de carácter oral y, por tanto, realizada con plena vigencia de la inmediación en los tres trámites fundamentales de esta naturaleza que se suceden a lo largo del proceso: la audiencia inicial, la audiencia preliminar y la vista oral. En el resto de los casos, la ley establece que se haga por escrito, sin perjuicio de que puedan realizarse materialmente en forma oral pero debiendo ser documentadas mediante el oportuno acta.

Aun cuando en el precepto no se aborden expresamente aspectos relativos a la organización y funcionamiento de la Fiscalía entendemos conveniente hacer una breve alusión a la vigencia de un principio de jerarquía en esta institución que se puede deducir del conjunto del Código Procesal y que surtirá efectos en relación tanto con sus funciones de investigación como en las de promoción de la acción. Ello es observable si se tiene en cuenta la posibilidad inserta en el art. 258 CPP. de que en caso de disconformidad del juez con la solicitud de un fiscal de desestimación, sobreseimiento o aplicación de un criterio de oportunidad, pueda someter tal petición a la consideración del Fiscal superior al objeto de que éste dictamine al respecto. La opción que se le presenta a éste será la de ratificar aquella decisión o bien formular un nuevo requerimiento que será atendido por el juez²⁵⁰. De igual forma, pero en un momento posterior,

250 A diferencia del llamado “procedimiento para compeler al ejercicio de la acción penal” (*Klageerzwingungsverfahren*), previsto en los arts. 172 a 177 de la StPO alemana, la iniciativa en este caso no tiene por qué partir de la víctima, sino que el juez podrá de oficio asumir tal iniciativa.

el art. 321 CPP posibilita también la intervención del Fiscal superior por iniciativa del juez cuando, finalizada la audiencia preliminar, el agente que estuviese actuando no acusase y el órgano jurisdiccional lo considerase inadecuado.

Concordancias. Art. 193 Inc. 3º Cn. Art. 3 Inc. 3º, 19, 235, 240, 268 CPP.

Atribuciones de Investigación

Art. 84.- Los fiscales dirigirán los actos iniciales de la investigación y los de la policía, velando por el estricto cumplimiento de la ley. Durante la instrucción cumplirán con las investigaciones que les encomiende el juez o tribunal, sin perjuicio de ampliar la investigación en procura de todos los elementos que les permitan fundamentar la acusación o pedir el sobreseimiento. (4°)

En todo caso actuarán bajo el control jurisdiccional.

Comentario: El contenido esencial de la tarea asignada al Fiscal será desde este punto de vista el ejercicio de facultades activas de dirección de la investigación, lo cual se traducirá en asumir por una parte la iniciativa para la realización de todo tipo de actos indagatorios encaminados al esclarecimiento de los hechos y de su presunto autor y por otro la de supervisión y dirección efectiva de toda la actividad policial encaminada a tal fin.

En ella lógicamente se ha de entender comprendida la transmisión de órdenes a la Policía Nacional Civil, cuyos integrantes serán quienes ejecuten materialmente sus mandatos en el curso de la investigación, por lo que deberá entenderse presente una relación de subordinación de éstos frente a aquel (arts. 85 y 240 CPP).²⁵¹ Se ha llegado a utilizar en alguna ocasión el símil de que Fiscalía y Policía integrarían un mismo cuerpo, en el que mientras la primera sería la cabeza, la segunda cumpliría las funciones de los brazos ejecutores.²⁵² La función del Fiscal va, por tanto, mucho más allá que la de mera convalidación de la actividad de los cuerpos y fuerzas policiales para dotarse de un carácter rector de ésta desde su condición de jurista técnico y de especialista en la tramitación procesal. De ahí que no sólo se vea habilitado para ponderar los resultados parciales obtenidos y proseguir adecuando la estrategia procesal en una u otra dirección, sino también para realizar valoraciones, todavía provisionales, sobre la validez y pertinencia de lo obtenido en el marco de las indagaciones realizadas.

Actos y diligencias iniciales de investigación se dirigen a la reconstrucción *a posteriori* de la conducta delictiva con el fin de verificar sus circunstancias y su autoría,

251 Así se pronuncia también QUINTANILLA NAVARRO, Los sujetos procesales, op. cit., p. 328.

252 Este tipo de comparaciones son frecuentes entre la doctrina inglesa a raíz de la instauración por primera vez en 1985 de un órgano equiparable al Fiscal: el *Crown Prosecution Service*.

así como, en su caso, recabar elementos probatorios que poder aportar en la eventual vista oral que se pudiera abrir en atención a los hechos. La investigación ha de permitir así fundamentar el ejercicio de la acusación en los diversos estadios que ésta atraviesa, pero no se ha de dirigir exclusivamente a realizar acopio de elementos de cargo, sino a esclarecer todos los pormenores concomitantes al delito, tanto favorables como desfavorables al reo (vid. art. siguiente y art. 238.II CPP).²⁵³

Es por tanto esencial retener la idea de que la misión del fiscal radica en la defensa de la legalidad y no en la consecución a ultranza de una sentencia condenatoria. Su función primordial será así la de velar en todo momento por el estricto cumplimiento de la ley por todos y cada uno de los sujetos involucrados en la dinámica procesal, empezando por él mismo, incluyendo a los cuerpos policiales o administrativos implicados y concluyendo por el sometimiento a examen de legalidad de cuantas resoluciones judiciales se produzcan. Desde esta perspectiva estará obligado a velar en todo caso por el respeto a todos los derechos del imputado.²⁵⁴ Su actuación deberá verificarse en este sentido con plena objetividad e independencia en defensa del interés público tutelado por la ley, el cual se verá satisfecho tanto con el enjuiciamiento y eventual condena de los culpables como impidiéndolo en el caso de aquellos sobre quienes entiendan no concurren los presupuestos necesarios para ser sometidos a juicio.

Practicadas las oportunas diligencias de averiguación, el Fiscal deberá hallarse en situación de plantear su requerimiento en los términos de los arts. 247 y ss. CPP., de cuya formulación ya se deduce la elaboración de un juicio valorativo por su parte, que le permite afirmar la existencia de presupuestos objetivos y subjetivos necesarios para el enjuiciamiento. A partir de aquí tanto la audiencia inicial en primer lugar como la llamada fase de instrucción posteriormente servirán para ir depurando, matizando o corrigiendo aquella afirmación con el objeto final de verificar la existencia de aquellos presupuestos con miras a la apertura de la vista oral.

En cualquier caso esta tarea de dirección no se le asigna en régimen de monopolio, tal y como ocurre en sistemas como el alemán en el que la Fiscalía se erige en “dueña del procedimiento de investigación” con la salvedad de requerir autorización judicial para la adopción de medidas limitativas de los derechos fundamentales. Ha de tenerse en cuenta que las indagaciones dirigidas por el Fiscal salvadoreño se hallarán generalmente bajo control judicial, el cual irá adoptando diversas formas dependiendo del momento procesal correspondiente. Así, por ejemplo, a tenor del art. 54.I CPP se

253 De igual manera habrán de solicitar, si así lo consideran oportuno, el sobreseimiento definitivo (art. 308 CPP) o provisional (art. 309 CPP), así como la absolución tras haberse abierto la vista pública.

254 Por ejemplo el fiscal asumirá la responsabilidad de que le sean notificados al imputado todos sus derechos y que esto se haga constar en acta (art. 87 *in fine* CPP)

establece entre las competencias de los Jueces de Primera Instancia de Instrucción la de conocer de la instrucción formal en todos los delitos de acción pública. En virtud del art. 55.1 CPP, se asigna a los Jueces de Paz el control de las diligencias iniciales de investigación. Junto a estos preceptos no se puede pasar por alto el art. 266.3 CPP, en atención al cual el Juez de Instrucción podrá encomendar al Fiscal la realización de determinadas diligencias de investigación, con lo que es factible constatar aquí también que existirá algún grado de subordinación de éste con respecto a aquél.

Es perceptible asimismo esta subordinación en la posibilidad presente en este art. 84 de que los fiscales aborden la investigación que les sea encomendada por el Juez o Tribunal. Con ello se hace visible la necesaria y útil pervivencia de elementos inquisitivos en la instrucción, en tanto una decisión judicial determinará el sentido de las investigaciones acometidas y, con ello, la posible fundamentación de una futura acusación. No obstante, su actividad no se verá plenamente condicionada por tales mandatos judiciales, en tanto por su propia iniciativa podrán ampliar la investigación en procura de todos los elementos que reputen relevantes tanto para fundamentar la acusación como para, en su caso, solicitar el sobreseimiento.

El que la Fiscalía ostente la dirección de la investigación no tendría por qué originar deficiencias que no hubieran sido suficientemente evitadas, bien en el momento normativo o bien en el funcional (por escasez de medios, por imposiciones espurias, etc.), que pudieran de alguna forma contribuir a fomentar la finalización consensual del proceso. La selección interesada de las causas a perseguir, optando en los demás casos por la aplicación no siempre bien depurada del principio de oportunidad, podría erigirse por tanto en una indeseable consecuencia de aquella asignación.

Concordancias. Arts. 193 Inc. 3º Cn. Art. 3 Inc. 3º, 14, 15, 235, 241, 268, 270 CPP.

Jurisprudencia: La verdadera dirección funcional de la Fiscalía General de la República en la Policía Nacional civil debe consistir en una investigación objetiva que busque la legalidad del proceso y no la acusación directa del procesado, esto implica también la igual de oportunidades de las partes y la posibilidad de un sujeto diferente a ello, en representación del Estado, decida sobre la controversia suscitada. (Sentencia en el proceso de Habeas Corpus del 14/IV/1999, Ref. 59-99R).

Poder Coercitivo.

Art. 85.- En el ejercicio de sus funciones, los fiscales tendrán el poder de solicitar informaciones, requerir la colaboración de los funcionarios y empleados públicos, citar a testigos y, antes del requerimiento fiscal, ordenar la detención administrativa, cumpliendo estrictamente con las formalidades y plazos previstos en la Constitución de la República y demás leyes.

Para esos efectos, podrán requerir la intervención de la policía y disponer de todas las medidas que consideren necesarias.



Comentario. Las facultades rectoras sobre la investigación asignadas al Fiscal exigen que se le dote simultáneamente de mecanismos hábiles para el logro de sus finalidades, que incluso en algún caso excepcional pasarán por la adopción de medidas limitativas de la libertad ambulatoria del encausado (detención administrativa). Antes de entrar en el análisis concreto de las potestades aquí recogidas, debe advertirse que en su plasmación en este precepto no existe un ánimo de exhaustividad, por lo que a lo largo del texto procesal podrán encontrarse algunas otras. La diferencia entre ellas radicará en que en los casos aquí reseñados será la propia iniciativa del Fiscal la que determine el ejercicio de las facultades coercitivas, sin que sea precisa la autorización judicial. En cualquier caso, pese a ser abordado con posterioridad, corresponde recordar en este momento que en el curso de la investigación el Fiscal podrá solicitar del órgano jurisdiccional competente las órdenes oportunas que habiliten una intromisión en los derechos fundamentales de los imputados.²⁵⁵

Las potestades asignadas a la Fiscalía en el curso de la investigación a las que se refiere el precepto son las siguientes:

1) solicitar informaciones de quien esté en disposición de darlas, sea un sujeto público o privado, el cual vendrá necesariamente obligado a colaborar con el objeto de contribuir al buen fin de la investigación. Tales informaciones habrán de ser pertinentes y útiles para la concreta averiguación que se ha acometido, por lo que tal facultad no debería convertirse en un portillo que diera paso a inquisiciones generales o a un indiscriminado acopio de datos sin relación alguna con la investigación.

2) requerir la colaboración de funcionarios y empleados públicos en cuyo ámbito de competencias radique la posibilidad de contribuir al esclarecimiento del delito (por ejemplo autoridades de tránsito, empleados sanitarios, etc.).

3) citar a testigos en el curso de la investigación, siempre que puedan aportar elementos determinantes para la averiguación de los hechos y de su presunto autor. Su declaración deberá realizarse, no obstante, cumpliendo todos los requisitos previstos legalmente, en particular los relativos a la presencia judicial y la posibilidad en manos del acusado de refutar la declaración.

4) antes de su requerimiento (arts. 247 y ss.), podrá ordenar la detención administrativa, cumpliendo estrictamente con las formalidades y plazos previstos en la Constitución de la República y demás leyes, incluyendo aquí los tratados internacionales ratificados por El Salvador. Se trata del mecanismo coercitivo de mayor intensidad de entre los asignados al fiscal, en tanto afecta a uno de los derechos fundamentales más preciados: el de la libertad.

255 Así por ejemplo en el caso de inspección corporal del art. 167 o en el registro del art. 173 CPP., sin perjuicio de su práctica policial sin orden judicial en los casos allí reseñados.

Junto con las potestades coercitivas aquí expuestas cabría aludir también a otras que la ley deposita en manos del Fiscal. Así, por ejemplo el art. 166 CPP posibilita que para realizar una inspección, pueda el Fiscal General de la República ordenar durante la diligencia que no se ausenten las personas que se encuentren en el lugar o que comparezca inmediatamente cualquier otra. El art. 180.II CPP permite asimismo que en casos urgentes tanto el Fiscal como la Policía ordenen el secuestro y conservación de objetos relacionados con el delito, sin perjuicio de la necesaria ratificación judicial en el curso de las cuarenta y ocho horas siguientes.

Con el fin de llevar a la práctica estas atribuciones, el Fiscal se servirá de su facultad de dirección sobre la Policía, que será quien materialmente lleve a cabo aquellas misiones bajo el estricto control de aquél. Asimismo podrán disponer de cuantas las medidas consideren necesarias, con el límite de la posible vulneración de derechos fundamentales, en cuyo caso requerirá la oportuna autorización judicial garantizadora de la adecuación y proporcionalidad de la medida a adoptar.

Concordancias. Arts. 142, 166 CPP.

Excusa y Recusación.

Art. 86.- Los fiscales podrán excusarse o ser recusados por los mismos motivos establecidos respecto a los jueces.

La excusa o recusación será resuelta por el fiscal superior. En cuanto al trámite, serán aplicables, en lo posible, las disposiciones referentes a los jueces. Todo de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica respectiva.

Comentario. La función del Fiscal exige ser realizada desde la objetividad y la imparcialidad, notas éstas que pudieran verse en entredicho de concurrir alguna de las causas legalmente previstas para la excusa o la recusación. Sin embargo no puede olvidarse que, a diferencia de los jueces, que ostentan en plenitud la potestad jurisdiccional, cada uno de los fiscales actuará por delegación del Fiscal General de la República. Su posición en el proceso es fungible en lo personal, de manera que diferentes actos procesales de una misma causa podrán ser realizados sin inconveniente alguno por diversos agentes auxiliares de la Fiscalía. Esta intercambiabilidad permite que, en presencia de circunstancias que pongan en duda su imparcialidad un fiscal pueda ser sustituido sin mayores problemas por otro.

Ello podrá hacerse a través de las dos vías reseñadas en el precepto, que aun cuando gozan de la misma naturaleza y finalidad, van dirigidas a dos supuestos diversos. Mientras la excusa ha de partir de la iniciativa del propio sujeto que presume incurrir en una de las causas legalmente reconocidas que permitan poner en duda su imparcialidad (objetiva o subjetiva), la recusación habrá de ser instada por aquel interviniente procesal al cual aquella circunstancia le podría suponer un perjuicio.

Teniendo en cuenta la estructura jerárquica sobre la que se asienta la Fiscalía, en cuyo vértice se situará el Fiscal General de la República, es comprensible que la decisión sobre la concurrencia de una causa de excusa o recusación sea adoptada por el Fiscal superior. Será éste quien verifique su concurrencia bien a instancia del agente de la Fiscalía directamente afectado (excusa), bien por iniciativa del imputado o alguno de los querellantes (recusación). No debe olvidarse que la Justicia, para que sea tal no sólo deberá ser imparcial, sino también parecerlo, por lo que en estas circunstancias deberá ser considerada esencial también la apariencia de no hallarse incurso en alguno de los indicios de parcialidad.

Tanto lo relativo a las concretas causas de excusa y recusación, como la regulación del trámite por el que se resolverá su presencia o no, exige la contemplación del régimen previsto para los jueces en la correspondiente norma orgánica. Ello no debe hacernos olvidar que la función de defender el interés público tutelado por la ley, normalmente a través del ejercicio de la acusación, y la de juzgar revisten caracteres y naturalezas muy diversas. En atención a ello deberán advertirse las especificidades propias de unos y otros sujetos procesales.

Concordancias. Art. 73 CPP.

CAPITULO III

IMPUTADO *

Derechos del Imputado

Art. 87.- El imputado tendrá derecho:

- 1) A ser informado de manera inmediata y comprensible de las razones de su detención y de la autoridad a cuya orden quedará detenido;
- 2) A designar la persona o entidad a la que debe comunicarse su captura y que la comunicación se haga en forma inmediata;
- 3) A ser asistido y defendido por el abogado que designe o por un defensor público, de acuerdo con este Código;
- 4) A ser llevado sin demora dentro del plazo legal ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales;
- 5) A abstenerse de declarar;
- 6) A que no se empleen contra él medios contrarios a su dignidad;
- 7) A no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad; y

* De los comentarios a los arts. 87 a 90, ambos inclusive es autor el Prof. Dr. Ernesto Pedraz Penalva, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.

- 8) A que no se empleen medios que impidan el movimiento indispensable de su persona en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia que en casos especiales y a su prudente arbitrio estime ordenar el juez o el fiscal.
- 9) A ser asistido por un intérprete cuando no comprenda el idioma castellano.

Estos derechos se le harán saber al imputado detenido de manera inmediata y comprensible, por parte de los fiscales, jueces o policías, quienes deberán hacerlo constar en acta bajo exclusiva responsabilidad del fiscal que dirige los actos iniciales de investigación o del juez en su caso. (2)

Comentario.²⁵⁶ Tras haber determinado la figura del imputado, por el que se entiende aquel sujeto que a tenor del art. 8 CPP sea señalado ante o por la policía, la fiscalía o los jueces como autor o participe de un hecho punible, procede el legislador a desarrollar las “facultades” que la Constitución, este Código y demás Leyes establecen.

1) Derecho a ser informado de las razones de su detención y de la autoridad a cuya orden quedará detenido.

Sin perjuicio de examinar adecuadamente el derecho a ser informado de la imputación, despejaré antes la incógnita consistente en la evidente conexión entre el último inciso de este número uno (“...a ser informado....de la autoridad a cuya orden quedará detenido”) y el número cuatro o derecho a ser llevado sin demora *dentro del plazo legal* ante un juez o funcionario autorizado por la ley... Piénsese que en ninguno de los Tratados Internacionales suscritos por El Salvador aparece la frase: “...a ser informado de la autoridad a cuya orden quedará detenido...”. De este modo no está en el art. 7, números 4 y 5 de la CADH, tampoco en el art. 9.2 y 3 PIDCP ni en el art. 5.2 y 3 CEDH, y tampoco en el propio art. 12 Cn. En todos ellos se prescribe que el detenido será informado inmediatamente de los motivos de su detención y conducido sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por ley para ejercer poderes judiciales. Se observa por ende que es importante para el legislador el suministrar al privado de libertad la información de la autoridad a cuya orden quedará detenido. Imagino que su origen radica en las desapariciones de personas –especialmente frecuente en el pasado con algunas dictaduras en el cono sur- que detenidas se ignora dónde y por quién. Creo que el problema no está en precisar la autoridad ante quien va a ser conducida sino fijar quién puede detener, presupuestos de la detención y límites temporales, etc., de la misma. No obstante encuentra sentido la precaución del legislador de exigir la identificación de la autoridad ante quien ha de ser conducido el detenido habida cuenta de la redacción del número 4, en el que no se habla, contrariando asimismo lo que dicen los Instrumentos Internacionales antes citados (PIDCP, CADH, CEDH, etc), del derecho a exigir la *inmediata* presentación ante la autoridad judicial, lo que vendría impuesto por una correcta lectura del art. 11 apartado segundo de la

256 Según puede comprobarse me baso en PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal Penal*, T.I. *Principios del proceso penal*, esp.189 y ss.



Primera Norma (a efectos del habeas hábeas), sino que se alude al derecho a ser llevado dentro del plazo legal ante un juez o funcionario... etc. Sin perjuicio de remitirme a lo dicho en los comentarios a los arts. 286 y siguientes de este CPP, evidenciaré la incorrecta, y aún, el incomprensible desconocimiento de la norma constitucional. Se desdeña una regla básica en la lectura de todos los Convenios Internacionales: la detención carece de fin en sí misma fuera de la identificación del sujeto y de la determinación básica, indispensable, de los elementos que han permitido ignorar el derecho a la libertad, debiendo ser el privado de libertad INMEDIATAMENTE puesto a disposición judicial o de cualesquiera otra autoridad habilitada por ley para ejercer funciones judiciales.

A mi juicio, además, para soslayar las detenciones sin posibilidad de control, el legislador ha instaurado el deber del número 2 de informar, inmediatamente de su captura, a la persona o entidad que designe.

En resumen pues, no hay que informar de ante quién se es conducido puesto que sólo puede ser detenido por autoridad competente (con las excepciones previstas también legalmente) y de modo inmediato habrá de conducírsele ante la autoridad judicial.

El derecho a ser informado de la detención, que a tenor del art. 8 CPP sólo procede cuando al detenido se le impute la autoría o participación en un determinado hecho punible, está recogido en el art. 12 apartado II de la Constitución, en el 14.3 PIDCP, en el 7.4 CADH, etc. No en todos los Ordenamientos Jurídicos está recogido directamente en la Primera Ley, cual sucede en el sistema alemán en el que no se contempla en el GG sino en el art. 136 StPO²⁵⁷ (*Umfassende Belehrung über die Beschuldigtenrechte*), de tal modo que la jurisprudencia germana se ha visto compeli- da a su lectura en el art. 103.I GG, concretamente en el *rechtliches Gehör* o derecho de audiencia, a efectos de otorgarle la especial tutela jurídico-fundamental.²⁵⁸

257 136.1 StPO: «Bei Beginn der ersten Vernehmung ist den Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen. Er ist darauf hinzuweisen, da, es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen. Er ist ferner darüber zu belehren, da, er zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen kann. In geeigneten Fällen soll de Beschuldigte auch darauf hingewiesen werden, da, er sich schriftlich äußern kann («Se informará al imputado al principio del primer interrogatorio del hecho que se le imputa y de los preceptos penales aplicables. Se le advertirá de que es libre de declarar o no acerca de la imputación y en todo caso, y en cualquier momento, de que puede, también antes de la declaración, consultar con un Letrado de su elección. Se le instruirá asimismo de su derecho a solicitar en su descargo la práctica de las 'pruebas' que estime precisas para su exculpación. En los supuestos en que proceda se le informará también de la posibilidad de declarar por escrito»

258 Así vid. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, dir.G. PFEIFFER, 4. Aufl., 1999 cit, §136 RdnNr.1 y ss, pp.713 y ss., ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, 25 Aufl, 1999, cit., § 25 III, pp.197 y ss.

El incumplimiento del deber de informar al imputado de las causas de su detención provocaría la nulidad de todo lo actuado con base en lo prevenido en el art. 224. 6 CPP; nulidad que procede declararla no sólo rogadoamente sino incluso de oficio por el juez (art. 226 CPP).

Desglosando este derecho, tal y como viene siendo entendido por la literatura y jurisprudencia en el derecho comparado, cabe indicar:

A) Que forma parte del derecho al debido proceso, siendo una garantía esencial de la equidad del procedimiento.

De este modo una información precisa y completa de los cargos que pesan contra un imputado y, por lo tanto, la calificación jurídica que los órganos de persecución penal pudieran formular en su contra, es una condición esencial de la equidad del procedimiento.

B) Asimismo que el derecho a ser informado de la acusación integra el principio acusatorio, formando parte de un haz de garantías adicionales al mismo.²⁵⁹

C) Tras reiterar que el derecho a ser informado de la acusación es un imperativo inescindible del principio acusatorio, se ha dicho que lleva aparejado, entre otros contenidos, el de que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria (art. 11 Cn). Piénsese que al indicarle de qué se le acusa o qué se le imputa se le permite defenderse precisamente de tal imputación.

Su nexo con el principio acusatorio, ubicados ambos en el debido proceso, connota el rechazo del proceso inquisitivo -de difícil acomodo en un sistema de libertades-, y así el que no sea posible la existencia de un sujeto sometido a proceso pero ignorante de qué y por qué se le acusa. Poner en su conocimiento la conducta criminal que se le atribuye implica, no sólo la existencia de acusación, sino que, en caso de ser enjuiciado y condenado sin habersele prevenido del afirmado hecho punible por el que se procede contra él, se considerarían violados, además de este mismo derecho, el de defensa, el propio acusatorio y en último extremo el debido proceso.

Es de general interpretación que la inobservancia del derecho a estar informado de la acusación puede producir el resultado de la indefensión constitucionalmente prohibida

D) Al hablar del derecho de defensa, resaltaré el fuerte vínculo que mantiene con el derecho a ser informado de la acusación, hasta el punto de poder afirmar que el

259 Así se ha declarado por Tribunales Constitucionales como el español (vid.SSTC 19/2000 de 31 de enero, 225/1997 de 15 de diciembre, FJ 3º).

ser advertido inicialmente de la acusación constituye presupuesto determinante del mismo. Así viene manteniéndose que el derecho a ser informado de la acusación es indispensable para poder ejercer el derecho de defensa en el proceso penal, o, expresado de otro modo, que desde la perspectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos o perspectivas jurídicas que *de facto* no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas. Al conocer de qué se le acusa, por quién, etc., el imputado podrá, eventualmente,²⁶⁰ hacer uso de todos los medios procesalmente previstos para intentar disipar los datos, elementos, circunstancias que obren en su cargo.

Se habrá advertido pues que todo lo dicho hasta aquí nos conduce a hacer posible el denominado principio de contradicción: “nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio” (*nemo damnandus, nisi auditus, vel vocatus*) (plasmada esta máxima en el art. 11 Cn). Este sentido está presente en las decisiones de la jurisprudencia continental europea para quien encuentra su *ratio essendi* “...en la necesidad de evitar que pueda llegar a producirse indefensión ante el desconocimiento de las pretensiones que impida la imposibilidad de impugnarlas”, o “...para que el acusado pueda defenderse de aquéllo que se le imputa...”

Naturalmente si el inculpado tiene derecho a que se le advierta del hecho que se le imputa, será menester, para que pueda defenderse, que se le instruya, oportuna y plenamente; es decir, en tiempo para poder hacer frente a la inculpación y con el mayor detalle posible a fin de eludir sorpresas posteriores y poder construir su defensa en adecuada respuesta a todas las circunstancias que pueda esgrimir la acusación. De este modo, y como luego se verá, habrá de hacerse saber la acusación desde el principio, esto es, desde el momento en que, citado en forma, se requiera su declaración en calidad de imputado (en su debido momento, con el fin de disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa, STEDH c.Plissier y Sassi., 63). Además, y a fin de ejercer plenamente su derecho de defensa, la información ha de ser “clara y precisa”, especificando los puntos de la acusación (sobre los que debe brindársele la posibilidad de ejercer los derechos de defensa de manera real y efectiva, STEDH. C.Plissier y Sassi c.Francia 60), pues, “mal puede defenderse de algo quien no conoce los hechos delictivos que se le imputan” -constituyendo así su conocimiento el primer elemento a tener presente en relación con el derecho de defensa.²⁶¹

Proscrita la indefensión y reconocido el derecho de defensa, que viene posibilitado señaladamente mediante la información de la imputación, es preciso resaltar

260 Digo «eventualmente» dado que el acusado no está obligado a desmontar, si no quiere, la acusación, pues únicamente podrá ser condenado si el acusador logra que el Tribunal estime probada suficientemente su afirmación y así desvirtuada la presunción de inocencia.

261 Así sentencias del TC español 19/2000 de 31 de enero de 2000, 36/1996 de 11 de marzo, 123/1995 de 18 de julio, 95/1995 de 19 de junio.

que por imputación ha de entenderse lo que prescribe el art. 8 CPP por lo que el deber de informar no sólo incumbe al juez (art. 259 CPP) y al fiscal, sino señaladamente a la policía; a este tenor sorprende que a diferencia del sistema alemán no se haya acogido explícitamente tal deber en el art. 241 CPP y sólo genéricamente en el art. 243.6 CPP.

Tras la precedente introducción conviene aludir a cuatro puntos esenciales:

- a) Ámbito objetivo de este derecho.
- b) Ámbito subjetivo. Esto es, quiénes están obligados a informar y quiénes tienen derecho a ser informados.
- c) Momento de la información
- d) Forma y contenido de la información

a) Es aplicable este derecho a ser informado de la acusación: En todos los ámbitos en que se manifieste el poder punitivo estatal. De esta manera y además de en el proceso penal, en el procedimiento administrativo sancionador, dado que éste también es manifestación del ordenamiento punitivo del Estado y ello lleva aparejada la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados. Asimismo en el procedimiento disciplinario militar, por las mismas razones.

Advierto que con base en la doctrina sentada en la jurisprudencia nacional e internacional comparada, también sería observable este derecho en supuestos en los que la imposición, p. ejemplo, de una sanción disciplinaria, incumba a órganos no jurisdiccionales y tampoco integrantes en sentido estricto de la Administración pública. De este modo la STEDH, Diennet contra Francia de 26 de septiembre de 1995 consideró aplicables la publicidad y la imparcialidad y, por la materia de que se trata ha de considerarse otrosí observable el derecho a saber la causa de la apertura del expediente que puede conducir a la prohibición del ejercicio de la medicina, impuesta por la Comisión deontológica del Colegio de Médicos.

b) Están obligados a informar de la acusación: En primer lugar, la policía judicial, en cuanto lleve a cabo la detención del sujeto por concurrir motivos racionalmente bastantes para imputarle su participación en la comisión de un hecho delictivo.²⁶² Explícitamente viene exigido por este art. 87 aunque resalto otra vez su incomprensible omisión en el art. 241 CPP, aunque genéricamente deba entenderse acogida en el art. 243.6 CPP.

De una rígida lectura del art. 8 CPP cabría pensar que sólo habrá de ser informado cuando expresa y concretamente exista una denuncia o una investigación de la que surja la probable comisión de hechos punibles por el sujeto imputado. Suele ser

262 Sigo la orientación defendida por DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Pamplona, 1998, passim, y esp. p.202

frecuente en la práctica policial de todos los países requerir la presencia de un ciudadano bajo fórmulas genéricas que a veces encierran posibles consecuencias perjudiciales precisamente surgidas de la declaración o interrogatorio al que se somete al requerido. ¿También habrá de informársele de los motivos concurrentes cuando se exija a una persona la presencia ante la policía a fin de que preste declaración sobre «cuestiones de su interés»? A mi juicio desde el momento en que bajo coacción, mediata o inmediata, se ordena a un sujeto que comparezca ante la autoridad policial debe informársele de las razones de dicha imposición, entre otros motivos dado que la policía ha de actuar siempre sometida a la legalidad y, por ende, únicamente podrá requerir que un ciudadano altere su vida cotidiana por causas normativamente fundadas de modo que respete el principio de la proporcionalidad,²⁶³ por lo que habrá de informársele de las mismas.

Los arts. 2 Cn, 12 DUDH, 17 PIDCP y 7.1 CADH proscriben las injerencias arbitrarias en la vida privada, familiar, domicilio, etc., concepto que ha de interpretarse expansivamente en cuanto esas injerencias pueden afectar al libre desarrollo del individuo, proclamándose asimismo por el citado art. 7 CADH el derecho de toda persona a la libertad y seguridad personales.²⁶⁴ Haciendo un inciso destacar a este respecto que sólo desde un escrupuloso respeto de la proporcionalidad es admisible la ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho; la intromisión será constitucionalmente válida en tanto en cuanto esté prevista por la ley y constituya una medida, que en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección y defensa de los derechos y las libertades de los demás.

El derecho a ser informado de las causas de la detención comporta el deber de todos los poderes y autoridades, especialmente de la policía, de instruir al presunto reo de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar, mientras no se hallare asistido de defensor (art. 243.6 CPP).

Destacado apoyo encuentra asimismo el deber de instruir al sujeto de las causas por las que se lleva a cabo su llamamiento para la práctica de una diligencia policial; del derecho a la no autoincriminación o derecho a no declarar contra sí mismo y a guardar silencio (*Nemo tenetur se ipsum accusare*)²⁶⁵ o manifestar que sólo declarará

263 Imaginemos que se requiere a un sujeto que vive a 100 Kms del centro de Policía para que se persone en él e informe sobre una cuestión que puede resolverse con la mera consulta de registros públicos o recurriendo a una simple llamada telefónica. Sobre el principio de proporcionalidad consúltese lo que digo en la Introducción a estos Comentarios.

264 Vid. sobre su equivalente art. 5 CEDH a PEDRAZ PENALVA, E., «El derecho a la libertad y seguridad (art. 5 CEDH)», en *La Jurisprudencia del TEDH*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1993, pp. 63 a 173.

265 Que trato con una mínima extensión al estudiar el derecho de defensa.

ante la autoridad investida de funciones judiciales. Con evidente claridad viene entendiéndose así en la StPO en el art. 136 y de modo concreto en el art. 163. 4 por el que se impone al agente de policía que lleve a cabo el primer interrogatorio del inculcado, proceda a informarle de los hechos que se le imputan

c) Sobre el momento de la información, y sin perjuicio de tener presente que están obligados a informar al imputado no sólo el juez y el fiscal sino señaladamente la policía, derivase que incumbirá a cada una de estas autoridades informar al inculcado en cuanto tomen el primer contacto. La policía al detenerle o al recibirle declaración respecto a una denuncia o al resultado de unas investigaciones presuntamente incriminatorias. Al fiscal en cuanto sea puesto a su disposición por la policía o por el juez de paz en su caso. Al juez al que incumbe de manera singular la tutela de los derechos y libertades fundamentales procurando asimismo que su desconocimiento no sobrepase el canon de la proporcionalidad.

Reitero que la información al sujeto pasivo del procedimiento penal acerca del objeto del mismo, en lo que pueda afectarle, constituye un elemento esencial para el ejercicio del derecho de defensa, tanto durante la instrucción como en el juicio, pero precisamente por ello tiene sus propios momentos y trámites procesales que no hacen recaer dicha función esencial sobre la resolución que acuerda la conclusión de la instrucción y la apertura del juicio oral, sino que el conocimiento de los hechos que configuran la imputación debe proporcionársele al sujeto desde el instante mismo en que por cualquier medio sea individualizado jurídico-penalmente de modo que pueda ejercitar su derecho de defensa sin cortapisas. El conocimiento de los hechos que constituyen la imputación debe trasladarse al imputado especialmente en los momentos en que procesalmente corresponde formular acusación, de modo que tal formulación conllevará el que no pueda dirigirse contra personas que no hayan adquirido previamente la condición de imputados o referirse a hechos diferentes de los que han sido objeto de contradicción durante la investigación e instrucción. A riesgo de exacerbar el formalismo que en verdad no está ni tiene que estar presente en el derecho a ser informado de la acusación, es sin embargo a mi juicio imprescindible su estricto cumplimiento so pena de que la enorme riqueza de las excepciones que pudieren producirse en la vida real desemboquen en su práctica inobservancia o en su discrecional -más bien arbitraria- inobservancia.

La información ha de ser explícita y no sobreentendida, debiendo hacerse constar en las diligencias, en cuanto fuere factible, que el detenido imputado se tiene por informado de sus derechos y en especial de las causas de la imputación.

d) Forma y contenido de la información: Ya adelanté que, como se había puesto de relieve por el TEDH (S.de 25.3.1999 c.Plissier y Sassi contra Francia), suministrar al imputado la información precisa y completa de los cargos que se formulan contra él, incluida la calificación jurídica, constituye una condición de la equidad del procedimiento.



El contenido de la información sobre la acusación debe abarcar tanto los hechos como la subsunción de éstos en una calificación jurídica, la 'razón jurídica, o el título de la imputación. El art. 6.3 a) del CEDH reconoce al acusado el derecho a ser informado, no sólo del motivo de la acusación, es decir, de los hechos materiales de los que se le acusa y sobre los que se basa la acusación, sino también de la calificación jurídica dada a estos hechos y esto último «...de forma detallada». (STEDH de 25 de marzo de 1999, Caso Plissier y Sassi contra Francia, 51). Evidentemente, en el orden penal nadie puede ser condenado sin dársele la oportunidad de defenderse eficazmente, por lo que el imputado ha de saber de manera completa la acusación que contra él se formula, incluyendo el hecho y las circunstancias y sus consecuencias jurídicas. En otras palabras, han de comunicársele los hechos que se le atribuyan y la razón jurídica de tal atribución.

Es menester darle a conocer todos los elementos de la acusación que no se hallen implícitamente integrados en ella. Por ejemplo, la acusación de complicidad no se halla intrínsecamente incluida (STEDH caso De Salvador Torres contra España de 24 de octubre de 1996), por lo que la condena en grado de complicidad precisa de una acusación expresa al respecto que los acusados hubieran debido conocer desde el inicio del proceso (STEDH de 25 de marzo de 1999, Caso Plissier y Sassi contra Francia 61).

Desde el punto de vista de los hechos objeto de la acusación lo relevante para el proceso penal no es el mero hecho natural o relato de un acaecimiento realmente producido, sino sus aspectos trascendentes para la subsunción, esto es, aquellos hechos naturales fijados normativamente y que integran el tipo penal a aplicar, lo que quiere decir aquellos extremos fácticos que integran el sustrato de los distintos elementos típicos que componen el precepto penal cuya aplicación se solicita y las circunstancias influyentes en la responsabilidad del acusado, así como la identificación de las personas a quien se imputan tales hechos.²⁶⁶

Instruido de los hechos jurídicamente relevantes para el enjuiciamiento conviene además puntualizar, según avancé un poco más arriba, que tal información comporta una delimitación del objeto del proceso penal de modo que la base fáctica de la acusación vincula al Tribunal, que no puede introducir en la sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación, salvo en las hipótesis legalmente contempladas.

En resumen, al inculpado ha de informársele del conjunto de elementos fácticos integrantes de la infracción delictiva, de su grado de perfección, de la participación concreta del imputado, circunstancias agravantes -sean genéricas o constitutivas del tipo- y, en suma, de todos los datos fácticos determinantes de la responsabilidad penal que se le atribuye. Una vez conocido el objeto sobre el que versará el juicio, tal determi-

266 Así Sentencia del Tribunal Supremo español de 28 de enero de 2000 R.724.

nación objetiva vinculará a la acusación y evidentemente al pronunciamiento a dictar en el proceso (“La ´homogeneidad entre la acusación y la condena es, sobre todo, un instrumento útil, extraordinariamente útil, si se quiere, para enjuiciar la posibilidad real de debate” STCE 225/1997 de 15 de diciembre, FJ 4º); la efectividad del principio acusatorio exige que el hecho objeto de la acusación y el que es la base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia.

La explicación está en el principio acusatorio, según vengo poniendo de manifiesto reiteradamente, principio que no permite que nadie pueda ser condenado por un hecho del que antes no se le ha advertido que se le imputaba,²⁶⁷ y, lógicamente, en el derecho de defensa que se habrá vulnerado si, al desconocer un motivo de acusación determinante de la condena, no se le permitió introducir los elementos de descargo y practicar eventualmente los medios probatorios adecuados a fin de acreditar su inocencia.²⁶⁸

Pero no es factible considerar ni aún teóricamente que pueda informársele ya en su primera declaración del hecho punible cuya investigación se emprende o acaba de comenzar, sin que pueda sufrir cambios que afectarán a la acusación como también a la defensa y a la sentencia que ponga término al enjuiciamiento; cambios que incluso pueden llegar a ser relevantes. Ciertamente es que los elementos básicos identificadores no pueden alterarse hasta el punto de que termine siendo arbitrariamente sorprendido el inculcado/ acusado sin saber con certeza -con manifiesta lesión del principio acusatorio- hasta el término del juicio lo que se le imputa y por tanto habiendo disfrutado de una defensa inútil.

De modo realista se prevén modificaciones que serán admisibles si respetan dos identidades esenciales: hecho y acusado. Pero, repito, entendiendo por hecho no sólo un concreto devenir de acontecimientos, un “*factum*”, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona alguno de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica.

267 “No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o las partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso” (SSTCE 225/1997 de 15 de diciembre, FJ 3º, y 10/1998)

268 En todo proceso penal el acusado ha de conocer la acusación contra él formulada en el curso del proceso para poderse defender de forma contradictoria frente a ella. El pronunciamiento del Juez o Tribunal ha de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal y como han sido formuladas definitivamente las pretensiones de la acusación y la defensa, lo cual significa, entre otras cosas, que debe existir una correlación entre la acusación y el fallo.



Son pues admisibles:

a) en virtud del *iura novit curia* y del *da mihi factum dabo tibi ius*, modificaciones en la calificación jurídica del hecho justiciable, de modo que no está el juzgador vinculado por la calificación realizada por las acusaciones, siempre que no introduzca elementos nuevos sobre los que no haya existido oportunidad de contradicción; podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta genericidad sea tal, que no permita un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia; el que el Tribunal matice la acusación con una apreciación subjetiva favorable al reo no puede crear indefensión en éste si se refiere a los hechos contenidos en la acusación; existe homogeneidad entre los delitos objeto de la acusación y la sentencia condenatoria si protegen el mismo bien jurídico, tienen similitud de efectos y de dolo, máxime cuando ambos tipos penales se encuentran formalmente en la misma sección del mismo capítulo del CP.

b) fruto de la propia dinamicidad del enjuiciamiento es, como se ha dicho, la progresiva delimitación del hecho enjuiciado, fruto en especial de los resultados de la práctica de los medios probatorios durante el juicio; de aquí que entre el hecho afirmado y calificado en los escritos de acusación (art. 314 CPP) y el que se concrete tras la prueba en el juicio oral puede haber variaciones, que serán legalmente admisibles siempre que respeten las dos identidades esenciales resaltadas: acusado y hecho. Se permite la modificación, de las conclusiones contenidas en los escritos iniciales, tras la práctica de las diligencias de prueba, debiendo en este caso formularse por escrito a fin de proporcionar tiempo a la defensa para preparar sus alegaciones. En general se vienen enumerando como alteraciones admisibles de los escritos de acusación que dan lugar a la apertura del juicio oral: las modalidades del hecho, sus circunstancias, las formas de participación de los acusados, los grados de ejecución y el tipo delictivo en el que haya de ser subsumido.

Para terminar este extremo me remitiré al análisis del art. 322.2 de este CPP y a la crítica allí opuesta.

2) Derecho del imputado a designar a la persona o entidad a la que debe comunicarse inmediatamente su captura. Dos aspectos sobresalen este derecho: el de impedir que pueda ser desconocida la captura a cuyo objeto deberá hacerse saber a la persona o entidad que indique el retenido su privación de libertad, ofreciéndose la posibilidad de que por tal persona o entidad se inquieren las causas y/o se denuncie en su caso la irregularidad/ilegalidad del arresto. El propio art. 243.7 obliga a los oficiales o agentes de la policía a comunicar al momento de efectuar la detención, a los parientes u otras personas relacionadas con el imputado, el establecimiento a donde será conducido. De otro lado se exige que dicha comunicación se haga de forma inmediata, no pudiéndose posponer o supeditar en ningún caso a razones de índole alguna.

3) Derecho del imputado a ser asistido y defendido por abogado de confianza o en su defecto por defensor público.

Sin perjuicio del análisis que acometo del derecho de defensa y derecho a la asistencia letrada, al comentar el Capítulo V, arts. 107 a 115 sobre “Los defensores”, destacare aquí y ahora que el legislador sigue con los dos elementos integrantes de la postulación procesal: representación y defensa, en coherencia con lo que indica en el art. 10 de este CPP.

La Primera Norma salvadoreña consagra el derecho a la asistencia del defensor en el art. 12 apartado segundo, pero no indica nada respecto de la representación procesal que, a tenor de lo dispuesto en el art. 325 II, como también en el art. 270 inciso tercero de este CPP, será asumida también por el Letrado “...salvo que pida (el imputado) intervenir personalmente” (en el anticipo de prueba) o si en los supuestos del art. 112 el tribunal estimare imprescindible la presencia del imputado.

Del *dictum* de esos arts. 270 y 325 II CPP resulta que no es menester valerse de un representante procesal sino que se permite actuar procesalmente por medio de un representante de este tipo que, normalmente, coincidirá con el Abogado. La posibilidad de prescindir de la representación procesal mediante Letrado a favor de su asunción por el mismo imputado, se ve claramente erosionada ante la dificultad de actuar en que se encuentra el inculcado en determinadas actuaciones procesales que requerirán necesariamente que intervenga otra persona en su nombre. De este modo en aquellas diligencias de instrucción en que se excluye la presencia del imputado, o cuando se desconozca la identidad de imputado o su paradero y se solicitare “anticipo de prueba” (art. 270 CPP), o cuando en el juicio oral durante el desarrollo de la vista pública rehusare permanecer en la sala (art. 325 párrafo segundo CPP), etc.

4) Derecho a ser llevado sin demora, dentro del plazo legal, ante un juez o funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. Conviene plantear una previa puntualización. Del texto de este art. 87.4 CPP no deriva literalmente que este derecho esté reservado al imputado detenido o privado de libertad, sino que goza del mismo cualesquiera sujeto imputado en los términos del mencionado art. 8 CPP. En todos los Instrumentos Internacionales como la DUDH (art. 10), PIDCP (9.3°), CADH (art. 7.5), CEDH (art. 5.3°), etc. Se distinguen entre el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y el derecho del detenido a ser inmediatamente conducido ante la autoridad judicial a fin de que ésta resuelva sobre la legalidad de la privación de libertad. En este sentido son lógicamente interpretables también los arts. 11 párrafo II, 13. II y 17. II de la Suprema Norma salvadoreña. El legislador procesal penal ha olvidado esta diferencia.

Creo en buena técnica que el imputado sí tiene derecho a ser juzgado en el plazo razonable que se corresponde con el tiempo procesalmente previsto y, asimismo, a que la autoridad judicial decida sobre su detención. No ha de generalizarse pues, como hace este número 4 del art. 87, el derecho a ser inmediatamente conducido ante la autoridad judicial a todo imputado.

Otra matización es la atinente al inciso “dentro del plazo legal”. Si lo ponemos en relación con el art. 13, obligatoriamente en el máximo plazo de setenta y dos horas el detenido debe ser consignado a la orden del juez competente (art. 13 párrafo segundo Cn). Naturalmente sobre el plazo máximo de detención y su validez me remito a lo dicho en los arts. 286 y siguientes de este CPP.

Reconduzco pues el derecho a ser llevado a la judicial presencia al supuesto de imputado detenido, ámbito de aplicación que es el que viene siendo afirmado por la jurisprudencia de Tribunales como el TEDH (así en sus sentencias de 28 de marzo de 1990 caso B contra Austria 36, también de 18 de junio de 1971 caso De Wilde, Ooms y Versyp). No hay posibilidad de entender incluido caso alguno en que al amparo del art. 5.3 CEDH pueda alguien ser privado de libertad si no es para ser conducido ante la judicial presencia, como se pretendió por Irlanda en el caso Lawless (STEDH de 1 de julio de 1961). No es así aceptable la denominada «detención administrativa», o sea, fundada en causas distintas de las aquí contempladas y con objetivos diferentes.

El TEDH que es uno de los Tribunales que más extensamente han tratado el tema del derecho del detenido a ser llevado sin demora ante la autoridad judicial, contempla la privación de libertad, señaladamente, en tres hipótesis: la de aquéllos de quienes se sospecha plausiblemente que han participado en la comisión de un hecho punible; la de los que pueden participar en la comisión de un hecho punible o la de los que pueden darse a la fuga después de la comisión del hecho criminal. He dicho que «inicialmente» porque contempla también a aquéllos que tras ser conducidos ante el órgano jurisdiccional competente, éste acuerda prolongar la privación de su libertad (vid. SSTDH de 27 de noviembre de 1991 c.Kemmache contra Francia, de 26 de junio de 1991 c.Letellier contra Francia, de 12 de diciembre de 1991 c.Toth contra Austria, de 12 de diciembre de 1991 c.Clooth contra Bélgica, de 27 de agosto de 1992 c.Tomasi contra Francia, etc.).

La Asamblea Consultiva del Consejo de Europa en su undécima sesión ordinaria, planteó en la recomendación (de 23 de abril de 1959), referente a la reforma procesal penal, en su apartado 3 b), que «...nadie ser detenido provisionalmente más que en virtud de un mandato judicial y que esta detención judicial sólo podrá ser mantenida si el Tribunal constata, motivando su decisión, que es estrictamente necesaria».

Las exigencias ineluctables impuestas son: obligación de conducir «sin dilación» («aussitôt») al privado de libertad; que ha de ser ante un juez o magistrado «habilité par la loi... pour exercer des fonctions judiciaires»; que ha de ser juzgada en un plazo razonable o puesta en libertad durante el procedimiento, puesta en libertad que cabe condicionar a una garantía que asegure la comparecencia del interesado. Prescindiendo del segundo extremo, me centraré en el primero o deber de conducir sin dilación al detenido ante la autoridad judicial.

El vocablo francés «aussitôt», traducido por «sin dilación», expresa, ante todo, la excepcionalidad de la privación de libertad y, asimismo, que aún concurriendo *prima*

facie las circunstancias en las que se permite la lesión de tal derecho fundamental, compete al juez (en cuanto terminal de la publicidad o, si se prefiere, en cuanto órgano al que constitucionalmente viene asignada de modo singular la tutela jurídico-fundamental) verificar su legalidad y eventualmente, y sin perjuicio de la exacción de las pertinentes responsabilidades, acordar la puesta en libertad o el mantenimiento de la restricción.

Desde el significado de «*aussitôt*» como «*immédiatement*», «*dans le moment même*», el Convenio exige que no transcurra espacio significativo alguno de tiempo desde la detención hasta su conducción al juez o magistrado; lo que se vería reforzado por el empleo en el PIDCP de la fórmula «*dans le plus court délai*» (*reasonable time*: plazo razonable) y, cabría agregar, por el posterior uso en el CEDH en el mismo número, de otra expresión referida al plazo para ser razonablemente juzgado: «*...dans un délai raisonnable/reasonable time*». No obstante debe resaltarse con la Comisión y TEDH la indeterminación que conlleva el uso de los términos empleados: sin dilación, «*aussitôt*» y «*promptly*», que comporta la imposibilidad de fijar «a priori» e «in abstracto» un tiempo concreto. Pero dicha imposibilidad evidentemente encuentra un «*dies ad quem*» en los períodos máximos que en todas las Leyes Fundamentales se fija: por ejemplo en la salvadoreña que habla de setenta y dos horas (art. 13 inciso tercero Cn), plazo no susceptible de ser transgredido so pena de integrar un supuesto de detención ilegal habilitante para acudir al habeas hábeas previsto en el art. 11 II Cn.

Pertenece a la esencia de este derecho a ser conducido sin dilación a presencia judicial su automatismo, en el sentido de que no es menester que el afectado así lo solicite para que surja tal deber para la autoridad bajo cuya custodia se encuentre. El automatismo afirmado encontraría su más plena expresión en la nota de la irrenunciabilidad.

La ausencia de duración concreta provoca el que, dentro del margen de apreciación reconocido a los Estados contratantes, deban examinarse las circunstancias concurrentes en cada causa para ponderar la violación o no de la exigencia de rapidez en la puesta a disposición judicial -salvo liberación anterior- (STEDH de 22 de mayo de 1984 c. De Jong, Baljet y Van den Brink 52). Habida cuenta los tiempos establecidos en la Cn y en el CPP no podrán trasgredirse los máximos fijados.²⁶⁹

Tanto el CPP como los Instrumentos internacionales precitados (PICP, CADH, CEDH) indican que el detenido ha de ser conducido sin dilación ante juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales. Para que la privación de libertad pueda eventualmente continuar sin ser calificada de arbitraria, se impone su

269 Desde la diversidad normativa de los países firmantes del CEDH, pueden verse decisiones del TEDH como las SS. STEDH de 22 de mayo de 1984 de 22 de mayo de 1984 c. De Jong, Baljet y Van den Brink; de 28 de noviembre de 1988 c. Brogan y otros §57; de 28 de noviembre de 1991 c. Koster contra Países Bajos; también Déc. de 19 de julio de 1972, Rec. núm. 42 p. 55; Dec. de 13 de octubre de 1982 en caso Van der Sluijs, Zuiderveld y Klappe; dictamen en el caso Duinhof y Duijf; Déc. de 11 de octubre de 1982 c. De Jong, Baljet y De Brink .

control por un juez u otro «funcionario judicial habilitado», oyendo personalmente al detenido²⁷⁰ y examinando las distintas razones concurrentes para decidir sobre ella (Dictamen de la Comisión Europea de Derechos Humanos, Déc.de 15 de julio de 1983 c.McGoff) De la lectura del Tratado europeo podría deducirse que sólo los jueces y magistrados investidos en cuanto tales de jurisdicción son ante quienes debe ser conducido el privado de libertad. La dificultad surge ante el dictado normativo «...ou un autre magistrat habilité par la loi ... pour exercer des fonctions judiciaires» (“...u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales” art. 87.4 CPP-). Se emplea el término magistrado no, lógicamente, en el sentido de miembro de un órgano jurisdiccional colegiado, sino para abarcar al Ministerio Fiscal y a otras figuras afines. Pero tal flexibilidad es inaplicable en El Salvador por el dictado del CPP que impone la puesta a disposición judicial: arts. 235, 237, 247, 248, 254, 256, 266, etc.²⁷¹

Se requiere además que tal magistrado actúe de conformidad con la ley. A este tenor, en los arts. 31, 36 y 37 (caso Schiesser cit.), lo que implica una exigencia de procedimiento y otra de fondo. La primera comprende la obligación del «magistrado» de oír personalmente al sujeto y, la segunda, la de examinar las circunstancias en pro o en contra de mantener o no la privación de libertad, pronunciándose jurídicamente sobre las razones justificativas (STEDH caso Irlanda contra Reino Unido cit., 199).

5) Derecho del imputado a abstenerse de declarar. El derecho a no declarar contra sí mismo (*nemo tenetur edere contra se* o *nemo tenetur se ipsum accusare*) tiene como titular exclusivo al imputado o a aquella persona que, a resultas de la

270 El que el ministerio fiscal de Paola no oyese inmediatamente al afectado antes de decretar su prisión (lo mismo hubiere sido si hubiere acordado la prórroga de la detención sin oírle), contribuyó para que el TEDH en su S.de 22.11.1992 c.Brincat contra Italia, afirmara en su §21 que no podía ser entendido como “magistrado habilitado por la ley para ejercer poderes judiciales”.

271 El TEDH ha admitido que en Bélgica y Francia intervengan tanto los magistrados «du parquet» como los de «siège» En sentencia de 4 de diciembre de 1979 c.Schiesser §§ 28 y ss, el TEDH afirma que el ejercicio de funciones judiciales no se limita necesariamente al acto de juzgar y que en numerosos Estados contratantes, magistrados e incluso jueces cumplen semejantes funciones sin administrar justicia, como por ej los miembros del ministerio fiscal los jueces de instrucción. Además ha considerado que el art. 5 CEDH utiliza dos tipos de expresiones: precisas, como las de tribunal y juez, y otras bastante imprecisas, como «autoridad judicial competente» y «magistrado habilitado por la ley». De la comparación con el número 4 de este artículo, se deduce que el término Tribunal como el de juez exige: independencia del ejecutivo y de las partes (STEDH. de 27 de junio de 1968 c. Neumeister §44) pero, a diferencia de los otros términos no se precisa que sus funciones tengan carácter jurisdiccional. Habida cuenta de que el fin perseguido es el de asegurar que nadie sea arbitrariamente privado de su libertad, ser suficiente con que se conozca de la misma a través de un procedimiento de «carácter judicial» dotado de las precisas garantías por quien sea independiente. La independencia a ponderar no es abstracta sino exigible en el supuesto concreto de modo que cabrá afirmarla si para la decisión de privar o mantener la libertad no se le han dado instrucciones. Desde tal planteamiento: Sí ha admitido al «Procurador de distrito» de Zurich (STEDH.c.Schiesser cit. §§34 y ss). Ha rechazado a un comité consultivo en materia de internamiento (STEDH de 18 de enero de 1978 c.Irlanda contra Reino Unido), al «auditor militar» (SSTEDH. de 22 de mayo de 1984 c.De Jong,Baljet y Van den Brink §44 y de la misma fecha c.Duinhof y Duijf §§ 34 y 35 y c. Van der Sluijs, Zuiderveld y Klappe §§ 42 y ss), al «Procurador de distrito» de Zurich en cuanto 14 meses después de decretar la prisión actuó como acusador (STEDH de 23 de octubre de 1990 c.Huber §§41 y ss), al Procurador de la República al estimar que el Ministerio Fiscal en cuanto puede actuar representando a la acusación pública puede inspirar dudas acerca de su imparcialidad (STEDH de 26 de noviembre de 1992 c.Brincat c.Italia §§ 21 y ss).

declaración, pudiere autoincriminarse. El derecho a guardar silencio, o derecho a no confesarse culpable, constituye una garantía instrumental del genérico derecho de defensa al que presta cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer la imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable. El derecho a abstenerse de declarar viene sancionado en los arts. 14.3.g) PIDCP, 8.2 g) CADH, 259 y 261 III CPP, etc.

El derecho a la no autoincriminación tiene como soporte inmediato el derecho de defensa, en la medida en que puede ser utilizado válidamente por el Tribunal para la desvirtuación de la presunción de inocencia. Interesa así evidenciar que, no obstante el derecho a guardar silencio, su ejercicio no impide que pueda ser valorada esta postura por el juzgador. Si bien del silencio no cabe deducir aceptación de hechos o confesión de participación, no es menos cierto que al no declarar, y así no contradecir los argumentos de la acusación, ello puede contribuir a la elaboración de su juicio valorativo por el Juez o Tribunal.

6) Derecho a que no se empleen contra él medios contrarios a la dignidad. Este derecho ha de reconducirse a la prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes (arts. 5 DUDH, 7 PIDCP, 5.2 CADH, DPPTTPCID,²⁷² CIPST,²⁷³ 4.II Cn, 243.3 CPP) y a la prueba prohibida, estudiada en la Introducción a estos Comentarios al CPP. El art. 262 CPP prohíbe el empleo de coacciones, amenazas o engaños y, explícitamente veta el recurso a los malos tratos, a las amenazas, a las violencias corporales, a la tortura u otros tratos inhumanos o degradantes.

7) A que no sea sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad. Este derecho está vinculado con el anterior y debe traducirse en la prohibición del uso de técnicas como la de la sofronización o hipnosis, narcoanálisis (empleo de sustancias psicotrópicas para disminuir o eliminar los controles de la voluntad desconociendo pues el derecho a la no autoincriminación), el recurso al “lie-detector” o detector de mentiras, etc. El art. 262 CPP enumera, amén de medios coactivos como la tortura en cualesquiera modalidades, etc, ya citados antes, algunas de las medidas proscritas en cuanto menoscaban la libertad del imputado, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos: “el engaño, la administración de psicofármacos, los sueros de la verdad,, el polígrafo y la hipnosis”; lo mismo en el art.

272 Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos Inhumanos o Degradantes, Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en sesión de 9.12.1975.

273 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada por la Asamblea general de la Organización de Estados Americanos (OEA), adoptada el 12.9.1985, cuyo instrumento de ratificación fue depositado por la República de El Salvador el 5 de diciembre de 1994.



263 inciso segundo respecto de las situaciones o estados de fatiga o falta de serenidad, susceptibles de hacer perder al imputado la claridad de juicio que requiere su declaración. Todos estos medios han de conectarse con la prueba prohibida o si se prefiere la denominación genérica, con la prueba ilícita, ya estudiada en la Introducción.

Expresamente el art. 12 inciso 2 de la Cn proclama que “Las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona carecen de valor; quien así las obtuviere y empleare incurrirá en responsabilidad penal”.

Conviene hacer una pequeña referencia al engaño que, en el proceso penal, se concreta entre otros aspectos en la exclusión de cualesquiera vías para confundir al imputado mediante el uso de técnicas en los interrogatorios susceptibles de perturbar su juicio y serenidad del mismo y/o extraer en contra de su libre decisión afirmaciones o asertos que pudieren ser utilizados en su contra. De este modo en el art. 220, atañente al careo, se proclama que a los careados se les llamará la atención sobre las discrepancias a fin de que *libremente* traten de ponerse de acuerdo; en el art. 221 para poder ser apreciada como prueba la confesión se prescribe que sea clara, espontánea y terminante; en el art. 222.3 se condiciona el valor de la confesión realizada ante juez no competente a que al rendirla no fuere objeto de violencia física o moral; el art. 263 no permite la formulación de preguntas capciosas o sugestivas ni que las respuestas sean exigidas perentoriamente; el citado art. 263 CPP impone la suspensión del acto de declaración cuando el cansancio físico o psíquico altere la serenidad del imputado; etc. Estrechamente conectado con el engaño es el posible uso de las negociaciones ofreciendo, al amparo de la oportunidad (arts. 20, 21, 31.6, 45.2 f, 248.4, 256.5, 317.8, 320.5, etc) inmunidades o condenas simplemente como medio para lograr la cooperación del imputado. A este respecto conviene resaltar la existencia de un deber de buena fe procesal (probidad procesal) que incumbe tanto al imputado en el sentido de que ha de colaborar en los términos pactados de modo eficaz y veraz²⁷⁴ y el fiscal no ofrecer más de lo que la norma permite y así dentro de los cauces legales.

8) Derecho al libre e indispensable movimiento del sujeto durante las actuaciones procesales sin perjuicio de las medidas de vigilancia adoptables para evitar que pueda sustraerse a la acción de la Justicia. A este respecto el art. 326, a cuyo comentario me remito, permite la libre movilidad del imputado con las restricciones que la seguridad imponga.

9) Derecho a intérprete. El derecho a intérprete es complemento indispensable del derecho de defensa, pues una adecuada participación procesal y un eficaz uso de los mecanismos procesales y de los medios que la ley ofrece a los sujetos, requiere

274 Sobre el tema, QUINTANILLA NAVARRO, Lizandro-Humberto, “Los sujetos procesales”, en *Derecho procesal penal Salvadoreño*, con otros autores, San Salvador, 2000, esp.p.358. Vid asimismo lo comentado al examinar el principio de oportunidad –en los artículos comentados en este CPP- y su vigencia en los EEUU de Norteamérica.

comprender y poder hacerse entender. Ya el art. 14.3 a) del PIDCP impone el derecho de toda persona acusada de un delito a ser informada, sin demora, “*en un idioma que comprenda*” y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella, y en también en ese art. 14.3, f) *a ser asistido gratuitamente por un intérprete*. Explicitamente el art. 8.2. a) de la CADH establece entre las garantías mínimas del proceso el derecho del inculpado a “*ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal*”. Viene también exigido en el CPP en el art. 11.

Titulares de tal derecho no sólo serán los extranjeros, sino también los salvadoreños que desconocieren o no conocieren suficientemente el idioma castellano, de forma que ello pudiera incidir negativamente sobre su inalienable derecho a la defensa. No ha de desconocerse que el derecho a intérprete resulta indispensable también para el cumplimiento de su función por el propio órgano jurisdiccional quien, obligado a resolver más allá de toda duda razonable, difícilmente podrá emitir un pronunciamiento fundado, sin equívocos ni malas interpretaciones si no conoce o es puesto a su disposición un experto en el idioma de que se trate. La suma de estas facetas supondría que no puede considerarse completa la infraestructura indispensable para impartir Justicia sin dotar al órgano jurisdiccional de un medio personal como es el del intérprete cuando ello sea necesario.

Termina este art. 87 prescribiendo, entre otros, en relación con los arts. 8, 9, 10, 11, 243 6 la obligación que incumbe, de instruir de sus derechos al imputado, a todos los poderes y autoridades que intervengan en el proceso penal: jueces, fiscales y policía, de manera inmediata y comprensible, haciéndolo constar en acta.

Concordancias. Arts. 12 Inc. 2 y 3 Cn., Art. 8, 9, 10, 17, 243, 270 Inc. 4º, 43 Inc. 6º parte final. Modificado por el D.L. No. 418, del 24 de septiembre de 1998, publicado en el D.O. No. 198, Tomo 341, del 23 de octubre de 1998

Identificación.

Art. 88.- La identificación del imputado se practicará por sus datos personales, impresiones digitales, señas particulares o a través de cualquier otro medio. Si se niega a dar esos datos o los da falsamente, se procederá a la identificación por testigos, en la forma prescrita para los reconocimientos, o por otros medios que se estimen útiles.

Cuando exista certeza sobre la identidad física de la persona imputada, las dudas sobre los datos personales no alterarán el curso del procedimiento, sin perjuicio de que se rectifiquen en cualquier estado de las actuaciones, incluso durante la ejecución de la pena.

Comentario. A tenor del art. 246 CPP es menester individualizar al imputado o sujeto contra el que ha de dirigirse el proceso. Su determinación concreta es presu-



puesto para la apertura del juicio pues sólo es factible respecto de un hecho determinado atribuido a un sujeto o sujetos plenamente individualizados. Téngase en cuenta que los efectos de la sentencia: cosa juzgada, ejecutividad en su caso, etc., sólo operarán respecto del sujeto concreto que ha sido enjuiciado y más allá de toda duda razonable desvirtuada para el juzgador la presunción de inocencia de que goza. Desconociéndose el autor o autores del hecho no cabe la apertura del juicio debiéndose sobreseer provisionalmente mientras en el tiempo previsto se practican las diligencias conducentes a su identificación.

Más ampliamente se ha examinado los medios de identificar al sujeto y el significado que comporta, en los comentarios a los arts. 247, 254 *in fine* y demás concordantes.

Concordancias. Arts. 246, 247, 254 *in fine*, 260, 261, 311.1, 314.1, 322.1 CPP.

Enfermedad Mental.

Art. 89.- Cuando se presume la enfermedad mental del imputado, sus derechos serán ejercidos por un tutor, sin perjuicio de la intervención de sus defensores.

Comentario. Esta norma ha de conectarse con la siguiente, de modo que el presunto enfermo mental, no puede ser privado del derecho de defensa y por tanto de hacer valer lo que le conviniere a efectos no ya de la responsabilidad penal *stricto sensu* sino de la patrimonial. Aludo a la penal *stricto sensu* puesto que si bien no puede ser juzgado si estuviere privado de raciocinio nada puede impedir que mientras que se practica la investigación -y previo dictamen pericial no ordene la suspensión del trámite del incapacitado- le pudiese interesar que se introduzcan en el proceso las razones y acreditamientos por los que habrá de excluirsele.

Incapacidad Sobreviniente.

Art. 90.- Si durante el procedimiento sobreviene una enfermedad mental, que excluya la capacidad de entender o de querer del imputado, el juez o tribunal previo dictamen pericial, ordenará la suspensión del trámite hasta que desaparezca la incapacidad. Esta suspensión impedirá la declaración indagatoria y el juicio, pero no que se investigue el hecho o que continúe el procedimiento con respecto a coimputados.

El juez o tribunal solicitará un informe semestral sobre la salud mental del imputado.

Si concurren los requisitos de la internación provisional se dispondrá el internamiento del incapaz en un establecimiento adecuado. En este caso el enfermo será examinado trimestralmente por el perito que el juez o Tribunal designe.

Concordancias. Arts. 97 Inc. 1º (7º), 333 Inc. 1º N. 4, 334 CPP.

Rebeldía.

Art. 91.- Será considerado rebelde el imputado que sin justa causa no comparezca a la citación judicial, se fugue del establecimiento o lugar en que se halle detenido, o se ausente del lugar asignado para su residencia.

Comentario. Tal y como señalaba ya AGUILERA DE PAZ, todo procesado se halla en el deber de comparecer ante el juez o tribunal que le llame para oír sus descargos o para la práctica de cualquiera otra diligencia que fuere acordada en la causa a cuyas resultas estuviere sujeto.²⁷⁵ Si bien el imputado no puede ser obligado a declarar, ciertamente se verá sometido a la carga procesal que supone verse constreñido a acudir a presencia judicial cuando a tal efecto sea citado en la debida forma.

La rebeldía o contumacia en el proceso penal salvadoreño puede producirse en dos tipos de situaciones:

a) Cuando sin existir una justa causa no acuda una citación judicial un sujeto frente al cual se dirige el procedimiento penal y que se halle en libertad, bien por que no se haya realizado todavía ninguna actividad procesal contra él o bien por cuanto, aun habiendo sido sometido a interrogatorio o a cualquier otra actuación, no ha sido adoptada ninguna medida limitativa de su libertad.

Esta circunstancia no requiere en todo caso una voluntad explícita por parte del imputado de sustraerse a la acción de la justicia o de buscar la impunidad a través de la ausencia. Pero en cualquier caso será exigible que la citación judicial satisfaga plenamente todos los requisitos legales y que, sólo ante su nulo éxito, pueda llegar a verificarse la posterior declaración de rebeldía. Conviene advertir que de ignorarse su paradero habrán de realizarse activamente todas las averiguaciones posibles, sirviéndose de registros públicos o de cualquier otra forma posible de indagación, en atención a las graves consecuencias que en orden a la defensa se pueden deparar de la declaración de rebeldía.

La existencia o no de justa causa requerirá ser apreciada judicialmente utilizando las máximas de proporcionalidad aplicables al proceso penal en su conjunto, y su estimación (de oficio o previa alegación del interesado) podrá impedir la declaración de rebeldía o bien erigirse en causa para su revocación en los términos del art. 94 CPP.

b) Cuando se sustraiga de la disposición de los órganos estatales correspondientes aquel imputado frente al cual ya se hubiese adoptado alguna medida limitativa de

• Comentado por el Dr. J. PÉREZ GIL, Prof. Titular de D. Procesal de la Universidad de Burgos, España.

275 AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. V, Madrid 1924, p. 772



libertad consistente bien en su detención en cualquier establecimiento, o bien en la obligación de residir en un determinado lugar. A estos efectos será irrelevante si la privación de libertad trae causa del mismo o de otro proceso seguido contra el mismo sujeto.

En ambos supuestos, cuyo efecto se traduce igualmente en la falta de disposición por parte del órgano judicial sobre la persona del indiciado y en el incumplimiento de su deber procesal de comparecer, podrá ser declarada la rebeldía.

Concordancias. Arts. 36, 92, 93, 94, 149, 150, 286, 334 Inc. 3º CPP.

Declaración.

Art. 92.- Transcurrido el término de la citación o comprobada la fuga o la ausencia, el juez declarará la rebeldía y expedirá orden de captura.

Comentario• . La rebeldía, como situación procesal en la que puede hallarse un imputado, no es una mera situación fáctica en la que éste no comparezca voluntariamente o no pueda ser habido, sino que requiere ser constatada judicialmente. La declaración de rebeldía, que surtirá efectos constitutivos de esta situación, dependiendo del motivo que la origine, sólo podrá adoptarse bien cuando el imputado no haya comparecido en el término en el que fuera citado sin alegación de justa causa o bien cuando pueda constatarse la fuga o ausencia del lugar donde se hallare detenido o en el que hubiese sido fijada su residencia.

La declaración judicial requerirá ser suficientemente motivada, haciendo referencia cuando menos a las actividades realizadas sin éxito para reclamar a presencia judicial al imputado y a la justificación de la necesidad de adoptar medida tan gravosa.

Junto con la declaración de rebeldía, se dictará la oportuna orden de captura, la cual surtirá dos efectos fundamentalmente, de forma que su trascendencia se despliega en una doble dirección. Por un lado contendrá un emplazamiento dirigido al imputado al objeto de que se someta a la carga procesal de comparecer, lo cual, asumiendo las responsabilidades derivadas de su contumacia que ya hubieran podido haberse generado, servirá de fundamento para que reconsidere su posición y se someta a la actividad procesal. Por otro lado contendrá una orden a los cuerpos policiales para que se realice toda la actividad conducente a su localización y consecuente e inmediata puesta a disposición judicial.

En cuanto mandato dirigido a las fuerzas y cuerpos de seguridad, contendrá por un lado la orden de buscar a la persona indicada, previo aporte de los datos que mejor contribuyeren a su individualización, y por otro la de capturar al sujeto sirviéndose de las facultades coercitivas que la ley deposita en manos de la Policía. No parece que la

• Comentado por el Dr. J. PÉREZ GIL, Prof. Titular de D. Procesal de la Universidad de Burgos, España.

orden esté sujeta legalmente a condicionamientos temporales, por lo que mantendrá su vigencia en tanto no sea revocada como consecuencia bien del logro de su objetivo fundamental con la captura del imputado, bien de su presentación voluntaria y la actividad judicial tendente a dejar sin efecto las órdenes cursadas.

Concordancias. Arts. 36, 91, 93, 94,149, 150, 286, 334 Inc. 3º CPP.

Efectos sobre el Procedimiento.

Art. 93.- La declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la instrucción. Si es declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes.

Declarada la rebeldía, se archivarán las actuaciones, instrumentos y piezas de convicción. Cuando el rebelde comparezca, la causa continuará según su estado.

Comentario• . Es plenamente razonable que a pesar de la ausencia del sospechoso no se suspenda el curso de la instrucción, de forma que no existirá inconveniente en proseguir toda la actividad encaminada a su enjuiciamiento. De otro modo, la ausencia se erigiría en motivo de impunidad y la maquinaria de la justicia se vería detenida por la actitud contumaz del indiciado, provocando aun mayores perjuicios que los derivados de la comisión delictiva. Si se tiene en cuenta que, además, ello puede suponer una dilación innecesaria, originadora de perjuicios a las víctimas, se observará la plena justificación de esta previsión.

No obstante, el ordenamiento procesal salvadoreño veta la posibilidad de que pueda llegar a condenarse al imputado rebelde, bien impidiendo la apertura de la vista oral, bien si es que ésta ya se ha producido, suspendiendo con respecto a él su prosecución. La imposibilidad fáctica de que se produzca un debate entre acusador y acusado determina de esta forma la imposibilidad jurídica de aplicar la consecuencia prevista en la norma penal en tanto la situación persista.

Puesto que la declaración de rebeldía interrumpe la prescripción (art. 38.1 CPP) con la suspensión de la causa con respecto al rebelde, no se favorece su impunidad. De ahí que una vez declarada tal circunstancia deberán archivar las actuaciones, así como los instrumentos y piezas de convicción al objeto de que puedan surtir utilidad tan pronto como el imputado sea habido. En este caso, la causa continuará según el estado en el que se encontrara.

Concordancias. Arts. 36, 91, 92, 94,149, 150, 286, 334 Inc. 3º CPP.

• Comentado por el Dr. J. PÉREZ GIL, Prof. Titular de D. Procesal de la Universidad de Burgos, España

Justificación.

Art. 94.- Si el imputado se presenta con posterioridad a la declaración de su rebeldía y justifica que no concurrió debido a un grave y legítimo impedimento, se revocará de inmediato la orden de captura y se harán las comunicaciones correspondientes.

Si el imputado lo solicita, se le extenderá un certificado que acredite la revocación de la captura.

Comentario. La denominación “rebeldía”, desde su arcaicismo y ambigüedad, podría inducir a error por ser apta para transmitir la idea de una actitud deliberada y voluntariamente buscada por el imputado de sustraerse a la actividad procesal que se sigue contra él. Sin embargo, la ley se refiere con ella a una circunstancia objetiva, a la constatación de que el sujeto llamado en debida forma no está sujeto a disposición judicial una vez transcurrido el término habilitado a tal efecto. Ciertamente puede darse esa tesis, pues no será extraña la actitud díscola de quien ve cerca el riesgo de la imposición de una sanción por leve que sea, pero se habrán de adoptar toda una serie de cautelas con el fin de depurar los supuestos en los que no sea éste el fundamento de su ausencia del proceso.

Puede ocurrir que la no comparecencia del imputado se deba a razones plenamente atendibles (enfermedad que origina su ingreso en centro hospitalario, ausencia prolongada de su residencia habitual por motivos de trabajo u otras similares). En tales supuestos, previa alegación y justificación con los medios a su alcance y tras la verificación judicial de que los motivos alegados son graves y legítimos, la orden de captura dejará de tener sentido. Dadas estas circunstancias, el mandato a los cuerpos policiales habrá de dejarse sin efecto, debiéndose cursar las oportunas comunicaciones hábiles para dejar sin efecto la requisitoria de captura.

En justa compensación por los perjuicios que se derivan de la no comparecencia a presencia judicial y correspondiente declaración de rebeldía, la ley exige que los motivos sobre los que se pretenda justificar ésta sean graves y legítimos. Gravedad y legitimidad operan aquí como conceptos jurídicos indeterminados que, no pudiendo ser definidos en abstracto, habrán de ser ponderados judicialmente en atención a las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso. Mientras que la gravedad nos hablará de la intensidad del correspondiente impedimento y su capacidad de incidir en la actitud de cada imputado en concreto, la legitimidad alude a la adecuación de ese impedimento al ordenamiento jurídico, lo cual es tanto como decir que no se deba a un incumplimiento de sus obligaciones legales (art. 8 Cn).

-
- Comentado por el Dr. J. PÉREZ GIL, Prof. Titular de D. Procesal de la Universidad de Burgos, España.

Precisamente con el fin de evitar el sometimiento del que hubiere sido declarado rebelde a las permanentes molestias que le podría suponer la vigencia de la orden, el último inciso del precepto reconoce explícitamente la posibilidad de que la revocación de ésta sea certificada debidamente. De este modo, ante cualquier requerimiento policial que incluso hubiere podido conducir a la adopción de alguna medida limitativa de su libertad, podrá acreditar *prima facie* que aquel mandato se ha dejado sin efecto. Con ello se tiende a impedir que, si por cualquier motivo las comunicaciones que desactiven la orden, no hubieren llegado a sus destinatarios en la forma oportuna, el que una vez fuera buscado no vea permanentemente sobre su cabeza el peso de la espada de Damocles que supone encontrarse perpetuamente en los ficheros policiales.

Concordancias. Arts. 36, 91, 92, 93, 149, 150, 286, 334 Inc. 3º CPP.

CAPITULO IV*

QUERELLANTE

Querellante

Art. 95.- En los delitos de acción pública, la víctima por medio de su representante, podrá intervenir en el proceso, con todos los derechos y facultades previstos en la Constitución de la República, en este Código y demás leyes.

Las asociaciones legalmente constituidas podrán nombrar apoderados especiales para que representen a la víctima en el ejercicio de sus derechos y facultades, previa petición de ésta. Sin perjuicio del derecho que les corresponde a los menores e incapaces.

También podrá querellar todo ciudadano o cualquier asociación de ciudadanos legalmente constituida, cuando se trate de delitos oficiales y delitos cometidos por funcionarios y empleados públicos, agentes de autoridad y autoridad pública que impliquen una grave y directa violación a los derechos humanos fundamentales, los que se cometan contra el ejercicio del sufragio, o cuando se trate de delitos que afecten intereses difusos o de la colectividad en su conjunto. (5')

Comentario. La Exposición de Motivos del CPP se refiere al querellante como *“el ofendido por un delito de acción pública que se presenta con la solicitud formal de que se le tenga por parte, para actuar dentro del proceso penal en forma conjunta con la Fiscalía”*.²⁷⁶ De esta forma, el legislador ha pretendido conferir a las víctimas una facultad activa en el enjuiciamiento de los delitos que va más allá del mero reconocimiento de las atribuciones y facultades aludidas en el art. 13 CPP, para otorgarle cuando así lo solicite la cualidad de sujeto procesal y dotarle de aptitudes

* Comentado por el Dr. J. PÉREZ GIL, Prof. Titular de D. Procesal de la Universidad de Burgos, España.

276 A la redefinición de la figura del querellante se refiere el epígrafe 4.IV.



dirigidas a la promoción de la pretensión penal. Además, tal y como veremos, esta posibilidad se extiende a otros legitimados que no necesariamente ostentarán el carácter de víctima del delito, pudiéndose hablar en algunos casos de un sistema de acusación popular, donde cualquiera (*quivis ex populo*) puede asumir la carga y la responsabilidad de realizar la actividad acusatoria.

El precepto se abre especificando que la personación del querellante únicamente podrá verificarse en los delitos de acción pública, denominación en la que hay que entender englobados tanto los llamados delitos de acción pública como los perseguibles previa instancia de particular en los que, salvado el presupuesto procesal del requerimiento por parte de la víctima, la persecución podrá desarrollarse a instancias de la Fiscalía. No obstante, a pesar de esta limitación inicial, la práctica totalidad de los preceptos presentes en este Capítulo IV son aptos para extender sus previsiones también a la persecución de los delitos de acción privada. Esta afirmación encuentra su razón de ser en el precepto que cierra el capítulo (art. 106 CPP), así como en el art. 400 CPP, que habla de cumplir “*con los requisitos previstos en este código para la acusación*”. De ahí que a pesar de ello, gran parte de los aspectos que se analizarán a continuación son de perfecta aplicabilidad analógica a los procedimientos que se sigan para la persecución de los delitos de acción privada.²⁷⁷

A renglón seguido, el artículo viene a concretar una previsión que genéricamente se encuentra en el art. 13.1 CPP entre los derechos reconocidos a la víctima del delito: la facultad de intervenir en el procedimiento penal “*conforme a lo establecido en este Código*”. La puerta que abre esa intervención será precisamente la contemplada en este capítulo, umbral que una vez atravesado habilita la realización en lo sucesivo de una variedad de actos procesales cuyo alcance se irá abordando en sus respectivos momentos a lo largo de los presentes comentarios.

El sistema salvadoreño ha optado así por la configuración de un sujeto procesal que, actuando normalmente junto con el Fiscal, pero ostentando una posición autónoma que hace independientes entre sí sus respectivas actividades, asumirá funciones acusatorias en el proceso. Puesto que como se abordó en relación con la acción penal, ésta goza de una naturaleza pública y de un carácter único, desde ambas posiciones se estará satisfaciendo un único e indivisible interés: el que se deriva del enjuiciamiento de las conductas lesivas para bienes jurídicos básicos en la ordenación social. Ello se realizará mediante la satisfacción del presupuesto en que consiste la acusación que, formalmente considerada y sin contemplar ahora su naturaleza, finalidad y exigencia de imparcialidad, bastará con que sea ejercitada por sujeto diferente al juzgador, sea éste público o privado. No puede hablarse en el sistema salvadoreño por consiguiente de un monopolio de la Fiscalía sobre el ejercicio de la acción penal, sino que habrá de contarse con un nuevo sujeto que eventualmente puede realizar esa misma actividad.

277 Así por ejemplo las relativas al desistimiento y abandono de la querella y sus respectivos efectos (arts. 103 a 105 CPP)

Con la admisión de su escrito de querrela y, una vez personado en el proceso, el querellante podrá ser considerado a todos los efectos como acusador, y su actividad versará normalmente sobre el mismo objeto que la de la Fiscalía si bien contemplando éste desde una óptica propia. Necesariamente la actividad de ambos sujetos se acabará solapando, pues se refiere a algo esencialmente único: la pretensión penal, si bien será promovida por uno u otro o por ambos simultáneamente. Se hace perceptible de esta forma la apertura legal de la acusación a la introducción de criterios e intereses propios del concreto particular habilitado para su ejercicio. Teniendo en cuenta la enorme sensibilidad del fino mecanismo sobre el que funciona el proceso penal, esta intromisión de intereses privados, consustanciales a la actuación del querellante, en un ámbito que tendencial y teleológicamente es público, producirá ocasionalmente disfunciones cuya repercusión habrá de ser evitada en la medida de lo posible.

Debemos plantearnos, por tanto, hasta dónde llegan las facultades procesales del querellante al objeto de determinar si estamos ante de un sujeto con plena aptitud para promover la acción penal o si se trataría de un mero coadyuvante en la promovida por el Fiscal como órgano a quien constitucional y legalmente se asigna tal competencia. Según el criterio de QUINTANILLA NAVARRO, en el sistema salvadoreño regiría el monopolio en el ejercicio de la investigación y la acción penal por el Fiscal. Aun cuando la víctima, a través de un mandatario especial, se constituyese en querellante, eso no significaría que existiera alguna posibilidad de que la acción sea intentada o promovida por iniciativa de este sujeto. Por ello el querellante no podría de forma autónoma ejercer la acción penal cuando el fiscal ha solicitado la desestimación de la misma.²⁷⁸ A nuestro juicio, sin embargo, el régimen de la acusación en el CPP admite ser contemplado desde otro punto de vista por cuanto el querellante sí que goza de una posición procesal autónoma con respecto a la del fiscal, si bien concordante en gran parte en lo referido a su objeto. A mayor abundamiento ha de tenerse en cuenta que el art. 14 CPP, desconociendo la verdadera esencia y función de la intervención de cada uno de los sujetos procesales, obliga a realizar un tratamiento igualitario de todos ellos a pesar de la desigualdad de partida.

Las facultades que encierra esta atribución se expanden a lo largo de todo el proceso y su cristalización dependerá de cada fase procesal. Sin ánimo de exhaustividad, podríamos tomar como muestra las siguientes: la instrucción irá encaminada entre otros extremos a fundar su acusación (art. 265 CPP), antes de la audiencia preliminar tendrá que concretar los términos en que ejercita la acción penal optando entre las diversas posibilidades que ofrece el art. 313 CPP: sobreseimiento definitivo o provisional,²⁷⁹ podrá solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad (art. 20 últ. párrafo), intervenir para decidir sobre la transformación en procedimiento abreviado (art. 379),

278 QUINTANILLA NAVARRO, LIZANDRO HUMBERTO, Los sujetos procesales, op. cit., pp. 325 y ss.

279 Por ejemplo cuando no sea posible fundamentar la acusación (vid. art. 308 CPP).

etc. Si opta por la acusación, habrá de concretar la imputación en relación con los hechos que van a ser enjuiciados y con su presunto autor, realizando ya una calificación jurídica, incluso en forma alternativa, y ofreciendo los elementos probatorios susceptibles de ser introducidos en la vista oral (art. 314 CPP). En el desarrollo del denominado “Juicio Plenario”, donde la intervención del acusador adquiere protagonismo principal, en tanto sin ella no será éste posible (art. 321 CPP), explicará la acusación (art. 338 CPP) y podrá ampliarla en los términos del art. 343 CPP, así como participar en la actividad probatoria en un plano de igualdad con el Fiscal (art. 340 y 347 y ss. CPP) y expresar sus conclusiones finales (art. 353 CPP). Con ello se irá concretando la pretensión penal, que, en conjunción con la actividad de los demás intervinientes irá delimitando objetiva y subjetivamente el enjuiciamiento.

Dada su condición de sujeto privado, y aun cuando se le está habilitando para ejercitar una función pública, no habría más reparo en asignarle la denominación “acusador particular” que el que se deriva de su posible confusión con quien realiza esta función en los procedimientos para la persecución de delitos privados. No obstante, no cabe olvidar que el querellante está habilitado también para realizar peticiones que poco tienen que ver con la función que se le asigna en el sistema y que parece debería ir dirigida a la aplicación del *ius puniendi* estatal a través de la sentencia condenatoria. Nos estamos refiriendo en concreto a que el querellante podrá, por ejemplo, solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad en la persecución (art. 20 último párrafo CPP) o solicitar el sobreseimiento (art. 313 CPP), facultades que no parecen compadecerse bien con la función a ellos asignada. Es más coherente, por tanto, estimar que su presencia tiene por objeto la consecución en último extremo de la aplicación judicial de la consecuencia jurídica prevista por la norma penal. De hecho basta contemplar el art. 104.2 CPP que sanciona con considerar abandonada la querrela si el querellante no acusa.

Entrando ahora en el análisis del precepto en concreto, los extremos que reputamos más trascendentes en él son aquellos referidos a la fijación de los supuestos de legitimación para ocupar una posición activa en el proceso penal que entendemos pueden ser agrupados en tres bloques en función del sujeto legitimado:

1) La víctima del delito en el sentido del art. 12 CPP,²⁸⁰ titular primario de asignación de las facultades propias del querellante, si se tiene en cuenta que las demás posibilidades de personación de otros sujetos pueden ser consideradas como meras derivaciones de ésta. La actividad procesal deberá ser llevada a cabo por su representante, que a tenor del art. 98 CPP deberá ser Abogado de la República.

280 Esto es, el directamente ofendido por el delito, los así considerados en caso de muerte del ofendido, los socios respecto a determinados delitos que afecten a la sociedad y las asociaciones de defensa de intereses colectivos o difusos cuando el delito esté vinculado al objeto propio de la asociación

2) Las asociaciones legalmente constituidas que representen procesalmente a las víctimas, misión para la que habrán de designar apoderados especiales. En este supuesto estaremos igualmente ante una modalidad de querrela de la víctima, con la particularidad de que ésta habrá de ceder voluntaria y expresamente su representación procesal. Una vez conferida, la víctima no podrá otorgar mandato a ningún otro ente colectivo pero tampoco actuar por sí misma, por lo que habrá de ser cauta en la utilización de esta facultad, siendo consciente de que delega y cede una atribución que originariamente le correspondía pero que dejará de estar en sus manos a partir de entonces. De ahí que la ley exija que la intervención de entes colectivos se realice “*previa petición*” de la víctima, de quien obligatoriamente tendrá que partir la iniciativa.

Los legítimos intereses del ofendido pueden así ser representados procesalmente por algunos sujetos colectivos, de los que la ley sólo exige que hayan satisfecho todos los requisitos para su constitución legal. La naturaleza de tales entes no viene sin embargo especificada pero, a nuestro juicio, su objeto asociativo debería encontrarse de alguna forma en conexión con el bien jurídico lesionado o puesto en peligro y deberían carecer de fin de lucro, sin perjuicio de las oportunas compensaciones por los gastos originados. De otro modo se estaría fomentando la creación de entes cuyo objeto fuera la representación profesionalizada de las víctimas en el proceso, posibilidad que, además de no parecer deseable desde la configuración del proceso penal de nuestros días, no parece contemplar el CPP. Por otro lado, no hay duda de que tales sujetos, por compartir la expectativa de tutela jurídica con el afectado directamente y por poder acreditar un cierto grado de especialización en la persecución de determinadas conductas, derivado del conocimiento o de la experiencia en casos anteriores, podría suponer un aporte útil al proceso.

La representación procesal de la víctima, aun conferida a un ente colectivo, deberá materializarse necesariamente mediante la actividad de una persona física, en concreto a través de un apoderado especial. Este carácter de especialidad nos habla ya de que el mandato de representación habrá de ser otorgado con posterioridad a la comisión delictiva, en tanto no cabrán delegaciones genéricas o mandatos conferidos *sine die*, pues en él habrá de hacerse constar los hechos para cuya persecución se otorga.

3) Cualquier ciudadano o cualquier asociación de ciudadanos legalmente constituida, en lo que podrían calificarse como supuestos de acusación popular²⁸¹ o

281 Sobre la acusación popular vid. mi monografía PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, op. cit. *passim*, donde se aborda con amplitud esta institución tan peculiar del derecho español desde una perspectiva histórica y de derecho positivo, con extensas reseñas de derecho comparado. En ella definiendo la dificultad de acomodar su pervivencia dentro del sistema teniendo en cuenta la existencia de un órgano de carácter público (el Fiscal) encargado de la tarea de promover la acción penal y sujeto al principio de legalidad. El carácter democratizador o de control del Fiscal que en ocasiones se le



revestidos de características que los acercan a ella. El legislador ha plasmado así con un carácter voluntarista una suerte de acción popular limitada, en tanto la legitimación activa para querellar se hace extensiva a todos los ciudadanos o asociaciones, sin necesidad de acreditar el carácter de víctima. Tal posibilidad se halla limitada objetivamente a la persecución de determinados delitos, los cuales comparten como pauta común la de provocar una especial afección a intereses generalizados. Dos son pues las cuestiones que trataremos de solventar en este momento: ¿quiénes pueden promover esta acusación popular? y ¿en qué supuestos puede esto hacerse?

A) Legitimación para la promoción popular de la querella

Si podemos hablar de una legitimación popular o de legitimación de cualquier ciudadano (*quivis ex populo*) ello se debe a que la ley no determina directamente quiénes son los sujetos a los que se asigna la facultad de intervención activa en el proceso, sino que generaliza tal facultad. El correcto entendimiento de sus previsiones nos lleva a concluir que se hallarán legitimados aquellos a los que no se excluya expresamente, por lo que víctimas y quienes no ostenten tal condición estarán en igualdad de condiciones en el momento de su ejercicio.

De otro lado, se prevé el ejercicio de las facultades acusatorias propias del querellante también a asociaciones de ciudadanos legalmente constituidas, dotando así de facultades de tutela del interés público inserto en el ejercicio de la acusación a sujetos colectivos que agrupan intereses comunes de sus asociados. Llama la atención, no obstante, el que baste el ostentar personalidad jurídica propia derivada de su correcta constitución, sin que se exija ningún tipo de vinculación entre la asociación que pretende acusar y el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta delictiva. Este extremo nos parece digno de crítica, por cuanto parece carecer de sentido otorgar a entes colectivos una competencia que cualquiera de sus miembros podría ejercitar por sí mismo, aun cuando recibiera el respaldo material y humano de una asociación. Quizá detrás de ello no se esconda más que el deseo del legislador de que la actividad individual pueda ocultarse tras una actuación colectiva en supuestos conflictivos, arriesgados o gravemente costosos en tiempo y dinero. Pero no pueden obviarse los riesgos que esta opción comporta, en tanto la responsabilidad dimanante de una utilización abusiva o fraudulenta quedará cuando menos difundida y difícilmente podrá ser hecha valer.

asigna no deja de ser en muchos casos más que una apariencia, peligrosa en cuanto pudiera ser utilizada como coartada para no acometer las necesarias reformas que precisa el proceso penal en el Estado de Derecho. Su papel en la actualidad es, por tanto, el de constituir una coyuntural válvula de seguridad en la fina maquinaria que gobierna el proceso penal y que ha de ser perfeccionada, sin olvidar su aptitud para hacer chirriar un mecanismo muy delicado.

B) Supuestos en los que es posible el ejercicio popular de la querrela

La acusación popular salvadoreña no se extiende a la totalidad de las conductas delictivas, sino que se delimita legalmente a cuatro supuestos diferentes, los cuales, por otra parte suscitan dudas sobre su carácter de genuinas “acusaciones populares”. Esta afirmación se comprenderá si se tiene en cuenta que en los casos que a continuación se describirán, aun pudiendo existir un titular individualizable de los bienes jurídicos atacados por la comisión delictiva, aluden a conductas en las que la lesión afecta con carácter prioritario a bienes jurídicos de referente supraindividual. La dificultad de representación procesal de tales intereses materiales preside aquí la *mens legislatoris*, y motiva la apertura ilimitada de la legitimación activa en el proceso penal. Los supuestos de los que hablamos son los siguientes:

a) Delitos oficiales, que a tenor del art. 22 CP. son aquellos cuya estructura típica requiere del sujeto activo la cualidad específica de ser funcionario o empleado público. A efectos penales es el art. 39 CP el que nos describe quiénes son funcionarios públicos: todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares, en la Administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos. Empleados públicos y municipales serán todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o Delegación del funcionario o superior jerárquico.

Es claro que en estos casos, sin perjuicio de la afección directa a un sujeto concreto, el delito producirá un evidente daño a la confianza en las autoridades e instituciones públicas. Incluso pudiera afirmarse que dados tales supuestos, la desconfianza en una correcta actuación por parte de la Fiscalía, un órgano peculiar en su constitución, pero en cualquier caso de naturaleza administrativa, alcanzaría niveles mayores. De ahí que la intervención de cualquier particular, a la par que posibilita la asunción por ellos de funciones públicas, puede suponer un revulsivo para que la actividad del fiscal se lleve por cauces idóneos o incluso sea sustituida por la del ciudadano o asociación.²⁸²

282 Este fue precisamente uno de los ámbitos sobre los que versó la discusión doctrinal y política seguida en varios países europeos durante el siglo pasado sobre la utilidad de la pervivencia de la acusación popular en sus respectivos sistemas, con particular incidencia en Italia. Se afirmaba así que, si bien con carácter general no sería deseable una acusación popular, en supuestos delictivos de esta naturaleza sí quedaría justificada. Sobre la cuestión vid. PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, pp. 156 y ss.



b) Delitos cometidos por funcionarios y empleados públicos, agentes de autoridad y autoridad pública²⁸³ que impliquen una grave y directa violación a los derechos humanos fundamentales, esto es, a los contemplados en el Título II de la Cn y en los textos internacionales sobre la materia suscritos por El Salvador.

En conductas tan lesivas no sólo para el directamente afectado, sino también para la sociedad en su conjunto, como son las relativas a violaciones graves y directas de los derechos humanos fundamentales, el deseo de evitar al máximo los posibles resquicios de la impunidad conduce a la apertura de la legitimación activa en el proceso penal.²⁸⁴ De igual forma que en el supuesto anterior, también aquí sería factible reseñar la posibilidad, siempre existente, de una actuación de la Fiscalía no todo lo idónea que las circunstancias merecieran, bien por carencia de recursos materiales o humanos, bien por criterios derivados de su dependencia administrativa.

c) Delitos que se cometan contra el ejercicio del sufragio, que debemos entender nos remiten a los tipos de fraude electoral descritos en el art. 295 CP. Se trata también de conductas que, aun pudiendo originar perjuicios individualizables (por ejemplo a un candidato no elegido en virtud del fraude), revisten unas connotaciones singulares. Es claro que un interés público que a todos afecta quedará gravemente resentido con ocasión de una acción delictiva dirigida a pervertir el sentido de la voluntad popular plasmado en los resultados electorales.

d) Delitos que afecten a intereses difusos o a la colectividad en su conjunto, esto es que afecten a bienes jurídicos no susceptibles de apropiación exclusiva, cuyo disfrute por parte de un individuo o un grupo determinado no se ve limitado por el goce concurrente de otros miembros de la colectividad. En tales supuestos no es posible cuantificar ni identificar la parte de titularidad que cada individuo tiene sobre el bien jurídico (el medio ambiente, la organización democrática del Estado, el derecho a la salud pública, etc.). Éste no será susceptible de apropiación por nadie con carácter exclusivo y su función por uno no excluirá la de los demás.

Siendo así las cosas, ningún sujeto podría en puridad invocar su carácter de víctima del delito, o bien, quizá fuera más correcto decir que podrían hacerlo todos aunque la lesión fuera tan tenue que pudiera pasar desapercibida para sujetos no particularmente concienciados. De ahí que el legislador opte por garantizar la factibilidad de la representación procesal de tales intereses abriendo las puertas del proceso a cualquier sujeto que muestre su deseo de ejercitar la

283 Por autoridad pública ha de entenderse un funcionario del Estado que por sí solo o en virtud de su función o cargo o como miembros de un tribunal, ejercen Jurisdicción propia. Por Agente de autoridad entendemos a los Agentes de la Policía Nacional Civil. Vid. art. 39. 2) y 4) CP.

284 De igual forma pueden ser rastreados precedentes históricos a este respecto, pues uno de los mecanismos para el reconocimiento de facultades activas en el proceso penal al *quivis ex populo* había sido la de delimitar las conductas que se reputaban más gravosas para el interés público, abriendo la posibilidad de que su persecución se realizase por cualquiera.

pretensión penal, sin poner traba alguna a quien desee actuar *uti cives*, en beneficio de la comunidad.

Puesto que los bienes jurídicos a los que nos referimos en este ámbito coinciden con el objetivo de organizaciones políticas, económicas o sociales, su invocación procesal podría encontrar en ellos un portador idóneo. No por ello ha de desconocerse que, en este caso, no se estará ejercitando una verdadera acusación popular por cuanto el vínculo requerible entre tales entes colectivos y los bienes jurídicos tutelados nos hablan ya de una cualificación del actor. No se trata de la acusación ejercitada por un sujeto cualquiera, sino por uno determinado con arreglo a la norma presuntamente vulnerada. De ahí que lo que harán valer procesalmente será en primer lugar un bien cuya titularidad no podrían alegar (recuérdese que, por pertenecer a todos, no pertenece a nadie con carácter exclusivo), pero que puede ser representado procesalmente por ellos. La acusación, sin embargo, no se relaciona directamente con el bien jurídico atacado, sino que sólo mediatamente contribuirá a su tutela judicial mediante la satisfacción de un presupuesto básico del que se ha dotado el proceso penal: la necesidad de separar las funciones de acusar y juzgar.

La acusación popular es una institución de honda raigambre liberal, propia de unos momentos de insuficiente consolidación de la oficialidad en el ejercicio de la acusación y del pleno sometimiento de la Fiscalía al principio de legalidad. Pero la acción popular del proceso penal, que en su configuración originaria, tanto en el derecho romano como en su plasmación decimonónica, iba de lo individual a lo colectivo (un derecho subjetivo de los ciudadanos que contribuía al bien común), sólo puede ser hoy contemplada siguiendo un camino inverso (algunos ciudadanos podrían contribuir a la realización del interés general). No nos encontramos por tanto en el ámbito de las libertades como meta y objetivo de la Constitución, sino en una esfera diferente: la de la los criterios de utilidad para la mejor satisfacción del interés público a través de la persecución de los delitos.²⁸⁵ Sólo desde esta perspectiva será útil su contribución al proceso penal de nuestros días: como válvula de seguridad del sistema, que aporte un elemento de garantía frente a posibles insuficiencias o deficiencias en la estructura estatal habilitada para el ejercicio de la acusación que, no se olvide, se halla ligada con carácter general al principio de legalidad.

A diferencia del ordenamiento español, en el que con el fin de acreditar *ab initio* la fiabilidad del ejercicio de la acusación popular se exige al querellante una fianza,²⁸⁶

285 Vid. PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, cit. p. 275

286 El origen de la exigencia de fianza para el ejercicio de la acusación tiene su origen en el Derecho Romano pero se plasmó en el art. 280 de la vigente LECrim española como consolidación de un uso forense sustitutivo de formas de garantía personal mucho más gravosas para el querellante. Con ella se pretenden evitar factibles excesos y posibles perjuicios derivados de una utilización abusiva, temeraria o fraudulenta de la facultad de acusar por los particulares no ofendidos. Al respecto vid. PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, cit. pp. 537 y ss.



el legislador salvadoreño no ha previsto este requisito. Por ello, las medidas de protección contra un ejercicio abusivo, temerario o fraudulento de la acusación popular deberán buscarse en el derecho material. En concreto pudiéramos encontrarnos con una conducta incardinable en el delito de acusación calumniosa del art. 303 CP., con el que se tiende a proteger simultáneamente dos bienes jurídicos, con prevalencia sobre el segundo de ellos: el honor del mendazmente acusado y el correcto desarrollo procesal de la potestad jurisdiccional en el ámbito penal. Es dable pensar también en el delito de fraude procesal del art. 306 CP., circunstancia que, antes de ser declarada judicialmente, a nuestro juicio justificaría la expulsión de la causa del querellante fraudulento.

Concordancias. Art. 98, 99, 100, 102, 103, 104 CPP.

Solicitud de Constitución.

Art. 96.- La persona que pretenda constituirse como querellante deberá presentar un escrito que contenga:

- 1) Señalamiento del hecho por el que pretende querellar;
- 2) Identificación de las personas querelladas;
- 3) Identificación de las pruebas que puede ofrecer;
- 4) Nombres de los querellantes y, en su caso, el de su representado;
- 5) El domicilio y residencia de ambos y el especial que señalan para el procedimiento;
- 6) El número de documento con que se acredite la identidad, o en caso de que no lo tengan, cualquier otro documento nacional o extranjero que sirva para identificarlos; y,
- 7) En el caso de asociaciones, la denominación, su domicilio y el nombre de su representante legal.

Si falta alguno de estos requisitos, el juez ordenará que se completen durante la audiencia inicial, o fijará un plazo de tres días para ello. Si los datos no son completados, la solicitud será inadmisibile.

La solicitud del querellante podrá reservar los datos relativos a las direcciones de la residencia y otros del mismo o su representado, siempre que se suponga peligro; pero deben ser entregados al juez, quien los mantendrá en reserva.

Rechazada la solicitud, sólo podrá ser presentada una vez más. (5)

Comentario. Se plasman aquí los requisitos que debe revestir el escrito de querella, única vía mediante la que cualquiera de los legitimados solicitará formalmente su admisión en el proceso penal en calidad de querellante. Si bien no se aporta una definición de querella o del escrito que la da pie, el precepto permite intuir sus diferencias con otros mecanismos de transmisión de la *notitia criminis*, como puede ser la denuncia. Como se verá, la querella reviste una especial formalidad y, en particular, contiene y transmite la declaración de voluntad persecutoria del querellante.

El primero de los requisitos a los que debemos hacer mención es la propia forma escrita, justificado por la necesidad de dar seguridad, firmeza y fehaciencia a las declaraciones que a través de la querella se realizan, de modo que las consecuencias que puedan derivarse de su inadecuado uso admitan ser atribuidas sin sombra de duda al querellante.²⁸⁷ La precisión y claridad en el escrito evitará además posteriores comparecencias innecesarias tendentes a documentar o acreditar su contenido. No es dable pensar, con carácter general, en una “querella oral” por los riesgos e inseguridades que podría conllevar.

El escrito de querella servirá al cumplimiento de varias funciones. La primera de ellas es que, aun cuando no sea estrictamente necesario, puede ser un acto de iniciación procesal, en tanto es apto para transmitir la *notitia criminis*. El proceso habrá podido iniciarse por otras vías, pero de no haberlo hecho, este escrito generará la obligación de comprobar la fundamentación de lo expuesto en él. Por otro lado, mediante su admisión, el querellante se constituirá en sujeto activo del proceso, posibilitando a partir de entonces su intervención en calidad de acusador en los términos y con las facultades legalmente previstas. Es más, entendemos que con su personación nace el derecho de la víctima a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, pues aunque para ello el art. 13.3 exige una solicitud, la interposición del escrito de querella llevará implícita la manifestación del interés en conocer el desarrollo procesal, particularmente en lo concerniente a su terminación.

La solicitud de querella será además un instrumento formal que ha de juzgarse apto para satisfacer el presupuesto procesal de la instancia privada en los delitos perseguibles sólo mediante ésta, siempre y cuando sea interpuesta por la víctima (o por su representante procesal). Aunque pueda ser satisfecho mediante otras vías, de la interposición de este escrito se deduce una manifestación expresa de voluntad por parte de la víctima de que la conducta criminosa no quede impune.

El escrito de querella deberá contener cuando menos los siguientes extremos:

1) Señalamiento del hecho por el que pretende querellarse,²⁸⁸ que deberá contener una relación circunstanciada de los elementos fácticos que se han de someter a la consideración judicial. Aunque sí pueda realizarse, todavía no será precisa en este

287 Vid. PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, cit. p. 466. La obra de GIMENO SENDRA, V., *La Querella*, Barcelona 1977 es punto de referencia obligado en el estudio de esta institución, aun cuando su naturaleza y características no se ajusten en plenitud a la querella del ordenamiento procesal salvadoreño. Se ha dicho que el fundamento del requisito de la escritura habrá de buscarse en la histórica prevención frente a los acusadores calumniosos y a las consecuencias que ésta conllevaría (la aplicación al falso acusador de la pena por él solicitada para el acusado).

288 Corresponde recordar que el término “querella” comparte origen etimológico con el de “queja”, por lo que “querellarse de o frente a algo” vendría históricamente a ser un equivalente de “quejarse de o frente a algo”.



momento una calificación jurídica, pues no se trata de un escrito de acusación, sino que bastará la mera descripción material del *factum* con los elementos necesarios para la determinación del hecho criminoso. Tampoco se habrá de instar ni el procesamiento ni la punición del presunto autor del delito, pues ni es momento procesal para ello, ni entra en la finalidad esencial de este escrito.

Se afirmará con certeza el acaecimiento de unos hechos que pudieran llegar a ser constitutivos de delito previa su declaración por sentencia. De esta forma podrá transmitirse la *notitia criminis*, si es que ésta no ha llegado por cualquier otra vía a los órganos estatales encargados de la persecución, y simultáneamente ponerles en disposición de tener que desarrollar la actividad conducente a su enjuiciamiento. En tanto eventualmente útil a estos efectos, el escrito de querella se acercará conceptualmente a la denuncia lo cual, de hecho, puede observarse si se tiene en cuenta que cumplido este presupuesto y aun en ausencia del resto de los requisitos, el escrito de querella tendría el valor de una mera denuncia si cumple las condiciones mínimas de ésta.

2) Identificación de las personas querelladas, mediante los datos de que se disponga o con las señas que mejor pudieran darles a conocer: nombre, edad, domicilio, profesión, rasgos físicos o señas particulares para su reconocimiento, etc. Se trata de un requisito accesorio,²⁸⁹ pues muchas veces no será conocido ningún dato en el inicio del proceso, por lo que la no individualización del querellado no podría ser causa de inadmisión de la querella de particular. Incluso, aunque en el escrito sólo se identifique a alguno de los presuntos autores de los hechos, la actividad procesal podrá dirigirse también frente a otros, quienes deberían ver plenamente satisfecho sus derechos, particularmente el de defensa que se plasmará en un primer momento en el de ser informado de la acusación. Tanto la descripción objetiva como la delimitación subjetiva contenidas en el escrito de querella serán solamente provisionales.²⁹⁰

3) Identificación de las pruebas que puede ofrecer, con lo que se tratará de determinar algunos elementos que puedan contribuir a afianzar la fiabilidad de lo expuesto anteriormente. Obsérvese que en este punto inicial no nos hallamos todavía en el momento propio para la práctica de la prueba, por lo que lo que se debe aportar serán elementos que puedan contribuir a acreditar las circunstancias necesarias para la averiguación de los elementos relevantes sobre los hechos y su presunto autor. Ello no debe obstar para que los órganos encargados de la investigación hagan acopio de todos

289 En sentido contrario se manifiesta QUINTANILLA NAVARRO, op. cit. p. 394, que lo juzga una exigencia sustancial.

290 La práctica forense de países cuyos sistemas procesales admiten la querella de particulares conduce a que en este tipo de escritos se incluya la coletilla de que, aparte de los designados en ella, la querella va dirigida “contra todos aquellos que en el curso de la tramitación de la causa hubieran tenido participación en tales hechos como autores, cómplices o encubridores”.

aquellos medios aconsejables para su esclarecimiento. De ahí que el querellante pueda también señalar alguna diligencia que se pueda practicar en ese sentido.

4 y 5) Nombres de los querellantes y, en su caso, el de su representado, así como el domicilio y residencia de ambos y el especial que señalan para el procedimiento. A pesar de encontrarse en cuarto y quinto lugar en la enumeración de este precepto, por lógica y por sistemática estas reseñas debería situarse al inicio del escrito de querella. Mediante ellas, deberán aportarse los datos identificativos que individualicen al querellante quien, a partir de su admisión, adquirirá la condición de sujeto procesal. De esta forma se podrá constatar *a limine* si está legitimado por ostentar la condición de víctima o por encontrarse en alguna de las otras situaciones habilitantes para el ejercicio de la acusación. Tal reseña servirá igualmente para garantizar la existencia de un sujeto a quien imputar las posibles consecuencias lesivas que pueda originar la interposición de la querella.

El tercer párrafo posibilita el mantenimiento en secreto de determinados datos “sensibles” relativos al querellante (o su representado), tales como el domicilio u otros que puedan servir para su localización. No por ello el órgano jurisdiccional dejará de conocerlos, en tanto deberán serle entregados con la solicitud de que los mantenga en reserva. De esta forma se evitará que la denominada “publicidad para las partes”, que no es otra cosa que una manifestación del derecho de defensa, pudiera servir para poner en peligro la integridad personal o familiar del querellante. Siempre que se adopte en unos márgenes proporcionados, se trata de una cautela plenamente razonable, prevista desde un criterio protector de la víctima, que además servirá para generar confianza en ésta de forma que el temor a las represalias no le atenace en el momento de interponer la querella. El riesgo que habrá de evitarse es el que ésta sea una vía por la que puedan llegar a personarse como sujetos procesales determinados querellantes que, amparados en el anonimato, puedan llegar a generar quiebras en el derecho de defensa del imputado.

El precepto alude también al representado, incurriendo de nuevo en una confusión entre la legitimación para la interposición de la querella y la representación procesal de quienes no pueden realizar válidamente actos procesales o de aquellos que han conferido voluntariamente la representación. A lo que se refiere este número es en primer lugar a que, en caso de tratarse de un menor o de un incapaz la persona que desea querellarse, quien por no gozar de la plenitud de la capacidad civil requiere ser representado, deberá hacerse constar la designación de la persona que interpone el escrito. Junto con ello entendemos que se deberá incluir también aquellos elementos que acrediten el carácter con el que actúa el representante y que sean aptos para verificar que ostentan la patria potestad o tutela. En el caso de representación voluntaria de la víctima por parte de asociaciones a tenor del segundo párrafo del artículo precedente, deberá adjuntarse también la petición expresa de la víctima en la que solicita esa representación así como el documento que acredite la representación conferida al apoderado especial al que alude aquel precepto. Entendemos también lógico que



se adjunte también algún elemento que permita verificar que el objeto de la asociación de que se trate posee un grado de conexión con el delito cuya persecución se pretende (por ejemplo sus estatutos, el acta de su constitución, etc.).

6) El número de documento con que se acredite la identidad, o en caso de que no lo tengan, cualquier otro documento nacional o extranjero que sirva para identificarlos. Se trata de un requisito formal complementario a lo anteriormente reseñado, que viene asimismo a contribuir a la identificación del querellante, a la par que supone una garantía ulterior de fiabilidad en lo relativo a la persona que interpone la querella.

7) En el caso de asociaciones, su denominación, domicilio y el nombre de su representante legal. Con tal previsión no se hace más que concretar para el caso de las asociaciones la exigencia de identificación del querellante (la asociación) y su representante legal, que en este caso es de carácter necesario.²⁹¹ En los supuestos de representación de la víctima por asociaciones constituidas legalmente, la previsión legal habrá de entenderse referida al apoderado especial y a la necesidad de acreditar su designación como tal.

Se echan en falta en la previsión legal, no obstante, algunas otras reseñas que deberán contenerse en el escrito. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la mención del órgano ante el que se presenta y a quien va dirigido el escrito, que no obstante no es de carácter esencial. Diverso es lo que ocurre con la fecha del escrito, que revestirá una importancia fundamental en el desarrollo procesal y que, a pesar de no exigirse con carácter expreso, no debería faltar en ningún escrito de querella. De igual forma entendemos también esencial que conste la firma del mandatario especial, aunque sobre este extremo nos detendremos más adelante.

El segundo párrafo del precepto se refiere a la posibilidad de subsanación de vicios o carencias en el escrito de querella que deberá conceder el juez (no el fiscal o la policía, aunque también se pueda interponer ante ellos). A tal efecto se fijan dos plazos alternativos: bien durante la audiencia inicial o bien en un plazo de tres días otorgado al efecto que se habrá de notificar al querellante con mención expresa de los extremos que se hayan de corregir. Transcurridos dicho término preclusivo sin que por el particular se haya satisfecho la exigencia de corrección, la solicitud deberá ser inadmitida de plano por el juez. No obstante, en tanto vehículo apto para la transmisión de la *notitia criminis*, podrá servir como mera denuncia si satisface los requisitos de ésta (arts. 229 y ss.).

291 Como se recordará, en el caso de las asociaciones no se trata de una verdadera representación, sino de la denominada “representación necesaria”, en tanto no es que una persona exteriorice la voluntad de otra que no goza de plena capacidad, sino que la voluntad de la persona jurídica se manifestará a través de la única forma que puede ser esto posible: la actividad de la persona física a quien legal o estatutariamente le venga asignada tal misión.

Cabe pensar también en la presentación a posteriori de escritos complementarios o “de ampliación de la querella” mediante los cuales, en el curso del procedimiento, podrán aportarse nuevos elementos fácticos que contribuyan al esclarecimiento de los hechos. En este supuesto estamos ante un *plus* que se añadirá a lo ya aportado, por lo que no podrá servir de vía para no satisfacer los requisitos esenciales exigidos por este artículo.

Concordancias. Art. 95, 97, 98, 102, 103, 104 CPP.

Asociaciones.

Art. 97.- Las asociaciones probarán su personalidad jurídica de conformidad con la ley, y la facultad para querellar de las personas que las representa.

Comentario: Se aborda aquí la necesidad de acreditar la personería de las asociaciones legalmente constituidas, con el fin de que su intervención procesal pueda llegar a ser admitida. La amplia apertura que el CPP confiere a la legitimación asociativa para la querella requiere de unas mínimas garantías de fiabilidad en cuanto a los entes colectivos a los que se asigna la facultad de querellar y a las personas que las representen. De ahí que se exija la acreditación de su personalidad jurídica, lo cual se traducirá en la aportación de elementos que justifiquen la culminación exitosa del correspondiente procedimiento administrativo en el que ésta se confiera.

Será precisa igualmente la acreditación de que el sujeto físico que exterioriza su voluntad es quien tiene asignada legal o estatutariamente la competencia para asumir compromisos en nombre del ente colectivo.

Concordancias. Art. 12, 13, 95, 96 Inc. 1º No. 7, 98, 99, 103, 104 CPP.

Mandatario Especial.

Art. 98.- La querella deberá ser iniciada y proseguida por un abogado de la República que actúe con poder especial para el caso. Si la víctima o el representante legal de una Asociación fuere abogado de la República podrá querellar personalmente.

Comentario. La actuación procesal derivada de la interposición del escrito de querella, que se traducirá en todas y cada una de las facultades procesales que legalmente le son reconocidas al querellante, deberá ser realizada directamente por sujeto que ostente la condición de Abogado de la República y que no se halle inserto en causa de inhabilidad alguna para el ejercicio de su procuración.²⁹² La intervención de un profesional, técnico en derecho y versado en las lides forenses, aportará como ventaja el evitar que la complejidad derivada del proceso origine deficiencias en la defensa de los

292 Vid. art. 99 Pr.C.

intereses de los legitimados para querellar. Indudablemente ello hará incrementar el monto de las costas, que a tenor del art. 447 CPP consistirán en el pago de los honorarios devengados en el procedimiento, entre los que habrán de incluirse los del Abogado del querellante.

Como requisito garantizador de la fiabilidad de la voluntad de querellarse por parte del poderdante parece situarse la exigencia de que el poder que se confiera al Abogado sea de carácter especial. Ello lleva consigo la necesidad de que haya sido conferido con posterioridad a la comisión del delito, en tanto se habrán de determinar con carácter expreso los elementos objetivos y subjetivos sobre los que versará la querella. No será suficiente por tanto un poder general judicial, a no ser que en él, siendo posterior al deseo del querellante de formular su solicitud, se integre una cláusula especial en la que se solviente tal exigencia.

Se plantea la duda de si un mismo Abogado podrá desempeñar simultáneamente las funciones de defensa de las posiciones procesales de varios querellantes. Aparentemente ello sería en principio lo más conveniente, al objeto de evitar actuaciones reiterativas y gastos inútiles, consecuencia de la similitud entre las estrategias procesales de todos. No obstante, y aun cuando esa opción sería la más deseable al objeto de garantizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, no hay fundamento legal que obligue a ello y parece que los querellantes podrán encomendar sin problema su representación y defensa a quien merezca su confianza y consideren más adecuado para instrumentar la tutela de sus intereses. No puede pasarse por alto que tratándose de una querella por los mismos hechos y contra el mismo imputado, la actividad procesal del Fiscal y de todos los querellantes se realizará sobre el mismo objeto: la pretensión penal, que por su propia naturaleza es de carácter único. Sólo sería idónea tal pluralidad de representaciones procesales cuando los intereses materiales a defender (y no sólo los puntos de vista sobre la cuestión) fueran disímiles, esto es, cuando se trate de intereses de naturaleza privada de diversa titularidad. Pero, como se vio en el comentario a los artículos relativos a la acción penal, no es el caso de ésta, cuyo ejercicio presupone el de una función esencialmente pública por tutelar un interés de la misma naturaleza procesal: el derivado del enjuiciamiento de las conductas dañosas o lesivas para los bienes jurídicos materiales tutelados por la norma penal. Lo determinante para reputar adecuada y factible la presencia de una pluralidad de querellantes no habrá de ser su conveniencia personal, sino la defensa procesal por ellos de intereses cualitativamente diversos.

Concordancias. Art. 95, 96 Inc. 1º No. 4 y 5, 99, 102, 103, 104 CPP.

Plazo

Art. 99.- La solicitud de constitución como querellante deberá efectuarse a partir de la presentación del requerimiento fiscal y hasta por lo menos quince días antes de la audiencia preliminar. Vencido este plazo, ella será inadmisibile.

Comentario: La regulación del momento procesal para realizar la solicitud de constitución como querellante pretende que ésta se efectúe en cualquier momento del curso procesal que media entre dos actos concretos: la presentación del requerimiento fiscal y quince días antes de la audiencia preliminar. La indeterminación de la coyuntura temporal en la que se inserte el acto de parte al que aludimos, permite que ésta sea seleccionada por el concreto interesado, sin perjuicio de que pueda verse inducido por las concretas circunstancias que rodeen tanto los hechos como su situación personal. La ocasión que se elija determinará que, a partir de su admisión, el querellante comience a disfrutar del estatus que el CPP diseña para su posición procesal.

En vista de la apertura que posibilita la ley para optar por una u otra ocasión en el curso del proceso serán los dos momentos extremos los que preferentemente merezcan nuestra atención:

a) Con respecto al que se fija como momento inicial, el depósito del requerimiento fiscal, deberemos fijarnos en los arts. 247 y ss. al objeto de conocer los pormenores de éste.

La ley parece desconocer al fijar este plazo, sin embargo, que el escrito de querella puede constituir un acto de iniciación procesal. En tanto puede ser interpuesta ante la Policía (art. 234), la Fiscalía (art. 235) o el Juez de Paz (art. 237) es un mecanismo apto para excitar la actividad de los órganos encargados de la persecución, aun no existiendo procedimiento penal en curso ni por tanto -todavía- requerimiento fiscal de ningún tipo. Téngase en cuenta además que es posible que en estos supuestos los elementos aportados en la querella no sean suficientes como para fundamentar el requerimiento fiscal por no existir suficientes indicios racionales de criminalidad o por no existir elementos de cargo suficientes contra un sujeto que lo puedan sustentar o bien, simplemente, porque no se pueda proceder. Este extremo puede corroborarse si se considera la previsión del art. 249 CPP, en la cual se permite que mediante requerimiento fundado el Fiscal solicite del Juez de Paz la desestimación, que salvo opinión discrepante del fiscal superior conducirá al archivo de la causa y al fin de la persecución.

b) El momento preclusivo que determina el punto final hasta el que podrá interponerse el escrito de querella parece ser el que marcan los quince días anteriores a la audiencia inicial,²⁹³ regulada en los arts. 253 y ss., aun cuando el texto del precepto se revele oscuro en este punto. Una vez superado ese plazo, habrá precluido la posibilidad de querellar, sin que ningún motivo, como por ejemplo pudiera ser el conocimiento posterior de la existencia del proceso o un cambio en la voluntad del legitimado para hacerlo, pudiera erigirse en sustento para una admisión extemporánea de la solicitud.

293 Este plazo de quince días previos a la audiencia inicial es el mismo que el art. 275 fija para la solicitud de prórroga del plazo de instrucción.



Concordancias. Art. 95, 97, 96 Inc. 3º y 102 CPP.

Obligación de Atestiguar.

Art. 100.- La intervención como querellante no eximirá de la obligación de declarar como testigo.

Comentario. La condición de querellante no sólo no es incompatible con la de testigo, sino que será plenamente conveniente la concurrencia de ambas cuando el sujeto de que se trate haya tenido conocimiento de los hechos cuyo enjuiciamiento propugna. Es obvio que la calidad de víctima que por lo general ostenta el querellante le situará en una posición de privilegio en relación con la aportación mediante sus declaraciones de elementos fácticos aptos para lograr la convicción judicial sobre los hechos. El precepto impide por tanto que la interposición de querella pueda erigirse en vía de escape para evitar ser citado como testigo. Por otra parte, la mera incomparecencia como testigo en una causa cuando sea citado a tal efecto y no acredite justa causa, podrá ser motivo suficiente para entender que el querellante ha abandonado su acción (vid. art. 104.1 CPP).

Entendemos, no obstante, que el posible interés en el logro de una condena por parte del querellante debería ser tenido en cuenta por el juzgador dentro de su margen de libre valoración de la prueba, para otorgarle un valor desprovisto de cualquier connotación vindicativa.

El carácter no fungible e insustituible del testigo origina que sólo quien pueda dar noticia directa sobre hechos que ha percibido sensorialmente deba aportarlos al proceso. Pero tratándose del otro medio de prueba personal por excelencia, la pericial, no podría decirse lo mismo. Las condiciones de querellante y de perito sí que se hallan en una relación de incompatibilidad que viene a impedir su confusión, en tanto la correcta práctica de la prueba pericial exige la falta de interés directo en el pleito por parte del perito. Téngase en cuenta a este respecto que el art. 199 CPP establece como causa legal de impedimento para los peritos las establecidas para los jueces, y el art. 73.1 CPP se refiere a la condición de querellante como impedimento para conocer en un determinado asunto.

Concordancias: arts. 185 y ss.

Límites.

Art. 101.- El querellante no participará durante la fase de la ejecución de la pena.

Comentario: La tarea del querellante terminará en el proceso con la resolución judicial firme que le ponga fin, sin que pueda prolongarse su actividad más allá de ésta. Su posición procesal vendrá a encontrar su final allí donde comienza la efectiva imposición del castigo al amparo de la declaración de existencia del *ius puniendi* estatal. Ni el CPP ni la Ley Penitenciaria confieren facultades de control sobre el cumplimiento de la pena a sujeto particular alguno, quedando reducida esta competencia

bien a los organismos judiciales de aplicación de la pena,²⁹⁴ o bien al Ministerio Público (Fiscalía General de la República, Procuraduría General de la República y Procuraduría para la defensa de los Derechos Humanos).²⁹⁵

La opción asumida por el legislador es plenamente correcta en tanto la ejecución de la pena ciertamente tiene que ver con el resultado del proceso, pero de ninguna manera con el desarrollo de éste, único ámbito en que la querella juega su papel. El querellante deberá encontrarse al margen del control de la ejecución, en tanto esa función se extralimitaría absolutamente de la naturaleza y el sentido de su participación procesal. El tratamiento penitenciario, materia altamente sensible en conexión con Derechos Fundamentales de los internos, ha de estar siempre dirigido a la reeducación y la reinserción social y una intervención externa podría comprometer esos objetivos, lo cual contribuye a hacerla indeseable.

Concordancias: arts. 55-A, 441 y ss. CPP; arts. 34 y ss. Ley Penitenciaria

Decisión sobre la Solicitud.

Art. 102.- El Juez de Paz durante la audiencia inicial o el Juez de Instrucción, admitirá al querellante o rechazará su solicitud.

Las partes podrán oponerse a la admisión del querellante, interponiendo las excepciones correspondientes durante la audiencia inicial o preliminar, salvo que la falta de legitimación sea manifiesta, caso en el cual se podrá interponer la excepción en cualquier estado de la instrucción.

Luego de la audiencia preliminar, la participación del querellante será definitiva y ya no podrá ser objetada.

Los vicios formales podrán ser corregidos hasta la finalización de la audiencia preliminar.

Comentario. La consolidación de un sistema que admita la querella de particulares pasa necesariamente por la pervivencia de algún tipo de control judicial sobre la fiabilidad y la fundamentación en el ejercicio de ésta, puesto que en tanto realizada por sujetos no vinculados a la defensa exclusiva de la legalidad, pudiera utilizarse con fines torticeros. De ahí que, aun cuando pudiera parecer lo contrario por el incremento del número de acusadores, la instauración de un sistema de este tipo no lleva apareja-

294 Que a tenor del art. 33 de la Ley Penitenciaria serán las Cámaras de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena y Departamento de Prueba y Libertad Asistida.

295 Vid. arts. 40 y ss. Ley Penitenciaria.

da necesariamente un incremento de las esencias acusatorias del proceso contemplado en su conjunto. Esto es lo que ocurre en el sistema salvadoreño, donde se introduce un lógico control judicial que, en función del momento procesal, será desempeñado bien por el Juez de Paz, bien por el de Instrucción tal y como nos recuerda este precepto.

Ha de advertirse que, con independencia del órgano ante el que interponga la querella, sólo un órgano jurisdiccional podrá tener al querellante como parte. Presentada la solicitud de querella y satisfechos sus requisitos esenciales, el Juez deberá realizar en primer lugar un juicio sobre su admisibilidad, para posteriormente entrar en el análisis de su fundabilidad.

Con respecto al primero de ellos, el juicio de admisibilidad, el primer elemento a valorar será la existencia de legitimación por parte del querellante, esto es, la verificación de que se halle en una posición habilitante para el ejercicio de la querella en los términos del art. 95 y que no se halla incurso en una causa que se lo impida, tal como pudiera ser el haber desistido o abandonado una querella sobre el mismo objeto procesal (art. 105 CPP). A continuación lo procedente será la constatación de que no existen impedimentos procesales, es decir, que no concurren circunstancias determinantes de la imposibilidad de proceder en un supuesto concreto. No parece conveniente hacer resonar el *strepitus fori* que lleva consigo la admisión de una querella si en presencia de ésta se percibe *prima facie* la presencia de causas impositivas de la prosecución del enjuiciamiento. En estos casos la querella deberá ser repelida como improcedente no sólo por razones de economía procesal, sino fundamentalmente por la necesidad de evitar perturbar al querellado con molestias desproporcionadas a su utilidad. Cabría citar, entre otras posibles causas, la falta de Jurisdicción de los Tribunales salvadoreños, la existencia de una resolución con fuerza de cosa juzgada sobre la cuestión o la litispendencia de la causa.

El análisis previo proseguirá con la verificación del cumplimiento de los requisitos formales en la interposición del escrito de querella, que operarán no como verdaderos presupuestos de ésta, sino como condiciones resolutorias de su admisibilidad. De no ser satisfechos plenamente en el plazo concedido para su subsanación, la querella deberá entenderse inadmitida.

El segundo juicio, el que versa sobre la fundabilidad del escrito de querella, conducirá al órgano jurisdiccional a realizar una apreciación en primer lugar sobre su propia competencia para el conocimiento de la causa, lo cual conllevará necesariamente una primera valoración siquiera somera sobre el fondo del asunto. Sólo a continuación entrará el juez a considerar si los hechos detallados en el escrito de querella se presentan como merecedores del reproche penal y si existe al menos aparentemente el deber del Estado de perseguir la conducta descrita. Podrá apreciar de esta guisa si existe una manifiesta falsedad en la querella, si por alguna de las causas legalmente previstas se han extinguido la responsabilidad criminal o la acción penal o si los hechos relatados no revisten el carácter de delito.

Este control judicial, que necesariamente habrá de verificarse de oficio, puede ser complementado durante las audiencias inicial o preliminar por las alegaciones de los restantes intervinientes procesales ya personados en cada momento y que serán, normalmente, el Fiscal por una parte y el imputado por otra. Tanto unos como otros, desde un plano de igualdad de armas (art. 14 CPP), podrán hacer valer cuantas razones estimen oportunas para negar la incorporación de nuevos sujetos al proceso. Este plazo preclusivo se ve ampliado en el caso de carencia manifiesta de legitimación, en tanto ello podrá ser alegado en cualquier momento de la instrucción.

A partir de entonces y hasta el final del proceso no cabrá realizar oposición alguna a la intervención activa del querellante en calidad de acusador, pues por haber adquirido las facultades que legalmente se le atribuyen, se situará en el mismo plano de igualdad frente a los restantes sujetos procesales. La única excepción vendrá determinada por los supuestos de abandono de la querella, cuya concurrencia sí podrá ser hecha valer por los restantes sujetos procesales.

El último párrafo del precepto admite la corrección de los vicios formales en cualquier momento anterior a la finalización de la audiencia preliminar. El sentido de esta previsión ha de ser contemplado conjuntamente con el art. 96 CPP que también posibilita la subsanación de defectos en la solicitud de querella, pero establece en su inciso final que una vez rechazada, sólo podrá ser presentada una vez más.

Concordancias. Art. 96 Inc. 2º y 3º CPP.

Desistimiento de la Querella.

Art. 103.- El querellante podrá desistir a querellar en cualquier momento del procedimiento.

Comentario. Aun cuando el CPP parece distinguir nominalmente entre desistimiento y abandono de la querella, los efectos aparejados a ambos a los que se refiere el art. 105, son prácticamente idénticos. La diferencia residirá por tanto en el carácter de renuncia expresa (en el desistimiento) o tácita (en el abandono) a las facultades que tenía conferidas desde la admisión de la solicitud de querella, trasluciendo en ambos casos una manifestación de voluntad del querellante de no proseguir en su actividad procesal y asumiendo las consecuencias y efectos que ello puede deparar.

El desistimiento podrá realizarse en cualquier momento procesal, con plena libertad de forma, mientras conste fehacientemente y se adapte al acto procesal en el que se inserte. Con ello nos referimos a la posibilidad de que, aun cuando con carácter general el desistimiento se realizará mediante un escrito *ex proffeso*, podrá exteriorizarse también en cualquiera de las actividades realizadas oralmente en presencia judicial, incluida la vista, requiriéndose únicamente que se documente en el oportuno acta.



No será preciso alegar ni acreditar los motivos que han inducido al querellante a manifestarse en ese sentido, por lo que tras esa actitud podrá esconderse algún tipo de acuerdo privado con el imputado al margen de los mecanismos conciliatorios o de transacción previstos en el CPP. Tampoco será preciso un acto de aprobación judicial de tal hecho, sino una mera constatación en autos a los efectos oportunos, teniendo en cuenta naturalmente las posibles responsabilidades derivadas de lo actuado por el querellante hasta ese momento. Así, a efectos penales, las resultas del juicio podrán determinar, por ejemplo, que se llegue a constatar que se trataba de una acusación calumniosa (art. 303 CP), que ocultaba una simulación de delito (art. 304 CP) o que constituía un fraude procesal (art. 306 CP), supuestos plenamente insertos en tipos penales que motivarán la apertura de las oportunas causas. De igual manera habrá de considerarse también la actitud del querellante a efectos de imposición de costas, cuestión que será abordada en el comentario al art. 105 CPP.

El hecho de que el querellante desee desistir en su pretensión no exige tampoco manifestación de consentimiento de ningún tipo por parte del acusado, pues en nada le podría perjudicar, a diferencia de lo que ocurre con el demandado en el proceso civil, quien sí podrá tener interés en que la causa finalice con una resolución sobre el fondo. Cuestión diversa será que, abierta una causa para depurar posibles responsabilidades penales derivadas de la actuación procesal del querellante desistido, el querellado que ha sido víctima de tales conductas asuma ahora la condición de querellante.

Concordancias. Art. 105 CPP.

Abandono de la Querella.

Art. 104.- Se considerará que ha abandonado la querella:

- 1) Cuando, citado a prestar declaración testimonial no concurra sin justa causa;
- 2) Cuando no acuse o no asista a la audiencia preliminar sin justa causa; y,
- 3) Cuando no ofrezca prueba para fundar su acusación, no concurra a la vista pública sin justa causa o se ausente de ella sin autorización del tribunal.

El abandono será declarado de oficio o a petición de cualquiera de las partes.

La resolución será apelable.

Comentario. El precepto contempla supuestos de pasividad o de ineffectividad en la actuación del querellante, en cuya presencia se configura legalmente la presunción de que aquél ha abandonado su actividad persecutoria. Las consecuencias que se seguirán en orden a posibles imputaciones de responsabilidad no variará en relación con lo que se ha visto en el caso del desistimiento, a cuyo comentario nos debemos remitir ahora.

Los supuestos en los que se reputa abandonada la querrela son los siguientes:

1) Cuando, citado el querellante en calidad de testigo no concurra ni alegue justa causa que le exima de su obligación. Con ello no hace más que ratificarse la compatibilidad entre las funciones de parte activa y de testigo, asignando un castigo procesal a una actitud que produce indudables perjuicios en el desarrollo del proceso. Si el sujeto no demuestra diligencia en relación con sus obligaciones cara al proceso, la ley le impone como sanción la imposibilidad de gozar de las facultades de intervención que le vienen conferidas normativamente.

2) Cuando no asista a la audiencia preliminar sin justa causa o cuando, aun asistiendo, mantenga una actitud pasiva que le lleve a no acusar. La ley otorga así los mismos efectos a dos situaciones diversas. En el primer caso se trata de la constatación de un dato objetivo (la inasistencia al trámite de audiencia preliminar sin justa causa), que se hace independiente de los motivos por los que se haya producido, siempre que éstos sean imputables al querellante por tratarse de un expreso deseo suyo o de una negligencia a él achacable. En el segundo caso la sanción legal que origina el abandono de la querrela reviste unas connotaciones diversas, pues tiende a proteger el que el querellante ostente en el proceso la condición que le es propia: la de acusador. Si no ejercita tales facultades se hace evidente que su participación en el proceso es superflua y está de más, por lo que, lógicamente, deberá ser excluido de éste.

3) Cuando no ofrezca prueba para fundar su acusación, no concurra a la vista pública sin justa causa o se ausente de ella sin autorización del tribunal. En este caso estamos ante supuestos equiparables a lo dicho con anterioridad, pero referidos a un momento procesal posterior: la vista pública. Si el actor no ofrece prueba alguna que sustente su acusación, bien por carecer de ella, bien por reservar su utilización, demostrará una actitud que no se cohoneste con su posición de acusador, pues más parecerá que ejerce una función de mero espectador. En estas circunstancias se hace nuevamente perceptible la futilidad de su presencia en el proceso y la conveniencia de excluirle de él. La no concurrencia a la vista sin justa causa o su ausencia de ella sin permiso del Tribunal son conductas reconducibles una vez más a la demostración de una pasividad o dejadez que se erigen en indicios de la conveniencia de prescindir de quien voluntariamente muestra su voluntad de no utilizar las facultades legalmente conferidas.

La constatación de los extremos aludidos en los números anteriores deberá plasmarse en una decisión jurisdiccional en la que se resuelva la expulsión del proceso del querellante y el cese en el disfrute de las facultades que se le otorgaron con la admisión de su solicitud de querrela. Esa resolución podrá adoptarse previa alegación de la contraparte, interesada en dismantelar las acusaciones contra ella formuladas sirviéndose de todas las armas de las que dispone, pero también podrá surgir de oficio, tras la constatación por el órgano jurisdiccional de la concurrencia de alguno de tales supuestos.



No obstante, dada la trascendencia de esta resolución, es posible su impugnación por el querellante excluido del proceso a través de la apelación a tenor de lo dispuesto tanto en este precepto como en el art. 417 CPP, de forma que sea verificada por un órgano jurisdiccional diverso (la Cámara de Segunda Instancia: art. 51.1 CPP).

Concordancias: Arts. 100, 103, 105 CPP

Efectos.

Art. 105.- El desistimiento y el abandono impedirán toda posterior persecución por parte del querellante, en virtud del mismo hecho que constituyó el objeto de su querrela y en relación a los imputados que participaron en el procedimiento.

En el caso de abandono, tomará a su cargo las costas propias y quedará sujeto a la decisión general sobre costas que dicte el tribunal al finalizar el procedimiento.

Comentario.

Desistimiento y abandono vienen a ser prácticamente equiparados por la ley en cuanto ambos van a surtir los mismos efectos desde el momento en que se hayan producido en virtud bien de la manifestación en ese sentido por parte del querellante, bien por la resolución jurisdiccional en la que se declare abandonada la querrela.

Aún cuando no conste expresamente en la presente norma, el primer y más importante efecto predicable de esta circunstancia será la exclusión o la expulsión del querellante del procedimiento, con la correlativa privación de todas las facultades inherentes a su condición. Si en el proceso se halla personado en la posición activa cualquier otro sujeto, público o privado, éste podrá proseguir sin modificación alguna de su posición. Pero si el querellante era el único acusador presente, bien por ser querellante en un delito de acción privada, bien porque ni el fiscal ni otro particular hubiere ejercitado la pretensión penal, la persecución necesariamente habrá de decaer por falta de actor. El principio acusatorio exige que un sujeto diverso al juzgador sustente y mantenga a lo largo de todo el proceso la afirmación de la concurrencia de presupuestos para el enjuiciamiento, por lo que, de no existir nadie que ostente esa condición, el *nemo iudex sine actore* desembocará en una resolución jurisdiccional que ponga fin al proceso.

El presente artículo se centra únicamente en dos tipos de efectos del desistimiento o el abandono de la querrela:

a) El querellante excluido del proceso se verá impedido para la eventual persecución posterior que versare sobre el mismo objeto procesal, es decir, para el ejercicio de una nueva pretensión penal en relación con los mismos hechos y los mismos imputados. La utilización de un nuevo título de imputación o una nueva calificación jurídica no sería suficiente para eludir la aplicación de este impedimento, pues operará sobre

cuestiones fácticas (los hechos y los sujetos), que no varían en función de la configuración jurídica que se les otorgue.

b) En relación con las costas se prevé para el caso de abandono la asunción íntegra por parte del querellante de las costas generadas por su causa, sin perjuicio de la posibilidad de imponerle también total o parcialmente las restantes una vez finalizado el proceso. No se alude en el precepto a la imposición de costas en caso de desistimiento, por lo que entendemos que a este respecto serán de aplicación las previsiones generales de los arts. 447 y ss. Cabe por tanto (y será frecuente) la imposición igualmente de las costas propias al querellante desistido, así como también las derivadas de los honorarios de los demás profesionales, aunque en este supuesto, la asignación no será automática sino que estará precisada de previa valoración jurisdiccional.

Concordancias. Art. 103, 104 CPP.

Acción Privada

Art. 106.- En los procedimientos por delito de acción privada, también se aplicarán al acusador las normas previstas en este capítulo, sin perjuicio de las reglas especiales.

Comentario.

A pesar de la rotunda literalidad de la frase que da inicio a este capítulo en el art. 95 CPP ("*En los delitos de acción pública...*"), en este precepto tal afirmación se deja sin efecto al ampliar las previsiones de su articulado también a los procedimientos por delitos de acción privada. De esta forma se vienen a equiparar *de iure* y *de facto* las situaciones procesales de los particulares que ejercen funciones acusatorias, con independencia del objeto sobre el que verse su pretensión. Sin que se puedan olvidar ni pasar por alto las profundas diferencias que median entre ellos, para cuyo análisis nos remitimos a lo expuesto en relación con los tipos de acciones penales, la ley inserta en el mismo marco todo aquello que escapa de la oficialidad en el ejercicio de la pretensión penal. Puesto que el instrumento para la personación de ambos tipos de querellantes (por delitos de acción pública o de acción privada) viene a ser el mismo (la solicitud de querrela), en ello se ha percibido por el legislador un denominador común que permite la asimilación de ambos.

No es que la identificación formal a la que nos referimos nos parezca del todo inadecuada, pero debe partir de la claridad de ideas a la hora de entender las profundas diferencias existentes en las facultades de disposición sobre el objeto del proceso que se depositan en manos de unos y de otros. Mientras el querellante por delito de acción pública ostenta en el proceso una condición superflua y eventual puesto que, en esencia, satisface la misma función que la Fiscalía, en el caso de los querellantes por delito de acción privada no se podría sostener lo mismo. En ellos se deposita la capacidad de disposición sobre el proceso, de manera que pueden decidir tanto el si se



persigue una conducta cuanto el cómo se realiza esa persecución, puesto que, como es sabido, serán ellos mismos quienes asuman con carácter exclusivo y excluyente la plena responsabilidad de llevarla a buen término.

De ahí que, con un criterio adecuado se venga a distinguir, también nominativamente, entre por un lado el querellante que por concurrir con el Fiscal, normalmente colaborará con éste en el ejercicio de la acusación, frente por otro el querellante exclusivo quien ostenta en plenitud. Se hablará en este sentido de querellante conjunto o querellante público frente a querellante exclusivo o querellante privado para designar ambas posiciones procesales diferenciadamente.

Sin perjuicio de las especialidades del procedimiento para la persecución de los delitos de acción privada, las cuales serán abordadas en su oportuno lugar (arts. 400 y ss.), será esclarecedor que cuando menos reparemos en la diversidad de los efectos que el desistimiento o el abandono producen en estos casos. Dado que el querellante por “delito privado” no puede esperar que ningún otro sujeto retome el testigo para el ejercicio de su acusación en caso de desistimiento o abandono, con su actividad o con su actitud pasiva o negligente, no sólo decaerá en su posición procesal como acusador, sino que determinará el fenecimiento del proceso. Evidentemente esto no ocurrirá en la persecución de delitos de acción pública, en tanto la ausencia de un querellante particular no implicará el decaimiento de las facultades de la Fiscalía en la promoción de la acusación. Incluso en los delitos perseguibles previa instancia de particular, y siempre que no medie una declaración expresa de revocación de ésta (arts. 31.8 y 40 CPP), la causa podrá proseguir tras la exclusión del particular de la posición de acusador.

Concordancias. Art. 28, 98 y 400 CPP.

CAPITULO V

DEFENSORES*

Estimo aconsejable llevar a cabo una análisis conjunto de este capítulo V concerniente a los defensores, afrontando el estudio del derecho a la asistencia letrada en su encaje en el derecho de defensa, de las diversas modalidades y exigencias de la asistencia letrada, del derecho a la autodefensa, etc., para lo que me baso en mi obra citada, *Derecho procesal penal*, T.I *Principios del proceso penal*, esp. pp.228 y siguientes, no sin recordar que ya está expuesto lo que sigue, con mayor o menor coincidencia, en los comentarios al art. 10 de este CPP.

Los comentarios se estructuran del modo siguiente: **1.** Derecho de defensa. **2.** Derecho a defenderse por sí mismo o a la autodefensa. **3** Derecho a la defensa letrada.

Nombramiento.

Art. 107.- El nombramiento de defensor hecho por el imputado no estará sujeto a formalidades.

También podrá nombrarle defensor, su representante legal, su cónyuge, compañera de vida o conviviente, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, el adoptante y el adoptado. Se tendrá igualmente como defensor del imputado, a su apoderado judicial que lo solicite, si reúne las cualidades para ejercer la defensoría.

El defensor nombrado deberá aceptar el cargo ante la autoridad que corresponde, dejándose constancia de ello.

Concordancias. Arts. 11, 12, Cn. Arts 10, 270 Inc. 4º, 244 Inc. 3º parte final CPP.

Número de Defensores

Art. 108.- Se podrá nombrar los defensores que se crea convenientes. Cuando intervengan varios defensores, el imputado deberá designar a quien de ellos se le harán las correspondientes notificaciones, la notificación hecha a éste valdrá respecto de todos, y la actuación de uno por los otros no alterará trámites ni plazos.

* Este capítulo V, arts. 107 a 115 ambos inclusive ha sido realizado por el prof. Dr. Ernesto Pedraz Penalva, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.



Obligatoriedad.

Art. 109.- El ejercicio del cargo de defensor será obligatorio para el abogado que lo acepte, salvo excusa atendible.

La renuncia del cargo de defensor se hará por escrito. Inmediatamente el juez solicitará el nombramiento de un defensor público e intimará al imputado para que nombre un nuevo defensor si quisiere.

Concordancias. Arts. 114, 333 Inc. No. 4 CPP.

Defensa Pública.

Art. 110.- La participación del defensor público se regirá por las reglas de esta sección y por las reglas especiales previstas en la ley correspondiente.

La designación del defensor público no perjudicará el derecho del imputado a nombrar ulteriormente otro de su confianza; pero la sustitución no se considerará operada hasta que el designado acepte el cargo. Si posteriormente el imputado le revocare el nombramiento al defensor que hubiese designado o éste renunciare por algún motivo, continuará en la defensa el defensor público anterior, sin necesidad de nuevo nombramiento. Si esto no fuere posible la Procuraduría General de la República le nombrará otro.

Concordancias. Art. 107, 112, 113 114 CPP.

Defensor Común.

Art. 111.- La defensa de varios imputados podrá ser confiada a un defensor común siempre, que no existan intereses contrapuestos. Si ésto es advertido, el Juez intimará a los imputados a que designen nuevos defensores o solicitará el nombramiento de defensores públicos, consultando en todo caso el interés de los imputados.

Defensor con Poder Especial.

Art. 112.- En la causa por hechos punibles sancionados sólo con pena no privativa de libertad o en los delitos de acción privada, el imputado podrá hacerse representar para todo efecto por un defensor con poder especial, quien lo sustituirá en todos los actos, salvo que el tribunal estime que para un acto en particular sea imprescindible su presencia.

Concordancias. Art. 107, 109, 110, 113, 114 CPP.

Defensor Sustituto.

Art. 113.- El imputado podrá designar un defensor sustituto para que intervenga sólo en los casos en que el defensor titular tenga un impedimento legítimo.

Abandono.

Art. 114.- Si el defensor del imputado abandona la defensa y deja a su cliente sin abogado, se procederá a su inmediata sustitución por el defensor público previa petición al Procurador General de la República, y aquél no será nombrado de nuevo en el procedimiento. Si el abandono ocurre durante la vista pública, el nuevo defensor podrá solicitar la suspensión de la audiencia por un máximo de cinco días. La vista pública no se suspenderá otra vez por la misma causa.

En casos complejos o prolongados, el tribunal podrá solicitar a un defensor público sustituto para que asista a todos los actos de la audiencia, pero no intervendrá en ella salvo que se produzca el abandono.

Concordancias. Art. 109, 333 Inc. 1º No. 4 CPP.

Sanciones.

Art. 115.- El incumplimiento injustificado de las obligaciones por parte de los defensores o mandatarios será sancionado por el juez o tribunal con hasta cien días multa, sin perjuicio de las responsabilidades profesionales que determine el tribunal competente.

Previo a imponer la sanción, el juez o tribunal dará audiencia al abogado infractor y de ser necesario, recibirá la prueba de descargo que ofrezca, siguiéndose el trámite señalado para las excepciones de previo y especial pronunciamiento.

El abandono constituirá falta grave y obligará al que incurre en él a pagar las costas de la sustitución, sin perjuicio de las otras sanciones administrativas.

Comentarios al cap.V Defensores (arts. 107 a 115 inclusive)

1) Derecho de defensa. 2) Derecho a defenderse por sí mismo o a la autodefensa. 3) Derecho a la defensa letrada.

1) Derecho de defensa: Con gran parte de la literatura y jurisprudencia especializadas entiendo que el principio de audiencia o contradicción -en sentido amplio- se encuentra íntimamente conectado con el derecho de defensa del que constituye su presupuesto, aunque entiendo que no han de ser confundidos. Desde su estrecho nexo

con el principio de contradicción, examino pues el derecho de defensa: *Nemo damnandus, nisi auditus, vel vocatus* (nadie puede ser condenado sin ser oído o citado en juicio) con sus consecuentes *Nemo praesumitur malus nisi probetur* o «*iudex iudicet secundum allegata et probata partium*»,²⁹⁶ debiendo destacar que, en sede procesal penal, implica además otros aspectos que lo sobrepasan como el *nemo tenetur edere contra se* o «*nemo tenetur se ipsum accusare*» (nadie está obligado a declarar o a acusarse a sí mismo²⁹⁷), etc.

El derecho de defensa tiene, en el enjuiciamiento penal, diversas manifestaciones exigiendo así un diversificado análisis que abarca los extremos siguientes:

a) En primer lugar, y desde un punto de vista subjetivo, es predicable de todos los sujetos del proceso y así tanto de los acusadores como de los acusados. Su omnicomprendensiva esfera subjetiva surge del análisis del derecho de defensa en el marco de la contradicción lo que implica, de una parte, que la oportunidad de contradecir o la posibilidad de formular alegaciones y de solicitar la práctica de los medios probatorios que se estimen más aptos para su acreditamiento no puede reducirse al acusado y, de otro, que ha de contarse con la posibilidad normativa de compartir el ejercicio de la función pública de acusar con el Ministerio Fiscal reconocida a cualquier ciudadano o asociación de ciudadanos legalmente constituida (art. 12.4 y en las hipótesis delictivas del art. 95 III CPP) y a todas las personas perjudicadas u ofendidas por el delito (querellante particular, arts. 13.1, 19, 26, 95)²⁹⁸.

b) En segundo lugar, el derecho de defensa exige, en inmediata relación con el anterior, impedir que nadie pueda ser condenado en ausencia o, mejor dicho, que no pueda celebrarse el juicio sin la participación de todos los sujetos, incluidos los acusadores, para que de este modo el órgano jurisdiccional pueda valorar los diversos elementos de cargo deducidos o deducibles por la acusación al igual, contingentemente, que los de descargo oponibles por el acusado.

Comporta esta faceta que:

- Tratándose de la práctica de una diligencia urgente y de inaplazable realización, no será imprescindible la asistencia de los acusadores –exceptuado el fiscal investigador– si hubieren sido emplazados en tiempo y forma y no asistieren o si por causa

296 Del que forman parte otros como el derecho a ser informado de la acusación, al uso de intérprete si no desconociere o no conociere suficientemente la lengua española, etc.

297 Derecho que no impide si la prueba de cargo es concluyente más allá de toda duda razonable a que pueda ser condenado el acusado y además que se extraigan consecuencias de su silencio cuando las pruebas de cargo eran de tal entidad que demandaban una respuesta. Así STEDH John Murray c. Reino Unido de 8.2.1996

298 En exclusiva a las víctimas cuando se trate los delitos del art. 28 o en caso de transformación de la acción pública en privada a petición de la víctima con autorización de la Fiscalía General de la República. Vid los comentarios a estos artículos.

de urgencia no se hubiere podido poner en su conocimiento la realización de aquella diligencia; en cuanto al imputado, debe estar presente en persona o al menos su defensor y, siendo totalmente imposible, tanto respecto de acusadores como de acusados, para poder ser utilizado el fruto de esa diligencia por el juzgador con miras a fundar su convicción, deberá necesariamente ajustarse a lo prescrito en el art. 270 CPP.

-Tratándose de la celebración del juicio, el principio general es el de su no celebración sin la presencia de acusadores y acusados.

Respecto del MF su presencia y actuación es imprescindible llegando incluso - pese a su fungibilidad teórica- a ser aconsejable la del concreto miembro del MP que hubiere venido actuando y cuya sustitución no pudiere tener lugar sin grave inconveniente, salvo en las hipótesis legalmente previstas en las que es factible prescindir del MF (arts. 19 inciso último, 28, 391 y sigs., 400 y sigs. CPP).

- Tratándose de acusadores particulares y populares, un escrupuloso respeto del derecho de defensa y del de la igualdad de «partes» impone la suspensión de las sesiones en caso de inasistencia de sus letrados, siempre que no constare su emplazamiento en tiempo y forma o que hubieren hecho valer la concurrencia de fuerza mayor o causa no imputable para no estar en el juicio y no pudieren ser reemplazados sin grave inconveniente para el ejercicio de su tarea. La incomparecencia del letrado de la acusación particular o privada, injustificada a juicio del Tribunal, no dará lugar a la suspensión de la vista, debiendo motivarse su rechazo por el órgano jurisdiccional; si provocará la incomparecencia del defensor a la audiencia o el alejamiento de ella, el que se considere abandonada la defensa procediendo a su reemplazo.

- El acusado ha de estar presente en el juicio y si rehusare permanecer tras su declaración en la sala de vistas, con permiso del Tribunal, será custodiado en una sala próxima siendo representado para todos los efectos por su defensor (art. 325 CPP). Dedúcese de lo anterior la imprescindible presencia del Abogado (elegido o público) para que pueda celebrarse el juicio salvo lo dispuesto para los de faltas. Precisamente para que el abandono del abogado de confianza no provoque la suspensión el legislador ha previsto en determinados supuestos que aún elegido letrado por el imputado se le designe un defensor de oficio que en caso de renuncia de aquél continuará en la defensa del inculpado.

El Tribunal podrá sancionar al abogado en caso de incumplimiento injustificado de sus obligaciones hasta con cien días de multa, sin perjuicio de las responsabilidades profesionales en que incurriere (art. 115 CPP).

Cabría suscitar si es factible continuar el juicio en ausencia del coacusado ilegítimamente incomparecido. A mi juicio ello requeriría, dentro de lo modulado por el art. 325 CPP: a'/ que el ausente hubiere sido citado en persona; b'/ que el Tribunal adopte el acuerdo previa audiencia de los demás sujetos del proceso; c'/ que

haga constar en el acta del juicio las razones de la decisión; d/ que consten elementos suficientes para juzgar a los comparecidos con independencia de los ausentes, debiendo entenderse cumplida esta exigencia cuando no fuere menester la declaración del coimputado ausente para formar criterio suficientemente fundado sobre lo que constituye motivo de la acusación; e/ en caso de no concurrir elementos bastantes para juzgar independientemente a los coimputados, habrá de suspenderse el juicio.

Debo advertir que, si bien la celebración del juicio en ausencia de uno de los coacusados no puede afectar a éste directamente, sí lo hará al tratarse de la participación en los mismos hechos ya juzgados. Surge inmediatamente el tema del valor de la cosa juzgada, es decir, qué eficacia tendrá el pronunciamiento recaído en el proceso en el que han sido juzgados los coimputados, a efectos del futuro juicio contra el ausente.

Parece evidente la vigencia en el orden penal del «*ne bis in idem*» o efecto negativo de la cosa juzgada, rechazándose el positivo o prejudicial. Pero en el caso plantado ¿puede afirmarse que carecería de todo efecto la sentencia dictada en el juicio primero?. Dado lo complejo del tema, aquí y ahora me limito a apuntar, con todas las precauciones, que se ha venido sosteniendo la eficacia positiva o prejudicial de la sentencia penal firme que declara la inexistencia del hecho (y algún autor defiende la extinción del delito por causa objetiva, como p.ej. la prescripción, etc.)²⁹⁹

c) En tercer lugar que, siendo titulares del derecho de defensa todos los justiciables, sin embargo no es un derecho que se imponga contra la voluntad del sujeto, al permitírsele la renuncia a la defensa, cuyo máximo exponente se encuentra en la renuncia al proceso. Estoy aludiendo al generalizado reconocimiento a hacer valer procesalmente todos los elementos de cargo y de descargo ante el juez para obtener una resolución jurídica y fácticamente motivada, fruto de la convicción del juez -más allá de toda duda razonable-. Me ubico pues, de un lado, en la naturaleza potestativa del ejercicio de la acusación para los particulares que, a diferencia del MF para el que constituye un deber, no están obligados a su ejercicio ni siquiera en los casos en que el fiscal no considere que ha de formularla en contra del criterio del juez de Paz o de instrucción (vid.arts. 258 y 321 CPP), y de otro, en la posición del acusado a quien se le reconoce la posibilidad, más o menos consciente o libre, de renunciar a la defensa aquietándose a la oferta que pudiere hacerse por el fiscal para aplicar el principio de

299 El Tribunal Constitucional español admite la eficacia por inexistencia del hecho en sus Sentencias 77/1983, 62/1984, 158/1985 (pero no pondera lo que procesalmente comporta la libre apreciación de la prueba y calificación jurídica de los hechos por los Tribunales). Habría que considerar que el art. 903 Ley de Enjuiciamiento Criminal española proclama el efecto extensivo de la cosa juzgada. En el codice di procedura penale italiano se admite como motivo de revisión la contradicción entre juicios de hecho pero no entre juicios jurídicos instrumentales del fallo.

oportunidad (por todos arts. 20 y 21 CPP), aludo a las denominadas conformidades en sede procesal penal, que requiere en su encaje dentro de la oportunidad su aprehensión mínima en el que es su originario modelo: el «guilty plea» norteamericano.³⁰⁰ Recuérdese³⁰¹ a este respecto el examen de los siguientes aspectos:

- *Inteligencia de la declaración*: Se exige en la regla 11 de las «Federal rules of criminal procedure» y es subrayada por el Tribunal Supremo de los EEUU, entre otras en sus sentencias *Boykin v. Alabama*, *Henderson v. Morgan*, *US v. Green*, por la *American Bar Association* y por la bibliografía (WESTEN y WISTIN³⁰²). Tal inteligencia abarca comprensión de los cargos y de las posibles consecuencias penales; para ello se exige que conozca o que se le instruya de los límites máximos y mínimos de las penas previstas en la ley, de la existencia de un término especial de libertad bajo palabra, de la posibilidad de que el Tribunal ordene al acusado la «restitution» a la víctima del delito, etc.; asimismo se requiere que sepa los derechos a los que renuncia como consecuencia del «guilty plea»

- *Voluntariedad de la declaración*. El juez debe dirigirse al acusado verificando la ausencia de amenazas, fuerza o promesas ilícitas (*Wells v. US*, *Smith v. O'Grady*, etc.) y además constatar el «plea agreement» o sea, que el acuerdo ha sido el resultado de previas discusiones, instruyéndole de las repercusiones de la adopción de una forma determinada: p.ej. recomendando una sentencia particular (por todas la *STS Brady v. US*).

Con la voluntariedad se aseguran: la norma aplicable al reconocimiento, la capacidad del acusado y las «inductions» durante la formalización del acuerdo.

- *Certeza de la declaración*, determinando su base fáctica. Ha de advertirse con NEWMAN³⁰³ y GOLDSTEIN,³⁰⁴ parafraseando la sentencia de la Corte Suprema *McCarthy v. US*, que su objetivo es garantizar que el acusado cometió un delito al menos tan grave como el que está dispuesto a confesar, con lo que se reconduce a la mera constatación de la voluntariedad del «guilty plea».

300 Sin que con ello pretenda ni alabar este sistema ni tampoco trasplantar la práctica existente en los EEUU de Norteamérica, en todo caso digno de una severa crítica como la que le ha sido opuesta, tras su previo desmenuzamiento, por CABEZUDO RODRIGUEZ, en la op.,cit.,

301 Vid. CABEZUDO RODRIGUEZ, N, *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, op., cit., esp. pp.113 y ss., al que sigo en este esquema

302 WESTEN/WESTIN, «A constitutional Law of remedies for broken plea bargains», en 66 *University of Pennsylvania Law Review*, 1971, pp.471 y ss.

303 NEWMAN, D.J., *Conviction: the determination of guilty or innocence without trial*, Boston, 1966, p.10

304 GOLDSTEIN, J., *The passive judiciary: prosecutorial discretion and guilty plea*, Baton Rouge, 1981, p.41



d) En cuarto lugar, el derecho de defensa alude al de hacer uso de todos los medios lícitos para desvirtuar la presunción de inocencia (art. 12 in.1º Cn) y, eventualmente, para destruir la acusación, lo que impone la necesidad de tener el mayor conocimiento posible de todos los elementos fácticos y jurídicos que integran la imputación. A este tenor resultan relevantes el derecho a ser informado de la acusación y el derecho a intérprete. Ambos son objeto de análisis al comentar los arts. 11, 87.1 y 9.

e) En quinto lugar el derecho a no declarar contra sí mismo, ya estudiado al comentar el art. 87.5 de este CPP.

f) En sexto lugar, el derecho a la última palabra, del que es también destinatario el acusado, que en nuestra tradición procesal forma parte del derecho de defensa y más en concreto del derecho a la autodefensa, de especial relieve desde el momento en que se ha venido contemplando que se lleve a cabo tras la práctica probatoria y la formulación de las alegaciones por todos los sujetos. Es de naturaleza potestativa para el imputado.

2.- Derecho a defenderse por sí mismo: Sobre el problema de la autodefensa debe considerarse que en nuestro Ordenamiento no cabe la autodefensa más que en aquellos procesos en los que no es preceptiva la intervención letrada. De modo que proclamado constitucionalmente en el art. 12 inc.segundo Cn el derecho a la asistencia letrada, si el imputado no designa Abogado se hará de oficio (arts. 10, 87.3, 241.9, 243.6, 254, etc. CPP). Debe matizarse, con apoyo en el art. 9 CPP (que se distingue del 10 en el que se consagra el derecho a la asistencia letrada), que el que ha de ejercer el derecho de defensa es el imputado, a quien se reconoce el derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que estime procedentes. El Letrado se limita a «asistirle» técnicamente en el ejercicio de su derecho. La opción por la asistencia jurídica gratuita o por la de un Letrado de elección, no puede entenderse como renuncia o impedimento para ejercer la defensa por sí mismo. Ambas son compatibles, de modo que la defensa técnica no es, en definitiva, sino un complemento de la autodefensa.

El derecho a defenderse a sí mismo está recogido en Instrumentos internacionales como el PIDCP -art. 14.3 d)- y CADH - art. 8.1 d) CADH (“derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor...”). Dado su origen anglosajón tal vez fuere aconsejable un breve excursus sobre el derecho a defenderse a sí mismo en los EEUU de Norteamérica y en la jurisprudencia del TEDH.

A) El *right of self-representation* tiene su previo encaje en la renunciabilidad para el sujeto del derecho a ser asistido mediante letrado (Miranda v.Arizona, Vignera c.New York, Westover c. US y California c.Stewart). Legalmente el derecho a la autodefensa fue sancionado a nivel federal en la Judiciary Act de 1789, codificado en el 28 U.S.C.A. (United States Code Annotated) 1654. Del mismo modo aparece acogido en diversas Constituciones estatales norteamericanas.

Su alcance constitucional se fijó en la *S. Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (1975), al entenderlo comprendido implícitamente en la VI Enmienda de la Constitución Norteamericana y enraizado en el «common law». Con anterioridad a *Faretta*, la Corte Suprema norteamericana se había pronunciado acerca de la posible renuncia del derecho a ser asistido por un Abogado en juicio en *Moltke v. Gillies*, 332 U.S. 708 (1947), estableciendo que para que tal renuncia fuere válida era menester que se tratara de una decisión inteligente y competentemente adoptada. Para alcanzar tal resultado, el órgano jurisdiccional debería inquirir al acusado, por medio de una entrevista, sobre su comprensión de la naturaleza de los cargos a que se enfrentaba, la pena que podría serle impuesta, los medios de defensa de que disponía, si habían sido comprendidas las circunstancias modificativas de la responsabilidad y cualquier otro elemento esencial para una completa percepción de sus consecuencias. No obstante, tal *standard* no había sido seguido con excesiva literalidad por los Tribunales menores.

La caracterización constitucional de este derecho en la sentencia citada implicó una desviación de la doctrina tradicional que consideraba esencial la asistencia letrada para garantizar un juicio justo [*Powell v. Alabama*, 287 U.S. 57 (1932); y *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963)], ubicando en un plano superior el derecho del acusado a elegir libremente un determinado curso de acción. Desde la Sentencia *Faretta* el ejercicio del derecho de autodefensa se vino a condicionar a que el órgano jurisdiccional verificara que la renuncia a los efectos favorables que se deducirían de la asistencia técnica se hubiere llevado a cabo de modo consciente, con plena comprensión de las repercusiones de sus actos, circunstancia ésta que debería venir reflejada en los autos. Ello implicaba un inicial cumplimiento de los requisitos fijados en *Moltke*, sin embargo, la indefinición de la *Supreme Court* en *Faretta* en relación con el procedimiento a seguir a continuación para fijar la comprensión e inteligencia de la decisión de litigar *per se* ha dado lugar a diversas lecturas por los Tribunales de apelación:

-De una parte se encuentran los Tribunales que han pretendido un reforzamiento de las obligaciones del órgano jurisdiccional. En este sentido, el órgano jurisdiccional deberá apercebir al acusado de las desventajas de la autodefensa y en concreto de que: 1) la defensa en juicio requiere el conocimiento de las normas técnicas que rigen la actuación en el proceso; 2) un Abogado dispone de la experiencia y formación necesarias en esta materia y que la acusación estará representada por un Letrado experimentado; 3) dada su ignorancia de las normas técnicas anteriormente citadas y sobre las tácticas de que podría hacer uso, un lego en derecho puede otorgar a la contraparte ventajas de las que de otro modo no dispondría; 4) si el acusado opta por autodefenderse no podrá impugnar la sentencia con base en una inefectiva asistencia letrada; y 5) la efectividad de su defensa puede verse perjudicada por su doble condición de defensor-acusado.

Una vez informado el acusado de estos extremos, el órgano jurisdiccional habrá de discernir si el acusado ha comprendido y evaluado las posibles consecuencias que pueden deducirse de su decisión de autodefenderse. El procedimiento elegido para



ello será la realización de una entrevista personal, como ya se ha dicho, en la que el Juez ponderará además las circunstancias del acusado que podrían incidir en su decisión, tales como su edad, educación, extracción social, historial psiquiátrico, anterior experiencia en procedimientos criminales y previas consultas con un Abogado a la opción de autodefenderse.

-Otros Tribunales, sin embargo, han estimado que el procedimiento antedicho no vendría requerido por Faretta, bastando pues con que de las circunstancias que rodearan a la decisión de autodefenderse se dedujera que el acusado era plenamente conocedor de las consecuencias de su decisión.

Cumplido el procedimiento, el Juez podría, según la sentencia Faretta, denegar el ejercicio de este derecho:

-Cuando no se hubiere solicitado en tiempo, de modo que obstaculizara gravemente el normal desarrollo de las sesiones ante el Tribunal correspondiente.

-Cuando la actitud del acusado fuera notablemente impropia u obstruccionista, tanto en el mismo acto de solicitar la autodefensa como en el posterior desarrollo del juicio, implicando en este segundo supuesto una revocación del derecho previamente concedido.

-Cuando, a pesar de los esfuerzos del órgano jurisdiccional por explicar las consecuencias de su decisión, el acusado se hubiera mostrado incapaz de alcanzar el nivel requerido de comprensión e inteligencia para llevar a cabo una renuncia válida. Ciertamente, a decir de la *Supreme Court* de los EEUU de Norteamérica, ello no implica que el acusado deba acreditar ni su carácter de experto ni un grado de inteligencia excepcional.

Siendo ésta la doctrina general, cabe hacer otras observaciones acerca de esta materia:

-No existe un mandato constitucional de informar al acusado de su derecho a autodefenderse, de igual forma que existe en relación con el derecho a ser asistido por Abogado [*People v. McIntyre*, 324 N.E.2d 322 (1974)].

-El inculpado no podrá con posterioridad impugnar la sentencia con base en que se ha visto perjudicado por una inefectiva asistencia letrada (Faretta, cit.).

-El órgano jurisdiccional estará facultado, atendiendo a las circunstancias del caso e incluso contra la voluntad del acusado, para nombrar un Abogado con funciones de asesoramiento de aquél en cuestiones de procedimiento («*standby counsel*»). No obstante, la actuación de éste se hallará sometida a ciertos límites. Así el *standby counsel* se habrá extralimitado en su actuación tanto si interfiere las decisiones tácticas

adoptadas por el acusado o ejerce un control real sobre el interrogatorio de los testigos o se opone a lo manifestado por aquel último en alguna cuestión de importancia, como también en aquellas hipótesis en que, mediante su intervención, destruya la percepción del jurado acerca de que el acusado se está representando a sí mismo (MacKaskle, cit.).

-No será admisible una representación híbrida, de modo que el acusado actúe en juicio conjuntamente con su Letrado, como un co-defensor, interviniendo cada uno de ellos durante diferentes fases del juicio. Las razones esgrimidas por los Tribunales para no admitir este tipo de representación se basan en motivos diversos entre los que sobresalen razones como las siguientes: afectaría negativamente a la autoridad del juez para dirigir las sesiones y para asegurar que el juicio se desarrolle de forma ordenada y ágil; se vería también comprometido el tradicional papel del Abogado como director de la defensa, situándole en una posición inferior a la del acusado cuando éste decidiera intervenir por sí mismo; o que tal facultad podría ser instrumentalizada por el inculpado para verter declaraciones ante el jurado sin verse sometido a *cross-examination* por la contraparte.

B) Según declaró el TEDH en la S. Artico de 13.5.1980 el art. 6.3.c) CEDH consagra el derecho a una defensa adecuada, sea personalmente o a través de un abogado, advirtiéndose por el TEDH en su S. Pakelli de 25.4.1983, que desde la versión francesa (que a diferencia de la inglesa en la que por mor de correcciones formales últimas se sustituyeron los términos «and» por «or») supone el reconocimiento a todo acusado que no desee defenderse por sí mismo del derecho a recurrir a asistencia letrada de su elección y si careciere de medios económicos a ser defendido gratuitamente por Letrado designado de oficio.

Cabe pues deducir la admisibilidad de la autodefensa pero, que yo sepa, no ha llegado al TEDH expresamente ninguna causa reclamando su ejercicio. Sin embargo es factible construir su posibilidad jurídica en los siguientes términos:

No es un derecho absoluto sino que puede limitarse atendiendo al sujeto (formación del mismo, conocimiento pleno de las consecuencias derivadas de tal asunción, etc), a las particularidades del procedimiento de que se trate (no es igual ante jueces honorarios que peritos en derecho y en primera instancia que en segunda o en casación -arg.Monnell y Morris de 2.3.87 y Boner de 28.10.94- y que intervenga o no el Ministerio Fiscal) y, finalmente, corresponde al derecho interno admitir la autodefensa o no siempre que el sistema previsto proporcione una defensa «adecuada» (c.Artico de 13.5.80 33, también c.Quaranta de 24.5.91).

Podría de este modo acudir a ponderar los denominados «intereses de la justicia» (SSTEDH Pakelli de 25.4.83, Granger de 28.3.1990, Quaranta de 24.5.91, Croissant de 25.9.92), a cuyo tenor ha de valorarse, de una parte, la personalidad del acusado y de otra, la complejidad del asunto considerando a tal fin la gravedad del hecho imputado y la de la pena prevista.



En todo caso el TEDH consagra el derecho a la defensa letrada y, más concretamente por medio de Abogado de confianza, al declarar que al juzgado en ausencia, con independencia del modo de citación, no puede privársele de asistencia jurídica, aunque su incomparecencia le fuere imputable (SSTEDH Campbell y Fell c. Reino Unido de 28.6.84, F.C.B contra Italia de 28.8.1992, Poitrimol c. Francia de 23.11.1993, Pelladoab c. Países Bajos de 22.9.1994 y Lala c. Países Bajos de 22.9.1994, Botten c. Noruega de 19.2.1996).

C) Insisto en que en la tradición jurídica continental en la que se integra El Salvador no tiene cabida el derecho a defenderse por sí mismo salvo en las hipótesis en que por Ley no sea preceptiva la intervención de Letrado. Me centraré de este modo en el apartado siguiente en la defensa Letrada.

3) Derecho a la defensa letrada. Desde su plasmación constitucional (arts. 12 II, 8.2 d) y e) CADH, 3 b) y d) PIDCP, es afirmable que el derecho a la asistencia letrada constituye un derecho subjetivo que configura el contenido esencial e indisponible del derecho de defensa y que tiene por finalidad, al igual que las demás garantías del derecho en que se integran, la efectiva realización de los principios de igualdad de armas y contradicción. Pero no sólo ha de contemplarse como puro derecho del imputado sino que atendiendo al vínculo existente entre el derecho a la asistencia letrada y la institución misma del proceso, resulta de importancia decisiva en el Estado de derecho. La pasividad del titular del derecho debe ser suplida por el órgano judicial que precisa para el desarrollo procesal de su actividad jurisdiccional, y no sólo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, la asistencia del Letrado.

En resumen, el mandato legal de defensa letrada encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y sucesivas declaraciones ante fiscal y juez, en general, la igualdad de los sujetos intervinientes en el juicio oral, y evitando la posibilidad de que se produzca la indefensión del imputado de tal modo que frente a una acusación técnica (fiscal) aparezca también una defensa técnica. Es por todo ello por lo que la asistencia letrada ha de ser proporcionada en determinadas condiciones por los poderes públicos, de manera que su designación se torna en una obligación jurídico-constitucional que incumbe inmediatamente a los órganos judiciales y mediatamente al Estado (art. 8.2 e) CADH). La consecuencia de no haber proveído de defensor al imputado detenido en los términos previstos en la Ley procesal Penal, es la irremediable nulidad del procedimiento que no necesita ser solicitada pudiendo decretarse de oficio por el Tribunal.

Recordaré que la asistencia letrada integra el derecho de defensa y a su través a un proceso justo, estando obligados los poderes públicos a garantizar la defensa y asistencia de Abogado en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes (arts. 12 Cn, 10, 107 y sigs., 241.9, 242, 254, 259, 270, 306, 319, etc. CPP). y que la asistencia

del letrado condiciona en muchas fases y procesos la calidad de sujeto del mismo -en numerosos preceptos del CPP se impone el deber de comparecer asistido de letrado, quien asumirá asimismo la representación salvo que pida el imputado intervenir personalmente (art. 270 inciso tercero CPP)

Como principio general cualquier imputado tiene derecho a valerse de Abogado de su elección, empero es factible en determinados supuestos legalmente previstos: por razones de seguridad nacional, hipótesis de detención incomunicada, etc., que pueda exigírsele la designación de otro Letrado y/o en su defecto se le nombre uno de oficio. Tal posibilidad ha de ser excepcional, venir legalmente prevista y ser fáctica y jurídicamente fundada por la autoridad judicial. Su excepcionalidad impone su inmediato levantamiento cuando sea innecesaria y la investigación haya avanzado hacia fases en las que es imprescindible la asistencia de letrado de libre elección. En ningún caso ha de supeditarse la elección de letrado de confianza, a razones económicas.

Consecuencia del derecho a la tutela efectiva e igualdad de todos ante la ley es el derecho a la justicia gratuita de quienes no tengan los medios económicos suficientes para afrontar los gastos que genere un litigio. A fin de dotar de contenido real a tal derecho subjetivo, nacido directamente de la Constitución, el Estado asume una actividad prestacional y el cargo de los honorarios devengados por la asistencia y representación en juicio de quienes sean merecedores de esa ayuda por reunir las condiciones legalmente previstas.

- El CPP prevé para el cumplimiento del derecho a la asistencia letrada y evitar que pudiese verse privado de ella el imputado, por revocación de su nombramiento, negligencia, renuncia o abandono (arts. 110, 114, 115, 325 CPP): la posibilidad de que designe el imputado un defensor sustituto para que intervenga sólo en los casos en que el titular tenga un impedimento legítimo (art. 113 CPP); la inmediata designación de defensor público sin perjuicio del derecho del imputado a elegir Abogado de su confianza que sustituirá a aquél cuando éste acepte el cargo (art. 110 CPP) o abandone la defensa (art. 114 inc.2º CPP); la sustitución del letrado que abandone la defensa del imputado por un defensor público (art. 114 CPP).

- Salvo error u omisión no he encontrado la posibilidad de que el imputado se sirva al mismo tiempo de varios letrados, y así que asuman dos o más su defensa; contrariamente sí se prevé en el art. 111 CPP que un mismo letrado defienda a varios imputados siempre que entre ellos no existieren intereses contrapuestos.

- La configuración del defensor como asistente técnico-jurídico implica que conviene que el imputado siga o se conforme con las propuestas, soluciones o estrategia que en razón de su presunto conocimiento del Derecho le sean expuestas por su letrado; no obstante la decisión que en caso de conflicto ha de prevalecer será la del defendido. Ello sin perjuicio de que el abogado pueda renunciar por desavenencias o discordancias a la representación y asistencia del inculpado. En todo caso el abandono

del cargo ha de estar justificado y llevarse a cabo de tal modo que resulte el menor perjuicio para el imputado; en caso contrario será judicialmente sancionado (art. 115 CPP). No puede pretenderse que prime la decisión del representante y/o del asistente sobre la del representado y/o asistido, máxime cuando el titular del bien jurídico es el inculpado. No connota lo dicho que se precise para cualquier actuación procesal del defensor expresa aprobación de su patrocinado; sólo en aquellas hipótesis en que normativamente así viene exigido habrá de constar la autorización del defendido. Así se impone en el art. 412 inciso segundo CPP cuando el defensor pretenda desistir de un recurso.³⁰⁵

- Un punto importante concerniente a la asistencia letrada es el de si se cubre este derecho con la designación de letrado, libre o de oficio o si es menester además que sea apto para la defensa y que actúe efectivamente. En todas las hipótesis en que no se proporcione a los patrocinados una defensa real y operativa se habrá causado su indefensión. De este modo se han venido pronunciando diversos Tribunales nacionales y extranjeros, en el sentido de su conexión con la denominada prohibición de «indefensión material»; es decir, a sufrir menoscabo o negación del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías, proveniente de una asistencia jurídica ineficaz. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia (SS.de 9.10.1979 c. Airey, de 13.5.1980 c.Artico, de 25.4.1983 c.Pakelli) en pro de la efectividad, proclamando que no basta con la designación de letrado siendo menester (caso Kamasinski de 19.12.1989) una asistencia jurídica eficaz en la preparación y dirección de su defensa para que pueda hablarse de un proceso justo. En la S. Artico de 13.5.1980 declaró el TEDH que no era suficiente con el nombramiento de abogado de oficio, que puede morir, enfermar gravemente, estar seriamente impedido para su ejercicio o descuidar sus deberes. Para argüir la inefectividad de la defensa, Kamasinski alegó la brevedad de sus visitas a la prisión, que no le informó plenamente de las pruebas de cargo, etc. Es indudable que cualquier conclusión requiere un examen del caso y de la actividad desplegada por el defensor y, según dice el TEDH, que sea puesto en conocimiento del Tribunal por el propio acusado. A mi juicio, no obstante se suscitara también otro tema concerniente a la posibilidad a contemplar de exigir una determinada experiencia en el Letrado: pensemos las dificultades mayores de quien no ha actuado ante la Corte Suprema o la sobrecarga -y el riesgo para el cliente- que puede suponer el dirigir un caso por homicidio o asesinato por quien acaba de estrenarse como Abogado. Aquí late el tema del acceso a la Abogacía en todos sus niveles, junto con el de la especialización que pudiese suscitarse en los nombramientos de oficio, etc.,³⁰⁶ junto, naturalmente, a la posible exacción de responsabilidad civil -y aún penal- contra el letrado en casos de negligencia profesional.

305 Mantienen un criterio contrario a lo que aquí sostengo, SERRANO/RODRÍGUEZ/CAMPOS/TREJO, *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p.472

306 ¿Tiene sentido que un abogado, primordialmente conocedor y ejerciente en el orden mercantil -por ejemplo-, pueda ser designado de oficio para un tema penal?.

- Otro extremo de ineludible consideración es el atinente a la existencia o no de límites al ejercicio del derecho de defensa para que resulte jurídicamente correcto.

Abarca varios puntos:

a) en modo alguno pueden obstaculizarse, filtrarse o intervenir los contactos entre abogado y cliente que han de poder llevarse a cabo gozando de la confidencialidad precisa y especialmente fuera del alcance y vigilancia de las autoridades (art. 8.2 d) CADH). No sólo es preceptiva la presencia del defensor (art. 259 CPP) sino que tendrá derecho el imputado a entrevistarse con él antes de su interrogatorio (art. 242 II CPP) y en cualquier momento durante el juicio (art. 342 inciso segundo CPP). Es inconstitucional y por ende radicalmente inaceptable cualquier interferencia o posposición, grabación de las entrevistas letrado-defendido, o cualesquiera otro tipo de intromisión en la libre comunicación que ha de existir entre abogado y defendido.

b) El Letrado goza en su función de defensa de libertad de expresión, explicada y justificada en su inmediato nexo con la efectividad de otro derecho fundamental que es el de defensa y, más concretamente, a una defensa libremente expresada. Sin embargo, la libertad de expresión del defensor debe valorarse en el marco en que se ejerce y atendiendo a su finalidad: el logro de los objetivos justificantes de su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del mínimo respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e independencia de los órganos jurisdiccionales. De este modo, excluidos el insulto y la descalificación, es amparable la libertad de expresión del letrado en el ejercicio de defensa de su patrocinado cuando en el marco de la misma se efectúen afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria a los fines de impetrar la tutela judicial. Empero, sobrepasado tal límite, puede llegar a incurrirse en responsabilidad penal constitutiva eventualmente de calumnia o injuria vertidas en juicio.

El TEDH, en su S.Quaranta c. Austria de 28.8.1991, tras proclamar el derecho a la defensa, mantiene que el mismo no permite afirmaciones difamatorias punibles.



CAPITULO VI *

AUXILIARES DE LAS PARTES

Asistentes no Letrados.

Art. 116.- Si las partes pretenden valerse de asistentes no letrados para que colaboren en su tarea, darán a conocer su nombre, expresando que asumen la responsabilidad por su elección y vigilancia. Ellos sólo cumplirán tareas accesorias y no podrán sustituir a las personas a quienes asisten en los actos propios de su función. Se permitirá que los asistan en las audiencias, sin intervenir en ellas.

Esta norma regirá también para la participación de los estudiantes que realizan su práctica jurídica.

Comentarios:

Estamos ante un precepto de comprensión compleja pues parece abarcar diversas posibilidades. Es factible que para la realización de tareas accesorias y así distintas de la defensa y representación en sentido estricto, puedan acusadores y acusados valerse de personas distintas del letrado. No encaja en la designación de varios abogados sino en el uso de ayudantes o colaboradores –“no letrados” se exige por este art. 116- que puedan cooperar con el defensor o con el propio imputado o querellante en tareas de ayuda o apoyo en la búsqueda o recopilación de material o información, en la investigación de rastros, indicios o localización de personas y cosas. Pueden desplegar la actividad tanto fuera de las actuaciones procesales como en los actos procesales a los que podrán asistir aunque sin intervenir en ellos ni sustituir ni a los sujetos del proceso ni a los letrados.

Evidentemente tendrá destacada participación la figura del detective o investigador privado siempre con los límites normativamente fijados para eludir su intromisión en la actividad investigadora de la policía y ministerio fiscal. También el personal administrativo o de apoyo de estudios jurídicos o bufetes imprescindible para la recogida, sistematización y en no pocas ocasiones preparación del material procesal para su estudio por el operador jurídico.

Singular relieve tiene en este precepto la búsqueda de una opción a los que vigente el anterior código procesal penal eran habilitados para la defensoría con la única justificación de ser estudiantes de Derecho, aunque no hubieren superado la licenciatura ni así obtenido el grado (no egresados). La inadmisión indefensión técnica de los imputados carentes de recursos económicos, en desacuerdo con los Convenios

* Los arts. 116 y 117 han sido comentados por el Prof. Dr. Ernesto Pedraz Penalva, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.

Internacionales suscritos por La República así como la inconstitucionalidad de su pervivencia, impuso la exigencia de una defensa mediante letrados. A mi juicio en el segundo párrafo de esta norma, se da cabida los estudiantes de la licenciatura de Derecho para que puedan, en algunos casos, aportar su antigua experiencia, y, en la actualidad, adquirirla a fin de conseguir una formación forense que pueda completar sus conocimientos teóricos. A mi juicio la cooperación de los estudiantes es también positiva para los operadores jurídicos pues su preparación si fuere procesalmente suficiente facilitará su labor.

Concordancias. Art. 117 CPP.

Consultores Técnicos

Art. 117.- Si por las particularidades del caso, alguna de las partes considera necesario ser asistida por un consultor en una ciencia, arte o técnica, lo propondrá al juez o tribunal, quien lo designará según las reglas aplicables a los peritos, en lo pertinente, sin que por ello asuman tal carácter.

El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales, hacer observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen y se dejará constancia de sus observaciones. En las audiencias podrán acompañar a la parte con quien colaboran y auxiliarla en los actos propios de su función. (2)

Comentario. Con la denominación de consultores técnicos, de origen italiano (arts. 230 y concordantes CPPit) es regulada por el legislador salvadoreño una figura ciertamente especial. Su homónimo italiano es una persona con conocimientos específicos en un determinado saber, arte, técnica o investida de una concreta experiencia, que acusadores o acusados eligen para que les asesore,³⁰⁷ formule las observaciones que estime convenientes y dirija asimismo su parecer al juez.³⁰⁷ El consultor técnico italiano es pues el sujeto experto que designan a su costa los intervinientes en el proceso -pues el perito es nombrado por el juez sin participación alguna de acusadores y acusados-, que expone al órgano jurisdiccional su criterio, en interés del que lo ha elegido, y que concurre con el perito nombrado por el juez (o actúa en defecto de perito para emitir una opinión en algún extremo para el que no ha sido acordado dictamen pericial). En ningún supuesto se enal italiano que la tarea del consultor técnico pueda retrasar ni la práctica del peritaje ni cualesquiera otra actividad procesal (art. 230 CPPit).

307 Responde a la novedad introducida en el art. 233 CPPit de permitir el nombramiento e intervención de los consultores técnicos de las “partes” en caso en que no haya sido acordada pericia (vid. también arts. 359 y 360 CPPit) atribuyéndoles el poder de exponer al juez su parecer sobre cuestiones determinadas, eventualmente a través de la presentación de la memoria a la que se refiere el art. 121 CPPit).

Esta figura incluida en este CPP se caracteriza porque siendo los acusadores y/o acusados los que sienten la necesidad de ser asistidos por un consultor, solicitan del Juez o Tribunal su designación, según el procedimiento de elección de peritos aunque, dice la Ley, sin que adquieran tal carácter. Pueden estar presentes en las operaciones periciales y formular sus observaciones que no integrarán el dictamen pero de las que se dejara constancia. En su confrontación con la pericia, arts. 195 y siguientes CPP, cabe extraer como diferencias la de su ordenación y nombramiento por el Juez o Tribunal (arts. 195, 196 y 200). Sin embargo, estas conclusiones pueden quedar desvanecidas leyendo el capítulo VI, arts. 195 y siguientes, pues en el art. 201 CPP se autoriza a “las partes” a proponer a su costa otro perito, sin perjuicio de los consultores técnicos, los peritos propuestos por las “partes” practicarán conjuntamente con los elegidos por el juez las operaciones periciales deliberando al efecto; en la sesión conjunta en que procedan al examen y deliberación podrán intervenir asimismo los consultores técnicos, junto con “las partes” y quien designe el juez (art. 204 CPP). A mi juicio pues, los consultores técnicos podrían diferenciarse de los peritos:

a) porque son propuestos por las partes y parece que no necesitan ser nombrados por el juez.

b) porque su actividad será marcada por el que les elija y pague, sin perjuicio de que puedan participar en las tareas encomendadas a los peritos.

c) porque su principal y básica misión es asesorar al que los elige y paga en el saber, arte o técnica que profesan, y no provocar una determinada convicción del juzgador o permitirle que éste pueda llegar a una determinada convicción con ayuda de los máximos de experiencia que les suministre el perito.

d) porque no emiten dictamen en sentido estricto que requiera apreciación judicial, razonada pues, sino que se circunscriben a dar su parecer que constará en acta.

Concordancias. Arts. 201, 204 CPP.

TITULO IV

ACTOS PROCESALES*

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Comentario. 1.El concepto de acto procesal se construye partiendo de la idea de un cambio o modificación en el devenir de la vida. Cuando este cambio o acaecimiento se produce por causas naturales, independientes de la voluntad humana, se denomina «hecho», pero si es resultado de aquella voluntad se denomina «acto».

Los hechos y los actos pueden producir consecuencias jurídicas, dando así lugar a los conceptos de hechos jurídicos y actos jurídicos. Y a su vez unos y otros pueden producir sus efectos en el proceso. Hecho procesal es, por lo tanto, el hecho jurídico que tiene efectos o consecuencias jurídicas en el proceso.³⁰⁸

Acto procesal es, en principio, el acto jurídico que produce efectos en el proceso. Decimos en principio porque la doctrina se inclina por una concepción mas restringida de los actos procesales³⁰⁹ en la medida que existen actos jurídicos que, produciendo efectos procesales, se regulan por normas no procesales, por lo que su calificación como actos procesales nada aporta a su regulación. Por esta razón se consideran exclusivamente actos procesales los actos jurídicos fundamentalmente de las partes y del órgano jurisdiccional, mediante los cuales el proceso se realiza, y que producen sus efectos principales de modo directo e inmediato en el proceso.

Un sector doctrinal ha propugnado la categoría del negocio jurídico procesal dentro de las que integran los actos procesales. Sería aquel acto en el que se manifiesta una voluntad privada a la que la ley reconoce eficacia jurídica en orden a determinados fines procesales. Esta categoría es rechazada por la mayoría de la doctrina si se concibe el negocio jurídico procesal como una declaración de voluntad privada que produce efectos en el proceso que se corresponden al contenido de esa declaración.

* Todos los artículos que integran este título IV (Los actos procesales) han sido comentados por el Javier Martínez Lázaro, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid.

308 Existen numerosos ejemplos de hechos procesales. Como más significativo pueden señalarse la muerte del imputado que extingue la acción penal, o de la víctima que produce igual efecto salvo que la acción sea seguida por los herederos o sucesores.

309 Vid Ortells, M en Montero Aroca, J y otros. Derecho Jurisdiccional. J.M.Bosch Editor SA Barcelona 1994.



Así, por ejemplo, la querrela no puede ser considerada como un negocio jurídico procesal, ya que sus efectos no son consecuencia inmediata de la voluntad del querellante, sino de su admisión por el órgano jurisdiccional.³¹⁰

2. Existen distintas clasificaciones de los actos procesales como la que distinguen entre actos de iniciación, desarrollo y terminación del proceso; o entre actos del órgano jurisdiccional y actos de las partes. Pero con independencia de que los actos procesales puedan clasificarse en distintos grupos y estudiarse separadamente, su característica esencial es que los actos procesales nunca se presentan aislados sino incardinados en una sucesión de actos, en un procedimiento.

El procedimiento fue definido por Carnelutti como la coordinación de varios actos autónomos con vistas a la producción de un efecto jurídico final. La coordinación entre estos actos implica que cada uno es presupuesto de admisibilidad del acto siguiente y condición de eficacia el que lo precede. Como recuerda Manuel Ortells, detrás de esa sucesión temporal hay que buscar la entidad jurídica de la coordinación entre los actos, que depende de las normas rectoras del procedimiento y que consiste esencialmente en lo siguiente: cada acto del procedimiento hace surgir en concreto una potestad, un derecho, un deber, una carga, etc. de un sujeto del procedimiento, quien lo ejercita, cumple o se exonera de la misma – respectivamente³¹¹ mediante la realización de otro acto y así sucesivamente, hasta llegar al acto final.

3. La doctrina suele considerar elementos del acto procesal los sujetos, la forma y el contenido. Los sujetos pueden aparecer directamente vinculados al proceso penal, como son el juez o las partes, o indirectamente vinculados, como es el caso de aquellos que como los peritos, testigos etc., no forman parte de la relación jurídica procesal pero actúan en el proceso.

El contenido del acto procesal es su elemento interno, que viene determinado por su particular connotación, porque como medio para manifestar la voluntad del sujeto que lo realiza identifica sus intereses dentro del proceso. Por consiguiente, constituye una actividad volitiva de naturaleza intelectual, que, forzosamente, indetifica³¹² las pretensiones que busca satisfacer el sujeto dentro del proceso.

En cuanto a la forma es el modo en el que se exterioriza la manifestación de voluntad en la que consiste todo acto procesal. La finalidad de la forma es establecer

310 Vid. Gómez Orbaneja, E. Derecho Procesal Penal. Madrid 1972

311 Manuel Ortells. Obra citada

312 Antonio Serrano, A y otros. Manual de Derecho Procesal. El Salvador. 1998.

un orden en el proceso lo suficientemente operativo como para poder despojar a los sujetos procesales de toda posibilidad de actuar a su capricho, potenciando una equilibrada contradicción entre los medios de prueba producidos en el juicio, y sin riesgo de que una decisión arbitraria del juez e inducida por las partes vulnere el derecho de defensa.³¹³

Las formas pueden sustanciales y accidentales. Las primeras son imprescindibles para que exista el acto procesal y si no se respetan el acto es en principio nulo, no produciendo el fin perseguido. Las segundas no afectan a la esencia del acto por lo que, no obstante el incumplimiento formal, el acto produce sus efectos.

Idioma.

Art. 118.- En todos los actos procesales se usará el idioma castellano, bajo pena de nulidad, salvo los términos técnicos de uso corriente que no tengan equivalente.

Comentario: El art. dispone que el idioma oficial para la práctica de los actos procesales y por ende de todo el proceso es castellano, con la única excepción de aquellos términos de uso corriente, normalmente provenientes del inglés, que no tengan traducción al castellano. Es frecuente la utilización de término procedentes del latín que se han empleado históricamente. Se sanciona con la nulidad del acto la utilización de un idioma distinto del castellano.

Para asegurar la comprensión de lo que sucede en el proceso, el art. 11 CPP garantiza al imputado que no comprenda correctamente el idioma castellano el uso de intérprete o traductor de su confianza. Los actos procesales de parte que se produzcan en el propio idioma por quien no conozca el castellano, como las intervenciones verbales del imputado en la audiencia pública, serán por lo tanto válidas, siempre que se realice la oportuna traducción. El art. 329 CPP dispone que el imputado sordo o que no pueda entender el idioma oficial será auxiliado por un intérprete y que quienes no puedan hablar en el idioma oficial formularán sus preguntas o contestaciones por escrito, o por medio de intérpretes.

Concordancias. Art. 11, 210, 219 CPP.

Fecha y Firma.

Art. 119.- Salvo previsiones especiales, el acto será nulo si falta la firma del funcionario actuante o la del secretario o testigo de actuación.

313 Antonio Serrano. A y otros. Manual de Derecho Procesal. El Salvador 1998.

Se fechará un acto con el lugar, hora, día, mes y año en que se cumpla.

Si falta la fecha el acto será nulo, pero ésta sólo podrá ser declarada cuando aquélla, en virtud de los elementos del acto o de otros conexos, no se pueda establecer con certeza.

Comentario. El art. establece los requisitos mínimos esenciales del acto procesal, pero debe tenerse en cuenta que estos requisitos se refieren a aquellos actos que por su naturaleza escrita exijan la firma y fecha. La referencia al funcionario actuante excluye del requisito y de la nulidad subsiguiente, al menos conforme a las disposiciones generales de este precepto, a los actos procesales de las partes que no se ejecutan por funcionarios.

La sanción de nulidad se ve atemperada por el principio de conservación de los actos procesales que permite salvar la validez del acto cuando la fecha pueda establecerse.

Aunque el precepto no prevé como subsanable la falta de firma con carácter general, debe tenerse en cuenta que en ocasiones el CPP expresamente establece la posibilidad de salvar este requisito. Así el art. 362 CPP, referido a los defectos en la sentencia que habilitan la casación, considera como tal defecto la falta de firma de alguno de los jueces si no se puede determinar si ha participado en la deliberación, lo que a “*sensu contrario*” implica que el acto no será nulo si se puede determinar quien participó en la deliberación y subsanar la falta.

Concordancias. Arts. 131, 223 y ss. CPP.

Día y Hora de Cumplimiento.

Art. 120.- Los actos procesales se cumplirán en días y horas hábiles, salvo los de las diligencias iniciales de investigación y los de instrucción. Para continuar las audiencias sin dilaciones perjudiciales, por el Juez o Tribunal habilitará los días y horas que estime necesario.

Comentario. 1. El tiempo tiene una doble influencia en relación con los actos procesales. De un lado porque los actos procesales deben realizarse en determinados días y horas; de otro porque los actos procesales, aisladamente considerados, deben efectuarse en un momento determinado o dentro de un lapso de tiempo. El primer aspecto obliga precisar cuáles son los días hábiles para la realización de los actos procesales; el segundo plantea el problema de los términos y los plazos que se aborda por el CPP en los arts. 155 a 161, que más adelante analizaremos.

El artículo comentado dispone que los actos procesales se cumplan en días y horas hábiles. No obstante el CPP no dice cuales son los días y las horas hábiles. El Código Civil no contiene tampoco una concreta determinación de los días y horas hábiles, aunque el art. 47 de Código Civil, al referirse a los plazos, dice que cuando un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la medianoche en que termina el último día del plazo. El art. 1277 del Código de Procedimientos Civiles dispone que ninguna citación, emplazamiento, notificación o diligencia judicial en negocio civil, podrá practicarse antes de las seis de la mañana ni después de las siete de la tarde, so pena de nulidad. Tampoco podrán practicarse en día feriado si no es con habilitación hecha por el Juez, a petición de parte y por motivo grave y urgente. Toda citación y notificación se hará en el preciso término de veinticuatro horas de dictado el auto o diligencia, y el art. 1279 añade que son feriados religiosos y cívicos los que designa la ley.

Ello permite establecer que son días hábiles aquellos que no son feriados, cívicos y religioso por determinación de la ley. Para Armando Antonio Serrano, los días hábiles coinciden con aquellos en los que funcionan los tribunales, en concreto todos los días de la semana, de lunes a viernes, salvo las fiestas cívicas y las religiosas.

En cuanto a las horas hábiles entiende el citado autor que coinciden con las horas hábiles de trabajo del Órgano Judicial y por consiguiente, atendiendo a la legislación administrativa son las que van de las ocho de la mañana a las dieciséis horas, pero es también razonable entender que dada la unicidad del ordenamiento jurídico, por horas hábiles deben entenderse aquellas que establece la Ley de Procedimientos Civiles que fija para la práctica de diligencias judiciales el tiempo comprendido entre las seis horas de la mañana y las siete de la tarde, como hemos visto. Ello sin perjuicio del lógico sometimiento de los intervinientes en el proceso a las normas horarias de funcionamiento de la oficina judicial, pero también sin perjuicio de que puedan utilizarse las demás horas hábiles sin necesidad de habilitación. Finalmente debe tenerse en cuenta que el art. 155 CPP permite presentar los escritos sometidos a un término en cualquier momento del día fuera del horario hábil.

2. La regla general de que los actos procesales deben hacerse en horas y días hábiles tiene una excepción : las diligencias iniciales de investigación y los de instrucción. Obedece esta excepción a que tales actos y diligencias se dirigen a la averiguación de los hechos, tienen carácter urgente y en algún caso su finalidad puede frustrarse si su realización se dilata en el tiempo o no se practica en los días y horas adecuadas. La necesidad de un proceso sin dilaciones indebidas, ya suficientemente comentada, determina que el juez o tribunal puedan habilitar días y horas en principio inhábiles para continuar las audiencias que se hubiesen iniciado.

De lo dicho pueden extraerse las siguientes conclusiones: 1) Son días hábiles todos los del año, salvo los feriados y aquellos que vaquen los tribunales. 2) Son horas hábiles para la práctica de las actuaciones que deban efectuarse en la oficina judi-



cial, aquellas que coincidan con su horario de apertura. 3) Las diligencias de citación, notificación, emplazamiento y todas aquellas otras diligencias que no requieran de la apertura de la ofician judicial, podrán realizarse entre las seis de la mañana y las siete de la tarde. 4) Para finalizar las audiencias empezadas, el juez o tribunal podrá habilitar días y horas inhábiles. 5) Los escritos podrán presentarse en cualquier momento, fuera del horario hábil. 6) Las diligencias iniciales de investigación y los actos de instrucción, pueden realizarse en cualquier momento, fuera de los días u horas hábiles.

Concordancias. Arts. 155, 156, 157, 238 y ss. CPP. Art. 47 CC. Arts. 1277, 1279 Código de Procedimientos Civiles.

Juramento y Promesa de Decir Verdad.

Art. 121.- Cuando se requiera la prestación de juramento, el juez, o el presidente del tribunal o el funcionario a cargo del acto, lo recibirán, bajo pena de nulidad, después de instruir a quien ha de prestarlo, de las penas que la ley impone a la falsedad.

Si el declarante se niega a prestar juramento en virtud de sus creencias religiosas o de conciencia, se le exigirá promesa de decir la verdad, advirtiéndole que si falta a ella podrá ser sancionado de acuerdo a las disposiciones del Código Penal. Tomando el juramento o la promesa de decir verdad, el declarante contestará “lo juro” ó “lo prometo”, según sea el caso.

Comentario. Existen intervinientes en el proceso como los testigos o los peritos que tienen la obligación legal de declarar y de decir la verdad, obligación de la que carece el imputado. Así el art. 185 CPP dispone que toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y de decir la verdad, salvo las excepciones establecidas en la ley. Para reforzar esta obligación el CPP autoriza que se pida juramento, institución que históricamente tiene connotaciones religiosas, o la promesa de decir verdad. En este sentido el art. 172 CPP ordena que los testigos, intérpretes y peritos que intervengan en actos de inspección y reconstrucción, presten juramento o promesa, e igual obligación se reitera en el art. 191 CPP para los testigos y en el art 197 CPP específicamente para los peritos.

Dada la transcendencia de los intereses en juego, el incumplimiento de la obligación de declarar y decir la verdad de quien viniese obligado a ello se sanciona penalmente. El art. 189 CPP previene que si el testigo después de comparecer se niega a declarar se iniciará contra él causa penal y el art. 191 CPP obliga a que se le advierta de la obligación de decir la verdad instruyéndole de las penas previstas para los delitos de falso testimonio.

El art. 305 de CP castiga entre los delitos contra la administración de justicia el falso testimonio, sancionado a quién como testigo ante autoridad competente, afimare un falsedad, negare o callare, en todo o en parte, lo que supiera acerca de los hechos o circunstancias sobre los que fuere interrogado.

La trascendencia de la obligación de exigir juramento o promesa de decir verdad es tal, como garantía de veracidad, que su omisión produce la nulidad del acto, de forma que el testimonio o pericia carece de eficacia y debe, en su caso, reiterarse. Esta misma advertencia de nulidad se reitera en el art. 191 CPP para las declaraciones de los testigos en las que se omita la exigencia legal de prestar juramento.

Concordancias. Arts. 172, 185, 189, 191, 197, 371 CPP. Art. 305 CP.

Lugar.

Art. 122.- El juez o tribunal podrá constituirse en cualquier lugar del territorio nacional. Cuando se trate de un hecho que ha tenido repercusión local, o el juez o tribunal lo estime prudente, se procurará realizar la vista pública en el municipio donde el delito se ha cometido, siempre que con ello no se dificulte el ejercicio del derecho de defensa, se ponga en riesgo la seguridad de los intervinientes o se pueda producir una alteración significativa de la tranquilidad pública.

En estos casos, el secretario del tribunal acondicionará una sala de audiencia apropiada y para ello recurrirá a las autoridades para que le presten todo el apoyo necesario para el normal desarrollo de la vista pública.

Comentario: Aunque el lugar habitual para la realización de los actos procesales es la sede de juzgado o tribunal de que se trate, el art. comentado establece el principio general de que el juez o tribunal podrá constituirse y actuar en todo el territorio de la República aunque, obviamente, sólo podrá hacerlo en asuntos de su competencia, conforme a las normas de competencia territorial de los arts. 59 y siguientes del CPP. Esta posibilidad se complementa con el auxilio judicial del art. 137 CPP que permite al juez el encomendar a otras autoridades judiciales la realización de actos procesales mediante el auxilio judicial.

El tribunal puede desplazarse de su sede para la vista pública y constituirse en el municipio donde se produjo el delito; pero esta facultad, que puede ser útil por razones de proximidad para facilitar la actuación de los testigos y demás intervinientes en el proceso, y a efectos de que la comunidad más directamente afectada pueda tener una percepción más cercana del juicio, puede ser contraproducente, si la proximidad puede influir sobre los testigos o sobre los integrantes del tribunal jurado, comprometiendo su imparcialidad.

Concordancias. Art. CPP: 137.

CAPITULO II*

ACTAS

Regla General.

Art. 123.- Cuando un funcionario judicial u otro funcionario público ha de dar fe de actos que realice o se cumplan en su presencia, levantará un acta en la forma prescrita por las disposiciones de este Capítulo.

Los secretarios serán los encargados de redactar las actas judiciales y carecerán de valor sin su firma. Las actas que levante el fiscal, llevarán la firma del funcionario que practica el acto.

El acta de la inspección del lugar del hecho, de un registro o requisa, llevará la firma del policía o funcionario a cargo del acto o registro. Con estas formalidades ella podrá ser incorporada por su lectura a la vista pública. (4)

Comentario. 1. Las actas son actos de documentación que efectúa el secretario u otro funcionario habilitado para ello y que dejan constancia en el proceso de la realización de un determinado acto procesal.

Esta necesidad de documentación obedece a que posteriormente, en otra fase o secuencia del proceso, puede ser preciso conocer como se produjo una determinada actuación anterior a efectos de su control. La documentación sirve también para aportar una determinada información que de otra manera no podría incorporarse al proceso, al no ser reproducible la diligencia en momentos posteriores ante el tribunal que conoce del enjuiciamiento.

Esta función de documentación corresponde normalmente al secretario, quien actúa como fedatario público, lo que implica que las actas que realiza “dan fe”, es decir gozan de una presunción “*iuris tantum*” de veracidad en el sentido de que su contenido se corresponde con la realidad de lo sucedido a presencia de quién la suscribe. Por eso, la firma del secretario es un requisito esencial del acta, porque refleja la manifestación de conformidad del secretario entre lo sucedido y aquello que narra el acta

2. El acta, en la medida que proporciona información sobre como transcurrió una determinada actuación procesal, puede tener valor probatorio en el sentido de que puede ser bastante para que aquello que relata se incorpore a la resolución como hecho sucedido. Y ello sin que sea preciso presten testimonio las personas presentes en el acto que se documenta pues, precisamente ésta es una de las funciones del acta, el evitar posteriores testimonios sobre actuaciones realizadas, dejando constancia fehaciente de como se produjo el acto documentado.

* Los artículos de este capítulo II han sido comentados por Javier Martínez Lázaro, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid.

Precisamente a esta necesidad es a la que responden las actas de inspección del hecho, de un registro o requisa. Ahora bien, no todas las actas que se levantan a lo largo del proceso gozan de ese valor probatorio. No lo tiene desde luego las actas de las declaraciones de los testigos ante al policía, ni aquellas que se levantan por el fiscal y que puedan reproducirse en la vista pública. El art. 330 CPP precisa los documentos, o documentación de actos que pueden ser incorporados al juicio mediante su lectura, que, en principio¹¹², se limitan a las actas de aquellos actos que no pueden reproducirse ante el tribunal.

Concordancias. Arts. CPP:175, 206, 213, 226, 230, 244, 247, 255, inc. 2º. 276, 298, 319 inc. 4º. 320, 322, 330, 357, 363, 364, 365, 375.

Contenido y Formalidades.

Art. 124.- Las actas contendrán la fecha, el nombre y apellidos de las personas que asistieron y calidad en que actuaron; en su caso, la inasistencia de quienes estaban obligados a intervenir, la indicación de las diligencias realizadas y de su resultado, las declaraciones recibidas, si éstas han sido hechas espontáneamente o a requerimiento y si se ha prestado juramento o promesa; previa lectura, la firmarán todos los intervinientes y, cuando alguno no pueda o no quiera firmar, se hará mención de ello.

Si alguna de las personas es ciega o analfabeta, el acta será leída y suscrita por una persona de su confianza, dejando aquella en todo caso, la impresión digital del pulgar de la mano derecha, o, en su defecto, de cualquier otro dedo que especificará el funcionario y si ésto no fuere posible, se hará constar así, todo bajo pena de nulidad.

Comentario. El art. enuncia los requisitos que deben cumplir las actas. El CPP dispone en numerosas ocasiones la obligatoriedad de levantar acta: el art. 175 CPP establece la obligación de levantar acta del registro; el 213 CPP el acta de reconocimiento de personas; el art. 230 CPP el acta de denuncia., etc. Con carácter general el art. 276 ordena que las diligencias practicadas durante la instrucción consten en actas.

En alguno de estos casos, como es el supuesto del art 230 CPP, o el art. 261 CPP se especifican requisitos especiales del acta, atendiendo a la actuación que se documenta. La documentación del acto para su conservación puede realizarse en ocasiones mediante otros medios de grabación como es el caso de la indagatoria del art. 261 CPP, o el del art. 363 CPP referente al acta de la vista pública a la que podrá acompañarse la versión taquigráfica o su grabación.

Particular transcendencia tiene el acta de la vista pública a la que el CPP dedica un capítulo en exclusiva, el Cap. V del Título II, en el que se regulan pormenorizadamente sus requisitos y efectos.

314 Decimos “en principio” dada la amplitud del último inciso del art. 330. Ver comentario a dicho art.



Concordancias. Art. CPP: 175, 213, 223, 244, 226, 230, 244, 247, 255, inc. 2º. 276, 298, 319 inc. 4º. 320, 322, 330, 357, 363, 364, 365, 375.

Incapacidad de Testigos de Actuación.

Art. 125.- No podrán ser testigos de actuación, los menores de dieciocho años, los dementes, los sordos o mudos que no puedan darse a entender y los que se encuentren en estado de ebriedad o bajo los efectos de drogas o estupefacientes.

Comentario. Testigo es quien tiene conocimiento de un hecho sucedido con anterioridad al proceso y que puede influir en éste. Testigo de actuación es por el contrario la persona que dentro del proceso es requerida para que presencie un determinado acto que puede tener trascendencia procesal a fin de que posteriormente pueda dejar constancia de como sucedió. El testigo no se puede elegir, por lo que los requisitos para tener en cuenta sus manifestaciones serán los mínimos que aseguren su conocimiento y comprensión, tanto más cuanto que su testimonio será valorado atendiendo a las reglas de la sana crítica.

Pero con respecto a los testigos de actuación, como pueden ser sustituibles, es lógico que se les exija una plena capacidad de conocimiento, de forma que sus manifestaciones gozen de una mayor certeza. Por ello se establecen determinados requisitos para asegurar que se encuentran en pleno goce de sus facultades cognitivas y están capacitados para transmitir la información que adquieran.

Concordancias. Art. CPP: 127, 175 inc. 2º., 185 y sig., 198.

CAPITULO III*

ACTOS Y RESOLUCIONES

Poder Coercitivo.

Art. 126.- En el ejercicio de sus funciones, el juez o tribunal podrán requerir la intervención de la seguridad pública y disponer todas las medidas necesarias para el cumplimiento de los actos que ordenen.

Comentario. 1. El juez o tribunal es un integrante del Poder Judicial al que conforme el art. 172 de la Cn le corresponde la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Esta potestad implica la obligatoriedad de todos de obedecer las resoluciones

* Los artículos de este capítulo III han sido comentados por Javier Martínez Lázaro, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid.

dictadas por los jueces en el ejercicio de sus funciones y, para el caso de que así no suceda, los jueces y tribunales deben disponer de los instrumentos precisos para imponer su cumplimiento.

Para cumplir con esta función constitucionalmente asignada el Poder judicial puede necesitar el auxilio de otros poderes del estado. El art. 138 del CPP establece con carácter general que los jueces o tribunales podrán dirigirse directamente a cualquier autoridad o funcionario de la República, quienes prestarán su colaboración. Esta obligación de colaborar que se impone a los funcionarios de la República con carácter general, se concreta en este art. en relación con los integrantes de la seguridad pública, al indicar que los jueces y tribunales podrán requerir la intervención de la seguridad pública y disponer las medidas necesarias para el cumplimiento de los actos que se les ordene.

Los integrantes del poder judicial disponen, por lo tanto, del poder coercitivo preciso que les permite imponer sus resoluciones cuando éstas no sean aceptadas voluntariamente, hasta el extremo de poder utilizar a las fuerzas de seguridad del estado para obtener su cumplimiento. Esta facultad no es ilimitada sino que se haya sujeta a las previsiones legales que establecen un doble grado de dependencia: dependencia orgánica de los cuerpos de seguridad del estado de la autoridad gubernativa y funcional de los jueces y fiscales en el ejercicio de sus competencias.

2. Este principio de dependencia funcional de los jueces y fiscales se concreta durante la investigación de los delitos en el mandato que establece el art 240 de CPP cuando dispone que en la investigación de los hechos punibles los oficiales, agentes y auxiliares de la policía estarán bajo el control de los fiscales y ejecutarán las órdenes de éstos y de los jueces.

En este mismo sentido el art. 84 CPP, que atribuye a los fiscales la dirección de los actos iniciales de la investigación y los de la policía, añade que durante la instrucción cumplirán con las investigaciones que les encomiende el juez. El art. 239 CPP prevé que el juez ordenará a la policía la investigación de los delitos de acción privada. El juez o tribunal puede acordar también la intervención de la fuerza pública en la fase del plenario o vista pública como es el caso del art. 326 CPP que le autoriza a ordenar la conducción del imputado por la seguridad pública, y hasta su detención; el art. 350 CPP que permite al juez ordenar la presentación del testigo o perito por la seguridad pública; y el art. 337 CPP que autoriza al juez a ordenar la detención cuando se cometa un delito en la audiencia.

Concordancias. Arts. CPP: 84,85, 239, 241, 244, 326, 337, 350.

Facultad Especial.

Art. 127.- En cualquier estado de la causa, el juez o tribunal podrá ordenar la devolución de la cosa objeto del hecho punible o restablecerla al estado que tenía antes del hecho, siempre que existan suficientes indicios sobre la comisión del delito.



Comentario. El art. persigue que el titular de una cosa o quien sufrió un perjuicio en ella como consecuencia del delito sufra el menor daño posible como consecuencia del proceso. Por ello, desde el momento en que existan indicios suficientes la cosa puede ser atribuida a quién aparezca como su legítimo dueño (Ver secuestro)art 180 CPP como correlativo a esta facultad.

Concordancias. Arts. , 180, 184, 444 CPP.

Asistencia del Secretario.

Art. 128.- El juez o tribunal será asistido en el cumplimiento de sus actos por el secretario.

A los secretarios les corresponderá ordenar las notificaciones, citaciones, disponer la custodia de objetos secuestrados, llevar al día los registros y estadísticas, dirigir al personal auxiliar, informar a las partes, además auxiliar en todos los trabajos materiales de sus funciones que el juez o tribunal le indique.

La delegación de funciones judiciales en el secretario o empleados subalternos tornará nulas las actuaciones realizadas y hace responsable directamente al juez o tribunal por las consecuencias de dicha nulidad.

Comentario. La LOJ regula la figura de los secretarios en los Capítulos I, II y III, del Título IV dedicado a los demás funcionarios y empleados del Órgano Judicial. Aunque la regulación es parcial e incompleta la LOJ distingue entre los secretarios de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia y los secretarios de los juzgados.

El art 70 LOJ, y en relación con éste los arts. 71 y 77 LOJ, enumeran las funciones de los secretarios. Con carácter general el art. 82 LOJ dispone que el secretario es el jefe inmediato del personal subalterno y tiene a su cargo la administración de la oficina judicial. Cuidará, en consecuencia, que los demás empleados cumplan sus obligaciones.

Además de esta función de dirección de la oficina de los arts. citados se desprende que corresponde al secretario: autorizar con su firma las resoluciones del tribunal o juez; la recepción de los escritos que se presenten; la conservación de los procedimientos, de los sellos y de los archivos a su cargo; la llevanza de los registros; el despacho de la correspondencia oficial; y muy especialmente la práctica de las notificaciones, emplazamientos y citaciones.

La LOJ establece los requisitos par el acceso al cargo de secretario judicial. El art. 82 del CPP previene para los secretarios las mismas causas de excusa y recusación que previene para los jueces el art. 73 CPP.

2. El art. comentado resume las funciones que en el proceso penal se enco-

miendan al secretario, pero la relación no es exhaustiva pues además de la función general de asistencia que recoge el precepto y todas aquellas otras que se enuncian en su párrafo segundo y que se corresponden con las previstas en la LOJ los secretarios tienen encomendada muy especialmente la redacción de las actas judiciales a las que se refiere el art. 123 CPP.

El precepto recoge también el principio de indelegabilidad de las actuaciones judiciales en el secretario o empleados subalternos del juzgado. La finalidad del proceso penal es que el juez o tribunal emita unas determinadas resoluciones que conducen al encausamiento o no de aquel al que se le imputa un delito y, en su caso, a su absolución o condena en la sentencia. Para que el juez pueda realizar dichos pronunciamientos es preciso tenga el conocimiento más exacto posible de los hechos enjuiciados. Toda la actuación procesal se dirige, con estricto respeto de las garantías de las partes, a proporcionar al juez los conocimientos precisos de lo sucedido para la reconstrucción del relato histórico sobre el que va a tener que pronunciarse. Y es el juez o tribunal quien investido de los requisitos de independencia e imparcialidad debe dirigir el procedimiento al efecto conseguir la plena realización de las citadas garantías.

Por ello el juez es insustituible por otros funcionarios para los que el ordenamiento jurídico no ha establecido las previsiones legales que aseguren su independencia e imparcialidad. Y también lo es en la medida que lo que busca el proceso es la percepción inmediata por el juez de las pruebas y alegaciones de las partes. Estas finalidades se truncarían si los actos que el Código Procesal encomienda al juez, precisamente por serlo, pudiesen delegarse en otros funcionarios. La delegación expresa o de hecho determina la nulidad de las actuaciones irregularmente practicadas y hacen responsable al juez que no respetó el mandato legal de las consecuencias que puedan derivarse de dicha nulidad, que puede ocasionar graves perjuicios a las partes.

Concordancias. Art. CPP: 73, 82, 143 y sig., 182 numero 4, 223, 363 Inc. 1º. Numero 9, 369. LOJ Art. : 73, 74, 76, 77, 82, 85.

Resoluciones.

Art. 129.- Las decisiones del juez o tribunal se denominarán sentencias, autos o decretos.

La sentencia es la que se dicta luego de la vista pública para dar término al juicio y la resolución que ponga término a un procedimiento abreviado; auto, el que resuelve un incidente o una cuestión interlocutoria o, en su caso, para dar término al procedimiento; y, decreto, cuando sean decisiones de mero trámite.

Las decisiones que toma directamente el secretario, según el artículo anterior, también se denominarán decretos.

Comentario: 1. El juez o tribunal realiza en el proceso una pluralidad de actos



que pueden ser de distinta naturaleza. Así, por ejemplo, reciben las pruebas, asiste a las audiencias, dirige preguntas a los peritos y testigos, recibe los juramentos, etc. Entre estos actos procesales que realiza el juez tienen especial transcendencia las denominadas resoluciones. Las resoluciones son las declaraciones de voluntad con eficacia imperativa que efectúa el juez o tribunal en el proceso, relativas a su desarrollo y objeto. Mediante las resoluciones se efectúa la ordenación legal del proceso, y en aquellas que se pronuncian sobre el fondo del asunto como es el caso de la sentencia se realiza el derecho material.

Las resoluciones suelen clasificarse doctrinalmente atendiendo a su contenido y a su forma. Atendiendo a su contenido se distingue entre resoluciones de ordenación procesal que tienen por finalidad la dirección formal y material del proceso y resoluciones sobre el objeto del proceso, también llamadas de fondo, que deciden las cuestiones del pleito en alguna de las instancias o en un recurso extraordinario.

2. Atendiendo a su forma las resoluciones se denominan providencias autos y sentencias.

La sentencia, dice el art. comentado, es la resolución que se dicta luego de la vista pública para dar término al juicio y la resolución que ponga término a un procedimiento abreviado. La definición parece incompleta pues omite que son también sentencias las resoluciones que resuelven los recursos como la sentencia que se dicta en el recurso de casación conforme al art. 427 CPP o las que se dictan en el recurso de revisión conforme al art. 436 CPP. Lo esencial de la sentencia es que es una resolución que pronunciándose sobre el fondo del asunto pone fin al juicio abierto o resuelve el recurso formulado contra otra sentencia.

Los requisitos de forma de la sentencia se explicitan en el art. 357 CPP. La sentencia debe comprender el juicio histórico y el juicio jurídico que hace el juez o tribunal de los hechos justiciables y el contenido dispositivo que es el pronunciamiento que se efectúa en relación con la pretensión penal ejercitada. Las sentencias penales pueden ser absolutorias en cuyo caso deberán cumplir los requisitos del art. 360 CPP o condenatorias que deberán cumplir los previstos en el art. 361 CPP.

Los autos son resoluciones que resuelven incidentes o una cuestión interlocutoria. Por incidentes deben entenderse aquellas cuestiones que no formando parte del fondo se plantean y debaten en el proceso y tiene que ver con la propia admisibilidad del proceso o de alguno de sus actos. El CPP prevé numerosas resoluciones que deben adoptar la forma de auto, como los que se producen en las cuestiones de competencia, arts. 68 y 72 del CPP; los que se dictan en los casos de excusa o recusación, arts. 74, 75, 76, 78, 79 y 80 del CPP; la declaración de rebeldía del art. 92 CPP; la admisión o inadmisión del escrito de querrela del art. 102 CPP; el que resuelve las excepciones de previo pronunciamiento del art. 284 CPP; aquellos por los que se adoptan medidas cautelares del art. 285 CPP; aquél por el que se acuerda abrir el juicio del art. 322 CPP, etc.

Expresamente se menciona en la definición de auto a aquellos que dan término al procedimiento, entre los que deben señalarse los que decretan el sobreseimiento previsto en el art. 308 CPP. Por exclusión cabría indicar que deben adoptar la forma de auto todas aquellas resoluciones que no son sentencias ni se refieren a cuestiones de mero trámite y por lo tanto no pueden revestir la forma de decreto. Los autos, como las sentencias, deberán ser fundados y el contenido mínimo de la fundamentación es el que recoge el art. 130 CPP.

Los decretos son decisiones de mero trámite, es decir resoluciones de ordenación procesal de menor complejidad y transcendencia. En ocasiones el propio CPP denomina a este tipo de resoluciones providencias, como es el caso del siguiente art. , el 130 del CPP, que se refiere a las “providencias que lo ameriten”. Aún tratándose de decisiones de mero trámite sino cumplen una limitada función de ordenación procesal exigirán ser fundamentadas, aunque sea de forma mínima, atendiendo a la menor transcendencia de este tipo de resoluciones.

Aquellas resoluciones que puede adoptar el secretario en el ejercicio de las funciones que se explicitan en el art. 128 CPP reciben también el nombre de decretos.

Concordancias. Arts. CPP.: 3 Inc. 3º, 68, 72, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 92, 102, 128, 130, 284, 285, 308, 322, 357, 360, 361, 427, 436.

Fundamentación.

Art. 130.- Es obligación del juzgador o tribunal fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameriten. La fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas, así como la indicación del valor que se le otorga a los medios de prueba.

La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no sustituirán en ningún caso a la fundamentación.

Comentario. 1. La fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales es la explicación que realiza la propia resolución judicial de las razones por las que se ha llegado a una conclusión de hecho o derecho, y, en consecuencia, por qué se adoptado una determinada decisión. Ya el art. 3 CPP al enunciar como uno de los principios básicos del proceso el de imparcialidad de los jueces obliga a éstos a establecer en las actuaciones las circunstancias que perjudican o favorecen al imputado, y cuando tomen decisiones –añade el precepto– deberán fundamentar tales circunstancias y la pruebas de cargo y descargo. Esa obligación de fundamentar aparece configurada como una garantía para evitar la parcialidad de los jueces y por ello la arbitrariedad.

El art. comentado reitera la obligación de fundamentar y expone con claridad en qué consiste ésta, al indicar que la fundamentación deberá expresar con precisión



los motivos de hecho y derecho en que se basan las decisiones tomadas, así como el valor que se otorga a los medios de prueba. Los motivos de hecho son aquellos sucesos que se producen fuera o dentro del proceso y que producen determinadas consecuencias jurídicas. Los motivos de derecho, las razones o previsiones legales que determinan la producción de estas consecuencias. En cuanto que los hechos son sucesos cuya efectiva realización debe constatare, la motivación de la resolución exige también que se exprese el valor que el tribunal ha atribuido a las pruebas o elementos capaces de demostrar en el proceso la existencia de los referidos sucesos; y también el razonamiento de inferencia que ha llevado a establecer a través de dichas pruebas la existencia cierta del acontecimiento.

2. La motivación tiene por lo tanto la finalidad de explicar por qué se produce una determinada resolución, cuales han sido las razones que han llevado al juez a adoptarla a fin de constatar que no incurrió en arbitrariedad. Tiene también una función de control, pues la explicación del proceso racional que ha llevado al juzgador a tomar una determinada resolución permite que por otro tribunal superior puedan constatare la consistencia de los razonamientos empleados y si el juez ha incurrido en error o, incluso, en arbitrariedad. La falta de motivación produce por ello perjuicio al derecho de defensa ya que difícilmente puede combatirse una resolución si se ignora las causas por las que ésta se produjo. En este sentido concurre en las resoluciones que debiendo fundamentarse no lo han sido, el requisito que para la declaración de nulidad exige el art 233 CPP.

La resolución no fundada en la medida en la que adolece de un defecto esencial puede ser declarada nula. Es particularmente ilustrativo el art. 362 CPP que considera vicio de la sentencia que habilita la casación la falta de fundamentación de la sentencia y expresamente enuncia cuando se entiende que la fundamentación es insuficiente: cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, o se utilice por fundamentación el simple relato de hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales.

Concordancias. Art. CPP: 3 Inc. 3º, 233, 357, 359, 362.

Firma.

Art. 131.- Las sentencias y los autos serán suscritos por el juez o todos los jueces del tribunal que actúe; los decretos por el secretario o, en su caso, por el juez o el presidente del tribunal.

La falta de firma producirá la nulidad del acto, salvo disposición en contrario expresamente determinada por la ley.

Comentario. El art. no hace sino reiterar para el caso de la sentencia, autos y decretos la disposición general que contiene el art. 119 CPP. La sanción de nulidad se

ve atemperada por el principio de conservación de los actos procesales que permite salvar la validez del acto cuando la fecha pueda establecerse. La firma es la manifestación de que el acto es conforme con la voluntad de quien aparece como su autor. Como ya se dijo al comentar el art. 119 CPP, aunque la falta de firma con carácter general no es subsanable, debe tenerse en cuenta que en ocasiones el CPP expresamente establece la posibilidad de salvar este requisito. Así el art. 362 CPP referido a los defectos en la sentencia que habilitan la casación considera como tal la falta de firma de alguno de los jueces si no se puede determinar si ha participado en la deliberación, lo que a “*sensu contrario*” implica que el acto no será nulo si se puede determinar quién participó en la deliberación y subsanar el defecto.

Concordancias. Art. CPP: 119, 223 y sig., 244 Inc. 3º, 362.

Aclaración y Adición

Art. 132.- En cualquier momento anterior a la notificación, se podrá aclarar de oficio los términos oscuros, ambiguos o contradictorios en que estén redactadas las resoluciones, o adicionar su contenido si se ha omitido resolver algún punto controvertido en el procedimiento. Será nula la aclaración o adición que implique una modificación sustancial de lo resuelto.

Las partes podrán solicitar la aclaración o adición dentro de los tres días posteriores a la notificación.

La solicitud de aclaración o adición suspenderá el término para interponer los recursos que procedan.

Comentario.

1.La seguridad jurídica exige que una vez adoptado un acuerdo por un juez o tribunal éste quede invariable en el sentido de que el propio juez o tribunal no podrá modificarlo salvo que alguna de las partes lo impugne mediante el ejercicio del recurso pertinente. Por lo tanto si no se formula este recurso o alguno de los previstos contra la resolución ante el tribunal superior competente la resolución devendrá firme y sera ejecutable.

Sucede con frecuencia, sin embargo, que una vez dictada la resolución se aprecia se ha incurrido en errores materiales, o que sus redacción es oscura o ambigua, de forma que puede inducir a equivocación a sus destinatarios u obligar a formular nuevos recursos para precisar su verdadero alcance y significado. Para evitar éste tipo de confusiones inútiles e impedir dilaciones y nuevos trámites y recursos, se establece la posibilidad de que el propio juez o tribunal de oficio subsane el defecto, aclarando la resolución que se trate y estableciendo su verdadero alcance o significado, supliendo las omisiones producidas.



Esta facultad tiene un límite temporal, pues la aclaración sólo puede producirse con anterioridad a la notificación, es decir antes de que las partes hayan tenido conocimiento de la resolución. Al respecto debe tenerse en cuenta que las sentencias se notifican mediante su publicación o lectura en audiencia pública, conforme dispone el art. 358 CP, de forma que la aclaración deberá producirse antes de la publicación de la sentencia.

Materialmente, se encuentra limitada por el propio contenido de la resolución que podrá ser aclarada o completada, pero no se podrá por este medio modificar su significado inicial. El precepto prohíbe bajo pena de nulidad las modificaciones sustanciales, que son aquellas que implican una resolución nueva o de signo distinto a aquella que se trata de aclarar.

2. Esta aclaración cabe se produzca también a instancia de las partes que pueden reclamarla ante el tribunal en los tres días posteriores a la sentencia.

Aunque a veces a estas peticiones se les denomina recursos de aclaración no se trata propiamente de verdaderos recursos, porque no impugnan una resolución del tribunal ni buscan que se dicte otra de distinta significación, sino que lo que persiguen es que se concrete el verdadero significado de la ya dictada. La petición de aclaración suspenderá el término para interponer el recurso que se trate, pero para ello debe tener una mínima base o fundamento, porque caso contrario esta posibilidad puede convertirse en un instrumento para ampliar fraudulentamente los términos establecidos para recurrir.

Contra la denegación de aclaración, lógicamente, no cabe recurso alguno: ante el propio juez o tribunal porque ya se ha pronunciado sobre el verdadero significado de su voluntad y ante otros órganos porque éstos no pueden aclarar la voluntad del órgano o tribunal inferior, aunque sí puedan modificar la resolución mediante los recursos ordinarios o extraordinarios.

Concordancias. Art. CPP: 358, 406 y sig.

Resolución Auténtica

Art. 133.- Las resoluciones judiciales quedarán firmes y ejecutoriadas, sin necesidad de declaración alguna, en cuanto no sean oportunamente recurridas.

Sentencia firme es aquella contra la cual no cabe recurso alguno, excepto el de revisión.

Comentario: 1. Las resoluciones judiciales devienen inmodificables cuando no son recurridas o habiéndolo sido resultan confirmadas. La firmeza de la resolución implica precisamente que no puede ser modificada y por lo tanto que su ejecución va

ha producirse en los términos en los que definitivamente ha quedado fijada. La resolución para ser ejecutoriada es preciso que sea firme, es decir que no se haya interpuesto contra ella recurso alguno, pues el art. 411 del CPP establece con carácter general el efecto suspensivo de los recursos ordinarios, ya que prevé que la resolución no será ejecutada durante el plazo para recurrir y mientras se tramita el recurso. Pero debe tenerse en cuenta que el principio admite la posibilidad de disposición legal en contrario, por lo que en estos casos la resolución podrá ejecutarse aunque no haya adquirido firmeza.

No es preciso para que al resolución sea ejecutoriada una declaración expresa de firmeza: basta el transcurso del plazo previsto para la interposición del recurso.

2. La sentencia firme es aquella contra la que no cabe recurso alguno, lo que puede suceder porque por su propia naturaleza sea irrecurrible o porque, admitiéndose recurso, no haya sido interpuesto en el debido plazo por las partes. La sentencia es firme aunque pueda interponerse el recurso de revisión, por ser dicho recurso un recurso extraordinario cuya interposición no suspende los efectos de la sentencia, salvo en el caso excepcional de que el tribunal lo admita, ya que precisamente se formula contra sentencias que ya hayan adquirido firmeza, como previene el art. 431 CPP. La sentencia firme condenatoria es título de ejecución de los pronunciamientos adoptados.

3. Efecto esencial de la sentencia firme es la producción de la cosa juzgada, lo que implica que no puede seguirse nuevo proceso penal contra la misma persona por los mismos hechos. La seguridad jurídica exige una resolución firme que se pronuncie para siempre sobre la certeza de la acusación formulada. En este sentido, la cosa juzgada aparece como el efecto que sirve para que esa resolución alcance el grado de certeza necesario, haciéndola irrevocable en el proceso en el que se ha dictado, como también es irrevocable el proceso como un todo, dotándole de una impronta especial frente a cualquier otro proceso presente o futuro.

En este sentido la cosa juzgada es el valor que el ordenamiento jurídico da al resultado de la actividad jurisdiccional, consistente en la subordinación a los resultados del proceso por convertirse en irrevocable la decisión³¹⁵ del órgano judicial.

La doctrina suele distinguir entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material. El concepto de cosa juzgada formal coincide con el de firmeza, al que ya nos hemos referido y es, en definitiva, la preclusión de los medios de impugnación respecto a una resolución jurisdiccional penal. La cosa juzgada material es la vinculación que a otro proceso produce la resolución de fondo firme, lo que no es sino una consecuencia del principio "*ne bis in idem*" que consagra el art. 7 del CPP cuando proclama que nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, y el art. 11 de la Constitución cuando dispone que ninguna persona podrá ser enjuiciada dos veces por la misma causa.

315 Gómez Colomer J.L. Obra citada.



Concordancias. Art. CPP: 7, 406, 411, 431.

Copia Auténtica

Art. 134.- El juez o tribunal conservará copia auténtica de las sentencias, autos y de otras actuaciones que considere relevantes.

Concordancias. Art. CPP: 135, 276.

Restitución y Renovación.

Art. 135.- Cuando por cualquier causa se destruya, pierda o sustraiga el original de las resoluciones o de otros actos procesales necesarios, se repondrá por la copia auténtica en poder del juez o tribunal.

Si el juez o tribunal no dispone de copia auténtica ordenará, que quien la tenga la entregue a la secretaría, sin perjuicio del derecho de obtener otra.

Si no existe copia de los documentos, el juez o tribunal ordenará que se reciban las pruebas que evidencien su preexistencia y contenido. Cuando esto no sea posible, dispondrá la renovación, prescribiendo, el modo de hacerla.

Concordancias. Art. CPP: 135.

Copias, Informes o Certificaciones.

Art. 136.- El juez o tribunal ordenará la expedición de copias, informes o certificaciones cuando sean solicitadas por una autoridad pública o por particulares que acrediten legítimo interés en obtenerlos, siempre que el estado del procedimiento no lo impida, afecte la presunción de inocencia o su normal sustanciación.

Si durante el procedimiento el juez o tribunal tiene conocimiento de otro delito perseguible de oficio, certificará lo conducente a la Fiscalía General de la República para el desarrollo de los actos iniciales de investigación.

Concordancias. Art. CPP: 147, 154, 255, 257, 319, inc. 4º. 329 inc. Final y 358. LRCMYDRA Art. : 33-M.

CAPITULO IV*

COMUNICACION ENTRE AUTORIDADES

Reglas Generales.

Art. 137.- Cuando un acto procesal se deba ejecutar por intermedio de otra autoridad, el juez o tribunal podrá encomendar su cumplimiento por escrito, pudiendo utilizar otros medios electrónicos que garanticen su autenticidad. La solicitud de auxilio judicial no estará sujeta a ninguna formalidad, sólo indicará el pedido concreto, el procedimiento de que se trate, la identificación del juez o tribunal y el plazo en el que se necesita la respuesta.

Dichas comunicaciones podrán realizarse utilizando cualquier medio que garantice su autenticidad.

Comentario: El poder judicial, el órgano jurisdiccional, con independencia de las distintas atribuciones competenciales es único en toda la República. La competencia implica la atribución de unos determinados asuntos a determinados tribunales atendiendo a distintos criterios. Pero puede resultar que para realizar un acto procesal cuya competencia corresponde a un determinado órgano jurisdiccional sea preciso la colaboración de otro tribunal lo que puede obedecer a múltiples motivos: practicar citaciones, realizar notificaciones, remitir una resolución etc.

El principio general es que todas las autoridades judiciales están obligadas a prestarse la necesaria colaboración mediante el auxilio judicial para la realización de aquellos actos que un órgano jurisdiccional no puede realizar por sí sólo.

La comunicación entre los distintos órganos jurisdiccionales no se sujeta a formalidad alguna. Tampoco se requiere la utilización de un medio determinado para solicitar el auxilio. Podrá emplearse el que resulte más adecuado atendiendo a la naturaleza del acto. El único requisito es que se garantice la autenticidad, lo que es particularmente importante dada la trascendencia que pueden tener estos actos. El art. abre la posibilidad a la utilización de modernas técnicas de comunicación como videoconferencias, correo electrónico u otras posibilidades vinculadas a Internet.

Concordancias. Arts. 138, 141, 188, 424 Inc. final CPP.

Comunicación Directa.

Art. 138.- El juez o los tribunales podrán de conformidad con la ley dirigirse directamente a cualquier autoridad o funcionario de la República, quienes prestarán su colaboración y expedirán los informes que les soliciten, sin demora alguna.

* Los artículos de este capítulo IV han sido comentados por Javier Martínez Lázaro, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid.



Comentario. El juez o tribunal es un integrante del Poder Judicial al que conforme el art. 172 de la Cn le corresponde la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Esta potestad implica la obligación de todos de obedecer las resoluciones dictadas por los jueces en el ejercicio de sus funciones y, para el caso de que así no suceda, los jueces y tribunales deben disponer de los instrumentos precisos para imponer su cumplimiento.

Para realizar esta función constitucionalmente asignada, el Poder judicial puede necesitar el auxilio de otros poderes del estado. El art. comentado establece con carácter general que los jueces o tribunales podrán dirigirse directamente a cualquier autoridad o funcionario de la República, quienes prestarán su colaboración. La comunicación se realiza sin intermediación alguna de otros tribunales o autoridades. Al igual que en el supuesto anterior podrá utilizarse cualquier medio de comunicación con el único requisito de que se garantice la autenticidad.

Concordancias. Art. CPP: 137, 188, 424 inc. Final.

Comisión Rogatoria a Tribunales Extranjeros.

Art. 139.- Respecto a los tribunales extranjeros, se empleará la fórmula de comisión rogatoria. El juez o tribunal interesado enviará la comisión al Ministerio de Relaciones Exteriores, por medio de la Corte Suprema de Justicia, para que lo tramite por la vía diplomática.

Comentario. La comisión rogatoria es un acto de auxilio jurisdiccional por el que un juez o tribunal solicita la cooperación de otro juez o tribunal de un país extranjero para la realización de una determinada actuación procesal. Se trata por lo tanto de actos de cooperación jurídica internacional entre las jurisdicciones de distintos países.

Se ha señalado que la mejora de las relaciones internacionales, de las comunicaciones y de las relaciones económicas produce también una mejora de las relaciones "delictuales" en el sentido de que la actividad delictiva alcanza marcos de actuación supranacional. Es efectivamente constatable el nacimiento de mafias de ámbito internacional, particularmente ligadas al tráfico de drogas, al lavado de dinero y a otras actividades semejantes, cuya actuación se extiende a diferentes países. También es frecuente que los delincuentes perseguidos en un país se refugien en otro. Finalmente es también habitual que como consecuencia de la movilidad geográfica cada vez más amplia, sean precisas actuaciones procesales en relación con personas que residen en el extranjero, como sucede en ocasiones con las declaraciones de los testigos.

Todo ello hace preciso un incremento de las relaciones de cooperación, ayuda o auxilio, que son las expresiones que habitualmente utilizan los distintos ordenamientos. Este incremento de la cooperación ha dado lugar a la suscripción de numerosos tratados internacionales para la persecución penal de distintos delitos, unos, y específicamente

dedicados a la cooperación jurisdiccional, otros. Entre los más destacados pueden señalarse:

- Convenio internacional para la unificación de reglas relativas a la competencia penal en materia de abordaje y otros sucesos de navegación, hecho en Bruselas el 31 de mayo de 1952.
- Convenio para la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, hecho en Nueva York el 14 de diciembre de 1973.
- Convención Unica de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo de Modificación de la Convención Unica de 1961 sobre estupefacientes, hecho en Nueva York el 8 agosto de 1975.
- Convenio Interamericano sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, de 8 Mayo de 1979.
- Convención Internacional de 17 de diciembre de 1979 contra la toma de rehenes, hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 1979.
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, hecho en Nueva York, el 10 de diciembre de 1984.
- Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecho en Nueva York el 20 de diciembre de 1988.
- Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, hecha en Brasilia, el 22 de septiembre de 1972.
- Convenio N° 43 sobre exhortos o cartas rogatorias, hecho en Panamá el 30 de Enero de 1975
- Convenio sobre auxilio judicial, hecho en Brasilia el 22 de septiembre de 1972.

Atención: la lista debería ser completada por los consultores nacionales expresando otros que hayan podido omitirse y si los anteriores han sido o no ratificados por EL Salvador.

2. Particular relevancia en materia de cooperación internacional tiene el principio de reciprocidad³¹⁶. Responde a una realidad histórica, el “*do ut des*” que impregna todo el derecho internacional haciendo que las obligaciones y concesiones propias se correspondan a las asumidas de contrario. No existe, no obstante, un derecho a la

114 Murillo y García Atance M. *La cooperación jurídica internacional*. Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1994.

reprocidad judicial como derecho internacional, pues ésta depende exclusivamente de una decisión política: la de si un estado aplica o no a sus relaciones internacionales de cooperación el principio de reciprocidad. La doctrina suele distinguir entre una reciprocidad formal que concierne a la igualdad de situaciones idénticas en diferentes países y una reciprocidad material que se refiere a reglas convencionales que establecen ciertos derechos y ciertas obligaciones internacionales recíprocas.

Especial mención debe hacerse en el ámbito de la cooperación jurídica internacional a la creación de la Corte Penal Internacional por el Estatuto de Roma de julio de 1998. El tribunal tiene sus orígenes en las ideas humanitarias expuestas por Gustave Moynier en 1872 y sus antecedentes en los tribunales internacionales establecidos en Nuremberg y Tokio a raíz de la segunda guerra mundial y, más recientemente, en los tribunales creados como consecuencia de las violaciones de derechos humanos en la antigua Yugoslavia y Ruanda. En la Convención de Roma participaron 160 países de los que 120 votaron a favor de la creación de la CPI, habiéndose posteriormente producido significativas adhesiones de países inicialmente contrarios. La creación de la CPI persigue la consecución de un doble objetivo: poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes de más graves de transcendencia para la comunidad internacional, en tanto que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad y contribuir de esta forma a la prevención de nuevos crímenes.

Comisión Rogatoria del Extranjero.

Art. 140.- La Comisión Rogatoria de Tribunales Extranjeros serán diligenciados en los casos y formas establecidas por los tratados o costumbres internacionales y por las leyes del país y la respuesta se enviará a través del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Comentario. Las comisiones rogatorias se tramitan en todo caso a través del Ministerio de Relaciones Exteriores que debe cuidar de su recepción, diligenciamiento y traslado al país de destino, sin perjuicio de las actuaciones que conforme a los tratados internacionales puedan realizarse directamente.

Retardo.

Art. 141.- Si el trámite de una solicitud o comisión es demorado deberá reiterarse, de no obtener respuesta, el juez o tribunal solicitante podrá dirigirse a la Corte Suprema de Justicia para que ordene de conformidad con la ley la respuesta urgente.

Fiscales.

Art. 142.- En el cumplimiento de los actos de investigación que les encomiende el juez de instrucción o en aquellas tareas propias de las funciones que le atribuye este Código, los fiscales se comunicarán con las autoridades nacionales de un modo análogo al previsto en este Capítulo.

Concordancias. Art. 85 CPP.

CAPITULO V*

NOTIFICACIONES, CITACIONES Y AUDIENCIAS

Regla General.

Art. 143.- Las resoluciones se notificarán a quienes corresponda dentro de las veinticuatro horas de dictadas, salvo que el juez o tribunal disponga un plazo menor y no obligan sino a las personas debidamente notificadas.

Comentario: 1. Como más atrás hemos visto, en el proceso intervienen distintos sujetos que realizan distintas actividades. El normal desarrollo del procedimiento exige que unos intervinientes conozcan las actuaciones que practican los otros, particularmente los acuerdos que adopta el juez o Tribunal. Pero, además, el órgano jurisdiccional para hacer avanzar el proceso, debe comunicar a las partes cuando se van a realizar determinados actos a los que deben o pueden comparecer; y puede reclamarlas la realización de determinadas conductas. Para todo ello el órgano jurisdiccional debe practicar determinados actos de comunicación con los sujetos que intervienen en el proceso.

Los actos de comunicación del juez o tribunal con los otros intervinientes en el proceso suelen clasificarse distinguiendo entre notificaciones, que son los actos de comunicación cuya finalidad es poner en conocimiento de las partes una determinada resolución judicial; citaciones, que son los actos por los que se comunica a las partes u a otros intervinientes en el proceso una resolución judicial por la que se señala día y hora para la realización de un determinado acto procesal a las que se les convoca; y emplazamiento que es el acto de comunicación por el que se concede un plazo a las partes para que realicen en él alguna determinada actividad.

2. La jurisprudencia, particularmente la constitucional pues esta materia ha dado lugar a numerosos recursos de amparo, ha ido perfilando los principios a los que deben acomodarse la práctica de los actos de comunicación. Para la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional los autos de comunicación no son categorías jurídicas con sustantividad propia, sino que constituyen manifestaciones del derecho de audiencia. El incumplimiento de las formalidades esenciales que debe respetar el acto de comunicación puede incidir negativamente y gravemente en el derecho de audiencia u otros derechos del sujeto afectado, por lo que puede tener relevancia constitucional. Los actos procesales de comunicación se rigen por el principio finalista de las formas procesales, de manera que siempre que el acto de comunicación cumpla su objetivo, cualquier infracción procesal o procedimental no implica "per se" violación constitucional. Todos los sistemas de comunicación procesal, utilizando cualquier medio técnico,

* Los artículos de este capítulo V han sido comentados por Javier Martínez Lázaro, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid.



co, electrónico, magnético o cualquier otro que posibilite la constancia por escrito y ofrezca garantías de confidencialidad y seguridad, son válidos para citaciones, notificaciones, etc.

3. La notificación es por lo tanto un acto de comunicación del órgano jurisdiccional con las partes, aunque en ocasiones la notificación se dirige a sujetos procesales que no son parte, poniendo en su conocimiento una determinada resolución judicial. EL Código de Procedimientos Civiles las define brevemente en el art. 204: “Es le acto de hacer saber a las partes las providencias del juez”. En la clasificación de los actos procesales se considera que la notificación es un acto del secretario, pues como más abajo veremos es éste quien viene obligado a que la resolución o providencia del juez sea notificada a las partes o a sus destinatarios.

Concordancias. Art. CPP: 128, 144, 145. LRCMYDRA Art. : 33-K, 33-L. Código de Procedimientos Civiles: art. 204.

Jurisprudencia: “Los actos procesales de comunicación, inclusive el emplazamiento, no son, desde una perspectiva constitucional, categorías jurídicas con sustantividad propia, sino que las mismas constituyen manifestaciones del derecho de audiencia, en cuanto que tales actos posibilitan la intervención de las partes en los procesos jurisdiccionales y ejercer sus derechos constitucionales reconocidos.

Precisamente por el objeto que persiguen estos actos procesales es que su adecuada realización reviste especial importancia. En virtud de ello, es que el incumplimiento de una formalidad esencial, cuya observancia puede incidir negativa y gravemente en las oportunidades de ejercer el derecho de audiencia y otros derechos por parte del sujeto afectado, adquiere connotación constitucional; en el sentido que, la realización de un acto procesal de comunicación en coexistencia con condiciones que carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador, deviene en violación de la normativa constitucional (Sentencia en el proceso de Amparo del 14/1/1999, Ref. 235-98).

La notificación de las decisiones judiciales a las partes es un acto de comunicación en cuya virtud se pretende hacerles saber lo ocurrido en un proceso donde se ventile el hecho que lo motivó. Tales actos de causación pretenden a su vez que los distintos sujetos puedan no sólo conocer los resultados de la substanciación sino que evidentemente recurrir de ellas cuando así lo estimen pertinente. Su concreción misma debe hacerse normalmente de manera personal, de forma que haya un conocimiento real y oportuno de la decisión. No obstante, el mismo legislador prevé que, por circunstancias que escapan del control del Juez, pueda ese mismo acto realizarse por una vía que, sin ser un baluarte al respeto, genera el mismo resultado. Entiéndase la notificación de las decisiones judiciales por medio de aquella.

Obvio resulta que por la multiplicidad de situaciones que puedan acaecer en los estratos judiciales, el legislador de manera sensata indica cómo resolver casos en los que a primera vista y sin escatimar mucho, pudiese ocasionar la paralización del proceso y la consecuente vulneración de derechos cuya tutela ha permitido la instauración del mismo. Tal cuestión indefectiblemente ocasionaría a su vez infracción a la Constitución.

Por su parte, el notificador o el citador en su caso, es la persona auxiliar del Juez que se encarga de comunicar las providencias que éste provee. Están facultados para hacerlo de varias maneras, incluso por esquila. Sin embargo, en cualquier supuesto deberá dejar constancia de su actuación por medio de un acta que redacte y suscribe manifestando lo acaecido en el acto. (Sobreseimiento en el proceso de Amparo del 25/V/1999, Ref. 146-98).

“Para llevar a cabo una diligencia basta que la misma haya sido notificada a las partes, por lo que es improcedente la solicitud de nulidad de la diligencia cuando por negligencia de la parte no asistió.” (*Sentencia del 12/1/99, TS. Sonsonate*).

Personas Facultadas para Notificar.

Art. 144.- Las notificaciones serán practicadas por el secretario o por el auxiliar designado al efecto.

Si es necesario, se requerirá el auxilio de otras autoridades para practicar la notificación.

Comentario: La notificación es un acto de comunicación que corresponde realizar al secretario. El art. 128 CPP prevé que serán los secretarios quienes ordenarán las notificaciones. El art. comentado admite la posible delegación de funciones en auxiliares designados al efecto, aunque al delegación se refiere solo a la práctica, no a la obligación de ordenarlas que corresponde exclusivamente al secretario. Se admite la posibilidad de auxilio de otras autoridades en los términos previstos en los arts 137 y 138 del CPP.

Concordancias. CPP: 128, 137, 138. LOJ Art. : 162

Lugar del Acto.

Art. 145.- Las partes serán notificadas en el lugar que ellas indiquen en su primera intervención en el procedimiento; ellas podrán proponer una forma especial de notificación.

Si no han señalado el lugar para oír notificaciones o especificado otra forma para recibirlas, la primera resolución que respecto de ellas se dicte, se les notificará en su residencia o lugar donde se encuentren, intimándolas a que fijen lugar para oír notificaciones dentro de los tres días siguientes. Si las partes no responden a la intimación,



las resoluciones se tendrán por notificadas por el transcurso de las veinticuatro horas siguientes a su dictado.

Si el imputado está detenido y es necesario notificarlo personalmente, las resoluciones se le notificarán en la secretaría o en el lugar de su detención según lo resolviera el tribunal.

La víctima será notificada en su residencia o lugar donde se encuentre.

Comentario: El CPP trata de facilitar en lo posible las notificaciones de forma que éstas pueden practicarse en la forma y lugar que designen las partes. Con respecto a la forma las partes pueden proponer una forma especial de notificación, pero es preciso que la forma elegida sea fiable en el sentido de que la notificación efectivamente se realice, sea auténtica y de que quede suficiente constancia de que así ha sido para evitar posteriores reclamaciones o peticiones de nulidad alegando la falta de notificación. Por este motivo la Sala de lo Constitucional no ha considerado que sea una forma adecuada para notificar, la notificación telefónica³¹⁷.

En cuanto al lugar la notificación estas deben realizarse en el lugar que designen las partes. De no hacerlo, la primera notificación se practica en el lugar de su residencia o lugar en que se encuentren, requiriéndoles para que designen lugar para las próximas notificaciones. Y de no designarlo se acude a una notificación ficticia pues las resoluciones se tiene por notificadas por el transcurso de las veinticuatro horas siguientes a su dictado, hayan tenido realmente o no conocimiento las partes de su contenido.

Concordancias. Art.: 12, 13, 147, 150. LRCMYDRA Art. : 33-K, 33-L

Notificaciones a Defensores o Mandatarios.

Art. 146.- Si las partes tienen defensor o mandatario, las notificaciones serán hechas solamente a éstos, salvo que la ley o la naturaleza del acto exijan que también ellas sean notificadas personalmente.

Comentario: A diferencia de otros sistemas procesales que encomiendan al defensor la defensa técnica exclusivamente y otros profesionales la postulación o representación procesal, el CPP establece la posibilidad de que el propio defensor ostente la representación de las partes aunque ésta podrá también atribuirse a un mandatario.

De no haber sido designados éstos, las notificaciones se practican con ellos y en virtud de la representación procesal que ostentan son válidas aunque no se realicen directamente con el interesado. No obstante, en determinadas ocasiones se exige por el

317 Ver jurisprudencia incorporada al art. 147 CPP

CPP la notificación personal: tal es, por ejemplo, el supuesto previsto en el art. 300 del CPP que exige notificación al imputado. En otros casos la propia naturaleza del acto al exigir concretamente que el afectado tenga conocimiento de la resolución impone que la notificación sea personal. Así sucederá cuando se le impone una conducta determinanda. En estos casos la notificación debe producirse directamente, pero debe tenerse en cuenta que si la persona se encuentra en ignorado paradero bastará en este caso con la notificación por edictos a la que se refiere el art. 150 CPP.

Concordancias. Art. CPP.: 108, 111, 145 inc. 3º, 150. LRCMYDRA Art. : 33-K, 33-L.

Modo del Acto.

Art. 147.- Para notificar una resolución, se entregará al interesado que lo exija, una copia de la misma, donde conste el procedimiento en que se dictó.

Cuando el interesado lo acepte expresamente, se le notificará por medio de carta certificada o por cualquier otro medio electrónico que garantice su autenticidad, caso en el cual el plazo comenzará a contar a partir del envío de la comunicación, según lo acredite el correo o la oficina de transmisión.

También se podrá notificar mediante otros sistemas, autorizados por la Corte Suprema de Justicia, siempre que no causen indefensión, prefiriéndose en todo caso el que el interesado acepte.

Comentario. El CPP trata de evitar criterios excesivamente rigoristas y formalistas admitiendo todos aquellos medios de notificación que aseguren que efectivamente se ha producido la comunicación que busca el acto y que existe constancia de que la notificación se realizó. El art. deja abierta la vía a modernos sistemas de comunicación como la utilización del correo electrónico e Internet, siempre y cuando pueda posteriormente asegurarse que la notificación se produjo en los términos y con la autenticidad requerida.

La referencia a la autorización de la Corte Suprema de los sistemas de notificación parece atribuye a ésta la facultad reglamentaria de desarrollar el art. comentado que queda fuera de sus competencias.

Concordancias. Art. CPP.: 136.

Jurisprudencia: "El propósito de los actos procesales de comunicación que el legislador estableció es ante todo, conferir a las partes las garantías para la defensa de sus derechos e intereses, de modo que la notificación, citación o emplazamiento sirva a su objetivo quedando noticia suficiente del acto o resolución que la provoca, sirva para que el notificado, citado o emplazado, pueda disponer lo conveniente para defender en el proceso los derechos o intereses cuestionados. Así pues, y en esta misma línea la Sala



de lo Constitucional ha aceptado que toda clase de actos de comunicación procesal, utilizando cualquier medio técnico, electrónico, magnético o cualquier otro, que posibilite la constancia por escrito y ofrezca garantías de confiabilidad y seguridad es válido para notificaciones, citaciones, etc. En el caso particular, debe anotarse que el señalar determinados teléfonos para oír notificaciones, no es lugar para oír notificaciones ni citaciones.” (Sentencia en el proceso de Habeas Corpus del 06/VII/, Ref. 150-99).

Notificación Personal.

Art. 148.- Cuando la notificación sea personal, se dejará constancia del acto con la indicación de la fecha y la firma del notificado y del notificador.

Concordancias. Art. 286 CPP.

Notificaciones en la Residencia, Oficina o en el Lugar de Trabajo

Art. 149.- Cuando la notificación se haga en la residencia, oficina o en el lugar de trabajo, el funcionario encargado de practicarla llevará dos copias autorizadas de la resolución con indicación del procedimiento y del Tribunal que la dictó, y entregará una copia al notificado, dejando constancia en la otra. Cuando la persona a notificar no sea encontrada en su residencia, oficina o en el lugar de su trabajo, la copia será entregada a alguna persona mayor de edad que resida o labore allí, prefiriéndose a los parientes del interesado y a falta de ellos, a sus empleados o dependientes.

Si no se encuentra a nadie, la copia será entregada a un vecino mayor de edad, con preferencia el más cercano.

Cuando el notificado o el tercero se niegue a recibir la copia o a dar su nombre, ella será fijada en la puerta de la casa o habitación donde se practique el acto, en presencia de un testigo, y se introducirá una copia bajo la puerta de la casa.

En todo caso, el notificador, dejará constancia de la identidad de la persona a quien hizo entrega de la copia y por qué motivo, firmando ambos el acta. Si quien recibió la notificación no quiere o no puede firmar, ésta valdrá con la sola firma del notificador, dejando constancia del motivo por el que no aparece la firma de quien la recibió.

Concordancias. Arts. 91, 92, 93, 286, 325 CPP. LRCMYDRA Art. : 33-K, 33-L

Notificación por edicto.

Art. 150.- Cuando se ignore el lugar donde se encuentre la persona a notificar, la resolución se hará saber por edicto, sin perjuicio de las medidas necesarias para averiguar la residencia.



El edicto figurará original en el proceso y de él se sacarán cuatro copias, que se fijarán una en el tablero del tribunal, dos en los lugares públicos más frecuentados de la localidad y la restante que se mandará a publicar durante tres días consecutivos en uno de los diarios de circulación nacional.

Concordancias. Art.: 91, 92, 93, 145 CPP.



REFORMAS:

(1) D.L. N 203, del 8 de enero de 1998, publicado en el D.O. N 5, Tomo 338, del 9 de enero de 1998.

(2) D.L. N 418, del 24 de septiembre de 1998, publicado en el D.O. 198, Tomo 341, del 23 de octubre de 1998.

(3) D.L. N 426, del 24 de septiembre de 1998, publicado en el D.O. N 198, Tomo 341, del 23 de octubre de 1998.

(4) D.L. N 428, del 24 de septiembre de 1998, publicado en el D.O. N 198, Tomo 341, del 23 de octubre de 1998.

(5) D.L. N 665, del 22 de julio de 1999, publicado en el D.O. N 157, Tomo 344, del 26 de agosto de 1999.

(6) D.L. No 704, del 9 de septiembre de 1999, publicado en el D.O. No 183, Tomo 345, del 4 de octubre de 1999.

(7) D.L. No 752, del 28 de octubre de 1999, publicado en el D.O. No 239, Tomo 345, del 22 de diciembre de 1999.

(8) D.L. No 281, del 8 de febrero de 2001, publicado en el D.O. No 32, Tomo 350, del 13 de febrero de 2001.

(9) D.L. 487, del 18 de julio de 2001, publicado en el D.O. No 144, Tomo 352, del 31 de julio de 2001.

(10) D.L. No. 122, del 4 de septiembre de 2003, publicado en el D.O. No. 198, Tomo 361, del 24 de octubre de 2003.