



# **COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL PENAL**

## **TOMO II**

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





# INDICE

## TOMO I

|                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|
| PROLOGO .....                                                         | ix  |
| Abreviaturas Utilizadas .....                                         | xi  |
| 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 .....                     | ix |
| Abreviaturas Utilizadas .....     | xi |
| 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  |
| <br>CAPITULO VII                                   |     |
| Reconocimientos .....                              | 50  |
| <br>CAPITULO VIII                                  |     |
| Careos .....                                       | 53  |
| <br>CAPITULO IX                                    |     |
| Confesión del Imputado .....                       | 54  |
| <br>TITULO VI                                      |     |
| CAPITULO UNICO                                     |     |
| NULIDAD .....                                      | 56  |
| <br>LIBRO SEGUNDO                                  |     |
| Procedimiento Común                                |     |
| TITULO I                                           |     |
| Instrucción                                        |     |
| CAPITULO I                                         |     |
| Actos Iniciales .....                              | 74  |
| <br>CAPITULO II                                    |     |
| Diligencias Iniciales de Investigación.....        | 85  |
| <br>CAPITULO III                                   |     |
| Requerimiento Fiscal .....                         | 95  |
| <br>CAPITULO IV                                    |     |
| Audiencia Inicial .....                            | 105 |
| <br>CAPITULO V                                     |     |
| Declaracion Indigatoria .....                      | 113 |
| <br>CAPITULO VI                                    |     |
| Instrucción .....                                  | 118 |
| <br>CAPITULO VII                                   |     |
| Excepciones .....                                  | 155 |
| <br>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 |
| <br>TITULO V                                                      |     |
| CAPITULO UNICO                                                    |     |
| Procedimiento por Delito de Acción Privada .....                  | 330 |
| <br>LIBRO CUARTO                                                  |     |
| RECURSOS                                                          |     |
| TITULO I                                                          |     |
| CAPITULO UNICO                                                    |     |
| Disposiciones Generales .....                                     | 336 |
| <br>TITULO II                                                     |     |
| CAPITULO UNICO                                                    |     |
| Revocatoria .....                                                 | 349 |
| <br>TITULO III                                                    |     |
| CAPITULO UNICO                                                    |     |
| Apelación .....                                                   | 353 |
| <br>TITULO IV                                                     |     |
| CAPITULO UNICO                                                    |     |
| Casación .....                                                    | 357 |
| <br>TITULO V                                                      |     |
| CAPITULO UNICO                                                    |     |
| Revisión .....                                                    | 367 |
| <br>LIBRO QUINTO                                                  |     |
| EJECUCION .....                                                   | 375 |
| <br>TITULO I                                                      |     |
| CAPITULO UNICO                                                    |     |
| Disposiciones Generales .....                                     | 375 |
| <br>TITULO II                                                     |     |
| CAPITULO I                                                        |     |
| Costas .....                                                      | 395 |
| <br>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                                                                   |



## **Nulidad de la Notificación.**

Art. 151.- La notificación será nula:

- 1) Si ha existido error sobre la identidad de la persona notificada o sobre el lugar de la notificación;
- 2) Si la resolución ha sido notificada en forma incompleta;
- 3) Si en la diligencia no consta la fecha, o cuando corresponda, la entrega de la copia;
- 4) Si falta alguna de las firmas requeridas; y
- 5) Si existe discrepancia entre el original y la copia siempre que cause indefensión.

### **Comentario:**

La notificación implica poner en conocimiento de las partes y otros interesados en el proceso una resolución judicial que puede tener enorme trascendencia para la protección y defensa de sus intereses. Es por ello que el CPP sanciona con pena de nulidad los defectos de las notificaciones que pueden comprometer la finalidad perseguida: el completo conocimiento de la resolución del tribunal por aquellos a quienes van dirigida.

Sin embargo en ocasiones este cumplido conocimiento puede no producirse. Por ejemplo en el caso que la notificación se practica con el letrado y éste no la pone en conocimiento de la parte que representa. Pero en la medida que se han cumplido las previsiones legales la notificación es válida. Otro tanto sucede con las notificaciones que se practican por edictos a las que se refiere el art. 150 CPP o incluso cuando la resolución no llega a notificarse porque la parte tras ser requerida no designa lugar para su práctica, como es el caso del art 145 CPP.

Lo esencial por lo tanto es que se hallan cumplido los requisitos legales previstos, en cuyo caso la notificación será válida, aunque el interesado no haya tenido conocimiento de la resolución.

El artículo comentado incluye aquellos supuestos en los que se han producido incumplimientos legales significativos que pueden llevar a poner en duda que la notificación haya cumplido con su finalidad. Debe recordarse como ya se ha señalado que la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha considerado que las notificaciones son actos de comunicación que se producen en el ámbito del derecho de audiencia y que la transgresión de las normas que las regulan por afectar al derecho de defensa pueden tener contenido constitucional. La misma jurisprudencia constitucional ha precisado que en virtud del principio finalista de las formas procesales, siempre que el acto procesal de comunicación cumpla con su objetivo, cualquier infracción procesal o procedimental en la realización del mismo no supone o implica "per se" violación constitucional.

**Concordancias.** Art. CPP: 143, 145, 147, 148, 149, 223.

**Jurisprudencia:** Los actos procesales de comunicación se rigen por el principio finalista de las formas procesales, según el cual los requisitos y modos de realización de dichos actos, deben ser apreciados desde una perspectiva finalista, cual es garantizar el derecho de audiencia y otros derechos constitucionalmente reconocidos. Lo anterior quiere decir, que siempre que el acto procesal de comunicación cumpla con su objetivo, cualquier infracción procesal o procedimental en la realización del mismo, no supone o implica per se violación constitucional. (Sentencias en los Procesos de Amparo del 09/XII/1998, Ref. 457-97; y del 14/I/1999, Ref. 235-98).

Tales actos, inclusive el emplazamiento, no son desde una perspectiva constitucional, categorías subjetivas 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 el ejercicio de sus derechos constitucionales reconocidos.

Precisamente por el objeto que persiguen estos actos procesales -eficaz comunicación entre el Órgano Judicial y las partes- 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.

Es necesario aclarar que si bien los actos procesales de comunicación deben ajustarse a las regulaciones que el legislador establece, -su definición, determinación de condiciones, modo de ejecución y consecuencias de tales actos procesales, así como los límites o particularidades de algunos de ellos- éstas deben estar encaminadas a preservar los derechos constitucionales. Sentencia en el proceso de Amparo del 27/IV/99, Ref. 171-97.

### **Citación.**

Art. 152.- Cuando sea necesaria la presencia de una persona para algún acto procesal, ordenará su citación, mediante carta certificada, telegrama con aviso de entrega, o por cualquier otro medio de comunicación que garantice la autenticidad del mensaje.

En todo caso, se les hará saber el objeto de la citación y el procedimiento en que ésta se dispuso, se les advertirá que si no obedecen la orden, serán conducidos por la seguridad pública y pagarán las costas que causen, salvo justa causa.

El apercibimiento se cumplirá inmediatamente.



### Comentario:

Las citaciones son los actos de comunicación del juez o tribunal por los que se pone en conocimiento de las partes u o otros intervinientes en el proceso una resolución judicial por la que se señala día y hora para la realización de un determinado acto procesal al que se les convoca.

Los emplazamientos son los actos de comunicación por los que se concede un plazo a las partes para que realicen en él alguna determinada actividad.

En la citación, como en la notificación, lo que se persigue es que aquél al que se dirige tenga conocimiento de la decisión del tribunal por lo que se admite cualquier forma de practicarla que garantice la autenticidad del mensaje. En la notificación lo esencial es que se hayan cumplido los requisitos legales previstos para practicarla, aunque el interesado no haya tenido conocimiento real de la resolución. En la citación, lo esencial es que una persona comparezca, cumpla con una determinada obligación, por lo que es preciso que tenga conocimiento real de que debe comparecer y con qué finalidad.

La obligación de comparecer a las llamadas judiciales de colaborar con la justicia que impone el art 185 CPP, lleva a que el incumplimiento pueda determinar la intervención de la fuerza pública. Así, el art. 350 CPP que permite al juez ordenar la presentación del testigo o perito por la seguridad pública si citado no compareciese.

**Concordancias.** Art. CPP: 293 Inc. 1º No. 1, 313, 350, 380.

**JURISPRUDENCIA:** ACTOS PROCESALES DE COMUNICACIÓN. 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/I/1999, Ref. 235-98.

Tales actos, inclusive el emplazamiento, no son desde una perspectiva constitucional, categorías subjetivas 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 el ejercicio de sus derechos constitucionales reconocidos.

Precisamente por el objeto que persiguen estos actos procesales -eficaz comunicación entre el Órgano Judicial y las partes- 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.

Es necesario aclarar que si bien los actos procesales de comunicación deben ajustarse a las regulaciones que el legislador establece, -su definición, determinación de condiciones, modo de ejecución y consecuencias de tales actos procesales, así como los límites o particularidades de algunos de ellos- éstas deben estar encaminadas a preservar los derechos constitucionales. Sentencia en el proceso de Amparo del 27/IV/99, Ref. 171-97.

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 esquila.

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).



**PRINCIPIO FINALISTA DE LAS FORMAS PROCESALES.** Los actos procesales de comunicación se rigen por el principio finalista de las formas procesales, según el cual los requisitos y modos de realización de dichos actos, deben ser apreciados desde una perspectiva finalista, cual es garantizar el derecho de audiencia y otros derechos constitucionalmente reconocidos. Lo anterior quiere decir, que siempre que el acto procesal de comunicación cumpla con su objetivo, cualquier infracción procesal o procedimental en la realización del mismo, no supone o implica *per se* violación constitucional. (Sentencias en los Procesos de Amparo del 09/XII/1998, Ref. 457-97; y del 14/I/1999, Ref. 235-98).

**ACTOS DE COMUNICACIÓN.** 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 que, dando 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. (Sentencia en el proceso de Habeas Corpus del 06/VII/, Ref. 10-99).

### **Audiencia a las Partes.**

Art. 153.- Cuando el juez o tribunal disponga una audiencia, fijará la fecha y hora de dicho acto, con una anticipación que no será inferior a tres días. Se entenderá que todas las partes han sido convocadas salvo que la convocatoria se refiera a alguna de ellas en particular.

**Concordancias.** Arts. 325, 327, 329, 331, 332, 336, 337, 414 CPP.

### **Fotocopias.**

Art. 154.- Los interesados podrán retirar de la secretaría fotocopias de las actuaciones, previo pago de los gastos que ellas originen. El juez o tribunal podrá disponer horarios especiales para dicha diligencia.

## CAPITULO VI • TERMINOS

### **Regla General.**

Art. 155.- Los actos procesales se practicarán en el término de tres días, sin perjuicio de que el juez o tribunal o la ley disponga de un plazo mayor. Estos correrán desde que comienza el día siguiente a aquél en que se efectuó la notificación, y vencerán a las veinticuatro horas del día final.

Si son comunes comenzarán a correr desde la última notificación que se practique a los interesados.

La Corte Suprema de Justicia organizará una oficina permanente para recibir los escritos de las partes fuera del horario hábil. En los departamentos del interior del país, los escritos se podrán entregar personalmente al secretario o a un empleado del Juzgado de Paz, para que los envíe inmediatamente al tribunal competente.

### **Comentario:**

1. Ya vimos al comentar el art 120 CPP que el tiempo tiene una doble influencia en relación con los actos procesales. De un lado 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 a precisar cuales son los días hábiles para la realización de los actos procesales, como ya hemos comentado; el segundo plantea el problema de los términos y los plazos procesales.

El proceso es una secuencia de actos que se desarrolla en el tiempo. Estos actos, para que el proceso cumpla su finalidad, deben realizarse ordenadamente. Ello implica concretar el momento temporal en que ha de realizarse cada uno de los actos que integran el proceso, lo que supone fijar el término concreto en el que debe efectuarse el acto, o establecer un plazo en el que puede practicarse. La ley fija términos y plazos para la realización de los actos procesales atendiendo a la naturaleza del acto, de sus características y de la finalidad que persigue en el proceso.

Es importante destacar que el desarrollo temporal del proceso vendrá determinado de un lado porque la instrumentalización de un régimen de garantías no puede abstraerse del factor tiempo, pues, obviamente, la introducción de determinados actos que contribuyen a la configuración del sistema garantista puede obligar a una mayor extensión temporal; y la ejecución del propio sistema exige que las partes y el

---

• Los artículos que integran este Capítulo VI (arts. 155 a 161) han sido comentados por Javier Martínez Lázaro, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid.



órgano jurisdiccional dispongan del tiempo preciso para realizar los actos procesales que les competen.

Pero la organización temporal del proceso debe atender también a un criterio fundamental: la necesidad de que el proceso se desarrolle y termine sin dilaciones indebidas, lo que exige la supresión de los trámites superfluos y la opción por aquellas formas y principios procesales que como la oralidad, la concentración de actos o la inmediación permiten combinar celeridad y garantías<sup>1</sup>.

**2.** Término es por lo tanto el momento en que el acto procesal puede o debe realizarse. Plazo el periodo en el que, en cualquiera de sus momentos, deben realizarse los actos procesales. Aunque conceptualmente términos y plazos son distintos, lo cierto es terminológicamente se suelen confundir ambos. Buen ejemplo es el art. comentado y los siguientes que denominan términos a lo que en realidad no son sino plazos. El acto procesal debe realizarse en un término, o si se quiere plazo. Consecuencia de que no se efectúe en dicho momento es la preclusión, o el avance del proceso a una nueva secuencia en la que no será posible ya realizar el acto.

La doctrina suele clasificar los plazos atendiendo a distintos criterios: a) Atendiendo a su origen se distingue entre plazos legales o judiciales, según los determine la ley o el juez; b) Por la forma en la que transcurren pueden ser individuales o comunes según lo hagan para una de las partes o para todas ellas; c) Por la posibilidad de ampliarlos, prorrogables e improrrogables.

**3.** La regla general que establece el precepto comentado es que los actos procesales se realicen en el término ( plazo, en realidad) de tres días, salvo que el juez o la ley disponga un plazo mayor. Aunque el precepto se refiere a actos procesales, de la forma en la que se cómputa dicho plazo debe entenderse que el art. se refiere a los actos procesales de las partes que son aquellos que se producen como consecuencia de una notificación. La referencia al juez no implica que este pueda modificar el término general por su propia voluntad, sino que la ley puede autorizarle a que fije un término distinto al general de tres días.

Si un término ( plazo ) es el periodo de tiempo en el que puede realizarse un acto procesal, debe establecerse un criterio que permita medirlo, saber cuando se inicia o cuando finaliza. El cómputo del término es su medición desde su inicio a su finalización. El inicio del cómputo comienza al día siguiente de aquel que se efectúa la notificación, y vencerá a las veinticuatro horas del día final. Cuando los plazos sean comunes para las partes el inicio comienza cuando se practica la última notificación a alguno de los interesados.

---

1 Bien entendido que la celeridad de los trámites procesales no es exclusivamente una cuestión que dependa de la norma procesal, sino también de la adecuada dotación de medios a la justicia y de los mecanismos de necesario control que permitan su rentabilización..

El vencimiento de los términos a las veinticuatro horas del día que se trate, una vez finalizado el horario de apertura de la oficina judicial, obliga a buscar fórmulas que permitan la presentación de escritos dentro del término pero una vez cerrada la oficina. El precepto obliga a la Corte Suprema de Justicia a establecer una oficina en la que puedan recibirse los escritos hasta el vencimiento del término, es decir hasta las veinticuatro horas, y posibilita en los departamentos del interior del país que los escritos se presenten personalmente al secretario o un empleado de los juzgados de paz, cuando ya estén cerrados los juzgados y tribunales a los que vaya dirigido.

**Concordancias.** Art. CPP: 120, 143 y sig. Ley Menor Infractor Art. 23.

### **Cómputo.**

Art. 156.- En cualquier etapa del proceso, en los términos por día no se contarán los de asueto, descanso semanal y días inhábiles y si vencen en uno de ellos, se entenderán prorrogados hasta el día hábil siguiente. (5)

### **Comentario:**

Los plazos o términos procesales, el período de tiempo en el que puede realizarse un acto procesal, pueden fijarse en la ley por horas, por días, por meses y por años. Habitualmente los términos procesales se fijan por días lo que obliga a determinar qué días se incluyen y excluyen del cómputo.

A diferencia de los plazos civiles<sup>2</sup> cuyo cómputo excluye los días inhábiles -así expresamente lo proclama el art. 48 del Código Civil al decir que se computarán aún los feriados- los plazos procesales excluyen los días inhábiles, los días de descanso semanal y los días de asueto. Aclara el art. comentado que si el término vence en uno de estos días no computables se entiende prorrogado al día siguiente, aclaración que no era precisa, pues si el plazo se computa por días, los inhábiles y feriados no están incluidos en el cómputo y no puede vencer en ellos el término al no poder contarse el día.

Si el plazo se computa por meses o por años, no existen reglas especiales, por lo que habrá que estarse a las reglas de cómputo que con carácter general establece el Código Civil. Por lo tanto, en esta clase de términos el cómputo comienza a las cero horas del día siguiente al de la notificación y termina el día del mismo número

---

2 El Código Civil establece con carácter general las siguientes normas para el cómputo de los plazos o términos, sin perjuicio de las excepciones que se establecen en los Códigos Procesales.

Art. 46.- Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes o en los decretos del Poder Ejecutivo, o de los tribunales o juzgados, se entenderá que han de ser completos; y correrán además hasta la medianoche del último día del plazo.

El primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 ó 31 días, y el plazo de un año de 365 ó 366 días, según los casos.



correspondiente, a las 24 horas, conforme a las reglas del inciso segundo y tercero del art. 46 del Código Civil.

Por último el CPP contiene plazos que se computan por horas, por ejemplo, los plazos a los que se refieren los arts. 234, 235, 244 y 291 CPP. Según se infiere del art. 291, último inciso, el término comenzará a correr desde el acto que la norma procesal toma como momento de referencia, (presentación de la denuncia o querrella, detención del imputado, puesta a disposición del juez de la causa), con inclusión de todas las horas que se enuncien y finalizando en igual fracción de hora a aquella en la que se inició el cómputo.

**Concordancias.** Art. CPP: 120, 234, 235, 244, 291. Art. Código Civil: 46, 48.

### **Cómputo de Plazos Relativos a la Libertad del Imputado.**

Art. 157.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los términos establecidos en relación a la libertad del imputado lo serán en días continuos y en tal razón no podrán ser prorrogados y se contarán los de asueto, descanso semanal y días inhábiles.

#### **Comentario:**

Excepción a la regla general de excluir del cómputo de los plazos procesales los días inhábiles la constituyen los plazos que se establecen en relación a la libertad del imputado. Ello obedece de un lado a que la duración de la privación de libertad que pueda acordarse como consecuencia del proceso penal no constituye en realidad un plazo procesal, aunque la privación se acuerde dentro del proceso. Ya hemos dicho que el término o plazo procesal es aquel período de tiempo en el que puede efectuarse una

---

Si el mes en que ha de principiarse un plazo de meses o años constare de más días que el mes en que ha de terminarse el plazo, y si el plazo corre desde alguno de los días en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes.

Se aplicarán estas reglas a los contratos, a las prescripciones, a las calificaciones de edad, y en general, a cualesquiera plazos o términos prescritos en las leyes, en los actos de las autoridades salvadoreñas; salvo que en las mismas leyes, actos o contratos se disponga expresamente otra cosa.

Art. 47.- Cuando se dice que 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; y cuando se exige que haya transcurrido un espacio de tiempo para que nazcan o expiren ciertos derechos, se entenderá que estos derechos no nacen o expiran sino después de la medianoche en que termine el último día de dicho espacio de tiempo.

Art. 48.- En los plazos que se señalen en las leyes, o en los decretos del Poder Ejecutivo, o de los tribunales o juzgados, se comprenderán aun los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así; pues en tal caso no se contarán los feriados.

actuación procesal, y la finalidad de la privación de libertad tiene otra muy distinta naturaleza: privación o restricción de un derecho fundamental para asegurar el resultado del proceso o como consecuencia de la imposición de la pena.

De otro, y en aquellos plazos que si tienen verdadera naturaleza procesal como los plazos para resolver sobre la situación de privación de libertad, por ejemplo, la no exclusión de los inhábiles obedece a que estando en relación con la privación de un derecho fundamental, es preciso la certeza sobre la duración real del término que como se ha visto difiere de su duración procesal; y es necesario también dada la importancia del derecho a la libertad, asegurar la máxima celeridad.

**Concordancias.** Arts. 6, 120, 274 CPP.

### **Improrrogabilidad.**

Art. 158.- Los términos procesales en materia penal serán improrrogables, salvo las excepciones establecidas por este Código.

#### **Comentario:**

Ya dijimos al clasificar los términos, que éstos pueden ser prorrogables e improrrogables, según sean susceptibles de admitir prórroga o no. La regla general es que los términos procesales penales son improrrogables, pues se trata de evitar dilaciones indebidas. Existe alguna excepción como la contemplada en el art. 275 CPP, que permite la ampliación del término o plazo para la instrucción en los caso de extrema complejidad.

**Concordancias.** CPP: Art. 275

### **Renuncia o Abreviación.**

Art. 159.- Las partes a cuyo favor se ha establecido un término, podrán renunciarlo o consentir su abreviación mediante manifestación expresa.

**Concordancias.** CPP arts. 155 y 161.

### **Término para Resolver.**

Art. 160.- Las solicitudes de las partes serán resueltas dentro de los tres días siguientes, salvo que se prevea expresamente lo contrario. En los incidentes o excepciones las decisiones serán dictadas dentro de los cinco días siguientes.

### **Denuncia por Demora en el Trámite**

Art. 161.- Vencido el término en que se deba dictar una resolución, el interesado podrá pedir pronto despacho, y si dentro de los tres días no la obtiene, podrá denunciar el retardo a la Cámara de Segunda Instancia si se trata de un Juez de Primera Instancia



o ante el Juez de Instrucción, si se trata de un Juez de Paz, quienes proveerán enseguida lo que corresponda, previo informe verbal del denunciado.

Si la demora es imputable a un miembro o al pleno de la Cámara de Segunda Instancia conocerá la Sala de lo Penal, y si la denuncia es contra un miembro o el pleno de la Sala de lo Penal conocerá la Corte Suprema de Justicia en Pleno, con exclusión de la Sala.

### **Comentario:**

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas exige que las partes tengan los mecanismos que les permitan reaccionar cuando tales dilaciones se producen, asegurando que los trámites procesales se realizan en el tiempo previsto para ellos. El incumplimiento del término o plazo por las partes produce la preclusión: el proceso avanza a la siguiente fase o secuencia y la parte pierde la oportunidad de realizar el acto para el que se había establecido el término.

Pero si quien incumple el plazo es el juez o tribunal, el proceso puede paralizarse, ocasionando la indebida dilación. Por eso se prevé un mecanismo de control que en síntesis consiste en la advertencia al juez o tribunal de la demora producida, con el fin de excitar su laboriosidad, y si dicha advertencia no es bastante la comunicación al superior jerárquico, a fin de que adopte las medidas pertinentes. La denuncia por demora en el trámite ha venido a sustituir a los recursos de queja por retardación de la justicia, anteriormente vigentes y que eran de escasa operatividad.

Obvérese, en cualquier caso, que la demora debe ser imputable al juez o tribunal contra el que se formule, y ello a su vez implica que el juez ha actuado negligentemente. Sucede, sin embargo, que el retraso del juez o tribunal puede tener su causa en el exceso de asuntos u otros problemas derivados de un incorrecto funcionamiento de la administración de justicia y por lo tanto no ser imputable al juez o tribunal.

### **Concordancias.** Art. 160 CPP.

**Jurisprudencia:** “La doctrina se refiere al denominado Habeas corpus de pronto despacho, por medio del cual los interesados hacen uso de él como un camino para obtener una resolución que se retrasa y lograr el efecto que ésta se produzca. Conjuntamente puede también conseguirse la libertad, aunque no necesariamente; y si esta no se logra se elimina una dificultad en la tramitación del proceso, que a la larga causa beneficio, porque adquiere celeridad el proceso. Si bien la persona que suscribe la petición no invoca el término “Habeas corpus de pronto despacho” se puede reconocer su aplicación en este caso, porque aunque no procede decretarse que cesen las medidas cautelares establecidas, si es pertinente dirigirse al juez de la causa para que disponga lo que conforme a derecho corresponde en el plazo más breve” (Sentencia en el Proceso de Habeas corpus del 3-V-1999. Ref.117-99) .



## TÍTULO V. MEDIOS DE PRUEBA

### Comentario.

El Título V del Libro Primero del Código Procesal Penal salvadoreño (CPP) bajo la rúbrica “Medios de Prueba” viene a regular no sólo lo que en puridad puede calificarse como tal sino también, e indiferenciadamente, lo que más bien constituyen diligencias de investigación. Estas últimas, ni participan de las notas que caracterizan los medios de prueba ni, por supuesto, servirán para desvirtuar la presunción de inocencia, que a tenor de lo dispuesto en la Norma Suprema ampara a «*toda persona*» (art. 12.I Cn.). No obstante, antes de alcanzar esta conclusión hemos de sentar ciertas bases argumentales.

Por actos de prueba o actividad probatoria habrá de entender aquélla que durante el plenario, a través de los medios de prueba legalmente previstos y con absoluto respeto de las garantías constitucionales, desarrollan los sujetos contendientes, primordialmente, y el órgano sentenciador, ocasionalmente, dirigida a obtener la convicción del juzgador acerca de las afirmaciones parciales que en relación con los hechos son introducidas por los primeros y que en el marco del proceso penal versarán sobre la existencia o no del delito y la participación del acusado en su comisión, así como sobre la hipotética responsabilidad civil que a éste o a un tercero le fuera imputable. Subyace en esta definición una determinada conceptualización de la noción de prueba que exigirá dar respuesta a una serie de interrogantes, a saber: “quién prueba”, “cómo”, “cuándo” y “para qué”.

Contestar a la primera de estas cuestiones requiere en primer lugar fijar qué hemos de entender por “probar”. Ateniéndonos al significado estricto de este vocablo, la acción de “probar” no consiste en otra cosa sino en comparar con la realidad las afirmaciones fácticas introducidas en el proceso. Esta labor corresponde en exclusiva al órgano sentenciador quien por mor del principio de inmediación se encuentra en contacto directo con los medios de prueba que inciden sobre tales afirmaciones parciales, favoreciéndolas o desfavoreciéndolas. Otra cosa es quién introduce las fuentes probatorias en el proceso a través de los medios normativamente previstos que, con matices, son las partes contendientes. El “cómo” resulta parcialmente contestado por cuanto es exigible que la actividad probatoria se desarrolle ante el juzgador, órgano jurisdiccional imparcial dotado institucionalmente de independencia (art. 172.III Cn.), pero además y puesto que la prueba no puede alcanzarse de cualquier forma conlleva la exclusión de la prueba ilícita, aquella que se ha obtenido vulnerando los derechos constitucionalmente reconocidos (art. 162.I). Mientras que la respuesta al “cuando” viene de la mano de lo previsto en el art. 356 CPP donde se obliga al Tribunal a contraerse en su decisión a apreciar «*las pruebas producidas durante la vista pública*», de resultados de lo cual cabe concluir que sólo serán actos de prueba los practicados durante el juicio oral. Y, por último, la finalidad de la actividad probatoria, esto es, el

- 
- Los artículos que integran este Título V (arts. 162 a 222) han sido comentados por el Dr. N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, Prof. Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.



“para que”, será contribuir a formar la convicción del juzgador acerca de la existencia o inexistencia del hecho punible y de la participación del acusado, con todas las circunstancias que sobre él confluyeron como se deriva de las afirmaciones de las partes.

Mientras tanto, los actos o diligencias de investigación a cargo de la Policía, bajo la dirección mediata o inmediata del Fiscal (art. 193.3º Cn.), y la intervención en funciones tuitivas del Juez de instrucción se llevan a cabo en la fase netamente preparatoria del enjuiciamiento cual es la fase instructora, estando encaminados a la comprobación del delito y la averiguación del delincuente únicamente a efectos de que el órgano de la acusación, ya sea el Fiscal (193.4º Cn.) o el querellante, resuelva si procede o no ejercer la acción penal y, en caso afirmativo, el imputado disponga de elementos para su defensa. La imagen de la instrucción como fase preparatoria del juicio oral se encuentra presente, en el sentido literal de la expresión, en el art. 265 CPP: «*La instrucción tendrá por objeto la preparación de la vista pública...*». Función que comporta, en un sentido amplio, el aseguramiento de las fuentes de prueba. Bien claro, no obstante, que esta función preparatoria tendrá carácter eventual ya que no toda investigación conduce ineludiblemente a la apertura del juicio oral. Lejos pues del dictado del art. 115.2 del derogado Código Procesal Penal y con arreglo a lo dicho, las diligencias policiales o fiscales de inspección y reconstrucción (Capítulo II), el registro (Capítulo III) o el depósito de instrumentos o efectos del delito (Capítulo IV) serán meros actos de investigación cuya incorporación, cuando proceda, al juicio oral habrá de efectuarse por los medios de prueba legalmente previstos, pero que por sí mismos carecerán de valor probatorio para enervar la presunción de inocencia. Cabe también que los propios actos de prueba se correspondan con determinados actos investigativos. De este modo, una declaración testifical puede ser tanto una diligencia instructora como un medio de prueba, pero entre ambas existirán diferencias sustanciales consecuencia de su finalidad y de diversa vigencia de los principios y derechos constitucionales. Convenimos en que si bien en la práctica de estas diligencias investigativas tendrán que ser respetados los derechos constitucionalmente reconocidos, particularmente y en el orden procesal el derecho de defensa del imputado desde una lectura contradictoria (art. 12.I, *in fine*), éste no tendrá la dimensión que cobra una vez abierto el juicio oral. Desde luego el ejercicio del derecho de defensa del imputado exige su previa individualización no siendo extraño que alguno de los actos de investigación mencionados ya se hayan llevado a cabo. Pero es que una vez superado este punto, no es sólo que el conocimiento del imputado acerca de los elementos fácticos y probatorios de la acusación será durante la instrucción limitado, sino que su intervención contradictoria se hallará en función no de evitar la condena, como ocurre en el juicio oral, sino, en correspondencia con los fines propios de esta fase, orientada a desplazar los indicios que pueden llevar al órgano de la acusación a promover el ejercicio de la acción penal. Finalmente y sin que ello comporte prelación alguna entre ellas, estas diligencias de investigación no cumplirán con otras exigencias consustanciales a los medios de prueba, precisamente derivadas de su práctica en el juicio oral, tales como la constitucionalizada publicidad (art. 12 Cn.)<sup>3</sup> o la inmediación del órgano sentenciador<sup>4</sup>.

# CAPITULO I

## DISPOSICIONES GENERALES

### Extensión, Pertinencia y Valoración de la Prueba

Art. 162.- Los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio legal de prueba, respetando las garantías fundamentales de las personas, consagradas en la Constitución de la República, y demás leyes, siempre que se refiera, directa e indirectamente al objeto de la averiguación y sea útil para el descubrimiento de la verdad.

Los jueces darán especial importancia a los medios de prueba científica, pudiendo asesorarse por especialistas, si ellos no lo fueren, para decidir sobre las diligencias de investigación que deban encomendar al fiscal o sobre la práctica de actos de prueba definitivos o irreproducibles, práctica de prueba para mejor proveer y para reconocer adecuadamente los elementos de prueba derivados de dichos medios. (8)

Para que las pruebas tengan validez deben ser incorporadas al proceso conforme a las disposiciones de este Código y en su defecto, de la manera que esté prevista la incorporación de pruebas similares. En caso de incumplimiento del requisito anterior, se estará a lo dispuesto en el inciso final del Art. 15 de este Código.

Los jueces deben valorar las pruebas en las resoluciones respectivas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. (6).

### Comentario.

El comentario a este artículo fue elaborado antes de la reforma contenida en el 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.

Aborda este precepto aspectos tan trascendentes en marco de la técnica probatoria como la pertinencia de la prueba y su consecuente utilidad o relevancia, comprendiendo aspectos relacionados con éstos tales como su licitud y regularidad.

El derecho a la prueba, consustancial al propio derecho de defensa, no obliga a los órganos jurisdiccionales a admitir todos los medios de prueba que los litigantes consideren pertinentes para su defensa, sino solamente aquéllos que a su juicio merezcan tal calificativo<sup>5</sup>. Son pues los jueces y tribunales quienes han de apreciar, cuando proceda, esa cualidad. La noción de pertinencia de la prueba infiltra cada uno de los

3 Amén de estar recogida en la casi totalidad de los Tratados Internacionales suscritos sobre derechos humanos: DUDH (arts. 10 y 11), PIDCP (art. 14.1), DADDH (art. XXVI), CADH (art. 8.5), CEDH (art. 6), etc.

4 Acerca de la vigencia de estos y otros principios en el proceso penal véase PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho procesal penal*, T. I., Madrid, 2000.

5 Acerca del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y la noción de pertinencia véase PEDRAZ PENALVA, *Derecho procesal penal*, op.cit., pp. 321 y ss.



aspectos que resultan del dictado del art. 162. De este modo, la pertinencia es leída en clave de “relación” con el ilícito (inciso primero), por cuanto atendiendo a los hechos afirmados es cierto que “*alude a la conexión o enlace con los controvertidos en la causa*”<sup>6</sup>, pero no se agota en este aspecto. Con referencia a los concretos medios de prueba, el juicio de pertinencia conlleva también la valoración de su legalidad, “*respetando las garantías fundamentales de las personas, consagradas en la Constitución de la República, y demás leyes*”, pero también de su regularidad “*incorporadas al proceso conforme a las disposiciones de este Código*” o, aunque no resulte mencionado en este precepto la posibilidad de su práctica.

La primera proyección del concepto de pertinencia, fundada en su relación con los hechos, trae consigo la noción de utilidad o relevancia, por la que no basta con la mera relación abstracta del medio de prueba propuesto con las afirmaciones parciales y controvertidas, en último término, con el tema enjuiciado, sino que se requiere su idoneidad o conveniencia a fin de acreditar tales extremos. El medio de prueba habrá de ser repelido si no responde a estos parámetros o fuera redundante.

A tenor de lo previsto en inciso primero de este precepto, la noción de prueba ilícita alcanzará no sólo a aquélla que resulte vulneradora de los derechos y libertades constitucionales sino también a la que conculcara las garantías legales. Aspecto éste que ha de cohonestarse con el propio concepto del derecho a la prueba, que antes de resultar exigible de modo indiferenciado debe complementarse en su dicción literal con referencia a la que en puridad pueda ser calificada como prueba legal. Tal lectura comprendería ya la prueba regular, esto es, la que de modo general habrá de ser practicada en el juicio oral con absoluto respeto de los principios consustanciales al debido proceso, sin perjuicio de las excepciones que, fundadas en la irreproducibilidad de la actuación de que se trate, contemple la ley.

La libre valoración por el juez o el tribunal de la actividad probatoria desarrollada durante el proceso conforme a las reglas de la “sana crítica” en modo alguno permitirá al órgano jurisdiccional actuar de un modo arbitrario o irracional, desconociendo los principios que rigen la prueba, enunciados en este precepto, estando además obligado a exteriorizar motivadamente sus decisiones.

Sobre pertinencia, necesidad y utilidad, me remito a lo dicho en el análisis del art. 247.

**Concordancias.** Arts. 11 y 15 Cn., Art. 15 CPP.

---

6 PEDRAZ PENALVA, *Derecho procesal penal*, op.cit., p. 327.

7 Nos remitimos al comentario del art. 15 de este Código y al concepto de prueba ilícita y prohibida que se desarrolla en la introducción.

**JURISPRUDENCIA:** VALORACION DE PRUEBA. La Sala de lo Constitucional no puede valorar las decisiones adoptadas ni las pruebas presentadas por una u otra parte que en determinado momento servirían o pudieron servir para justificar sus resoluciones, pues de hacerlo, esta Sala invadiría la esfera de competencia de los jueces ordinarios circunstancia que le está impedida legal y constitucionalmente. (Improcedencia en el proceso de Amparo del 14/I/1999, Ref. 15-99)

Los jueces son autónomos en la apreciación de prueba que se les presenta, por lo que la Sala de lo Constitucional no puede entrar a valorar las pruebas que en determinado momento pudieron servir para justificar la resolución impugnada, pues al hacerlo invadiría la esfera de competencia de los jueces, que son los facultados legalmente para tomar la resolución que estimen conveniente. (Sobreseimiento en el proceso de amparo del 10/XII/1998, Ref. 229-97).

**ACTIVIDAD PROBATORIA.** Debe entenderse que si se ha judicializado la detención del procesado, ello implica el conocimiento del juez de la mínima actividad probatoria. Aunque el Juez de Paz y el de Instrucción no valoren prueba, deben tener al menos elementos de juicio para poder proveer una medida cautelar que incluso podrían ser en casos excepcionales la privación de libertad, la cual tiene como exigencia propia de la detención provisional vista como medida cautelar, la fundamentación y justificación de los presupuestos *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

Si se continua con la costumbre de presentar la prueba no ante el Juez de Paz en cumplimiento del artículo 13 inciso 2 de la Constitución, sino hasta la vista pública, cuando se ha tomado la decisión de privar de libertad al detenido, razonándose con base en la solicitud presentada por la Fiscalía General de la República, los presupuestos de la medida cautelar, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, no puede existir una auténtica defensa tanto técnica como material y la conservación de un autentico debido proceso legal conforme al Estado de Derecho, lo que podría incurrir en una arbitrariedad y en una detención ilegal (Sentencia en el proceso de Habeas Corpus del 14/IV/1999, Ref. 59-99R).

## **CAPITULO II**

### **INSPECCION Y RECONSTRUCCION**

#### **Inspección.**

Art. 163.- La Policía comprobará, mediante la inspección de lugares, personas o cosas, los rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiere dejado.

**Comentario.** Vid. comentario al art. 167 CPP.

**Concordancias.** Art. 164 Inc. 3º CPP.

#### **Inspección de lugar del hecho.**

Art. 164.- Cuando el delito por su propia naturaleza dejare señales o pruebas materiales de su perpetración, la policía deberá hacer una inspección en el lugar en



que hubiere ocurrido el hecho, consignando en el acta el lugar, la descripción detallada de rastros, huellas, el estado de las cosas y demás efectos materiales que el hecho hubiere dejado; y cuando fuere posible, recogerá y conservará los elementos probatorios útiles a la investigación, dejando constancia de ello en el acta.

Si en el acto de la inspección estuviere presente el Fiscal asignado al caso, tomará a su cargo la dirección de la inspección.

El acta será firmada por todos los sujetos que intervinieron en la práctica de la inspección, bajo esas formalidades podrá ser incorporado por su lectura al juicio. (4)

**Comentario.** Vid. comentario al art. 167 CPP.

**Concordancias.** Arts. 163, 243, 244, 330 CPP.

### **Ausencia de Rastro.**

Art. 165.- Si el hecho no dejó rastros o no produjo efectos materiales, o si estos desaparecieron o han sido alterados, la policía describirá el estado existente, y en lo posible, verificará el estado anterior. En caso de desaparición o alteración, averiguará y hará constar el modo, tiempo y causa de ellas.

**Comentario.** Vid. comentario al art. 167 CPP.

**Concordancias.** Art. 241 CPP.

### **Facultades Coercitivas.**

Art. 166.- Para realizar la inspección, la Policía o la Fiscalía General de la República, podrá ordenar que durante la diligencia no se ausenten las personas que se encuentren en el lugar o que comparezca inmediatamente cualquier otra.

**Comentario.** Vid. comentario al art. 167 CPP.

**Concordancias.** Arts. 85, 241 CPP.

### **Inspección corporal.**

Art. 167.- Si en el curso de una investigación ya iniciada el fiscal estima necesario realizar una inspección en el cuerpo del imputado, someterlo a la extracción de muestras de sangre, o de otros fluidos corporales, ponerse o quitarse ropa u otros medios de prueba útiles para la investigación por presumir que puedan existir elementos o indicios de prueba, solicitará autorización al juez para realizarla mediante el mecanismo previsto en este Código para los actos definitivos e irreproducibles.(9)

Si el juez considera que el acto es procedente lo realizará, aun sin el consentimiento del imputado, velando por el respeto a su dignidad y su salud, con el auxilio de peritos, en su caso. (9)

Todo lo acontecido durante la realización del acto deberá constar en acta, la cual será firmada por todos los sujetos que intervinieron en la práctica de la inspección.

### Comentario.

El comentario a éste artículo fue elaborado antes de la reforma contendida en el 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.

Los arts. 163 a 167 CPP, se dedican a la inspección del lugar de los hechos y el reconocimiento de la persona del imputado practicada por la Policía directamente o bajo la dirección del fiscal, en los términos del párrafo segundo del art. 164, si «*estuviere presente*» en el acto. Conviene advertir que esta última previsión no deberá interpretarse sólo en el sentido de presencia física. Antes al contrario, el fiscal como potencial receptor de una denuncia (art. 235 CPP), o tan pronto como tenga conocimiento de un hecho que reviste los caracteres de delito «*por cualquier otra vía fehaciente*», habrá de iniciar la investigación (art. 238.I CPP), y entre estas diligencias investigativas se encuentra indudablemente la inspección del lugar de los hechos. Así pues y ateniéndonos a la prescrita dependencia de la Policía de los miembros de la Fiscalía (arts. 240 y 244 CPP), la hipotética actuación de los primeros bajo la dirección fiscal no se constreñirá al supuesto de hecho contemplado en el precepto comentado.

La inspección del lugar del delito se orienta al aseguramiento de las fuentes de prueba consistente en la recogida y secuestro de efectos e instrumentos del delito (objetos, armas y elementos de cualquier clase que hubiera podido utilizar el delincuente para perpetrar el hecho) y piezas de convicción (rastros, huellas o cualquier contingencia que se derivara de la comisión del hecho punible). Se distingue en este punto si los hechos dejaron o no dejaron vestigios de su perpetración (arts. 164 y 165, respectivamente). No obstante, tanto en un caso como en otro resulta recomendable que los agentes que practiquen la inspección cuenten con el apoyo de peritos, en los términos de lo dispuesto en el art. 171, que les asistan y, en su caso, puedan dar razón de los motivos de la existencia o inexistencia de tales vestigios. A tal fin y a tenor de lo previsto en el art. 166, la policía o el fiscal podrá requerir también la declaración de los sujetos presentes en el lugar u ordenar la comparecencia de terceros. La inspección, en todo caso, no habrá de limitarse al lugar de comisión de los hechos sino que se extenderá a sus inmediaciones.

La denominada “inspección de personas”, a tenor de lo previsto en el art. 167, vendrá condicionada por la existencia de una investigación ya en curso del fiscal, aunque podemos convenir que la solicitud podrá partir tanto del fiscal a cargo del caso como de la propia policía (art. 163). Consistente en una actuación practicada directamente sobre el cuerpo del imputado, de modo habitual, funcionalmente preordenada a la práctica de ulteriores análisis periciales sobre las muestras obtenidas, comporta pues una intromisión ilegítima en el derecho a la integridad física consagrado en la Norma Suprema (art. 2 Cn.), que normativamente se diferencia de la “requisita perso-



nal” regulada en el art. 178. Semejante actuación limitativa de derechos constitucionales, podrá llevarse a cabo siempre, y a falta de consentimiento del sujeto pasivo, previa autorización del juez de instrucción mediante auto (art. 129 CPP), quien habrá de motivar su decisión (art. 130 CPP) desde el principio de proporcionalidad con base en el probable descubrimiento de “*elementos o indicios de prueba*”. Siendo, sujeto pasivo de esta diligencia el referido imputado, pero además que, tratándose de un reconocimiento físico y atendiendo al grado de complejidad y riesgo que comporte la intervención corporal, como cuando requiera algún tipo de conocimiento especializado (ej. extracciones de sangre u obtención de muestras de tejido), sujeto activo del acto de “inspección” lo tendrá que ser un perito designado a tales efectos, como expresamente se dispone en el inciso segundo del art. 167. Resulta en este punto particularmente extrapolable la norma contenida en el art. 179 relativa a que en la práctica de la diligencia que nos ocupa se actúe con absoluto respeto de “*la dignidad, a la propiedad y demás derechos constitucionales*”. Ello exigirá no sólo una especial cautela en la adopción de esta medida investigativa sino además que se habiliten lugares especialmente destinados para su realización.

La naturaleza asegurativa de la diligencia de inspección en cualquiera de sus modalidades estará ordenada a su ulterior introducción en el juicio oral a través de la lectura del acta (arts. 164.III y 330.4), donde los agentes que practicaron la inspección procederán a documentar lo realizado dando constancia del estado en que se encontraran las cosas así como de otras medidas de aseguramiento que se hubieran acordado.

No obstante, como se desprende de lo dispuesto en los preceptos comentados, difiere el tratamiento de la “inspección corporal” del aplicable a la denominada “inspección del lugar del hecho”. En este sentido, la incorporación al juicio oral por medio del acta de la primera se condiciona a que se lleve a cabo conforme a lo prevenido en el art. 270 CPP para la realización de “actos definitivos e irreproducibles” (art. 167.I, *in fine*), esto es, con citación de las partes y en presencia del defensor<sup>8</sup>, exigencia ésta omitida al regular la “inspección del lugar del hecho” (art. 164). Más allá, esta distinción vendría corroborada por la aparente separación de ambas hipótesis en los términos del art. 330 CPP, rubricado como “Incorporación mediante lectura”, incluyendo la primera en el apartado 1) de ese precepto, mientras la segunda entraría en el juicio oral por el cauce del apartado 4). Con ello se perpetra una discriminación artificiosa entre dos diligencias investigativas que no guardan diferencia alguna ni en sus fines ni en los sujetos actuantes, por cuanto tanto en una como en otra es previsible que entren en juego los criterios valorativos, y por lo tanto cuestionables, de técnicos o peritos en los términos ya relatados, aun cuando la inspección de lugares pueda tener un componente dominante de mero acto de constatación. Por todo, es posible, no obstante, una hermenéusis finalista para concluir extrapolando la regla efectivamente tuteladora de derechos fundamentales del art. 167 también a la inspección de lugares. Por otro lado y para concluir el comentario a este punto, convenimos en afirmar que la naturaleza de “acto definitivo e irreproducible” sólo alcanzará a la acción de recogida de efectos e instrumentos del ilícito, nunca a los eventuales análisis ulteriores que se llevarán a cabo sobre lo obtenido cuyo valor probatorio se condiciona a la práctica de la correspondiente pericia en el acto del juicio oral regulada en el Capítulo VI de este Título.

<sup>8</sup> Nos remitimos al comentario del art. 270.



La regularidad formal del acta pasará por la firma de todos los sujetos intervinientes (arts. 164.III, 167.III y 241.3). Entre las actuaciones que habrán de reflejarse se encontrará la recogida y secuestro de instrumentos y efectos del delito, cuyo destino será el depósito judicial (art. 244.IV). Además de que entre sus contenidos posibles se encontrarán las hipotéticas instrucciones que los agentes actuantes hubieran recibido del fiscal o del juez (art. 244.II, *in fine*).

**Concordancias.** Arts. 178, 270 CPP.

### **Identificación y traslado de cadáveres.**

Art. 168.- En caso de muerte violenta, súbita o sospechosa, la policía realizará además de las diligencias ordenadas por el fiscal la inspección corporal preliminar y la descripción de la situación o posición del cuerpo y de la naturaleza de las lesiones o heridas que presente el cadáver y tratará de identificarlo por cualquier medio.

Posteriormente, dispondrá el traslado del cadáver al Instituto de Medicina Legal, a efecto de que se le practique la autopsia, cuando proceda, se determine su identificación. (2)

**Comentario.** Vid. comentario al art. 169 CPP.

**Concordancias.** Arts. 117, 169, 195 CPP.

### **Autopsia.**

Art. 169.- En los casos a que se refiere el artículo anterior se procederá a la autopsia del cadáver. Para dictaminar sobre la causa directa de la muerte, posible tiempo de fallecimiento y señalar, en caso de haber lesiones, si éstas han producido por sí solas y directamente la muerte. Si hubiere fallecido por otra causa, se deberá dictaminar cuál es y si tal causa ha sido originada por las lesiones o por efectos necesarios e inmediatos a ellas. También indicarán, en su caso, si la muerte ha sido el resultado de causas preexistentes, concomitantes, o posteriores o extrañas al hecho investigado y determinarán si fuere posible el objeto o medio con que se produjeron las lesiones.

La autopsia la practicarán únicamente médicos forenses.

**Comentario.** La diligencia de identificación del cadáver y la realización de la autopsia sobre el mismo tienen un propósito común con las diligencias de “inspección” reguladas en los artículos precedentes, como es la recopilación de datos y efectos del delito, aunque en este caso el objeto de inspección sea la persona de la presunta víctima de un delito violento o, en los términos literales del primer inciso del art. 168, “*en caso de muerte violenta, súbita o sospechosa*”. Son varias las observaciones que hemos de efectuar trayendo a colación alguna de las conclusiones ya avanzadas.

El art. 169 resulta perfectamente explicativo en su literalidad, pero no así el art. 168. Este último, bajo la rúbrica común de “Identificación y traslado de cadáveres”, comprende tres tipos de diligencias, además de las innominadas que pudiere ordenar el fiscal a la policía: la “inspección” superficial del cuerpo (“inspección personal prelimi-



nar”), a modo de la denominada “requisa personal”, cuyo objeto es recoger aquéllos efectos o rastros que hubiera dejado el hecho sobre el sujeto, procediendo después a describir la posición y estado en que se encontrara; su reconocimiento físico, ordenado a determinar la naturaleza de las lesiones que presenta el cuerpo, cuando menos provisionalmente en espera de la ulterior autopsia; y su identificación. La diferenciación apuntada se encuentra en función de los sujetos intervinientes, que amén de la policía, particularmente en la segunda de las actuaciones mencionadas exigirá la presencia de un perito (art. 167.II), médico forense, así como la tercera, cuya práctica puede determinar la citación, o en su caso retención, de testigos de conocimiento cuando el sujeto no pudiera ser identificado por otro medio (art. 166).

Los resultados de la inspección/identificación del cadáver y de la autopsia serán incorporados al acta, cuyo valor probatorio como “actos definitivos e irreproducibles” ya se ha revelado, habiendo de cumplir pues con las exigencias contradictorias previstas en el art. 270. Esta última circunstancia trae consigo el eventual nombramiento de peritos a instancia de los contendientes en los términos del art. 117 CPP que podrán presenciar las actuaciones, aunque con arreglo a lo dispuesto en el último inciso del art. 169: *“La autopsia la practicarán únicamente médicos forenses”*.

**Concordancias.** Arts. 117, 168, 195 CPP.

### **Reconstrucción del Hecho.**

Art. 170.- El juez podrá ordenar la reconstrucción del hecho, de acuerdo con las declaraciones recibidas y otros elementos de convicción, para comprobar si se efectuó o no, o pudo efectuarse de un modo determinado.

No se obligará al imputado a intervenir en la reconstrucción, ésta se practicará con la mayor reserva posible.

### **Comentario.**

Objeto de la reconstrucción del hecho por el instructor, en los términos literales de este precepto, es *“comprobar si se efectuó o no, o pudo efectuarse de un modo determinado”*, mediante su reproducción en las condiciones y lugar en que se afirma o se presume que se llevó a cabo. Exige pues la presencia de los sujetos intervinientes, particularmente los testigos presenciales y el imputado, aunque no podrá obligarse a intervenir a este último. La ausencia física del imputado dificultará la realización de esta diligencia ya que habrá que acudir a terceros que actúen en su sustitución pero no afectará a la eventual participación en la práctica de la reconstrucción del abogado de la defensa, como dimana de una interpretación sistemática de lo previsto en los arts. 9 y 10 de este Código. Además y en consonancia con lo afirmado en el artículo subsiguiente podrá requerirse la comparecencia de peritos para que realicen las operaciones técnicas a que haya lugar y, cuando proceda, practicar en el acto careos entre los testigos o de éstos con el imputado si estuviera presente y accediera (art. 218).

De lo actuado se levantará acta en los mismos términos ya comentados con las garantías propias de los “actos definitivos e irreproducibles”.

**Concordancias.** Arts. 4, 9, 167, 218, 244, 270 CPP.

### **Operaciones Técnicas**

Art. 171.- Para mayor eficacia de las inspecciones y reconstrucciones, y en cualquier caso cuando sea conveniente, se podrán ordenar operaciones técnicas y científicas convenientes, tales como exámenes serológicos, químicos, microscópicos, microfotografía, macrofotografía, pruebas ópticas, biogenéticas, antropométricas, fonográficas, grafoscópicas, electrónicas, acústicas, de rayos X y las demás disponibles por la ciencia y la técnica. (8)

**Comentario.** Este precepto no requiera mayores comentarios que la mera remisión a lo que en su momento se tratará acerca del medio de prueba pericial.

**Concordancias.** Art. 195 y sig. CPP.

### **Juramento.**

Art. 172.- Los testigos, intérpretes y peritos que intervengan en actos de inspección y reconstrucción, prestarán juramento o promesa, conforme lo establecido en este Código.

**Comentario.** El juramento o promesa se prestará en los términos que regula el art. 121 de este Código.

**Concordancias.** Art. 121 CPP.

## **CAPITULO III**

### **REGISTRO**

#### **Registro.**

Art. 173.- Cuando haya motivo suficiente para presumir que en un lugar público o privado existen objetos relacionados con la comisión del hecho punible que se investiga, o que allí pueda efectuarse la detención del imputado o de alguna persona sospechosa, el fiscal o la policía, deberán solicitar al juez la expedición de una orden de registro de ese lugar, quien deberá resolver en un plazo no mayor de dos horas. La falta de resolución judicial en el plazo indicado, hará incurrir al juez en responsabilidad Penal y la Fiscalía General de la República de oficio informara la Sección de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia.(8)

Si el juez accede a lo solicitado, librará por escrito, la orden de registro expresando el lugar, en que la diligencia habrá de practicarse, el tiempo durante el cual la orden



estará vigente y los objetos que se buscan. Si en la práctica de la diligencia se encontraren efectos concernientes a acciones delictivas distintas a la que se investiga, la policía deberá incautarlos y entregarlos al juzgado que libró la orden de registro, junto con un informe pormenorizado de su actuación.

El juez, el fiscal o ambos pueden estar presentes en la diligencia de registro, y si en el lugar a registrar se presume que se detendrá al imputado u ocasionalmente en el mismo se le encuentra, será detenido e inmediatamente se le hará saber el motivo de su detención y los derechos que la ley le concede.

**Comentario.** Vid. comentario al art. 179 CPP.

El comentario a este artículo fue elaborado antes de la reforma contenida en el 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.

**Concordancias.** Arts. 19 y 20 Cn., Arts. 19 y 20 Cn. Arts. 15, 174, 175, 176, 177 CPP.

### **Prevención de Registro y Allanamiento de Morada**

Art. 174.- Cuando el registro deba practicarse en una morada o local habitado o en sus dependencias cerradas, se hará la prevención de allanamiento si no da el permiso correspondiente.

**Comentario.** Vid. comentario al art. 179 CPP.

**Concordancias.** Art. 15 CPP.

### **Formalidades para el Registro.**

Art. 175.- La orden de registro se notificará al que habite el lugar, o cuando esté ausente, a su encargado y, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad que se encuentre en el lugar. Al notificado se le invitará a presenciar el registro. Cuando no se encuentre a nadie ello se hará constar en el acta.

Practicado el registro, se consignará en el acta, su resultado con expresión de las circunstancias útiles para la investigación. El acta será firmada por los concurrentes y dos testigos hábiles. Si alguien no lo hace se dejará constancia de ello.

**Comentario.** Vid. comentario al art. 179 CPP.

### **Horas de Registro y de Allanamiento.**

Art. 176.- Los registros y allanamientos se podrán practicar las 24 horas del día, con orden judicial. (4)

**Comentario.** Vid. comentario al art. 179 CPP.

## **Allanamiento sin Orden Judicial.**

Art. 177.- La policía podrá proceder al allanamiento sin orden judicial únicamente en los casos siguientes;

- 1) En persecución actual de un delincuente;
- 2) Cuando se oigan voces dentro de una casa o local que anuncien estarse cometiendo un delito o cuando se pida auxilio; o por grave riesgo de la vida de las personas (8)
- 3) En los casos de incendio, explosión, inundación u otro estrago con amenaza de la vida o de la propiedad.

**Comentario.** Vid. comentario al art. 179 CPP.

El comentario referido fue elaborado antes de la reforma contenida en el 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.

**Concordancias.** Arts. 19 y 20 Cn.

## **Requisa personal.**

Art. 178.- Cuando la policía tuviere motivos suficientes para presumir que una persona oculta entre sus ropas, pertenencias, o lleva adheridos a su cuerpo, objetos relacionados con el delito, podrá realizar la requisa personal si la estima necesaria.

De todo lo acontecido se levantará acta que deberá ser firmada por el policía que practicó la requisa, y el requisado. Si éste rehusara a firmar, el policía dejará constancia de ello en el acta. (4)

**Comentario.** Vid. comentario al art. 179 CPP.

**Concordancias.** Arts. 222, 244, 264 CPP.

## **Registro de vehículos, muebles y compartimientos cerrados.**

Art. 178.-A- Para realizar el registro de vehículos, muebles y compartimientos cerrados, serán aplicables la regla de la requisa personal, previstas en el artículo anterior. (4)

**Comentario.** Vid. comentario al art. 179 CPP.

## **Disposición Común.**

Art. 179.- El registro y allanamiento deberá realizarse en todo caso con respeto a la dignidad, a la propiedad y demás derechos constitucionales. Los abusos o excesos de autoridad darán lugar a la responsabilidad penal correspondiente.

**Comentario.** La regulación legal permite la diferenciación de una diversidad de objetos materiales sobre los que puede recaer la diligencia de registro, genéri-



camente considerada, como “allanamiento de morada” (art. 174), “requisa personal” (art. 178) o, literalmente “registro de lugares” (art. 173), o de “vehículos, muebles y compartimientos cerrados” (art. 178.A), derivando de ella, un grado diverso de exigencias que van desde la preceptiva autorización judicial mediante auto motivado (arts. 129 y 130 CPP) en el registro de lugares y el allanamiento de morada, hasta convertirse en un mero acto de investigación policial en la requisa o el registro de vehículos, en correspondencia con la naturaleza de los derechos afectados y su discutible importancia relativa.

El derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 20 Cn.), funcionalmente preordenado a garantizar la efectividad de otros derechos e intereses de dimensión constitucional, como el derecho a la intimidad personal o familiar (art. 2.II Cn.) aunque este último resulte finalmente desbordado desde una lectura más integradora de la Ley en el marco constitucional, ceden en el proceso penal cuando se constaten indicios de la existencia en el lugar de efectos o instrumentos del delito, o en orden a proceder a la detención del imputado o de “*alguna persona sospechosa*” (art. 173.I CPP). El dictado de la Ley, en esta última expresión, será necesariamente redundante aunque con ella se quiera poner de relieve la función preventiva del registro constitucionalmente reconocida (art. 19 Cn.), por cuanto también en este supuesto el sujeto afectado por la medida ostentará la condición de imputado al dirigirse contra él un acto de investigación, teniendo en consecuencia derecho a participar de las garantías constitucionales que a ese amparan. No será factible pues acogerse al cambio meramente semántico para acomodar al sujeto pasivo de la actuación en una posición intermedia que le prive de sus derechos, en particular de aquéllos de los que resulta destinatario el imputado de acuerdo con el enunciado del art. 12 Cn. A este tenor, como se dispone en el párrafo tercero del art. 173, si se encontrara en el lugar al imputado se practicará su detención, informándole de los motivos y de los derechos que la ley le otorga.

Pero bajo el vocablo genérico “registro” se esconden dos actuaciones conceptual y sustancialmente diferenciables: la entrada y el registro propiamente dicho, cuya influencia sobre los derechos constitucionales precitados también difiere en su gravedad, siendo mayor en el segundo caso por cuanto presupone la mera penetración en el lugar cerrado que comporta la entrada. Atemperada su práctica desde el canon de la proporcionalidad esta última pudiera ser suficiente para cumplir con el fin de la diligencia si en definitiva se tratara simplemente de la aprehensión física del imputado, hipótesis que no se contempla en los preceptos comentados. Más aún podemos convenir que al abordarse en el segundo párrafo del art. 173 el contenido de la orden del instructor se está pensando sólo en el registro, *stricto sensu*, pero además exclusivamente cuando se dirige a la recogida de efectos o instrumentos del delito: “*expresando...los objetos que se buscan*”, lo que no puede ser óbice para que se siga la intelección sugerida en este comentario.

Procede, sin embargo, la Ley a distinguir el registro de “*un lugar público o privado*” (art. 173) del denominado “*allanamiento de morada*”, asimilado al de “*local*

*habitado o en sus dependencias cerradas*" (art. 174), aunque la única diferencia significativa entre ambas diligencias reside en que en el segundo caso se habrá de hacer "*prevención de allanamiento*" si en el acto no se obtiene el consentimiento del titular del domicilio. Por este último habrá de entender quien efectivamente desarrolla su vida privada en el lugar en que se pretende practicar la diligencia, independientemente de que se trate de quien tiene la propiedad dominical sobre el predio. El consentimiento podrá ser expreso, manifestado oralmente en el acto, o tácito, no presentando oposición a la realización del registro.

En este punto pueden suscitarse dos cuestiones: ¿pueden ser las personas jurídicas sujetos pasivos de la diligencia de "*allanamiento*"? y ¿siendo varios los residentes quién, sino todos, habrá de prestar el consentimiento?. El primero de estos interrogantes encuentra respuesta en una delimitación más precisa del bien jurídico protegido que la inmediata y literalmente deducible de la Constitución, donde recordemos se conjuga con el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, lo que, a su vez, trae consigo ineludiblemente la concreción del concepto de "domicilio" o, en los términos del Código Procesal Penal, de "morada" y sus asimilados. Afirmer que este derecho tendría un carácter instrumental o facilitador en exclusiva del derecho a la intimidad desplazaría a las personas jurídicas como sujeto pasivo por cuanto no sería este último un derecho predicable de aquéllas, siendo pues reconducible su situación a la de serlo cuando se tratare del registro, en los términos, del art. 173, de un "*lugar público o privado*". Siguiendo este orden de ideas y con apoyo en la genérica referencia a "*local habitado o en sus dependencias cerradas*" del art. 173, pueden suscitarse dudas acerca de cuál es el bien último protegido, máxime si procedemos a dilatar los contornos de la noción de "domicilio" o "morada" para definirlo como el «*espacio cerrado en el que el sujeto puede realizarse en libertad, sin someterse a otras reglas que las convencionales (eventualmente, entre los convivientes)*»<sup>9</sup>. En definitiva queremos significar que, más allá de la intimidad, la inviolabilidad domiciliaria serviría para proteger otro bien cual sería la privacidad, si por tal afirmamos el ámbito espacial en que se desarrolla no sólo nuestra vida personal o familiar sino también profesional, sobre la que además confluyen otros derechos constitucionalmente consagrados como la libertad de expresión (art. 6 Cn.), de asociación (art. 7 Cn.) o profesional (art. 9 Cn.) que por igual amparan a las personas jurídicas. Con estas premisas, tanto las personas físicas como las jurídicas serían titulares del derecho a la inviolabilidad domiciliaria y de consuno el requisito del consentimiento sería aplicable en ambos casos, que, cuando proceda, habrá de instarse de la persona que legalmente represente a la persona jurídica. Desde esta misma perspectiva, siendo varios los convivientes y no encontrándose jerarquizados, por cuanto en este caso se exigiría la autorización de quien ejerce las funciones directivas, hemos que confirmar que bastará la autorización de cualquiera de ellos para el registro de elementos comunes, aunque también bastará su oposición para que se necesite una orden judicial. Mas si dentro del lugar existieran partes privativas, "*dependencias*", sólo el consentimiento del titular convalidaría el registro.

9 PEDRAZ PENALVA, E., "El registro domiciliario", en *Comentarios sobre la reforma procesal (Ley 10/92, de 30 de abril)*, Oviedo, 1992, pág. 203.



Tratándose de una actuación restrictiva de derechos se encuentra sometida al principio de exclusividad jurisdiccional, aunque con ciertas excepciones que ya abordaremos. Sujeto activo de la diligencia será en consecuencia el instructor de la causa quien, y a pesar de que a tenor de lo previsto en el art. 173 habrá de actuar rogadoamente, también a instancia del imputado, cabe que acuerde el registro de oficio cuando sea él mismo quien dirija la investigación. Las excepciones a este principio, ya enunciadas en el art. 20 Cn. y con la salvedad representada por las situaciones de anormalidad constitucional (estado de excepción regulado en los arts. 29 a 31 Cn.) vienen dispuestas en el art. 177, permitiéndose a la policía, o presumimos al fiscal, que practiquen el registro, o en puridad entrada en el lugar, sin necesidad de requerir la autorización judicial en tres situaciones: en persecución de un presunto delincuente, para prevenir la comisión de un delito flagrante, o en casos de urgencia y grave riesgo para la vida o la propiedad. Consideramos que la actuación policial revestirá la forma de entrada y no de registro, en sus estrictos términos, por cuanto, objeto de la misma será en definitiva la captura de un delincuente en función de una investigación criminal en curso. El último supuesto resulta de plano excluido de ser considerado un registro, siendo criticable, incluso, la oportunidad de que se regule en esta sede. Dada su excepcionalidad, la virtualidad de estas actuaciones debe interpretarse restrictivamente, ateniéndose la policía a los estrictos términos de la ley, lo que nos lleva a colegir que habiendo procedido la policía a efectuar el allanamiento o entrada en el lugar en respuesta a un grave riesgo para la vida o la propiedad y una vez conjugado el mismo, así como en el resto de los casos aprehendido el delincuente y asegurados los objetos que allí se encontraran, la continuación del registro exigirá la precisa autorización judicial. Por otro lado, siendo explicable sobre la base de la naturaleza de la intervención la no exigencia previa de una orden formal de registro dictada por el órgano competente, resulta criticable la inexistencia de control jurisdiccional alguno sobre estas actuaciones policiales ulterior a la misma en orden a evitar eventuales prácticas abusivas. En consecuencia, la instauración forense de un trámite convalidatorio de la diligencia ante el instructor parece altamente recomendable, tanto más cuando ello se prevé en el segundo párrafo del art. 180 para el secuestro de bienes practicado por la policía o la Fiscalía General de la República “*en casos urgentes*”. Nada se opone a que resulten también autorizados los particulares en las mismas situaciones que permiten el registro policial.

La orden de registro judicial habrá de cumplir con una serie de requisitos formales, el modo escrito, y de contenido, como se previene en el segundo inciso del art. 173, debiendo especificarse las circunstancias de lugar, tiempo, para lo cual se habilitan las 24 horas del día (art. 176), y objeto, además de los indicios que hacen procedente esta medida en los términos del primer párrafo del precepto referido, esto es, en orden bien a aprehender a un delincuente bien a localizar y secuestrar efectos e instrumentos del “*hecho punible que se investiga*”. Tal enunciado excluye la realización de registros de carácter predelictual o de prospección, desvinculados pues de un delito que está actualmente siendo investigado, por lo tanto sobre cuya existencia real haya suficientes indicios. En relación con este último punto resulta destacable la exigencia de que el instructor evite formulaciones genéricas o preelaboradas que pudieran frustrar la inexcusable motivación particular en cada caso.



La orden será notificada en el acto de practicar el registro al sujeto pasivo de la medida o, en su defecto *"a su encargado y, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad que se encuentre en el lugar"* (art. 175.I). Resultando infructuoso el intento de practicar la notificación en forma por no hallarse a nadie en el lugar, ello no afectará en sustancia al registro que se llevará a cabo reflejando esta circunstancia en el acta (art. 175.I, *in fine*). En orden, no obstante, a preservar las garantías que presiden la realización de esta diligencia, particularmente para posibilitar la presencia del sujeto pasivo, convenimos en que conociéndose el lugar donde aquél se encontrara, incluso cuando fuera revelado en el momento por quien sí fuera habido, se le haga saber para que si así lo desea se persone. Pero además, no siendo extraño que la diligencia de registro se combine con otras actuaciones de investigación, como pueden ser declaraciones testimoniales o el interrogatorio del imputado, la presencia del sujeto pasivo del registro, coincida o no con el último citado, puede revestir un indudable interés.

Los propios funcionarios policiales serán quienes comúnmente se encarguen de la ejecución material de la diligencia que se desarrollará, ateniéndonos a la letra de la Ley, en presencia, esta eventual, del sujeto pasivo o del que en su lugar fuera habido, a quien *"se le invitará a presenciar el registro"* y, necesariamente, de dos testigos, siendo facultativa también aunque recomendable la intervención del fiscal y del instructor (arts. 173.II y III y 175). Al hilo de esta última afirmación hemos de destacar que, aunque en los términos de la Ley, la actuación del sujeto pasivo y de los testigos tendrá un carácter no activo, meramente presencial, nada obsta para que puedan instar de los agentes determinadas acciones tales como una concreta forma de reflejar lo practicado en el acta, petición que acaso fuera más atendible cuando la diligencia contara con la presencia del fiscal o del instructor. Todos los sujetos concurrentes habrán de suscribir el acta resultante de la diligencia (art. 175.II). Cabe, no obstante, que alguno de los intervinientes se negara a hacerlo, en cuyo caso se hará constar en el acta (art. 1275.II, *in fine*), estimamos que con expresión de las razones aducidas para ello.

La denominada "requisa personal" compromete también derechos de dimensión constitucional tales como el derecho a la intimidad personal (art. 2 Cn.) o a la libertad ambulatoria (arts. 2, 5 y 8 Cn.). De ahí que sea censurable la previsión legal contenida en el art. 178, que ajeno a la exigible jurisdiccionalidad de la medida deposita en manos de la policía la decisión discrecional de proceder a ella. La validez del acta donde se documente la diligencia vendrá condicionada porque se especifiquen claramente los *"motivos suficientes"* que llevaron al agente a *"presumir"* que el sujeto ocultaba objetos relacionados con un ilícito, excluyéndose también en este supuesto actuaciones predelictuales o de prospección. La misma conclusión ya vertida en el párrafo anterior acerca de la negativa a firmar el acta por parte del sujeto pasivo será trasladable aquí.

El eventual registro de vehículos, muebles y compartimentos cerrados que con arreglo a la Ley (art. 178.A) seguirá las reglas previstas para la "requisa personal" es merecedor, no obstante de dos comentarios aclaratorios. El primero relativo a que no



resultará aplicable lo prevenido en este precepto cuando el vehículo objeto de registro pueda ser calificado como “morada” o “domicilio” en los términos puestos de manifiesto más arriba y por lo tanto siendo subsumible en el supuesto de hecho contenido en el art. 174 de este Código. Y segundo, el que en virtud de este precepto la policía esté autorizada para practicar *proprio motu* el registro de “muebles y compartimentos cerrados” no puede servir para desvirtuar las garantías que se asocian al registro de lugares.

Finalmente, la cláusula de cierre de este Capítulo III contiene un apercibimiento general relativo al preceptivo respeto de los derechos constitucionales en la realización de diligencias como las comentadas, poniendo énfasis en la dignidad y la propiedad, pero sin descuidar otros contenido en el mismo art. 2 Cn donde se recogen aquéllos como el derecho a la libertad, y a la integridad física y moral que comporta la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, entre otros.

## CAPITULO IV

### SECUESTRO

#### Orden de Secuestro.

Art. 180.- El juez dispondrá que sean recogidos y conservados los objetos relacionados con el delito, los sujetos a comiso y aquéllos que puedan servir como medios de prueba; para ello, cuando sea necesario, ordenará su secuestro.

En casos urgentes, esta medida podrá ser ordenada por la policía o la Fiscalía General de la República. En todo caso el secuestro deberá ser ratificado por el juez, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. (2)

**Comentario.** Vid. comentario al art. 184 CPP.

**Concordancias.** Arts. 203, 248, 314 Inc. 1º No. 5, 444 CPP.

#### Orden de Presentación. Limitaciones.

Art. 181.- En los casos que el juez no disponga el secuestro, podrá ordenar, cuando sea oportuno, la presentación de los objetos o documentos a que se refiere el artículo anterior; pero esta orden no podrá dirigirse a las personas que deban abstenerse de declarar como testigos.

**Comentario.** Vid. comentario al art. 184 CPP.

**Concordancias.** Art. 187 CPP.

### **Custodia o Depósito.**

Art. 182.- No podrán ser depositarios los funcionarios o empleados judiciales, policiales o del Ministerio Público.

Los objetos y documentos secuestrados serán inventariados y puestos bajo segura custodia, a disposición del tribunal. El juez podrá ordenar el depósito si lo considera oportuno. Por excepción cuando la orden de secuestro recaiga sobre bienes caídos en comiso tales como vehículo de motor, naves, aeronaves, idóneos y apropiados u objetos útiles para el combate del crimen organizado, el Juez, previa solicitud de la Fiscalía General de la República, podrá ordenar su depósito a favor de la Policía Nacional Civil, quien deberá destinarlo inmediatamente y en forma exclusiva al combate del crimen organizado. Si el Juez estimare que tales bienes u objetos no son idóneos o apropiados para la Policía Nacional Civil, podrá ordenar su depósito a favor de la Fuerza Armada para sus fines institucionales (9)

Se podrá disponer la obtención de copias o reproducciones de los objetos y documentos secuestrados cuando estos puedan desaparecer, alterarse, sean de difícil custodia o convenga así al procedimiento.

Las cosas secuestradas serán aseguradas con el sello del tribunal y con la firma del secretario, para garantizar que no sean alteradas.

Si es necesario remover los sellos, se verificará previamente su identidad e integridad, dejando constancia.

**Comentario.** Vid. comentario al art. 184 CPP.

El comentario referido fue elaborado antes de la reforma contenida en el D.L. No. 487, del 18 de febrero de 2001, publicado en el D.O. No. 144, Tomo 352, del 31 de julio de 2001.

**Concordancias.** Arts. 203, 351 CPP.

### **Documentos Excluidos.**

Art. 183.- No se podrán secuestrar las cosas o documentos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo o ellos posean en su oficina, siempre que se trate de elementos útiles para la defensa. La protección no alcanzará a los instrumentos del delito.

**Comentario.** Vid. comentario al art. 184 CPP.

### **Devolución.**

Art. 184.- Los objetos secuestrados que no están sometidos a comiso, restitución o embargo, serán devueltos tan pronto como sea posible y conveniente a la persona en



cuyo poder se encontraban. Esta devolución podrá ordenarse provisionalmente, en calidad de depósito, e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos o presentarlos cuando el tribunal así lo requiera.

Los vehículos secuestrados que sean solicitados por la autoridad Central del Tratado Centroamericano sobre recuperación y evolución de vehículos hurtados, robados, apropiados o retenidos ilícita o indebidamente, le serán entregados, a la menor brevedad posible. (9)

Los objetos y documentos serán devueltos, en las mismas condiciones y según corresponda, al perjudicado o al poseedor e buena fe cuyo poder hayan sido secuestrados; y tratándose de objetos vinculados, directa o indirectamente, al crimen organizado, serán devueltos cuando el imputado o el que reclama el bien demuestre su posesión o propiedad. (9)

Cuando los objetos sean nocivos a la salud, de tenencia prohibida, peligrosa o de comercio no autorizado, el juez o tribunal ordenará su destrucción, en resolución debidamente fundamentada, cuando ya no sea necesario su conservación para el procedimiento.

Las armas de propiedad particular se devolverán a sus legítimos propietarios siempre que no hayan tenido intervención en el delito como autores o como cómplices, mediante la entrega en depósito.

Las armas de fuego de cualquier clase, en especial los pertrechos o elementos de guerra que hubieren caído en secuestro o fueren remitidos por la policía y las de dotación legal o reglamentaria de la Fuerza Armada y de la policía, serán remitidas de inmediato a la orden del juez o tribunal en el departamento de San Salvador, quienes las remitirán en depósito al Ministerio de la Defensa Nacional, y en el resto del país, a los respectivos comandantes departamentales, salvo en los casos del inciso 4o. del Art. 244 de este Código. Los jueces ordenarán que las diligencias que respecto a los objetos decomisados fueren necesarias practicar, se realicen en los organismos militares donde hubieran sido remitidas.

### **Comentario.**

El comentario a este artículo fue elaborado antes de la reforma contenida en el 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. El Capítulo IV del Título Quinto del CPP regula el secuestro de "*objetos relacionados con el delito*", efectos e instrumentos del ilícito, o "*sujetos a comiso*" (art. 180), no conformando pues un acto de investigación en sentido propio sino, más bien, una actuación asegurativa dirigida bien a garantizar la persistencia de aquéllos hasta su introducción en el juicio oral a través de los medios de prueba legalmente previstos; bien, en relación con los segundos y sin perjuicio de que revistieran también valor probatorio, una actuación cautelar de naturaleza patrimonial a modo de embargo preventivo, trabando bienes del imputado para hacer frente a las eventuales resultas

económicas del proceso. En consecuencia, esta diligencia comporta la afección de bienes al proceso, interesando el derecho constitucional a la propiedad y a la posesión y/o a la libre disposición de los bienes (arts. 2.I, 11 y 22 Cn.), lo que será determinante de la jurisdiccionalidad de esta medida y de la estricta observancia del principio de proporcionalidad en su adopción.

Como se advirtió, objeto del secuestro serán los efectos e instrumentos del delito y los bienes del imputado "*sujetos a comiso*", no obstante, la desposesión que esta diligencia comporta tiene varios límites, el primero de ellos de naturaleza constitucional, y los restantes incluidos en el Código Penal y en los preceptos comentados, que precisan de ciertas matizaciones. En este orden de ideas, si bien la Constitución proscribe taxativamente el secuestro, "*como instrumentos de delito, (de) la imprenta, sus accesorios o cualquier otro medio destinado a la difusión de pensamiento*" (art. 6.II), ello no es óbice para que se limite su libre disposición a efectos de comiso. Correlativamente, esta última actuación nunca podrá recaer sobre los bienes que resultan excluidos de comiso en virtud del art. 127 C.Penal. Pero además, con arreglo a lo prevenido en el art. 183 de este Código quedarán sustraídos del secuestro judicial las "*cosas y documentos*", afectos a la defensa siempre que no se trate de "*instrumentos del delito*", o, estimamos, que la medida no sea promovida precisamente por ella. La excepción representada porque los objetos en cuestión fueran en realidad "*instrumentos del delito*", que habrá de ser interpretada restrictivamente, evitará que este privilegio sea utilizado con el fin de ocultar elementos probatorios de naturaleza incriminatoria que hubieran sido descubiertos por la defensa, aunque sólo desde una peligrosa y repudiable lectura del papel del Letrado de la defensa como órgano colaborador con la Justicia podrá derivarse de aquella norma el deber de revelar su existencia.

La jurisdiccionalidad del secuestro se prescribe en el primer inciso art. 180, aunque "*en casos urgentes*" la medida podrá ser acordada por la policía o la Fiscalía General (segundo párrafo). La validez de esta última actuación dependerá, no obstante, de la convalidación judicial dentro de las 48 horas siguientes (segundo párrafo, *in fine*). El juez de instrucción habrá de motivar su decisión que revestirá la forma de auto (art. 129), tanto cuando sea propia como cuando actúe en funciones de supervisión del secuestro policial o fiscal, con base en la utilidad probatoria del objeto secuestrado o en la existencia de indicios relativos a la eventual responsabilidad civil del imputado, pormenorizando desde el canon de la proporcionalidad las razones que recomiendan la opción por el secuestro en lugar de la menos gravosa orden de presentación de objetos y documentos contemplada en el art. 181 de este Código, bajo sanción de nulidad (art. 130). Por otro lado, de la indeterminación del concepto de urgencia en el secuestro no judicial cabe derivar dos consecuencias atinentes al control de su regularidad: la primera, que tales situaciones, presente su excepcionalidad, tendrán que ser perfectamente explicitadas por el sujeto activo de la diligencia en el trámite convalidatorio; la segunda, que el instructor deberá ser especialmente cuidadoso en la comprobación de la presunta urgencia, aspecto éste que también deberá exteriorizar en la fundamentación del auto. Más aún, la convalidación del instructor



condicionará la eventual práctica ulterior de actos investigativos o de operaciones técnicas o científicas sobre el objeto secuestrado y los resultados que de ellos se obtengan, supuesto éste que, con arreglo a lo dispuesto en el inciso cuarto de art. 244, podrá ser causante, junto con la existencia de “*obstáculos insalvables*”, de una demora en el cumplimiento por parte de la policía o, a pesar del olvido legal, por la Fiscalía, de la inexcusable obligación de enviar “*de inmediato*” al depósito judicial los objetos aprehendidos. Para concluir este punto de lo ya manifestado se desprende que la decisión judicial podrá acordarse *ex officio*, o a instancia de los sujetos procesales, ya sea el fiscal, el querellante o el propio Abogado de la defensa.

Sujeto pasivo del secuestro será el titular dominical o poseedor del bien, que podrán no coincidir con el imputado. Efectivamente, es factible que el secuestro interese bienes de terceros, perjudicados o no por el delito, que habrán de ser notificados de la afección del bien. Las eventuales controversias que se susciten acerca de la titularidad del bien secuestrado se ventilarán por los trámites de las excepciones de previo pronunciamiento conforme a lo dispuesto en los arts. 278 y 279 CPP.

El destino de los bienes “*recogidos*” con los fines puestos de relieve será su depósito, ya sea en el propio juzgado, ya sea en el lugar destinado al efecto o en persona de confianza que actuará como depositario. Como se desprende de lo previsto en el inciso primero del art. 184, a título provisional podrá ser nombrado depositario de los bienes el mismo sujeto desposeído imponiéndosele “*la obligación de exhibirlos o presentarlos cuando el tribunal lo requiera*”, devolución que expresamente se generaliza cuando los objetos secuestrados sean armas de propiedad particular y su propietario no hubiera tenido intervención alguna en la comisión del delito (párrafo cuarto del mismo precepto). De la oportunidad de ser designados depositarios se excluye a los funcionarios o empleados judiciales, policiales o del Ministerio Público (art. 182.I), lo cual no es impedimento para que el local habilitado se encuentre en las propias dependencias policiales.

Los objetos secuestrados serán inventariados y guardados bajo el sello del tribunal y con la firma del secretario para prevenir su posible alteración, de forma que siendo necesaria la remoción de los sellos, aunque no mencionado con la autorización judicial, habrá de darse constancia, previa y ulteriormente a la práctica de la diligencia de que se trate, de la identidad e integridad de lo depositado (art. 182.II, IV y V). La naturaleza de los bienes sometidos a esta actuación asegurativa puede requerir, no obstante, la adopción de ciertas medidas precautorias, a saber:

1. La obtención de copias o reproducciones cuando pudieran desaparecer, alterarse, fuera difícil su custodia o “*convenga así al procedimiento*” (art. 182.III). Medida preventiva cuya generalización puede resultar conveniente siempre y cuando el coste económico de tales operaciones no sea excesivamente oneroso. La necesidad de realizar copias y reproducciones en el último supuesto que acoge el precepto comentado debe remitirse a aquellos casos en que alguno de los contendientes así lo requiera para preparar su posición.

2. Su destrucción cuando *“sean nocivos a la salud, de tenencia prohibida, peligrosa o de comercio no autorizado”*, siempre que no fuera necesaria su conservación para el procedimiento (art. 184.III). Tratándose de drogas, ha de recordarse la obligación que, en virtud del art. 67 de la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas (Decreto 728/1991, de 15 de marzo), contrae el órgano jurisdiccional de conservar muestras de la sustancia para tras la sentencia firme, en lugar de la *“sentencia definitiva”* que refiere la Ley, enviar los restos al Consejo Superior de la Salud Pública para su destrucción. La desaparición material del objeto secuestrado determina que las eventuales actuaciones que sobre el objeto o sustancia se practiquen habrán de cumplir los requisitos que para los denominados *“actos definitivos e irreproducibles”* se fijan en el art. 270, a cuyo comentario nos remitimos.

3. Tratándose de *“las armas de fuego de cualquier clase, en especial los pertrechos o elementos de guerra...y las de dotación legal o reglamentaria de la Fuerza Armada y de la policía”*, se prevé su depósito especial e inmediato en el Ministerio de la Defensa Nacional o en las comandancias departamentales según los casos (art. 184.V), inmediatez que se debe cohonestar con la posibilidad de que se demore la entrega en los términos del art. 244.

Tanto el eventual decomiso preventivo de dinero o valores por la autoridad aduanera, como medida acordada en el marco de la Ley contra el lavado de dinero o activos, de 1 de diciembre de 1998 (arts. 19 a 21) como el que se practique sobre mercaderías que se reputen contrabando, en aplicación de la Ley represiva del contrabando de mercaderías y de la defraudación de la renta de aduanas, de 26 de julio de 1961 (art. 25), habrá de ser convalidado por la autoridad judicial con arreglo a lo prevenido en el art. 180 CPP.

**Concordancias.** Art. 424 CPP.

## CAPITULO V

### TESTIGOS

#### Obligación de Testificar.

Art. 185.- Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre los hechos que se investigan, salvo las excepciones establecidas por la ley.

**Comentario.** Vid. el conjunto de este Capítulo.

**Concordancia.** Arts. 125, 172, 187 CPP.

**Facultad de Abstención.**



Art. 186.- No están obligados a testificar en contra del imputado, su cónyuge, compañero de vida o conviviente, ascendientes, descendientes o hermanos, adoptado y adoptante. No obstante, podrán hacerlo cuando así lo consideren conveniente.

También podrán abstenerse de testificar en contra del imputado sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo, a menos que el testigo sea denunciante, querellante, o que el hecho punible aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo.

En la citación o, antes de comenzar la declaración, el juez instruirá al testigo sobre la facultad de abstenerse, bajo pena de nulidad.

**Comentario.** Vid. el conjunto de este Capítulo.

**Concordancias.** Arts. 100, 231 CPP.

### ***Deber de Abstención.***

Art. 187.- No podrán declarar sobre los hechos que han llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad, los ministros de una iglesia con personalidad jurídica, los abogados, notarios, médicos, farmacéuticos y obstetras, según los términos del secreto profesional y los funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

Sin embargo, estas personas no podrán negar el testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.

Si el testigo invoca erróneamente ese deber con respecto a un hecho de los comprendidos en este artículo, se procederá a interrogarlo.

**Comentario.** Vid. el conjunto de este Capítulo.

**Concordancias.** Art. 181, 125, 232 Inc. 1º No. 2 CPP.

### ***Residentes fuera de la ciudad.***

Art. 188.- Cuando el testigo no resida en el lugar donde tenga su asiento el tribunal, se encomendará la declaración a la autoridad judicial de su residencia, salvo que el juez considere necesario hacerlo comparecer en razón de la gravedad del hecho investigado y la importancia del testimonio; en este caso, se fijarán prudencialmente los viáticos y gastos que correspondan y se adelantará su pago cuando sea necesario.

Lo dispuesto en el inciso anterior es sin perjuicio de la facultad que tiene el juez de constituirse en cualquier lugar del territorio nacional para la práctica de diligencias importantes, siempre que lo creyere conveniente e indispensable para la mejor comprobación de los hechos, previo aviso por cualquier medio al juez del lugar, para que le preste la cooperación necesaria.



**Comentario.** Vid. el conjunto de este Capítulo.

### **Negativa a Declarar.**

Art. 189.- Si después de comparecer el testigo se niega a declarar, se iniciará contra él causa penal.

**Comentario.** Vid. el conjunto de este Capítulo.

### **Apersonamiento Anticipado.**

Art. 190.- Cuando exista temor fundado de que un testigo se oculte o ausente, se ordenará su apersonamiento anticipado por medio de la seguridad pública para que quede a disposición del juez o tribunal. Esta medida sólo durará el tiempo indispensable para recibir la declaración y no excederá de veinticuatro horas.

**Comentario.** Vid. el conjunto de este Capítulo.

**Concordancias.** Art. 305, 313 CP Art. 337 CPP.

### **Forma de la Declaración.**

Art. 191.- Antes de comenzar la declaración, los testigos serán instruidos acerca de las penas de falso testimonio, para cuyo efecto les leerán los artículos pertinentes del Código Penal y prestarán juramento o promesa, bajo pena de nulidad, excepto los menores de doce años de edad y de los que en el primer momento de la investigación aparezcan como sospechosos o partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.

Enseguida, se procederá a interrogar separadamente a cada testigo conforme lo establecido en este Código, requiriendo su nombre, apellido, edad, estado familiar, documento de identidad que indique la ley, nombre del cónyuge, compañero de vida o conviviente, profesión, domicilio, vínculos de parentesco o de interés con las partes y cualquier circunstancia que sirva para apreciar su veracidad.

**Comentario.** Vid. el conjunto de este Capítulo.

**Concordancias.** Art. 348 CPP.

### **Tratamiento Especial.**

Art. 192.- Los Presidentes de los Órganos del Estado serán interrogados en sus oficinas, si por razones urgentes de su función no pueden concurrir a prestar declaración.



No estarán obligados a comparecer y podrán declarar por medio de informe escrito, bajo juramento, los representantes diplomáticos o consulares acreditados en el país.

**Comentario.** Vid. el conjunto de este Capítulo.

### **Declaración de Agentes, Funcionarios y Empleados encubiertos.**

Art. 192.-A.- La declaración de los agentes, funcionarios y empleados que hayan participado en operaciones encubiertas de la Policía Nacional Civil, con autorización por escrito del Fiscal General de la República tendrá la validez de prueba testimonial. (6)

**Comentario.** Vid. el conjunto de este Capítulo.

**Concordancias.** Arts. 25 CP. Arts. 15 CPP.

### **Interrogatorio de Personas Físicamente Impedidas.**

Art. 193.- Las personas que no puedan concurrir al tribunal por estar físicamente impedidas, serán interrogadas en su residencia o lugar donde se encuentren.

**Comentario.** Vid. el conjunto de este Capítulo.

### **Falso Testimonio.**

Art. 194.- Si un testigo incurre en falso testimonio, se certificará lo pertinente y remitirá a la Fiscalía General de la República para que formule el respectivo requerimiento.

**Comentario.** Como manifestación del interés público en la persecución y represión de los delitos y, correlativamente, del genérico deber de todos de colaborar con la administración de la justicia, el art. 185 contendrá la regla general referida a esta materia haciendo recaer sobre *“toda persona”* la obligación de comparecer y de declarar *“la verdad de cuanto sepa”*, a cuyo cumplimiento podrá ser coactivamente compelido, ya sea físicamente mediante su conducción por la fuerza pública a presencia judicial (arts. 190 y 333.3); ya sea bajo la admonición de incurrir en responsabilidad penal si no compareciera (arts. 313 y 338 CP), se negara a declarar (arts. 189 CPP y preceptos citados del CP) o prestara falso testimonio (arts. 194 CPP y 305 CP). Ciertamente es que, aunque no previsto, cabe que el sujeto justifique su incomparecencia, circunstancia ésta que habrá de ser valorada por el órgano jurisdiccional.

La posibilidad de utilizar el poder coactivo que reside en el uso de la fuerza pública para garantizar la comparecencia del testigo difiere según quién fuera la autoridad

requiriente. En este sentido, la conducción con carácter preventivo “*cuando exista temor fundado de que un testigo se oculte o ausente*”, con arreglo a lo previsto en el art. 190, queda reservada a la autoridad judicial, que habrá de motivar su decisión (arts. 129 y 130) constatando la existencia de indicios bastantes para conjeturar acerca del riesgo de desaparición del sujeto. Ciertamente que el aseguramiento preventivo de la persona del testigo en estos términos habrá de tener carácter excepcional, debiendo cesar tan pronto como se hubiere practicado la diligencia/medio de prueba con el límite máximo de 24 horas (art. 190, *in fine*). Atendiendo a las circunstancias particulares del caso y pudiendo revelarse insuficiente tal previsión legal para asegurar la presencia del testigo, sería admisible la imputación de un delito de desobediencia a mandato judicial (art. 313 CP) o a funcionario o autoridad pública (art. 338 CP), que posibilite su detención conforme a la ley.

Fuera de lo previsto en el capítulo objeto de este comentario, el mismo poder de coerción está presente también cuando, a instancia de parte o *ex officio*, el tribunal estima “*indispensable*” la intervención del testigo en el juicio oral (art. 333.3) y, sin contradecir lo afirmado más arriba, lo comparte el fiscal (art. 85), así como la policía, aunque como ya vimos en este caso sólo en función de la diligencia de inspección del lugar del hecho (art. 166).

Las excepciones al deber de comparecer para prestar el testimonio debido responderán a motivos diversos, a saber:

a) Por razones de índole práctica, y sin perjuicio de que “*la gravedad del hecho investigado y la importancia del testimonio*” aconsejen su comparecencia, las declaraciones de los sujetos que residan fuera de la población sede del tribunal se prestarán ante la autoridad judicial de su domicilio (art. 188), bien entendido que esta excepción será aplicable exclusivamente durante la instrucción de la causa y no una vez abierto el juicio oral, en cuyo caso la comparecencia y testimonio del sujeto ante el órgano sentenciador vendrá impuesto por el principio de inmediación, según se deriva de una correcta lectura del derecho de defensa.

b) Por motivos honoríficos, los Presidentes de Órganos del Estado podrán declarar en su oficina, aunque habrán de justificar su incomparecencia (“*si por motivos urgentes de su función no pueden concurrir a prestar declaración*” –art. 192.I), mientras los representantes diplomáticos o consulares acreditados en El Salvador podrán hacerlo por escrito, bajo juramento (art. 192.II), lo que no es óbice para que tanto unos como otros comparezcan si así lo desean, prestando su declaración de forma ordinaria. En ambos casos deberá habilitarse el mecanismo preciso que posibilite la efectiva contradicción en la práctica de la declaración.

c) Por motivos humanitarios, las personas impedidas serán interrogadas en su domicilio o lugar donde se encuentren (art. 193), aplicándose la misma lectura ya referida en el apartado anterior acerca de la vigencia del principio de contradicción.

d) Resulta confusa la excepción relativa a agentes, funcionarios y empleados encubiertos (art. 192.A), cuya eventual exoneración del deber de comparecer, exclusi-



vamente durante la investigación debe compatibilizarse con el pleno ejercicio del derecho de defensa por el imputado durante esta fase, particularmente en cuanto al derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo [art. 14.3,b) y e) PIDCP], que subyace en el dictado del art. 348 CPP.

El deber de declarar también presenta señaladas excepciones, bajo pena de nulidad de lo obtenido mediante el testimonio si no se cumplen las prescripciones legales (arts. 186.III y 187.I). En unos casos los exonerados de cumplirlo podrán prestar testimonio acerca de los particulares si así lo desean (parientes del imputado); en otros, la exención debe ser entendida, más bien, como una obligación de no prestar declaración dada la naturaleza de la relación existente entre el presumible testigo y el sujeto interesado en que no se revelen determinadas informaciones. Del tenor literal de la Ley, la situación queda como sigue:

1. En la reglamentación exención al deber de declarar atinente a los parientes procede la ley a discriminar artificiosamente el tratamiento de dos grupos: el primero integrado por el “*cónyuge, compañero de vida o conviviente, ascendientes, descendientes o hermanos, adoptado y adoptante*” del imputado (art. 186.I); el segundo, compuesto por los “*parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo*” (art. 186.II). En este orden de ideas, encontramos que, por mor de su regulación en párrafos separados, de los primeros sería predicable la posibilidad de declarar “*cuando así lo consideren conveniente*” (inciso primero, *in fine*), no reconociéndose expresamente tal facultad a los segundos; quienes, por el contrario, serían beneficiarios de la exención salvo que fueran al mismo tiempo denunciantes o querellantes, ofendidos por el delito o cuando el ilícito perjudicara a un pariente de igual grado o mayor cercanía parental que el imputado, circunstancia ésta aparentemente no aplicable a los primeros. Vayamos por partes.

En relación con la primera de las posibilidades, puede testimoniar si así lo desea el sujeto beneficiado por la excepción, hemos de concluir atribuyendo la misma facultad a unos y a otros, por cuanto como se titula en el encabezado de este precepto estamos ante una “*facultad de abstención*”, “*facultad*” de la que el sujeto puede hacer uso o no. Podemos convenir que por lo general, el sujeto prestará su testimonio cuando se trate de circunstancias favorables al imputado negándose a hacerlo en caso contrario.

Por motivos diversos, entre los que destaca la imposibilidad de que la Ley consagre la impunidad de quien hubieran cometido un crimen contra la persona o el patrimonio de un sujeto con el que mantenga una relación de parentesco como la contemplada en el párrafo primero, harían extensible también a éstos últimos la previsión del segundo inciso.

2. Para los sujetos enumerados en el art. 187 (“*los ministros de una iglesia con personalidad jurídica, los abogados, notarios, médicos, farmacéuticos y obstetras, según los términos del secreto profesional y los funcionarios públicos sobre secretos de Estado*”), no obstante, la excepción del deber de declarar se convierte en una obligación, proscribiéndose que, sin perjuicio de que el “*interesado*” les autorice para ello

(párrafo segundo), declaren “sobre los hechos que han llegado a su conocimiento en razón de su propio estado, oficio o profesión”. Acerca de este supuesto, conviene destacar que el “sujeto interesado” podrá coincidir o no con el imputado, por eso la ley utilizará ese vocablo (“interesado”).

Como ya destacamos, se inserta en este Capítulo un precepto relativo a la “forma de la declaración” como se rubrica el art. 191, que poco tiene que ver con el resto del articulado y que desde un punto de vista de una correcta ordenación habría de ser reubicado al abordar la práctica de los medios de prueba en las sesiones del juicio oral (arts. 345 y ss. CPP). Este precepto resultará perfectamente explicativo en la regulación de los aspectos que contempla: advertencia de las consecuencias penales de la prestación de falso testimonio, juramento promesa de decir verdad e inicio del interrogatorio por las conocidas como “preguntas generales de la ley” (nombre, domicilio, etc.), por lo que no requiere comentario alguno.

**Concordancias.** Art. 305 CP., Art. 337 CPP.

## CAPITULO VI

### PERITOS

#### Comentario.

La práctica de una pericia (“peritaje”<sup>10</sup>), cuya regulación se aborda en el Capítulo VI, tiene como fin proveer al juez “de las reglas precisas para que pueda valorar alguno (de los elementos ya)...aportados o a ilustrarle con su saber acerca de datos ya procesalmente existentes”<sup>11</sup>. Consiste pues en un juicio de valor sobre extremos trascendentes para la causa, cuya elaboración requiere un especial conocimiento del que carece el juez en alguna ciencia, arte o técnica. Sujeto activo de esta actuación será el perito, persona física ajena a la causa quien actuando como auxiliar del órgano jurisdiccional aplica su saber en el análisis y en la elaboración del preceptivo informe acerca de las circunstancias fácticas u objetos materiales que se someten a su consideración. Con carácter previo al análisis de los preceptos contenidos en este Capítulo, debemos hacer constar ciertas observaciones:

1. Debe distinguirse la práctica de este medio de prueba en el juicio oral, en cuyo caso revestirá valor probatorio, de los casos en que el dictamen constituye, más bien, un acto de investigación contribuyendo pues a la comprobación de los hechos o de la participación del presunto autor, como expresamente se prevé en el art. 171 para

---

10 Recordar la distinción que con arreglo al Diccionario de la Real Academia la Lengua Española, existe entre perito, la persona “sabia, experimentada, hábil o práctica, en una ciencia o arte”, pericia, “la sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte” y peritaje o peritación, que es el estudio realizado por el perito.

11 PEDRAZ PENALVA, E., “Reflexiones sobre la prueba pericial en los procesos penal y civil. Particular consideración de la pericia psiquiátrica”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, p. 411.



las inspecciones y reconstrucciones, a fin de que el fiscal resuelva sobre el ejercicio de la acción penal o el instructor sobre la procedencia de abrir el juicio oral (art. 322 CPP).

2. La consideración del perito como persona física no decae porque esta función se encomiende a un colegio donde se integren varios sujetos, cada uno de los cuales ostentará individualmente tal condición, debiendo firmar el informe resultante y siendo, también individualmente, responsables por lo indebidamente actuado.

3. A pesar de que en ocasiones los resultados efectivos derivados de su actuación no guardan diferencia alguna, no debe confundirse al perito con los “consultores técnicos”, previstos en el art. 117 CPP, también expertos en alguna ciencia, arte o técnica que pueden asistir a las partes. Estos últimos, aunque intervienen en la realización de la pericia y se harán constar las observaciones que efectuaran, no emiten dictamen alguno, y por ello lo que pongan de manifiesto carecerá de efectos para la formación de la voluntad del juzgador.

La articulación de esta diligencia investigativa/probatoria en el CPP adolece de un notable desorden al entremezclar la regulación de aspectos relativos a las obligaciones y derechos de los peritos (art. 197 a 199, 208 y 209) con otros que tienen que ver con la práctica de pericia (arts. 200 a 207 y 210).

### **Procedencia y Autopsias.**

Art. 195.- El Juez o Tribunal ordenará peritajes, cuando, para descubrir o valorar un elemento de prueba, sea necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica.

En caso de muerte violenta, súbita o sospechosa de criminalidad, se practicará de inmediato la autopsia a través del Instituto de Medicina Legal.

**Comentario.** Vid. el conjunto del capítulo.

**Concordancias.** Arts. 117, 121, 168, 169, 172, 345, 346 CPP.

### **Calidad Habilitante.**

Art. 196.- Los peritos deberán tener título en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de pronunciarse, siempre que la profesión, arte o técnica estén reglamentadas. En caso contrario, podrá designarse a personas de idoneidad manifiesta.

También podrá designarse a un perito con título obtenido en el extranjero cuando posea una experiencia o idoneidad especial.

**Comentario.** Vid. el conjunto del capítulo.

### **Obligatoriedad del Cargo.**

Art. 197.- El designado como perito deberá desempeñar fielmente el cargo y lo hará bajo juramento.

**Comentario.** Vid. el conjunto del capítulo.

### **Incapacidad e Incompatibilidad.**

Art. 198.- No podrán ser peritos los menores de edad, los mentalmente incapaces, los que puedan abstenerse de declarar como testigos o hayan sido citados como tales y los inhabilitados para ejercer la ciencia, arte o técnica de que se trate.

**Comentario.** Vid. el conjunto del capítulo.

### **Impedimentos.**

Art. 199.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, serán causas legales de impedimentos de los peritos las establecidas para los jueces.

El incidente será resuelto por el juez o tribunal y se aplicarán, en lo pertinente, las reglas sobre excusa y recusación.

**Comentario.** Vid. el conjunto del capítulo.

**Concordancias.** Art. 73, 74 CPP.

### **Nombramiento y Notificación.**

Art. 200.- El juez o tribunal designará un perito, salvo que estime necesario nombrar otros. La realización de la pericia será notificada a las partes con la indicación de los puntos de pericia y del nombre del perito.

**Comentario.** Vid. el conjunto del capítulo.

### **Facultad de Proponer.**

Art. 201.- En el término de tres días a partir de la notificación, las partes podrán proponer a su costa otro perito, sin perjuicio de la participación de los consultores técnicos.

También podrán proponer puntos de pericia distintos u objetar los propuestos por el juez o tribunal. Este resolverá de inmediato, sin recurso alguno.

**Comentario.** Vid. el conjunto del capítulo.



**Concordancias.** Arts. 116, 117 CPP.

### **Dirección del Peritaje.**

Art. 202.- El juez o tribunal formulará las cuestiones objeto del peritaje, fijará el plazo en que ha de realizarse el peritaje y pondrá a disposición de los peritos las actuaciones y elementos necesarios para cumplir el acto.

**Comentario.** Vid. el conjunto del capítulo.

### **Conservación de Objetos.**

Art. 203.- Tanto el juez o tribunal como los peritos procurarán que los objetos a examinar sean en lo posible conservados, de modo que el peritaje pueda repetirse. Si es necesario destruir o alterar los objetos o sustancias a analizarse o existe discrepancia sobre el modo de realizar las operaciones, los peritos informarán al juez antes de proceder.

**Comentario.** Vid. el conjunto del capítulo.

**Concordancias.** Art. 128, 180, 182 Inc. 4o, 248, 314 No. 5, l 351 CPP.

### **Ejecución.**

Art. 204.- Siempre que sea posible y conveniente, los peritos practicarán conjuntamente el examen y deliberarán en sesión conjunta a la que podrán asistir los consultores técnicos, las partes y quien designe el juez o tribunal.

**Comentario.** Vid. el conjunto del capítulo.

**Concordancias.** Arts. 116, 117 CPP.

### **Peritos Nuevos.**

Art. 205.- Si los informes discrepan en puntos fundamentales, el juez o tribunal podrá nombrar uno o más peritos nuevos, según la importancia del caso, para que evalúen las conclusiones y, si es necesario, realicen otra vez el peritaje.

**Comentario.** Vid. el conjunto del capítulo.

### **Dictamen.**

Art. 206.- El dictamen pericial se expedirá por escrito o se hará constar en acta, y contendrá en cuanto sea posible:



- 1) La descripción de la persona, objeto, substancia o hecho examinado, tal como han sido observados;
- 2) Una relación detallada de las operaciones, de su resultado y la fecha en que se practicaron;
- 3) Las observaciones de los consultores técnicos; y
- 4) Las conclusiones que formulen los peritos.

**Comentario.** Vid. el conjunto del capítulo.

**Concordancias.** Arts. 116, 117 CPP.

### **Cotejo de Documentos.**

Art. 207.- Cuando se trate de examinar o cotejar escritos, el juez o tribunal ordenará la presentación de escritura de comparación, pudiendo usarse documentos públicos, auténticos o privados, si no existen dudas sobre su autenticidad. Para la obtención de ellos podrá disponer el juez o el tribunal el secuestro, salvo que se trate de documentos excluidos. También dispondrá que alguna persona escriba de su puño y letra un cuerpo de escritura, siempre con su consentimiento.

**Comentario.** Vid. el conjunto del capítulo.

### **Reserva.**

Art. 208.- El perito guardará reserva de todo cuanto conozca con motivo de su actuación.

El juez o tribunal sustituirá a los peritos en caso de mal desempeño de sus funciones.

**Comentario.** Vid. el conjunto del capítulo.

**Concordancias.** Art. 272 Inc. 2º CPP.

### **Honorarios.**

Art. 209.- Los peritos nombrados de oficio tendrán derecho a cobrar los honorarios que fije el juez o tribunal, de acuerdo a la ley, salvo cuando reciban un sueldo como peritos permanentes.

**Comentario.** Vid. el conjunto del capítulo.

### **Traductores e Intérpretes.**

Art. 210.- Las normas relativas a los peritos regirán, en lo pertinente, respecto de los traductores o intérpretes.



## Comentario.

Desde la perspectiva que ofrecen los presupuestos ya referidos, como se dispone en el art. 195, será el juez o tribunal quien aprecie la necesidad y la conveniencia de realizar un examen pericial en orden a “*descubrir o valorar un elemento de prueba*”, procediendo, bien de oficio, bien a instancia de los sujetos personados en la causa, cuando así lo soliciten estos últimos en sus escritos de acusación y defensa (arts. 314.5 y 316.12 y 13, respectivamente). El juez o tribunal habrá de motivar en todo caso la decisión por la que acuerde la práctica del peritaje, cuando proceda, admitiendo o inadmitiendo la propuesta por los contendientes (arts. 129, 130 y 320.10). Sólo en los casos de “*muerte violenta, súbita o sospechosa de criminalidad*” cede la discrecionalidad judicial, debiendo el órgano jurisdiccional disponer “*de inmediato*” la autopsia de cadáver en el Instituto de Medicina Legal, con arreglo a lo ya referido en el comentario al art. 169.

El estatuto jurídico de los peritos se encuentra regulado de modo disperso en los arts. 196 (requisitos de titulación o conocimientos exigibles), 197 (obligación de aceptar el cargo), 198 (incapacidades e incompatibilidades), 198 y 199 (impedimentos), 208 (obligación de reserva) y 209 (honorarios), pudiendo ser estructurado en tres bloques temáticos: (1) requisitos para desempeñar el cargo, (2) deberes y (3) derechos del perito.

1. El CPP se revela favorable a los peritos titulados frente a los no titulados, en su caso, “*personas de idoneidad manifiesta*” (art. 196). Debemos, no obstante, trascender la dicción literal del art. 196, que parece considerar que los últimos entrarían en juego exclusivamente cuando la profesión, arte o técnica no estén reglamentadas, para llevar a cabo una interpretación más comprensiva de las distintas situaciones fácticas que pueden surgir en el normal devenir del proceso, como ocurrirá cuando, por no haber o no encontrarse disponible peritos titulados dentro de la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional, su localización y traída a la causa pueda ser determinante de una dilación importante en su tramitación o comporte graves trastornos en la ordinaria sustanciación de la causa. Sin perjuicio de que el juez pueda estimar que tampoco existe en el lugar “*persona idónea*” para desempeñar la labor. Al no prevenirse un sistema de designación mediante sorteo sobre listas de candidatos preestablecidas, la idoneidad del sujeto, además, intervendrá en el proceso de selección del perito cuando fueran varios los candidatos titulados para ocupar y ejercer esta función, aunque el juez habrá de concretar los motivos que le llevan a cualificar en mayor medida a unos que a otros. De cualquier forma, la inhabilitación del sujeto, entendemos que por sentencia firme, para ejercer la ciencia, arte o técnica de que se trate constituirá, como se establece en el art. 198, *in fine*, impedimento insalvable en orden a ser designado como perito, ni siquiera tomando en consideración su hipotética idoneidad.

La previsión contenida en el párrafo segundo del art. 196 en relación con los sujetos titulados fuera de El Salvador, quienes podrán actuar como peritos bajo las mismas condiciones que los mencionados en el inciso anterior de este mismo precepto “*cuando posean una experiencia e idoneidad especial*”, y en consecuencia siempre de modo subsidiario a los titulados nacionales, no resultará aplicable a aquéllos cuyo título se encuentra reconocido u homologado por las autoridades, que resultan asimi-

lados a los últimos mencionados a todos los efectos, entre los que se cuenta el poder ser designados como peritos con carácter principal o preferente.

Amén del supuesto en que el sujeto se encuentre inhabilitado para desarrollar la actividad, el art. 198 fija los requisitos relativos a la capacidad del perito, excluyéndose a menores e incapaces psíquicos. En este último caso, hemos de convenir en que la incapacidad mental del sujeto tendrá que haber sido declarada por sentencia firme, además de que se ha de tomar en consideración la posibilidad de que una determinada incapacidad física pudiera obstaculizar la realización de ciertos peritajes.

El único supuesto de incompatibilidad que se contempla en el art. 198 hace referencia al hecho de que el sujeto haya sido citado como testigo, excluyéndose pues figuras intermedias tales como el testigo-perito, aunque sea evidente que el testimonio prestado se encontrará notablemente influenciado por su saber. La mención en este mismo precepto de "*los que puedan abstenerse de declarar como testigos*" ha de ponerse en relación con los "impedimentos" para desempeñar esta labor, entre los que se encuentran, por expresa remisión en el art. 199, el parentesco o el asesoramiento de alguno de los contendientes (art. 73). Por lo que antes de poder interpretarse esta incompatibilidad en los mismos términos en que actúa en relación con la prueba testifical, es decir, como una facultad de la que se puede hacer uso o no, para los peritos tendrá un carácter necesario e indisponible.

2. El deber más inmediato del sujeto designado como perito es, como se desprende del dictado del art. 197, aceptar el encargo, debiendo excusarse si, no obstante, estuviera incurso en alguno de los supuestos que constituye impedimento para el ejercicio esta función (art. 199). El perito, desde su aceptación, tendrá que cumplir fielmente con su tarea bajo juramento o promesa (art. 197, *in fine*), lo que nos conduce a lo que en su momento se comentó acerca de la previsión contenida en el art. 121, bajo sanción penal, como se dispone en el art. 305 CP si "*afirmaren una falsedad u omitiesen la verdad en sus manifestaciones*", amen de su remoción en el cargo.

Además de estos deberes genéricos, se prevén en el articulado dos deberes específicos:

a) La excusa o abstención del sujeto cuando se encontrara en alguno de los supuestos contemplados en el art. 73, aplicable a los jueces, incluso cuando la causa tuviera carácter sobrevenido, y sin perjuicio de que si se formula la oportuna excusa el sujeto sea recusado por alguno de las partes (art. 199). Nos remitimos en este punto a lo ya comentado al abordar los preceptos relativos a las causas y al procedimiento para la excusa y recusación de los jueces.

b) El deber de "reserva" o secreto de cuanto conozca en el ejercicio de sus funciones, con arreglo a lo prevenido en el art. 208. Este deber, no obstante, no puede



ser llevado hasta sus últimas consecuencias, siendo pues comprensible la eventual consulta del perito a terceros expertos cuando fuera necesario para practicar su examen.

3. En cuanto a sus derechos, la Ley prevé la percepción por el perito de los honorarios que, fijados por el juez, le correspondan, salvo que se trate de peritos permanentes, los cuales percibirán ya un sueldo (art. 209).

El procedimiento para la practica de la pericial se regulará en los arts. 200 a 207 CPP, pensados para los supuestos en que esta diligencia tiene lugar una vez abierto el juicio oral, como medio de prueba. Poniendo estos preceptos en conexión con otros integrados en la Ley Procesal Penal y como ya advertimos, la prueba pericial podrá ser acordada *ex officio* por el órgano jurisdiccional (art. 352 CPP) o a instancia de parte (arts. 314 y 316 CPP), en cuyo caso, su práctica requerirá que el primero coincida con el solicitante en cuanto a su pertinencia y utilidad (arts. 318 y 320 CPP). Acordada la realización del peritaje, el juez designará el o los peritos que estime precisos, fijando además el objeto sobre el que recaerá su actuación (art. 200 CPP). Ambas circunstancias habrán de ser notificadas a las partes quienes en el plazo de 3 días, podrán proponer el nombramiento de otro perito a su costa y/o puntos nuevos sobre los que practicar el peritaje y/o se opondrán a los propuestos por el juez o tribunal (art. 201 CPP), cuando lo estimen conveniente, objetando de plano la realización de esta diligencia. El literal dictado del resto de los preceptos es perfectamente explicativo no requiriendo comentario alguno, con las salvedades que a continuación se expone:

1. En relación con la conservación del objeto sobre el que recaiga el peritaje, a la que se refiere el art. 203 CPP, o de muestras del mismo, convenimos en afirmar que a la vista de los actuales avances técnicos, ello es posible casi en cualquier situación, aunque el cumplimiento de esta última previsión exigirá la consecuente dotación de medios que la haga factible. Por otro lado, el voluntarismo del enunciado legal, se habla de "*procurarán*", debe estimarse aplicable por igual tanto en los supuestos en que el peritaje toma la forma de diligencia investigativa como a aquéllos otros en que constituye, más bien, un medio de prueba.

2. Respecto al contenido del informe pericial, en concreto cuando el apartado 2) del art. 206 CPP hace mención a "*una relación detallada de las operaciones*" practicadas, contribuirá a posibilitar una efectiva contradicción en el plenario que los peritos no se limiten a describir tales operaciones, sino que además justifiquen la elección de un determinado procedimiento de análisis en lugar de otro, cuando quepa la opción, máxime cuando su realización haya conllevado la destrucción parcial o total de la cosa y aunque, con arreglo al art. 203, fueran autorizados para ello por el órgano jurisdiccional. No bastará en este punto con que el dictamen refleje las observaciones efectuadas por los consultores técnicos presentes.

3. En la hipótesis de que, ante la carencia de otros elementos de comparación para efectuar un cotejo de letras, el juez o el tribunal se vea obligado a instar de una

persona que “*escriba de su puño y letra un cuerpo de escritura*”, se correrá el riesgo de que esta actuación se torne impracticable dada la aparente imposibilidad de compeler al sujeto a efectuarlo, pues como reza el art. 207 tal diligencia se llevará a cabo “*siempre con su consentimiento*”. La consideración de la negativa subsumible en el tipo penal de la desobediencia a mandato judicial (art. 313 CP) tendrá efectos correctores de esta desviación.

**Concordancias.** Arts. 118, 329 CPP.

## CAPITULO VI-BIS

### Régimen de protección para testigos y peritos.

Art. 210-A.- Las medidas de protección previstas en este Capítulo son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos de actos delictivos intervengan en procesos penales, sea en sede administrativa o judicial. (8)

Art. 210-B.- Para que sean de aplicación las disposiciones del presente Capítulo será necesario que la autoridad correspondiente, sea de oficio o a solicitud de parte, aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en él mismo, o su entorno familiar, comprendiéndose en él a su cóyuge, o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos. (8)

Art. 210-C.- Cualquier persona que a título de testigo o perito encuadre en la previsión del artículo 210-A, podrá solicitar que se preserve su identidad personal por el medio que la autoridad competente considere idóneo. (8)

Art. 210-D.- Apreciada la circunstancia de peligro o riesgo, la autoridad actuante, adoptará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos o peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar entre otras las siguientes decisiones:

a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave que se mantendrá en reserva.

b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

c) Que las citaciones y notificaciones se cursen reservadamente a su destinatario.

d) Que el testigo o perito sea conducido en vehículo oficial.

e) Que se establezca una zona de exclusión para la recepción del testigo o perito, así como para tomar sus declaraciones.

f) Que se le brinde protección policial especial, y,

g) Que se emplee un local reservado para su uso exclusivo, convenientemente



custodiado, donde deba prestar testimonio. Las medidas a que se refieren los literales a) y g) cuando se trate de procesos penales quedan libradas a su adopción por el Juez competente. (8)

Art 210-E - Las autoridades actuantes cuidarán de evitar que a los testigos o peritos, cuando exista razonable presunción de riesgo a criterio de la autoridad, se les tomen fotografías o se registre su imagen por cualquier otro procedimiento, pudiéndose proceder por parte de la autoridad policial previa disposición del juez actuante en el marco de su competencia, al retiro de material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniere esta prohibición, levantándose un acta en tal sentido.

Una vez finalizada la intervención del testigo o perito, si se mantuviera la circunstancia de peligro grave prevista en este decreto, se brindará en su caso, protección policial. (8)

Art. 210-F.- Los testigos y peritos tendrán además derecho a:

- a) Ser notificados de la sentencia definitiva del proceso en primera y segunda instancia.
- b) Ser informados de la evasión o puesta en libertad inminente del procesado o condenado.
- c) Recibir asesoría legal gratuita.
- d) Ser informados del desarrollo del proceso judicial.
- e) Que se le brinde protección contra más perjuicios, amenazas u hostigamiento por el inculpado o terceros, en su integridad física y psicológica así como sobre sus bienes o entorno familiar.

Las medidas a que se refieren los literales a) y d) cuando se trate de procesos penales el juez competente las adoptará a su discreción. (8)

Art. 210-G.- Las disposiciones contenidas en el presente capítulo son aplicables en lo pertinente para la víctima de un hecho delictivo. (8)

En caso de existir negativa de la persona a ser reconocida, el imputado podrá ser compelido a comparecer ante el Juez para la práctica de la diligencia, haciendo uso de la fuerza pública, respetando su dignidad. (9)

No hay comentarios a este capítulo debido a que los mismos se incorporaron en fecha posterior a la elaboración de la primera versión de la obra, por medio de 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.

## CAPITULO VII

### RECONOCIMIENTOS

#### **Comentario.**

Regula el Capítulo VII la realización de reconocimientos de personas o de objetos como acto de investigación, sin perjuicio de que esta misma actuación pueda efectuarse durante las sesiones del juicio oral, con arreglo a lo previsto en los arts. 348 y 351 CPP, ostentando en este último caso valor probatorio. Hemos de enfatizar la trascendencia del reconocimiento de la persona del imputado, por cuanto no encontrándose suficientemente individualizado procederá decretar el archivo de la causa (art. 246), constituyendo esta actuación un paso previo y necesario para la adopción de medidas cautelares de naturaleza personal sobre el sujeto. Correlativamente, la diligencia de reconocimiento del imputado sólo será necesaria cuando existan dudas en la identificación del presunto delincuente.

No se contempla en este Capítulo la eventual identificación del imputado por otros medios distintos a la práctica de ruedas de identificación (art. 213) o mediante fotografías (art. 215), tales como la realización de exámenes técnicos sobre muestras corporales del sujeto: ADN, sangre, cabellos, etc., cuya virtualidad seguirá en régimen general ya referido de las diligencias periciales (Capítulo VI) en conexión con las “*inspecciones corporales*”, previstas en el art. 167 CPP.

#### **Casos.**

Art. 211.- El juez o tribunal podrá ordenar que se practique el reconocimiento de una persona, para identificarla o para establecer que quien la menciona o alude efectivamente la conoce o la ha visto.

**Comentario.** Vid. el conjunto de este capítulo.

#### **Interrogatorio Previo.**

Art. 212.- Antes del reconocimiento, quien haya de practicarlo será interrogado para que describa a la persona de que se trata y para que diga si la conoce o si con anterioridad o posterioridad al hecho la ha visto personalmente o en imagen.

**Comentario.** Vid. el conjunto de este capítulo.

**Concordancias.** Arts. 118, 329 CPP.

#### **Modo de Reconocer.**

Art. 213.- Después del interrogatorio se pondrá a la vista del que haya de verificar el reconocimiento, a la persona a reconocer, junto con otras de apariencia semejante. En presencia de ellas o desde un lugar donde no pueda ser visto, según el juez o tribunal lo estime oportuno, el declarante manifestará con claridad si allí se encuentra la persona a que ha hecho referencia.



Del reconocimiento se elaborará un acta y se dejará constancia del nombre y domicilio de quienes participaron en el acto.

**Comentario.** Vid. el conjunto de este capítulo.

**Concordancias.** Arts. 123, 124, 244, 276 CPP.

### **Pluralidad de Reconocimientos.**

Art. 214.- Cuando varias personas tengan que reconocer a una, cada reconocimiento se practicará separadamente, sin que aquéllas se comuniquen entre sí, pero podrá levantarse una sola acta. Cuando sean varias las personas a las que una tenga que identificar, el reconocimiento de todas podrá efectuarse en un solo acto.

**Comentario.** Vid. el conjunto de este capítulo.

### **Reconocimiento por Fotografía.**

Art. 215.- Cuando sea necesario reconocer a una persona que no esté presente ni pueda ser habida, se exhibirá su fotografía a quien efectúe el reconocimiento, junto con otras semejantes de distintas personas. En lo demás, se observarán las disposiciones precedentes.

**Comentario.** Vid. el conjunto de este capítulo.

### **Reconocimiento de Objetos.**

Art. 216.- Antes del reconocimiento de un objeto, el juez invitará a la persona que deba reconocerlo a que lo describa. En lo demás, en cuanto sea posible, regirán las reglas que anteceden.

**Comentario.** Vid. el conjunto de este capítulo.

### **Valor Probatorio.**

Art. 217.- Sin perjuicio de la reproducción del reconocimiento en el juicio, para que el acta sea incorporada por su lectura en la vista pública, el acto del reconocimiento debió haber sido notificado previamente al defensor del imputado.

### **Comentario.**

La diligencia de reconocimiento de personas tiene, con arreglo a lo dispuesto en el art. 211 CPP, un doble fin: la identificación del presunto responsable del hecho punible, por recaer ya sobre el sujeto fundadas sospechas de su participación en la comisión del ilícito, y establecer indubitadamente que quien a él se refiere *“efectivamente (le) conoce o (le) ha visto”*. Sin embargo, antes de proceder a la identificación por cualquiera de los medios prevenidos en la ley, la persona llamada a efectuar el reconocimiento será interrogada, instándole a que describa al sujeto y como literalmente dicta el art. 212 CPP: *“para que diga si la conoce o si con anterioridad o posterioridad al hecho la ha visto personalmente*



o en imagen". Son varias las consecuencias que se desprenden de lo previsto en la Ley:

1. La descripción previa del sujeto pasivo por quien va a efectuar el reconocimiento debe actuar realmente como condición ineludible para proceder a la práctica efectiva de ese reconocimiento, abortando de este modo, la frecuente composición de las ruedas de identificación con supuestos "sospechosos habituales".

2. Si en el interrogatorio, el sujeto manifiesta, o si por cualquier otro medio se averigua, que al conocimiento de la persona cuya identificación se pretende ha contribuido la exhibición de reproducciones fotográficas o audiovisuales de esa persona, ya fuera por las propias autoridades ya fuera por los medios de comunicación de masas (televisión, periódicos, etc), deberá rechazarse la práctica de la diligencia de reconocimiento por cuanto se encontrará viciada de nulidad. La habitual realización de diligencias de identificación en las dependencias policiales previamente a que sea acordado por el juez el reconocimiento del imputado vaciará normalmente de contenido esta última.

La realización del reconocimiento en rueda o a través de fotografías, amén de lo previsto en la Ley (arts. 213 a 215 CPP), habrá de tomar en consideración las reglas siguientes:

1. La diligencia se practicará necesariamente ante el juez, el secretario y el letrado de la defensa, cuya presencia condicionará el valor probatorio de la diligencia si fuera irreproducible en el juicio oral (art. 217 CPP).

2. Para garantizar su espontaneidad y sustraerle al influjo del temor a represalias contra su persona, siempre que fuera posible, deberá optarse, como regla general y expresamente se prevé en el primer inciso del art. 213 CPP, porque la identificación se lleve a cabo por el sujeto cogniscente "*desde un lugar donde no pueda ser visto*" (art. 213.I CPP), salvo que renunciara expresamente a ello.

3. Se deberá evitar cualquier alteración física del sospechoso, procediendo, si se estima oportuno, a vestirle o a efectuar cualquier otra corrección en su aspecto externo, con arreglo a la descripción previa llevada a cabo por el sujeto.

El reconocimiento de objetos regulado en el art. 216 no requiere mayores comentarios que lo ya manifestado en relación con la persona del imputado.

En la documentación del acto, conforme al art. 217, se hará constar explícitamente si el reconocimiento afirmativo lo fue sin vacilación alguna o no, remitiéndonos al comentario de los arts. 270 y 330 para determinar su valor probatorio.

**Concordancias.** Arts. 10, 270, 330, 345 CPP.



## CAPITULO VIII

### CAREOS

#### **Procedencia.**

Art. 218.- Se podrá ordenar el careo de personas que en sus declaraciones hayan discrepado sobre hechos o circunstancias importantes; pero el imputado no estará obligado a carearse.

**Comentario.** Vid. el conjunto de este Capítulo.

**Concordancias.** Arts. 351 Inc. 2º, 170 Inc. 2º CPP.

#### **Juramento.**

Art. 219.- Los que han de ser careados prestarán juramento antes del acto, bajo pena de nulidad, a excepción del imputado.

**Comentario.** Vid. el conjunto de este Capítulo.

#### **Modo.**

Art. 220.- El careo podrá verificarse entre dos o más personas. Para efectuarlo se comenzará por leer, en lo pertinente, las declaraciones que se reputen contradictorias, o se resaltará el punto de contradicción si no existen actas de las declaraciones. Luego, se llamará la atención a los careados sobre las discrepancias, a fin de que libremente traten de ponerse de acuerdo; posteriormente, las partes y el juez o tribunal podrán interrogarlos sobre el punto de contradicción.

#### **Comentario.**

Aborda el Capítulo VIII el régimen legal aplicable a los careos, diligencia de investigación/medio de prueba que no es otra cosa sino una modalidad o actuación complementaria de la diligencia/prueba testifical, basada en la existencia de contradicciones entre lo declarado por varios sujetos, incluyendo al propio imputado. Este último, con arreglo a lo prevenido en el art. 218, *in fine*, no estará obligado a prestarse a su realización, por cuanto tiene derecho a no declarar y a guardar silencio (arts. 12.II Cn y 87.5 y 259.II CPP), teniendo en cuenta, además, que si lo hace voluntariamente no se le tomará juramento o promesa de decir verdad (arts. 219, *in fine*, y 262.I CPP). No obstante, pueden ser dos los fines del careo: verificar la credibilidad de los testigos y/o extraer de la confrontación una versión más fiable acerca de los hechos. No obstante, hemos de atribuir a esta actuación un carácter secundario, de forma que si las presuntas contradicciones han sido ya resueltas satisfactoriamente por otro medio no deberá practicarse.

El careo será ordenado por el juez o tribunal de oficio (art. 218) o, aunque no se mencione en la ley, a instancia de parte siempre que el órgano jurisdiccional lo

estime conveniente y necesario. Esta última afirmación conlleva que, en relación con la eventual proposición por los contendientes de la práctica de careos una vez abierto el juicio oral, especificando las presuntas contradicciones observadas, no deberá operar el plazo preclusivo previsto para proponer pruebas. Como se deduce de lo manifestado más arriba, el careo podrá tomar la forma de acto de investigación o medio de prueba, pero la existencia de contradicciones habrá de consumarse entre lo declarado previamente por los testigos y/o imputados dentro de cada uno de estos periodos. No será posible pues utilizar el careo como vía para traer al juicio oral declaraciones prestadas durante la instrucción de la causa, confrontándolas con lo resultante de la práctica del medio de prueba correspondiente.

## **CAPITULO IX**

### **CONFESION DEL IMPUTADO**

#### **Confesión judicial.**

Art. 221.- La confesión clara, espontánea y terminante de haber cometido y participado en un hecho punible, rendida por el imputado ante el juez competente, podrá ser apreciada como prueba, según las reglas de la sana crítica.

La confesión es indivisible y debe aceptarse tanto en lo favorable como en lo desfavorable.

**Comentario.** Vid. el conjunto de este Capítulo.

**Concordancias.** Arts. 9, 340 CPP.

#### **Confesión Extrajudicial.**

Art. 222.- La confesión de un imputado sobre su participación en un hecho delictivo, que no sea rendida ante el juez competente, será apreciada como prueba, si reúne los requisitos siguientes:

- 1) Si la misma guardare concordancia con otros elementos de juicio que existan en el proceso sobre el hecho punible;
- 2) Si se prueba su contenido por uno o más testigos que merecieran fe al juez, aunque la confesión haya sido rendida ante cada testigo en distintos momentos y lugares; y,
- 3) Si él o los testigos dieren fe que el imputado, al rendir su confesión o suscribir la escrita, en su caso, no fue objeto de violencia física ni moral.

La confesión ante autoridad administrativa podrá ser apreciada como prueba si además de los requisitos establecidos en este artículo, fuere rendida con asistencia de defensor.



## Comentario.

Procede el Capítulo IX a discriminar la confesión del imputado vertida ante el juez o tribunal “competente” (art. 221 CPP) de la denominada “extrajudicial”, pensada para cuando la confesión se preste ante particulares o autoridades administrativas (art. 222 CPP), obviando la posibilidad de que se lleve a cabo ante un órgano jurisdiccional incompetente. Cabe además distinguir cuando tiene lugar durante la instrucción de cuando se produce una vez abierto el juicio oral o, sucesivamente, en ambas sedes. Pero, vayamos por partes.

Bien claro que la confesión prestada ante juez incompetente no será asimilable a la situación prevista en el art. 221 CPP, por cuanto contradice la exigible intermediación que subyace en el dictado de este precepto, la única solución se encontraría en homologar su tratamiento al de la confesión ante autoridad administrativa, con arreglo al segundo inciso del art. 222 CPP, aunque como veremos este precepto requiere su oportuna aclaración.

La valoración en términos probatorios por el órgano sentenciador de la confesión prestada durante la investigación del delito tendrá presente las reglas que a continuación se exponen, aunque en todo caso habrá de intentarse su ratificación en el juicio oral:

a) No se le reconocerá efecto alguno, independientemente de ante quién se prestó, si en el juicio oral el imputado se retracta expresamente y en su totalidad de lo previamente declarado.

b) La confesión practicada ante el órgano sentenciador tendrá absoluta preeminencia sobre la anteriormente prestada, y habrá de ser aquélla la que entre a formar la convicción del juzgador, particularmente cuando con su ocasión el imputado se desdiga o matice algún aspecto de la anterior confesión.

c) La existencia de marcadas contradicciones en las sucesivas confesiones que pudiere presentar el imputado, tendrá carácter indiciario de su escasa fiabilidad.

El art. 221 CPP recoge los requisitos generales que condicionan el recibimiento de la confesión, que deberá ser “clara” y “terminante”, pero además “espontánea” relativa a la comisión o participación en un hecho punible. El primero de estos requisitos comporta que el reconocimiento habrá de ser expreso, sin que pueda deducirse tácitamente de los silencios o de la actitud del imputado. La “espontaneidad” de la declaración conlleva su inteligencia, esto es, la comprensión de los efectos que de ella se deducen, y su voluntariedad: el sujeto tendrá que estar en pleno uso de razón sin que, además, su capacidad volitiva pueda verse afectada por coacción física alguna, por amenazas o por conductas torticeras, engañosas o promesas inciertas que pudieran inducirle a error acerca de las consecuencias de su actuación. Aspectos todos ellos que habrán de ser comprobados por el órgano jurisdiccional, incluso cuando la confesión no se presentó ante él (art. 222.3 CPP), inquiriendo al imputado acerca de cada uno de esos extremos.

El art. 222 sorprende, no obstante, en su enunciación, por cuanto privilegia efectivamente la confesión vertida ante particulares frente a la practicada ante las autoridades administrativas, al sumar a los requisitos que se establecen en el párrafo primero la preceptiva asistencia durante la deposición del letrado de la defensa, denotando una profunda desconfianza hacia estas últimas. La aceptación de la confesión extrajudicial pasara por la verificación que acerca de su autenticidad habrá de llevar a cabo obligatoriamente el juez o tribunal con arreglo a lo prevenido en este precepto.

La confesión del imputado *“podrá ser apreciada como prueba”* (arts. 221.I y 222.II CPP), sin que, por sí misma, produzca el efecto de liberar al órgano jurisdiccional de la práctica de otras diligencias para comprobar el hecho y la participación del presunto autor, durante la instrucción, o medios de prueba que contribuyan a formar su convicción, en el plenario.

**Concordancias.** Art. 164 CPP.

## TITULO VI

### CAPITULO UNICO

### NULIDAD\*

#### **Comentario.**

El proceso, en particular el proceso penal, consiste en una serie concatenada o relacionada de actos, los cuales se suceden los unos a los otros de manera cronológica y que pretenden, mediante su ejecución, dar respuesta a tres interrogantes que son:

- a) ¿Existió un hecho tipificado como delito?
- b) ¿Quién lo cometió?
- c) ¿Qué decisión habrá de adoptarse respecto de los que fueron encontrados responsables del hecho?.

Dar respuesta a tales interrogantes permite cumplir con el fin ulterior del proceso penal que es: redefinir el hecho para establecer la verdad respecto de él. Tal vez de una mejor forma, aunque persiguiendo lo mismo, Raúl Washington Abalos lo expresa así: “El Proceso Penal, considerado en su íntimo contenido constituye una serie concatenada de actos jurídicos dirigidos hacia un fin inmediato, la averiguación de la verdad real, y a consecuencia de éste último, a la justa aplicación de la ley sustantiva”<sup>12</sup>.

---

\* Los comentarios a este Título VI, Capítulo único, arts. 223 a 228 han sido realizados por el Lic. Manuel Cruz Azuzena

12 Washington Abalos, Raúl: “Derecho Procesal Penal” Tomo II, Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza Argentina, pág. 293.



Indiscutiblemente se hace referencia a “actos jurídicos”, en otras palabras: actos destinados a producir efectos jurídicos, los cuales se caracterizan por el objetivo que se planteó al momento en que el acto fue diseñado.

El acto procesal entonces, se piensa, nace, cobra fuerza y vive para y por los fines del proceso. Así pues: “...sólo son actos procesales las expresiones de voluntad que emanan de los sujetos procesales – esenciales y eventuales destinados a dar inicio, desarrollar, paralizar o extinguir el proceso...”<sup>13</sup>.

El acto procesal contiene entonces elementos que le son propios en cuanto que han sido diseñados para cumplir un determinado fin, esos elementos son tanto referidos a la forma como a la intención y se clasifican como: *externos e internos*, respectivamente.

*Los internos* se refieren a la esencia o “ánima” del acto, a lo que con él se pretende. Aquello para lo que fue creado. Por otra parte, el elemento *externo* se refiere a las condiciones de forma, lugar y tiempo del acto. Luigi Ferrajoli, en su obra “Derecho y Razón”, aunque haciendo referencia a un aspecto de derecho penal sustantivo, acuña y ocupa una frase que se ajusta a éste comentario para su mejor comprensión, y ésta es la de: “El rito y el método legal...”<sup>14</sup>.

Cabe decir que el elemento *externo* contiene, o, se hace contener del elemento *interno* y éste a su vez se constituye el alma de aquel. Así pues, si el acto no reviste las condiciones de forma previstos por la ley para él, no podrá nunca generar o producir efectos en relación al motivo para el que fue creado.

Raúl Washington Abalos lo expresa así: “*El acto es jurídico en cuanto aparece conforme con la idea concebida por la norma jurídica. En otros términos, un acto puede producir efectos jurídicos cuando corresponda al tipo de acto al cual la norma asigna aquellos efectos: un acto concreto corresponde a un tipo abstracto cuando posee los requisitos que este último limita.*”<sup>15</sup>.

Por su parte, Carlos Creus lo expresa así: “*Acto válido es el que reuniendo todos los elementos o requisitos nominados por la ley, encuéntrase jurídicamente habilitado para producir los efectos que ella abstractamente le asigna a su especie; inválido es el que por defecto de tales elementos o requisitos esta inhabilitado para lograrlos.*”<sup>16</sup>.

---

13 Washington Abalos, Raúl: “Ob. Cit.” Pág. 297.

14 Ferrajoli, Luigi: “Derecho y Razón”, Teoría del Garantismo Penal, 2ª Edición, Madrid, 1997, pág. 621.

15 Washington Abalos, Raúl. “Ob.cit.” pág. 299.

16 Creus Carlos: “Invalidéz de los Actos Procesales” 2ª. Edición Editorial Astrea Buenos Aires Argentina, 1995, Pag. 1.

El acto que reúne los requisitos que la ley planteó para su validez formal, está habilitado para producir el efecto de él esperado. En otras palabras, si el acto procesal manifiesta la estructura externa que de él se espera para que exista, puede -siendo existente para el mundo de la norma jurídica- comenzar a producir efectos.

Tanto Abalos como Creus hablan de una “*Teoría del Tipo*”, la cual es muy apropiada a los intereses que con estas palabras se persiguen. Es Creus quien de manera expresa usa el concepto y lo relaciona con el concepto de “validez” del acto procesal y lo hace así: *“La Temática de la validez está, pues, directamente relacionada con la teoría general del tipo (más bien entendido en el sentido de “figura”). (...) Acto válido procesalmente (es decir, eficaz en orden al proceso) es el adecuado al tipo procesal, o sea el que se ha ejecutado reuniendo todos los elementos subjetivos (sujetos), instrumentales (medios) y modales (circunstancias) enunciados en su definición por la ley procesal”, “En ese ordenamiento, el tipo siempre es la descripción de un actuar o de un omitir a los que se asigna determinadas consecuencias...”*<sup>17</sup>.

Por todo lo antes expuesto, se puede afirmar que si el acto, que ya es existente, comienza a surtir efectos que no correspondan a los que de él son esperados, tal acto es defectuoso - en relación al proceso, desde luego- ya que no se ajusta o adecúa al modelo típico, ya sea porque no se ajusta a su estructura formal, o, por que ajustándose se pretende aplicar a un fin distinto del contemplado para él.

Se habla entonces de si el acto encaja o no en relación a la estructura respecto de la cual fue diseñado para interactuar. Si no es así debe ser excluido, rechazado o extirpado -aunque el término no sea el más feliz- de dicha estructura, dependiendo del momento procesal en que pretenda ser incluido.

Si el acto no reúne las condiciones de forma de él esperadas debe ser declarado inadmisibile, pero, si habiéndolas reunido no produce los efectos de él esperados (al menos los que de manera legal y lógica se esperan) debe ser declarado nulo, ya que de lo contrario el acto, en sí mismo, no podrá alcanzar las consecuencias jurídicas que quien lo creó se propuso respecto de él.

Si el problema se aprecia con una visión de conjunto, es fácil decir que si el acto es defectuoso y está ubicado en una estructura en la que sucede y antecede a otros con los que se interrelaciona, cabe la enorme posibilidad de que el defecto se expandirá de manera casi “virulenta” y afecte a todo el proceso impidiendo a la larga que el fallo que con ocasión de éste se pronuncie esté apegado a derecho. Como lo dice Creus: *“...el acto inválido bloquea o entorpece la marcha hacia la cosa juzgada como solución definitiva del caso judicial, en cuanto objetivo de aque...”*<sup>18</sup>.

---

17 Creus, Carlos: “Ob.ci.t” págs. 2 y 3.

18 Creus Carlos: “ob.cit.” pág. 6.



Tanto la inadmisibilidad como la nulidad implican una sanción respecto del acto llevado a cabo de manera incorrecta. O sea que: son una consecuencia jurídica y desde luego de contenido saneador cuyo mecanismo es el de una declaración jurisdiccional. Son un instrumento orientado a privar de eficacia al acto que no se adecúa al “tipo” que lo convertiría en un acto perfecto.

Pero, la inadmisibilidad, implica una sanción en virtud de la que el acto no puede ser introducido al proceso, y, por su parte la nulidad acarrea como consecuencia que el acto -que ya fue incluido- pierda validez y sea extraído de la estructura del proceso.

Necesario es recalcar el hecho de que tanto la inadmisibilidad como la nulidad requiere, para gozar de efectos como sanción, ser declaradas por parte de juez. La aclaración obedece al énfasis que debe hacerse en el marco de la nueva normativa procesal penal, respecto de la redefinición de funciones del juez quien ya no tiene a su cargo la dirección en la investigación del delito, sino que dicha tarea fue asignada al Ministerio Público a través de la Fiscalía General de la República, con base en lo dispuesto en el artículo 193 ordinal tercero de la Constitución de la República. Así pues, la función del Juez adquiere una nueva y doble dimensión: es director del proceso y vigilante del cumplimiento de las garantías mínimas de prosecución del juicio. Por ello es que se convierte en el sujeto, procesal más indicado para hacer las declaratorias en virtud de las cuales se sanciona a los actos procesales defectuosos. Tal función reafirma su papel de garante y contralor de la pureza y eficacia del proceso.

Sin embargo, no puede perderse de vista que los hay actos procesales que emanan del Juez, y que tales actos no están exentos de ser defectuosos. Por tanto, tal y como lo afirma Creus: *“Desde el ángulo de la necesidad de la declaración jurisdiccional no existen procesalmente actos nulos, sino que todos son anulables: la nulidad procesal necesita siempre ser declarada para que el acto sea reconocido como no válido, por tanto ineficaz, y deje de producir los efectos del acto típico, extinguiéndose retroactivamente los que estuvo produciendo hasta ese momento”*.<sup>19</sup>.

### **Declaración y Efectos.**

Art. 223.- Ningún trámite ni acto de procedimiento será declarado nulo si la nulidad no está expresamente determinada por la ley; y aún en este caso no se declarará la nulidad si apareciere que el defecto que la motivó no ha producido ni puede producir perjuicio o agravio al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido.

La nulidad de un acto cuando sea declarada, invalidará sólo los actos posteriores que dependan de él, siempre que la invalidez sea indispensable para reparar el agravio

---

19 Creus Carlos: “ob.cit.” pág.19.



de la parte que lo alega. Al declararla, el juez o el tribunal determinarán, además, a cuales actos anteriores o contemporáneos alcanzan la nulidad por conexión con el acto anulado; y ordenará, cuando fuere necesario y posible, la reposición de los actos anulados.

La declaratoria de nulidad no afectará la detención provisional, salvo que la nulidad afecte la fundamentación de esta medida cautelar.

### **Comentario.**

Tradicionalmente, la doctrina enuncia o contiene respecto de las nulidades una doble clasificación, la primera de ellas dependiente de: “...*la forma de determinación legal de los supuestos de nulidad, de su específica tipificación en hipótesis circunscriptas a concretos actos...*”<sup>20</sup>

A dicho grupo o clase de nulidades se les denomina *específicas*, en ellas rige una regla de especificidad o taxatividad. En este caso, aquellos actos que no describan los requisitos que la ley previó y exigió para ellos (el tipo) podrán ser declarados nulos y tornarse inválidos, no está de más decir que incluso la ley plantea para estos casos la sanción de la nulidad de manera expresa. Según lo dice Creus: “...*la doctrina, ante disposiciones que consagran taxativamente la nulidad en hipótesis determinadas, piensa que se trata de nulidades declarables de oficio y absolutas.*”<sup>21</sup>

En lo que respecta al segundo grupo o tipo de nulidades, o sea las nulidades *generales*, son las originadas en defectos enunciados por ley en una disposición genérica, aplicable a cualquier acto que presente tales defectos aunque no se encuentren específicamente previstos como causales de nulidad en la regulación particular de dicho acto; constituyen verdaderas excepciones al principio de especificidad - taxatividad.

Existe respecto de este tipo de nulidades una enumeración, casi común, a todos los sistemas normativos en los que: “se nominan como vicios con trascendencia nulificante los que refieren al nombramiento, capacidad y constitución del Juez o Tribunal a la intervención del ministerio fiscal en el proceso, tanto como representante del Estado en la promoción de la acción, cuanto a su intervención en particulares actos del proceso dispuesta especialmente por la ley y a la intervención y representación del imputado en aquél.”<sup>22</sup> Ejemplo de nulidades que atienden al principio de especificidad o taxatividad son las contenidas en los artículos siguientes: 56, 62, 118, 119 inc. 1º y 3º, 121 inc. 1º, 124, inc. 2º, 128 inc. 3º, 131 inc. 2º, 151, 187 inc. 1º, 191 inc. 1º, 219, 314, 377.

---

20 Creus, Carlos: “Ob.cit.” pág. 26.

21 Creus, Carlos: “ob.cit.” pág. 28.

22 Creus, Carlos: “Ob.cit.” pág. 30.



Claro es en los ejemplos citados, que la disposición en particular señala que si el acto procesal no se verifica en forma a los requisitos plasmados por la ley, referidos al acto "tipo", desde luego serán declarados nulos como inmediata sanción para impedir que cause efectos o consecuencias ulteriores.

Procédase entonces, en relación a la distinción que ya se ha expresado respecto de las categorías, o tipos de nulidad, con el análisis referente a los incisos del artículo antes enunciado, así: Puede rescatarse de la redacción del 1º. inciso, que aunque se esté en presencia de una nulidad de aquellas identificadas como específica o táxativa, no se hará la declaratoria de nulidad, por parte del Juez, sino se comprueba que el efecto producido por el defecto del acto no pone, de manera real, en peligro o de hecho afecta el derecho de defensa de la parte que le alega, o en cuyo favor se estableció. El legislador no se pronunció de manera rigorista o en exceso formalista en relación a los defectos de los actos procesales. Tomese en cuenta que, como ya se ha expresado en algunos casos los doctrinarios han pretendido: que en relación a las nulidades taxativas éstas deben ser declaradas ineludiblemente de manera inmediata, de oficio y que tal declaratoria es absoluta. En este inciso el legislador establece que decide sacrificar en alguna medida el rigorismo formal, en atención a los fines ulteriores del proceso.

Por si ello fuera poco, en el inciso segundo del mismo artículo, el legislador plantea, aunque sin así mencionarlo de manera expresa puesto que el Código no es un manual, al *principio o criterio teleológico de las nulidades*, ya que: si no queda otra opción que no sea la declaratoria de nulidad del acto, la misma no tendrá como consecuencia la anulación total del proceso, sino que se tendrá el cuidado de anular el acto para, inmediatamente, determinar que otros vinculados con él se vieron afectados con la existencia del vicio o defecto, debido a la conexión o interrelación que entre los actos del proceso existe en tanto a ser parte de un todo estructurado e ideado conforme a la consecución de un fin ulterior. No es posible, como lo plantea esta disposición que se propicie o genere la existencia de la impunidad ante la declaratoria de una nulidad total si es que el defecto o vicio de un acto le afectó a él mismo y a otros que en él se vincularon de manera estrecha.

Es indiscutible que cada acto procesal fue diseñado con la manifiesta voluntad de que existiendo surtiera un determinado efecto por sí mismo, aunque ineludiblemente ese efecto habría de guardar una implicación respecto de los que antecedan y sucedan al acto de principio a fin en el proceso, considerado éste como un todo estructural y orgánico. Ahora bien, si cierto es que cada acto procesal sucede o antecede a otro y que no puede pasarse de una etapa procesal a otra sin haber agotado la anterior, cierto es también que es necesario poner en los platillos de la balanza de la justicia a dos conceptos: justicia e impunidad. Si el proceso penal es el mecanismo legal idóneo en virtud del cual se pretende -por parte del Estado- administrar justicia, no debe olvidarse que en relación a los imputados de un hecho criminal les ampara una presunción básica de inocencia de naturaleza constitucional y una garantía de legalidad de prueba. En el marco de un código procesal penal de corte "garantista" no puede concebirse la

idea acerca de que el proceso se convierta en un instrumento de vulneración o afectación antojadiza de y por consiguiente de infracción de garantías.

Las normas elementales del “*Debido Proceso*” invitan a pensar que el proceso penal es un instrumento que reafirma derechos y garantías, que procura establecer la verdad para no generar impunidad, pero que no lo hace afectando los derechos del que es presumido inocente por parte de los sujetos procesales que habrían de ser garantes. Si un acto de poder –como lo son los actos de investigación llevados a cabo por el Ministerio Público y la policía– es verificado de manera tal que transgrede la frágil e imaginaria frontera que le separa de las garantías del imputado, se convierte en cuanto a sus efectos en un acto arbitrario. Por otra parte, si se esgrime, ensaya o utiliza una garantía de manera maliciosa, no buscando un mecanismo de defensa sino procurando generar impunidad, si ello se da es también una consecuencia defectuosa y deplorable que afecta a la justicia. Debe tenerse sumo cuidado en lo relativo al tratamiento de las nulidades, ya que el declarar nulo a un acto debe implicar, ineludiblemente el reflexionar acerca de si el defecto que se pretende sancionar sólo al acto como tal, de manera autónoma, o, si afectó a otros interrelacionados con él y quizá a todo el proceso. La nulidad, como sanción procesal, debe ser declarada cuando el vicio o defecto procesal provoca de manera evidente una indefensión que no es en forma alguna reparable o subsanable. No es lo importante el origen del defecto sino sus efectos reales en relación al proceso.

Cuando se declara una nulidad de manera caprichosa o antojadiza, cuando no se pretende con ello tutelar de manera efectiva un interés procesal se está ante lo que la doctrina llama: “*La nulidad por la nulidad misma*”, lo que podría convertir a dicha declaratoria en un mecanismo de favorecimiento de la comisión de actos arbitrarios o generador de impunidades.

Para evitar tales extremos debe ponerse en práctica el “*Principio Teleológico de las nulidades*” el cual es llamado por Creus: “*Criterio teleológico en la consideración del vicio del acto como fundamente de la declaración de nulidad*”<sup>23</sup>.

Fernando Cruz Castro dice al respecto: “*La existencia de un vicio en el procedimiento, aunque configure una nulidad, no justifica forzosamente la anulación del acto viciado. La utilidad de la declaratoria de nulidad debe evaluarse en función de la validez específica del acto cuestionado y no de los otros actos que por efecto indirecto pueden resultar anulados*”.<sup>24</sup>

Por ende las nulidades, incluso las absolutas no deben ordenarse en aquellos casos en que sea posible subsanar los vicios sin necesidad de repetir todo el procedimiento.

---

23 Creus, Carlos: “Ob.cit.” Pág. 20.

24 Cruz Castro, Fernando: “La nulidad por la nulidad” (La justicia pronta y cumplida y la vigencia del formalismo procesal Pág. 31.



Ya desde la época de la redacción del proyecto del Código Procesal Penal, en la exposición de motivos para el mismo diseñada, se destacaban algunos aspectos esenciales como son:

a) La conceptualización de la nulidad como sanción en relación a los actos procesales defectuosos, así: *"La nulidad es la amenaza que pende sobre todos los actos defectuosos, cuyo resultado se ve en la ineficacia procesal de ese acto."*<sup>25</sup>;

b) La necesidad de la declaratoria de la nulidad por parte del Juez como vigilante del cumplimiento de las garantías mínimas de prosecución y su condición (del acto) como anulable y no como nulo, así: *"Desde el ángulo de la necesidad de la declaración jurisdiccional, no existen procesalmente actos nulos, sino que todos son anulables: la nulidad procesal necesita siempre ser declarada para que el acto sea reconocido como no válido, por tanto, ineficaz, deje de producir los efectos del acto típico, extinguiéndose retroactivamente los que estuvo, produciendo hasta ese momento."*<sup>26</sup>;

c) La puesta en práctica del criterio o principio teleológico de la nulidades, así: *"Se trata de que los actos susceptibles de nulidad no sirvan como formas de detener, u obstaculizar el proceso y, mucho menos, que a pretexto de ellos se permita al juzgador dilatar o alargar aún más el procedimiento en perjuicio de los intereses del imputado y de la víctima."*<sup>27</sup>.

En lo referente al último inciso del citado artículo, de manera evidente el legislador procuró hacer especial énfasis en relación a la medida cautelar de privación de libertad. Si se considera, existió una razón muy de fondo, valedera desde todo punto de vista para hacer tal énfasis: Si el imputado ya no es considerado, en el marco de la nueva normativa, como un mero objeto del proceso, sino como sujeto de él. Lógico es pensar que para que el proceso penal se desarrolle en su entorno de manera tal que no se convierta en un instrumento que afecte sus derechos, sino que haga prevalecer los mismos, tendrá plena validez la garantía de libertad y la presunción de inocencia respecto del imputado. Así las cosas, el indiciado sólo podrá ser afectado en el ejercicio de su libertad ambulatoria como una excepción de la garantía de libertad, y ante la existencia de los requisitos plasmados en los artículos 292 y 293 del Código.

Y es que del ejercicio del derecho a la libertad ambulatoria dependen, en buena medida, el ejercicio del resto de los derechos ya que si aquella es coartada el resto implícitamente se ve entorpecido o también coartado. He ahí la enorme importancia

---

26 Exposición de Motivos: "Ob.cit". Pág. /iii.

27 Exposición de Motivos: "Ob.cit." pág. /iv.

25 Exposición de Motivos del Proyecto de Código Procesal Penal. Ediciones Ultimo Decenio. Ministerio de Justicia, San Salvador, 1994, pág. /iii.

de que la medida cautelar de privación de libertad se entienda como un recurso excepcional de aseguramiento en procurar del cumplimiento de los fines del proceso mismo y, por ende, que su aplicación como acto procesal sea debidamente fundamentado. Sólo si la fundamentación, o causa real, que motiva la implementación de la medida cautelar de privación de libertad es defectuosa, en cuanto al cumplimiento de sus requisitos de validez y a la producción de sus efectos, como medida de aseguramiento de aplicación excepcional, entonces debe declararse nula para hacer valer la garantía de libertad, sin que ello propicie la existencia del peligro inmediato de fuga, el cual es en sí mismo una obstaculización que si se materializa podría generar como efecto futuro la impunidad.

**Concordancias:** Art. CPP.: 56,62,118,119 inc. 1º y 3º, 121 inc. 1º.,1124 inc. 2º., 128 inc. 3º., 131 inc. 2º., 151, 187 inc. 1º. 191 inc. 1º., 219, 223, 224, 225, 226, 314, 377.

**JURISPRUDENCIA:** En Derecho Procesal, la nulidad es entendida como sanción que priva al acto procesal de sus efectos normales. Esto quiere decir, que cuando el acto procesal no llena los requisitos de forma, aparece un defecto o un vicio formal, que en el proceso puede coexistir con defecto de fondo, tales como los errores en la actividad razonadora. Los errores de forma pueden referirse a los actos de las partes o al Juez, pueden afectar la expresión del objeto litigioso, la forma del acto o el tiempo. Más aún, por la mayor o menor trascendencia del vicio, puede viciar un sólo acto o producir efectos en una serie de ellos o en todo el proceso.

Según Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, si un acto procesal es perfecto en su forma pero equivocado en su contenido, es un acto injusto, contrario a derecho, pero no un acto nulo. La nulidad procesal nace del apartamiento de las formas, jamás tiene referencia con el contenido del acto; constituye un error en las formas, no en los fines de la justicia queridos por la ley o la Constitución, sino en los medios para obtener esos fines. Si el acto procesal es equivocado en su contenido será materia propicia para los recursos; si en cambio, se aparta de la forma procesal, se está en el terreno que corresponde a la declaración de la nulidad procesal.

En otros términos, es preciso distinguir la actividad dinámica del juzgador y la actividad razonadora del mismo; en ese sentido, el error o los vicios en la primera denominados también, *in procedendo*, dan lugar a la declaratoria de nulidad; y en la segunda, también conocidos como *in iudicando*, dan lugar a la interposición de un recurso, es decir, a la impugnación de la resolución por considerarla que no se encuentra apegada a derecho.

Para comprender a cabalidad la incidencia o impacto de las nulidades procesales, debe atenderse a los principios que las regulan, que esencialmente son: a) Principio de especificidad o legalidad, el cual señala que no hay nulidad sin texto legal expreso; b) Principio de trascendencia, que establece que en virtud del carácter no ritualista del derecho procesal moderno, para que exista nulidad no basta la sola infrac-



ción de la forma, sino que debe producirse perjuicio a la parte; y c) Principio de convalidación, en virtud del cual se entiende que por razones de seguridad y certeza del derecho, una vez transcurrida una etapa procesal no se puede retroceder a la anterior o que cuando todas las etapas se han concluido, por regla general ha precluido la oportunidad de reclamar contra las nulidades, lo que supone la convalidación del acto viciado. Sentencia en el proceso de Amparo del 24/XI/1999, Ref. 353-98.

### **Causas de Nulidad Absoluta.**

Art. 224.- El proceso es nulo absolutamente en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

- 1) Cuando el juez carece de competencia por razón de la materia o por razón del territorio, en los términos expresados por este Código, salvo las excepciones consignadas en este Código;
- 2) La falta de requerimiento del funcionario a quien corresponde darlo o del antejuicio respectivo en los procesos seguidos por delitos para los cuales la ley determina este requisito previo;
- 3) La falta de acusación o falta de capacidad para acusar en los delitos de acción privada, y la falta de solicitud de instancia particular en los delitos perseguibles por acción pública dependiente de instancia particular, salvo los casos de excepción que se expresan en este Código;
- 4) Cuando no se hubiere proveído de defensor al imputado detenido en los términos expresados en este Código;
- 5) Cuando se dicte sentencia sin someter el proceso al conocimiento del jurado conforme lo establecido en este Código, o cuando se dicte sentencia sometiendo el proceso al conocimiento del jurado en casos que este tribunal no es competente;
- 6) Cuando el acto implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en este Código;

Las nulidades absolutas comprendidas en los numerales 1, 2 y 3 de este artículo, producirán la invalidez de todo el proceso, sin embargo en el caso de antejuicio la nulidad sólo se decretará respecto de aquel que goza del mencionado privilegio constitucional si hubiesen más imputados procesados que no gozaren de dicho privilegio; y en los casos previstos en los numerales 4, 5, y 6, se invalidará el acto o diligencia en que se hubiere producido la infracción y los que sean conexos con éstos, en tales casos deberán reponerse en la forma establecida en el artículo anterior.

### **Comentario.**

La primera de las causales tiene su base en las reglas o disposiciones específicas que hablan respecto de la competencia y que se encuentran reguladas del artículo 48 hasta el 72 del mismo código. Con el establecimiento de la causal de nulidad absoluta que pretende hacer valer las reglas de competencia ya planteadas, el legislador buscó

potenciar la garantía del *Juez Natural*, ya sea en razón de la materia o del territorio, como una medida de aseguramiento de que las denominadas normas del “*debido proceso*” habrán de comenzar desde el establecimiento mismo de las disposiciones que permitan que la persona sea juzgada por un tribunal establecido con anterioridad por la ley, que no será creado en forma “ad-hoc”; que conocerá de la tramitación del proceso un juez independiente, imparcial probo y capaz que gozará de intermediación respecto del análisis del material probatorio y que habrá de estar, además, involucrado con el entorno social, jurídico, político, económico y cultural del imputado de forma que pueda entenderlo.

Indiscutiblemente, se excepcionan circunstancias muy puntuales respecto de la competencia como por ejemplo: el caso del juzgamiento con base en las reglas del antejuicio para el caso específico de los funcionarios que gozan de fuero o privilegio, disposiciones contenidas en los artículos que van del 381 al 390 del código y, por supuesto, el caso de los actos irreproducibles urgentes en los que, por ejemplo: debido a la existencia de la imposibilidad de reproducir una diligencia probatoria en la etapa y ante el juez que por su naturaleza corresponde (tribunal de sentencia), la verificación de la diligencia se vuelve urgente ante un juez que, por su naturaleza, sería originalmente incompetente para conocer de él y, por último, los casos de acumulación de procesos con base en las reglas y efectos de la conexión o conexidad de procesos establecidos en los artículos 63 y 64 del código.

En lo referente a la segunda causal, el legislador pretendió hacer prevalecer lo que podría denominarse: condiciones objetivas de procedibilidad. Y es que con base a lo dispuesto en el artículo 193 ordinal tercero de la Constitución de la República y los artículos 235, 247 y 253 del Código se establece que, con relación a los delitos perseguibles por acción penal pública, la formulación del requerimiento por parte de la Fiscalía General de la República se convirtió en una verdadera “*conditio sine quanon*” o condición sin la cual no puede darse por iniciado un proceso por parte de la entidad estatal establecida de manera específica por la ley. Aquí es donde puede afirmarse que la Fiscalía posee cierto monopolio sobre el ejercicio de la acción penal pública, afirmación relativa por cierto si se atiende a los requisitos de la acción penal pública previa instancia particular.

Las situaciones o causales enunciadas en el número tres, no son sino una ampliación de lo dispuesto en el número dos del mismo artículo, expresado con anterioridad, sólo que respecto de los delitos perseguibles por acción penal pública previa instancia particular, enunciados en el artículo 26 del Código y los perseguibles por acción penal privada contenidos en el artículo 28. En ambos casos, el legislador pretendió hacer énfasis respecto de las condiciones objetivas de procedibilidad que son:

a) Que en los delitos perseguibles por acción penal pública no puede intervenir el Ministerio Público sin que la “instancia” u oportunidad procesal de hacerlo no fuera otorgada por las personas dispuestas en el artículo 26, inciso segundo (la víctima, o en



caso de incapacidad, por quien ejerza su representación legal o por el guardador), salvo desde luego la excepción en los casos del menor que no tenga padres ni tutor; o, cuando el delito fue cometido por uno de sus ascendientes o tutor; cuando haya perjudicado bienes del Estado, o cuando, la víctima esté imposibilitada física o mentalmente para solicitar la investigación; y

b) En los casos de delitos perseguibles por acción penal pública, el legislador estableció la causal de nulidad como sanción ante la violación de la formulación de la correspondiente acusación, como acto inicial de investigación; como condición objetiva de procedibilidad, y, como institución procesal de reglas puntuales en las que es menester hacer uso de asistente letrado obligatorio, o mandatario con poder especial, que ejercite acusación ante el tribunal de sentencia correspondiente conforme lo dispuesto en el artículo 400 y siguientes del Código.

En lo referente a lo dispuesto en el número cuatro, siendo el imputado considerado ya no como un mero objeto del proceso sino como sujeto del mismo. Gozando de una presunción básica de inocencia de la que deriva una garantía de libertad, el legislador potencia las disposiciones contenidas en los artículos 9, 10, 87 inciso primero o número tres, 241 inciso primero o número nueve y 242 del Código, referentes al derecho de defensa técnica que no es otra cosa sino un complemento del derecho de defensa materia que, visto desde la óptica de la actuación estatal, no es sino una garantía cuyo incumplimiento es sancionado con la nulidad.

La nulidad enunciada en el número cinco del artículo en comento alude sin duda a las mismas condiciones del número uno. Pretende ineludiblemente potenciar la garantía de Juez Natural.

En lo que respecta al número seis, el que exista esta causal posee total y absoluta lógica en tanto que: el marco ideológico doctrinario del nuevo proceso penal es eminentemente garantista. Siendo el proceso penal un mecanismo legal idóneo para el establecimiento de la verdad y, por ende, de la imposición de la justicia. Los actos que conforman al proceso no pueden –en antítesis de su objetivo ulterior– afectar las garantías del debido proceso. Ahora bien, lo dispuesto en esta causal, así como lo expresado en el inciso final del mismo artículo, ha generado enorme polémica. Y es que conforme lo dispuesto en el citado inciso las nulidades comprendidas en los numerales 1, 2 y 3 han de producir la invalidez de todo el proceso, como efecto mismo de su carácter de “nulidad absoluta”.

Pero en los casos de las causales enunciadas en los numerales 4, 5 y 6 el efecto de la existencia de la nulidad será la invalidez del acto o diligencia en que se hubiere producido la infracción y los que sean conexos con estos, en cuyos casos habrá de reponerse conforme lo establecido en el inciso segundo del artículo 223, o sea: que el juez o tribunal habrá de determinar a que actos anteriores o contemporáneos alcanzó la nulidad por conexión con el acto anulado y ordenará, cuando fuere posible, la reposición de los actos afectados.



La simple lectura del tenor literal de artículo podría resultar paradójico y hasta antagónico. Ya que de inmediato podría surgir la pregunta de ¿Cómo será posible que siendo la nulidad calificada como “absoluta” ésta reciba el tratamiento propio de una “relativa” o subsanable, en cuanto a sus efectos? Tal vez, la causa de la “incomodidad”, si es que así puede llamarse, surge en ocasión de que lo dispuesto en el artículo e inciso en comento se asemeja mucho a la reforma que en el mes de mayo de 1992 se practicó al artículo 551 del Código Procesal Penal derogado, reforma publicada en el decreto 238 del Diario Oficial No. 315 del mes de mayo de aquel año, el cual, para aquellas épocas y en el marco teórico de ese código parecía extraña. Pero es que el legislador obró con razón en tanto que no hace otra cosa sino desarrollar el *principio o criterio teleológico* de las nulidades del cual ya se ha hecho mención en el comentario del artículo precedente en virtud del cual:

a) La nulidad afecta, originariamente, al acto cuyos efectos son catalogados como defectuosos;

b) La nulidad habrá de declararse sólo cuando, como sanción, se vuelva indispensable para reparar el agravio de la parte que lo alega y siempre que la declaratoria, y la consecuente invalidez, no generen la existencia o el establecimiento de la impunidad, así como tampoco conviertan un acto de poder en un acto arbitrario que no pueda ser reparado de alguna otra manera;

c) Que el Juez, como vigilante del cumplimiento de las garantías mínimas de prosecución, en caso de ser indispensable la declaratoria, debe determinar con certeza desde donde deben reponerse las actuaciones de manera tal que no se generen las condiciones de volver a incurrir en el equívoco que generó el defecto original.

Una de las principales causas en virtud de las que indiscutiblemente, el legislador incluyó una disposición como ésta en el código es: que en la doctrina se establece que las nulidades absolutas pueden ser declaradas de manera “oficiosa”. Creus lo expresa así: *“Las nulidades declarables de oficio han estado comúnmente unidas a las de carácter general. En ocasiones, la ley nombra como declarables de oficio a todas las de carácter general, a la vez que los determina como absolutas al declararlas insubsanables durante el proceso; (...). En otras se nombra como declarable de oficio o toda nulidad de carácter general cuyo vicio de origen significase una violación de normas (garantías) constitucionales”*.<sup>28</sup>

O sea que la diferencia en relación a la clasificación de las nulidades entre “absolutas” y “relativas” está en orden a las posibilidades de subsanación o sanación de la nulidad, que se encuentra a su vez ligada a la preclusión de la facultad de oponerla (por aquel a quien afecta) y del poder de declararla, pero en relación al acto en sí mismo.

**Concordancias.** Arts. 1, 3, 4, 5, 11, 12, 13, 19, 20, 27 Cn. Arts. 1, 2, 3, 4, 6, 7, 9, 10, 14, 15, 16, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 60, 62, 63, 67, 68, 107 y ss, 247 y ss, 400 y ss CPP.

<sup>28</sup> Creus, Carlos: “Ob.cit”. pág. 59.



## Efectos de las Nulidades Absolutas.

Art. 225.- Las nulidades absolutas señaladas en el artículo anterior no podrán cubrirse ni aún con expreso consentimiento de las partes y deberán declararse a pedimento de éstas o de oficio, en cualquier estado o grado del proceso.

Las declaraciones de nulidad a que se refiere el inciso anterior, admitirán recurso de apelación cuando fueren proveídas en primera instancia.

### Comentario.

No resulta difícil extraer de la redacción del artículo sus elementos esenciales los cuales son:

a) Las nulidades absolutas son aquellas enunciadas en el artículo 224, por un ejercicio de exclusión simple puede afirmarse que las no enunciadas en él son relativas. Dicha afirmación permite a la vez concluir que las ya antes clasificadas como taxativas o específicas son relativas;

b) Las nulidades absolutas, una vez reconocidas son irreparables, ni aún por acuerdo expreso de las partes, ya que la eficacia de los actos del proceso no depende de decisiones caprichosas o antojadizas que desnaturalicen la esencia del mismo;

c) Puedan y deben ser declaradas por parte del juez, ya que como sanción dependen de declaratoria de juez; pero pudo ser él mismo quien la descubriese y declarase para preservar la esencia del proceso, o, su declaratoria pudo originarse de una solicitud de parte. Lo que invita a pensar que su procedencia no sólo es oficiosa;

d) Puede declararse en cualquier estado o grado de proceso ya que su declaratoria no implica preclusión de una oportunidad procesal y no se exige para ello del cumplimiento de un anuncio, como condición objetiva de procedibilidad;

e) Por último, el legislador estableció que si la declaratoria se sucede en primera instancia y se considera errónea y por ende, constitutiva de agravio, es recurrible mediante apelación. Es aquí necesario hacer una consideración respecto de una resolución de competencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la cual ya se ha hecho mención en los comentarios relacionados con los recursos, en ella la Corte Suprema de Justicia determinó que tanto los jueces de paz como los jueces de instrucción, así como los de sentencia deben ser considerados como *jueces de primera instancia* "...por cuanto todos estos forman parte de la primera instancia...". Dicha resolución es la identificada bajo el número 30/98 suscitada en el incidente de competencia que se tramitó en contra de Y.A.M.G. por actos arbitrarios en L.N. y que se tramitó para resolver la competencia negativa entre el juez de instrucción de San Luis Talpa y el juez de paz del mismo municipio. Si desde el inicio hasta la culminación del proceso por medio de la adjudicación de una Sentencia definitiva, el proceso penal ha constituido una sola instancia, entendiendo a ésta como la etapa procesal en la que se vierte una resolución en virtud de la que se adecua el supuesto hipotético contenido en la norma al caso concreto, sólo el conocimiento en grado por parte de los tribunales jerárquicamente superiores constituye una segunda instancia. Así pues, sí las nulidades se suscitan ya

sea en tribunal de paz, instrucción o sentencia ellas habría de ser recurridas, en tanto al agravio que produce el defecto, por medio de apelación.

Sin embargo, si se repara en lo dispuesto en el artículo 417 que de manera expresa dice que son recurribles mediante apelación: *“las resoluciones de los jueces de paz y de instrucción, siempre que sean apelables, pongan fin a la acción o imposibiliten su continuación y además, causen un agravio a la parte recurrente”*. Es fácil apreciar que ésta disposición riñe con lo dispuesto en el inciso final del artículo 225 CPP, puesto que por lógica serían recurribles mediante apelación las nulidades acaecidas durante la tramitación del proceso en los juzgados de paz e instrucción, no así las sucedidas en la etapa contradictoria. Una de las principales razones en virtud de las que se determinó que las sentencias definitivas habrían de ser impugnables sólo mediante el recurso de casación fue la de que: si se permitía que dicha resolución fuese objetivamente impugnable vía apelación, se rompería con el principio básico de inmediación, referente éste a la inmediata apreciación de la base fáctica de la imputación. Se manifestó, en más de una oportunidad, que las Cámaras de Segunda Instancia no podían pronunciarse respecto de apelaciones de sentencias definitivas si, tomando en cuenta que en dicho trámite se evalúa prueba tal como corresponde a un tribunal de instancia, no había tenido contacto alguno con el desfile probatorio que dio motivación al fallo recurrido. Es entonces absurdo pensar que si se suceden nulidades durante la etapa contradictoria ellas podrían ser recurridas mediante el ejercicio del recurso de apelación, tal como lo reza el inciso final del artículo 225. Ahora bien, no puede hacerse caso omiso de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 417 el cual confirma lo dispuesto en el antes mencionado estableciendo de manera muy clara que: *“...procede el recurso de apelación en contra de la resolución de nulidad proveída por los tribunales de sentencia,...”*. Tal vez lo correcto sería: establecer que si la nulidad se sucede durante la tramitación del proceso en el escenario de actuaciones de los jueces de paz y de instrucción, procediese en contra de ellas, a efecto de dar aplicación a lo dispuesto en la resolución de Corte a la que se ha hecho referencia, el recurso de apelación. Siempre que la declaratoria cause agravio a quien hace uso del recurso. Y, que de las acaecidas durante la etapa contradictoria pudiese interponerse el recurso de revocatoria, y de no ser reparado el defecto, lo que indiscutiblemente hará que los actos que suceden al defectuoso se vean a su vez contaminados, situación que podría llegar a determinar de manera negativa a la sentencia definitiva a la que se llegue, lo que propiciaría a su vez que la resolución fuese recurrida por medio del recurso de Casación.

**Concordancias.** Arts. 417 y sig. CPP.

### **Nulidades Relativas. Oportunidad .**

Art. 226.- La nulidad de los actos o diligencias judiciales por la falta de las formalidades que para ello se prescribe bajo pena de nulidad, podrá declararse de oficio o a petición de parte.

Las nulidades relativas sólo podrán ser opuestas, bajo pena de caducidad, en las oportunidades siguientes:



- 1) Las producidas durante los actos iniciales de investigación, en la audiencia inicial;
- 2) Las producidas en la instrucción formal, durante su desarrollo o en la audiencia preliminar;
- 3) Las producidas durante la audiencia preliminar, al inicio de la vista pública;
- 4) Inmediatamente después de producidas, las acaecidas durante la vista pública; y,
- 5) Dentro de las cuarenta y ocho horas, las producidas durante la tramitación de un recurso.

La petición de nulidad deberá ser motivada, bajo pena de inadmisibilidad y tramitarse según lo previsto para las excepciones, salvo que ella se interponga durante las audiencias, caso en el cual se resolverá de inmediato.

La fundamentación del pedido de nulidad durante las audiencias será verbal y el interesado podrá solicitar se deje constancia sucinta en el acta.

### **Comentario.**

La redacción misma del artículo permite obtener las siguientes conclusiones:

a) Las nulidades relativas coinciden con las también clasificadas como taxativas o específicas, que no son enunciadas en disposiciones generales como el artículo 224. Se refieren a las que se suceden en ocasión de falta de formalidades exigidas por la ley para actos o diligencias judiciales;

b) Pueden ser declaradas de oficio o a petición de parte, pero para su oposición existe una oportunidad procesal específica fuera de la cual, si la nulidad no es opuesta, la oportunidad caduca;

c) La oportunidad de oposición de estas nulidades coincide con etapas procesales en las que, por su propia naturaleza, se ejerce por parte del juez control sobre las actuaciones y en las que se trata de potenciar la intermediación, la oralidad, la concentración, la contradicción y la igualdad de oportunidad procesal como condiciones de celebración. Estas oportunidades son: la audiencia inicial, en relación a las nulidades acaecidas en los actos iniciales de investigación, la audiencia preliminar, en lo referente a las sucedidas durante el desarrollo de la instrucción o en la audiencia misma; la audiencia de inicio o instalación de la vista pública en lo relativo a los sucedidos durante la audiencia preliminar.

Por otra parte, lo dispuesto en el número cuatro del inciso segundo posee enorme relación con lo establecido en la parte final del inciso tercero y lo plasmado en el inciso cuarto, en cuanto a que durante la vista pública, por regir en ella la regla de la oralidad, la oposición de las nulidades debe ser inmediata, verbal, motivada de manera sucinta (pero motivada al fin so pena de inadmisibilidad) y resuelta de manera inmediata, ágil y verbal, dejándose constancia de ello en el acta conforme lo dispuesto en los artículos 329 y 363 del código en relación a la vista pública y lo establecido en los artículos 255 inciso primero y 319 inciso cuarto, en relación a las audiencias inicial y

preliminar, en tanto que en ellas deben reproducirse las condiciones de la vista pública, sin desnaturalizarse por ello a las audiencias, dando énfasis a la oralidad, a la contradicción y la agilidad. Por tanto los actos durante las audiencias se practican de manera verbal de lo contrario, si la nulidad se opone fuera del desarrollo de una audiencia habrá de ser por escrito, en forma motivada, so pena de inadmisibilidad.

Cuando se habla acerca de la tramitación de la nulidad conforme a lo dispuesto para el caso de las excepciones, el legislador hace referencia a lo dispuesto en los artículos 278 y 279 del código, en ellos se describe la forma de practicar los actos procesales en relación a las diferentes etapas en que se suceden, así el juez o tribunal que de la nulidad conozca debe permitir que en igualdad de oportunidad procesal la contraparte exponga sus argumentos de refutación dándole plena aplicación al contradictorio. Si se sucede en una etapa procesal que no constituya audiencia, deberá hacerse por escrito fundado y el juez mandará a oír a la parte contraria para hacer valer la contradicción, de todo ello se hará constar acta conforme lo dispuesto en el artículo 276 del código. Y si esto ocurrió durante audiencia, se dejará constancia en el acta de la misma conforme lo dispuesto en el artículo 255 inc. 2º. Y 319 inc. 4º del código.

**Concordancias.** Arts. 123, 228, 265 y sig., 313 y sig., 329, 338 y sig. CPP.

### **Efectos de las Nulidades Relativas.**

Art. 227.- La nulidad de un acto o diligencia judicial, cuando es declarada, vuelve nulos todos los actos consecutivos que dependan o se relacionen estrechamente con el acto nulo. Declarada la nulidad, se ordenará la reposición o ratificación de tales actos o diligencias.

### **Comentario.**

Cuando se habla respecto del fenómeno de la reposición de manera inmediata surge el tema de la violación a la independencia judicial, así como también el de la especificidad en relación a los actos declarados inválidos.

En relación a la independencia judicial: la Corte Suprema de Justicia ha manifestado en más de una oportunidad, -como se verá más adelante- que si la declaratoria de nulidad se encuentra debidamente motivada conforme la ley establece. Para ser más exactos casi desde sus inicios en el inciso tercero artículo tres del código, donde se dispone que toda resolución debe ser debidamente fundamentada, en tales casos la resolución no persigue en forma alguna un objetivo malicioso en lo que respecta a la interrelación de los jueces, sino por el contrario, pretende sanear actos a fin de que se cumpla el objetivo ulterior del proceso penal, para que el funcionario reponga o subsane el error, como carente de la pureza del proceso que es.

De igual manera, para que no exista posibilidad alguna de que se afecte la ya mencionada independencia la Corte Suprema de Justicia ha fallado «la Corte no puede fomentar el incumplimiento de las decisiones judiciales, cuando las mismas no



vulneran la autonomía e independencia de los jueces, pero reconoce que es necesario especificar la extensión de la declaratoria de nulidad de un acto procesal, de forma tal que el tribunal al que se ordene reponer las actuaciones anuladas conozca cual fue el último acto válido...” Ello consta en la resolución del incidente de competencia de fecha siete de septiembre del año dos mil, identificada bajo el número de referencia 15/2000 suscitado entre los juzgados de paz del municipio de Victoria y el de Primera Instancia de Sensuntepeque en el proceso penal instruido contra J.N.B.M. o N.B. y J.L.B.M. o L.B. por la comisión de los delitos de Homicidio Simple y Homicidio Agravado, respectivamente en contra de J.R.C.

El principio de especificidad, por tanto, cumple dos funciones: a) Permite determinar de manera inequívoca que actos habrán de ser declarados nulos, para que el saneamiento no llegue hasta los actos que no lo necesitan y; b) Permite respetar la independencia judicial mediante el señalamiento inequívoco de la labor de reposición.

### **Subsanación de Nulidades Relativas.**

Art. 228.- Las nulidades relativas quedarán subsanadas;

- 1) Cuando las partes no las opongan oportunamente;
- 2) Cuando quienes tengan derecho a oponerlas hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto; y,
- 3) Si no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin con respecto a todos los interesados.

### **Comentario.**

En cuanto a la subsanación de las nulidades relativas, es necesario destacar que, como ya se ha expresado antes, los defectos producidos en lo relativo a su intención por estas nulidades deben ser expuestos por aquellos a quienes afecta en una determinada oportunidad procesal, de lo contrario la oportunidad precluye o se agota. La razón no es otra sino que, por lógica, al existir el defecto la parte afectada habría de señalar su existencia a fin de que el acto procesal defectuoso sea eliminado del proceso. No hacerlo implica: que por sus efectos fueron tácitamente aceptados por lo que o no se advirtieron, o, al advertirse no lograron propiciar una verdadera afectación a los intereses de la parte por lo que son aceptados. Una situación más, indiscutiblemente posible, es aquella en la que no obstante su irregularidad, el acto paradójicamente ha logrado producir los efectos de él esperados. Esta última situación permite corroborar la idea acerca de que pueden identificarse a las nulidades relativas como aquellas en las que: el defecto que produce la posible invalidez del acto es de naturaleza formal por lo que el acto procesal pudo existir, ser válido y producir efectos nulos o pese al defecto de forma el efecto interno del acto, de su intención, se cumple por lo que no necesita ser expuesto u opuesto vía nulidad.

**Concordancias.** Arts. 226 y 227 CPP.

# LIBRO SEGUNDO

## PROCEDIMIENTO COMUN

### TITULO 1 INSTRUCCIÓN

#### CAPITULO I • ACTOS INICIALES

#### **Denuncia.**

Art. 229.- La persona que presenciare la perpetración de cualquier delito de acción pública, está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento de la Fiscalía General de la República, la policía o el Juez de Paz inmediato. Si el conocimiento se originare en noticias o informes, la denuncia será potestativa. Si se trata de un delito que depende de instancia particular, no se puede proceder sin ella, salvo los actos urgentes de investigación.

#### **Comentario. 1.**

Inicialmente puede definirse la denuncia como el acto mediante el que se pone en conocimiento de la autoridad competente la realización de un hecho punible. Responde su existencia, básicamente, a la necesidad de cooperación activa de todos los sujetos con el Estado en el cumplimiento de la función de vigilancia y control y, contingentemente, de restablecimiento del orden jurídico perturbado.

Supone la denuncia un punto de equilibrio entre el acusatorio que proscribe la puesta en marcha por sí mismo del órgano jurisdiccional (*nemo iudex sine actore*, y *ne procedat iudex ex officio*), y el inquisitivo que permite la iniciación ex officio de la investigación del hecho punible, al permitir que la *notitia criminis* llegue a conocimiento del Juez estimulando su actividad instructora. Desde su esencial significado de requerimiento estatal a la cooperación ciudadana en la lucha contra el crimen<sup>29</sup>, comporta diversas facetas:

- 
- Los artículos comprendidos en este cap. I han sido realizados por el Prof.Dr. Ernesto Pedraz Penalva, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.

29 Parafraseando a ALCALA-ZAMORA, N., «La reforma del enjuiciamiento penal argentino», RDPArgentina, 1945, 1ª parte



A) Medio puesto a disposición de todos para que pongan en conocimiento de la autoridad estatal competente la comisión de un hecho punible, que connota una renuncia a la autodefensa en pro del *ius perseguendi* y consecuente *ius puniendi* de exclusiva titularidad estatal. Así se habla del deber de denunciar que incumbe «*quivis ex populo*» (a cualquiera) en un doble aspecto, como fruto de la obligación de todos de cooperar en la lucha y erradicación del delito y, del sujeto concreto, de la de abstenerse de la autodefensa. En este último sentido el deber aparecería positivamente inteligible como derecho de todos a que, dado el monopolio estatal de la persecución de los delitos, el Estado recurra a los medios precisos para evitar la impunidad.

Dicho deber de denunciar se corresponde con el del fiscal de investigar cualquier hecho denunciado -dentro de unos límites mínimos de verosimilitud y razonabilidad jurídicamente trascendentes<sup>30</sup>- y su responsabilidad si no lo persiguere -en el margen que el juego de la oportunidad le autoriza-.

En el Derecho salvadoreño se reduce el ámbito del deber de denunciar delitos de acción pública a las personas que presenciaren su perpetración. De este modo las que hubieren sabido de él por referencia no está obligadas -pero pueden denunciar el hecho-. Problema importante es el concerniente al vocablo «presenciar». Indudablemente por presencia ha de entenderse que a través de cualquier sentido se hubiere conocido el delito. El ciego que hubiere oído o el sordo que hubiere visto están obligados a denunciar. Nos lleva este razonamiento a otro punto, el de si la presencia ha de ser directa o inmediata o si cabe también la indirecta o mediata. Pensemos en el que por teléfono escucha lo que considera perpetración de un crimen o en el que recibe tal impresión a través de cualquier otra vía de comunicación. A mi juicio la interpretación extensiva es la que ha de primar habida cuenta del objetivo perseguido: tutela del interés general en mantener el orden jurídico infringido.

No tienen deber de denunciar aquéllos que hubieren sabido del delito de acción pública por referencia o, según dice este art. 229, por noticia o informe; es decir, si su conocimiento tuviere origen en la percepción directa o indirecta de otro.

Tal diferencia entre percepción directa o indirecta y conocimiento por referencia no alcanza a aquellos sujetos que por su profesión tengan acceso al conocimiento de la perpetración de un delito de acción pública (art. 232 CPP).

General excepción del deber de denunciar, tanto a favor de los particulares como de los obligados a ello por razón de su cargo o profesión, es la contenida en los

---

30 No lo sería si se denuncia que se ha visto asesinar a una estatua o que los extraterrestres están secuestrando niños. Empero, dado que en ocasiones la percepción sensorial del sujeto mentalmente enfermo puede provocar distorsiones no ya en la realidad de lo percibido sino en la aprehensión de lo sentido, tampoco debe repelerse por absurda la denuncia de un hecho sin una mínima comprobación al menos de la credibilidad del denunciante.



arts.231 e inciso final del 232 CPP. Rechazo pues la rúbrica del art. 231: «prohibición de denunciar» por causa de parentesco, pues entendida literalmente como *prohibición* comportaría:

a) La imposición de un deber de silencio que puede conspirar contra el propio sujeto (sabedor de que p.ej. es un homicida o un violador el sujeto con el que convive),

b) Que aun denunciado «contra lege» el pariente, la fiscalía no podría llevar a cabo la investigación por la ilicitud de la vía de conocimiento, entrando así en la dinámica de una «iniciación viciosa y/o viciada», con lo que trasplantando la denominada «doctrina del árbol emponzoñado» podría ser un medio para lograr la impunidad de un delito: comisionar al hermano, hijo, padre, etc., para denunciarlo. Si se entendiere que en ese caso la denuncia se circunscribe a transmitir la noticia y que ha lugar a practicar investigaciones, la sola repercusión de ese veto del art. 231 sería la de excluir al denunciante como testigo, lo que responde a otra norma y a otra causa (sospecha de parcialidad). Otro tema resultante de su configuración normativa es el de ¿qué sanción comportaría la infracción de tal prohibición?.

c) Fomenta la delación o puesta en conocimiento anónima de la «notitia criminis».

d) Que tal prohibición de denunciar es extraña a la mayoría de los Ordenamientos de los países tanto de igual como de diferente tradición jurídica.

B) medio facultativo del que puede hacer uso el particular para cooperar con la Justicia en la lucha contra el crimen transmitiendo la *notitia* sobre la realización de determinadas infracciones punibles, que amén de expresar la renuncia a la autodefensa permite su persecución estatal, constituyendo la denuncia un presupuesto de procedibilidad (así en los llamados delitos semipúblicos o semiprivados) .

Se habrá observado que en mi lectura destaco el carácter obligatorio de la denuncia, en contra de planteamientos que priman en especial en algún país como Argentina<sup>31</sup> . En mi criterio su consideración como deber refuerza la corresponsabilidad de todos en la erradicación del delito y en modo alguno puede estimarse como expresión autoritaria de un impuesto papel de guardián público a todo ciudadano, más al contrario indica la estrecha e íntima conexión entre la sociedad y el Estado que legítimamente la representa, interviniendo activamente en su constitucional funcionamiento. No parece propio de un sistema democrático el sentirse ajeno a la violación de la ley como si se tratara de la expresión de un grupo o sujeto que ha plasmado su real

---

31 Vid. Así por todos CLARIA OLMEDO, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 4 volúmenes, B.Aires, 1961-1964



voluntad. No se denuncia el incumplimiento de un mandato individual sino la infracción de una ley que es expresión de la voluntad general y que permite, regula y constituye el único y válido referente organizativo social y político. No puede ni debe ningún ciudadano sentirse extraño ante la violación de una ley -en cuanto tal- dotada de las susodichas características. También juega a favor de la denuncia el sentido de solidaridad moralmente requerible a todos<sup>32</sup>.

Podría objetarse que es inane su configuración como deber pues raramente los ciudadanos -incluso en sociedades que se consideran muy desarrolladas- lo acatan por temor a las consecuencias que pueden derivar contra ellos (pienso en los delitos fruto de la criminalidad organizada). Además que todo deber *per se* lleva aparejada una sanción cuya efectividad es frecuentemente discutible, incluso cuando ha lugar a ser impuesta. Creo que con estos razonamientos se entra en la discusión entre el ser y el deber ser que filosóficamente tiene sentido pero que jurídicamente no es aceptable. El que exista una mayoría de individuos que no respetan las señales de tráfico provocando accidentes no justifica la exención del deber de respetarlas. Suprimir el deber de denunciar es legitimar actitudes pasivas que conspiran contra el correspondiente deber estatal de perseguir cualesquiera conducta constitutiva de delito de acción pública, sin excluir delitos de corrupción o delitos en los que determinados sujetos «prominentes en el «establecimiento», «nomenclatura» o «sistema» pudieren estar implicados. Otrosí habría que llevar a cabo una clasificación de las infracciones en las que el deber de denunciar sería exigible mientras que no existiría en otras: el que presencia el ataque a una persona que sufre lesiones y no pone en conocimiento de la autoridad que se está realizando o que se ha llevado a cabo y por su omisión fallece el sujeto, sería reo de un delito de omisión del deber de socorro (art. 175 CP).

En otro orden de cosas el deber de denunciar permite una más pronta y eficaz investigación de los delitos -en cuanto comprensiva de la relación circunstanciada del hecho y demás extremos exigidos en el inciso segundo del art. 230 CPP-, en ocasiones dificultada por el uso de la delación. No sólo al denunciar puede ser interrogado el denunciante, declarando en su caso como testigo el que ha presenciado el hecho y así permitiendo un mejor conocimiento del delito y la identificación y enjuiciamiento del presunto autor, sino que al precisar identificación (art. 230 inciso final CPP) se evitan las que son instrumentos de venganza privada, con frecuencia calumniosas. Las denuncias temerarias o falsas son susceptibles de corrección, al menos con la imposición de costas al denunciante (art. 233 CPP).

---

32 Con todos las precauciones y con riesgo de un excesivo radicalismo me atrevería a mantener que el silencio ante la infracción es más propio o de sociedades poco desarrolladas -infantiles- o de sociedades autoritariamente gobernadas en la que la autoridad es un enemigo ante el que ha de ofrecerse al menos una resistencia pasiva.

2. Parece que el legislador se ha olvidado de excepcionar el deber de denunciar que lógicamente ha de incumbir a los menores de edad y a los que carecieren de madurez psíquica al verse afectados por enfermedad o carencia orgánica.

3. El párrafo segundo de este art. 229 se limita a proclamar la lógica necesidad de que medie denuncia tratándose de delitos que dependen de instancia particular, con la posibilidad empero de poder llevar a cabo actos urgentes de investigación a efectos de evitar la pérdida de la cosa o la desaparición de huellas, rastros, vestigios, etc., sin que deba sobrepasar la investigación tal finalidad meramente asegurativa.

**Concordancias** Arts. 26, 28, CPP.

### **Forma y Contenido.**

Art. 230.- La denuncia podrá presentarse en forma escrita o verbal, personalmente o por mandatario con poder general. La denuncia contendrá, en cuanto sea posible, la relación circunstanciada del hecho, con indicación de sus partícipes, perjudicados, testigos y demás elementos que puedan conducir al funcionario tanto a la comprobación del hecho punible, como a su calificación legal. Cuando sea verbal, se hará constar en acta. En ambos casos, el funcionario comprobará y dejará constancia de la identidad del denunciante.

### **Comentario.**

Para mejor permitir la transmisión de la *notitia criminis* prevé el legislador que la denuncia pueda realizarse en cualquier modo apto para cumplir tal objetivo, permitiendo con ese fin determinar lo más exacta y fielmente posible los datos objetivos y subjetivos del hecho como también los precisos para identificar al denunciante a los oportunos efectos.

Se admite en consecuencia la forma escrita u oral, personalmente o por mandatario con poder general. Acaso fuere conveniente agregar como dato de interés el que la denuncia escrita o el acta que se extienda de la verbalmente transmitida debiera firmarse (en todas sus hojas) por el sujeto denunciante, o por su representante, y si no supiere o supieren leer y escribir podrá/n imprimir la huella dactilar del dedo derecho<sup>33</sup>, y en último término podrá firmarse por otra persona a su ruego. Es aconsejable que se expida o que pueda exigirse que se expida copia de la misma para que quede a salvo la responsabilidad del denunciante en los términos de la denuncia.

**Concordancias.** Arts. 276, 330 CPP.

---

33 Así SERRANO/RODRIGUEZ/VENTURA/TREJO, *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p.594 cit.33.



## **Prohibición de Denunciar.**

Art. 231.- No podrá denunciar el descendiente contra su ascendiente, éste contra aquél, el marido contra la mujer o viceversa, hermanos contra hermanos, adoptante contra el adoptado o viceversa y el compañero de vida contra su conviviente. Esta prohibición no comprenderá la denuncia por delito cometido contra el denunciante o contra personas que legalmente represente o cuyo parentesco con él sea igual o más próximo que el que lo liga con el denunciado.

### **Comentario.**

Me reitero en mi crítica a esta «prohibición de denunciar» con base en los argumentos ya expuestos en los comentarios al art. 229 de este Código.

En todo caso la excepción «a la prohibición de denunciar» o, si en buena técnica procesal se prefiriere, la exención del deber de denunciar evidentemente no cabe predicarla de aquellos delitos cometidos por el denunciado contra la persona o bienes del denunciante o de la persona que represente legalmente o pariente, o contra la persona con la que conviva.

**Concordancias.** Art. 32 Cn. Art. 186 CPP.

## **Obligación de Denunciar. Excepción**

Art. 232.- Tendrán obligación de denunciar los delitos de acción pública:

1) Los funcionarios que los conozcan en el ejercicio de sus funciones. También deberán denunciar los delitos oficiales cometidos por funcionarios o empleados que les estén subordinados y si no lo hicieron oportunamente, incurrirán en responsabilidad penal;

2) Los médicos, farmacéuticos, enfermeros y demás personas que ejerzan profesiones relacionadas con la salud, que conozcan esos hechos al prestar los auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté bajo el amparo del secreto profesional; y,

3) Las personas que por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tengan a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o control de bienes o intereses de una institución, entidad o persona, respecto de delito cometido en perjuicio de ésta o de la masa o patrimonio puesto bajo su cargo o control, siempre que conozca el hecho con motivo del ejercicio de sus funciones, salvo que se trate de delitos que no afecten gravemente los bienes.

En todos estos casos, la denuncia no es obligatoria si razonablemente arriesga la persecución penal propia, del cónyuge o de ascendientes, descendientes, hermanos o del compañero de vida o conviviente.

### **Comentario**

1. Se matiza y refuerza el deber de denunciar pues ya no incumbe a estos profesionales si hubieren presenciado su comisión sino que basta con que hayan tenido

conocimiento del mismo (por referencia pues). Se asegura la colaboración de los mismos sancionando penalmente su omisión. No se atribuya tal responsabilidad penal en cambio al personal sanitario que, a mi juicio, precisamente por la naturaleza de su actividad está especialmente situado para conocer la comisión de determinados hechos punibles y por tanto para colaborar con la Justicia en su descubrimiento y persecución.

2. Puede provocar disfunciones el núm.3 pues eximir del deber de denunciar dejando a elección de la persona encargada de la administración o cuidado de los bienes la denuncia de delitos que no afecten gravemente a los mismos, connota institucionalizar peligrosamente el principio de oportunidad. Si es una entidad que dispone de mil millones de colones la apropiación de dos millones por cualquier empleado no pone en riesgo su patrimonio, pero no creo constitucionalmente admisible que el administrador, atendiendo a su relación con el presunto delincuente, o a otros factores ajenos, esté facultado para “perdonar” la comisión de un hecho punible. Sin embargo soy consciente del real juego de la oportunidad sobre todo tratándose de delitos de bagatela, practicada aún por policía, fiscal e incluso por jueces, pero creo que su operatividad radica en la escasa entidad del perjuicio y en la irrelevancia del riesgo, y no en apreciaciones subjetivas precisamente de los encargados de administrar bienes ajenos cotejando la gravedad o repercusión relativa de la infracción.

3. Reitera el legislador la exención del deber de denunciar cuando pudiere afectar al derecho a no declarar contra sí mismo o pudiere entrañar el enjuiciamiento de las personas respecto de las que se está exento del deber de denunciar o, en terminología y concepto de este código, exista prohibición de denunciar (art. 231 CPP).

**Concordancias.** Art. 187 CPP.

### **Responsabilidad.**

Art. 233.- El denunciante no será parte en el procedimiento ni incurrirá en responsabilidad alguna, excepto cuando las imputaciones sean falsas. Cuando la denuncia sea calificada por el juez o tribunal de temeraria o falsa, le impondrá al denunciante el pago de las costas.

### **Comentario.**

1. El denunciante, en cuanto tal y según correctamente se expresa no puede intervenir en el proceso más que en calidad de testigo.

2. No está excesivamente clara la dicción del legislador al proclamar que el denunciante no incurrirá en responsabilidad salvo cuando la imputación sea falsa. Parece que no sólo no se propicia la denuncia sino además que se limita únicamente a las hipótesis delictivas que resulten verdaderas. Se provoca de este modo en los sujetos un recelo ante las posibles consecuencias del cumplimiento de su deber ciudadano al serles exigida la verdad de sus imputaciones so pena de incurrir en responsabilidad, lo que no se hace ni a la policía ni al fiscal ni al juez. Imagínese a la persona denunciante



esperando con temor el fin del proceso pues si fuere la sentencia absolutoria podría provocar que se le obligara al pago de las costas (que según el art. 447 CPP abarcará honorarios devengados y gastos provocados durante el procedimiento), al igual que a los fiscales, defensores y mandatarios que litiguen temerariamente o realicen trámites manifiestamente dilatorios (art. 449 CPP).

Se atribuye al juez o al tribunal la tarea de calificar la denuncia como temeraria o falsa y no al órgano (fiscal, policía) que la reciba. De este modo se plantea: si, para ser congruente con lo previsto en esta norma, el órgano jurisdiccional en caso de absolución deberá pronunciarse sobre la denuncia (si ha sido temeraria y falsa o por el contrario no lo ha sido); también sobre si la temeridad o la falsedad no podrán perseguirse si no se sustanciare y resolviere definitivamente, y en este caso si podría ser sancionada la denuncia inadmitida o desestimada como constitutiva de un delito de difamación.

Otro punto en el que no entro es el del concepto de temeridad o falsedad retrotraído al momento de presenciar la comisión del hecho afirmado punible. Pensemos que el que presencia un determinado hecho puede considerar que se encuentra ante la comisión de un delito y con tal grado de probabilidad cumple con su obligación de comunicarlo a la autoridad competente. Pero no creo que sea posible ni aconsejable que haya de cerciorarse antes de que se trata de un delito. Resulta manifiestamente difícil la situación del que presencia los hechos, pues está obligado a denunciarlos pero si cumple y no son lo que le pareció podrá verse sometido a consecuencias como la citada de pago de las costas.

Todo lo dicho no supone que sea partidario de fomentar denuncias falsas y/o calumniosas, pero sí de una regulación más precisa. Ante todo sería menester la calificación jurídico-penal de denuncia temeraria como en cambio sí se hace respecto de la calumniosa (arts. 177 y concordantes CP). Una tipificación suficiente inocuizaría la práctica totalidad de lo opuesto sobre ello, permitiendo en todo caso el análisis de la conducta su subsumibilidad en la norma sancionadora. A este tenor sería menester que el sujeto conociera el deber de denunciar concurriendo voluntad y conciencia de omitirla.

Finalmente y para concluir este punto, resaltaré que el legislador ha creído conveniente distinguir la sanción atendiendo al fundamento en el que estriba su deber de denunciar. En el artículo anterior en su núm.1) se sanciona jurídico-penalmente a los funcionarios públicos pero no al personal sanitario como he indicado.

### **Denuncia y Querella Ante la Policía.**

Art. 234.- Cuando la denuncia o querella sea presentada ante la policía, ésta actuará con arreglo a lo dispuesto en el capítulo siguiente, informando de su recibo a la Fiscalía General de la República y al Juez de Paz dentro de un plazo máximo de ocho horas.

## **Comentario.**

Se confirma a la policía como receptora de denuncias o querellas imponiéndosele expresamente el deber de informar de su recibo, sin excepciones, a la Fiscalía y al Juez de paz en un perentorio término de ocho horas.

Es loable la determinación del plazo de 8 horas como plazo máximo pero nótese que se alude a información. Ha de ser interpretado este tiempo como período máximo a fin de practicar esas actuaciones indispensables para identificar al denunciado o querellado y determinar la probable comisión de un hecho punible. De este modo cabe pensar de su relación con el art. 8 CPP que dicha información consistirá por tanto en la remisión del atestado o conjunto de diligencias practicadas por la policía que han desembocado en la imputación del sujeto

**Concordancias** Arts. 95 y sig., 229 y sig., 239, 244 CPP.

## **Denuncias y Querella ante la Fiscalía General de la República.**

### **Requerimiento.**

Art. 235.- La Fiscalía General de la República, al recibir una denuncia, querella o el informe de la policía, previsto en el artículo anterior, formulará requerimiento ante el juez de Paz en el plazo de setenta y dos horas, si el imputado se encuentra detenido y si no lo está, deberá realizar las diligencias de investigación necesarias para formular el requerimiento respectivo en el menor tiempo posible. (8)

Si el imputado se halla detenido, será puesto a disposición del Juez de Paz lo antes posible, dentro del plazo máximo de setenta y dos horas. (2)

## **Comentario.**

El comentario a este artículo fue elaborado antes de la reforma contenida en el 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. He de hacer notar su interrelación con el art. 237 que impone asimismo al Juez de Paz, que hubiere recibido denuncia o querella, ponerlo en conocimiento de la Fiscalía, naturalmente a efectos de que se lleve a cabo por ésta la oportuna investigación sin perjuicio de que el juez de Paz realice las diligencias irreproducibles urgentes.

El plazo de 72 horas -establecido asimismo en el art. 13 Cn- para la puesta a disposición judicial del imputado debe interpretarse restrictivamente. En Instrumentos internacionales como el PIDCP y la CADH, respectivamente en sus arts.9.3 y 7.5, se señala que "Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada *sin demora* ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales...", y (art. 7.5 CADH) "Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, *sin demora*, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones...". La expresión "sin demora" significa inmediatamente o tan pronto sea posible, por lo que si estuviere detenido no podrá retrasarse su llevanza ante el juez para que pueda resolver sobre su libertad ambulatoria más que el tiempo indispensable para las diligen-



cias iniciales de investigación que ha de cometer el fiscal. El propio CPP salvadoreño acoge matizadamente lo previsto en esos Instrumentos internacionales en su art. 87.4; y digo matizadamente porque agrega al derecho a ser conducido sin demora ante el juez... "dentro del plazo legal", lo que a mi juicio corrige negativamente el texto mencionado, pues la expresión sin demora no es modulable "sin retraso después de transcurrido el plazo" sino inmediatamente de ser detenido o si no lo estuviere cuando lo solicitare aunque no hubiere transcurrido en ambos casos el tiempo normativamente previsto. Una lectura contraria significaría además ignorar el papel protector de los derechos fundamentales que se atribuye al Juez.

El requerimiento fiscal, cuyo contenido y requisitos establecen los arts. 247 y 248 CPP, consiste en aquel acto procesal del órgano investigador por el que a la vista de las actuaciones por él realizadas insta al juez competente bien a incoar el proceso, bien a acordar el sobreseimiento de las actuaciones, bien a decretar la suspensión condicional a prueba, etc (art. 248 CPP)

**Concordancias.** Arts. 95, 229, 234, 236, 244, 247, 254 CPP.

### **Presentación Voluntaria.**

Art. 236.- Quien tuviere conocimiento que se le imputa o que se le puede imputar la comisión de un hecho punible, podrá presentarse ante la Fiscalía General de la República, debiendo ser escuchado y a que se le informe sobre la denuncia o querella.

### **Comentario.**

Este interesante precepto contempla el derecho de toda persona, que tuviere conocimiento de que se le imputa la comisión de un hecho delictivo o de que se están llevando a cabo diligencias conducentes a su probable imputación, a poner fin a su situación de incertidumbre debiendo ser informado de la denuncia o querella contra él presentada y de los términos de la misma. Es un modo pues de forzar eventualmente su imputación y así poder solicitar la práctica de las actuaciones precisas para cuantos antes desvirtuarla, según asimismo se refuerza en el párrafo segundo del art. 238 CPP.

**Concordancias.** Arts. 254, 293, Inc. 1º No. 1 CPP.

### **Denuncia y Querella Ante el Juez de Paz.**

Art. 237.- El Juez de Paz que reciba una denuncia o querella la pondrá inmediatamente en conocimiento de la Fiscalía General de la República, sin perjuicio de realizar los actos irreproducibles urgentes.



Si con la denuncia se presenta una persona que deba continuar detenida, ella quedará a disposición del Juez de Paz, quien convocará a la audiencia inicial dentro de las setenta y dos horas.

La Fiscalía General de la República deberá presentar el requerimiento antes del inicio de la audiencia.

### **Comentario.**

El art. 235 reconoce al fiscal la tarea de investigar el hecho y la persona del imputado a fin de determinar si ha lugar o no a la apertura de las actuaciones judiciales. En conexión con esa norma, determina el CPP el papel del Juez de Paz como mero receptor de la denuncia o querella, que habrá de remitir inmediatamente al fiscal. Sólo está autorizado, a prevención, para acordar las actuaciones irreproducibles urgentes, entendiéndose por tales aquéllas imprescindibles para asegurar la persona del imputado, dar protección al perjudicado, a sus familiares o a otras personas (testigos), consignar las “fuentes de prueba” del delito que pudieren desaparecer, y ordenar la recogida y envío al fiscal de cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente.

Una vez recibida la denuncia o querella, en su caso, con las diligencias urgentes de mera conservación y aseguramiento realizadas por el Juez de Paz, a prevención, la Fiscalía General de la República habrá de realizar las investigaciones precisas para formular el requerimiento previsto en el art. 247.

Se determina asimismo que la formulación del requerimiento habrá de prece-der al inicio de la audiencia. Habiendo persona detenida el tiempo máximo será de setenta y dos horas pues a su expiración el Juez de Paz habrá de resolver acerca de su prórroga o alzamiento en una audiencia a celebrar a los tres días a contar de la remisión inmediata de la denuncia o querella.

La naturaleza y contenido de la investigación por el fiscal será estudiada al comentar el art. 238.

**Concordancias.** Arts. 193 (3º) Cn. Arts. 55, 95 y sig., 229 y sig., 244, 254 CPP.



## CAPITULO II •

### DILIGENCIAS INICIALES DE INVESTIGACION

#### Investigación Inicial.

Art. 238.- Tan pronto como la Fiscalía General de la República tenga conocimiento de un hecho punible, sea por denuncia o por cualquier otra vía fehaciente, procurará en lo posible que no se produzcan consecuencias ulteriores e iniciará la investigación, salvo los casos de excepción autorizados por este Código o por la ley.

El fiscal extenderá la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino, también, a las que sirven para descargo del imputado procurando recoger con urgencia los elementos de prueba cuya pérdida es de temer. Si estima necesaria la práctica de un acto conforme a lo previsto para los definitivos e irreproducibles o necesita una autorización judicial, la requerirá enseguida al Juez de Paz competente; en caso de urgencia, al más próximo. También realizará las investigaciones que soliciten el imputado o su defensor para aclarar el hecho y su situación.

#### Comentario.

1. En una original consideración, inspirada en determinados autores, el legislador ha distinguido entre investigación fiscal, instrucción judicial, implícitamente un periodo intermedio y el juicio oral. La solución vigente en el derecho comparado a los diversos problemas suscitados por la, para unos, necesaria supresión de cualesquiera rasgo inquisitivo y consiguiente extensión del acusatorio también a la fase de preparación del juicio oral, como se apunta en la Introducción, ha sido la de conferir la llevanza de la misma al MP -con ayuda de la policía- bajo control del Juez de Paz (arts.55.1 CPP), a quien corresponde adoptar toda decisión lesiva de los derechos fundamentales del imputado. Con más o menos variantes ésta es la acogida en las reformas de la StPO alemana, en el Código de proceso penal portugués y en el italiano. España y Francia mantienen la figura del juez instructor aunque constituido junto a él el MF. En España por cierto la mayoría de los proyectos de reforma y un importante sector de la magistratura y doctrina se viene decantando en pro de conferir la investigación al MF con reserva de ese papel tutelador jurídico-fundamental al Juez. Nótese que uno de los temas inherentes a la llevanza por el fiscal de la investigación es el de su adecuada configuración orgánica y funcional, que ha desembocado en su regulación como magistratura independiente en Portugal, y que ha suscitado significativos problemas por el mantenimiento de su dependencia del Ejecutivo en Alemania.

---

• Los artículos comprendidos en este cap. II –arts. 238 a 246 inclusive- han sido realizados por el Prof.Dr. Ernesto Pedraz Penalva, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.

**2.** La investigación fiscal que desemboca en el requerimiento al Juez de Paz entiendo que constituye el conjunto de actuaciones realizadas por el fiscal con la ayuda de la policía judicial conducentes a determinar si de los datos contenidos en la denuncia o querella o del conocimiento obtenido por cualesquiera otro medio (delación, etc), y de las actuaciones imprescindibles para su comprobación, surgen elementos racionales bastantes para solicitar del juez la instrucción del proceso, la desestimación de la denuncia, querella o informe policial, etc (arts.248, 249 y 250 CPP). No cabe pues predeterminar el sentido de esta etapa preliminar pues además el MF actúa en ella no como acusador ni por ende como sujeto interesado en la apertura del proceso o en el logro a tal fin de elementos bastantes para ejercer en su momento la acusación. Por un lado filtra la *notitia criminis* a fin de solicitar el rechazo de la infundada, temeraria, desaconsejable por razones de oportunidad, etc., gozando incluso, ante la razonable imposibilidad de atribuir los hechos punibles a ningún sujeto determinado, de la facultad de decretar su archivo (art. 246 CPP) y, de otro, constituye el presupuesto indispensable para que comience la instrucción de la causa o se acuerde con los subsiguientes efectos el sobreseimiento, la suspensión condicional, etc. Ya no es el juez el que *ex officio* puede cuando le pluga decretar la incoación sino que precisará de una solicitud fundada del MF. La labor encomendada de este modo al MF exige una objetividad que se refleja en su deber de recoger tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado (arts. 3 III y 238 II CPP).

**3.** Las diligencias comprensivas de la investigación las llevará a cabo el propio fiscal auxiliado por la Policía o cometiendo a ésta su realización en los límites que le marque (arts.240 párrafo segundo y 244 párrafo segundo CPP). Tendrán intervención asimismo el imputado y su defensor quienes podrán instar las investigaciones que estimaren pertinentes para aclarar el hecho y su situación (arts.9 II y 238 II CPP). A tal objeto el imputado será instruido de su derecho a designar abogado que le asista y represente y si no lo hace se le nombrará defensor público (arts. 10, 87.3 y 241. 9 CPP)

**4.** Las diligencias a realizar directamente por el fiscal o por la policía a su orden, y en su caso pedidas por el imputado o su defensor -si el fiscal las estimare pertinentes- serán todas aquéllas que considere indispensables para determinar la comisión del hecho punible denunciado (o individualizado en la querella o delatado, etc) y la identidad y probable participación del autor (eventualmente imputado en la denuncia, por la policía, etc. según prescribe el art. 8 CPP). Con tales miras habrá de recoger lo que pueda servir para su acreditamiento tanto como para su desvirtuación. Forman parte integrante de estos actos de investigación todos los que sean imprescindibles para la recogida y conservación de todas las fuentes de prueba susceptibles de perderse, ser ocultadas o desvirtuadas, como también los que estime útiles para fundar la acusación. Está facultado el MF también para ordenar a la policía la cita o aprehensión (detención) del imputado así como el interrogatorio de los testigos y cuantas otras medidas se relacionan el art. 241 CPP.

Fuera de los citados no cabe la práctica de actuaciones por y ante el MF que excedan del objetivo propio de esta fase preliminar. Es a este tenor importante recalcar



que así no sería procesalmente admisible la prueba anticipada. La posibilidad permitida en el art. 270 CPP alude, concurriendo todos los requisitos, al período de instrucción cuya llevanza es ante el juez y por tanto susceptible de observarse las exigencias indispensables para que pueda ser introducida en juicio oral y servir para desvirtuar la presunción de inocencia. A mi juicio la declaración anticipada de un testigo en peligro de muerte ante el MF tendría idéntico valor que ante la policía judicial, no constituyendo acto probatorio en sentido procesal estricto. La dicción del párrafo segundo de este art. 238. "...Si estima necesaria la práctica de un acto conforme a lo previsto para los definitivos e irreproducibles o necesita una autorización judicial, la requerirá enseguida al Juez de Paz competente..." podría hacer pensar lo contrario. Baste simplemente como argumento el que se habla únicamente de requerir la autorización del Juez -en caso de urgencia la del más próximo aunque no fuera competente- no de que se deba celebrar a su presencia, por lo que ha de entenderse referido a la práctica de diligencias como "ingreso en la morada" (arts. 20 Cn y 173 y sigs. CPP), secuestro de algún bien propiedad de un tercero que se estima relacionado con el hecho que se investiga (arts. 180 y ss CPP), etc.<sup>34</sup>

5. Muestra de la importancia que da el legislador a la practica de estas investigaciones es su exigencia aun cuando considere el fiscal que procede la desestimación (art. 249 CPP)

**Concordancias.** Arts. 83, 84, 85, 86, 272, Inc. 2º CPP.

### **Función de la Policía de Investigación.**

Art. 239.- La policía, por iniciativa propia, por denuncia o por orden del fiscal, procederá a investigar los delitos de acción pública, a impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, a identificar y aprehender a los autores, partícipes, recogerá las pruebas y demás antecedentes necesarios para fundar la acusación o el sobreseimiento.

Si el delito es de acción privada, no procederá salvo orden del Juez y en los límites de esa orden; cuando se trate de un delito de instancia particular sólo actuará cuando exista expresa solicitud de la persona facultada para instar la acción, o de oficio, en los límites absolutamente necesarios para interrumpir la comisión del delito, prestar auxilio a la víctima o realizar actos urgentes de investigación.

---

34 Conciben la anticipación de la prueba en exclusiva durante la instrucción, SERRANO/RODRIGUEZ/ VENTURA/TREJO, *Manual de ...*, cit., pp. 625 y sigs.

## Comentario

1. La policía tiene la facultad/deber de investigar *motu proprio*<sup>35</sup> todos los delitos de que tenga conocimiento por cualquier medio así como los que se le ordene por la fiscalía y autoridad judicial (arts. 240 y 244 párrafo segundo CPP), con vistas a determinar su comisión y a identificar y detener a los autores (en relación con el art. 244 I CPP), adoptando asimismo las medidas de conservación y aseguramiento de los elementos de convicción. Pese a lo que pudiere deducirse del literal sentido del precepto también le compete buscar y recoger el material exculpatorio y no sólo aquello que pudiere servir para formular en su día la acusación (art. 3 II CPP), según proclama con rotundidad la Sentencia en el proceso de Habeas Corpus del 14/IV/1999, Ref. 59-99R, transcrita al art. 240.

No debe olvidarse el límite temporal de ocho horas que los arts 234 y 244 señalan para que informe a la Fiscalía general de los delitos de que conozca.

2. Tratándose de delitos de acción privada precisarán para actuar orden del juez en la que se precisarán los límites. En las infracciones de instancia particular será menester solicitud del legitimado para solicitar su persecución salvo cuando se trate de actuaciones ineludibles a fin de interrumpir el delito, auxiliar a la víctima o urgente realización de actos de investigación.

**Concordancias:** Arts. 234, 244, 270, 276, 401 CPP.

### Coordinación en la Investigación.

Art. 240.- Los oficiales, agentes y auxiliares de la policía, cumplirán sus funciones, en la investigación de los hechos punibles bajo el control de los fiscales y ejecutarán las órdenes de éstos y de los jueces. El fiscal que dirige la investigación podrá requerir en cualquier momento las actuaciones de la Policía o fijarle un plazo para su conclusión.

Los oficiales y agentes de la policía que por cualquier causa no puedan cumplir la orden que han recibido de la Fiscalía General de la República o de la autoridad judicial, lo pondrán inmediatamente en conocimiento de quien la emitió, con el fin de que sugiera las modificaciones que estime convenientes.

Los oficiales y agentes de la policía, en cuanto cumplan actos de policía de investigación, estarán en cada caso bajo el control de los fiscales, sin perjuicio de la autoridad general administrativa a la que estén sometidos.

---

35 *Motu proprio* : por propia decisión



## Comentario.

Es de apuntar en este precepto que la policía depende funcionalmente de jueces y fiscales sin perjuicio de la dependencia orgánica de sus mandos. Esta bicefalia existente también en países como España no es excesivamente afortunada, primando la orgánica sobre la funcional, razón por la que otros Estados han creado una específica policía judicial dependiente de la magistratura<sup>36</sup>.

**Concordancias** Arts. 84, 238, 241, 243, 244, 245, 268 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 igualdad 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).

## Atribuciones y obligaciones.

Art. 241.- Los oficiales y agentes de la policía tendrán las atribuciones y obligaciones siguientes:

- 1) Recibir denuncias;
- 2) Cuidar que los rastros del delito sean conservados y que el estado de las cosas o de las personas no se modifique, hasta que llegue al lugar del hecho el encargado de la inspección;
- 3) Hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspección, planos, fotografías, exámenes y demás operaciones técnicas, si existe peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación;
- 4) Ordenar, si es indispensable y por el tiempo mínimo necesario el cierre del local en que se presume, por suficientes indicios, que se ha cometido un delito grave y levantar acta detallada;
- 5) Ordenar las medidas necesarias para que los testigos que estén presentes en el sitio no se alejen ni se comuniquen entre sí;
- 6) Interrogar a los testigos resumiendo la entrevista en un acta sucinta;
- 7) Citar o aprehender al imputado en los casos y forma que este Código autoriza;
- 8) Identificar al imputado, determinando sus generales, domicilio y residencia;

---

36 Con otros problemas como el de la competencia y colusión entre los distintos cuerpos policiales partícipes en la investigación delictiva

- 9) Asegurar la intervención del defensor en los términos que prevé este Código y facilitarle las diligencias instruidas contra el imputado, así como toda información necesaria para su defensa;
- 10) Rendir informes al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos en todos los casos de detención y comunicarla al registro de personas detenidas; y.
- 11) Auxiliar a la víctima y proteger a los testigos.

Los auxiliares de la Policía de investigación tendrán las mismas atribuciones para los casos urgentes o cuando cumplan órdenes de los fiscales o jueces .

Cuando con ocasión de los actos realizados en el ejercicio de las funciones, los oficiales y agentes de la policía, o de los elementos militares que colaboren en la ejecución de un procedimiento policial, debidamente autorizado, lesionaran en bien jurídico, se considera como excluyente de a responsabilidad penal a favor del imputado, el informe remitido por la Fiscalía General de la República o el juez respectivo por la autoridad competente sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos.

El Director de la Policía Nacional Civil, será responsable de la veracidad del informe que se señala en el inciso anterior, el cual será apreciado por el juez, junto con el resto de las evidencias que sobre las circunstancias en que sucedieron los hechos hubieren, a efecto de dictar la resolución que proceda. (8)

### **Comentario**

El comentario a este artículo fue elaborado antes de la reforma contenida en el 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.

En desarrollo de lo que se determina en diversos preceptos (así arts. 3, 6, 15, 230 y 239, etc CPP) se enumeran las atribuciones y obligaciones de la policía con reiteraciones y ausente una cláusula general que pudiese abarcar hipótesis no previstas aquí y ahora. Acaso tal cláusula pudiera ser la de “Y cualesquiera otras actuaciones que dentro de lo prescrito por la ley le fueren ordenadas por jueces y fiscales en el ámbito de la administración de la Justicia”.

**Concordancias.** Arts. 6, 8, 9, 10, 12, 13, 15, 16, 84, 238, 241, 243, 244, 245, 268 CPP.

### **Declaración del Imputado. Limitaciones**

Art. 242.- Antes de dirigir cualquier pregunta al imputado, los miembros de la policía le solicitarán el nombre del abogado defensor, el que sea tendrá por designado con la simple comunicación verbal o escrita, o por la designación hecha por cualquier otra persona en nombre del imputado, siempre que éste acepte esa designación.

El imputado deberá entrevistarse previamente con su defensor, antes de contestar cualquier interrogatorio.



## Comentario.

Se reitera, pero con relación explícita a la policía, el derecho de ser asistido y representado por Letrado, reconocido a todo imputado en los arts. 12 Cn, 10, 241.9 CPP, etc. derecho irrenunciable cuya efectividad se facilita obviando formalidades al estimar suficiente para poder ser defendido por un Abogado la simple comunicación verbal o escrita o su designación por un tercero si fuere aceptada por el imputado.

El derecho no se limita a la mera presencia sino que implica el poder ser asesorado por su Abogado previamente a sufrir interrogatorio, pudiendo éste intervenir cuando el interés de su patrocinado lo aconseje. Habrá de tenerse siempre presente el derecho del imputado a guardar silencio.

**Concordancias** Arts. 9, 10, 348, 349 CPP.

## Detención del Imputado. Principios Básicos de Actuación.

Art. 243.- Los oficiales o agentes de la policía deberán detener a los imputados en los casos que este Código autoriza, cumpliendo estrictamente con los siguientes principios básicos de actuación:

- 1) No hacer uso de la fuerza, excepto cuando sea estrictamente necesario y en la proporción que lo requiera la ejecución de la detención;
- 2) No hacer uso de las armas, excepto cuando haya resistencia que ponga en peligro la vida o la integridad física de personas, o con el propósito de evitar la comisión de otro delito, dentro de las limitaciones a que se refiere el apartado anterior;
- 3) No infringir, instigar o tolerar ningún acto de tortura o tormento u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, tanto en el momento de la captura como durante el tiempo de la detención;
- 4) No presentar públicamente a los detenidos, en condiciones que menoscaben sus derechos fundamentales.
- 5) Identificarse, en el momento de la captura, como agente de autoridad y cerciorarse de la identidad de la persona o personas contra quienes procedan, no estando facultados para capturar a persona distinta de aquélla a que se refiere la correspondiente orden de detención. La identificación de la persona a detener no se exigirá en los casos de flagrancia;
- 6) Informar a la persona en el momento de la detención de todos los derechos del imputado;
- 7) Comunicar al momento de efectuarse la detención, a los parientes u otras personas relacionadas con el imputado, el establecimiento a donde será conducido;
- 8) Asentar el lugar, día y hora de la detención en un registro inalterable; y,
- 9) Cumplir con otros principios de actuación establecidos en otras leyes.



## Comentario

Al igual que puse de relieve al comentar el art. 241, este otro precepto incorporado a esta parte de la Ley acaso por acoger toda la materia concerniente a la actividad de la policía, con los criterios de actuación policial en caso de detención, contiene normas insertas ya en este y en otros capítulos de este Código, y otras que tal vez hubieren debido ser ubicadas en el capítulo VIII arts.285 y ss. Responde satisfactoriamente a las exigencias constitucionales y a lo prevenido en los Convenios internacionales suscritos por El Salvador (arts.9.2 PIDCP, 7.4 CADH). Empero es de reseñar la novedad -frente a las repetidas- de las concernientes a la prohibición como principio general del uso de la fuerza, -a no ser estrictamente necesario-, la de asentar lugar, día y hora de la detención en un registro inalterable (lo que es importante a efectos no sólo de comprobar el hecho de la detención y la identidad del detenido sino también del cómputo del tiempo de privación de libertad) y comunicar la detención y el lugar de la misma a los parientes del privado de libertad.

**Concordancias.** Arts. 87, 114, 131, 164, 241, 242, 244, 234, 270 CPP.

### Formalidades de las Diligencias Policiales.

Art. 244.- Los oficiales o agentes de la policía informarán a la Fiscalía General de la República dentro del plazo máximo de ocho horas, de todos los delitos que lleguen a su conocimiento y practicarán una investigación inicial para reunir o asegurar con urgencia los elementos de convicción y evitar la fuga y ocultación de los sospechosos. En todo caso actuarán bajo la dirección de los fiscales.

Para documentar sus actos, la policía observará, en lo posible, las reglas previstas para la instrucción. Bastará asentar en una sola acta, con la mayor exactitud posible, las diligencias de utilidad para la investigación. Se dejará constancia en el acta de las instrucciones recibidas de los fiscales y jueces.

El acta será firmada por quien dirige la investigación y, en lo posible, por las personas que han intervenido en los actos o que han proporcionado alguna información. Si el defensor hubiere participado en alguna diligencia se hará constar y también deberá firmar el acta; pero la falta de firma de este no invalidará la misma.

Los objetos secuestrados serán enviados de inmediato al depósito judicial, remitiendo el informe correspondiente al juez competente; salvo cuando la investigación sea compleja, existan obstáculos insalvables o los objetos sean necesarios para la realización de actos de prueba, serán enviados inmediatamente después que se hayan realizado las pruebas técnicas o científicas correspondientes.

## Comentario.

Reitera el legislador a la policía como una de las receptoras de la *notitia criminis* (junto a juez y fiscal), cuya primera e importantísima tarea es la de llevar a cabo las



diligencias imprescindibles a fin de, precisado el hecho, comprobar su perseguibilidad y la identidad del imputado y adoptar las medidas oportunas para que los sospechosos no eludan la acción de la Justicia. Al igual que jueces y fiscales, está obligada la policía a hacer constar tanto las circunstancias adversas como las favorables al imputado (art. 3 III CPP).

En cuanto primera autoridad que conoce la probable comisión del delito incumbe a la policía realizar a prevención y con carácter de urgencia las actuaciones necesarias para asegurar la recogida y conservación de todos los elementos de convicción -aptos para su empleo en contra o en descargo del reo (art. 3 III CPP)- y su inmediato envío al depósito judicial, sin perjuicio cuando fuere menester de someterlos a los análisis que procedan por los expertos correspondientes. No será admisible que so pretexto de su examen se proceda a su total destrucción o desnaturalización impeditiva de un posterior análisis pericial con todas las exigencias procesales para fundar la convicción judicial en el pronunciamiento final.

De nuevo se hace constar que en sus investigaciones estará bajo control del fiscal, al que en cualquier caso informarán de la *notitia criminis* dentro de las ocho horas de su recepción, sin perjuicio de comunicar asimismo la recepción de la misma al juez de paz (art. 234 CPP). Se contempla así un doble control de la policía a favor del fiscal y del juez.

Ha de entenderse que tal informe al fiscal consistirá en el envío, en el citado plazo de las ocho horas, de un acta expresiva de las diligencias practicadas<sup>37</sup> y de los intervinientes en las mismas, firmada por quien haya dirigido la investigación y si fuere factible por todas las demás personas participantes incluido el defensor del imputado. Explícitamente han de plasmarse en esa acta las instrucciones recibidas de jueces y fiscales.

### **Sanciones.**

Art. 245.- Los oficiales, agentes y auxiliares de la policía que violen disposiciones legales o reglamentarias, que omitan o retarden la ejecución de un acto propio de sus funciones lo cumplan negligentemente o no obedezcan las instrucciones de los fiscales, serán sancionados por los tribunales o, de conformidad con las normas que rigen el estatuto policial.

El incumplimiento de cualquiera de estos principios, hará incurrir a los oficiales y agentes de policía en la responsabilidad disciplinaria correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad penal.

---

37 El precepto dice que se harán constar con la mayor exactitud posible "...las diligencias de utilidad para la investigación...". Este margen de apreciación que se concede a la policía pudiere ser desaconsejable pues le permite no recoger otras diligencias que por diversas razones arrojaron un resultado discrepante o fueren de discutible admisibilidad. Si se llevaron a cabo las diligencias fue porque se estimaron apropiadas por ende deberían constar todas con su resultado en el acta.

## Comentario.

A semejanza de muchos países de similar tradición jurídica, se acoge la doble dependencia orgánica y funcional de la policía<sup>38</sup>, la primera de sus mandos y la segunda de los jueces y fiscales. No es posible entrar aquí y ahora<sup>39</sup> en las ventajas e inconvenientes de este sistema en el que en verdad suele prevalecer la dependencia orgánica, razón por la que algún Estado ha creado una policía específica judicial en exclusiva controlada por los órganos jurisdiccionales -con el consiguiente problema de investigaciones paralelas y no raras veces de obstaculización mutua<sup>40</sup>.

Si en el ejercicio de sus funciones los miembros de la policía desconocieren lo previsto en las leyes o reglamentos, omitieren o descuidaren investigaciones y/o desoyeran las instrucciones de los fiscales, serán disciplinaria y/o judicialmente sancionados. Sin perjuicio de lo dispuesto en las normas administrativas por las que se rige la policía, adviértase que el legislador procesal penal dispone que la responsabilidad disciplinaria no excluirá la penal.

## Archivo.

Art. 246.- Si en la denuncia no ha sido individualizado el imputado y después de recibidas todas las pruebas disponibles no sea posible atribuir la comisión del hecho investigado a ninguna persona y no existan posibilidades razonables de hacerlo, el fiscal podrá ordenar, mediante resolución debidamente fundamentada, el archivo de las actuaciones; caso contrario continuará con la investigación hasta la individualización.

Dicha resolución podrá ser impugnada por la víctima, ante el fiscal superior, indicando los medios de prueba practicables que permitan establecer la identidad del imputado.

Cuando la víctima sea el denunciante o haya comparecido en el procedimiento será instruida acerca de esta facultad.

Si el superior da la razón al fiscal inferior, las diligencias serán archivadas, caso contrario, se ordenará continuar la investigación y formular el requerimiento fiscal, cuando sea individualizado.

---

38 Como es sabido a resultas de las reformas propiciadas por los Acuerdos de Paz, fue reformada la policía creándose la Policía Nacional Civil (a virtud de la LOPNC aprobada por DL 259 de 25.6.1992), dependiente del Ejecutivo, con una doble función preventiva y represiva y, esta última, a través de la División de Investigación Criminal, División de finanzas, División de Medio ambiente y División Antinarcótics.

39 Vid. PEDRAZ PENALVA, E., “Algunas reflexiones sobre policía y administración de Justicia”, en *Constitución, Jurisdicción y proceso*, cit., pp.377 y ss.

40 Vid. SERRANO/RODRIGUEZ/CAMPOS/TREJO, *Manual de Derecho procesal penal*, cit, esp.pp. 403 y ss



### **Comentario.**

Se parte de la inexistencia de imputación concreta en la denuncia y en el informe policial, y de que tampoco haya sido factible individualizar al imputado tras las investigaciones del fiscal y temiéndose razonablemente que subsista tal imposibilidad en un futuro. Se otorga en ese caso al fiscal la facultad de decretar fundadamente el archivo de las actuaciones.

La decisión fiscal de archivo puede ser atacada por la víctima ante el superior aportando elementos probatorios acerca de la identidad del imputado. De acuerdo con el inferior puede o bien confirmar la decisión, supuesto en que se procede al archivo, o revocarla, hipótesis en la que le ordenará que continúe sus investigaciones a fin de llegar a la formulación del requerimiento.

Hago notar la limitación de tal posibilidad reconocida a la víctima en cuanto se le exige que haya sido denunciante o que haya comparecido en el procedimiento, por lo que fuera de tales supuestos no podría impugnar la decisión fiscal de archivo, restricción que a mi juicio casa mal con el art. 13 CPP, por el que se le reconocen, entre otros, el derecho a intervenir en el procedimiento y el de ser escuchada antes de cada decisión que implique extinción o suspensión de la acción penal. Entiendo pues que no habrá de interpretarse restrictiva sino extensivamente la posibilidad de impugnar la decisión fiscal de archivo, otrosí a la vista del expreso mandato del art. 16 CPP.

**Concordancias.** Arts. 8, 34, 88, 247 CPP.

## **CAPITULO III •**

### **REQUERIMIENTO FISCAL**

#### **El Requerimiento Fiscal. Requisitos**

Art. 247.- La solicitud contendrá:

- 1o.) Las generales del imputado o las señas para identificarlo;
- 2o.) La relación circunstanciada del hecho con indicación, en la medida de lo posible, del tiempo y medio de ejecución, las normas aplicables, y la calificación jurídica de los hechos;
- 3o.) La indicación de las diligencias útiles para la averiguación de la verdad; y,
- 4o.) La estimación del plazo necesario para la instrucción, considerando los plazos máximos establecidos en este Código.
- 5o.) La petición todo lo que se considere pertinente para el ejercicio efectivo de la acción civil, tales como el secuestro, el resguardo de los bienes del imputado o del civilmente responsable.

---

• Los artículos comprendidos en este cap. III –arts.247 a 252 ambos inclusive- han sido realizados por el Prof.Dr. Ernesto Pedraz Penalva, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.

Si fuere procedente solicitará, además que se decrete o mantenga en detención provisional u otra medida cautelar al imputado.

En caso que se solicite sobreseimiento y se trate de los supuestos señalados en el artículo 45 numeral 2, de este Código o de la aplicación del procedimiento abreviado, el fiscal podrá pedir, si fuere procedente, que el Juez de Paz se pronuncie sobre la reparación o resarcimiento civil.

Si falta alguno de estos requisitos, el juez ordenará que se completen durante la audiencia inicial si el imputado estuviere detenido, o fijará un plazo de tres días para ello si el imputado no estuviere detenido. Si los datos no son completados el requerimiento será declarado inadmisibile. En caso de declararse inadmisibile el requerimiento, las partes agraviadas podrán interponer el recurso de apelación. (2)/(5)

### Comentario.

1. El requerimiento solicitando la instrucción constituye el presupuesto procesal indispensable para el enjuiciamiento de cualquier hecho que se afirme constitutivo de un delito de acción pública (de previa instancia o no). Se suprime la posibilidad judicial de proceder *ex officio* a la incoación de la causa, condicionándose la apertura a la previa solicitud de un tercero distinto del juez. Se mantiene que así el acusatorio (*nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*) se amplía a la fase de preparación del juicio oral evitando además la asunción por el juez de papeles contradictorios: tutelar los derechos del imputado, buscar lo favorable y desfavorable para el inculpado, acordar o no la apertura del juicio oral, etc.

Importa muchísimo señalar que tan temprano momento (vid el comentario al art. 235 CPP) connota fijar objetiva y subjetivamente el proceso penal, con todas las repercusiones que supone. Acaso por esta razón el legislador fija como momento determinante para formular la acusación, con carácter provisional -pero “definitivo”- a efectos de apertura del juicio oral en el art. 314, antes de la audiencia preliminar.

2. El requerimiento, como más claramente deriva del art. 248, no implica petición de que se proceda a instruir la causa sino que puede acoger otras posibles peticiones como la de sobreseerla definitiva o provisionalmente, desestimar la denuncia, querrela o informe policial, etc. Si se pretendiere la apertura de la instrucción deberá sujetarse en la solicitud a lo previsto en los cinco números de este art. 247. Van dirigidos a individualizar el hecho punible, a identificar al autor, a proponer la práctica de las diligencias que se estimen útiles y a posibilitar el ejercicio efectivo de la acción civil. También pedirá que se acuerde o se mantenga la detención del imputado o que se decrete contra él otra medida. La concurrencia de tales requisitos constituyen presupuesto para su admisibilidad, aunque se permite la admisión a trámite con obligación de subsanar los requisitos omitidos ya en la audiencia inicial o en plazo de tres días.

El *primer* requisito alude a la identificación del imputado. Se recurre a la fórmula de las “generales de la ley”, refiriéndose a la inclusión de los datos permisivos de la individualización del probable autor del hecho afirmado punible. Estos datos son los especificados en el art. 88 CPP, que admite el uso de cualesquiera medios identificativos,



incluyendo la diligencia de reconocimiento. Bastará para tenerle por identificado con que consten su nombre, apellidos, domicilio, apodo o alias si lo tuviere, etc. Debo no obstante señalar que es posible conocer al sujeto al que se imputa la comisión del hecho justiciable y al mismo tiempo desconocer su identidad legal. La Ley lo que pretende es saber a quien ha de imputarse la comisión del delito, la cuestión de su legal identidad será tema en su caso a resolver mediante el uso de técnicas, medios identificativos, etc. Pero, a mi juicio, no es factible en modo alguno que el fiscal puede solicitar la instrucción sin designar el sujeto pasivo de la misma, insisto que ello aunque no haya sido posible comprobar o reseñar su nombre, apellidos, nacionalidad, etc. Se deduce tal lectura además de este precepto del 246 párrafo primero que permite el archivo si no cabe atribuir el hecho a un determinado sujeto. No es pues decisivo para el requerimiento precisar fuera de toda duda su identidad legal<sup>41</sup>.

El *segundo* requisito, “relación circunstanciada del hecho...”, integra el elemento objetivo indispensable para la delimitación también espacio temporal del proceso. Conlleva individualizar objetivamente las actuaciones procesales penales que, por el juego del acusatorio, principio de contradicción e inherente derecho de defensa, no podrían abrirse estando justificada sobradamente la repulsa del requerimiento fiscal por inexistente si el requerimiento no contuviere esa circunstanciada relación espacio-temporal del hecho punible que ha de constituir el *thema* de la instrucción. Piénsese que el *nemo iudex sine actore* supone una acotación de la realidad (conducta que se aserta punible) y lo mismo el juego de la contradicción (*Nemo damnandus, nisi auditus, vel vocatus* -nadie puede ser condenado sin ser oído o citado en juicio-, con sus consecuentes *Iudex iudicet secundum allegata et probata partium* y *Nemo praesumitur malus nisi probetur*) y el derecho de defensa. Dado que individualizado el hecho es sobre él sobre el que van a llevarse a cabo las actuaciones integrantes de la instrucción y respecto del que el acusador ha de acreditar en su momento su realización por el imputado, con la oportunidad para éste -que en ningún caso constituye ningún deber<sup>42</sup>- de introducir todos los elementos que pudieren favorecerle. Remachando lo dicho indicaré que si el juez pudiere abrir la instrucción respecto de otro hecho distinto estaríamos ante la posibilidad del viejo código de incoación *ex officio*.

Cabe observar que el CPP alude asimismo a la determinación de las normas aplicables. Permanece la duda de si la frase entre comas: “...en la medida de lo posible...” alcanza no sólo al tiempo y medio de ejecución sino a las normas aplicables. A

41 Caso que no es tan extremo como pudiere pensarse es el del sujeto extranjero que porta una documentación falsa y que no hay medio de averiguar la verdadera, y no hay forma alguna de obtener datos ciertos sobre él. Habiéndole detenido y constando que ha sido ese individuo el autor del hecho es a estos efectos, *hic et nunc*, irrelevante que sea condenado bajo un nombre falso o verdadero.

42 Pues el que ha de desvirtuar la presunción de inocencia es el acusador sin que ello requiera actividad alguna del acusado quien puede simplemente negar esperando que fracase en la prueba el acusador. Naturalmente nada obsta a que el inculpaado pueda contradecir, y debe dársele la oportunidad; cuestión distinta es que haga uso o no el imputado de tal derecho.

mi juicio no es referible a la norma de aplicación pues sería inaceptable que el fiscal dedujere su solicitud incluyendo un hecho carente de relevancia jurídico-penal. Habrá de hacer constar pues el hecho jurídicamente individualizado, lo que comporta subsumido normativamente.

Tercer requisito es el de la indicación de las diligencias consideradas útiles para la comprobación. No es de recibo la expresión “averiguación de la verdad”, según mantienen las orientaciones más recientes -ya expuestas en la Introducción-. A mi entender al emplear el término “indicación” en modo alguno es deducible que el juez esté obligado a su práctica, entre otras razones por el juicio de constitucionalidad (licitud), pertinencia (que se plasma en el 5º requisito) y utilidad.

No cabe por definición que el juez admita la realización de actuaciones desconocedoras de la legalidad fundamental pues serían ilícitas, pudiendo incurrir además en responsabilidad. Las normas de enjuiciamiento criminal suelen aludir a diligencias y/o pruebas “pertinentes”, “inútiles”, “perjudiciales”, “innecesarias”, “contrarias a la ley”, “indispensables”. La admisión de los medios de prueba como de la práctica de cualesquiera diligencia, está así sometida a diversas exigencias, verdaderos conceptos jurídicos indeterminados que reflejan, a mi juicio, matizadas divergencias de significado que al menos aparentemente pudieren propiciar una variedad de soluciones concretas justas<sup>43</sup>, lo que se complica cuando a veces se acude a los citados términos de «pertinencia», «utilidad», «procedencia», dándoles un sentido equivalente. Estamos pues ante criterios utilizados en el juicio de admisibilidad o inadmisibilidad del recibimiento a prueba o de una concreta actividad, de importante distinción, para la que me remito a lo dicho en la nota 185 de la Introducción a los Comentarios a este Código Procesal Penal.

El *cuarto* requisito concierne a la estimación del tiempo necesario para instruir. La búsqueda de la celeridad, con singular hincapié en la fase de preparación del juicio, es uno de los objetivos buscados por este Código, a ello responden límites como el de seis meses fijado en el art. 274 como tiempo máximo para instruir -ampliable en las hipótesis del 275 CPP-. En mi opinión carecería de sentido exigir al fiscal una apreciación inicial del tiempo de instrucción salvo que se esté contemplando, dada la complejidad excepcional que parece ya predicable de la causa, suscitar ya la necesidad de hacer constar la petición al juez para que se prorroguen los seis meses, lectura propiciada por el mismo art. 275 II CPP según el cual la «prórroga se podrá solicitar, desde el inicio de la instrucción...».

Finalmente el *quinto* concierne al ejercicio de la pretensión civil incluyendo la adopción de las medidas cautelares patrimoniales aconsejables para su efectividad.

---

43 Naturalmente estoy aludiendo a conceptos jurídicos indeterminados que en cuanto tales sólo permiten en cada hipótesis un resultado. Sobre ello vid. la amplia nota 69 en mi trabajo «principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *Constitución...*, cit., pp.325 y ss.



Explícitamente se enumeran las de secuestro y resguardo de los bienes del imputado o del tercero civilmente responsable.

Sobre los presupuestos y características de las medidas cautelares véanse los comentarios al art. 305 de este Código.

También el legislador prevé que por el fiscal se deduzca solicitud expresiva de su petición al juez para que mantenga la detención provisional del imputado o adopte otra medida cautelar. Me remito para los presupuestos y características a lo dicho en los arts.285 y ss. Sin embargo estimo aconsejable insistir aquí en el papel esencial atribuido al juez de tutelar la esfera jurídico fundamental del imputado, con lo que le incumbirá decretar cualquier medida que implique desconocimiento o lesión de la misma o, en caso de que por razones de urgencia hubiere sido acordada por la policía y/o fiscal (verbigracia la detención provisional), habrá de confirmarla y en su caso levantarla o sustituirla por otra más o menos gravosa, etc.,

Aunque no venga explícitamente exigido por este precepto parece evidente que la solicitud habrá de acompañarse con el informe policial y las investigaciones por él practicadas, de un lado, a fin de justificar la petición de apertura brindando la oportunidad de conocer los motivos al imputado y evidentemente al juez y, de otro, acreditando los intervinientes, la identidad de la víctima y lugares en que deba ser citada, la participación de Abogado,<sup>44</sup> y en general, la estricta observancia de las exigencias constitucionales y procesales<sup>44</sup>.

**3.** Como alternativa a la apertura de la instrucción se prevé la solicitud de sobreseimiento que si fuere por los motivos del art. 45.2 CPP o de la aplicación del procedimiento abreviado, podrá pedir el fiscal que se pronuncie el juez de paz sobre la responsabilidad civil. Tal posibilidad apuntada también en el art. 47 CPP, explicable por aplicación del principio de economía procesal, permite que en este sistema de acumulación de pretensiones jurídicas heterogéneas (civil y penal) no sea menester comenzar de nuevo con el tema civil acudiendo al juez de dicho orden pudiendo ser resuelto por el propio órgano jurisdiccional.

Como es sabido el procedimiento abreviado, regulado en los arts.379 y siguientes de este CPP, es un proceso especial contemplado para aquellas hipótesis en que el fiscal solicite una pena, privativa de libertad o no, que no sea superior a tres años, que el imputado admita el hecho y consienta la sustanciación según este procedimiento, que el defensor acredite la prestación libre del consentimiento del acusado y que asimismo consienta la víctima o el querellante y si discrepare que el juez desoyera las razones por éstos opuestas.

44 En semejante línea se manifiesta ESCALANTE SARAIVA, A, «La Instrucción I », en *Derecho procesal penal salvadoreño*, con otros, cit



4. Pese al rigor exigido en éste precepto y en los concordantes, se admite la posibilidad de que el requerimiento fiscal fuere incompleto faltando algunos de los requisitos citados. Proclama el último inciso que el juez de paz en la audiencia inicial ordenará que sean completados en la misma, si estuviere privado de libertad el imputado, o en término de tres días si permaneciere en libertad.

**Concordancias** Arts. 193 (3º) Cn. Arts. 83 y sig., 235, 253, 254, 289 CPP., Art. 311 CP.

### **Peticiones.**

Art. 248.- Recibidas las diligencias iniciales de la policía, el fiscal formulará requerimiento dentro de los plazos establecidos. En él podrá solicitar:

- 1) La instrucción con o sin detención provisional del imputado;
- 2) La desestimación de la denuncia, querella o de informe de la policía;
- 3) El sobreseimiento, definitivo o provisional;
- 4) Se prescinda de la persecución penal en razón de criterios de oportunidad de la acción pública;
- 5) La suspensión condicional del procedimiento a prueba;
- 6) El procedimiento abreviado conforme a las reglas previstas en este Código; y
- 7) La conciliación.

### **Comentario**

1. De nuevo el legislador insiste en que el requerimiento por el fiscal habrá de hacerse dentro de los plazos establecidos (así entre otros en el art. 235) y, lo que anuncia en otras normas -sin ir más lejos en el anterior precepto-, que en su contenido no tiene que limitarse a pedir la instrucción sino que caben otras variadas alternativas que se suman a alguna de las facultades que ya la propia Ley le otorga. Me refiero por ejemplo al archivo decretado *motu proprio* regulado en el art. 246 CPP.

2. La primera posibilidad, se reduce al requerimiento fiscal comprensivo de lo que con las debidas precauciones cabría entender como un “escrito de acusación”, es decir, con el contenido del art. 247 en sus 5 números. En resumen pues, si formula acusación es que pide la instrucción.

3. La desestimación de la denuncia o querella o informe de policía alude a tenor del art. 249 a dos hipótesis: a que el hecho no constituya delito y a que no sea posible proceder.

Haciendo un inciso, me llama la atención que el legislador separe el informe policial, cual tercer *genus*, de la denuncia y de la querella. En verdad en el derecho comparado las diligencias policiales en sí, es decir, las que no hayan sido ordenadas por fiscal o juez, no tienen ni pueden tener otro valor procesal que el de denuncia, es decir, de transmisión de la *notitia criminis*, pues asignarles otro significado -consciente de los arts. 239 y 241 CPP- implicaría desvirtuar el papel de la policía como auxiliar, muy calificado, de fiscales y jueces. Su labor preventiva delictual y la facultad/deber de



Llevar a cabo la práctica de actuaciones para salvaguardar efectos, instrumentos, rastros, huellas o vestigios del delito y adoptar las medidas precisas de protección a la víctima, detención del probable autor del hecho, etc., no desdibuja la naturaleza de su actividad. Asombra incluso el que pudiere pensarse más o menos explícitamente en otra posibilidad -con excesiva frecuencia subyacente en algunos preceptos de este CPP- en especial con la experiencia prácticamente general en toda Iberoamérica pero también en el mundo anglosajón y en la misma Europa. Todo ello, claro está, si es que no queremos no sólo de hecho sino también de derecho convertir a la policía en la dueña del proceso en cuanto filtro conformador determinado y determinante de toda la actividad procesal. Y no se piense que esta apocalíptica visión es fruto de una imaginación calenturienta, la propia doctrina alemana ha advertido reiteradamente que la investigación por el fiscal comporta entregarla a la policía. Si tenemos una policía civil formada técnica, jurídica y democráticamente, con los siempre imprescindibles controles, aún tendré dudas acerca de la bondad de atribuirle incontroladamente actividades procesales o de darle una transcendencia a su actividad superior a la que en su función y formación le corresponde.

Prosiguiendo con el análisis del 248.2), recordaré que se habla de la *desestimación* al no constituir delito o no ser posible proceder, sin que en ambos casos se exima al fiscal y al juez de acometer las diligencias de investigación urgentes. Resaltaré ante todo la impropiedad terminológica del vocablo (“desestimar”) inapropiada totalmente para calificar en este momento y por el Juez de paz a la denuncia o querella. Además y en mi criterio, no es sólo impropia la terminología sino confusa y solapables con otros conceptos: sobreseimiento. Así, si el fiscal considera que el hecho no constituye delito, estaremos dentro del art. 308.1): “Cuando resulte con certeza que el hecho...no constituye delito...”, es decir, procedería pedir el sobreseimiento definitivo y por ende hay un enfrentamiento o si se quiere reiteración injustificada del 248.2) en esta parte con la correspondiente del 248.3). No es que proceda pedir la desestimación sino el sobreseimiento .

Asegura mi hermenéusis el que distinga el legislador el 249 rubricado (como solicitud de) desestimación y el 251 (como solicitud de) sobreseimiento definitivo. ¿Son o no son conceptualmente distintos desestimación y sobreseimiento? Si no lo son no hay porque regularlos separadamente y atribuirles además consecuencias diversas: si se pide la desestimación el juez no estando de acuerdo requerirá la opinión del fiscal superior, pero tal posibilidad no se lee en el art. 251 CPP; otrosí al calificarla de sobreseimiento la víctima goza de la facultad de impugnar a tenor del art. 13.5) CPP. A mi juicio pues, la única lectura coherente es entender que la desestimación por inexistencia del delito ha de subsumirse lógicamente en el sobreseimiento definitivo y, para mayor garantía, exigir si el juez no estuviere de acuerdo opinión del fiscal superior. El propio CPP suprime la desestimación de las seis, que ya no siete proposiciones a realizar por el fiscal o el querellante antes de la audiencia preliminar (art. 313 CPP). Finalmente conviene apuntar que del texto deriva que la petición fiscal de desestimación, eventualmente confirmada por el superior, vincula al juez de modo que éste no podría

abrir la audiencia inicial, sin perjuicio de la impugnación por la víctima. Un último interrogante sería el de si se estima por el fiscal que no es constitutivo de delito y en su caso también por el juez ¿qué actos de investigación procede practicar sin demora?. A mi juicio procedería sólo adoptar las medidas conservativas/asegurativas para la hipótesis en que impugnada la “desestimación”/sobreseimiento por la víctima, ésta fuere estimada.

La desestimación ha lugar también cuando no fuere posible proceder. Entiendo que se alude a la concurrencia de las impropriamente denominadas excepciones penales del art. 277 CPP; esto es, aparecerían como óbices de procedibilidad a tenor de este art. 249 y en calidad de excepciones penales (o artículos de previo pronunciamiento) con base en los arts. 277 y siguientes requiriéndose su deducción por los sujetos acusadores y/o acusados a partir de la audiencia inicial.

Sin perjuicio de su análisis en los arts. 277 y siguientes, recordaré que se trata de temas que impiden el enjuiciamiento provocando su estimación idénticas consecuencias que la decisión definitiva, es decir, que por inexistencia de resoluciones absolutorias en la instancia sólo cabe distinguir absolutorias o condenatorias de fondo, y, además, las absolutorias tienen que ser según ya expuse en su momento sin condicionamiento alguno (téngase presente la vigencia de la presunción de inocencia y su “absorción” del *in dubio pro reo*). Otro tema distinto que me atrevo simplemente a avanzar ahora es el concerniente a si es factible suscitar estas “excepciones” u óbices de procedibilidad en este momento procesal ante un órgano al que no compete el enjuiciamiento: acaso su excesiva premura en permitir el sobreseimiento ¿no es lo que explica su posterior reiteración antes de la audiencia preliminar? (art. 313 CPP).

4. Otra petición es el sobreseimiento definitivo o provisional, también solicitable antes de la audiencia preliminar (art. 313), jugando pues lo previsto en los arts. 308 (sobreseimiento definitivo) y 309 (sobreseimiento provisional).

5. El tema de la oportunidad ya está expuesto en el art. 20 CPP y a mi juicio extensamente, con lo que me ceñiré aquí a subrayar algunos extremos. Que es reiterable la solicitud por el fiscal antes de la audiencia preliminar (art. 313), legitimándose también al querellante; que estamos ante la oportunidad calificada de *reglada*, aunque otorga un amplísimo margen de apreciación sobre cuestiones determinantes o no del juego de la oportunidad: “insignificancia del hecho”, “exigua” contribución del participante, etc (art. 20.1 CPP), y que su aceptación judicial tiene decisiva trascendencia pues dictará el juez auto de sobreseimiento definitivo (art. 308 CPP), es decir, con fuerza de cosa juzgada (extinguiéndose así la ‘acción penal’ a tenor del art. 31.6 CPP).

6. La suspensión condicional del procedimiento (arts. 22, 313.4, 316. 5, etc. CPP) implica paralizar éste siempre que el imputado haya admitido los hechos por los que se procede y haya reparado o esté dispuesto a reparar los daños causados por el delito, admitiéndose que haya mediado acuerdo con la víctima. Tras el transcurso de un año como mínimo a cuatro años como máximo de detención del curso del proceso



si el imputado ha cumplido todas las exigencias que le han sido impuestas a tenor del art. 31.7 CPP se extinguirá la ‘acción penal’

7. También contempla la petición de que se sustancie la causa por el procedimiento abreviado por concurrir todos los requisitos para ello. Se puede volver a solicitar por el fiscal y por primera vez por el querellante antes de la audiencia preliminar (art. 313 CPP).

Se precisa para su judicial acuerdo que concurran todas las circunstancias del art. 379: que la pena solicitada no sea de privación de libertad y si lo fuere que no exceda de los tres años; admisión del hecho por el imputado y que consienta su enjuiciamiento por este procedimiento; que el defensor acredite que su patrocinado ha prestado libremente su consentimiento; que también consientan la víctima o el querellante o, caso contrario, que el juez decidiera llevar adelante el procedimiento abreviado aún en contra del criterio del ofendido o perjudicado por el delito.

8. En contra del principio general de la indisponibilidad del objeto del proceso, consecuencia de la publicidad de la pretensión penal (según se dijo al comentar el art. 2 de este CPP), se permite en este artículo así como en los concordantes art. 32, 313.6, etc CPP, extinguir la ‘acción penal’ cuando tratándose de los delitos expuestos en el art. 32 sea solicitada por el fiscal la conciliación. De la lectura de ese art. 32 y en manifiesto nexo con lo que implica esta “conciliación” lo lógico es que tenga lugar entre víctima e imputado, pero no parece de recibo que el fiscal asuma la tarea de propiciar tal acuerdo y menos aún que pueda solicitar en su escrito de requerimiento que se llegue a él. Cuestión diferente es que advierta que a su juicio concurren las circunstancias legales que permitirían la conciliación, pero de ahí a que deduzca tal solicitud implica entrometerse en un ámbito que en modo alguno le corresponde. La víctima podrá o no conciliarse y entiendo que no está obligada a ello. Hay pues una aparente confusión entre la conformidad y su “pariente” el “plea bargaining system”. También importa evidenciar que toda conciliación conlleva que un tercero participe propiciando la avenencia entre las partes<sup>45</sup>, ¿se pretende que sea el fiscal?. Huelga cualquier comentario ante lo absurdo de la cuestión y de la respuesta, pero que viene propiciada por su reseña en este precepto comentado y en los concordantes cuando se atribuye al fiscal la iniciativa explícita y no al querellante o víctima.

9. Acertadamente en las hipótesis de no perseguibilidad por “desestimación” o sobreseimiento provisional la víctima puede interponer recurso de apelación y en el supuesto de sobreseimiento provisional se le permite volver a instar la reapertura de la causa (art. 257 CPP).

**Concordancias.** Arts. 20, 21, 22, 32, 234, 244, 248, 249, 252, 254, 265 y sig., 308, 379 y sig. CPP.

45 Por todos consúltese la interesante obra de ALCALA-ZAMORA, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2ª edición, México D.F., 1970, en donde se plasma con plena nitidez lo que es y supone la conciliación.

**Desestimación.**

Art. 249.- Si el hecho no constituye delito o no es posible proceder, el fiscal solicitará al Juez de Paz, mediante requerimiento fundado, la desestimación. Si el juez no está de acuerdo con la petición, requerirá la opinión del fiscal superior conforme lo previsto en este Código. La solicitud de desestimación no eximirá al fiscal y al juez del deber de practicar los actos de investigación que no admitan demora.

**Comentario** Me remito al artículo anterior en el que trato “in extenso” el tema.

**Concordancia** Art. 248 CPP.

**Sobreseimiento Provisional.**

Art. 250.- Cuando el fiscal estime que se dan en el caso las condiciones previstas para el sobreseimiento provisional, así lo solicitará, sin perjuicio de la reapertura posterior de la investigación. Con la solicitud remitirá al Juez de Paz las actuaciones y evidencias que tenga en su poder.

**Comentario.** Véase lo dicho al analizar el artículo 248.

De la propia naturaleza del sobreseimiento provisional nace su interinidad; es decir, que la insuficiencia actual de elementos de convicción imprescindibles para fundar la acusación puede subsanarse completándose el material necesario para la persecución del hecho atribuido a ese sujeto determinado (arts. 309 y 310 CPP). A este fin el legislador no descarta en este art. 250 una posterior reapertura. Sorprende no obstante que haya omitido la precaución que sí acoge en los arts. 249 y 252, de llevar a cabo los actos de investigación que no admitan demora y /o realizar aquellas diligencias que permitan asegurar los elementos de prueba imprescindibles. Del art. 310 CPP parece derivar una especie de confianza del legislador en que “...surjan nuevos elementos de prueba...”.

La remisión al Juez de Paz de las actuaciones y evidencias en su poder responde a su conservación y aseguramiento a efectos del mencionado art. 310 CPP.

**Concordancias.** Arts. 248, 308 y sig. CPP.

**Sobreseimiento Definitivo.**

Art. 251.- Asimismo, podrá el fiscal solicitar el sobreseimiento definitivo cuando sea manifiesto que se dan en el caso las condiciones que permiten dicho sobreseimiento.

**Comentario** Véase lo dicho en el estudio del artículo 248.

**Concordancias** Arts. 248, 308 y sigs. CPP.



## **Suspensión Condicional del Procedimiento. Diligencias de Investigación.**

Art. 252.- La suspensión condicional del procedimiento y la aplicación de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción pública, no eximirán a la Fiscalía General de la República de la obligación de realizar las diligencias que permitan asegurar los elementos de prueba imprescindibles.

**Comentario** También me remito a lo expuesto en el art. 248.

**Concordancias.** Arts. 77 C. Pn., Arts. 22, 23, 24, 25 CPP.

## **CAPITULO IV •**

### **AUDIENCIA INICIAL**

#### **Regla General**

Art. 253.- No podrá realizarse la audiencia inicial ni ordenarse instrucción sin el respectivo requerimiento fiscal.

#### **Comentario**

El plazo del art. 235 que se menciona, fue eliminado mediante D.L. No 281 de 8 de febrero 2001, publicado en el D.O. No. 144, tomo 352 del 31 de julio de 2001. Tras la investigación del fiscal se celebra esta denominada audiencia inicial ante el juez de paz, en la que participarán todos los sujetos personados, con la pluralidad alternativa de objetivos previstos en el art. 256. Es imprescindible esta audiencia inicial para que pueda llevarse a cabo por el juez de paz la apertura de la instrucción, si éste la estimare procedente. El legislador ha previsto otra audiencia (denominada audiencia preliminar, arts. 313 y sigs CPP) al término de la instrucción como trámite asimismo indispensable para que en un equivalente al período intermedio se formule acusación, se lleve a cabo el sobreseimiento y archivo de la causa, la suspensión condicional del procedimiento, conciliación o aplicación del criterio de oportunidad. Si se dedujere acusación se abrirá el juicio oral.

Según vengo comentando, el legislador procesal ha optado por excluir la iniciación *ex officio* por el juez, quien únicamente podrá acordar la apertura de la instrucción, y la celebración de la audiencia inicial en la que habrá de ser acordada en su caso, si media requerimiento fiscal en que así se solicite. No obstante desde la recepción de la denuncia o querella y durante las investigaciones iniciales el juez cumple un doble papel: de protector de los derechos y libertades fundamentales al precisarse su autorización para poder desconocerlos (así art. 238 inciso segundo) y de control del respeto de los tiempos previstos (setenta y dos horas o diez días, art. 235) para que

---

• Los artículos comprendidos en este cap. IV –arts.253 a 258, ambos inclusive- han sido realizados por el Prof. Dr. Ernesto Pedraz Penalva, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid

formule el fiscal su escrito de requerimiento. Nada obsta para que el juez de paz pueda dirigirse en caso de inobservancia de los plazos al superior jerárquico del fiscal -y sancionarle disciplinariamente si hubiere lugar- e incluso que pudiere proceder contra el mismo funcionario fiscal que por causa legalmente prevista pudiere ser penalmente responsable, a cuyo fin excitará al Fiscal General de la República y/o lo pondrá en conocimiento de la víctima -quien podrá formular denuncia o querrela-, a fin de que se proceda contra él criminalmente.

Insisto pues con lo anterior en que no es una facultad del Fiscal el formular o no la solicitud sino que, con el diverso contenido estudiado en el art. 248 CPP, necesariamente en el tiempo legalmente concedido ha de deducir el requerimiento. Si no lo hiciere podrá incurrir en responsabilidad administrativa, penal y aún civil. Precisamente para evitar justificaciones basadas en el corto espacio temporal que se le asigna está previsto su ampliación a tres días caso de no tratarse de que el imputado no estuviere privado de su libertad ambulatoria (art. 247 inciso final CPP).

**Concordancias.** Arts. 234, 235, 237, 247, 254 CPP.

**Convocatoria.**

Art. 254.- Recibido el requerimiento fiscal, el Juez de Paz convocará a las partes a una audiencia dentro de los plazos siguientes:

1) Cuando el imputado se halle detenido y el fiscal estime que debe continuar en ese estado, dentro del término de inquirir; y

2) Si no se ha ordenado la detención del imputado o el fiscal no solicita la continuación de la detención, o aún no ha podido ser capturado, dentro de los cinco días hábiles siguientes.

Si el imputado se halla detenido, el Juez de Paz recibirá en la audiencia su declaración indagatoria.

Cuando en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en el requerimiento el juez dedujere que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, y no se encuentra detenido ordenará recibirle en la audiencia su declaración indagatoria y la citará al efecto.

Si el imputado no ha sido capturado o no puede concurrir por un obstáculo insuperable, pero hubiere nombrado defensor, la audiencia se realizará con la presencia de éste.

Si no hubiere nombrado defensor el Juez de Paz resolverá en el término señalado, sin convocar a la audiencia inicial con la sola vista de requerimiento fiscal.

En el caso de requerir instrucción, su solicitud contendrá las generales del imputado o las señas para identificarlo, la relación circunstanciada del hecho con indicación, en la medida de lo posible, del tiempo y medio de ejecución y las normas aplicables; la indicación de las diligencias útiles para la averiguación de la verdad y la estimación del



plazo necesario para la instrucción, considerando los plazos máximos establecidos en este Código. Si lo considera conveniente solicitará además que se mantenga en detención provisional u otra medida cautelar al imputado o se decrete dicha detención. (7°)

### Comentario 1.

Después de haber deducido el fiscal su solicitud, en los plazos previstos, entre otros en los arts.235 y 248 CPP, el juez de paz habrá de convocar a todos los sujetos personados a una comparencia (audiencia inicial), en tiempo distinto dependiendo de la situación personal del imputado.

Si el imputado se hallare detenido y el fiscal considerare que ha de continuar privado de libertad ambulatoria la audiencia se celebrara en las 72 horas siguientes. A este tenor conviene relacionar los arts. 13 Cn y los arts.235, 287 y 291 CPP. En todos ellos se prevé un *máximo* de 72 horas aun cuando se trate de detención administrativa -por la policia- o judicial para inquirir. Evidentemente como vengo afirmando, el desconocimiento de ese derecho fundamental a la libertad, ha de interpretarse siempre restrictivamente de modo que ha de durar el tiempo estrictamente indispensable para llevar a cabo las diligencias necesarias. De este modo cuando el art. 291 CPP alude a la detención por el término de inquirir con un tope cronológico de tres días (72 horas) ha de entenderse que, comprobado por el juez que concurren los presupuestos para mantener o llevar a cabo la privación de libertad, si ello se puede verificar en dos horas, no es posible sin entender violada la Constitución y el resto del Ordenamiento mantener al imputado en tal situación; esto es trasplantable al artículo comentado. El Juez no ha de convocar dentro de las 72 horas, sino dentro del máximo de las 72 horas una vez concluso el término de inquirir, o sea, conclusas las legales comprobaciones. Si el término de inquirir finaliza a la hora y cuarto de recibir el requerimiento fiscal es entonces cuando el juez de paz ha de citar, a los sujetos comparecidos, a la audiencia inicial. Ni antes ni después. No coincido por tanto con la lectura que ha hecho por algunos autores de este precepto que se limitan a decir que se celebrará dentro de las 72 horas. El problema como se habrá advertido excede del mero procedimiento pues afecta a la esencia de lo que es la detención y de su significado excepcional y restrictivo<sup>46</sup>

Si no se ha ordenado la detención del imputado o su prórroga por el fiscal o está en busca y captura, el juez de paz tiene cinco días hábiles a contar del siguiente a la recepción del requerimiento fiscal para celebrar la audiencia inicial. Importante es resaltar que no para convocar sino para celebrar la audiencia: "...dentro de los plazos siguientes...", reza el núm.2 de este artículo 254 CPP.

**2.** En la audiencia inicial procederá el juez de paz a recibir la indagatoria del imputado detenido. También del que no estando privado de libertad dedujere el juez del contenido del requerimiento su imputación. A esta conclusión me lleva la ambigua redacción del párrafo: "Cuando en virtud de antecedentes y circunstancias consigna-

46 De este modo SERRANO/RODRIGUEZ/VENTURA/TREJO, *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p.616.



das en el requerimiento el Juez dedujere que una persona ha participado en la comisión del hecho punible...”. Téngase presente el art. 246 CPP.

Leyendo con cuidado ese párrafo en relación con el art. 247 CPP, sorprende que el legislador eluda hablar de “imputado”. Si el fiscal narra tales circunstancias y de ellas no deriva imputación a un sujeto, o bien está considerando su insuficiencia o que por mor de otras procede cualesquiera de las solicitudes 2) a 6) del 248 en relación con los arts. 249 a 252 también CPP. Por tanto parece que el juez no puede ni debe suplir la falta de petición del fiscal y habría de aplicar el art. 247 inciso final, de modo que en plazo de tres días tendría que completar el fiscal su requerimiento so pena de declararlo inadmisibile. Empero la duda se acentúa a la vista del art. 8 CPP por el que se permite señalar como imputado a un sujeto no sólo a la policía y al fiscal sino a los jueces. ¿Puede por ende el Juez de Paz imputar a un sujeto con base en su interpretación de los datos contenidos en el requerimiento fiscal y así ordenar la instrucción?. Creo que de la lectura general del código procesal penal procede entender que sería contrariar la intención del legislador, pero entonces no es de recibo la redacción del criticado párrafo salvo que se supla con la previa subsanación fiscal de la omisión del sujeto al que se imputa el hecho.

Singular importancia tiene la indagatoria a efectos de confirmar o informar al imputado de todos los derechos que constitucionalmente le asisten, no dispensando al juez de tal obligación el que el inculcado asista con Abogado, pues entre otros derechos goza del de ser instruido de lo que se le acusa por tanto de ser informado del contenido del requerimiento fiscal y de poder hacer uso de su derecho a alegar todas aquellas circunstancias favorables como también proponer la práctica de diligencias conducentes a desvirtuar la solicitud fiscal. Todos estos extremos vienen regulados en el art. 259 y siguientes CPP.

**3.** Es imprescindible la intervención del Juez de Paz y del fiscal en la audiencia inicial así como la del imputado o si estuviere en desconocido paradero o imposibilitado para asistir será menester la presencia de su defensor.

La ley prevé que no teniendo defensor el imputado resuelva el Juez de paz en el término previsto con la sola base del requerimiento fiscal. En buena lógica no cabe celebrar la audiencia si el imputado carece de Abogado que lo represente y asista. Realistamente se ataja la posibilidad de que tal falta sea provocada para obstaculizar la marcha del procedimiento, permitiendo por razón de celeridad que sin audiencia y con la mera solicitud fiscal decida el juez incluso la apertura de la instrucción. Tal posibilidad parece un tanto drástica y desconocedora en gran medida de este nuevo sistema que se precia de propiciar la igualdad, contradicción y defensa del inculcado. La solución más idónea será a mi juicio la de que siempre al citar para la audiencia inicial al imputado, detenido o no, se le advierta de que ha de comparecer y, en todo caso, designar Abogado, procediéndose a su designación de oficio si no lo hiciere. Con la presencia de Abogado de confianza o de oficio (defensor público) se obvia el principal



inconveniente para no celebrar la audiencia inicial, ello sin perjuicio de que, a tenor del art. 110 inciso segundo CPP, pueda ulteriormente el imputado nombrar otro Letrado de su confianza; pero se habrá respetado el inalienable derecho de defensa. En esta perspectiva si el imputado hubiere sido debidamente emplazado para que compareciere y no se le hubiere advertido de la necesidad de hacerlo con Abogado defensor habría de aplazarse su celebración para la subsanación de este gravísimo defecto.

Insisto en lo dicho partiendo de las importantísimas repercusiones dimanantes de la audiencia inicial, entre las que destacan la incoación de la instrucción y sus alternativas de “desestimación”, sobreseimiento provisional o definitivo, etc. No es posible jugar con tan gravísimas consecuencias con indefensión del imputado. Y el imperativo de la celeridad no ha de primar sobre el derecho fundamental de defensa. Reitero que con esta solución no se favorece al rebelde que pretende dilatar la marcha de la causa, pues su incomparecencia o inactividad se suple con la designación de un defensor público que, mientras no designe uno de confianza, asumirá representación y defensa del imputado salvándose el derecho de defensa y el normal desenvolvimiento del proceso.

4. El último inciso no es más que repetición de otros anteriores (art. 247 CPP, etc.).

**Concordancias.** Arts. 235, 236, 253, CPP.

**JURISPRUDENCIA.** AUDIENCIA INICIAL. Cuando las partes que no se presentaron a la Audiencia Inicial, fueron legalmente notificadas de la diligencia que se llevaría a cabo, es posible llevar a cabo la audiencia con vista en el requerimiento, aún cuando no se encuentren presentes tanto el defensor como el imputado, ya que el juez se encuentra facultado para resolver con solo la vista del requerimiento, por lo que no es posible afirmar en ese caso que exista violación al derecho de defensa establecido en el Art. 12 de la Constitución. (Sentencia en el proceso de Habeas Corpús del 28/VII/1999, Ref. 220-99)

### **Audiencia y Acta.**

Art. 255.- En cuanto sean aplicables, regirán las reglas de la vista pública, adaptadas a la sencillez de la audiencia; así como los casos de suspensión de la audiencia previstos en este Código.

Se levantará un acta de la audiencia en la que solamente consten las resoluciones que el juez tome en relación a los puntos que le sean planteados, los señalados en el artículo siguiente y los aspectos esenciales del acto, cuidando evitar la transcripción total de lo ocurrido, de modo que se desnaturalice su calidad de audiencia oral. El acta será leída al finalizar la audiencia y firmada por las partes, quedando notificada por su lectura.

### **Comentario.**

Es de recibo la básica aplicación de las reglas del juicio oral, en cuanto sea posible, pues por ejemplo la publicidad *stricto sensu* ni es factible ni creo que aconsejable en este momento pues sería más perjudicial que beneficiosa para la marcha del proceso y sobre todo para el imputado.

La limitación del acta a la concreción de las decisiones y a los aspectos esenciales, a favor de la oralidad y como vía para asentar el rechazo de la escritura, no debe llevarse a radicales extremos pues imprescindible es que el juez fundamente la decisión de sobreseer (definitiva, provisionalmente, “desestimando”), etc., motivación que es imprescindible tanto para que pueda conocerse por cualquiera la correcta observancia de la ley por el juez como para permitir su ataque por el imputado o por la víctima, etc. Desconociendo las razones por las que se ha adoptado una decisión u otra mal podrá impugnarse con posibilidades de éxito la decisión judicial y mal podrá revisar el órgano *ad quem* el pronunciamiento del juez de Paz.

**Concordancias** Arts. 254, 296, 319, 325, 326, 327, 328, 329, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337 CPP.

### **Resolución.**

Art. 256.- Luego de escuchar a las partes y, en su caso, de recibir la declaración indagatoria, el juez resolverá las cuestiones planteadas y, según corresponda:

- 1) Ordenará la instrucción;
- 2) Decretará o mantendrá la detención del imputado u otra medida cautelar sustitutiva;
- 3) Decretará la desestimación solicitada por el fiscal;
- 4) Dictará el sobreseimiento provisional o definitivo;
- 5) Prescindirá de la persecución penal, cuando proceda la aplicación de un principio de oportunidad, suspendiendo o archivando las actuaciones;
- 6) Suspenderá condicionalmente el procedimiento;
- 7) Resolverá conforme el procedimiento abreviado;
- 8) Admitirá o rechazará al querellante;
- 9) Autorizará la conciliación, cuando haya sido acordada por las partes;
- 10) Decretará, a petición del fiscal o de la víctima, el embargo o cualquier otra medida de resguardo de los bienes del imputado o del civilmente responsable, cuando hayan elementos de convicción suficientes para estimar que ha existido un hecho punible en el que ha participado el imputado; y,
- 11) Resolverá sobre cualquier otro incidente. Cuando se ordene la instrucción, se remitirán las actuaciones al Juez de Instrucción dentro de las veinticuatro horas.

### **Comentario.**

Me reafirmo en la lectura citada del art. 254 en lo concerniente a la imprescindible presencia del Abogado, de confianza o defensor público, del imputado, pues reza el comienzo de esta norma: “Luego de escuchar a las partes...”. No basta por tanto con tener a la vista el escrito de requerimiento sino que ha de proceder a oír al acusador y al imputado y/o a su defensor.

Sobre el contenido me remito a lo dicho en el art. 248 de este CPP haciendo constar que el imperativo de la celeridad se muestra en el perentorio plazo de 24 horas que se concede al Juez de Paz para remitir lo actuado al Instructor.



**Concordancias.** Arts. 3 Inc. 3º, 96, 323 CPP.

### **Recurso.**

Art. 257.- En los casos de desestimación, sobreseimiento definitivo, cuando se decrete la detención provisional o el embargo, las partes agraviadas podrán interponer recurso de apelación.

En los dos últimos casos se extraerán copias de las actuaciones pertinentes para que no se interrumpa el trámite del procedimiento.

Cuando se trate del sobreseimiento provisional o el archivo, la parte agraviada podrá presentarse dentro de los cinco días siguientes ante el juez de instrucción, solicitando la reapertura del procedimiento. En este caso, el juez podrá decretar la reapertura, aunque no se presente un nuevo elemento de prueba, basándose en una nueva valoración de los elementos ya existentes.

### **Comentario.**

Es consecuente con lo previsto en el art. 13 de este CPP que reconoce a la víctima el derecho a ser informada de la marcha del procedimiento y a impugnar la decisión decretando el sobreseimiento libre<sup>47</sup>. Correctamente se legitima expresamente a las partes agraviadas para apelar contra la decisión decretando la detención o el embargo. Se cumple así lo dispuesto en el art. 406 CPP que exige individualizar al facultado para impugnar.

Haciendo un inciso y aunque ello pueda suponer un adelanto al comentario al art. 406 CPP debo remarcar la afirmación procesalmente inadmisibles que se hace en el inciso segundo de ese artículo: "Cuando la ley concede un recurso al imputado, deberá entenderse que también lo concede al defensor". El titular del derecho a recurrir es siempre el sujeto que forma parte integrante del proceso no su representante o asistente. Si se quiere utilizar la terminología, aunque superada, de partes procesales, quien es parte es el imputado o el fiscal (parte formal) o el perjudicado u ofendido por el delito personado, y por ende los solos titulares de cargas, expectativas y derechos procesales. Cosa distinta es que el recurso tenga que ser firmado por abogado. Piénsese que de este modo se está sosteniendo que el defensor es parte en el proceso (?). Es además condición de legitimación haber sufrido un perjuicio o gravamen (lo que exige el propio art. 406 inciso último), con lo que no es ni siquiera remotamente aceptable tan impropia, equívoca, errónea, etc. afirmación que está gritando su inmediata supresión.

Para evitar dilaciones indebidas la impugnación no paraliza el curso de las actuaciones por lo que si hubiere que remitir los actos se extenderá testimonio de los particulares precisos para permitir su continuidad.

Por la propia naturaleza del sobreseimiento provisional nada obsta a que transcurridos cinco días la víctima pueda instar la reapertura de la causa, pero en el legisla-

---

47 Vid comentarios al art. 48 de este CPP

dor lo autoriza con base en el mismo material obrante en los autos valorado de nuevo y en sentido diferente. Leyendo los arts 309 y 310 CPP parecen expresar que se precisa la incorporación de otros elementos de convicción o de otros elementos de prueba. Acaso el legislador lo que en verdad haya querido contemplar con esa posibilidad es una especie de reforma o reposición (no es propiamente el recurso de revocatoria puesto que no se trata de una resolución interlocutoria), sin atreverse a calificarla de recurso y no haberla previsto expresamente según exige el art. 406 CPP

**Concordancias.**

Arts. 417 y sig. CPP.

**Disconformidad.**

Art. 258.- Cuando el fiscal solicite desestimación, sobreseimiento o la aplicación de un criterio de oportunidad, el juez que no esté de acuerdo con dichas medidas remitirá el procedimiento por resolución fundada al fiscal superior, quien dictaminará sobre el requerimiento fiscal dentro de los tres días siguientes de notificada la resolución.

El fiscal superior podrá ratificar lo realizado por el fiscal inferior o formular un nuevo requerimiento. Si éste es ratificado, el juez resolverá en el sentido solicitado por la Fiscalía General de la República; en caso contrario, decretará lo que corresponda según el nuevo requerimiento.

En este caso, no regirá lo previsto en el inciso tercero del artículo anterior.

**Comentario.**

Se evidencia en este precepto la facultad del fiscal de instar el sobreseimiento (incluyendo la desestimación) o la aplicación de la oportunidad, solicitud que habrá de ser estimada por el juez si, requerido fundadamente por éste, dicha solicitud fuere confirmada por el fiscal superior. Sólo se abrirá por ende la instrucción o se adoptará cualesquiera otro pronunciamiento judicial distinto si no mediere petición fiscal de sobreseimiento definitivo (incluida desestimación).

Acentúa la vinculación judicial a la solicitud fiscal el que además tampoco se permita impugnación por la parte agraviada, por expreso mandato del legislador en el último inciso, que sí procede en cambio si el juez acordare el sobreseimiento provisional o el archivo (art. 257 párrafo final).

**Concordancias.** Arts. 20, 22, 249, 308 y sig. CPP.



## CAPITULO V •

### DECLARACION INDAGATORIA

#### Advertencias Preliminares.

Art. 259.- Antes de comenzar la declaración, se comunicará detalladamente y de un modo comprensible al imputado el hecho que se le atribuye en el requerimiento fiscal en su caso, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, incluyendo aquéllas que sean de importancia para la calificación jurídica, un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes y las disposiciones penales que se juzguen aplicables.

Se le advertirá también que podrá abstenerse de declarar y que esa decisión no será utilizada en su perjuicio, que es obligatoria la presencia de su defensor y que podrá consultarlo, antes de comenzar la declaración sobre el hecho, o durante ella. En este caso, si no está presente, se dará aviso inmediato al defensor por cualquier medio, y si no concurre, se solicitará inmediatamente a un defensor público para que cumpla su función en ese acto.

También será obligatorio informarle que podrá requerir la práctica de medios de prueba, efectuar los descargos que considere convenientes y dictar su declaración.

#### Comentario.

1. Utiliza el legislador la expresión “declaración indagatoria”, ya recogida en 1835, en el español Reglamento para la Administración de Justicia. Se ha dicho por GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN<sup>48</sup> que “la declaración indagatoria, llamada también *inquisitiva* ó de *inquirir*, se denomina así porque tiene por objeto averiguar si el considerado como reo por las primeras diligencias de la causa, es ó no el autor del delito que se persigue, ó si ha tenido participación en perpetrarlo”

2. De nuevo el legislador en coherencia con lo dispuesto en la Constitución (arts. 12 y 15 Cn), Tratados Internacionales (arts. 14.3 a), b), d), f) y g) PIDCP y 8.2 a, b, c, g CADH) y la propia normativa procesal penal (arts. 8, 9, 10, 11, 14, 87 etc CPP), obliga a instruir precisa y pormenorizadamente al imputado, incluyendo la intervención de intérprete (arts. 14.3 a) PIDCP, 8.2.a) CADH, 11 y 87.9 CPP) si fuere necesario, del hecho punible que se le imputa y de las circunstancias de tiempo, lugar y modo tal y como resultan acotadas en el requerimiento fiscal. También se le resumirá la prueba en su contra y la normativa penal aplicable y, evidentemente se le reiterará su derecho a no declarar advirtiéndole de que tal decisión no podrá ser utilizada en su contra.

---

• Los artículos comprendidos en este cap. V –arts. 259 a 264 ambos incluye- han sido realizados por el Prof.Dr. Ernesto Pedraz Penalva, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.

48 GOMEZ DE LA SERNA/MONTALBAN, Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales, 3ª ed., T.III, Madrid, 1861, p.145

En todo el precepto subyace la exigencia de ser asistido por letrado con quien podrá consultar antes o durante el interrogatorio. Si no tuviere defensor, no estuviere presente o por cualquier causa no pudiere ser localizado se solicitará inmediatamente un defensor público. Ha de entenderse pues que no cabe ser interrogado sin presencia de letrado. Precisamente la asistencia letrada es la que posibilitará la plena eficacia de su derecho a requerir la práctica de las diligencias que considere favorables, a cuya realización están obligados tanto fiscal como juez a virtud de la reiterada norma que les impone buscar tanto lo desfavorable como lo favorable al inculpado.

Agrega el legislador que también gozará el imputado del derecho a dictar su declaración.

### **Interrogatorio de Identificación.**

Art. 260.- El juez indagará la identidad del imputado preguntándole su nombre, apellido u otro dato que permita identificarlo, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, domicilio, principales lugares de residencia anterior y condiciones de vida, nombre de sus padres, cónyuge, compañero de vida o conviviente e hijos y de las personas con quienes vive, de las cuales depende o están bajo su tutela.

### **Comentario.**

Según expuse al analizar el art. 247.1º dije que bastaba en el requerimiento fiscal con identificar al imputado en el sentido de determinar el sujeto concreto al que explícitamente se atribuye la comisión del hecho por el que se procede. No era en ese momento tan importante la identificación legal que, precisamente a través de la indagatoria, se pretende en ese momento.

Si las respuestas del imputado no fueren concluyentes para su identificación a juicio del órgano jurisdiccional cabe recurrir a los medios previstos en el art. 88 CPP.

Pero amén de precisar quién es legalmente el sujeto inculpado, interesa por muchas razones descubrir cuantas circunstancias personales, familiares, culturales, concurren en él, pues podrán ser eventualmente determinantes ya de la suspensión del enjuiciamiento (pensemos en su sanidad mental originaria o sobrevenida, arts.89 y 90 CPP) ya de la exclusión de su responsabilidad criminal (art. 27. 4 CP) e indudablemente de la pena que en su día y en su caso pudiere imponérsele (art. 63.4 CP).

### **Declaración Sobre los Hechos.**

Art. 261.- Concluido el interrogatorio de identificación el juez dará oportunidad al imputado a declarar cuanto tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye y para indicar los medios de prueba cuya práctica considere oportuna.



Las partes podrán dirigir directamente al imputado las preguntas que estime pertinentes, con la venia del juez, quien también podrá formular las que considere necesarias.

Si el imputado se abstiene de declarar, total o parcialmente, o rehusa suscribirla, se dejará constancia en el acta.

La declaración indagatoria constará en un acta independiente de la audiencia inicial, que reproduzca lo más fielmente posible las palabras del imputado.

La anterior declaración se podrá hacer constar en cualquier otro medio de grabación; en ese caso, el juez determinará el resguardo conveniente para garantizar su inalterabilidad e individualización futura.

Las partes podrán indicar las inobservancias legales y de no ser corregidas inmediatamente, exigir que su protesta conste en el acta. (2)

### Comentario.

No es excesivamente afortunada la rúbrica que preside este precepto. Es evidente que la declaración ha de ser acerca de los hechos, pero además no de cualesquiera hechos sino de los punibles que se le imputan. A tal fin, y en virtud del contradictorio (*nemo damnandus, nisi auditus vel vocatus*), se procederá a brindar al imputado la oportunidad de alegar lo que estime pertinente para su defensa proponiendo a tal fin los medios más idóneos. Lógicamente su conducción compete al juez de Paz quien formulará y permitirá formular directamente a los acusadores y al propio defensor las preguntas que consideren necesarias. En defecto de norma que lo prohíba, nada impide al imputado ayudarse en su declaración de notas, papeles o documentos sin perjuicio de que pueda interrogársele sobre ellos.

El derecho jurídico fundamental del imputado a guardar silencio total o parcialmente será respetado haciéndose constar en el acta. Pero es evidente que el derecho a la no autoincriminación y por ende a guardar silencio (arts. 14.3.g) PIDCP, 8.2 g CADH, 87.5 CPP) no es un derecho absoluto. Extraer conclusiones desfavorables para el reo de su silencio (vid. el art. 16 CPP) no implicará *a priori* desconocer el derecho al debido proceso (art. 8 CADH) para lo que habrá de atenderse al conjunto de las circunstancias del caso. Ha declarado así recientemente el TEDH (en sentencia 2.5.2000 caso Condron contra Reino Unido) que exige mucha cautela fundar una condena exclusiva o esencialmente sobre el silencio de un acusado o sobre una negativa a responder a preguntas o a facilitar pruebas él mismo, lo que sería incompatible con su derecho a guardar silencio. Ahora bien, la misma prudencia aconseja que tal derecho no puede ni debe impedir que el silencio de un acusado en situaciones que claramente demandan de él una explicación sea tomado en cuenta a la hora de apreciar la fuerza de los elementos probatorios aducidos por la acusación.

A mi juicio la tarea del juez ha de ser activamente imparcial, quiero decir que mediante la conducción del interrogatorio ha de permitir que el imputado pueda ex-



presarse con libertad, sin argucias o cortapisas formales de legalidad más que dudosa, al igual que a los acusadores ha de posibilitarles la formulación de todas las preguntas que siendo pertinentes sean “necesarias” o “útiles”<sup>49</sup>. Ha de cuidar el Juez del escrupuloso respeto por los acusadores de los derechos del imputado. Nada obsta para que puedan mostrarse al inculcado objetos, papeles o cualesquiera otro elemento de convicción a fin de que responda acerca de ellos lo que sepa y pudiere contribuir a esclarecer los hechos.

La técnica y experiencia forenses aconsejan no magnificar este momento por lo cual ha de relativizarse y dosificarse el empleo de los medios tanto defensivos como a disposición de la acusación (sin que con ello pretenda que se tergiversen los elementos incriminatorios o que no se informe al inculcado de su existencia) por cuanto se trata nada más, pero nada menos, que de decidir si se abre o no la instrucción respecto de él y del hecho punible cuya comisión se le atribuye. No estamos ante el interrogatorio eventualmente realizable en el acto del juicio oral que pudiere ser determinante para acreditar la absolución o condena del acusado.

**Concordancias.** Arts. 262, 263, 325, 341 CPP.

### **Métodos Prohibidos para la Declaración.**

Art. 262.- En ningún caso se le requerirá al imputado juramento o promesa, ni será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza, o se utilizará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se harán cargos o reconvenções tendientes a obtener su confesión.

Toda medida que menoscabe la libertad de decisión del imputado, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos será prohibida, tales como los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, las violencias corporales, la tortura u otros tratos inhumanos o degradantes, el engaño, la administración de psicofármacos, los sueros de la verdad, el polígrafo y la hipnosis.

### **Comentario.**

1. En armonía con el sistema continental al que se adscribe el Ordenamiento salvadoreño, no es el imputado un testigo por lo que no está obligado a prestar juramento o promesa de decir verdad. Del inculcado, que goza de la presunción de inocencia, no es predicable obligación de veracidad alguna. Entendida la presunción de inocencia, como regla de juicio, no permite la condena del acusado que no se ha defendido, que no ha introducido en el proceso elementos de descargo; concebida la presunción de inocencia como regla de prueba, ampara la presunción de inocencia al acusa-

---

49 Vid.sobre la pertinencia los comentarios al art. 247 de este CPP.



do como fuente probatoria impidiendo que mediata o inmediatamente pudiese verse obligado a cooperar. Cabría decir así que el imputado es al mismo tiempo sujeto y objeto de la prueba, papeles armónicamente compatibles siempre que no se quiera derivar un deber de decir verdad con lo que se erosionaría la posición del acusado que en cuanto ocupa una concreta posición en el proceso está defendiendo una versión determinada, parcial, del hecho justiciable. Pretender que el imputado debe decir verdad contradiría asimismo su derecho a la no autoincriminación (arts 14.3 g ) PIDCP, 8.2.g) CADH, 87.5, 259 y 261 III CPP), naturalmente, repito, a la presunción de inocencia que impone a la acusación acreditar la comisión del hecho y la participación en él del acusado sin imponer colaboración alguna del inculpado. Evidentemente tal pretendido deber de decir verdad está carente de sanción, por otro lado irrelevante si proporcionada<sup>50</sup>, para el objetivo que pudiese buscarse con ella.

**2.** Se reitera la prohibición de recurrir al empleo de cualquier medio que en cualquier modo o grado pudiese obligar, inducir o determinar al imputado a declarar o a hacerlo en cualquier sentido distinto del que libre y espontáneamente (art. 8.3 CADH), asistido por su letrado, considere más adecuado a su situación procesal. El resultado de cualesquiera de estos medios prohibidos conduce al art. 15 CPP y especialmente al art. 12 inciso 3º Cn que 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”. Creo suficiente y terminante lo plasmado en la Constitución salvadoreña convirtiendo en superfluo cualquier otro añadido.

### **Interrogatorio.**

Art. 263.- Las preguntas serán claras y precisas; no estarán permitidas las capciosas o sugestivas y las respuestas no serán exigidas perentoriamente.

Si por la duración del acto se nota signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado, la declaración será suspendida, hasta que ellos desaparezcan.

### **Comentario.**

Según apunté más arriba, ya en el español Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835, al regular la declaración indagatoria se distinguían dos clases de preguntas, unas generales que se hacen en todas las causas, otras especiales que son hijas de la índole particular de la que se ventila. Al referirse a las especiales se proclamaba el deber del juez de abstenerse, tanto en esta declaración como en las sucesivas, de dirigir preguntas capciosas y sugestivas, limitándose a hacerlas directas, incurriendo en responsabilidad si para sacar la declaración a su gusto emplea alguna

50 Me refiero a que si el “perjurio” en juicio se castigare con una sanción superior a la prevista para el hecho perseguido sería desde nuestro sistema jurídico desproporcionada.

coacción física o moral, o alguna promesa o dádiva, engaño u otro artificio impropio (Art. 8 del citado Reglamento de 1835). Son preguntas claras y precisas las preguntas directas, o sea, aquéllas que versan sobre los objetos de la causa, no de la persona del imputado, respecto a la cual han de ser indirectas salvo que expresamente se le hayan formulado cargos. Son “capciosas” las preguntas susceptibles de inducir a engaño; son “sugestivas” aquéllas que propician una respuesta determinada.

La prohibición de recurrir a cualquier medio para forzar o condicionar la declaración del imputado se extiende incluso al deber de suspenderla si se advirtieren signos de fatiga o de alteración psíquica o física aptos para turbar o alterar la libertad y espontaneidad del imputado al responder a la indagatoria.

**Concordancias.**

Arts. 12 Inc. 2º y 3º Cn., Art. 87 CPP.

**Remisión.**

Art. 264.- Las reglas establecidas en este Capítulo regirán también para la declaración indagatoria durante la instrucción y para toda otra declaración del imputado.

**Comentario.** El legislador sienta en este precepto el principio de aplicabilidad a todas las declaraciones prestadas o a prestar por el imputado, ya en la instrucción ya en el juicio oral. Lo estimo de vigencia extensiva asimismo a las prestadas ante la policía y el Fiscal, que aunque objeto de precisa normación mutuamente se completan. Mi consideración «retroactiva» acerca de la observancia de los criterios y reglas expuestos en este capítulo V, proviene de constatar que no son más que plasmación de exigencias constitucionales y de las expuestas sobre todo en el Libro I, Título I de este CPP.

## CAPITULO VI<sup>51</sup>

### INSTRUCCIÓN

**Finalidad.**

Art. 265.- La instrucción tendrá por objeto la preparación de la vista pública, mediante la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal o del querellante y preparar la defensa del imputado.

**Comentario.**

Encabeza este capítulo una sintética descripción de la finalidad de la instrucción. Se trata de una etapa preparatoria del juicio oral y así con el objetivo de recogida y aseguramiento de todos los datos y elementos susceptibles de ser utilizados en el plenario tanto por la acusación como por la defensa. Se pone de relieve de este modo que

---

51 Los artículos comprendidos en este cap. VI –arts. 265 a 284 inclusive- han sido realizados por el Prof.Dr. Ernesto Pedraz Penalva, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.



durante ella habrá de atenderse y reunir tanto lo desfavorable (de cargo) como lo favorable (descargo) para el imputado; imputado que es el que designado por la denuncia, querella o informe policial aparece como tal en el requerimiento fiscal (entre otros, arts.8, 96, 241.8, 246, 247 1º, 253, 254 *in fine*, 259, 260 CPP), y que goza de los derechos que se le reconocen en la Constitución (arts. 11, 12, 13, 15, 19), y en los arts. 9, 10, 11, 14, 87, 243, 259, 261, 262, etc., CPP).

La instrumentalidad de esta fase consagra al juicio oral como el período decisivo y decisorio en el enjuiciamiento, único en el que es posible y únicamente admisible la condena o absolución del acusado. También, y por último, el legislador apunta acertadamente que el material recogido durante la instrucción no puede servir para fundar la convicción del juzgador, o sea, que es utilizable únicamente por las acusaciones y defensas pero que el juez habrá de acudir en exclusiva al material introducido y producido en el mismo juicio oral para motivar su decisión.

### **Auto de Instrucción.**

Art. 266.- Cuando proceda la instrucción, el juez dentro de los tres días siguientes de recibidas las actuaciones, dictará un auto que contenga:

- 1) La ratificación de las medidas cautelares de carácter patrimonial y no patrimoniales impuestas, su modificación o la libertad del imputado;
- 2) La fijación del día y hora de la audiencia preliminar, dentro del plazo máximo establecido para la instrucción;
- 3) La determinación de las diligencias de investigación que encomienda al fiscal;
- 4) Los actos de prueba definitivos e irreproducibles cuya realización hayan solicitado las partes o considere necesarios; y,
- 5) La fijación del día y hora de la declaración indagatoria, si ella no fue prestada durante la audiencia inicial, el imputado así lo ha solicitado o el juez lo considere conveniente. (5)

### **Comentario.**

1. En el encadenamiento procesal previsto por el legislador, se contemplan una serie de extremos, contenido y resultado de la audiencia inicial, que desembocarán también en una serie de decisiones judiciales, a la vista del material aportado con el requerimiento fiscal y el que pudiere haber sido introducido a iniciativa del acusador particular y también en su caso por el imputado.

Tras la celebración de esta audiencia el juez, si de conformidad con el art. 256.1 CPP -no mediando solicitud fiscal de sobreseimiento libre o aplicación de la oportunidad, art. 258 CPP-, acordare la instrucción, necesariamente deberá pronunciarse acerca de las medidas cautelares reales y personales vigentes, decretando su confirmación, alzamiento o modificación. No cabe olvidar el estrecho nexo de las cautelares con el proceso en el que y para el que se acuerdan, justificando la provisionalidad y tempora-

lidad que las caracterizan el que puedan y deban ser revisadas en cualquier momento, según se concreta en este artículo pero también en los arts. 247, 306, 307, etc. CPP. Aunque no venga prescrito *litteraliter*, también ha de entenderse que podrá el juez acordar «ex novo» estas medidas, precisamente partiendo de que la instrucción requerirá más intensamente la presencia y «colaboración» del presunto reo, lo mismo que al connotar un superior grado de convicción acerca de la posible participación delictiva del imputado -lo que expresa la incoación de esta etapa- se acentúa la necesidad de adoptar medidas cautelares patrimoniales.

**2.** El segundo pronunciamiento previsto es el relativo a la fijación del día y hora de la audiencia preliminar, que habrá de celebrarse siempre dentro del plazo máximo previsto para la instrucción. El artículo 274 CPP fija los seis meses como período temporal de máxima duración de esta fase, prorrogable hasta tres meses por una sola vez (art. 275 CPP), siempre que así lo acordare la Cámara de segunda instancia (art. 275 CPP a solicitud de cualquiera de los sujetos o del propio juez de instrucción).

La celeridad sigue presente en el desarrollo procesal con la acotación de los tiempos máximos, y el otorgamiento del control de su observancia al Juez instructor (art. 268 inc. 2 CPP) y a la propia Cámara de Segunda Instancia (art. 275 CPP). No se contemplan en la ley excepciones cuando pudiere tratarse de asuntos de gran complejidad y/o con intervención de numerosas personas, etc., acaso acertadamente para evitar que la práctica forense institucionalice como general lo excepcional. Empero el riesgo de tal precisión sin salvedades es el de que su inobservancia sea constitutiva de una hipótesis de dilaciones indebidas o de la infracción del derecho al debido proceso que abarca el de a su sustanciación en un plazo razonable (arts. 14.3 c) PIDCP y 8.1 CADH). Evidentemente y tal como expongo a continuación, se entenderá lesionado el derecho a un proceso en un plazo razonable, en principio, cuando no se acaten los términos legalmente previstos<sup>52</sup>.

Debo apuntar en primer lugar que al aludir a un proceso en «un plazo razonable» estamos empleando un concepto jurídico indeterminado, según es unánimemente admitido por la literatura y jurisprudencia comparadas (alemana, austríaca, española, francesa, italiana, portuguesa, etc). También que unos de los criterios ponderativos para su concreción ha de ser el legal, es decir, la acotación cronológica normativamente realizada por el legislador, quien en uso de su potestad legislativa ha previsto unos tiempos cuyo acatamiento sólo excepcionalmente y en el caso concreto podrá llegar a justificarse obviando la responsabilidad del Estado.

En mi opinión de la norma procesal que fija los plazos para llevar a cabo actua-

---

52 Con mayor amplitud examino el tema en mis trabajos, PEDRAZ PENALVA, «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», en La reforma de la Justicia penal (*Estudios en homenaje al prof. Klaus Tiedemann*), coords. Gomez/González Cussac, Castelló de la Plana, 1997, pp.383 y ss, y, también con puesta al día en mi *Derecho Procesal penal. I. Principios de Derecho procesal Penal*, cit, pp.291 y ss,



ciones procesales y en concreto para el pronunciamiento de la sentencia al igual que del resto, es predicable la previsibilidad y permanencia con miras a la precisa y exigible seguridad jurídica. En esta línea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE, S. de 9.3.1994, as. TWA c. RFA) mantiene que la observancia estricta de las normas sobre plazos persigue salvaguardar la seguridad jurídica<sup>53</sup>, añadiéndose por el Tribunal de Primera Instancia también con sede en Luxemburgo (TPICE en su S. de 6.4.1995, as.103/89, Shell International Chemical c.Comisión), que el exacto acatamiento de las normas atinentes a los plazos, amén de responder a tal imperativo de seguridad jurídica, pretenden eludir las discriminaciones o tratos arbitrarios en la impartición de la Justicia<sup>54</sup>.

Es menester afirmar que, ante todo, es el incumplimiento no justificado (no razonable) del plazo procesalmente previsto el que da lugar a dilaciones indebidas. Será razonable únicamente cuando se deba al comportamiento de los sujetos intervinientes (partes?) o a la complejidad del asunto. La utilización del criterio normativo es esencial en el ámbito jurídico interno, en lo que supone de ejercicio de la potestad que compete al legislador ordinario para determinar orgánica y procesalmente el desarrollo del precepto constitucional (en el caso de El Salvador del de la CADH). Sin perjuicio del control que compete a los Tribunales, es al legislador ordinario al que corresponde fijar el estándar medio o criterio normativo o normal de duración procesal.

Será pues responsable el Estado legislador de la correcta articulación procedimental -comprendiendo en buena lógica su factible observancia-, así como del establecimiento de la estructura jurisdiccional precisa para su desarrollo y efectividad<sup>55</sup>. Si la ley ordinaria sobrepasa el umbral jurídico-fundamental el problema será de adaptación de aquélla y de verificar su reforma.

Es evidente que el Estado no puede huir de esta responsabilidad y que sobre él

53 Aunque se refiere, *verbatim*, a la incertidumbre que originaría la posibilidad indefinida de impugnar los actos comunitarios productores de efectos jurídicos.

54 Siempre con singular hincapié en los plazos para recurrir, no disponibles ni para el juez ni para los sujetos procesales y que tienen carácter de orden público, vid. SSTJCE de 15.12.1994 Bayer AG. c. Comisión, as.C-195/91 P; también as.T-125/99, STPICE de 10.7.1990 Filtrona Española SA c.Comisión, as.T-514/93, STPICE de 15.3.1995, Cobrecaf SA, Pêche et Froid SA y Klipper Investissements SARL c. Comisión.

55 Tal deber ha de encuadrarse en el momento al que se dirige, por ello, acertadamente ha puesto de manifiesto TIEDEMANN, Klaus, «Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität als Aufgabe der Gesetzgebung», GA, 1974, pp.1 a 14, que constituye un deber del legislador el hacer frente a la delincuencia organizada, actividades políticas negadoras del orden social que rechazan los existentes cauces institucionales, etc. Autores como JUNG, «Bilanz der Reform des Strafverfahrensrechts zum 1.1.1975», JuS, 1975, 4, p.262, también RIESS, «Der Hauptinhalt des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrecht (1.StVRG)», NJW 1975, p.82,etc., defienden que el elevado incremento de la criminalidad junto a la aparición o recrudecimiento de otras formas delictivas exige la reforma de la Justicia, disminuyendo sus elevados costes (económicos, sociales y políticos) y la adaptación del proceso a las nuevas tendencias de la literatura científicas.

repercuten las consecuencias del incumplimiento del CADH y del PIDCP que puedan ser atribuidas a deficiencias orgánicas y procesales.

En Europa el TEDH ha venido proclamando «que el art. 6.1 CEDH obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal modo que sus Juzgados y Tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias»<sup>56</sup>. Avalan esta lectura, entre otras, decisiones del TEDH como la recaída en el asunto Martins Moreira, de 26.10.1988<sup>60</sup>, del siguiente tenor:

Frente al argumento del gobierno portugués según el cual únicamente podría concurrir responsabilidad internacional de Portugal por el comportamiento de las autoridades judiciales intervinientes en el proceso, y no por eventuales faltas del legislativo, ejecutivo u órganos o personas relevantes de la estructura del Estado, el TEDH afirma que «al ratificar la Convención, el Estado portugués ha contraído la obligación de observarla y el deber, en el supuesto concreto, de asegurarse con ello el respeto por sus diferentes autoridades»<sup>57</sup>.

En el caso Unión alimentaria Sanders S.A. de 7.7. 1989<sup>40</sup> el Tribunal de Estrasburgo sentenció que «un atasco pasajero de un Tribunal no compromete la responsabilidad internacional de un Estado contratante si éste aplica, con la prontitud requerida, medidas aptas para remediarlo»<sup>58</sup>. En tal situación, hemos de afirmar, es lícito fijar a título provisional un cierto orden en la tramitación de los procedimientos basado en su urgencia e importancia; sin embargo, la urgencia de un litigio crece con el tiempo. En consecuencia, si la crisis se prolonga, tales remedios se revelan insuficientes y el Estado ha de elegir otros más eficaces para conformarse a las exigencias del art. 6.1<sup>59</sup>. Según el TEDH, el hecho de que tales situaciones de saturación devengan normales no basta para excusar la duración excesiva de un procedimiento<sup>60</sup>.

---

56 Vid. SSTEDH Milasi, de 25.6.1987 §18; Unión alimentaria Sanders S.A. de 7.7.1989 §38; Bezicheri de 25.10.1989 §25; Abdoella c. Países Bajos de 25.11.1992 §24; Francesco Lombardo c. Italia de 26.1.1992 §23; Dobbertin c. Francia de 25.2.1993 §44; Bunkate c. Países Bajos de 26.5.1993 §23; Mansur c. Turquía de 8.6.1995 §68

57 Véase también el caso Guincho, de 10.7.1984 §38. Asimismo reseñable la Sentencia recaída en el caso Wiesinger c. Austria § 62, en la que se deduce la responsabilidad por la irrazonabilidad del plazo resultante, de la falta de coordinación en el caso entre las autoridades municipales y las agrícolas en la puesta a punto de sus planes respectivos.

58 Asimismo en el caso Guincho de 10.7.1984 §40).

59 STEDH Zimmerman y Steiner de 13.7.1983 §29.

60 *Mutatis mutandis* STEDH Martins Moreira §54.



Idéntica línea mantiene el TEDH en el caso *Neves e Silva* de 27.4.1989 al declarar que no es aceptable la argumentación del Estado requerido según la cual el retraso deriva de un «bloqueo pasajero» de los Tribunales administrativos, pues aún reconociendo el TEDH las mejoras procesales portuguesas, sin embargo, en el caso examinado, la duración de más de seis años del procedimiento no puede ser estimada como fruto de una crisis pasajera ni justificada por ella (45). Tampoco son válidos otros argumentos para exonerar de responsabilidad al Estado requerido: «la especificidad de la estructura y funcionamiento del Tribunal Constitucional, con sólo doce miembros, independiente de los tres poderes estatales cuyas decisiones controla y dotado de una amplísima competencia... El TEDH, aún partiendo de sus características, no puede menos que constatar que en el caso, los procedimientos constitucionales se prolongaron durante un excesivo lapso de tiempo»<sup>61</sup>.

Aparece consolidada esta jurisprudencia del TEDH por la que se afirma la obligación de los Estados contratantes de organizar su sistema judicial a fin de garantizar el respeto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, según deriva de sus SS. de 24 de abril de 1998 c. *Mavronochis*; de 30 de octubre de 1998 c. *Podbielski*, 38, de 4 de junio de 1999 c. *Caillot* esp. 27, de 21 de diciembre de 1999 c. *G.S. c. Austria*, 35, de 29 de septiembre de 1999 c. *Djaid*, 31 (con cita del caso *Portington* de 23 de septiembre de 1998, 33, de 28 de julio de 1999 c. *di Mauro*, 23 (acusándose expresamente a Italia de violaciones reiteradas del Convenio que reflejan una situación «permanente» de atasco judicial a la que no se ha puesto remedio y para la que «los justiciables no disponen de ninguna vía de recurso interno»).

De lo expuesto puede advertirse:

**A)** Que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 14.3 c) PIDCP) o en un plazo razonable (art. 8.1 CADH), integrante de la garantía del debido proceso, implica el cumplimiento por el juez<sup>62</sup> y los sujetos del proceso de los plazos previstos por el legislador procesal. Al obedecer el mandato constitucional, inmediatamente volcado a la efectividad, se salvaguarda la seguridad jurídica soslayándose discriminaciones o tratos arbitrarios. De modo específico atiende a hacer factible la plena y exacta realización del pronunciamiento judicial<sup>63</sup>.

61 Vid. STEDH Ruiz Mateos c. España 23.6.1993 y las reflexiones que al hilo de la misma formula FAIREN GUILLEN, Víctor, *Proceso equitativo, plazo razonable y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Granada, 1996.

62 La observancia de los plazos no sólo obliga al juez en sus actos sino a que recurra a todos sus poderes coactivos para que sujetos intervinientes y terceros se ajusten a los previstos en la norma y/o a los por él ordenados.

63 Piénsese en que, declarada judicialmente la nulidad de un acto o disposición administrativos, tras cuatro o cinco años, aunque fuere radical y por ende «ex tunc», el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos será muy difícil aunque no sea más que por las situaciones sobrevenidas de hecho o de derecho.



**B)** Que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas constituye un derecho fundamental pero no ilimitado, como se proclama en la doctrina especializada y en la jurisprudencia constitucional y de los diversos Tribunales supraestatales<sup>64</sup>.

**C)** Que en cuanto derecho fundamental no absoluto «requiere por su naturaleza misma una reglamentación estatal que puede limitarlo siempre que no se llegue a desconocer su propia sustancia»<sup>65</sup>.

**D)** Que el juicio ponderativo supone atemperarse al principio de proporcionalidad<sup>66</sup>.

**E)** Que el mandato de la razonabilidad de la duración ha de extenderse a la fase de declaración y a la de ejecución y, en concreto en el proceso penal, sin prescindir de las fases preparatorias del juicio. A este tenor el TEDH en su *S.Imbrioscia c.Suiza* 21.11.1993 ¶ 36 (y también en las *SSTEDH Wormhoff c.Alemania* 27.6.1968, *Viezzzer c.Italia* 19.2.1991, *Mesina c.Italia* 26.2.1993), al establecer qué entiende por proceso equitativo recuerda que no cabe olvidar las fases preparatorias del juicio y que así el plazo razonable empieza a correr desde que se formula acusación, en el sentido autónomo y material que cabe atribuir al término.

**F)** Han de contraerse los criterios a manejar para poder calificar de «razonable» el desconocimiento de los trámites y, más concretamente, de los plazos procesales, a la excesiva complejidad del asunto y al comportamiento de los sujetos del proceso<sup>67</sup>, siempre matizadamente en el proceso criminal respecto del acusado. Suprimo por ende el de las autoridades y el de los órganos jurisdiccionales. En ambos casos, no concurriendo con la complejidad y/o con el comportamiento de las partes no públicas<sup>68</sup>, nos encontraremos con dilaciones indebidas que generarán, directa o indirectamente, responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Justicia. En su *S.Ciricosta y Viola c.Italia* de 4.12.1995 recuerda el TEDH que *sólo las dilaciones imputables al Estado pueden llevar a concluir la inobservancia del plazo razonable*».

---

64 Así el STEDH *Boddaert c. Bélgica* de 12.10.1992 §39 dice que «el art. 6 CEDH prescribe la celebridad de los procedimientos judiciales, pero consagra asimismo el imperativo, más general, de una buena impartición de la Justicia. En las circunstancias del caso, el comportamiento de las autoridades se revela compatible con el justo equilibrio a mantener entre los diversos aspectos de esta exigencia fundamental»

65 *Mutatis mutandis*, STEDH 27.8.1991, *Philis c. Grecia* § 59.

66 Vid. el apartado dedicado a su estudio en esta obra.

67 Naturalmente, en el proceso penal en ningún supuesto sería subsumible la conducta del MF y, sólo, la de los sujetos no públicos: querellante particular, privado actor civil, acusado - pero, respecto de éste, siempre que se hubieren adoptado todas las medidas normativas al alcance de las autoridades no impidiendo al acusado hacer uso de cualesquiera remedios o medios impugnativos, etc., pues no cabe ignorar que no se puede ni se debe en nuestro sistema obligar a que coopere el imputado a su propia condena-, y responsable civil.

68 Aludo lógicamente al MF como asimismo a aquéllas ocasiones en que pudieren intervenir el Estado, CCAA, y cualesquiera Entidades de Derecho Público, de conformidad con el art. 2 LRJAPyPAC. Vid. PEDRAZ PENALVA, E. *Privilegios de las Administraciones públicas en el proceso civil*, Madrid, civitas, 1993, pp. 55 y ss.



**G)** el Estado es el principal obligado -sin olvidar pues al juez- por la exigencia de un proceso sin dilaciones indebidas (o en un plazo razonable). Ha de suministrar tanto los medios materiales y personales como los normativos (sustanciales, procesales y orgánicos) para una efectiva impartición de la Justicia. Sin los medios materiales y personales precisos difícilmente podrán satisfacerse, mediante el debido proceso, los derechos e intereses legítimos. Tampoco se acatan ni el art. 8.1 CADH ni el 14.3 c) PIDCP si el Estado no cumple su primario deber de promulgar leyes que, observando las exigencias jurídico-fundamentales<sup>69</sup>, suministren al juez y a los sujetos procesales los elementos necesarios para su exacto cumplimiento.

El Estado firmante del CADH y del PIDCP es responsable del incumplimiento de todo poder o autoridad nacional. La autonomía de cualquiera de ellos dentro de la estructura estatal no empece a tal responsabilidad. Tampoco obsta a ella la singular composición y funciones de órganos concretos de la Jurisdicción o, en general, la misma esencia de la Jurisdicción. En esta última hipótesis encaja el comportamiento del Estado alemán, que en el caso Bock, STEDH 29.3.1984 44, mantuvo la siguiente postura: «Ningún Estado puede garantizar la infalibilidad de sus Tribunales, pues un error jurídico cometido por un Juez puede provocar un recurso y, por tanto, prolongar el procedimiento. Si de aquí resulta cada vez una violación del derecho a un «plazo razonable», se llegará a reconocer un derecho a decisiones judiciales «impecables». El TEDH respondió a estos argumentos del modo siguiente: «Un error imputable a un Tribunal entrañando un retraso por razón de la necesidad de atacarlo puede, en combinación con otros factores, considerarse para la apreciación del carácter razonable del plazo del art. 6.1. En el caso, el Tribunal de familia contribuyó a las dilaciones constatadas por su rechazo a conformarse con la decisión del Tribunal de Apelación».

**H)** La infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es imputable, inmediatamente, al órgano jurisdiccional, o al fiscal, que directamente incumple las prescripciones legales con su propia inactividad<sup>70</sup>, que desconoce los términos normativos, incluso a causa de una excesiva, por innecesaria, actividad<sup>71</sup>, o que consiente el incumplimiento de las partes o de otras autoridades<sup>72</sup> no recurriendo a los poderes

69 Amén de las leyes «materiales» ha de promulgar las procesales y orgánicas que impone el debido proceso.

70 Inactividad que es el origen mayoritario de los retrasos, así SSTEDH casos Ruiz Mateos c. España de 23.6.1993 §47, Bunkate c. Países Bajos de 26.5.1993 §23, Allenet de Ribemont c. Francia de 10.2.1995 §§56 y ss.

71 Así en el caso Bock c. Alemania de 29.3.1989 §47, en el que se declara que la anormal duración es debida «... a una actividad excesivamente intensa del órgano jurisdiccional, centrada en la averiguación del estado mental del demandante».

72 Vid. al respecto la STC 28/89, de 6 de febrero, en la que se reconoce la responsabilidad del órgano jurisdiccional por no adoptar las medidas pertinentes para ejecutar con celeridad lo juzgado requiriendo las colaboraciones precisas -de la Administración en este caso- o aplicando las medidas previstas con carácter supletorio en la LEC, evitando así un retraso injustificado en la ejecución de la resolución. En semejantes términos, acerca de la ejecución de sentencias en el orden contencioso-administrativo por inactividad de la Administración, vid. las SSTC 37/82, de 16 de junio; 67/84, de 7 de junio; 109/84, de 26 de noviembre y 28/89, de 6 de febrero.

coactivos de que está dotado<sup>73</sup>. Recordaré a este respecto los aforismos *nemine licet ignore ius* y *nemo potest ignorare leges*, observables por todos y por excelencia por el Estado que ha de actuar la norma y en la norma (art. 9.3 CE) y, más rígidamente si ello fuere factible, cuando actúe jurisdiccionalmente.

I) En cuanto a la valoración de las consecuencias que de la demora se siguen para los litigantes, debe afirmarse que la dilación producida será o no indebida con independencia de sus efectos sobre los sujetos intervinientes. Será importante su consideración al reparar el daño causado por el retraso, pero no para determinar la existencia o inexistencia de la tardanza.

Para terminar el tema de las dilaciones indebidas aclararé que en estos momentos en la jurisprudencia y bibliografía de derecho comparado, sin perjuicio de la indemnización, se deducen diversos efectos en caso de dilaciones indebidas. Así en los EEUU de Norteamérica<sup>74</sup>, una vez declarada inobservancia del plazo razonable, prima la anulación de la imputación sin que se pueda, en sede penal, incoar de nuevo el proceso contra ese sujeto que ha sufrido la lesión de ese derecho fundamental<sup>75</sup>; en Alemania, en la que equivale al *Beschleunigungsgebot*<sup>76</sup>, la posición prevalente es la de

73 En este sentido KLOEPFER, Michael, «Verfahrensdauer...», *op. cit.*, p. 209.

74 Como es sabido en EEUU de Norteamérica se consagra el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas con el *speedy trial* recogido en la VI Enmienda a la Constitución, aplicable a los Estados miembros en virtud de la XIV Enmienda acerca de la *Due Process Clause* [Klopfer v. North Carolina 386 U.S. 213 (1967)]; en el marco federal norteamericano esta garantía se ha concretado en la *Federal Speedy Trial Act* de 1974 [18 U.S. C. A §§ 3161-3174].

75 Vid. al respecto por todas las Sentencias del Tribunal Supremo Federal *U.S. v. Strunk* 467 F. 2d 969 (1972) y especialmente *Strunk v. U.S.*, 412 U.S. 434, 93 s. Ct. 2260, 37 L. Ed. 2d 56 (1973). Un comentario acerca de estas resoluciones puede encontrarse en SALTZBURG, St. A., *American criminal procedure*, 3ª ed., St. Paul, Minn., 1988, esp. pp. 829 y ss.

76 Se encuentra formulado positivamente como aceleración, en cierto modo eficacia, manifestándose, entre otras, en la *Konzentrationsmaxime* (principio de contradicción). En verdad no aparece la exigencia de aceleración expresamente mencionada en la GG, aunque numerosos preceptos de la StPO y de la ZPO contengan bastantes preceptos dirigidos a acelerar el proceso (§§ 115 y 128, 121, 163, 229, 268 StPO, etc., § 272 b ZPO). Hoy se afirma que el «mandato de aceleración» forma parte indiscutiblemente del *fairen Verfahren* o debido proceso, y por tanto con rango constitucional. Doctrina y jurisprudencia lo deducen directamente del *Rechtsstaatsgebot* recogido en los arts. 2 I y 20 III GG (así PFEIFFER, Gerd, *Karlsruher Kommentar zur StPO und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 4 Aufl., München, 1999, Rdn 11, p. 6., BAUMANN, Jürgen, «Die Bedeutung des Artikels 2 GG für die Freiheitsbeschränkungen im Strafprozess», *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, p. 536; BVerfGE 38, 105 (115), BAUMGÄRTEL, Gottfried, «Eine Rechtsstaatsachenuntersuchung über die Ursachen der zu lange Prozeßdauer - zugleich eine Stellungnahme zur Beschleunigungsnovelle», en JZ 1971, pp. 441 y ss). También es frecuente derivar la vigencia de este principio en todo tipo de procesos de la interpretación de otros preceptos constitucionales desde el prisma del Estado de Derecho, tema en el que no podemos entrar y para el que me remito a mi trabajo citado Derecho procesal penal, cit., pp. 291 y ss.

77 Sobre la aceleración y su incidencia procesal penal alemana vid. PEDRAZ PENALVA, E., «La reforma procesal penal de la R.F. Alemana de 1975», RiberDP, 1976, pp. 647-701 y esp. 678 y ss. El mandato de celeridad del proceso integra actualmente el ordenamiento alemán a través de la incorporación al mismo del art. 6 CEDH. Consúltase WILFINGER, Peter, *Das Gebot effektiven Rechtsschutzes in Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention. Konkretisierungsansätze zur Beschleunigung gerichtlicher Verfahren*, Frankfurt a.M., 1995.



considerar la infracción al momento de la aplicación de la pena (*Strafzumessung*)<sup>78</sup>; en España el Tribunal Supremo ha propuesto ya la inserción en el Código penal de «...una especie de cuasi-prescripción que permitiera reducir la pena en proporción al tiempo indebidamente utilizado en el proceso con fijación de unos determinados límites» (STS.23.6.1993 R.3572)-, ya la postura calificada de «intermedia» (entre la inexecución de la sentencia condenatoria<sup>79</sup> y la cuasi-aplicación del instituto de la prescripción apreciada en beneficio del reo) de aplicar al supuesto la atenuante analógica del art. 9.10 Código penal español<sup>80</sup>. Recientemente el TS español ha entendido que permitía la solicitud de indulto por dilaciones indebidas (STS 5<sup>ª</sup>, de 1.6.2000) como asimismo la aplicación de la atenuante analógica por dilaciones indebidas en la tramitación del proceso (STS 2 de 24.6.2000).

En general, las soluciones propuestas para remediar un proceso con dilaciones indebidas pueden resumirse en las siguientes: Declaración de nulidad, de la imputación o de la condena, con o sin posibilidad de nuevo enjuiciamiento; derecho a una indemnización; indulto; atenuación; abono del exceso de sufrimiento; absolución; no ejecución de la pena.

**3.** En el auto en que acuerde la instrucción -de conformidad con la petición fiscal- determinará el Juez las diligencias cuya práctica encomienda al fiscal. Ello no implica que éste no puede practicar más que las encargadas, de modo que a tenor del art. 268 CPP podrá llevar a cabo todas las que estime idóneas para fundar la acusación. Cuestión distinta es que en la realización de las mismas esté sometido al control del juez quien no sólo coordinará la tarea de éste, querellante, policía, autoridades judiciales, sino que también puede solicitar estar presente en ellas (art. 268 CPP).

**4.** Tema importante es el relativo a los «actos de prueba definitivos e irreproducibles cuya realización hayan solicitados las partes o considere el juez necesarios». Hay que

78 Sobre ello ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 22ª ed., München, 1991, pp. 89 y 90; KOHLMANN, «Überlange Strafverfahren -bekannt, bedenklich, aber nicht zu vermeiden?», *Festschrift für Pfeiffer*, 1988, pp. 210 y ss. PFEIFFER expone como la opinión mayoritaria está a favor de que la reparación del derecho vulnerado se produzca en el momento de la aplicación de la pena, con una atenuación de la misma (*Strafmilderung*), sin embargo, propone el citado autor que en los procesos extremadamente largos el derecho se restituya acordando el sobreseimiento de la causa (*Einstellung*), ya que una reparación atenuando la pena ya no es tal; por otra parte, hay que considerar que reiterada jurisprudencia del BGH entiende imposible estimar que la dilación indebida provoque un impedimento procesal (*Prozeßhinderinis*) que lleve al sobreseimiento, pues éstos son cuestiones vinculadas a los hechos. («Das strafrechtliche Beschleunigungsgebot», *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, 1992, pp. 338 y ss.)

79 Postura carente de apoyo legal. No cumplir el pronunciamiento supondría una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (SSTS 30.10.1992 R.8555, 24.6.1993 R.5365, 14.5.1994 R.3700, SSTC 176/1985, 4/1988, 15/1990, 85/1991, etc).

80 El art. 21.6ª Código penal español alude a «Cualesquiera otra circunstancia de análoga significación a las anteriores»

poner en relación esta norma con los arts. 238, 270, 279 y 330 todos de este CPP. Me remito al análisis de art. 270 de este CPP.

5. Como último apartado de este art. 266, se determina que en el auto acordando la instrucción se fijará otrosí el día y hora de la declaración indagatoria, en caso de que: no la hubiere prestado el imputado en la audiencia inicial, el imputado así lo solicitare o el juez lo considere conveniente. A mi juicio parece referirse el legislador a dos supuestos distintos, a la no prestación de la misma en la audiencia inicial y a que habiéndola prestado por el mismo imputado o por el juez se considere oportuno su ampliación. Esta lectura surge de la necesidad de que siendo posible no se incoe la instrucción sin haber oído antes al imputado. Pero siendo factible que éste estuviere en ignorado paradero o incluso que se negare a responder guardando absoluto silencio, etc., nada obstaría a que pueda prestar la indagatoria ya abierta la instrucción o completare la prestada en la audiencia inicial. Así lo contempla el propio art. 256 CPP que reza: «...luego de escuchar a las partes, y *en su caso*, de recibir la declaración indagatoria...».

**Concordancias.** Arts. 84, 268 CPP.

### **Función del Juez de Instrucción.**

Art. 267.- El Juez de Instrucción coordinará la investigación del hecho contenido en el requerimiento, procurando la mayor colaboración posible entre la Fiscalía General de la República, la policía, las partes y las autoridades judiciales.

Cuando sea necesario realizar actos irreproducibles fuera del área de competencia del juez, él se podrá constituir en cualquier lugar del territorio nacional, y si ello no es posible, encomendárselos a la autoridad judicial correspondiente.

### **Comentario.**

En armonía con la Constitución y lo dicho en este y otros preceptos de este capítulo, al juez instructor incumbe tutelar los derechos del imputado y del perjudicado u ofendido por el delito; recibir la declaración indagatoria o ampliación de la prestada (art. 269 CPP), realizar -con citación de todas las partes o sólo del fiscal y de un defensor público, según su naturaleza o urgencia- actos o diligencias como registros, pericia, inspecciones y cualesquiera otros definitivos e irreproducibles cuya práctica se le solicite por cualquier de los sujetos (art. 270 CPP); encomendar al fiscal las diligencias que estime convenientes y adecuadas (arts. 193,3º Cn inciso final y 273 CPP); pedir la ampliación del tiempo instructorio (art. 275 CPP); acordar, ampliar, levantar o modificar medidas cautelares personales y reales (arts. 285 y sigs. Y 306 y 307 CPP); coordinar la instrucción entre los diversos sujetos intervinientes en la misma: fiscal, policía, querellantes y resto de órganos judiciales que pudieren desempeñar una actividad durante esta fase (así en las hipótesis de solicitud del fiscal para que el Juez de Paz más próximo autorice la práctica de una diligencia inaplazable -art. 238 inciso 2 CPP- o pedir a la Cámara de Segunda Instancia fije un plazo de duración superior a la instrucción -art. 274 CPP-; etc.; etc.

**Concordancias.** Arts. 84, 268 Inc. 2º CPP.



## Participación de la Fiscalía General de la República

Art. 268.- El fiscal podrá examinar en cualquier momento las actuaciones, cumplirá con los encargos de investigación formulados por el juez de instrucción, sin perjuicio de realizar por su propia cuenta cualquier acto de investigación que sea útil para fundamentar la acusación. El Fiscal siempre actuará bajo control judicial y si éste ha expresado su propósito de asistir será avisado haciéndolo constar; pero aquél no se suspenderá ni se aplazará por su ausencia.

Cuando el juez encomiende al fiscal la realización de diligencias de investigación, le fijará un plazo para que presente los resultados. No será necesario que el fiscal levante actas de los actos de investigación, salvo cuando las considere útiles para su trabajo posterior o para el desarrollo del procedimiento. En todo caso, dichas actas carecerán de valor para probar los hechos en el juicio.

### Comentario.

Este Código procesal penal (arts. 83 y concordantes<sup>81</sup>) atribuye al fiscal -amen de la promoción de la acción penal ante los jueces y tribunales- la dirección de las investigaciones de los delitos durante el período anterior a la instrucción y la llevanza de aquéllas que *motu proprio* o por orden del Juez fueren precisas durante esta fase (según lo acordado en el auto del art. 266.3 CPP). Su papel no es pues de mero ejecutor, pues ordenará y dirigirá las que estime pertinentes verificar por sí o a través de la policía. Su indudable papel de «señor» de la investigación criminal no se ve disminuido ni por la potestad del juez de ordenarle la práctica de las que a juicio de éste fueren convenientes (art. 193.3º Cn) ni por el control judicial último al que está sometido. Téngase en cuenta que salvo en las hipótesis normativas previstas en el propio CPP, la práctica de la actividad investigadora es propia del fiscal. Excepciones serán las diligencias definitivas e irreproducibles o aquéllas que pudieren afectar al ámbito jurídico fundamental del imputado (privación de libertad, intervenciones y registros de su correspondencia y domicilio, etc.), supuestos en que la intervención judicial es imprescindible no bastando con su presencia sino que es menester que sean acordadas por el propio juez. En los demás casos aunque el juez hubiere advertido su intención de estar presente, el fiscal, previo aviso al juez del día y hora de celebración, podrá llevarlos a cabo aun ausente el juez.

En buena lógica, en aquellas actuaciones que le hubieren sido encargadas judicialmente, habrá de atenerse al plazo marcado e informar al instructor. Parece estar dispensado de recoger en acta el resultado de su actividad, salvo que por sí estime que ello podrá servirle con posterioridad; evidentemente el sentido literal no es de recibo pues las investigaciones del fiscal, ordenadas o no por el juez han de poder servir tanto para fundar la acusación como la defensa, pues recuérdese que debe recoger lo favorable como lo desfavorable al reo. De este modo no sería admisible que *verbis verbis* el fiscal afirmara que tiene elementos de convicción sin que los mismos pudieren ser puestos a disposición judicial -narrándole sólo lo que dice el fiscal que son las results

81 Vid. los comentarios a estos preceptos.

de sus diligencias- y comunicados en su momento a los acusados. En conclusión pues ha de documentarse el fruto de su actividad y acoger lo positivo al igual que lo negativo obtenido en su realización.

Cuestión distinta, y en consonancia con lo indicado en los arts.265 y 266, es el valor de las actas que pudiese levantar el fiscal. En buena técnica procesal si se limita el fin de la instrucción a la recogida de elementos de convicción para eventualmente poder fundar acusación y defensa, no han de servir para desvirtuar la presunción de inocencia del juzgador quién en exclusiva ha de basarse en lo hecho y dicho en juicio oral con respeto de los principios de publicidad, oralidad, inmediación, concentración, contradicción. En suma, las actas del fiscal no tienen valor probatorio a efectos del juicio oral. Cuestión diferente es que diligencias consignadas en el acta puedan hacerse valer en el plenario pero sirviendo en tanto en cuenta son deducidas en el plenario con escrupuloso respeto de los principios precitados. Exceptúo naturalmente las diligencias definitivas e irreproducibles que tienen un régimen especial según analizo al comentar la prueba anticipada.

**Concordancias.** Arts. 84, 267 CPP.

### **Declaración Indagatoria.**

Art. 269.- Cuando el imputado manifieste durante la instrucción su deseo de rendir declaración indagatoria, o ampliar la ya dada, el juez le comunicará verbalmente a las partes, el día y hora del acto y su participación en él quedará sujeta a las reglas establecidas en este Código.

### **Comentario**

Poco hay que añadir a lo indicado anteriormente al comentar el art. 259 y siguientes y 266.5 CPP. Se alude aquí a la posibilidad de que por cualesquiera de las razones apuntadas (ignorado paradero, desconocimiento de suficientes datos personales del imputado para su identificación y localización, negativa a declarar, etc.) no se hubiere llevado a cabo la indagatoria o a que habiéndose realizado el imputado pidiera su ampliación. Destacable es la contradicción que ha de presidir su desarrollo, de modo que habrán de ser citadas al menos verbalmente las partes para su celebración.

**Concordancias.** Arts. 259, 260, 261, 270 CPP.

### **Anticipo de Prueba.**

Art. 270.- En todo momento que fuere necesario practicar actos o diligencias tales como registros, pericia, inspecciones y otros que por su naturaleza o características sean considerados como definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no será posible incorporarse durante la vista pública, cualquiera de las partes podrá requerir al juez que lo realice.

El juez, si considera que el acto es ejecutable, lo realizará citando a todas las partes, sus defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho de asistir, con todas las facultades previstas respecto de su intervención en las audiencias.



El imputado detenido será representado, a todos los efectos, por su defensor, salvo que pida intervenir personalmente.

Si por la naturaleza o urgencia del acto, la citación anticipada hace temer la pérdida de elementos de prueba, excepcionalmente, el juez lo practicará únicamente con la citación del fiscal y de un defensor público. Dicha diligencia se realizará aun sin la presencia por una cualquiera de las partes si han transcurrido tres horas posteriormente al señalamiento por el juez, sin perjuicio de la responsabilidad penal que prescribe el art. 313 del Código Penal (9).

En los casos de los delitos relacionados con el crimen organizado, se entenderá necesaria la práctica de cualquiera de las diligencias mencionadas en este artículo. (9)

Cuando el juez rechace la solicitud, el peticionante podrá acudir directamente a la cámara, solicitando que ordene la realización del acto. La cámara resolverá dentro de las veinticuatro horas según su urgencia. (2) (8')

### Comentario 1.

El comentario a este artículo fue elaborado antes de la reforma contenida en el D.L. No. 487, del 18 de julio de 2001, publicado en el D.O. No. 144, Tomo 352, del 13 de julio de 2001.

La prueba anticipada exige unas previas consideraciones y, aunque brevemente, sentar premisas esenciales acerca de lo que es y de sus límites y efectos, sin descuidar la previa determinación de lo que se entiende por prueba.

1) Cabría a grandes rasgos apuntar variadas nociones de lo que sea la prueba. Así se ha dicho que es “la actividad y/o instrumento tendente a posibilitar la reconstrucción fáctica de la historia parcial introducida en el proceso a fin de convencer al juez de su verdad o falsedad, existencia o inexistencia”<sup>82</sup>. Es claro que una cosa es la actividad y otra el medio o elemento utilizable, como también que el significado a fijar de lo que sea la «prueba» no sólo debe verse determinado por lo que constituye, en cualquier proceso, su fin: provocar la convicción judicial acerca de la verdad o falsedad, existencia o inexistencia de determinados hechos y/o afirmaciones, o su objeto también en todo proceso: es decir, actividad consistente en la aportación de hechos y/o máximas o criterios valorativos -con la exclusión de los jurídicos y su normativa articu-

82 GOMEZ ORBANEJA/ HERCE-QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, I, 8ª ed., Madrid, 1976, p.287, en la que agrega que “prueba” significa también el éxito o logro de la actividad probatoria.

83 La ausencia no conforme con la proporcionalidad de cualquiera de los imperativos del “cómo” connota la nulidad de la diligencia correspondiente y de la imposibilidad de poder utilizarla para entender desvirtuada la presunción de inocencia. Lo mismo acaece con el “cuándo” y con el “quién”. Creo aconsejable advertir que no es factible más que a efectos analíticos separar “cómo”, “cuándo”, “quién”, etc., pues de consuno son los que integran, y permiten pues hablar de la prueba. Hablo de proporcionalidad en el sentido de mis trabajos, “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, en *Rev.Poder Judicial*, 1990, núm.17, y en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990, pp. 277 a 313 y “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, cit., pp. 313 a 377. Vid.el apartado que dedico en estos Comentarios al principio de proporcionalidad.



lación por mor del «iura novit curia»-. Dentro de lo que es y constituye la prueba, desde su general e imprescindible entendimiento<sup>83</sup>, ha de comprenderse además el “cómo”, el “cuándo”, el “quién” y el “para qué”. El «cómo» incluye la ineludible y plena observancia de los imperativos constitucionales de contradicción, defensa, publicidad<sup>84</sup>, etc. El «cuándo» impone en estrecho vínculo con el anterior, la sujeción de su práctica al momento o momentos procesales precisos para que el sentenciador -con total respeto de principios como el de inmediación<sup>85</sup>- pueda acometer la fijación fáctica; centrados en sede criminal parece que constituye excepción la prueba anticipada. Determinante es otrosí el «quién» debe probar. *Prima facie*, y desde una máxima vigencia del principio acusatorio, en literal entendimiento del *da mihi factum, dabo tibi ius* y especialmente del *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio* y *secundum allegata et probata partium*, es a los sujetos intervinientes (fiscal, querellante, imputado) a quienes incumbe la carga de introducir en el proceso a través de los medios probatorios las fuentes que consideren aptas a fin de llegar a probar sus afirmaciones, lo que por variadas causas se ve en el proceso penal matizado en los arts. 318, 320.10)<sup>86</sup>, 352 y 355 CPP; pero en cualquier caso la Primera Norma en su art. 12, y el 8.2 de la CADH y 14.2 PIDCP, imponen al actor una actividad acreditativa de signo inequívocamente acusatorio (de cargo), bastante para destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado. Empero sería aconsejable tener presente que al aludir a “quién prueba” es menester modular la expresión pues uno es el que lleva a cabo esa actividad en que consiste la prueba en sentido estricto o en cuanto tal, es decir, “comparación entre las afirmaciones fácticas introducidas en el proceso, sobre las que han incidido los medios de prueba propuestos y practicados y la realidad de aquéllas” (MIRANDA ESTRAMPES), lo que compete al juez, y otros son los que han de introducir las fuentes de prueba a través de los medios normativamente previstos, sin perjuicio de la determinada posibilidad acogida en el CPP, en los mencionados arts. 352 y 355 CPP en pro del mismo sentenciador<sup>87</sup>. Expresado de otro modo, a la acusación en todo caso, y eventualmente a la defensa,

84 Sin perjuicio de las excepciones normativamente previstas. Al partir de la publicidad como exigencia exclusivamente orientada a los terceros (PEDRAZ PENALVA, E, “Publicidad y derecho al debido proceso...”, cit., passim) no debe olvidarse que la publicidad es limitable por razones de moral, orden público o perjuicio de terceros; citaré así declaraciones testificales de menores o incapacitados. Claramente en el art. 14.1 PIDCP y en el 6.1 CEDH..

85 Ya TAPIA, E, *Febrero Novísimo ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos...*, T.septimo, op.,cit., p.356, n.36 dice que “Toda confesion nula por defecto sustancial, anula tambien el juicio mientras dure aquel vicio. Son nulas las confesiones siguientes:...6ª La recibida por juez que por notoriedad es incompetente, ó no tiene jurisdiccion, ó la tiene suspendida.”, y p. 378 n.21 “...las declaraciones de los testigos hechas ante un juez incompetente, son de ningun momento para condenar...”

86 Soy consciente de que los arts. 318 y 320.10)CPP aluden a la posibilidad de que el propio Instructor ordene la práctica de algún medio de prueba de oficio y no se refiere al sentenciador. Destaco aquí pues el dato de que pueda ser decretada no en exclusiva a instancia o solicitud de acusadores y acusados sino además «ex officio» por el juez, aunque en esta hipótesis legal sea por el Instructor.

87 Es limitada en cuanto el propio art. 352 circunscribe la facultad *ex officio* de recibir «cualquier prueba» acotándola a hechos nuevos que precisen esclarecimiento, y el 355 la condiciona a que el tribunal durante la deliberación estime «...absolutamente necesario recibir otras pruebas respecto de hechos nuevos...».



incumbe aportar el material probatorio con el que el órgano jurisdiccional que debe resolver probará. Tiene pleno significado esta matización como muestra el que al hablar de los sistemas de prueba legal o libre, no cabe desconocer que el sujeto al que se atiende como receptor de los criterios normativos que delimitan su convicción o la falta total o parcial de los mismos, es el juez.

En esta línea alcanza pleno significado la reconceptualización de la prueba libre que, desde el abandono total del viejo sistema inquisitivo, comporta la observancia por el juez del mandato de motivar también fácticamente su razonamiento y su jurídica articulación (art. 357 CPP). Incide en nuestro rumbo el que se diga que libre valoración no es equiparable a ponderación arbitraria -que contradiría en todo caso los arts. 8, 9, 11, 13, 15, etc. Cn-, debiendo huirse del fallo fruto de irracionales por injustificadas apreciaciones, en cuanto tales incontrolables, resultado pues de una caprichosa aprehensión de las afirmaciones introducidas en el proceso -en mayor o menor grado reflejos de la realidad social jurídica-, en confrontación con los elementos probatorios habidos en el juicio. Tal pronunciamiento contendría una discriminatoria aplicación de la ley.

Resumiendo lo dicho, podría definir a la prueba como aquella actividad procesal del juzgador encaminada a formar su convicción mediante la comparación entre las afirmaciones introducidas en el juicio y el resultado de los medios de prueba practicados para su acreditamiento

2) El juicio valorativo llevado a cabo por el juzgador, busca pues, más allá de toda duda razonable, el convencimiento de que las afirmaciones parciales: tanto de la acusación como de la defensa, coinciden con el resultado obtenido de la práctica de los medios de prueba. Dedúcese que en esencia son distintas la prueba y la actividad permisiva o facilitadora de la misma, por un lado, de la actividad y la *averiguación* que se lleva a cabo durante la fase de investigación de los hechos aducidos, por otro. Es manifiesto el irremediable encadenamiento espacio-temporal entre la prueba y la actividad permisiva de la misma. El esclarecimiento de lo que se dice acontecido, así como la búsqueda, aseguramiento y conservación de las fuentes de prueba son actuaciones ineludibles para poder abrir el juicio y, así, en él, vía medios de prueba -y según normativamente se contempla-, tenga lugar la formal introducción en el proceso de aquellas fuentes aportando el material, cuya suficiencia para tener o no por desvirtuada la presunción de inocencia ha de ser valorada judicialmente. Sólo corresponde al juzgador la tarea de apreciar, con las máximas de experiencia que posea -o reglas de la sana crítica, art. 356 CPP-, la correspondencia de las afirmaciones formuladas por las partes con las que resultan de los medios de prueba practicados.

Implícito está un doble y a la vez interrelacionado aserto:

- A) De una parte, acerca de lo que sea el objeto de la prueba y,
- B) De otra, su objetivo.

A) Ya avancé que no cabe aceptar que sean los hechos sino la afirmación parcial de los que se dice producidos, cómo se produjeron y quién o quienes intervinieron. A nadie se le escapa que los hechos, en sí históricos, no son susceptibles de reiteración y, a lo sumo, sólo de reconstrucción o de reproducción virtual. El conocimiento exacto e íntegro de lo que fue no está ni siquiera en el autor del hecho. Su visión, subjetiva, requeriría su complemento con la de la víctima y, aún, con la de un tercero que allí, en posesión de todos los datos, fuere capaz con objetividad de captar al menos “ad extra” la multiplicidad de circunstancias concurrentes. La versión por tanto del acusado, y/o de la víctima peca, amén de exigida y evidente<sup>88</sup> parcialidad, del desgaste que supone el tiempo transcurrido; tiempo en el que generalmente se tiende a “elaborar” y/o “fabular” los acontecimientos. Creo a este respecto que son aplicables, pese a sus radicalmente distintos contextos, aquel verso de Pablo Neruda: “...Nosotros, los de entonces, ya no somos los mismos”<sup>89</sup>, 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”<sup>90</sup>, 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”<sup>91</sup>

Siendo consciente de que excede del ámbito del trabajo, me limitaré a recordar a este respecto que, según dijo FURNO, “...la medida del servicio que el proceso exige a la certeza es variable en la realidad de cada día y de cada caso...La necesidad de decidir, y de decidir con cierta solicitud o diligencia, impone ya un primer límite, genérico y de extrema importancia. Límites más particulares pueden derivarse de un triple orden de causas: a) de la posición en que se encuentran los hechos afirmados en juicio con respecto al conocimiento común o al conocimiento técnico del magistrado. b) de la circunstancia de que el juicio de certeza histórica haya sido formulado, de una vez para siempre, por el legislador y haya tenido expresión en un complejo de disposiciones legales. c) de la actividad de las partes”<sup>92</sup>. Coincidente en sus resultados es el criterio expuesto por DENTI: “La referencia a los cánones de valoración ética sugiere

---

88 Pensemos en la víctima del delito y su necesidad de que se reconozca la total ausencia de colaboración o, en su caso, de que ha sido fruto de intensa coacción, etc. Ello impone un relato condicionado, aún desde el más teórico y estricto sentido de la verdad.

89 NERUDA, Pablo, *Veinte poemas de amor y una canción desesperada*, 7ª ed., B.Aires, 1961, p.101

90 Fragmento de la obra de HERACLITO, con el núm.57 en DIELS, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, I, Berlin, 1954

91 HERACLITO, cit., núm. 91 en la obra cit. De DIELS.

92 FURNO, C., *Teoría de la prueba legal*, Madrid, 1954, pp.36 y ss.,



que la postura del jurista no puede, frente a estos problemas, estar condicionada por la falta de certeza de los resultados técnicos y consiguientemente por el peligro de errores judiciales debidos al empleo de los modernos métodos de investigación. El progreso de la ciencia no garantiza por cierto una búsqueda de la verdad inmune a los errores y, por otra parte, los métodos de búsqueda se consideran correctos sólo por estar aceptados por la generalidad de los estudiosos en un momento histórico dado, sin excluir que los métodos mismos puedan resultar erróneos en algún momento posterior...”<sup>93</sup>.

Ni los hechos son “per se” susceptibles de ser trasplantados al proceso, con lo que el objeto de prueba se circunscribe a la afirmación de los mismos, ni tampoco las valoraciones aún de expertos pueden ser vía de un real y exacto conocimiento de lo sucedido. La tarea jurisdiccional, individualizadora del caso al que aplicar la consecuencia jurídica prevista por la norma, no puede ser asumida ni por órgano distinto al sentenciador ni por las partes ni por terceros (peritos). Forma parte indivisible del pronunciamiento jurisdiccional, sólo eludible en mayor o menor medida en el supuesto de la prueba legal. El juzgador ha de sentenciar (no cabe el “non liquet”) perteneciéndole así la tarea de ponderar los elementos fácticos afirmados y los datos probatorios introducidos, con ayuda de sus máximas de experiencia<sup>94</sup> –o de las que le suministre el perito- a fin de tener o no por probada la acusación<sup>95</sup>.

B) El Objetivo o el fin de la actividad probatoria se ha dicho que es la convicción del juez acerca de la exactitud de una afirmación de hecho, convicción que no ha de girar en torno a la veracidad o falsedad del hecho base de la afirmación –si es que existe-, ni tener como apoyo el dato de la existencia o no de tales hechos, antes al contrario la convicción lo es respecto de la exactitud de la afirmación fáctica. Mas acertadamente se ha defendido que, la prueba procesal, no es pues un proceso de demostración de la existencia o inexistencia de un hecho; la prueba procesal aspira únicamente a persuadir al Juez de las afirmaciones deducidas por las partes. Desde las premisas sentadas considero como meta de la actividad probatoria alcanzar el convencimiento del juzgador sobre la coincidencia de las afirmaciones parciales introducidas en el proceso y el resultado de la práctica de los medios probatorios. En modo alguno es admisible exigir una convicción judicial acerca de la verdad o falsedad de la afirma-

---

93 DENTI, V., “Cientificidad de la prueba y libre valoración del juez”, en *Estudios de derecho probatorio*, B.Aires, 1974, p.268.

94 Reiteraré que el juez habrá de valorar si resulta desvirtuada la presunción de inocencia para lo que se precisa la reunión de datos de cargo bastantes para ello.

95 Aquí se entronca una de las demoledoras críticas al conocido entre nosotros como jurado popular. Sobre ello vid. PEDRAZ PENALVA, E., “Sobre el significado y vigencia del jurado”, en *Justicia* 86, pp.967 y ss, también en *Constitución, Jurisdicción y proceso*, cit, pp.59 y ss, asimismo, “El Jurado como vía de participación popular”, en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Ed.J.M.Silva Sánchez, Barcelona, 1997, pp.425 y ss.

ción fáctica. La convicción se alcanza tanto si se llega a la certeza -nunca absoluta- como a la probabilidad; más precisamente, cuando el Juez consigue disipar todas aquellas dudas razonables o socialmente relevantes desde su estimación comparativa con los datos obtenidos de la práctica probatoria.

Procede por tanto llamar la atención acerca de que: es el juez quien ha de formar su convicción y por ende el sujeto sobre el que recae la misión de tener por probadas o no las aseveraciones aducidas procesalmente; no es de recibo<sup>96</sup>, ni aún tratándose de medios científicos (algunos peritajes) pensar ni que pueda ser sustituido directa o indirectamente el juez por el experto (vinculándole su informe) ni tampoco que el destinatario de la actividad probatoria pueda ser otro que el órgano sentenciador; sólo cabe probar si amén de las afirmaciones se han practicado medios de prueba de los que extraer los datos imprescindibles para la operación valorativa judicial en que se articula la prueba; consecuentemente si se quiere acatar las prescripciones constitucionales y su concreción en la norma procesal penal, únicamente podrá formar y razonar el juez su convicción respecto de las afirmaciones y medios de prueba si han sido aducidos y utilizados ante él durante la vista pública (art. 356 inciso primero CPP); en conexión con todo lo anterior, no basta con cualesquiera resultados de la práctica en juicio oral de tales medios de prueba, sino que se precisa que sean de cargo y suficientes para, a juicio del sentenciador -con uso de máximas de experiencia: reglas de la sana crítica-, tener por enervada la presunción constitucional de inocencia, debiendo explicitar su razonamiento (art. 357 CPP)<sup>97</sup>.

**2.** Me centraré ya en la prueba anticipada. Como punto de partida he afirmado que la prueba connota, entre otras exigencias, el ser una actividad del juzgador consistente en el juicio comparativo que éste hace entre las afirmaciones fácticas parciales y los datos extraídos en el juicio oral ante el propio juez de acuerdo con las exigencias constitucionales de inmediatez, oralidad, contradicción, igualdad, publicidad, conviene sin embargo atender a determinadas diligencias probatorias llevadas a cabo con anterioridad y fuera de la presencia del decisor no sólo para poder afirmar el carácter general y constituyente de tal postulado sino asimismo a fin de regular armónicamente las hipótesis, por definición excepcionales, aptas para desconocerlo. Entre tales supuestos está la denominada "prueba anticipada".

Es manifiesto que la anticipación o aseguramiento de la práctica probatoria comporta desconocer el régimen probatorio, pero no sólo respecto del tiempo sino además del cómo y del ante quién ha de realizarse. Es cierto que sólo es actividad probatoria «stricto sensu» la que tiene lugar en el juicio oral, ante el órgano sentenciador,

96 Además desde la noción de prueba que se mantiene: sólo realizada y realizable por el Juez que ha de decidir.

97 Acerca de la motivación, aún fáctica de la sentencia vid. PEDRAZ PENALVA, E., "Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración", en *Rev. General de Derecho*, 1993, julio-agosto, núms. 586-587, pp. 7223 y ss., y bibliografía *ivi cit.*



pero es factible que algún medio probatorio por causa previsible y justificada no pueda realizarse en dicho acto, razón por la que la ley ha de permitir su anticipación a fin de evitar elementos que pueden ser determinantes para que el juez forme su convicción.

Recordaré que históricamente se aceptaba la propuesta tardía de prueba, hasta la citación para sentencia a acusadores y acusados, y hasta la ejecución si fuere el Reo: “...en las causas criminales la información *ad perpetuam* hecha a instancia del acusador no haze fe, haze la empero la hecha a instancia del Reo en su defensa, aunque no se tema muerte o ausencia de los testigos”<sup>98</sup>. En el absolutismo -vigente el sistema inquisitivo- la “anticipación” ya en lo civil como en lo penal siempre se hacía a favor del demandado o del inculcado, lo que en la actualidad no está en vigor.

Viene admitiéndose en los diversos cuerpos legales anticipar la realización de la prueba «...irreproducible en el juicio», si así se solicitare por los acusadores y defensores (art. 316.10). La parquedad legislativa debe a mi juicio ser interpretada atendiendo a lo siguiente:

1) Ante todo que se está utilizando la expresión prueba como actividad de la acusación y defensa y no como tarea exclusiva del órgano que ha de resolver. Acusadores y eventualmente acusados aportan las fuentes de prueba a través de los medios probatorios suministrando así al juez los datos con los que éste ha de confrontar sus afirmaciones. Empero, y aún a riesgo de mistificar el concepto mantenido, a fin de soslayar otros equívocos, emplearé cuando fuere imprescindible, o al menos aconsejable, la expresión “prueba anticipada” que debe entenderse siempre en el sentido de realización anticipada de los medios de prueba

2) Se admite la práctica anticipada probatoria tanto en la fase de investigación como en la de instrucción.

3) por su excepcionalidad ha de procurarse que la anticipación de la práctica probatoria, al suponer o poder suponer excepción a la advenida al acto de la vista, tendría que contraerse a la estrictamente necesaria, no debiendo ser acogida en tal calidad más que aquélla que efectivamente sea irreproducible.

4) que la anticipación de la prueba no debe ser considerada desde su excepcionalidad como permisiva de una práctica anterior al período probatorio en juicio oral, sino que ha de unirse a la posible utilización de medios probatorios, extemporáneamente, aún después del período contemplado en el juicio oral. Ya Heuia Volano, en su *Cvria philippica* dijo: *Aunque en las causas criminales despues de passado*

98 HEUIA VOLANO, op.,cit, parte tercera, § 15 n.10 pagina 667. En lo civil, también nos dice HEUIA VOLANO, en la op.,cit.,

*el termino prouatorio, no se pueden admitir testigos, ni prueua a instancia de la parte: empero despues de passado el termino de la prueua, publicacion y conclusion, y hasta la sentencia diffinitua puede el juez de officio, ora proceda por via de acusacion, o inquisicion recibir testigos y prueua contra el Reo, porque no puedes sin castigo, y en su defensa, porque no quede sin ella...Y aun despues de la sentencia y hasta la real execucion della se han de admitir testigos y prueua en defensa del Reo y su innocencia, pudien constar dell por euidencia del hecho, y constandolo, el mismo juez que dio la sentencia, la puede reuocar y darle por libre, sin consultarlo con el Principe...*<sup>99</sup>. A mi juicio es evidentemente positiva la posibilidad en esta línea recogida en el art. 355 CPP, pero habría de admitirse, al menos hasta la deliberación, la propuesta en favor del reo.

He de recordar que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes<sup>100</sup> es inseparable del mismo derecho de defensa y que los Tribunales al aplicar la norma procesal correspondiente han de reconocer tal derecho, sin obstaculizarlo, siendo preferible incurrir en un posible exceso en la admisión que en su denegación.

5) ¿La afirmación de la irreproducibilidad es bastante para provocar la anticipación de la práctica probatoria? ¿Se precisa alegar y acreditar su probable irreproducibilidad?. Evidentemente en el proceso ha de reinar el principio “*facultas probationum non est angustanda*”<sup>101</sup> (C.1, 5, 21, 3) por lo que deben admitirse los medios probatorios cuya pertinencia y, agregaría yo, utilidad<sup>102</sup> o relevancia fuere dudosa. Pero tal máxima favorecedora de su realización ha de examinarse a la luz de su inexcusable práctica conforme a los imperativos constitucionales: igualdad, contradicción, oralidad, publicidad, inmediación -respecto del sentenciador-, de modo que desconociéndose cualquiera de ellos, fuera de las hipótesis normativas (no publicidad si lesionare la moralidad, seguridad nacional, orden público o el respeto debido a la

---

99 HEUIA VOLAÑO, Iuan, *Cvria Phlippica (donde breve y comprehendioso se trata de los ivyzios, mayormente forenses, Ecclesiasticos, y seculares, con lo sobre ello hasta ahora dispuesto por Derecho resuelto por Doctores antiguos y modernos, y practicable)*, En Valladolid, por Iuan Godinez de Millis. Año de 1609, t.1, parte tercera, juicio criminal, § 15,p.666 n.9

100 Vid. sobre la pertinencia los comentarios al art. 247 CPP

101 “No debe restringirse el derecho a la prueba”

102 Vid.lo dicho sobre estos términos al comentar el art. Según planteo en mi trabajo cit. “Apuntes sobre la prueba pericial en el proceso penal...”, RDer.Proc., cit, esp.p.359, la **pertinencia**, atendiendo a las afirmaciones fácticas, alude a la conexión o enlace con las controvertidas de trascendencia en la causa. Considerando el medio de prueba, será pertinente si, legalmente admitido, es posible su práctica, si se adecua objetivamente al hecho a probar; la **utilidad**, inserta por su mayor extensión en la pertinencia, presenta empero matices: positivamente se refiere a la aptitud del medio de prueba para decidir o contribuir al triunfo de la pretensión. Refuerza así el carácter de pertinencia. Negativamente cabe aludir a las hipótesis en que concurren dos medios probatorios y uno de ellos es suficiente y aún de superior fuerza que el otro para acreditar la afirmación fáctica: documento público y testimonio.

El TS, en SS como la de 18.2.1989 R 1595 y de 24.12.1990 R 10010, mantiene que la pertinencia ha de examinarse desde un doble aspecto: funcional, que es tanto como decir posibilidad de su realización, y material, esto es, relevancia respecto al tema discutido.



persona ofendida, etc., art. 327 CPP), ha de primar su constitucional desarrollo factible plenamente en la vista del juicio; es decir, aun debiendo evitar la pérdida de la fuente de prueba, sólo cuando constando al Juez su pertinencia y relevancia o utilidad estimara que concurre el riesgo de extravío tendrá que acordar la anticipación de la práctica del medio de que se trate.

Cabría manejar el término «necesaria» como otro criterio depurador de la prueba anticipada. En verdad tal vocablo podría tener dos lecturas: *necesaria* en cuanto la inexistencia de cualquier otro elemento probatorio o su notoria insuficiencia impusiere al Tribunal para poder lograr una convicción la práctica de esos medios probatorios. La segunda lectura sería la de ser *necesario* el medio probatorio concreto por su presumida importancia ya “per se” o ya en relación con los demás practicados a efectos de alcanzar dicha convicción. En la primera versión no sería discutible la *necesidad*, por carecer de alternativa, viniendo conectada pues a imprescindible para poder llevar a cabo la comprobación o prueba por el Tribunal si no se quiere provocar indefensión en alguna de las partes. No sucede igual en sus restantes lecturas pues el término *necesario* únicamente sería aceptable desde el *resultado* del medio probatorio, lo que conllevaría un fuerte componente de predeterminación relativo a su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia o no. Creo que el término relevancia acogería satisfactoriamente, sin prejuizar, la “necesidad” en ese supuesto de acordar anticipadamente la práctica probatoria. Un medio de prueba sería relevante en cuanto “...pudiera constituir elemento de confirmación lógica de la proposición descriptiva del *factum probandum*”<sup>103</sup>.

*Ergo* la entrada previa a las sesiones del juicio de cualquier fuente de prueba a través del medio correspondiente, ha de ser pertinente y, además relevante su adelantamiento por cuanto implica desconocer alguna de las exigencias constitucionales y de legalidad ordinaria: al menos la de la publicidad, intermediación y concentración; todo lo cual ha de razonarse en la solicitud anticipatoria.

Será menester pues que el Juez pondere la indefensión en que se colocaría a los sujetos que piden la anticipación –si desapareciere la fuente de prueba- y la casi irremediable incidencia sobre alguna de las exigencias constitucionales. La excepcionalidad de la anticipación connota su reafirmación con algo más que la mera sospecha de desvanecimiento de la fuente de prueba. A la vista de los medios de prueba solicitados el Tribunal estará en disposición de decidir constitucionalmente. Si fuere la testifical la única propuesta, en buena lógica no sería de recibo correr el menor riesgo de que pudiera perderse; concurriendo varios testimonios y/u otros medios de prueba la ponderación se centrará en la afirmada relevancia de su previa introducción procesal.

---

103 Así TARUFFO, M., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, la define en la p.249: “è rilevante ogni prova vertente su di una proposizione fattuale che, assunta per ipotesi come vera, può costituire elemento di conferma logica della proposizione descrittiva del *factum probandum*”. Aunque no coincido exactamente con su concepción sí lo que la estimo de gran interés.



6) A la solicitud de la anticipación es menester aportar lista individualizadora de, en su caso, los testigos que hubieren de deponer anticipadamente, o las diligencias irreproducibles cuya antelación se pretende.

7) Consustancial pues al planteamiento que vengo desarrollando es el carácter excepcional de la práctica anticipatoria. Constituye una derogación a la doble exigencia de que la práctica de la prueba ha de efectuarse ante el órgano sentenciador -con las salvedades hechas-, en el juicio oral en sentido estricto y con observancia de las exigencias constitucionalmente previstas: contradicción, publicidad, intermediación, igualdad, concentración. La derogación ha de venir justificada por la imposibilidad inicial o sobrevenida de su producción en la vista. Dicha imposibilidad debe subsistir por cuanto desvanecido el temor al fallecimiento inminente del testigo o a su inmediato traslado al extranjero, al poder testificar en la etapa procesal “ad hoc”, tan sólo valdría su declaración si prestada en el plenario, careciendo de valor la anterior. Expresado con más rotundidad, si el medio de prueba preutilizado pudiere reiterarse en la vista no ha lugar a su ratificación o confirmación en las sesiones del juicio sino a su reiteración valiéndose exclusivamente ésta; la inverosimilitud de su práctica en el juicio oral ha de ser absoluta. La anticipación realizada vale en tanto subsista la causa que la fundó y no haya precluido la oportunidad de su práctica en la vista.

Creo que de este modo se asegura su excepcionalidad, privando de valor a la no subsumible en esta categoría, vaciando así los intentos de práctica probatoria desconocedores no ya directamente de la necesidad de realizarse en las sesiones del juicio sino en especial de la mayoría o de parte de alguno de los imperativos constitucionales/convencionales (DUDH, PIDCP<sup>104</sup>) -en todo caso los de publicidad, intermediación y concentración -; también se fomenta una más pronta celebración de los juicios, disminuyendo dilaciones, so pena de perder un dato probatorio que pudiere ser esencial.

Como conclusión me importa resaltar que la práctica anticipada probatoria equivale a la verificada regularmente, sólo que se lleva a cabo antes de la vista por la razón prescrita (probabilidad actual o sobrevenida de que no pueda llevarse a cabo en las sesiones del juicio oral, deducida en cualquiera de los momentos anteriores al acto del juicio previstos normativamente) y, asimismo, en cuanto tal, dirigida a que el órgano que decide pueda formar su convicción -algo que es y tiene que ser ajeno al instructor, pues recuérdese que es ya principio de nuevo reconocido en nuestro Ordenamiento procesal penal que el juez que instruye no pueda fallar-. Es por ello que llevada a cabo necesariamente ante el Juez de Paz o de Instrucción, con intervención de acusadores y defensor e imputado -si fuere posible- (a efectos del principio de contradicción), su valor resulta condicionado a que siendo irreproducible se introduzca

---

104 Aludo a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 10 y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, New York 1966, art. 14.



en juicio oral y allí pueda sin embargo ser contradicha y por tanto desvirtuada con otros medios probatorios. Tratándose de la irreproducibilidad de determinadas diligencias: pensemos en la entrada y registro, sin perjuicio de la introducción en juicio oral del acta extendida en su momento, para que pueda servir a efectos de tener por desvirtuada la presunción de inocencia será menester que intervenga en juicio oral la persona o personas partícipes en la diligencia irreproducible: policía, perito, quienes mediante su declaración sometida a contradicción en juicio oral podrán ratificar o rectificar el contenido del acta, valiendo la diligencia realizada en cuanto precisamente su resultado es expuesto en el plenario bajo las exigencias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción.

Es rechazable que la práctica anticipada de los medios de prueba sirva objetivos que los desvirtuarían como tal: permitir la formulación de la acusación.

Teniendo en cuenta lo regulado en el art. 330 CPP es menester incorporar mediante lectura las diligencias de investigación para que tengan valor probatorio. No obstante, trascendiendo el literal dictado de este precepto, a mi juicio y con arreglo a lo previsto en la legislación constitucional y supraestatal será indispensable su contradicción en el juicio oral. A este tenor, efectuada su lectura, ha de darse a los sujetos procesales la oportunidad de exigir la ratificación y el eventual interrogatorio del perito o persona autora del acto documentado.

**3.** Este art. 270 apunta algunos extremos que también son dignos de atención. Dada la contradicción inherente a la práctica probatoria anticipada, habrá de citarse a todos los legitimados: acusadores y acusados, lógicamente asistidos de sus defensores. Se admite que el imputado pueda intervenir personalmente pero, a mi juicio, ello no debe suponer que se le prive o le sea permitido asistir sin letrado.

Por razones de urgencia o atendiendo a la naturaleza del acto: declaración testifical en caso de peligro de muerte, se contempla su realización con la mera presencia junto al juez del fiscal y de un defensor público en representación del imputado. No termino de ver claro el por qué se excluiría al abogado de confianza salvo que concurrieren circunstancias por las que pudiese temerse que el Abogado en contra de la deontología profesional pudiese difundir o comunicar el resultado de la diligencia, perjudicando así la investigación criminal. Excepción hecha de tales situaciones la sustitución del Abogado elegido por un defensor público sólo aparente y en verdad formalmente respeta el derecho de defensa. La solución de este artículo es sólo aceptable si intentado no pudiese ser encontrado el Abogado de confianza y, por razones de urgencia, tuviere necesariamente que celebrarse ya la actividad anticipada. Lo absurdo de este punto es que nada obsta a que el que pide la anticipación sea el imputado -al estimar que pudiese servirle de descargo- y por razones de urgencia no se permite que su defensor esté presente y se nombra a un defensor público ignorante del por qué y de las circunstancias que expresamente contribuyeron a fundar su requerimiento de anticipación.

Para evitar que el criterio contrario del instructor permita la pérdida del elemento definitivo o irreproducible se legitima al solicitante para que pueda reiterar su petición ante la Cámara de Segunda Instancia quién habrá de resolver en 24 horas.

**Concordancias.** Art. 12 Cn. Arts. 4, 9, 10, 167 CPP.

### **Derecho de Asistencia.**

Art. 271.- Las partes, tendrán derecho de asistir a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, exámenes periciales e inspecciones; asimismo, a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no puedan presumiblemente declarar durante el juicio.

### **Comentario.**

En la misma línea de dotar de eficacia a diligencias y actos definitivos e irreproducibles, se proclama el derecho de todos los personados en la causa a estar presentes en aquéllos que pudieren utilizarse en juicio oral para fundar la convicción del juzgador. Es innecesario por obvio destacar la inexcusable presencia de los defensores respectivos.

**Concordancias.** Arts. 3 Inc. 3º , 9, 14, 270 Inc. 4º CPP.

### **Publicidad de los Actos Procesales.**

Art. 272.- Por regla general los actos del proceso penal serán públicos, pero el juez podrá ordenar por resolución fundada la reserva parcial o total cuando la moral, el interés público, la seguridad nacional lo exijan o esté previsto en una norma específica.

Durante las diligencias iniciales de investigación, las actuaciones serán reservadas y sólo las partes tendrán acceso a ellas, o las personas que lo soliciten y estén facultadas para intervenir en el proceso.

### **Comentario.**

1. Según desarrollaré a continuación la rúbrica de este precepto debiere matizarse. Se trata en él de la publicidad general, en sentido estricto o para todos, en el párrafo primero, y de la publicidad para las partes que en verdad constituye una manifestación del derecho de defensa en el párrafo segundo.

Quizás sea conveniente aportar algunas apreciaciones sobre la publicidad, aún a riesgo de ampliar estos comentarios.



3. El derecho a un proceso público<sup>105</sup> ha sido una de las reivindicaciones 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 opinion, 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...*»<sup>106</sup>.

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, poco me importa, con tal de que nada pueda hacer sino en presencia del público*». JEREMIAS BENTHAM, uno de los estudiosos de este principio, defendió a 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, a excepción de un corto número de que se hablará en el capítulo siguiente...*». 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 judiciales.

Ya la española Constitución de Cádiz de 1812 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 en el resto de las Leyes Fundamentales decimonónicas de España.

105 Con mayor amplitud y profundidad estudio la publicidad procesal en PEDRAZ PENALVA, *Derecho Procesal Penal*, T.I. *Principios de Derecho procesal penal*, cit., pp.265 y ss., también en mis trabajos: «Notas sobre publicidad y proceso», en *Constitución, Jurisdicción y proceso*, cit, pp. 203 y ss, y también en *Estudios de Derecho procesal en honor de Victor Fairén Guillén*, Valencia, 1990, pp. 411 y ss.. Asimismo, con significativas modulaciones en «Publicidad y Derecho al debido proceso. Publicidad y Derecho de acceso a la información contenida en los ficheros judiciales», en *Revista General de Derecho* núm. 631 abril 1997, pp. 3889 y ss., y en *La criminalidad organizada ante la Justicia*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996, pp. 157 y ss.

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

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...»<sup>107</sup>

En general para numerosos autores decimonónicos 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.

**3.** 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 proclaman 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 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”.

La jurisprudencia de Tribunales como la del TEDH sostiene que la publicidad no es una mera formalidad procesal, sino una garantía indispensable en todo proceso de cualquier sociedad democrática<sup>108</sup>; que tutela a los intervinientes en el proceso contra una Justicia secreta que escape al control público, constituyendo un medio de preservar la confianza en los Tribunales; que desde la transparencia que aporta a la Justicia, permitiendo su control por la opinión pública, coopera decisivamente al logro del proceso justo o debido proceso, hito definidor de toda sociedad democrática; y que a la publicidad de los juicios no obsta la de su celebración a puerta cerrada, pudiéndose vetar el acceso al público en general como además a la prensa en interés de la moralidad, orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los «intereses de los menores» o la protección de la vida privada de los sujetos en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia (vid. así el tenor literal de este art. 272 en su inciso primero CPP).

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

108 Y siguen diciendo (SSTEDH de 8.12.1983 c.Pretto y otros, de 22.2.1984 c.Sutter, de 29.10.1991 Fejde c. Suecia), porque, positivamente, a la vez que «constituye uno de los medios de promover la confianza en los tribunales», negativamente evita «la justicia secreta que escapa al control del público», y consigue así, por el uso de la transparencia en la Justicia, ayudar a «realizar el fin del art. 6.1º, o sea, el proceso justo». También vid. (por todas vid.SSTEDH de 24.2.1995 McMichael c. Reino Unido, de 26.4.1995 Fischer c. Austria, de 19.2.1996 Botten c. Noruega, de 20.2.1996 Lobo Machado c.Portugal, y de 20.5.1998 Gautrin y otros c.Francia)



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"). 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 Rica.

**4.** La publicidad procesal expresa el derecho a la inmediata<sup>109</sup> 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 Tribunal<sup>110</sup>, 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 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 por la jurisprudencia y por la doctrina comparadas que la publicidad en sentido estricto se correspondería con la publicidad general -"accesibilidad para todos"<sup>111</sup> - 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 (TEDH)

109 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.

110 Digo general pues la Corte Constitucional Mexicana delibera públicamente

111 GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935, p. 95

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

a) El imperativo de la inmediación, por el que teóricamente<sup>112</sup> 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-temporales<sup>113</sup> 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. Este aserto generalmente en vigor en todos los países europeos de nuestro contexto cultural parece que también está en vigor en El Salvador, aunque el legislador haya ubicado la publicidad en este art. 272, precisamente al hilo de la instrucción. Debe pues entenderse mal situado pues o bien habría de estar en el Libro I, Título I, o al referirse al Juicio Plenario en los arts.324 y siguientes de este CPP.

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 (arts. 12 Cn y 9 CPP);

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.

---

112 Atendiendo a su primigenia formulación liberal.

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



De los puntos mencionados importa recalcar algunos de ellos con miras a su mayor esclarecimiento.

- La exigencia fundamental de la publicidad procesal no es absoluta, pudiendo, y en ocasiones debiendo, ser restringida. A este tenor apuntaré:

*En primer lugar*, reiterando lo dicho, y habida cuenta de su rango constitucional, que es admisible la limitación de la general (sea inmediata o mediata) en cualquier etapa procesal en que pudiese activarse, pero siempre que se den las condiciones imprescindibles para que sea constitucionalmente legítima: 1) la previsión de la excepción ha de encontrarse en norma con rango de ley; 2) la excepción ha de justificarse para la protección de otro bien constitucional relevante; y 3) la congruencia entre la medida adoptada y el valor garantizado. Reconduciéndolo al extremo e), es observable su contracción a dos requisitos: expresa determinación de las hipótesis limitadoras por norma con rango de ley y necesario juego del principio de proporcionalidad; respecto a este último señalaré, en el sentido estudiado en el apartado a él consagrado, que el órgano jurisdiccional en el caso concreto habrá de ponderar, enfrentando los diversos intereses en conflicto, cuál debe primar requiriendo siempre una decisión motivada.

*En segundo lugar*, que los motivos legalmente admisibles están fijados en este art. 272 CPP (la moral, el interés público, la seguridad nacional o cuando esté previsto en una norma específica) y señaladamente en Instrumentos Internacionales como el PIDCP (art. 14.1) y CEDH (art. 6.1): la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o de la vida privada de «las partes» lo exijan, o en la medida considerada necesaria por el tribunal cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiese ser perjudicial para los intereses de la justicia.

Estas razones legitimadoras del condicionamiento de la publicidad son esquematizables del modo siguiente:

Así la de *tutela del orden público o de la seguridad* por las dificultades e inseguridad que entrañaría ya la asistencia de público a los recintos carcelarios, ya el traslado del interno y su presencia en los debates si se celebraran fuera del establecimiento penitenciario. Del mismo modo y con apoyo en el orden público se celebró en España el conocido como caso Perote a puerta cerrada, decretada por el Tribunal Militar Central y concretamente justificada para *evitar la revelación de secretos oficiales*,<sup>114 115</sup>.

114 En la sentencia de instancia se justificó la celebración a puerta cerrada del juicio arguyendo: «Concurren en el presente caso razones de orden público que exigen esta decisión para preservar la posible divulgación de datos secretos o reservados e impedir la publicidad de informaciones que pudieran afectar al ámbito protegido por la Ley de Secretos Oficiales, en la medida que se considera necesaria para que la publicidad no pueda ser perjudicial para los intereses de la justicia, teniendo en



Por razones de *moralidad* o cuando lo aconseje el respeto debido a la persona ofendida. A esta causa compleja se reconducen los supuestos en que la celebración se decreta a puerta cerrada *en interés del menor que ha sido víctima de delitos, habitualmente abusos y agresiones sexuales*.

Es menester hacer hincapié en que la celebración de las sesiones del juicio a puerta cerrada, rectamente entendida y reducida a casos excepcionales y justificados, no sólo se orienta a amparar intereses como los citados de orden público, seguridad nacional o los de las víctimas u ofendidos por el delito, sino que asimismo cumple con el objetivo de facilitar el correcto desarrollo del juicio, protegiendo al propio acusado de cualquier intimidación cuando pudiese crearse un ambiente generalizado de repudio y hostilidad sobre su persona reconocible en el «ambiente exteriorizado» y en el «juicio paralelo de los medios».

5. Siendo comprensible esa perspectiva de la exigencia del proceso equitativo, plantéanse dudas acerca de la admisible difusión de actuaciones sumariales a través de los medios de comunicación -publicidad mediata-, tema que, salvo error u omisión no he encontrado previsto en el CPP.

De la literal lectura del inciso dos de este art. 272, parece limitarse la publicidad tanto mediata como inmediata, pues sólo «durante las diligencias iniciales de investigación...las partes tendrán acceso a ellas...». El problema estriba en saber cuáles son esas diligencias iniciales que no pueden lógicamente referirse a la etapa anterior cuando este art. 272 está incluso en la instrucción.

---

cuenta que existen relevantes motivos de seguridad nacional en una sociedad democrática para apreciar las excepciones previstas en las leyes de procedimiento de conformidad con los artículos 24.2 y 120.1 de la Constitución, artículo 14.1 del PIDCP y artículo 6.1 del CEDH a las que alude el artículo 10.2 de la Constitución, artículo 295 de la Ley Orgánica Procesal Militar, artículo 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

Destaca la sentencia recurrida, entre otras válidas razones que justificaban su acuerdo contrario a la publicidad de la vista, que «en el debate procesal figuraban asuntos y materias de muy relevante trascendencia, tanto para España como para otros Estados con los que nuestro país mantiene determinadas alianzas. La eventualidad de que, por unas u otras razones, pudieran desvelarse por los testigos o el procesado alguna de aquellas materias en el marco de una confrontación a veces acalorada y tensa, con las muy negativas consecuencias que ello acarrearía a altos intereses del Estado, obligaron al Tribunal a extremar su prudencia y adoptar las medidas que preservaran aquello que, por su propia naturaleza, está excluido del conocimiento público. Cabe decir, además, que al aplicar la excepción legal, el Tribunal pretendió proteger la integridad física y la vida de ciertas personas que pudieran desarrollar sus actividades al servicio de la Inteligencia del Estado en circunstancias y condiciones hostiles, y que hubieran corrido un riesgo grave y cierto en el caso de que a lo largo de la vista se hubiera desvelado algún dato que permitiera su identificación».

- 115 Singular interés reviste la STEDH *Vereiniging Eekblad Bluf! c. Países Bajos*, de 9.2.1995, en la que se examina el secuestro de los ejemplares del número de un periódico en el que se publicaba un informe confidencial del servicio de seguridad interior, habiéndose practicado por el juez de instrucción entradas y registros, y producido un conflicto entre los intereses generales (seguridad nacional) y la libertad de información.



A mi juicio el tema podría tratarse del modo siguiente. Podría diferenciarse una reserva sumarial de primer grado o genérica y otra de segundo grado. La primera implicaría una reserva natural para todos, excluidas las partes, y la reserva especial, previa resolución motivada, que podría incluso acordarse aún respecto de los sujetos personados, exceptuando siempre naturalmente al fiscal.

¿Qué sucedería si por cualesquiera vía, no declarada la reserva especial, tuviere acceso algún medio de comunicación a material de investigación y lo difundiere?. Estamos pues ante el tema de la publicidad mediata de las actuaciones sumariales. Parece que a tenor del art. 272 inc. 2 CPP tampoco sería factible su difusión por los medios informativos (prensa, radio, televisión, etc.). Resumidamente advertiré la complejidad que encierra este punto fruto, entre otros motivos, de los conflictos que pueden dimanar del enfrentamiento entre el derecho constitucional a la libertad de información y el interés de la Justicia -arts. 14.1 PIDCP - o de esclarecimiento de los hechos afirmados penalmente perseguibles, etc; el constitucional derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión y el también constitucional derecho al honor, a la intimidad, y a la propia imagen (pensemos singularmente en los denominados juicios paralelos).

Es manifiesta la interconexión entre el derecho a la libre información con la garantía judicial de los ciudadanos inherente a la publicidad de las actuaciones judiciales, y no cabe ignorar que siendo esta publicidad una exigencia constitucional del proceso debido, el logro de la plenitud de este fin puede exigir que, en determinadas circunstancias, sea aconsejable o bien eliminar drásticamente la publicidad -casos legalmente previstos de juicios a puerta cerrada- o bien establecer limitaciones de acceso, sin desconocer el derecho de los medios de comunicación de hacerse presentes para obtener la información oportuna, aunque con las limitaciones concretas derivadas del fin del proceso.

Una vez que haya sido explícitamente prohibida la presencia de los medios de difusión en el enjuiciamiento, con base en razones constitucionalmente válidas, subsiste el problema respecto de su acceso al material instructorio, en especial cuando ha sido declarado el secreto sumarial o reserva especial.

La información obtenida *antes y al margen* de las investigaciones no puede considerarse atentatoria de la reserva sumarial, reserva que limitará la libertad de información si su ejercicio impone el quebrantamiento previo del sigilo instructorio. Es evidente que aquellos datos de la investigación a que no se tiene acceso legítimo no podrán ser difundidos por ningún medio, lo que implica una limitación derivada de la libertad informativa, en la medida en que lo que se quiere comunicar haya sido obtenido ilegítimamente quebrando la reserva sumarial específica o especial, esto es, en cuanto se está ante una revelación indebida. De este modo se llega a una lectura restrictiva de la reserva aún especial del conocimiento de las investigaciones, no bastando para limitar más derechos que los estrictamente afectados. De este modo se ha

dicho que el límite del derecho a informar estará en aquello que pretendiéndose difundir constituye en sí una revelación indebida. De este modo, y por ejemplo, las referencias genéricas a la materia y naturaleza del hecho investigado pueden ser conocidas sin desvelar las informaciones concretas que constituyen el núcleo central de la investigación judicial. No se puede limitar la noticia e información sobre el objeto de unas diligencias o sumario si no afectan al contenido concreto de las diversas diligencias practicadas.

En resumen pues, sólo cabe limitar el derecho a informar cuando lo que se quiere difundir sea en sí mismo una revelación indebida.

En la colisión entre libertad de información y expresión, de un lado, y derecho fundamental al honor, de otro, ha de procederse caso por caso sin prefijar límites entre ellos, y en la labor ponderativa ha de considerarse la posición prevalente, que no absoluta del derecho a la libertad de expresión y de información; asimismo es menester considerar que la información transmitida ha de ser veraz y también referida a asuntos de relevancia pública que sean de interés atendidas la materia y persona referidas. El tema gozará de relevancia si, p.ej., alude a la corrupción y tráfico de influencias; será veraz la información si ha sido obtenida rectamente, aunque resulte inexacta, observándose el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente.

**6.** Fuera del ámbito de la publicidad general y con referencia al derecho de defensa, señalaré que en el juicio oral no es admisible restricción alguna que pueda afectarle sustancialmente; en la previa al juicio oral la declaración motivada del secreto de las actuaciones por el juez, que en ningún caso puede afectar al MF, no es constitucionalmente aceptable si erosiona las posibilidades esenciales de defensa del inculpado, p.ej., impidiendo su asistencia mediante letrado de su elección o designado por el juez si no concurren los motivos previstos legalmente; que la reserva omita toda referencia fáctica y jurídica impidiendo al imputado y a los demás sujetos personados, totalmente y más allá de un tiempo prudencial que no puede exceder del necesario para preparar la audiencia preliminar, conocer y/o intervenir en la investigación a fin de poder determinar, impedir o modular la apertura del juicio oral

**7.** Conviene para finalizar introducir algunas consideraciones matizadoras de la vigencia del principio de publicidad estricta o general. Siendo sus principales sujetos los terceros extraños al proceso, según he apuntado ya, lógicamente se benefician los intervinientes en el mismo en cuanto la presencia de sus conciudadanos, terceros al enjuiciamiento, les ampara de una hipotética arbitrariedad. Titulares de la publicidad son por ende la sociedad y la propia persona encausada, coincidiendo en su objeto de censurar, desde la comunidad, una justicia apartada de los criterios legales vigentes y de evitar al justiciable la arbitrariedad favorecida por una Justicia iniciática.

La publicidad por ende no se satisface con la mera presencia de terceros sino que requiere, desde su innata teleología, la posibilidad de que se comprenda lo que está teniendo lugar; de aquí la pertinente crítica al críptico lenguaje procesal y a la difícil



comprensión del transcurso procesal que impiden o anulan el propósito de esta garantía al convertir el enjuiciamiento en inescrutable<sup>116</sup>.

Es de crucial importancia examinar su vigencia desde su primitiva formulación liberal y, en último extremo, analizar si permanece ese fundamento determinante, en cuanto justificativo, del subsistente concepto de publicidad.

Adelanté ya que liberalmente la publicidad era instrumento social de control de la aplicación judicial de la ley (de su recta observancia) así como de su progresiva implantación y respeto: prevención general. Tales objetivos, formalmente, se alcanzaban desde el presupuesto conocimiento por todos de la ley, en cuanto fruto de la experiencia más general.

Pero el progresivo distanciamiento del derecho y de la ley con la consiguiente complejidad de ésta, cada vez mas especializada, con un lenguaje esotérico, dificulta e incluso impide un control de su generalidad y por tanto de su legitimidad. El público, el espectador no jurista -y aún el experto en derecho, en ocasiones-, no entiende ni la norma material ni la procesal ¿Qué alcance puede tener una accesibilidad general cuando la ley ya no es conocida por todos? ¿Para qué la accesibilidad si la ley es de manera primordial plasmación de los intereses gubernamentalmente acogidos y sancionados por una mayoría solidaria integrada en un parlamento reducido a mera Cámara deliberante o asesora?

Realmente la publicidad, que en su originario significado liberal, jugaba de manera básica como instrumento de verificación externa, como medio por tanto de creación de libertad, en el denominado Estado social se limita a operar, cada vez en mayor medida, como mera propaganda (prevención general), es decir, como instrumento desde la actuación judicial para mantener la paz y seguridad públicas y, progresivamente, a efectos de prevención especial. Tal sentido de la publicidad abarca también a la utilización de medidas cautelares personales ("victimización terciaria")<sup>117</sup> y, singularmente, a los denominados "juicios paralelos", fomentados sobre todo por determinados medios de comunicación en desarrollo de un no siempre bien comprendido derecho a la información, con lo que se refuerza al máximo el significado punitivo del proceso. Los propios Tribunales coinciden en reconocer la necesidad de obviar que personas inocentes puedan verse innecesariamente sometidas a la penalidad de la publicidad del juicio oral.

La publicidad ha dejado de ser un medio de verificación inmediata de la actividad judicial para transmutarse en control desde el «espectáculo (show) judicial». A este

---

116 Recuérdese la obra de KAFKA, *El proceso*

117 En las cárceles suele ser frecuente un elevado número de presos preventivos en espera de juicio. Así FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op.cit., pp.618-9.

tenor recordaré que en países como los EEUU de Norteamérica existen cadenas de televisión especializadas en un nuevo tipo de programa: retransmisión de juicios reales («reality show»).

Desalentadoramente la publicidad ha perdido gran parte de su originario sentido liberal al reforzarse el conocimiento/control de la actividad judicial como vía de retroalimentación de los prejuicios sociales propios de la estratificación del poder. Acaso pudiere ser más claro trayendo de nuevo a colación los «ante-juicios» o juicios paralelos que sensibilizan al público -ni siquiera necesariamente «testigo» del juicio- en pro de bastardas orientaciones aplicativas de la norma que pueden llegar, de un lado a devaluar el papel y la decisión de los jueces, y de otro a inclinar al juzgador timorato en un concreto sentido desconociendo su debida imparcialidad, o a influir en el proclive a cultivar una determinada imagen con vistas a la consecución de ambiciones personales, dentro de su carrera o en otros ámbitos, como el político<sup>118</sup>, etc.

Empero es defendible, al menos, un baluarte como subsistente derivación del primigenio significado liberal de la publicidad. Aludo a la motivación de las resoluciones, con cuya exigencia adelantaré que se procura el control de la aplicación judicial de la ley. Ello en sus dos funciones: a) en la denominada «endoprocesal», en verdad derecho de defensa, y b) en la extraprocesal. La primera va encaminada a facilitar a las partes -a través del conocimiento de los motivos de la decisión- el ataque contra la resolución judicial y asimismo a hacer factible por el órgano «ad quem» la censura de la sentencia impugnada; b) la calificada de «extraprocesal», que radica en garantizar el control del modo en que el órgano jurisdiccional ejerce su poder, en un más amplio principio de controlabilidad que tipifica la moderna noción del Estado de derecho. En este sentido es clara la función política de la obligación de motivar como trámite del control difuso sobre el ejercicio del “poder” judicial. El deber constitucional de motivación es expresión de la exigencia de la participación popular en la Justicia, poseyendo naturaleza de garantía estrechamente conexas con los principios de independencia y de sujeción del juez a la ley, y con la garantía del derecho de defensa.

**Concordancias.** Arts. 3 Inc. 3º, 327 CPP.

---

118 Consulté a este tenor mis trabajos, “Del Consejo General del Poder Judicial y de la selección de sus miembros”, pp.9-39 y “A modo de colofón sobre el gobierno de la Justicia” (pp. 473 a 487), los dos en *El Gobierno de la Justicia (El Consejo General del Poder Judicial)*, I. Congreso Internacional de Derecho Procesal de Castilla y León, Valladolid, septiembre 1994, coordinado por E.Pedraz, Valladolid, servicio de publicaciones Universidad de Valladolid, 1996, publicado el primero también: «Del Consejo General del Poder Judicial y de la selección de sus miembros», en *Rev.La Ley*, núm. 4018, de 18 abril 1996., asimismo vid. el trabajo «En torno a la designación de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial a la luz del Estado de Derecho», *Rev.Tribunales de Justicia*, núm. 8/9 agosto/sep 1997, pp. 899 a 89.



### **Proposición de Diligencias.**

Art. 273.- Las partes, podrán proponer diligencias en cualquier momento, durante el desarrollo de la instrucción.

El juez las realizará o encomendará al fiscal, según su naturaleza.

#### **Comentario.**

Poco hay que agregar a la dicción de este precepto. En exclusiva el que las diligencias que por su naturaleza no son encomendables al fiscal serán aquellas definitivas e irreproducibles que precisan su celebración a presencia del juez con intervención de los sujetos acusadores y acusados y respeto de la contradicción, defensa, etc. a fin de que puedan en su día y en su caso servir en juicio oral para desvirtuar la presunción de inocencia.

**Concordancias.** Arts. 14, 84, 268 CPP.

### **Plazo de Instrucción.**

Art. 274.- El juez procurará que la instrucción esté completa antes de la fecha fijada para la audiencia preliminar, procediendo con la diligencia que el caso requiera y urgiendo la actuación de todas las partes y auxiliares. La duración máxima de la instrucción no excederá de seis meses a partir del auto de instrucción. Dentro de este plazo, el juez sólo podrá cambiar la fecha por una sola vez antes de la audiencia preliminar.

#### **Comentario.**

La claridad del precepto permite escaso juego analítico. Se trata de poner coto a uno de los periodos estimados determinantes de los retrasos en el proceso penal: la etapa de preparación del juicio oral. Se circunscribe temporalmente la instrucción a los seis meses, ampliables una sola vez u antes de la audiencia preliminar, en los términos prevenidos en el artículo siguiente. La ampliación admisible es lógico que tenga la barrera de la audiencia preliminar precisamente por su naturaleza, objetivo y fines (arts.313 y siguientes).

Me remito también a lo expuesto en el comentario al art. 247.4º de este CPP.

**Concordancias.** Arts. 266, 275, 321 Inc. 4º parte final CPP.

### **Prórroga del plazo.**

Art. 275.- En casos de excepcional complejidad, el Juez de Instrucción, de oficio o a petición de alguna de las partes, podrá solicitar a la Cámara de Segunda Instancia por una sola vez, fije un plazo mayor de duración de la instrucción, debiendo indicar las razones de la prórroga y el plazo razonable para concluir la instrucción. Plazo que no excederá de tres meses para los delitos menos graves y de seis meses para los delitos graves.

La prórroga se podrá solicitar, desde el inicio de la instrucción, hasta quince días antes de la audiencia preliminar.

La Cámara de Segunda Instancia fijará directamente la nueva fecha de la audiencia preliminar.

Para ello tomará en consideración:

1) Que se trate de un delito cuya investigación sea compleja a causa de la multiplicidad de los hechos relacionados o por el elevado número de personas sometidas a procedimiento o de víctimas; y,

2) Que las investigaciones requieran el cumplimiento de actuaciones en el exterior o la producción de pruebas de difícil realización.

**Comentario.** Vid.lo dicho en el artículo anterior y en el 247.4 CPP.

**Concordancias.** Arts. 266, 275, 321 Inc. 4º parte final CPP.

### **Documentación y Valor de las Actuaciones.**

Art. 276.- Las diligencias practicadas constarán en actas, conforme lo previsto en este Código. Con ellas se formará un expediente en el que se incluirán sólo aquellas actas imprescindibles, evitando la acumulación de citaciones, notificaciones o escritos insustanciales. Estas últimas serán conservadas por el secretario en archivos especiales. Sólo los actos irreproducibles realizados conforme las reglas previstas en este Código, o aquellas actas cuya lectura en la vista publica esté permitida tendrán valor para probar los hechos en el juicio, las demás actuaciones de la instrucción carecerán de todo valor.

#### **Comentario.**

Frente al sistema anterior en el que la etapa instructoria era determinante del resultado del proceso penal, dando vida a aquel aforismo del inquisitivo «*Quod non est in actis non est in mundo*» («lo que no está en los autos no está en el mundo», careciendo pues de eficacia probatoria), el legislador de este Código procura eludir pronunciamientos basados en las resultas del sumario. La mejor y más radical solución es evitar la formación de autos que con recogida de todo el material fruto de las investigaciones pueda excluir lo hecho y dicho en el plenario. Se simplifica al máximo documentalmente la etapa previa al juicio exigiendo sólo recoger las actas en que se documente lo imprescindible, o sea, aquellas diligencias susceptibles de ser utilizadas para fundar la acusación y eventualmente la defensa (vid. art. 265 CPP) y además las definitivas y actos irreproducibles que se pretenda obren en el juicio oral como elementos de convicción aptos para desvirtuar la presunción de inocencia.

**Concordancias.** Arts. 123 y sig., 330 CPP.



## CAPITULO VII<sup>119</sup>

### EXCEPCIONES

#### Enumeración.

Art. 277.- A partir de la audiencia inicial, las partes podrán oponer las siguientes excepciones de previo y especial pronunciamiento:

- 1) Incompetencia;
- 2) Falta de acción, porque ésta no se pudo promover, no fue iniciada legalmente o no puede proseguir;
- 3) Extinción de la acción penal; y,
- 4) Cosa juzgada.

Si concurren dos o más excepciones, se interpondrán conjuntamente.

#### Comentario.

Los artículos de previo pronunciamiento o excepciones penales son ubicados por el legislador, para su formulación por los sujetos, entre la audiencia inicial y la preliminar. Se plasman con tal naturaleza la incompetencia, la falta de acción, la extinción de la acción y la cosa juzgada. Debo advertir del doble error conceptual del legislador al denominar las «excepciones penales», de un lado, y, de otro, al acoger artículos de previo pronunciamiento de naturaleza y efectos tan distintos como el primero (falta de competencia) y el resto -incluyendo el complejísimo de la «extinción de la acción penal».

Ya hace tiempo ha sido asumido por la doctrina procesal que el traspaso al enjuiciamiento penal del término excepción propio del juicio civil es de difícil aceptación, partiendo, en primer lugar, del diverso sentir y entendimiento del vocablo excepción en lo civil, y, en segundo lugar, del significado que mayoritariamente es compartido por la literatura especializada que es fiel traducción de los principios que informan ese ámbito, en particular el dispositivo. A este tenor recordaré que en lo civil prima la posición de los que defienden que la excepción se caracteriza por dos notas: a) que para ser considerada por el juez y en su virtud, estimándola, absolver con base en ella, es menester su explícita introducción por la parte en el proceso oponiéndola a la pretensión deducida en la demanda. Esto es, el juez no puede absolver fundado en ella si no es expresamente deducida por el demandado. b) que su formulación comporta introducir datos o afirmaciones fácticas diferentes de las en que se funda la pretensión del actor.

Dedúcese por ende que no cabe su apreciación de oficio por el juez sino que precisa iniciativa de la parte en su alegación contradiciendo al actor, y que implica aportar nuevos datos desconocidos hasta el momento en el proceso. Si a esto añadi-

119 Los artículos comprendidos en este cap. VII -arts. 277 a 284 inclusive- han sido realizados por el Prof.Dr. Ernesto Pedraz Penalva, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.



mos que, en el viejo sentido, la excepción puede ser dilatoria o perentoria, según persiga la desestimación de la demanda o que quede imprejuzgada la pretensión recayendo una sentencia absolutoria en la instancia, su trasvase al proceso penal se hace mucho más difícil por no decir imposible.

En el enjuiciamiento criminal una de las conquistas del liberalismo fue proscribir la absolución en la instancia, de modo que las sentencias tienen que ser absolutorias o condenatorias de fondo. Íntimamente unido a este rasgo ya definitorio del sistema acusatorio-formal es la coincidencia final entre presupuesto de procedibilidad y presupuesto de punibilidad; es decir, lo que condiciona la perseguibilidad condiciona la punibilidad, de modo que al no permitir que quede imprejuzgada la pretensión punitiva, si no es posible proceder no cabe sancionar y, viceversa, si se excluye «a limine» la pena no cabe abrir el juicio.

Otro sí es indiferente el momento en que se hagan valer en el proceso penal porque si deducidas y, por tanto, estimadas antes del juicio oral las «cuestiones previas» o «excepciones penales», la resolución a dictar goza de la autoridad de cosa juzgada exactamente igual que la sentencia absolutoria que habría de recaer si fueren hechas valer en el plenario. El legislador del CPP no es consciente de esta diferenciación cuando asigna diversa consecuencia y tratamiento a la «dilatoria» y a la «perentoria» (art. 280 CPP)

En el proceso penal, la incompetencia como la cosa juzgada o la prescripción no requieren necesariamente que sean «opuestas» por los sujetos para que el juez pueda pronunciarse sobre ellas, pues el propio art. 277 CPP dice que «...las partes podrán oponer» no que sólo si las partes oponen el juez puede resolver.

Surge otro tema importante en la enumeración del art. 277 que se complica cuando se leen los rubros de los artículos 281, 282 y 283. Se distingue, en el código procesal, entre incompetencia, que no parece ser considerada ni como excepción dilatoria ni perentoria, de estas otras dos clases de excepciones. ¿Cuáles son dilatorias y cuáles perentorias de las enumeradas en el art. 277 exceptuada la incompetencia?. ¿Qué naturaleza tiene la incompetencia para haberla desprovisto de rúbrica? ¿Es que el legislador cree que tiene una naturaleza mixta y así material y procesal?.

Agrégase a lo dicho el que del 277 parece que hay un *numerus clausus*. Sólo son oponibles como «excepciones» las del art. 277.

Entraré de lleno en las «cuestiones previas», tras la denuncia realizada del articulado del código procesal penal en este punto, recalcando la obsoleta terminología utilizada y la inadecuada trasposición de la ya superada, aún en lo civil, disimilitud entre perentoria y dilatoria.

- La incompetencia, al igual que la cosa juzgada no implican generalmente calificación jurídico-penal del hecho afirmado. Ambas cuestiones son indiscutiblemente



te de naturaleza jurídico-procesal. El significado de la competencia en este artículo 277 1) alude a que el órgano ha de ser jurisdiccional y asimismo a que ha de pertenecer al orden procesal penal (artículos 14 y 17 -*mutatis mutandis*- y 182 y ss Cn en relación con lo dispuesto en la LOJ y arts. 48 y sigs. CPP); también a su preestablecimiento so pena de desconocer el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley<sup>120</sup>, y a que su inobservancia puede dar lugar, aparte de a la responsabilidad del juez que siendo incompetente proceda, a la eventual declaración de nulidad de los actos realizados (art. 62 CPP).

Constituye la competencia un presupuesto procesal determinante de la validez del proceso, aunque con modulaciones según el criterio competencial que se haya visto afectado (objetivo o por razón de la materia y territorial)<sup>121</sup>. Deducida la incompetencia cabe su desestimación, hipótesis en que continuará el mismo órgano conociendo, o su estimación, supuesto en el que se remitirán las actuaciones al competente poniendo a su disposición los detenidos si los hubiere, ello sin perjuicio de realizar los actos de instrucción estimados urgentes (art. 281 CPP). Obsérvese pues que la falta de competencia no impide un pronunciamiento sobre el fondo ni tampoco provoca la decisión previa de la causa. El sólo efecto de este artículo de previo pronunciamiento es que conozca un órgano en lugar de otro. Dado que según he indicado puede afectar la falta de competencia al juez ordinario predeterminado por la ley, exigencia constitucional que es de prevalente valor, de tutela obligada especialmente por los órganos jurisdiccionales, etc., no es supeditable a la solicitud de parte el que el juez que se considere incompetente pueda y, más aún, deba inhibirse en favor del competente; naturalmente sin perjuicio de que por acusadores y/o acusados pudiere denunciarse en tiempo y forma la falta competencial (arts. 278 y siguientes CPP).

-La cosa juzgada es el efecto propio de todas las resoluciones judiciales que ponen término definitivamente al proceso, de modo que en todo caso en lo criminal es predicable siempre de las sentencias ya que indefectiblemente éstas han de pronunciarse decidiendo sobre el hecho justiciable afirmado y su atribución subjetiva, sin que quepa dejar imprejuzgados. Recuérdesse, como he dicho antes, que no es admisible en este orden jurisdiccional una sentencia absolutoria en la instancia. Reviste dos aspectos la cosa juzgada: 1) inimpugnabilidad o firmeza, efecto que se produce en el mismo proceso impidiendo que la resolución pueda ser impugnada y eventualmente modificada. Suele hablarse de cosa juzgada formal. La cosa juzgada formal origina el fin del proceso haciendo imposible su continuación. 2) indiscutibilidad o cosa juzgada material. Es el efecto que provoca la resolución judicial firme (las sentencias siempre) en cualesquiera

120 Vid. sobre el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, PEDRAZ PENALVA, *Derecho Procesal Penal*, I, cit, esp.pp.190 a 207.

121 No entro aquí en la omisión de la competencia objetiva *rationae personae*, ni tampoco en la de la funcional, como tampoco en que el criterio de la conexión puede ser determinante tanto de la jurisdicción como de la competencia objetiva y también de la territorial

otro proceso penal; es decir excluye otro pronunciamiento sobre el mismo hecho respecto del mismo sujeto<sup>122</sup>. Advuértase por tanto que la cosa juzgada material, o efecto de la sentencia firme en otro proceso penal distinto, es producida con independencia del sentido de la decisión (absolutoria o condenatoria). De la cosa juzgada material se predica un efecto positivo o prejudicial y un efecto negativo o preclusivo. Ambos suponen la vinculación en otro proceso al pronunciamiento firme anterior, pero mientras el positivo radica en que predetermina o constituye base necesaria del pronunciamiento posterior (por permitirlo la clase de pronunciamiento primero<sup>123</sup>) el negativo o preclusivo evita el segundo proceso. En lo penal, salvo alguna hipótesis en que se discute<sup>124</sup>, no es admisible más que el efecto negativo o preclusivo, es decir, el que viene expresado por el aforismo *ne bis in idem* (art. 11 Cn).

Entrando ya en su consideración como «excepción penal» por el legislador del CPP apuntaré que, desde la naturaleza procesal que caracteriza a la cosa juzgada material, es ajena asimismo a la calificación jurídico-criminal del hecho. El efecto básico, primordial, en sede procesal penal de la cosa juzgada es el negativo o preclusivo («non bis in idem») de manera que impide un nuevo proceso sobre el hecho ya juzgado atribuido al mismo imputado. La prohibición del no dos veces sobre lo mismo acarrea el que no pueda procederse otra vez contra la misma persona por el mismo hecho ya decidido en otro juicio (art. 11 párrafo primero Cn). El tema de la identidad del hecho sobre el que versa la pretensión punitiva excluye por regla general el tema de la calificación jurídico-criminal del mismo. Es manifiesto que se vulneraría la cosa juzgada si el sujeto que es enjuiciado primero por un hecho calificado de homicidio vuelva a serlo más tarde por el mismo hecho ahora calificado de asesinato. Deducida la cosa juzgada el efecto que provoca su estimación es el de poner término a la causa mediante el sobreseimiento definitivo (art. 308.4 CPP). ¿Para el legislador entraría en las excepciones perentorias?. Desde la resurrección de los criterios clásicos, no quedaría más remedio que encajarla en el art. 282 CPP.

- Tratándose de la falta «...de acción porque ésta no se pudo promover<sup>125</sup> ...etc», estamos dentro de un complejo haz que precisa aislar los diferentes elementos que lo integran:

---

122 Estoy aludiendo a los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada que junto con los temporales serían merecedores de un análisis mucho más pormenorizado pero que excede de estos comentarios.

123 Así en la jurisdicción civil, la sentencia merodeclarativa por la que el órgano jurisdiccional afirma la titularidad dominical de un determinado bien a favor de una persona constituye el punto de partida necesario e indiscutible para un segundo proceso en el que con base en esa declaración de titularidad se pida la entrega de la cosa. No podrá discutirse de nuevo en otro proces si A es o no propietario porque el pronunciamiento es firme y goza de cosa juzgada, pero sí cabe con base en ese pronunciamiento acudir a otro juicio posterior para instar consecuencias jurídicas fundadas en aquel pronunciamiento: la entrega de la cosa, etc.

124 Así cuando la sentencia penal absuelve por inexistencia del hecho

125 Incluso criticaría la expresión «...no se pudo promover»...» sería más correcto «no se debió promover» porque poder se pudo.



a) que por tratarse de un delito que por su entidad exija pretensión (acción pública) cuyo ejercicio compete en todo caso al fiscal (arts. 19 y 20 CPP), con las excepciones del art. 20.

b) que se trate de un hecho constitutivo de un delito semiprivado o semipúblico y esté ausente la exigida solicitud del perjudicado u ofendido, que condiciona la pretensión pública (art. 26 CPP).

c) que se trate de un delito perseguible sólo a instancia de parte y faltare ésta (art. 28 CPP).

En la hipótesis a), si estuviere ausente el fiscal, en buena lógica procesal falta el presupuesto procesal de perseguibilidad que es la «acción pública». A mi juicio por la entidad del hecho justiciable el juez instructor habrá de suspender el curso de las actuaciones dirigiéndose al fiscal para que si estuviere conforme se constituya en la causa acometiendo las investigaciones pertinentes, etc.

En la hipótesis b) si el fiscal estuviere procediendo sin mediar la preceptiva instancia particular, salvo que según el art. 26 CPP el delito hubiere sido cometido contra un menor sin padres o tutor, etc. habrá de suspenderse el proceso e instruir a la víctima de su derecho. Si el legitimado decidiere no instar su persecución habrá de sobreseerse definitivamente, caso contrario tras la debida suspensión se alzarla ésta y proseguirá el curso del procedimiento.

En la hipótesis c) todo se condiciona a que el perjudicado quiera perseguir el delito, si no lo desea ha de archivar y sobreseer definitivamente; si lo desea continuará su curso revisándose no obstante todas las medidas cautelares adoptadas a la vista de lo que constituye el objeto del nuevo enjuiciamiento.

Junto a estas tres hipótesis, coexisten otras especiales surgidas:

1) de la posibilidad de conciliación entre víctima e imputado, que provoca la extinción de la acción penal a tenor del art. 32 CPP, con la salvedad del art. 33 CPP. Ha de dictarse auto de sobreseimiento (libre).

2) otro caso que reviste además un cierto interés es el atinente a la falta de autorización para la formación de la causa cuando fuere necesaria; es decir, y desde la tradición continental se alude a aquellos casos en que se exige para el enjuiciamiento de sujetos que por su condición de miembros de los cuerpos legislativos y del judicial - y aún en algunos países para determinados cargos del ejecutivo-, gozan del privilegio de requerir el permiso del ente al que pertenecen (Asamblea legislativa o Corte Suprema de Justicia) sin el cual no cabe ni siquiera proceder criminalmente contra ellos. Dentro de esta situación situaríanse también los que por razón de su cargo tuvieren inmunidad susceptible de serle retirada a discreción del colegio o de la autoridad

competente. Nadie puede dudar que se trata de una condición de procedibilidad que subsistente impide proceder y que, al inexistir en lo penal la absolución en la instancia, la única consecuencia aceptable es que haya de dictarse una resolución de sobreseimiento también libre.

Habrás visto que el sobreseimiento libre es el fruto de la «falta de acción».

Si entendiéramos incluso esta falta de acción en el art. 283 CPP, su redacción, equívoca por otra parte, no puede hacernos creer otra cosa. No es que la estimación, p.ej., de la falta de la correspondiente autorización para proceder contra el imputado por razón de su cargo dé lugar al sobreseimiento provisional, sino que mientras se sustancia la obtención de la pertinente autorización se suspende el proceso: «cuando se admita una excepción dilatoria, se ordenará la suspensión del procedimiento...» (art. 283 CPP), como si pudiere hacerse otra cosa también cuando se deduzca la cosa juzgada. Lo mismo si se precisare instancia particular y no existiere. Está por ende el legislador mezclando: la admisión con la decisión; emplea el término admisión como estimación en el art. 282 mientras que lo hace en el sentido de «admisión a trámite» en el 283; embarulla la naturaleza «procesal» (dilatoria) y «material» («perentoria») y/o con la tramitación o no en pieza separada. ¿Es que cabe continuar la instrucción si se admite una perentoria? El art. 281 CPP dice que si se admite una perentoria se sobreseerá el proceso, pero la admisión (a trámite) de la dilatoria conlleva la suspensión hasta que se supere el obstáculo: o sea hasta que se logre o no, p.ej., la autorización. Adviértase que la misma dicción del art. 283: «...el procedimiento continuará cuando se supere el obstáculo formal al ejercicio de la acción» podría hacer pensar en un sobreseimiento provisional con alzamiento del mismo y reanudación de la causa cuando no concurra la calidad o condición que impone el suplicatorio o autorización para proceder. Pensemos en que la cámara legislativa deniega el suplicatorio o autorización para proceder, no cabe esperar a que deje de ser parlamentario o juez y por ende debiera acordarse el sobreseimiento provisional, sino que ha de ser definitivo, quedando nulo todo lo actuado. Luego tanto en la hipótesis de la cosa juzgada como en esta cuestión el resultado es idéntico: sobreseimiento definitivo dotado de fuerza de cosa juzgada si no se impugna y deviene inatacable.

-La extinción de la acción penal abarca numerosas posibilidades contempladas en el CPP en el art. 31:

a) la muerte del imputado. La acción civil subsistirá pudiendo dirigirse contra el patrimonio del procesado difunto y sus herederos (arts.45.2) c) y 46 CPP.

b) la conciliación de la víctima con el imputado, arts.32 y 33 CPP

c) la amnistía, y habría que añadir el indulto. Están previstos, respectivamente, en los arts 104 y 105 CP. En el art. 104 CP se proclama que la amnistía extingue la acción penal y hace cesar la ejecución de la condena y todas las consecuencias penales de la misma, dejando, si fuere restringida, subsistente la responsabilidad civil. Poniendo en relación esta norma con lo dispuesto en la Ley especial de Ocurros de Gracia (Decreto N° 436 de 8.10.1998), derivase de su art. 8 que procede decretar sobreseimiento definitivo, subsumible en el art. 308.4 CPP. El art. 105 CP declara que el indulto extingue la



pena dejando subsistente la responsabilidad civil. También provoca el mismo efecto que la amnistía en cuanto ha de dictarse sobreseimiento definitivo.

- d) prescripción (arts. 34 y 37 a 39 CPP).
- e) el pago del máximo previsto para la pena de multa
- f) por aplicación del criterio de oportunidad (art. 20 CPP)
- g) por el cumplimiento del plazo de prueba en caso de suspensión condicional del procedimiento (arts. 22 y ss y 25 CPP).

A estas se unen otras seis básicamente en delitos perseguibles a instancia de parte y por reparación del daño en delitos patrimoniales con admisión de la víctima o Fiscalía y una cláusula de cierre la 13 relativa a la delimitación temporal del sobreseimiento provisional que si no se reabre la investigación dentro del año siguiente se elevará a definitivo y por tanto extinguirá la acción penal.

Entre las citadas las hay de diversa naturaleza, aunque de todas ellas puede predicarse tanto su extrañeza respecto de la antijuridicidad como de la culpabilidad y, además, que cronológicamente son posteriores a la comisión del delito. Efecto común es el de que aún rozando el ámbito material -según algunos autores por ej. la prescripción - constituyen óbices de procedibilidad, de modo que manteniéndose la circunstancia correspondiente (vgr., si no delinque durante la suspensión condicional) provocan el sobreseimiento libre y el definitivo archivo de la causa.

**Concordancias.** Art. 69 CPP.

### **Interposición y Audiencia.**

Art. 278.- Las excepciones, salvo las opuestas en una audiencia oral, se interpondrán por escrito, con el ofrecimiento de prueba.

Cuando sean opuestas por escrito, se mandará oír por tercero día a las otras partes. Sobre las opuestas en una audiencia oral, las partes presentes serán oídas de inmediato, en el orden que señale el juez.

**Comentario.** Vid. comentarios al art. 277.

### **Prueba y Resolución.**

Art. 279.- Vencido el término dispuesto en el artículo anterior, con la contestación por escrito o sin ella, de las partes o sin ella, el juez resolverá dentro de los tres días si han sido interpuestas por escrito e inmediatamente si lo han sido durante una audiencia oral; pero si están fundadas en hechos que necesiten ser probados, se citará a las partes a una audiencia para recibir la prueba y para que, oral y brevemente, se refieran a lo planteado. De la audiencia se levantará un acta sucinta.

Siempre que sea posible y no cause un agravio irreparable a alguna de las partes o retrase inconvenientemente el procedimiento, el juez diferirá la resolución de la excepción en la que se haya ofrecido prueba hasta la audiencia preliminar.

**Comentario.** Vid. comentarios al art. 277.

### **Tramitación Separada.**

Art. 280.- Cuando la excepción se plantee por escrito, el incidente se tramitará y resolverá por separado, sin perjuicio de continuarse la instrucción, siempre que no se trate de una excepción dilatoria.

**Comentario.** Vid. comentarios al art. 277.

### **Falta de Competencia.**

Art. 281.- Si se admite la falta de competencia, excepción que será resuelta antes que las demás si las hubiere, el juez remitirá las actuaciones al competente y pondrá a su disposición a los detenidos, sin perjuicio de realizar los actos de instrucción que estime urgentes.

**Comentario.** Vid. comentarios al art. 277.

### **Excepciones Perentorias.**

Art. 282.- Cuando se admita una excepción perentoria, se sobreseerá definitivamente en el procedimiento y se ordenará la libertad del imputado o la finalización de cualquier medida cautelar.

**Comentario.** Vid. comentarios al art. 277.

### **Excepciones Dilatorias.**

Art. 283.- Cuando se admita una excepción dilatoria, se ordenará la suspensión del procedimiento hasta superar el obstáculo. El juez podrá ordenar la libertad del imputado o la finalización de toda medida cautelar, si fuere procedente, sin perjuicio de declarar las nulidades que correspondan.

El procedimiento continuará cuando se supere el obstáculo formal al ejercicio de la acción.

**Comentario.** Vid. comentarios al art. 277.

### **Recurso.**

Art. 284.- El auto que resuelva la excepción será apelable.

**Comentario.** Vid. comentarios al art. 277.



## CAPITULO VIII

### MEDIDAS CAUTELARES•

#### Comentario:

1.- Dedicar el legislador este Capítulo VIII a las medidas cautelares personales y patrimoniales, es decir a aquellas injerencias en la esfera del ciudadano cuya finalidad genérica es asegurar la efectividad del pronunciamiento que ponga fin a la causa. Por lo que respecta a las primeras, éstas se traducen en una serie de actuaciones que conllevan provisionalmente una privación o limitación de la libertad ambulatoria del presunto autor de un hecho delictivo; las segundas, en determinadas intromisiones en el patrimonio del imputado que aseguren las eventuales responsabilidades pecuniarias derivadas del delito.

2.- Más concretamente, para la adopción y mantenimiento de una medida cautelar personal<sup>126</sup> deberán concurrir los siguientes presupuestos: *fumus commisi delicti*<sup>127</sup>, *periculum libertatis* y proporcionalidad.

La exigencia de que efectivamente exista un *fumus commisi delicti* o apariencia de la comisión de un hecho delictivo se encuentra en la propia esencia de las medidas cautelares: si bien hasta el dictado de la sentencia que pone fin al proceso no se puede atribuir en puridad la comisión de un hecho delictivo a una determinada persona -presunción de inocencia, art. 12 Cn-, ya al adoptar la cautela deberán estar al menos presentes unos indicios, objetiva y racionalmente fundados, que permitan imputar los hechos presuntamente delictivos al sujeto pasivo de la misma.

El *periculum libertatis*, o peligros que se pueden derivar del hecho de que el imputado permanezca en libertad durante el tiempo que dure el proceso, se concreta por el legislador en los ya clásicos riesgo de fuga, de ocultación o destrucción de pruebas, de reiteración de los hechos delictivos que se imputan o de que se produzca una situación de «alarma social». Al igual que la atribución razonada y objetivamente fundada de un hecho presuntamente delictivo a una persona, la circunstancia o circunstancias que permiten estimar un *periculum libertatis* han de estar presentes a lo largo de todo el *iter* cautelar.

- Los comentarios a los preceptos que integran este Capítulo, salvo el del 305 relativo a las medidas cautelares patrimoniales, han sido realizados por MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO, Doctora en Derecho y Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.

126 Vid. esta materia con mayor amplitud en mi trabajo, DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Aranzadi, Pamplona, 1998, *passim*.

127 Se prefiere esta denominación *-fumus commisi delicti-* atribuida a GUARINIELLO a la ya clásica, pero acuñada para el ámbito de las medidas cautelares civiles, *fumus boni iuris*. Vid. el trabajo de este autor italiano «La discrezionalità del giudice in tema di cattura e di libertà provvisoria», *Riv.it.dir.proc.*, 1966, pp. 518 y ss.



Por último, la exigencia o requisito de proporcionalidad de la medida cautelar implica que únicamente será admisible aquella privación del derecho a la libertad ambulatoria que sea adecuada y necesaria para alcanzar las finalidades que la justifiquen, siempre y cuando además tal injerencia en el ámbito jurídico-fundamental del ciudadano se encuentre en una relación razonable con tales objetivos perseguidos. Dicho de otro modo, al adoptarse y mantenerse una cautela personal se debe poder afirmar que tal actuación es apta o idónea para lograr el fin que, fruto de una ponderación de bienes, resulta constitucionalmente admisible y por ende digno de justificar la privación o limitación de un derecho fundamental de esta índole; además, tal actuación ha de considerarse estrictamente necesaria en el caso concreto, siendo por ende la intervención en el derecho la mínima imprescindible y en su caso la alternativa menos gravosa o lesiva de entre todas las aptas para alcanzar ese fin perseguido; por último, una vez afirmada la adecuación y necesidad de la medida limitativa de la libertad ambulatoria, para que ésta sea además proporcionada en sentido estricto es preciso que el perjuicio vinculado a la cautela se encuentre en todo momento en una relación razonable o proporcionada con la finalidad de protección del bien o valor jurídico que en el caso concreto se contrapone con tal derecho fundamental, debiendo ser además tal actuación soportable por el sujeto pasivo de la misma.

### **Principio General.**

Art. 285.- Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial fundada y durarán el tiempo absolutamente imprescindible para cubrir la necesidad de su aplicación.

El auto que imponga una medida cautelar o la rechace será revocable o reformable, aún de oficio, en cualquier estado del procedimiento.

### **Comentario.**

1.- Se alude en este precepto en primer término a uno de los principios generales que ha de informar la adopción de una medida cautelar: la jurisdiccionalidad; tal nota definidora de este tipo de actuaciones encuentra incluso reflejo, debido a su trascendencia, en el propio texto constitucional -art. 13-.

A causa de las repercusiones que tales injerencias en la esfera jurídico-fundamental de los ciudadanos conllevan, el legislador trata aquí de poner de relieve la garantía que para el justiciable supone que este tipo de actuaciones, independientemente de a quién se atribuya la investigación del delito, quede genéricamente encomendada a los órganos que de forma exclusiva y excluyente tienen encomendado el ejercicio de la potestad jurisdiccional.



Ahora bien, como en algunos casos será preciso adoptar cautelas de forma urgente por la autoridad administrativa o incluso por los particulares -arts. 13 y 14 Cn, cuando no sea posible sin que peligre la efectividad de la medida obtener antes el pertinente mandamiento del juez, deberá procurarse a la mayor brevedad y en todo caso con respeto a los plazos impuestos por la ley procesal que la autoridad judicial competente controle tal situación de privación de derechos, ordenando ésta según las circunstancias que prosiga o se levante la cautela.

En último término, para asegurar en todo caso la vigencia de este principio de jurisdiccionalidad o judicialidad en las medidas cautelares personales, el ordenamiento salvadoreño, en línea con los países de su entorno jurídico-político, prevé la posibilidad de que en cualquier momento se pueda revisar judicialmente toda privación de la libertad ambulatoria dispuesta por un individuo o autoridad -derecho al *habeas corpus*<sup>128</sup>, art. 11 Cn-.

**2.-** Por otro lado, si bien es necesaria, no se considera suficiente la simple garantía de jurisdiccionalidad de la medida cautelar en los términos anteriormente expuestos, sino que se establece además la exigencia de que la resolución judicial que en su caso imponga una privación de libertad esté debidamente fundada y motivada. Así, con una exposición quizá sucinta pero suficientemente clara y detallada de las circunstancias fácticas, fundamentos jurídicos y razonamientos que han llevado al juez a estimar que en el supuesto concreto concurren los presupuestos que justifican la adopción de la medida cautelar, se pretende evitar privaciones de libertad arbitrarias por infundadas y a la vez proporcionar al sujeto pasivo de la actuación los datos imprescindibles para en su caso impugnarla por los cauces legalmente previstos.

**3.-** Se recoge también expresamente en este precepto dedicado a los principios generales de las medidas cautelares, lo que evidencia la trascendencia que el legislador le otorga, el requisito de que estas no se prolonguen más allá del «tiempo absolutamente imprescindible para cubrir la necesidad de su aplicación».

Como apuntamos en el comentario general a este Capítulo VIII, de entre todas las aptas para alcanzar el fin que la justifica, sólo será proporcionada por estrictamente necesaria aquella medida cautelar que conlleve la mínima injerencia en la esfera del ciudadano; por lo que al aspecto temporal respecta, aquella que dure lo imprescindible. No debemos perder de vista que en todo lo que exceda de ese periodo la medida dejará de ser cautelar para pasar a convertirse en punitiva, ejemplarizante o simple y llanamente en un abuso de poder.

128 Consúltense sobre este derecho, el ya clásico trabajo de FAIREN GUILLEN, V., «Habeas Corpus» y «Manifestación», en *Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, Tomo I, Madrid, 1983, pp. 313 y ss.

**4.-** En el segundo inciso del art. 285 que comentamos se dejan entrever las características de la provisionalidad e instrumentalidad de las medidas cautelares, pues se dispone en el mismo la posibilidad de que, de oficio o a instancia de parte, en cualquier fase o estado del procedimiento se alce la cautela vigente por resultar ya innecesaria, o bien se adopte por evidenciarse su pertinencia.

### **Concordancias.**

Arts. 3 Inc. 3º , 91, 92, 93, 148, 149 CPP.

### **Citación o Detención del Imputado.**

Art. 286.- Cuando sea necesaria la presencia del imputado, el juez dispondrá su citación, presentación o detención mediante orden escrita, que contenga los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuye.

Cuando sea necesario allanar dependencias cerradas o recintos habitados para aprehender o detener a un imputado, se solicitará la correspondiente autorización judicial, salvo los casos de excepción expresamente establecidos en este Código.

### **Comentario:**

**1.-** Dispone el art. 254 CPP que cuando dé comienzo la instrucción será preciso recibir en la audiencia declaración indagatoria del inculpado; con tal finalidad, si no estuviera ya detenido y puesto a disposición del Juez de Paz, se diligenciará su presencia a través de la citación a tal efecto. Naturalmente, esta actuación podrá reproducirse después tantas veces como el Juez entienda que es necesaria la presencia del imputado.

La naturaleza jurídica de esta medida, como ha puesto de relieve la doctrina que se ha ocupado de su análisis<sup>129</sup>, no es propiamente cautelar, sino más bien de investigación o indagatoria, sirviendo al mismo tiempo de cauce para que el imputado sea instruido de todos los derechos que como tal le asisten -art. 12 Cn, arts. 87 y 259 CPP-. Así pues, coherentemente con lo antedicho, no se exige en el precepto que comentamos la concurrencia de uno de los presupuestos típicos de las medidas cautelares, el *periculum libertatis*, bastando para que el juez pueda disponer la citación que exista un *fumus commisi delicti* o atribución del hecho delictivo que se investiga a una determinada persona, circunstancias éstas -identificación de la persona y descripción de los hechos que se le imputan- que deberán tener reflejo en la orden escrita de citación que dicte el juez competente.

---

129 Por todos, vid. ANTON BLANCO, J.L., y MARCO COS, J.M., *Derecho Procesal Penal Salvadoreño*, El Salvador, 2000, p. 796.



**2.-** Con las mismas finalidades anteriormente enunciadas, principalmente recibir la declaración indagatoria del inculcado e informarle de los derechos que como tal le asisten, el art. 286 CPP establece otro tipo de actuación: la presentación o detención previa orden escrita del juez.

Esta medida tendrá lugar cuando no baste con la citación del imputado, bien porque ésta haya resultado infructuosa, o bien porque se haya puesto de manifiesto un *periculum libertatis* y sea preciso forzar la comparecencia del inculcado ante el juez.

En todo caso, al igual que la citación, podrá reiterarse la orden de presentación o detención siempre que el juez lo estime pertinente para la realización de cualquier diligencia que a lo largo del proceso requiera la presencia del inculcado, *verbigratia*, para la práctica probatoria.

**3.-** Se recuerda además en el párrafo segundo de este artículo 286 la necesidad de la correspondiente autorización judicial para allanar dependencias cerradas o recintos habitados, aunque sea con la única finalidad de detener a un imputado o persona sospechosa -art. 173 CPP-. Lógicamente, al margen han de quedar aquellos casos en que el propio Código Procesal Penal permite el allanamiento para aprehensión sin orden judicial previa, es decir, los supuestos de detención en flagrancia -art. 177 CPP-.

### **Caso Especial de Detención para Inquirir.**

Art. 287.- Si en el primer momento de la investigación de un hecho en que hayan participado varias personas y no fuere posible individualizar inmediatamente a los responsables y no pudiere dejarse de proceder sin menoscabo para la instrucción, el juez podrá disponer que ninguno de los sospechosos se aleje del lugar del hecho y ordenar su detención para inquirir si fuere indispensable, en cuyo caso la detención no podrá durar más que el tiempo necesario para tomar las declaraciones y nunca más de setenta y dos horas.

#### **Comentario.**

**1.-** La detención para inquirir que se regula en este precepto -vid. también los comentarios a los arts. 237 2\_ y 291 CPP- presupone una serie de circunstancias especiales, como son el hecho de que se practique al inicio de una investigación, que sean varias las personas que presuntamente puedan haber participado en la comisión de los hechos delictivos, que no sea factible en ese primer momento individualizar o concretar a los responsables, distinguiéndolos de los simples testigos, y que la no adopción de la medida cautelar personal pueda conllevar un perjuicio para la instrucción.

En todo caso, aunque la orden de detención por la que el juez impone que ninguno de los sospechosos se aleje del lugar de los hechos afecte a una pluralidad de

personas, tal circunstancia no es óbice para que no se exija un mínimo e indispensable *fumus commisi delicti* en cada una de las medidas cautelares individualmente consideradas. No perdamos de vista que el artículo comentado emplea precisamente el término «sospechosos» para referirse a los sujetos pasivos de esta cautela.

**2.-** Otro aspecto destacable es el relativo a la duración de este supuesto especial de detención para inquirir.

Dispone el art. 287 *in fine* que tal medida no podrá durar «más que el tiempo necesario para tomar las declaraciones», y que en todo caso no podrá sobrepasar el límite de setenta y dos horas. En ese tiempo o plazo máximo, que empezará a contar desde el momento en que los sujetos se vean efectivamente privados de la posibilidad de alejarse del lugar en que se encuentran, el juez deberá inquirir a cada una de las personas detenidas e investigar lo indispensable para poder ordenar la libertad o la detención provisional de cada sujeto, según proceda.

Conviene insistir en la importancia de que toda privación cautelar de la libertad ambulatoria dure lo estrictamente indispensable para alcanzar los fines que la justifican, ya que en otro caso la medida dejaría de ser proporcionada en el exceso; el juez deberá procurar por tanto que ese «tiempo necesario para tomar las declaraciones» y decidir sobre la situación personal del sujeto afectado sea siempre el estrictamente imprescindible, debiéndose justificar expresamente además aquellos supuestos, naturalmente excepcionales, en que el órgano jurisdiccional se vea obligado a agotar el máximo de setenta y dos horas legalmente establecido.

### **Detención en Flagrancia.**

Art. 288.- La Policía aprehenderá a quien sorprenda en flagrante delito. En el mismo caso, cualquier persona estará autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores e inmediatamente se entregará al aprehendido a la Policía Nacional Civil, para el inicio de la investigación correspondiente.

Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado dentro de las veinticuatro horas siguientes al hecho, o cuando sea sorprendido con objetos o elementos con los cuales se ha cometido el delito o cuando se le persiga por las autoridades o particulares. (2) (9').

El comentario a este artículo fue elaborado antes de la reforma del artículo 288 CPP mediante 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.

### **Comentario.**

**1.-** En aplicación de este artículo será posible la aprehensión o detención del sorprendido en flagrancia tanto por la Policía como por cualquier particular, sea éste o no ofendido por el delito.



Lo que para los integrantes de la Policía constituye una obligación derivada de la función que desempeñan con el carácter de autoridad, es para los particulares razonablemente una facultad que el legislador les atribuye con unas finalidades muy concretas: impedir que se produzca un delito inminente, que prosiga la comisión iniciada o que el presunto autor se sustraiga a la acción de la justicia. En definitiva, además de que en el supuesto fáctico concreto se pueda evitar la lesión de bienes jurídicos propios o de terceros -legítima defensa, estado de necesidad-, la justificación de la actuación del particular ha de encontrarse en la defensa de intereses supraindividuales.

En cualquier caso, desde el momento en que el Estado asume la tarea de la persecución de los delitos, estas detenciones por particulares en flagrancia deben tener lugar únicamente como apoyo a los órganos estatales encargados de la persecución penal; así pues, sólo intervendrán éstos cuando no puedan hacerlo las autoridades que tienen constitucionalmente encomendada dicha tarea. De tal nota definitoria de estas actuaciones se deriva claramente además la obligación que tienen los particulares de entregar inmediatamente y sin demora el aprehendido a la Policía Nacional Civil para que ésta inicie las investigaciones pertinentes.

**2.-** Conviene también desde luego detenerse en el concepto de flagrancia<sup>130</sup> que el propio legislador dibuja en el precepto que nos ocupa: «cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado o cuando sea sorprendido con objetos o elementos con los cuales se ha cometido el delito o cuando se le persiga por las autoridades o particulares».

Antes de abordar cada una de las diversas circunstancias que aquí se mencionan es preciso no perder de vista que se deberá optar en todo caso por una interpretación restrictiva de las mismas, pues van a permitir la limitación de un derecho fundamental de la persona incluso sin orden judicial previa.

El *fumus commisi delicti*, o requisito de la razonada atribución del hecho punible a una determinada persona, viene dado en este supuesto por la evidente participación de un sujeto en un hecho delictivo, la cual necesariamente deberá ser apreciada por el que detiene, constituyendo el título de imputación el sorprendimiento en flagrancia del sujeto, es decir, la percepción sensorial directa de la comisión del delito por un tercero, existiendo además inmediatez temporal y personal.

Así, para que la Policía o cualquier persona pueda detener al presunto autor de un delito por concurrir una situación de flagrancia, es necesario que éstos hayan apre-

---

130 Acerca del concepto de flagrancia como circunstancia fáctica que habilita para la práctica de una detención, vid. más ampliamente mi trabajo, DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, op. cit., esp. pp. 80 y ss.

ciado a través de los sentidos la perpetración de un hecho delictivo, bien la totalidad o una parte del proceso de ejecución, o al menos la producción ya consumada de un delito que tuvo lugar instantes antes, siempre y cuando en este caso exista conexión material directa e inmediata -huellas, instrumentos, vestigios- entre el hecho producido y la persona o personas a quienes se imputa su comisión, de tal forma que tales circunstancias evidencien su participación en los hechos.

Resulta decisiva en este orden de cosas la exigencia de que en su caso el espacio de tiempo transcurrido entre la consumación del delito y el descubrimiento de la comisión sea muy corto, *post factum immediato*, ya que de esta manera no habrá dudas acerca de la atribución de los hechos a la persona que se encuentra directamente relacionada con los mismos.

Por lo que respecta a la aludida inmediatez personal o espacial, ésta conlleva la exigencia de que al producirse el sorprendimiento el presunto delincuente en el lugar de comisión del delito o todo lo más en sus inmediaciones, y en situación tal respecto al objeto o a los instrumentos del mismo que ello ofrezca una acreditación *prima facie* de su participación en el hecho delictivo.

No sería incompatible con el requisito de la inmediatez personal el hecho de que la aprehensión material del autor se produzca después de una persecución iniciada inmediatamente después de apreciarse la comisión del hecho delictivo, incluso estando ya lejos del lugar de los hechos y transcurrido un tiempo desde el descubrimiento de la comisión.

**3.-** El *periculum libertatis* como presupuesto necesario de la medida cautelar viene conformado en este caso, además de eventualmente por la necesidad de impedir que prosiga la lesión de un bien jurídico, por el peligro de fuga o de ocultación personal del imputado si ya se haya consumado o se ha interrumpido el hecho delictivo.

**4.-** Es preciso destacar por último que en los casos en que el autor es sorprendido intentado la comisión de un hecho delictivo, para poder proceder a su detención deberá tratarse al menos de un supuesto de tentativa punible y no de meros actos preparatorios impunes.

### **Detención por la Fiscalía General de la República.**

Art. 289.- El fiscal podrá ordenar, antes del requerimiento, la detención administrativa del imputado cuando estime que concurren los presupuestos que justifican la detención provisional. En todo caso, el fiscal deberá presentar requerimiento. Una vez aprehendido el imputado, será puesto a disposición del juez dentro de las setenta y dos horas. En este caso, además de los otros indicados en este Código, deberá acompañarse al requerimiento las diligencias que se hubieren realizado. (2).



## Comentario.

**1.-** Coherentemente con la atribución que el ordenamiento jurídico salvadoreño hace de la dirección de la investigación del delito al Ministerio Público, y el marco del poder de coerción que se le otorga para el desarrollo de sus funciones -art. 85 CPP-, el art. 289 del Código procesal penal autoriza también al fiscal para que ordene, antes del requerimiento, la detención del imputado.

Así, una vez que aquél conozca de la presunta comisión de un hecho delictivo -*notitia criminis*- y pueda atribuir *prima facie* la responsabilidad penal a alguien, tendrá por supuesto la obligación genérica de promover de oficio la acción penal, siempre que el delito no sea sólo perseguible por acción privada, y además la posibilidad de ordenar a la Policía la aprehensión del presunto autor «cuando estime que concurren los presupuestos que justifican la detención provisional» -vid. *infra* los comentarios a los arts. 292 y 293-, circunstancias estas que tendrán que constar debidamente especificadas en el mandamiento escrito que haga llegar a los agentes de Policía -art. 290 CPP-.

**2.-** La finalidad de esta detención será por supuesto tratar de eludir el *periculum libertatis* que se presume concurrente por estar presentes los requisitos que justifican la prisión provisional. Además, y con el objetivo de poder presentar el oportuno requerimiento, el fiscal tendrá un máximo de 72 horas, que no deberá agotar si no es imprescindible, para recabar toda la información posible acerca de las circunstancias de cargo y de descargo (art. 238 inc. 2 CPP).

**3.-** Puesto que como destaca el propio artículo 289 estamos ante una detención de carácter administrativo, ha de considerarse una garantía para el ciudadano que la puesta a disposición judicial tenga lugar lo antes posible, y en cualquier caso dentro de ese plazo de 72 horas aludido, el cual comenzará a contar, no desde que el detenido sea entregado al fiscal que ordenó su aprehensión, sino desde el momento mismo en que ésta se produjo a manos de la policía; el matiz diferenciador puede desde luego tener su trascendencia.

**4.-** La realización material de este tipo de aprehensiones cautelares correrá a cargo de la Policía de investigaciones o judicial, que como es sabido actuará en todo momento bajo la dirección del Ministerio Público (vid. los arts. 193 3\_ Cn, 239 y 244 CPP). Así, una vez practicada ésta, los oficiales o agentes pondrán el detenido *inmediatamente* a disposición de la Fiscalía que ordenó la adopción de la cautela.

**JURISPRUDENCIA:** Si se continúa con la costumbre de presentar la prueba no ante el Juez de Paz en cumplimiento del artículo 13 inciso 2 de la Constitución, sino hasta la vista pública, cuando se ha tomado la decisión de privar de libertad al detenido, razonándose con base en la solicitud presentada por la Fiscalía General de la República, los presupuestos de la medida cautelar, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, no puede existir una auténtica defensa tanto técnica como material y la conservación de un autentico debido proceso legal conforme al Estado de Derecho, lo que podría incurrir en una arbitrariedad y en una detención ilegal. (Sentencia en el proceso



de Habeas Corpus del 14/IV/1999, Ref. 59-99R). No hay comentario a este artículo por haber sido incluido por el 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

## **Detención por Orden Judicial o por la Fiscalía General de la República.**

Art. 289-A. La Policía Nacional Civil ejecutará las órdenes de detención libradas por el juez o el fiscal asignado a la investigación, bastando con que las mismas consten fehacientemente en los archivos de las delegaciones policiales. (8)

### **Otros Casos de Aprehensión.**

Art. 290.- Además de los casos establecidos en este Código la policía procederá a la captura de una persona, aun sin orden judicial, en los casos siguientes:

- 1) Cuando se haya fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención; y,
- 2) Si media orden escrita del fiscal, sólo en los casos previstos en el artículo anterior.
- 3) Cuando tuviere en su poder objetos de cuya tenencia pueda inferirse que ha cometido un hecho punible o no justifiare dicha tenencia o presentare huellas o señales que indiquen que han participado en un hecho delictivo.

La policía en los casos de los numerales 1) y 2) deberá presentar inmediatamente al detenido a la autoridad judicial o a la Fiscalía General de la República, en el caso del numeral 3) deberá dar inicio a la investigación correspondiente; en todo caso dará aviso al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos. (6)

### **Comentario:**

**1.-** Completa el legislador aquí la regulación de la llamada «detención policial como actividad autónoma»<sup>131</sup>; otro de estos supuestos aparece ya normado en el art. 288 -detención en flagrancia-.

Dada la incidencia en la esfera jurídico-fundamental del ciudadano y el papel constitucional de la judicatura, resulta en todo caso preferible que, antes de que los funcionarios de Policía procedan a la privación de libertad del presunto autor de un hecho delictivo, se haya dictado un mandamiento judicial con tal contenido, o que al menos exista una imputación proveniente de un órgano jurisdiccional o del Ministerio Fiscal. Sin embargo, en muchas ocasiones ésto no va a ser posible, y los agentes de la Policía se van a ver obligados a efectuar privaciones de libertad cautelares antes de que ningún juez o tribunal haya podido conocer del caso.

**2.-** Se menciona en este precepto la detención policial, aún sin orden judicial previa, del fugado de establecimiento penal u otro lugar de detención.

---

131 DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, op. cit., pp. 160 y ss.



Hemos de poner de manifiesto en primer lugar que se están repitiendo aquí circunstancias fácticas habilitantes de la detención policial, pues tales supuestos de hecho podrían encontrar perfectamente cabida en el art. 288 CPP en cuanto se trataría de la detención en flagrancia del autor de un delito de quebrantamiento de condena evasión de prisión o de custodia de presos. Este tipo de conductas pueden ser consideradas como delitos permanentes, y en cuanto tales pueden considerarse en estado de flagrancia desde que el autor manifiesta la resolución de delinquir por medio de actos externos punibles, hasta el momento en que el fugado es apresado nuevamente o él mismo pone fin a dicha situación mediante su entrega voluntaria a la autoridad judicial o a la policía; y se considera permanente porque el estado antijurídico creado al quebrantar la condena o al evadirse el detenido no cesa con la consumación de la fuga, sino que se prolonga hasta la aprehensión o captura del sujeto fugado.

En estos casos la detención del preso fugado o evadido cumple una doble función: por un lado es instrumental respecto de la ejecución de la sentencia de condena o medida cautelar que en su caso ha sido quebrantada, que gracias a tal detención podrá seguir su curso, y por otro lado, simultáneamente, tendrá un carácter cautelar en sí mismo, pues asegura la puesta a disposición judicial del detenido para su eventual sometimiento a un proceso penal por el último delito de quebrantamiento de condena cometido.

**3.-** Se reitera también en este artículo 290 la obligación que la Policía tiene de detener cuando, por concurrir los presupuestos que justificarían una detención provisional, reciba una orden escrita del fiscal ordenando la adopción de esta medida cautelar por concurrir un *fumus commisi delicti* y evidenciarse un cierto *periculum libertatis* -vid. los comentarios al artículo precedente-

**4.-** En el número tercero se alude a otra de las circunstancias fácticas habilitantes de la detención policial autónoma por excelencia: la que se produce cuando un determinado sujeto «tuviera en su poder objetos de cuya tenencia pueda inferirse que ha cometido un hecho punible o no justificare dicha tenencia o presentare huellas o señales que indiquen que han participado en un hecho delictivo». Dicho de otro modo, se trata de la detención cautelar por concurrir motivos racionalmente bastantes y objetivamente fundados para creer que una determinada persona ha participado en la comisión de un hecho presuntamente delictivo.

Interesa destacar en este punto la necesaria presencia del elemento objetivo de la causa de justificación, es decir, del supuesto de hecho o estado de cosas justificante de la conducta del oficial o agente de policía. Aunque no estamos aquí ante un caso de detención en flagrancia, deben concurrir efectivamente las circunstancias objetivas que menciona el legislador, las cuales deberán ser además de tal entidad que fundamenten racionalmente y de forma suficiente la creencia por parte del agente de policía de que se ha cometido un hecho delictivo por la persona del que va a ser detenido. Se rechaza pues de partida la aprehensión que pretende justificarse en la mera sospecha o simple creencia subjetiva, sin base fáctica alguna por tanto.

Por otro lado, y aunque en el precepto que comentamos no se menciona expresamente, para que esta detención policial sea proporcionada y coherente con el carácter cautelar que la define -vid. comentarios iniciales a este Capítulo VIII-, deberán concurrir en el supuesto concreto de que se trate alguna de las circunstancias que permiten afirmar una situación de *periculum libertatis*, ya que en otro caso sería perfectamente posible obtener previamente la correspondiente orden judicial de detención.

**5.-** Como finalidades de las privaciones de libertad practicadas al amparo de estas circunstancias mencionadas, se distinguen las siguientes:

En los casos de los números 1) y 2) la detención no tendrá otra finalidad más que la instrumental de permitir que el sujeto sea presentado a la autoridad judicial o fiscal respectivamente; y tal presentación ha de ser inmediata, ya que la policía no debe en principio realizar en estos supuestos investigación alguna. Como venimos reiterando la entrega «inmediata» se entenderá practicada sin dilación, en el más breve plazo de tiempo materialmente posible.

Si se trata de una detención practicada conforme al número 3), indica el último apartado de este artículo 290 que la Policía deberá dar inicio a la investigación correspondiente, avisar al Procurador para la Defensa de los Derechos humanos y, se entiende, poner el detenido a disposición judicial en todo caso en el plazo máximo de 72 horas (art. 13. 2 Cn).

### **Detención por el Término de Inquirir.**

Art. 291.- Cuando a un juez le sea consignada o presentada persona a quien se le impute la comisión de delito, deberá ordenar su detención por el término de inquirir y remitirla al correspondiente centro de reclusión con aviso escrito al jefe del mismo.

Dentro del término de inquirir el juez deberá decretar la detención provisional o la libertad del imputado, según proceda, so pena de incurrir en responsabilidad penal.

El término para inquirir será de setenta y dos horas como máximo, y empezará a correr a partir de la hora en que el imputado quedare a disposición del juez de la causa.

### **Comentario:**

**1.-** Se regula en este artículo 291 una de las modalidades de detención para inquirir previstas en el Código Procesal Penal (vid. también los arts. 237.2 y 287 CPP).

Haciendo aquí un esfuerzo de concisión, esta modalidad de privación de la libertad ambulatoria puede ser definida como aquella detención cautelar del imputa-



do que acuerda el juez con la finalidad de, si no procede acordar su puesta en libertad, poder decretar con plena eficacia su detención provisional, en todo caso en el plazo máximo de setenta y dos horas.

**2.-** Los presupuestos de la medida cautelar en que la detención para inquirir consiste son los ya expuestos al inicio de este Capítulo (vid. comentarios al Capítulo VIII), es decir, *fumus commisi delicti*, *periculum libertatis* y proporcionalidad, los cuales deberán ser explicitados por el juez que dicte la correspondiente resolución ordenando la privación de libertad por el término de inquirir, es decir, por el Juez de Paz -vid. arts. 55.1, 253 y 254 CPP-. No puede estimarse por consiguiente acorde con la tutela del derecho a la libertad personal, y por tanto suficiente para acordar la detención para inquirir, la práctica consistente en considerar bastante que el Fiscal afirme tener y reservarse pruebas bajo compromiso y responsabilidad de ofrecerlas oportunamente.

**3.-** Establece claramente este precepto, *in fine*, que tal tipo de detención podrá durar como máximo el plazo previsto para inquirir, setenta y dos horas. Prueba de que tal plazo máximo ha de considerarse como una verdadera garantía para el imputado es el hecho de que también el propio texto constitucional hace mención de dicha limitación temporal: Art. 13.3, «La detención para inquirir no excederá de 72 horas y el tribunal correspondiente estará obligado a notificar al detenido en persona el motivo de su detención, a recibirle su indagatoria y a decretar su libertad o detención provisional, dentro de dicho término».

Incluso, y con la finalidad de que no quede impune un eventual incumplimiento de dicho plazo, se recuerda en el propio Código Procesal Penal que el juez podrá incurrir con su conducta, si no atiende a tal garantía, en la correspondiente responsabilidad penal. Además podría la inobservancia provocar también una pretensión civil resarcitoria -art. 17 Cn-.

En todo caso conviene tener presente que el art. 291 habla de un plazo máximo de la detención para inquirir, 72 horas, que no deberá ser sobrepasado en ningún caso; dicho de otro modo, la detención puede ser tildada también de ilegal por desproporcionada si, incluso sin superar las 72 horas, el juez no dispuso en cuanto le fue posible la puesta en libertad o prisión provisional del sujeto. Además, el legislador coloca el momento *a quo* para el inicio de ese cómputo en «la hora en que el imputado quedare a disposición del juez de la causa», es decir, la detención para inquirir comienza en el momento mismo en que se consigna al detenido a la orden de tal juez, que es cuando finaliza la detención administrativa anterior, independientemente por tanto del momento en que el imputado pase efectivamente a presencia del juez de la causa.

A la vista de lo antedicho, tiene relevancia que el juez plasme en la resolución que acuerda la detención para inquirir, de forma clara, la fecha, hora y minutos de tal consignación del imputado, pues puede no coincidir con la hora del auto judicial.

**4.-** El legislador no especifica en este caso, si lo hace con la detención provisional -art. 296 CPP- qué contenido y forma debe tener la decisión judicial que impone la detención para inquirir.

De lo que dispone el art. 129.2 CPP podemos concluir que la resolución judicial deberá tener la forma de auto -«el que resuelve un incidente o una cuestión interlocutoria o, en su caso, para dar término al procedimiento»-, ya que no será ni una sentencia ni un decreto.

En cuanto al contenido que deba tener el auto, del tenor del art. 291 CPP se puede deducir que en éste deberán plasmarse al menos los siguientes extremos: identificación del juzgado, orden de detención judicial de la persona del imputado por el término de inquirir, fundamentación fáctica y jurídica de la misma, fecha y hora de la consignación del imputado y del momento en que se dicta el auto, así como el centro de reclusión al que será remitido el detenido.

Tengamos presente en todo momento la obligación de motivar toda resolución que restrinja, limite o afecte de algún modo derechos y libertades fundamentales -vid. comentarios al art. 130 CPP-.

### **Detención Provisional**

Art. 292.- Para decretar la detención provisional del imputado, deberán concurrir los requisitos siguientes:

1) Que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito; y que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe; y,

2) Que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años, o bien que, aún cuando la pena sea inferior, considere el juez necesaria la detención provisional, atendidas las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar.

### **Comentario:**

**1.-** Encontramos en este artículo 292 una parte de la regulación que el Código Procesal Penal contiene acerca de la detención provisional, la cual puede ser definida como aquella medida cautelar privativa de la libertad ambulatoria del imputado que acuerda el juez, por el tiempo indispensable, con la finalidad de eludir los peligros que pudieran derivarse de la permanencia en libertad del presunto autor de un hecho delictivo durante la tramitación del proceso penal.

**2.-** El primer requisito o presupuesto de la detención provisional es el *fumus commisi delicti*, o la apariencia objetiva y racionalmente fundada de la comisión de un hecho delictivo de cierta gravedad por un determinado sujeto.

Así pues, antes de que el juez competente ordene esta modalidad de medida cautelar personal, la más gravosa de todas las previstas en el ordenamiento, es preciso



que efectivamente se haya comprobado que los hechos acontecidos e investigados pueden ser tipificados como delito; además deberán constar una serie de elementos de convicción, indicios racionales, circunstancias de hecho o elementos objetivos, no simples conjeturas por tanto, que permitan fundamentar suficiente y razonadamente que el detenido es el autor o participe en el delito o delitos que se persiguen. Por otro lado, no podrá acordarse la detención provisional cuando se imputa simplemente la comisión de faltas -art. 396 CPP-.

Por supuesto, el hecho de que existan «elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o participe» no afecta en absoluto a la presunción de inocencia del detenido provisionalmente, ya que éste goza de tal derecho o presunción a su favor como es sabido hasta el mismo momento en que eventualmente se dicte una sentencia condenatoria.

**3.-** Por lo que al presupuesto del *periculum libertatis* respecta, aparece configurado en el precepto que nos ocupa de la siguiente manera: se entenderá que concurre una situación de peligro en el hecho de que el imputado siga en libertad cuando el delito tenga una especial gravedad -lleva aparejada pena de prisión que puede ser superior a los tres años-, o bien cuando siendo un delito menos grave el juez considere que procede acordar la detención provisional por las especiales circunstancias del hecho delictivo, por la alarma social que éste ha causado, por la frecuencia con la que se cometen ese tipo de delitos o porque el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar.

Analizaremos con algo más de detalle estas circunstancias que legislativamente conforman el *periculum libertatis*.

**4.-** Comenzando por la primera, no podemos suscribir la interpretación según la cual bastaría para decretar la prisión provisional de un sujeto con que se le pudiera imputar *prima facie* la comisión de un hecho punible de cierta gravedad. No compartimos el criterio de que en tales circunstancias la adopción de esta medida cautelar debería tener lugar de forma automática, o ser la regla general.

Más bien debemos tener en cuenta la excepcionalidad y proporcionalidad que debe informar la detención provisional por lo que *en el caso concreto de que se trate*, deberá concurrir alguna circunstancia que efectiva, objetiva y razonadamente fundamente el *periculum libertatis*, no siendo por ende bastante con que el delito lleve aparejada una pena de determinada entidad; de esta sólo circunstancia no se puede derivar directamente un peligro de fuga o de oscurecimiento, por ejemplo. Recordemos en este punto lo que el art. 303. 2 CPP dispone: la detención provisional se deberá cumplir de tal manera que «no provoque otras limitaciones que las imprescindibles para evitar la fuga o la obstaculización», así como la siempre necesaria vigencia en este ámbito del principio de proporcionalidad.

**5.-** En segundo lugar se menciona como factor que puede llegar a configurar el *periculum* si el juez así lo considera, aunque la pena que en principio lleve aparejada el delito sea inferior a los tres años de privación de libertad, «las circunstancias del hecho».

La inconcreción y vaguedad de tal expresión legal es manifiesta, si bien en la práctica se viene entendiendo que se quiere aludir aquí a aquellos supuestos en que la forma o circunstancias en que se cometieron los delitos ponen de manifiesto el riesgo de una posible reiteración delictiva. Así pues, en este caso la detención provisional se fundamentaría en la supuesta peligrosidad del imputado, que recordemos goza en este momento plenamente de la presunción de inocencia. Evidentemente lo antedicho atenta contra lo que debe ser la verdadera esencia de las medidas cautelares, que en este caso pasarían a convertirse en auténticas medidas de seguridad predelictuales que se imponen por ende con fundamento en la probable delincuencia futura.

**6.-** En tercer lugar alude el precepto que comentamos a la «alarma social» que los hechos delictivos hayan ocasionado, la cual puede ser definida como la reacción que se produce en la sociedad ante el delito, repulsa ciudadana ante la comisión de ciertos hechos, o como la irritación social o inseguridad ciudadana provocada por la comisión de un hecho.

La doctrina viene considerando que fundamentar una privación de libertad cautelar únicamente en dicha circunstancia haría que tal actuación pudiera ser en realidad calificada de medida de seguridad con finalidad de prevención general; ésto no se cohonesta bien con la debida ubicación de la detención provisional en el marco de las medidas cautelares personales y con la necesaria vigencia del principio de proporcionalidad en este ámbito.

**7.-** La frecuencia con la que se cometen hechos delictivos análogos en un determinado territorio, independientemente incluso de la gravedad de tales hechos, viene siendo considerado por los legisladores como fundamento del *periculum libertatis* porque, se estima, produce una reacción social adversa contra esa situación. Así pues, tanto en este caso como en el anteriormente expuesto se trata de una forma de satisfacer las exigencias ciudadanas de seguridad, por lo que una vez más la privación de libertad no obedece a razones o fundamentos cautelares ni a las exigencias de la pauta de proporcionalidad, sino a otros más bien propios de la pena: la prevención general.

Por otro lado, y al igual que el de «alarma social», el de concepto «frecuencia en la comisión de hechos análogos» resulta sumamente impreciso e indeterminado, por lo que el riesgo de arbitrariedad en su apreciación es considerable.

**8.-** Otra de las circunstancias que según este artículo 292 permiten al juez acordar la detención provisional por encontrar un peligro en el mantenimiento en libertad del imputado, independientemente de la gravedad del delito que se le atribuya, es el hecho de que éste «se hallare gozando de otra medida cautelar».

Se debe entender aquí que al imputado se le había impuesto previamente una medida cautelar distinta de la detención provisional y, al quebrantarla, ha puesto de manifiesto un *periculum libertatis*, por lo que el juez puede considerar que la medida procedente ahora será precisamente una privación cautelar de la libertad ambulatoria.



En todo caso el precepto es demasiado parco y ambiguo, pues no bastará con que un imputado ya padezca -más que goce- una medida cautelar para imponerle otra más grave, sino que será preciso naturalmente que el juez aprecie una conducta o nuevas circunstancias que hacen pensar que concurre un riesgo cierto en el hecho de que el imputado siga en libertad.

**Concordancias.** Art. 295 CPP.

### **Otros Casos de Detención Provisional.**

Art. 293.- Procederá también la detención provisional en los casos siguientes:

1) Cuando el imputado no comparezca sin motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario;

2) Cuando se considere que el imputado pueda obstaculizar un acto concreto de investigación, porque se tiene grave sospecha que destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, o influirá para que coimputados, ofendidos, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o que inducirá a otros a realizar tales comportamientos, u otros hechos análogos; y,

3) Cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otros anteriores, el juez tenga grave sospecha que aquél continuará cometiendo hechos punibles.

4) Cuando el imputado haya incumplido las condiciones impuestas por las medidas sustitutivas de la detención provisional. (5)

En los dos últimos casos deberá concurrir además el requisito número uno que señala el artículo anterior.

### **Comentario:**

**1.-** Regula el legislador procesal penal en este artículo 293 los que considera otros casos de detención provisional, si bien hemos de destacar que algunos de ellos se solapan con los recogidos en el artículo precedente, en el 292 CPP.

Analizaremos una por una estas circunstancias ante las cuales que el juez puede ordenar la más gravosa de las medidas cautelares privativas de la libertad ambulatoria, aclarando antes que, como se desprende del tenor literal del precepto, basta con que se de uno de estos «casos» o supuestos de hecho habilitantes para que pueda acordarse la detención provisional.

**2.-** El motivo consistente en la incomparecencia injustificada a cualquier llamamiento del tribunal es el que aparece recogido en primer lugar.

Aunque el legislador es de nuevo demasiado parco en la regulación, para que esta medida sea respetuosa con la finalidad cautelar que la debe inspirar, y aunque sólo



se exija expresamente para los números 2 y 3 la concurrencia del requisito 1 del art. 292 -que el hecho delictivo pueda imputarse razonablemente al detenido-, deberán constar también en este supuesto la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y motivos racionalmente bastantes para creer responsable criminal a la persona contra la que se va a dictar la orden de detención provisional.

A mayor abundamiento, este mismo número 1 del artículo 293 emplea el término «imputado», lo que debemos entender equivale a la exigencia de los requisitos antes dichos. Tengamos en cuenta también lo que establece el art. 8 CPP: «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».

Por lo que al riesgo de que permanezca en libertad respecta, el juez debe deducirlo según la ley, no de la gravedad del hecho delictivo imputado, sino precisamente de la incomparecencia injustificada al llamamiento personal que se realiza y de las circunstancias del caso concreto, es decir, del peligro de fuga que efectivamente pueda concurrir en el supuesto de que se trate y que eventualmente puede evidenciarse en esa incomparecencia a la citación judicial. Deberá ser este juez por consiguiente especialmente cauto para evitar que la medida cautelar, por el automatismo en su adopción, pueda ser tildada de desproporcionada por innecesaria para alcanzar la finalidad que la justifica.

**3.-** Otra de las circunstancias que pueden fundamentar la detención provisional es la que habitualmente se conoce como peligro de obstaculización de la investigación, fundado en este caso, dice el n° 2 del art. 293, en la grave sospecha de que el imputado «destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, o influirá para que coimputados, ofendidos, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o que inducirá a otros a realizar tales comportamientos, u otros hechos análogos».

Por lo que respecta al *fumus commisi delicti* preciso para adoptar la medida cautelar por este riesgo de obstaculización u oscurecimiento de la investigación, ya hemos puesto de relieve en el apartado anterior que el legislador exige expresamente -vid. n° 3 art. 293 *in fine*- que concurra en este caso el requisito del n° 1 del art. 292, exigencia que es preferible que conste en la ley, pero que puede resultar también en cierta medida innecesaria si tenemos en cuenta que se alude constantemente a la detención provisional de un «imputado».

El *periculum libertatis* que en este supuesto fundamentaría la detención cautelar no puede basarse desde luego en meras conjeturas, sino en «graves sospechas» de que con determinadas actuaciones el imputado va a obstaculizar, impedir o dificultar seriamente, no la investigación en general, sino «un acto concreto de investigación»; es decir,



el juez debe tener motivos objetiva y razonadamente fundados para considerar que tal riesgo es cierto e inminente, los cuales por supuesto, junto con los razonamientos seguidos en el caso concreto, deberán quedar plasmados en la resolución que acuerde la detención provisional.

**4.-** El tercer caso de detención provisional que aquí se menciona es el que se funda en el riesgo de reiteración delictiva: «Cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otros anteriores, el juez tenga grave sospecha que aquél continuará cometiendo hechos punibles».

Respecto a la necesaria previa comprobación de la existencia de un hecho delictivo y la concurrencia de elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente que el imputado es con toda probabilidad autor o participe, nos remitimos a los comentarios al respecto efectuados en los dos apartados precedentes.

Ya específicamente en relación con el concreto tipo de peligro que se menciona en este número 3 del art. 293, riesgo de reiteración delictiva si el imputado permanece en libertad, a diferencia del que tiene su fundamento en la forma o circunstancias en que se cometieron los delitos -vid. comentarios al art. 292 2 CPP-, aquí alude el legislador expresamente a que tal peligro debe deducirse del comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otros anteriores; sin embargo, lamentablemente, la función que cumpliría la detención cautelar sería en ambos casos la misma: preventiva y no cautelar. De nuevo aquí la privación de libertad previa a la sentencia de condena tendría su fundamento real en una supuesta peligrosidad del imputado, en la que el legislador considera probable delincuencia futura, con todo lo que ello conlleva.

**4.-** En el número 4 de este artículo 293 se menciona una circunstancia habilitante de esta medida cautelar que, estimamos, puede coincidir con la ya recogida en el art. 292.2 *in fine* CPP.

Dispone tal número 4 que ahora comentamos que podrá el juez ordenar la detención provisional «cuando el imputado haya incumplido las condiciones impuestas por las medidas sustitutivas de la detención provisional».

El *periculum libertatis* que en este caso justificaría la imposición de esta medida más gravosa deberá quedar efectivamente evidenciado, objetiva y razonadamente, por las circunstancias del caso, no siendo bastante por tanto con la mera comprobación del incumplimiento. Será preciso que se pueda afirmar que realmente existe un peligro cierto e inminente en el hecho de que el imputado siga en libertad. Por otro lado, para que el incumplimiento de las medidas anteriormente impuestas pueda ser considerado como un dato que fundamenta la apreciación de ese *periculum* ha de tratarse naturalmente de un incumplimiento voluntario y culpable por parte del sometido a las mismas.

## **Sustitución de la Detención Provisional.**

Art. 294.- No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, y aunque el delito tuviere señalada pena superior a la indicada en el número dos del artículo 292 de este Código, cuando el imputado no esté sometido a otras medidas cautelares y se pueda creer razonablemente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia, y, además, el delito no haya producido alarma, podrá sustituirse la detención provisional por otra medida cautelar.

No procederá la sustitución por otra medida cautelar, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, violación sexual de cualquier clase, agresión sexual, en menor o incapaz, agresión sexual, agravada, robo agravado extorsión defraudación a la economía pública, delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los delitos contemplados en la Ley contra el lavado de dineros y activos. (6)

## **Comentario a los artículos 294 y 295 CPP.**

1.- En aplicación del principio general del *favor libertatis*, y más concretamente como conclusión directa de la vigencia del expuesto *principio de proporcionalidad* que debe informar toda actuación que conlleve una injerencia en la esfera jurídico fundamental de los ciudadanos -vid. los comentarios al inicio del Capítulo VIII-, se regula en los artículos 294 y 295 la posibilidad de que se acuerden medidas cautelares que sustituyan a la prisión provisional, la más gravosa de todas las que puede sufrir un imputado.

De esta manera, si es factible adoptar una cautela que alcanzando los mismos resultados, eludiendo con la necesaria eficacia el *periculum libertatis*, suponga una alternativa menos lesiva y minore la imprescindible intervención de los poderes públicos, será no sólo deseable, sino exigible desde los principios que deben regir en un Estado de Derecho. Recordemos en este punto también lo dispuesto en el apartado 3 del art. 9 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como el art. 7.5 *in fine* del Pacto de S. José de Costa Rica, disposiciones éstas de preceptiva observancia en El Salvador.

2.- Así pues, si a pesar de la gravedad del hecho delictivo, aunque éste lleve aparejada una pena máxima que supere los tres años de privación de libertad -vid. art. 292. 2 CPP-, siempre y cuando el imputado no esté sometido a otras medidas cautelares, no se evidencie un riesgo de fuga y el delito no haya causado alarma social, podrá acordarse una de las medidas cautelares relacionadas en el art. 295 por ser una o varias de éstas igualmente idóneas o aptas *en el caso concreto* para alcanzar el fin que las justifica y simultáneamente menos gravosas para el sujeto que debe soportarlas.



**3.-** Concretamente en relación a la «alarma» que puede haber causado el hecho delictivo como circunstancia que impediría acordar una medida cautelar igualmente efectiva que la detención provisional, pero menos gravosa, debemos insistir -vid. comentarios al art. 292 2 CPP- en que fundamentar una privación de libertad cautelar en dicha circunstancia haría que tal actuación pudiera ser en realidad calificada de medida de seguridad con finalidad de prevención general, lo que no se cohonesta bien con la debida ubicación de la detención provisional en el marco de las medidas cautelares personales y con la necesaria vigencia del principio de proporcionalidad en este ámbito.

**4.-** Conviene destacar, frente a lo que podría deducirse de una mera interpretación literal del artículo 294, que tales «medidas sustitutivas» podrán acordarse por el juez desde un principio, es decir, sin que haya existido antes una situación de detención provisional, o bien efectivamente en sustitución de ésta cuando las circunstancias del caso concreto lo aconsejen. Sería más apropiado por ende calificar dichas medidas de «alternativas» a la detención provisional.

**5.-** Por otro lado, el precepto que comentamos prohíbe en su párrafo 2\_ que la detención provisional sea sustituida por una medida cautelar menos gravosa si los hechos presuntamente delictivos que se imputan a un determinado sujeto caen bajo uno de los tipos delictivos mencionados: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, violación sexual de cualquier clase, agresión sexual, en menor o incapaz, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los delitos contemplados en la Ley contra el lavado de dinero y activos.

No se comprende bien porqué el legislador ha escogido concretamente estos tipos penales para excluir la posibilidad de sustitución, pues expresamente considera como regla general -art. 294 párrafo 1 CPP- que será posible adoptar medidas sustitutivas al margen de la penalidad que en abstracto lleven aparejados los hechos delictivos. Por la clase de delitos que se menciona, tal vez la justificación se encuentre en la presunción de que éstos provocan por lo general alarma social o un mayor riesgo de fuga u obstaculización; hubiera sido preferible no excluir *ab initio* cualquier posibilidad de sustitución de la detención provisional y que, en aplicación de la disposición general, el juez pudiera apreciar en el caso concreto si es pertinente adoptar la medida sustitutiva igualmente apta o idónea para alcanzar el fin que la justifica, pero menos gravosa.

**6.-** Las medidas alternativas a la detención provisional que establece el legislador son básicamente de dos tipos: estrictamente personales o pecuniarias; dentro de estas últimas se encontraría evidentemente la posibilidad de prestar caución económica adecuada.

El arresto domiciliario, la obligación de someterse a vigilancia, de presentación periódica y la prohibición de abandonar un determinado lugar tendrían por finalidad principal eludir el peligro de fuga u ocultamiento del imputado. Por su parte, las

prohibiciones de acudir a determinados lugares o de comunicarse con ciertas personas perseguiría básicamente eludir el riesgo de ocultamiento, destrucción de pruebas o influencia sobre testigos.

En todo caso, conviene tener presente que los jueces sólo podrán acordar algunas de las medidas alternativas que el legislador relaciona si existe la necesaria infraestructura que permita su aplicación práctica. Si no se dispone de los medios humanos y materiales apropiados para asegurar su efectividad, tales cautelas alternativas existirían sólo en la ley, pues no serían eficaces en la práctica y desgraciadamente no se podrían adoptar en el caso concreto en que se requirieran por ser *de facto* inidóneas para lograr la finalidad que pretenden.

**7.-** La prestación de caución económica adecuada, por la persona del imputado o por otra, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o fianza de una o varias personas es otra de las medidas sustitutivas o alternativas a la detención provisional, la cual además, por sus peculiaridades, puede perfectamente acordarse en conjunción con alguna de las de carácter estrictamente personal anteriormente mencionadas.

Destaca el legislador la importancia de que no se desnaturalice en la práctica la finalidad de estas medidas: eludir el *periculum libertatis* sin que se tenga que acordar la detención provisional del imputado. Por esta razón resulta decisivo que no se llegue a acordar de entre todas las medidas alternativas previstas concretamente la prestación de caución por el imputado si en realidad éste carece de los medios suficientes para prestarla.

**8.-** El último párrafo del artículo 295 CPP se refiere al conocido como «juramento del imputado», es decir, al compromiso que éste adquiere con su palabra de someterse al procedimiento, de estar disponible durante el proceso penal para todo aquello en que se le requiera y cuando éste finalice para que pueda hacerse efectivo lo dispuesto en la sentencia.

El legislador considera que esta medida alternativa a la prisión provisional puede llegar ser eficaz en determinados supuestos y por tanto suficiente para eludir el *periculum libertatis*; en todo caso, el delito que se impute no podrá ser de los considerados graves: límite máximo igual o inferior a los tres años de privación de libertad.

**Concordancias.** Art. 295 CPP.

### **Medidas Sustitutivas de la Detención Provisional.**

Art. 295.- Cuando fuere procedente sustituir la detención provisión al por otra medida menos gravosa para el imputado, el juez o el tribunal competente, de oficio, o



a petición de parte, podrá imponerle, en lugar de aquella, alguna de las medidas siguientes:

- 1) El arresto domiciliario, en su propia residencia sin vigilancia alguna o en custodia de otra persona;
- 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al juez;
- 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
- 4) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual resida o del ámbito territorial que fije el juez;
- 5) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar determinados lugares;
- 6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; y,
- 7) La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El juez podrá imponer una sola de estas medidas o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se impondrán o ejecutarán estas medidas desnaturalizando su finalidad, de tal manera que su cumplimiento sea imposible; en especial, no se impondrá una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado hagan imposible la prestación de la caución.

Se prescindirá también de toda medida cautelar, cuando el delito tuviere pena de prisión cuyo límite máximo sea igual o inferior a tres años y por las circunstancias del caso, el juez considere que el juramento del imputado de someterse al procedimiento, basta para garantizar su presencia. (2)

**Comentario.** Vid. Comentario al art. 294.

**JURISPRUDENCIA:** MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares -como lo son, entre otras, la detención provisional en materia penal, o las medidas cautelares de naturaleza pecuniaria- no constituyen un acto de privación de derechos per se, sino que las mismas constituyen medidas cautelares o precautorias.

Estas medidas cautelares, constituyen mecanismos -resueltos previamente a la iniciación del trámite o en el desarrollo del mismo- tendentes a asegurar la eficacia practica de la decisión definitiva a dictarse en el proceso o procedimiento, según sea el caso.

En otras palabras, en muchos procesos, sean estos administrativos o jurisdiccionales -y tal son precisamente algunos de los supuestos contemplados en el

Libro segundo, Título I, Capítulo VII del Código Procesal Penal- el legislador da la posibilidad de utilizar estas figuras como medio para garantizar la eficacia de un posterior fallo o resolución al dictarse, sin que esto signifique una sanción previa al juzgamiento, pues ésta -la sanción- tiene por objeto pronunciarse sobre los hechos controvertidos en el procedimiento. (Sentencias en los procesos de Amparo del 14/VII/1999, Ref. 156-98; y del 14/VII/1999, Ref. 108-98).

Asimismo también estima la Sala de lo Constitucional que la circunstancia de presentarse el imputado, cada quince días ante el Tribunal respectivo y abstenerse de salir del país sin autorización judicial, no implica en medida alguna restricción al derecho fundamental de libertad, al ser impuesta dentro de un proceso como medida cautelar. (Sentencia en el proceso de Habeas Corpus del 22/II/1999, Ref. 556-98).

### **Forma y Contenido de la Decisión.**

Art. 296.- El auto que imponga la detención provisional o internación, o una medida sustitutiva, debe contener:

- 1) Los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo;
- 2) Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen y su calificación legal;
- 3) Los fundamentos, con la indicación concreta de todos los requisitos que motivan la medida; y,
- 4) La parte dispositiva con cita de las normas aplicables.

### **Comentario.**

**1.-** La resolución judicial -auto- que impone una detención provisional, internamiento o cualquier cautela en sustitución de éstas deberá estar en todos los casos suficientemente razonada y fundamentada, fáctica y jurídicamente. En otro caso la actuación de que se trate podrá ser tachada de arbitraria por infundada.

Por otro lado, no podemos perder de vista que la debida motivación de las resoluciones judiciales facilita el ejercicio del derecho a los recursos, y en último término posibilita una suerte de control de los justiciables sobre el ejercicio que de la función jurisdiccional hacen los jueces y magistrados. De ahí la importancia de abandonar, destacadamente cuando se trata de resoluciones limitativas de derechos, la práctica judicial consistente en reproducir casi de forma mimética, mecánica y despersonalizada fórmulas estereotipadas o frases hechas en los autos a través de las cuales se imponen las medidas cautelares que el artículo 296 se mencionan.

**2.-** En el auto que imponga la detención provisional u otra de las medidas mencionadas deberán constar en primer lugar los datos personales o aquellos que sirvan para individualizar e identificar debidamente al imputado.



Si consideramos lo establecido en el art. 260 CPP respecto a la indagación de la identidad del imputado, resulta que deberán constar en el auto que analizamos los siguientes datos identificativos del sujeto pasivo de la medida: nombre, apellido u otro dato que permita identificarlo, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, domicilio, principales lugares de residencia anterior y condiciones de vida, nombre de los padres, cónyuge o convivientes.

**3.-** Deberá contener también el auto, de forma concisa y suficientemente clara, los hechos delictivos imputados y la calificación legal que merecen. Aquí deberá el juez describir el relato plasmado en el requerimiento fiscal o en su caso en la acusación, es decir, el acontecimiento histórico en que éstos basan la imputación realizada, así como el tipo penal bajo el que caen tales hechos. Contendrá también los acontecimientos que según la acusación constituyan el presupuesto fáctico para fundar la pretensión cautelar que ejercitan, así como los que fundamentan la concreta medida cautelar que pretenden se imponga.

Además, y aunque el artículo 296 no lo exija, recogerá también el auto brevemente los planteamientos fácticos y jurídicos de la defensa al respecto.

**4.-** A continuación el juez fundamentará expresamente la medida cautelar adoptada, y añade el legislador: «con la indicación concreta de todos los requisitos que motivan la medida».

Así pues, el juez deberá pronunciarse de forma razonada y suficientemente motivada acerca de lo acertado o desacertado de cada una de las tesis planteadas por acusación y defensa; naturalmente, podrá enunciar hipótesis o argumentaciones propias, es decir, no empleadas por acusación y/o defensa.

Deberá hacerse mención concreta de la fundamentación fáctica, jurídica, de los razonamientos y de las máximas de experiencia seguidos por el autor de la resolución para llegar a la conclusión de que en el caso concreto están presentes los presupuestos de la medida cautelar de que se trate. Insistimos, no sólo el *fumus commisi delicti* o el *periculum in mora*, también y destacadamente el razonamiento objetivo y suficientemente fundamentado que ha llevado al juez a considerar la medida de que se trate como proporcionada en el caso concreto, como la menos gravosa de todas las aptas en ese supuesto para alcanzar la finalidad que la justifica.

**5.-** Por último, en la parte dispositiva del auto, se plasmará la decisión relativa a la apertura de la instrucción formal y la imposición, si procede, de la detención provisional, internamiento o medidas alternativas a éstas. Deberán por ende quedar aquí resueltas todas las peticiones formuladas por las partes en sus correspondientes escritos.



Dispone además el artículo 296 CPP que deberán citarse las disposiciones aplicables, lo cual, en aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 130 CPP, ha de entenderse no como una mera enumeración de cuerpos legales y preceptos, sino en el sentido amplio de la necesaria fundamentación jurídica de la decisión tomada.

**Concordancias.** Art. 3 Inc. 3º CPP.

### **Cesación de la Detención Provisional.**

Art. 297.- La privación de libertad cesará:

- 1) Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida;
- 2) Cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera, considerando, incluso, la aplicación de reglas relativas a la suspensión o remisión de la pena o a la libertad condicional; y,
- 3) Cuando su duración exceda los plazos establecidos en el artículo 6 de este Código;

### **Comentario.**

**1.-** Plenamente consciente el legislador de la importancia que tiene el hecho de que la detención provisional dure lo estrictamente imprescindible para alcanzar el fin que la justifica -provisionalidad-, establece de forma expresa, para evitar interpretaciones dispares o arbitrariedades, las condiciones que pueden evidenciar la necesidad de que cese una medida cautelar de tal entidad, insistimos, vigente durante un periodo de tiempo en el que rige plenamente el derecho fundamental a la presunción de inocencia y el *favor libertatis*. Además, y debido a la característica de la temporalidad que también informa este tipo de cautelas, fija el legislador unos plazos máximos concretos de vigencia de la medida.

**2.-** Recordemos que, en aplicación del principio de proporcionalidad que debe inspirar la adopción y mantenimiento de una medida cautelar, ésta sólo podrá durar el tiempo estrictamente imprescindible para eludir el *periculum libertatis*, y siempre y cuando se mantengan también vigentes los otros presupuestos legalmente establecidos que la justifican. Como ya apuntamos, en otro caso la medida pasaría a convertirse en una actuación de carácter punitivo en el exceso y podrían exigirse las correspondientes responsabilidades por ello -vid. los comentarios al art. 285 I CPP-.

**3.-** Además de que la detención provisional deba alzarse para ser o no sustituida por una medida menos gravosa cuando varíen las circunstancias que la justificaban, el artículo 297 dispone, manifestándose así la temporalidad de la medida, que ésta debe cesar cuando su duración alcance o supere la condena esperada, considerando incluso



las reglas aplicables sobre suspensión o remisión de la pena o en materia de libertad condicional. En cuanto a éstas últimas reglas, debemos destacar la dificultad de que se puedan considerar ya en este momento cuestiones que se valorarán y decidirán en todo caso al final del proceso, cuando se tengan todos los elementos de juicio a considerar para tal suspensión, remisión o libertad condicional, datos o elementos de los que normalmente no se dispone en la fase de instrucción.

**4.-** Se añade en el número 3 del mismo precepto que también cesará cuando tal duración exceda de los plazos que establece el artículo 6 CPP, es decir, según su inciso segundo, la detención provisional no podrá sobrepasar en ningún caso la pena máxima establecida en la ley, ni exceder el plazo de doce meses para los delitos menos graves o veinticuatro para los delitos considerados graves. Debemos considerar a este respecto que, en aplicación del artículo 157 CPP, los plazos relativos a la libertad del imputado serán computados en días continuos, no podrán ser prorrogados y se computarán también los de asueto, descanso semanal y días inhábiles, por lo que, en definitiva, a estos efectos de duración máxima de la detención provisional, todos los días son hábiles.

Nos recuerda ese mismo artículo 6 CPP que en todo caso «la detención provisional debe guardar la debida proporción a la pena que se espere».

**5.-** La vigilancia del estricto cumplimiento de estas disposiciones directamente vinculadas a la vigencia del derecho a la libertad ambulatoria corresponde sin duda al juez como máximo garante de los derechos y libertades de los ciudadanos.

### **Acta.**

Art. 298.- Previo a la ejecución de las medidas sustitutivas, se levantará un acta que contenga:

- 1) Notificación al imputado;
- 2) Identificación y residencia de las personas que intervengan en la ejecución de la medida y la aceptación de la función o de la obligación que les ha sido asignada;
- 3) Indicación de las circunstancias que puedan obligar al imputado a ausentarse por más de un día;
- 4) Indicación de un lugar especial para recibir notificaciones, dentro de la circunscripción territorial del tribunal; y,
- 5) Promesa formal del imputado de presentarse a las citaciones.

### **Comentario.**

**1.-** Una vez dictado el auto que imponga la medida sustitutiva o alternativa a la detención provisional -vid. los comentarios a los artículos 294 y 295 CPP-, y antes de la ejecución de la misma, y según lo dispuesto en este artículo 298, deberá levantarse un

acta en conste expresamente que el imputado ha sido debidamente notificado de la resolución, la identidad y domicilio de los que, en su caso, deban intervenir en la aplicación de la medida alternativa, así como la aceptación expresa de la obligación a estos encomendada, circunstancias que puedan obligar al imputado a ausentarse por más de un día, el lugar donde éste recibirá las notificaciones y su promesa formal de comparecer ante las autoridades competentes en las fechas indicadas y siempre que se le requiera.

Una vez cumplimentados todos estos requisitos y plasmados en el acta citada, se procederá a la ejecución material de la medida o medidas alternativas o sustitutivas en los términos que el órgano jurisdiccional competente haya dispuesto, es decir, a disponer las medidas que hagan efectivo su cumplimiento.

### **Cauciones.**

Art. 299.- El juez, cuando corresponda, fijará la clase e importe de la caución, y decidirá sobre la idoneidad del fiador.

Quando la caución sea prestada por otra persona, ella asumirá solidariamente con el imputado la obligación de pagar la suma que el tribunal haya fijado.

El imputado y el fiador podrán sustituir la caución por otra equivalente, previa autorización del tribunal.

### **Comentario a los artículos 299, 300 y 301 CPP.**

1.- Como ya expusimos -vid. los comentarios al artículo 295 CPP- la prestación de caución económica adecuada, por la persona del imputado o por otra, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o fianza de una o varias personas, es una de las medidas sustitutivas o alternativas a la detención provisional, la cual además, por sus peculiaridades, puede perfectamente acordarse en conjunción con alguna de las de carácter estrictamente personal que prevé el Código procesal penal.

Destaca además el legislador la importancia de que no se desnaturalice en la práctica la finalidad de estas medidas alternativas: eludir el *periculum libertatis* sin que se tenga que optar por la detención provisional del imputado. Por esta razón, resulta decisivo que no se llegue a acordar de entre todas las medidas alternativas previstas concretamente la prestación de caución por el imputado si en realidad éste carece de los medios suficientes para poder prestarla.

2.- Una vez que el juez ha decidido que la prestación de caución es la medida adecuada y necesaria por ser la menos gravosa, por ende proporcionada en sentido estricto para eludir el *periculum libertatis* que amenaza el proceso penal en curso, será el propio órgano jurisdiccional quien fije a la vista de las circunstancias del caso y del sujeto la clase e importe concreto de la caución.



Decidirá este juez además si el fiador propuesto, el imputado o un tercero, es idóneo para ofrecer tal garantía, teniendo en cuenta que si la caución la presta otra persona serán obligados solidarios el imputado y el tercero.

Por otro lado, si durante el curso del proceso imputado y fiador quisieran sustituir la concreta caución prestada por otra distinta, será preceptiva la aprobación o autorización previa del tribunal; en definitiva, sigue correspondiendo al órgano jurisdiccional competente pronunciarse sobre la idoneidad y aptitud de la cautela concreta para alcanzar el fin que la justifica.

**3.-** En caso de que el imputado incumpla las obligaciones de estar disponible durante toda la sustanciación del proceso o ya en el momento de la ejecución de la pena, y después de transcurridos al menos cinco días desde su incomparencia la citación judicial sin que se justifique la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor, dispone el legislador que tal incumplimiento o incomparencia deben ser notificadas al imputado y fiador para acto seguido, finalizado el plazo que el juez disponga, ejecutar la caución prestada en los términos dispuestos en el Código de Procedimientos Civiles.

Naturalmente, sobra decir que la ejecución de la caución prestada no exime al imputado o ya condenado de su obligación de acudir a la citación judicial o de cumplir con la condena impuesta.

**4.-** Por lógica, si no ha habido necesidad de ejecutar la caución deberá ser inmediatamente cancelada y devueltos los bienes objeto de la cautela a quienes corresponda, tal y como dispone el artículo 301 CPP, cuando ésta deje de ser necesaria para eludir el *periculum libertatis*, cancelación que tendrá lugar, bien incluso antes de la sentencia que ponga fin al proceso, o después del dictado de la misma.

Antes de que se dicte la sentencia que pone fin al proceso penal podrá cancelarse esta medida cautelar alternativa a la prisión provisional porque sea necesario acordar precisamente esta última o porque cambien y desaparezcan los presupuestos legales que justificaban la obligación de prestar caución -vid. art. 295 CPP-.

Después del dictado de la sentencia se levantará la caución porque se ejecute la pena privativa de libertad impuesta, o bien porque ésta no se deba ejecutar, porque se paga la multa, o porque se haya resuelto firmemente absolver o sobreseer al hasta entonces imputado.

### **Ejecución de las Cauciones.**

Art. 300.- En los casos de rebeldía o cuando el imputado se sustraiga a la ejecución de la pena, se fijará un plazo no menor de cinco días para que comparezca o

cumpla la condena impuesta. De ello se notificará al imputado y al fiador, advirtiéndoles que, si aquél no comparece o no cumple la condena impuesta o no justifica estar impedido por fuerza mayor, la caución se ejecutará al término del plazo, conforme a lo previsto en el Código de Procedimientos Civiles.

**Comentario.** Vid. comentario al art. 299.

### **Cancelación.**

Art. 301.- La caución será cancelada y devueltos los bienes afectados, siempre que no hayan sido ejecutados con anterioridad:

- 1) Cuando el imputado sea puesto en detención provisional o prisión;
- 2) Cuando se revoque la decisión que impuso la caución;
- 3) Cuando por resolución firme, se absuelva o se sobresea al imputado;
- 4) Cuando comience la ejecución de la pena privativa de libertad o ella no se deba ejecutar; y,
- 5) Con el pago de la multa impuesta en la sentencia.

**Comentario.** Vid. comentario al art. 299.

### **Internación Provisional.**

Art. 302.- Se podrá ordenar la internación provisional del imputado en un establecimiento asistencial, cuando medien los siguientes requisitos:

1) Que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito; y que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe;

2) Comprobación, por dictamen de perito, de que el imputado sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, que lo tornan peligroso para sí o para los demás; y,

3) Existencia de una presunción suficiente de que no se someterá al procedimiento u obstaculizará un acto concreto de investigación.

### **Comentario.**

1.- Regula este artículo 302 la medida cautelar consistente en la internación provisional del imputado, la cual podrá ser ordenada por el juez competente cuando concurren los presupuestos que justificarían su detención provisional -vid. los comentarios a los artículos 292 y 293 CPP- y el imputado se encuentre afectado por una alteración o insuficiencia de sus facultades mentales que haga aconsejable que tal internamiento tenga lugar, no en un centro penitenciario, sino en un establecimiento asistencial.



**2.-** Conviene destacar especialmente que, para que la medida cautelar sea conforme con la legalidad, la internación debe producirse en un establecimiento asistencial especializado, es decir, en un centro donde pueda supervisarse y controlarse la alteración o insuficiencia psíquica que el sujeto padece por contar éste con los medios y el personal idóneo a tal fin.

En otro caso la actuación podría tildarse de desproporcionada por no tratarse de la medida apta o idónea para alcanzar el fin que en el caso concreto la justifica.

**3.-** Si bien hubiera bastado con una remisión a los presupuestos que justifican la detención provisional del imputado, el precepto que nos ocupa reitera la concepción que el legislador procesal penal tiene del aludido *fumus commisi delicti*, insistiendo en la necesidad de que se haya comprobado la comisión de un hecho delictivo, el cuál puede ser objetiva, fundada y razonadamente imputado «elementos de convicción suficientes»- en calidad de autor o partícipe al sujeto pasivo de la internación provisional.

**4.-** Por lo que respecta al *periculum libertatis*, éste vuelve a enunciarse aquí -vid. los comentarios a los arts. 292 y 293 CPP- como la existencia de una presunción suficiente, entendemos por tanto que objetiva, fáctica y jurídicamente fundamentada, de que en caso de no adoptarse la medida de internación el imputado trataría de sustraerse a la acción de la justicia y/o obstaculizaría las investigaciones en curso y pendientes.

**5.-** Como presupuesto añadido, y específico de esta medida cautelar, se exige en el artículo 302 un dictamen pericial en el que conste y se acredite la grave alteración o insuficiencia psíquica que sufre el imputado y que, por sus características e intensidad, hacen que en el caso concreto y al día de la fecha, el sujeto pueda considerarse peligroso para su propia integridad o para la de sus conciudadanos.

Naturalmente, y aunque el legislador no lo diga expresamente, dada la provisionalidad que informa las medidas cautelares, deberá exigirse una revisión periódica del estado mental del sujeto y el correspondiente informe médico-pericial que siga en su caso justificando la internación provisional del mismo.

**6.-** Por último debemos destacar que la internación provisional podrá ser la medida apta, necesaria y proporcionada desde un primer momento o bien tratarse de una actuación sobrevenida a lo largo del proceso penal por ser igualmente la enfermedad mental del imputado una circunstancia sobrevenida -vid. los comentarios al art. 90 CPP-.

### **Tratamiento.**

Art. 303.- El detenido provisional será alojado en establecimientos especiales, diferentes de los que se utiliza para los condenados a pena de prisión o, al menos, en lugares absolutamente separados de los dispuestos para estos últimos y será tratado en

todo momento como inocente, que se encuentra en prisión con el único fin de asegurar su comparecencia al procedimiento o el cumplimiento de la pena.

La detención se cumplirá de manera tal que no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las imprescindibles para evitar la fuga o la obstaculización y en estricta conformidad con las leyes y reglamentos penitenciarios.

El control del trato al detenido será competencia del juez de vigilancia correspondiente; pero todo permiso, salida o traslado lo autorizará el juez ante quien se tramite el procedimiento.

Si el juez de vigilancia correspondiente, constata que la detención ha adquirido las características de una pena anticipada, lo comunicará de inmediato al juez del procedimiento para que resuelva lo que corresponda.

### **Comentario.**

**1.-** Plenamente consciente el legislador de la trascendencia que tiene la vigencia en todo el *iter* procesal del principio o derecho a la presunción de inocencia, por supuesto también durante el periodo de detención provisional «será tratado en todo momento como inocente», pone de manifiesto expresamente en este artículo 303 CPP algunos extremos tendentes a garantizar que el sujeto pasivo de esta medida cautelar sufra únicamente la restricción de derechos y libertades estrictamente necesaria e imprescindible en el caso concreto para alcanzar la finalidad que la justifica: eludir el riesgo de fuga u obstaculización del proceso. Esta disposición debe ser completada con lo que al respecto establecen las leyes y reglamentos penitenciarios.

**2.-** Consecuencia de que la detención provisional no puede considerarse una suerte de «pena anticipada» es el hecho de que el alojamiento deba tener lugar en establecimientos especiales, o al menos en recintos o estancias debidamente separadas de aquellas en las que residen los presos que cumplen condena; las palabras que emplea el legislador en este punto son tajantes:

«en lugares absolutamente separados».

La dotación de medios personales y materiales suficientes a tales efectos cobra de nuevo -vid. los comentarios al art. 302 CPP, internación provisional- gran trascendencia práctica, pues de poco o nada sirve que el legislador plasme de forma grandilocuente este derecho del detenido provisional si la falta de presupuesto o de infraestructura adecuada hace que tal precepto no sea más que una mera «declaración de intenciones».

**3.-** Por supuesto, encargados de velar por el impecable cumplimiento de estos derechos han de estar todos los poderes públicos implicados y, destacadamente, como



máximo garante de los derechos y libertades fundamentales, el órgano jurisdiccional competente, el de vigilancia o el de procedimiento, según corresponda.

**4.-** Concretamente, al juez de vigilancia se le atribuye la tarea consistente en controlar el trato que se está dispensando al detenido durante todo el tiempo que dure la medida cautelar. Para cumplir debidamente con esta obligación el citado juez deberá visitar periódicamente el establecimiento en que los detenidos provisionales se encuentran y estar dispuesto a recibir las quejas que en su caso éstos tengan que formular acerca del trato que reciben, velando especialmente porque la medida cautelar no se torne en una pena anticipada, vulnerando por ende el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

La concesión de permisos y salidas o las órdenes de traslado se atribuyen al juez que está conociendo del procedimiento en curso, el mismo que en su caso debe ordenar la cesación de la medida o su sustitución por una medida alternativa.

### **Recurso.**

Art. 304.- La resolución que imponga la detención o internación provisional una medida sustitutiva o lo deniegue será apelable.(9)

La interposición del recurso no suspenderá el cumplimiento de la medida apelada. El juez remitirá el escrito de apelación y las copias necesarias dentro de las veinticuatro horas. La cámara resolverá, sin más trámite, dentro de los tres días siguientes. El comentario a este artículo fue elaborado antes de la reforma contenida en el D.L. No. 487, del 18 de julio de 2001, publicado en el D.O. No. 144, Tomo 352, del 13 de julio de 2001.

### **Comentario.**

Este artículo fue comentado antes de la reforma contenida en el D.L. No. 487, de 18 de julio de 2001, publicado en el D.O. No. 144 tomo 352 del 31 de julio de 2001.

**1.-** Encuentra regulación específica en este precepto el recurso de apelación que puede interponer el afectado por considerar que ha sido acordada una detención o intervención provisional o medida alternativa sin que concurran los presupuestos relativos al *fumus commisi delicti*, *periculum libertatis* o proporcionalidad en los términos que el legislador establece en los artículos precedentes para cada una de estas medidas.

Como ya expusimos -vid. comentarios al art. 296 CPP-, extraordinaria importancia cobra en este punto que la resolución que acuerda una de estas medidas, o la sustituye por otra, esté debidamente fundamentada, objetiva y razonadamente, tanto desde una perspectiva fáctica como jurídica. En otro caso, será difícil que el imputado pueda a su vez atacar con fundamento esa decisión que, estima, lesiona sus derechos y libertades fundamentales.

**2.-** El medio de impugnación elegido por el legislador para que el sujeto pasivo pueda atacar estas medidas por considerarlas infundadas y/o excesivamente gravosas



para alcanzar la finalidad que las justifica es el recurso de apelación, concretamente la apelación en un sólo efecto, el devolutivo. En consecuencia, y con la finalidad de que una eventual utilización fraudulenta de los recursos no de al traste con la eficacia de estas medidas cautelares, se dispone que no suspenderá la interposición y admisión a trámite de la apelación el cumplimiento de la cautela que ya ha sido acordada.

**3.-** La tramitación prevista para la sustanciación de este recurso de apelación se caracteriza por la celeridad -confróntese con la regulación general del recurso de apelación en los artículos 417 a 420 CPP-; no podía ser de otro modo a la vista de los derechos que se ven afectados por las resoluciones objeto de la impugnación.

Así pues, el juez deberá remitir el escrito de apelación y las copias necesarias dentro de las veinticuatro horas siguientes a la interposición del recurso. Sin más trámite, dispone el legislador, la Cámara competente deberá resolver dentro del plazo de los tres días siguientes.

En todo caso, aunque no se diga expresamente, el órgano judicial de apelación debería establecer un trámite siquiera breve de contestación al recurso por las otras partes, tal y como lo hace el artículo 419 CPP.

**Concordancias.** Art. 419 CPP.

### **Medidas Cautelares Patrimoniales**

Art. 305.- Las medidas cautelares de índole civil, serán acordadas por el juez, a petición de parte, para garantizar la multa o la responsabilidad civil; su trámite y resolución se regirá por el Código de Procedimientos Civiles.

#### **Comentario.**

**1.** La parquedad regulativa del legislador en esta materia no puede constituir óbice para plantear algunos puntos de ineludible consideración. De este modo trataré los presupuestos de la tutela cautelar y sus características

**2.** Presupuestos de las medidas cautelares reales son: el *Fumus Boni Iuris*, el *Periculum in mora*, la *proporcionalidad* y, eventualmente, la *caución*.

CALAMANDREI<sup>132</sup> ya en 1936 mantuvo que para obtener la tutela cautelar se requería la apariencia de un derecho y el peligro de insatisfacción del derecho aparente.

- El ***Fumus boni iuris*** o apariencia jurídica o de prevalencia jurídica implica que la existencia del derecho o interés jurídico afirmados ha de parecer verosímil; o sea,

- El comentario a este artículo ha sido realizado por el prof. Dr. Ernesto Pedraz Penalva, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid

---

132 CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936



suficiente para que según un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución principal declarará el derecho en sentido favorable al que solicita la medida cautelar<sup>133</sup>.

Según acertadamente expuso CALAMANDREI<sup>134</sup> no cabe exigir una plena declaración jurídica pues en ese caso el cautelar sustituiría al proceso principal, siendo bastante con el acreditamiento de la apariencia, porque lo contrario repugnaría a la plena contradicción que ha de regir en el proceso a través del que debe decidirse, más allá de toda duda razonable, sobre la juridicidad y eventual relevancia de las afirmaciones parciales; a ello se une el hecho de que, exigir una completa convicción judicial acerca de la juridicidad y en su caso relevancia del interés cautelar para poder acordar la medida solicitada, precisaría un tiempo procesal contrario al «*periculum in mora*», es decir, agravaría la contingencia de un pronunciamiento principal ilusorio (por desaparición por ejemplo del bien reclamado) e incrementaría el retraso en la obtención de la tutela judicial efectiva<sup>135</sup>.

Estamos pues ante un juicio cautelar calificable de *giudizio di probabilità e di verosimiglianza*<sup>136</sup>, textualmente sostenida por CALAMANDREI<sup>137</sup>, al entender que es el resultado alcanzable con la breve cognición judicial centrada en la apariencia del derecho (*apparenza di un diritto*) y en el peligro de insatisfacción del derecho aparente (*pericolo di insoddisfazione del diritto apparente*)<sup>138</sup>. Nada tiene que ver tal clase -que no grado, intensidad o profundidad- de convicción con «...la imposibilidad de establecer una previa etapa

133 Así CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., pp. 63-64

134 CALAMANDREI, P., *Introduzione allo...*, op., cit., pp. 63, 71, etc.

135 En esta línea, en la tantas veces citada obra, nos dice CALAMANDREI, p. 63: «...se per emanare la misura cautelares fosse necessaria una cognizione approfondita e completa sull'esistenza del diritto, cioè sullo stesso oggetto su cui si attende il provvedimento principale, meglio varebbe attendere questo e non complicare il processo con una duplicazione di indagini, che non avrebbe neanche il vantaggio della prontezza.

Per potere adempiere alla loro funzione di prevenzione urgente i provvedimenti cautelari debbono dunque contentarsi, anziché dell'accertamento, che potrebbe esser raggiunto soltanto attraverso lunghe indagini, dell'*apparenza del diritto*, che può risultare attraverso una cognizione molto più sbrigativa e superficiale di quella ordinaria (*summaria cognitio*)...».

136 De imprescindible manejo es el trabajo de CALAMANDREI, P., «Verità e verosimiglianza nel processo civile», en *Studi sul processo civile*, VI, Padova, 1957, y el análisis realizado por WALTER, Gerhard, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1977, esp. pp. 173 y ss.

137 CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., por todas vid. p. 63.

138 CALAMANDREI, op. et loc. ant. cit. Es de resaltar con este autor lo que indica en la p. 64, «L'esito di questa cognizione sommaria sulla esistenza del diritto ha dunque, in ogni caso, valore non di accertamento, ma di ipotesi: *se questa ipotesi corrisponda allarealtà se potrà vedere soltanto quando sarà emanato il provvedimento principale...il carattere ipotetico di questo iudizio è intimamente connaturato alla natura stessa del provvedimento cautelare ed è un aspetto necessario alla sua istrumentalità*.»

contradictoria...», estando así en estrecha correlación, como no podía ser congruentemente de otro modo, con lo que constituye el objeto del conocimiento del juez<sup>139</sup>.

Dicha posibilidad es “prima facie” acreditable documentalmente o en defecto de justificación documental, por cualesquiera otros medios.

- El ***Periculum in mora*** es el peligro de un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso de la resolución definitiva. En la imposibilidad práctica de acelerar el pronunciamiento de la resolución definitiva, en la “mora” en que se incurre en su pronunciamiento, encuentra justificación la medida cautelar, con la que se busca neutralizar los daños producibles anticipando provisionalmente los efectos de la resolución definitiva; tal “mora”, indispensable para el cumplimiento del “iter” ordinario procesal puede hacer prácticamente inútil la decisión judicial que de este modo llegará demasiado tarde. Distinguió CALAMANDREI entre “*il pericolo di infruttuosità*”, expresivo de la exigencia de conservar los bienes necesarios para hacer eficaz (“fructuoso”) el pronunciamiento, y el peligro de retraso (“*Il pericolo di tardività*”) que da lugar a la situación de necesidad del solicitante. Concorre pues una valoración objetiva y directa del primero consistente en el mantenimiento de los bienes hasta el momento de la eventual realización judicial, y una valoración subjetiva e indirecta en el segundo, conectando los efectos de la decisión principal con la situación personal del peticionario con base a la cual, p.ej., una ejecución forzosa diferida, puede llegar a ser infructuosa ante la falta de bienes del deudor.

Apuntaré que un sector de la bibliografía mantiene la subjetividad de ambos elementos del *Periculum in mora* por entender que los dos requieren valoración judicial confirmatoria o no de tales peligros para decretar la medida.

A mi juicio y a tenor del significado constitucional del proceso, o si se quiere, del debido proceso, es menester considerar dos planos distintos en los que opera *el periculum in mora*: jurídico-material y jurídico-procesal. En el sustantivo o material puede hablarse del daño concreto sufrido -o que pudiese padecer el acreedor- derivado de la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia, económicamente cuantificable. En el plano jurídico-procesal estaría la inobservancia del derecho al debido proceso y, más concretamente, del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Dentro del debido proceso juegan en nuestro marco de estudio, de una parte, el deber de cumplimiento de las resoluciones jurisdiccionales que singularmente puede connotar el cumplimiento coactivo de la decisión jurisdiccional, para lo que será menester adoptar todos los medios procesales previstos para el escrupuloso respeto del resultado jurisdiccional, y, de otra, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Podrá observarse pues que el «*periculum in mora*» está anclado en el ámbito jurídico-material pero también en el jurídico-procesal. Expresamente resaltaré su inci-

---

139 Cfr. WALTER, Gerhard, *Freie Beweiswürdigung*, op., et loc.cits



dencia procesal siempre que indebidamente el enjuiciamiento se dilate con desconocimiento de la exigencia del art. 8.1 CADH (derecho a ser oído en un plazo razonable). De este modo no será el legal transcurso del proceso condición suficiente para alzar o modificar las medidas cautelares, pero si deviene en ilegal en cuanto se inobserven los tiempos procesalmente pertinentes<sup>140</sup> sí podrá fundar la concesión, variación o revocación de la medida cautelar.

En resumen pues, no concurriendo actividad del actor civil o querellante particular orientada a provocar los retrasos, si se desdénare la observancia de los tiempos procesales prescritos normativamente cabría afirmar la negación del derecho a un proceso en un plazo razonable (art. 8.1 CADH)<sup>141</sup>. Conectando con lo avanzado más arriba, concerniente a defender la existencia de un interés general en la efectividad de los pronunciamientos judiciales, el proceso cautelar y, en la especie, la tardanza en la decisión de la contienda y/o en su realización, están íntimamente vinculadas al derecho al proceso justo y así a un proceso sin dilaciones indebidas.

Soy consciente de que de este planteamiento dimana teóricamente la posibilidad de que, en muy concretas hipótesis, pudiere el órgano jurisdiccional “ex officio” adoptar a prevención medidas cautelares si observare una demora provocada vgr. por obra del responsable civil, concurriendo una urgencia tal que cualquier retraso pudiera originar la pérdida de la cosa, etc. A mi juicio tratándose de acordar el amparo cautelar en sede procesal penal -y siempre que se trate del enjuiciamiento de delitos públicos- al afectar no sólo a la responsabilidad civil sino también a la multa, el juez no sólo podrá sino que deberá decretar el amparo cautelar de oficio sin perjuicio de convalidar en la pertinente audiencia su decisión.

Ello consciente de que el MF está legitimado en virtud de este art. 306 (en relación con el art. 43 II ambos del CPP) para solicitar la tutela cautelar, como indispensable para la efectividad de la pretensión civil cuyo ejercicio «automático» se le atribuye salvo renuncia expresa del ofendido o perjudicado.

Es evidente que para ser acordada la medida cautelar alegará y, «prima facie», acreditará la concurrencia del peligro por la mora procesal”, acompañando la indispensable determinación de la clase de daños que pudiere sufrir y su valoración. Precisamente de ello dependerá la medida y su amplitud como también su posible revisión o sustitución a solicitud del imputado o de su defensor (art. 306 CPP).

---

140 En el sentido que defiende en PEDRAZ PENALVA, E., “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”, en *La reforma de la Justicia penal (Estudios en homenaje al prof. Klaus TIEDEMANN)* coordinados por Gomez Colomer y González Cussac, Castelló de la Plana, 1997, pp.383 y ss. También en PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal Penal. T.I Principios del Derecho procesal penal*, op.,cit., esp.apartados 36 y ss., pp.291 y ss. como exigencia integradora del debido proceso.

141 El tema es mucho más amplio como he intentado demostrar en mis trabajos antes citados.

-Es de teoría general que la adopción de la tutela cautelar vaya acompañada de la prestación de **caución** suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la misma pudiera causar al patrimonio del afectado. Evidentemente, y pese a su consideración como presupuesto cautelar, en cuanto tal de acatamiento ineludible, no se exigirá si al ofendido o perjudicado por el delito se le ha reconocido su penuria económica y así su derecho a la defensa de oficio.

El importe de la caución será fijado por el juez de acuerdo con los eventuales daños y perjuicios que pudiere ocasionar la medida cautelar al acusado o responsable civil subsidiario, teniendo siempre presente las posibilidades económicas del requirente (proporcionalidad).

-Pero junto a los tres presupuestos definidos está un cuarto de exigible consideración que es el de la **proporcionalidad**<sup>142</sup>.

Reasumiendo todos los extremos parciales de la *proporcionalidad*, podría llegarse a su unívoca configuración del siguiente modo. Cualquier invasión de la esfera jurídicamente protegida se encuentra bajo el mandato de la proporcionalidad de los medios, mandato que dimana del Estado de derecho y de la esencia misma de la libertad individual que infraestructura el Ordenamiento Jurídico y que singularmente compete realizar al juez; dicha invasión –proscrita la autotutela<sup>143</sup> – sólo cabe ser realizado por los poderes públicos en cuanto fuere estrictamente inevitable para la tutela de intereses jurídicos y, en su caso, prevalentes. Medio elegido y objetivo perseguido han de estar entre sí en una relación razonable. La medida, legal, ha de ser adecuada y necesaria para el fin marcado; la lesión que se produzca no debe ser de tal entidad que llegue a ser inasumible por el afectado. De lo dicho se deduce pues que tiene que ser apta para alcanzar el logro fijado por el legislador desde su apreciación judicial en el caso concreto y también necesaria; esto es, dicho objetivo no debe poder ser alcanzado 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.

Desde esta exigencia pues el órgano jurisdiccional habrá de admitir la medida solicitada que se adecue a ella, rechazándola en caso contrario. Tratándose de medidas cautelares inestables por los sujetos intervinientes el juez habría de rechazar la propuesta si estimare que otra u otras asimismo aptas para hacer posible la efectividad de la eventual sentencia estimatoria fueren menos lesivas y/o más asumibles para el demandado. El margen de apreciación judicial acentúase dado que, amén de repeler justificadamente la inapropiada, al hacerlo diseña directa o indirectamente la que en

---

142 Vid.ampliamente la Introducción en la que se estudia esta exigencia constitucional. Más extensamente PEDRAZ PENALVA,E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, y “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990, pp.313 y ss y 277 y ss. Y en la obra citada, *Derecho procesal Penal*, I, pp.135 y ss.

143 Salvo criminalmente en los márgenes dentro de los que articula la legítima defensa (arts.27 2) y 3) CP).



su criterio reuniría las propiedades exigibles. También por cuanto el propio art. 306 CPP permite que el juez revise o sustituya la medida acordada a instancia del imputado o de su defensor, sin más límite que evitar la producción de fines dilatorios o la inseguridad surgida de una repetitiva y, habrá de leerse, «cambiante» petición de los mismos.

**3.** Son características de las medidas cautelares reales: la jurisdiccionalidad, dispositividad, instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad y el que son acordables, en general, con audiencia de parte contraria<sup>144</sup>. La urgencia y necesidad están presentes en las citadas.

*La jurisdiccionalidad* comporta que sólo es acordable esta tutela por el órgano jurisdiccional y no por la policía judicial ni por el MF, ni siquiera a prevención. Su carácter jurisdiccional dimana de la misma potestad jurisdiccional que, entre otras atribuciones, comporta la cautelar, de la que surgiría el derecho a la pertinente actividad a través del enjuiciamiento singularmente regulado por el legislador ordinario con escrupuloso respeto del debido proceso. La función jurisdiccional ha de entenderse así concretada en las de declaración, ejecución y tutela cautelar.

*La dispositividad* supone que sólo a instancia de parte y nunca de oficio pueden ser otorgadas por el Juez. La dispositividad comporta previa solicitud y necesidad de señalar expresamente la clase de medida que para el supuesto concreto deba acordarse: únicamente la pedida, como además la determinación del régimen, extensión, etc. de la medida. La exigencia de correlación -o congruencia- no impone al juez que, al acceder a la petición, deba hacerlo miméticamente sino que le obliga a ajustar su pronunciamiento a lo alegado y, «prima facie», acreditado, siempre desde el juego de la proporcionalidad (que exige la más apta, menos gravosa, etc).

Empero, tal dispositividad debe dulcificarse según apunté más arriba, cuando por razones de urgencia y necesidad, explicitadas en la resolución por la que se acuerde, así lo estime conveniente el juez.

*La instrumentalidad.* En sentido amplio se alude con esta nota a que su objetivo es facilitar los medios precisos para garantizar el eficaz funcionamiento de la Justicia. La instrumentalidad supone, según CALAMANDREI<sup>145</sup>, que estas medidas carecen de fin en sí mismas por estar indefectiblemente preordenadas a la emanación de un ulterior pronunciamiento definitivo, del que aseguran preventivamente la eficacia y utilidad. Modernamente ARIETA la considera como nota distintiva del tipo de *cognitio* sumaria en que consiste la cautelar, al estar al servicio de la exigencia de realización de la tutela<sup>146</sup>.

144 Excepciones previstas, por ej. En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española que ha entrado en vigor el 8 de enero de 2001. Sobre ellas vid. PEDRAZ PENALVA, E., El proceso cautelar en la nueva LEC, en los números 35, 36 y 37 de 2000 de la Revista Doctrina y Jurisprudencia, Leyinfor, siglo XXI.

145 CALAMANDREI, P., *Introduzione allo...*, cit., p.21

146 ARIETA, *I Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985, esp.pp.50 y ss.

La doctrina que tradicionalmente alude a la instrumentalidad<sup>147</sup>, amén de disentar en la terminología -así por ejemplo DIANA<sup>148</sup> habla de subsidiariedad y LANCELLOTTI<sup>149</sup> de relatividad-, no la ha entendido de una manera unívoca, debatiéndose extremos diversos como los atañentes a si se refiere materialmente a la acción (CHIOVENDA<sup>150</sup>), a la situación subjetiva cautelada (CALVOSA<sup>151</sup>) o a ambas (MANDRIOLI<sup>152</sup>); al proceso según defiende CARNELUTTI<sup>153</sup> o a la resolución como hemos visto que mantuvo CALAMANDREI y posteriormente PROTO PISANI<sup>154</sup>, SATTA y PUNZI<sup>155</sup>; a si se da entre poder cautelar y poder de disposición (SABATINI<sup>156</sup>), o, finalmente, a si se individualiza en relación al ejercicio de la acción ejecutiva sobre el patrimonio del obligado (AMODIO<sup>157</sup>).

Se ha venido entendiendo en general y mayoritariamente que la instrumentalidad comporta que las medidas cautelares siguen «*tanquam umbra*» al proceso principal. Se predica respecto de la pretensión que en el proceso se ejercita teniendo por objeto asegurar las resultas del juicio. Es decir, se busca con la medida cautelar evitar que por la actuación de los responsables civiles, o por la naturaleza de las cosas, la sentencia que en su día se dicte no pueda ser llevada a puro y debido efecto.

*Provisionalidad y temporalidad.* La provisionalidad es otra de las notas destacadas por la literatura, consistiendo para CALAMANDREI<sup>158</sup> en la limitación de la

147 Además de los autores precitados, vid. A CALVOSA, C., *La tutela cautelare*, Torino, 1963, ROCCO, Ugo, *Trattato di diritto processuale civile*, T.V, Torino, 1964, p.63, quienes niegan a la instrumentalidad el carácter de elemento definitorio de las medidas cautelares, afirmándose por el primero que en cambio sí lo es la provisionalidad.

148 DIANA, A., “Le misure conservative interinale”, en *Studi sienensi*, XXVI, 1909, p.213.

149 LANCELLOTTI, F., “Osservazioni critiche intorno all’autonomia processuale della tutela cautelare”, *RivDirProc. Civ.* 1939, I, p. 250. Justifícase acaso su denominación por cuanto en la p.253 defiende que no todas las medidas cautelares están predeterminadas a una resolución definitiva. Como sucede por ejemplo con las “informaciones para perpetua memoria”, etc., casos en que se conceden sin que esté pendiente ningún juicio. En contra vid. SAPIENZA, C., *I provvedimenti d’urgenza*, Milano, 1957, p. 80

150 CHIOVENDA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, pp.23 y ss., más recientemente MANDRIOLI, C., *Corso di diritto processuale civile*, 10ª ed., Tomos I y III, Torino, 1995, respectivamente pp.75-76 y 287 y ss.

151 CALVOSA, C., *La tutela cautelare*, Torino, 1963, p.192.,

152 Para MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 1995, p. 26, de un lado, se trataría de actuar sobre el plano material o concreto la medida de cautela, y, de otro, a través de una actividad análoga a la de ejecución; pero todo en un único proceso mediante una única función de tutela. Cfr. LIEBMAN, «Unità del procedimento cautelare», en *Riv. dir. proc.* 1954, pp. 248 y ss.

153 CARNELUTTI, F., *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, pp. 205 y ss.

154 PROTO PISANI, A., “Due note in tema di tutela cautelare”, op., cit., p.7.

155 SATTA/PUNZI, *Diritto processuale civile*, 11ª ed., Padova, 1993, p. 855 (“...strumentalità rispetto al provvedimento definitivo reso dall’esito del giudizio e cognizione piena, di cui mira ad assicurare l’utilità (dove la necessità della successiva cognizione ordinaria, la cui instaurazione è semplicemente differita)”)

156 SABATINI, G., *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, p.531

157 AMODIO, E., *Le cautele patrimoniali nel processo penale*, Milano, 1971, p.31

158 CALAMANDREI, P., *Introduzione allo ...*, cit., pp.9 y ss



duración de los efectos declarativos o ejecutivos de la resolución cautelar. Este autor la distingue de la temporalidad por cuanto la interinidad significa que está destinada a pervivir hasta que sobrevenga un evento posterior con base y en atención al cual el estado deble subsiste en el tiempo, en tanto que la temporalidad se refiere a que no dura siempre, esto es, con independencia de que tenga lugar otro evento tiene en sí una duración limitada; esta nota que supone su íntima vinculación con la instrumentalidad, es propia para CALAMANDREI de las medidas cautelares.

## CAPITULO IX

### REVISION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES•

#### Solicitud de Revisión.

Art. 306.- El imputado y su defensor podrán solicitar la revisión o la sustitución de una medida cautelar en cualquier estado del procedimiento y todas las veces que lo consideren oportuno, sin perjuicio de la responsabilidad profesional del defensor, cuando la petición sea notoriamente dilatoria o repetitiva.

#### Comentario a los artículos 306 y 307.

1.- Consecuencia directa de la característica de provisionalidad que informa las medidas cautelares es el hecho de que, bien a instancia del propio imputado o de su defensor o de oficio por el juez, una vez desaparecidas las circunstancias que en el caso concreto justifican su vigencia se deba proceder a su sustitución por otro tipo de cautela o incluso al levantamiento de toda medida precautoria. En otro caso, la actuación dejaría de ser proporcionada en sentido estricto por resultar excesivamente gravosa o innecesaria la injerencia que los poderes públicos llevan a cabo en la esfera jurídico-fundamental del imputado.

Como apuntamos, -vid. los Comentarios generales al Capítulo VIII-, en aquello que exceda de lo que puede considerarse necesario en el caso concreto para alcanzar esa finalidad consistente en eludir el *periculum libertatis*, la medida dejaría de poder ser calificada de cautelar y pasaría a ser punitiva en cuanto a tal exceso.

2.- El artículo 306 CPP regula la posibilidad de que el imputado y su defensor soliciten la revisión o sustitución de una medida cautelar «en cualquier estado del procedimiento y todas las veces que lo consideren oportuno»; dicho de otro modo, en principio no hay límite alguno a la posibilidad de requerir el alzamiento o variación de la medida cautelar, salvo el expresamente mencionado en el propio precepto: que se formule tal petición con fines exclusivamente dilatorios, en cuyo caso el letrado podría tener que responder por tal práctica contraria al sentido lógico de este precepto.

- 
- Los comentarios a los preceptos que integran este Capítulo han sido realizados por MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO, Doctora en Derecho y Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.



Por tanto, cobra extraordinaria importancia que en el escrito en que se solicite la revisión o sustitución se fundamente de forma objetiva, suficiente y jurídicamente razonada porque los legitimados consideran que en efecto han variado sustancialmente las circunstancias de hecho y/o personales y porque en consecuencia la medida vigente deja de estar justificada.

**3.-** La posibilidad de que el juez competente inste de oficio el alzamiento o sustitución de la detención o internación provisional que en su día impuso aparece regulada en el artículo 307 CPP.

Concretamente se establece que, como máximo cada tres meses, el órgano jurisdiccional deberá revisar la situación de detención o internación provisional en que el imputado se encuentra. Si considera que han variado las circunstancias personales y/o fácticas que justifican la vigencia de la medida, deberá ordenar inmediatamente que tales cautelas sean sustituidas por otras, o si han desaparecido totalmente el *fumus commisi delicti* o el *periculum libertatis*, la libertad del imputado, pues su privación de libertad se muestra claramente desproporcionada por innecesaria.

**4.-** Debemos manifestar en todo caso que el tiempo máximo previsto para el examen o revisión de oficio de la situación «cada tres meses», parece excesivo a la vista de la entidad de los derechos y libertades que con este tipo de medidas cautelares se afectan, incluso teniendo en cuenta que también se puede instar su alzamiento o modificación por el imputado y su defensor.

**5.-** En cuanto a la forma de realizar el examen, se dispone que éste se realizará en una vista o audiencia oral a la que necesariamente deberán ser citadas las partes, pudiendo éstas concurrir o no.

Dispone el artículo 307 que la audiencia deberá celebrarse en todo caso en el plazo de las cuarenta y ocho horas a contar desde la solicitud -no se comprende bien a qué «solicitud» se refiere el legislador, pues está hablando de una revisión de oficio, a instancia del juez- y que acto seguido, sin dilación «inmediatamente», el juez resolverá lo que estime oportuno acerca del alzamiento o modificación de la detención o internación provisional.

### **Examen Obligatorio**

Art. 307.- Cada tres meses, sin perjuicio de aquellas oportunidades en las que se dispone expresamente, el juez examinará la continuación de la detención o internación provisional o, en su caso, dispondrá la sustitución por otra medida o la libertad del imputado.

El examen se realizará en audiencia oral con citación de todas las partes; pero la audiencia se llevará a cabo con aquéllos que concurren. Inmediatamente de finalizada y se llevará a cabo dentro de los cuarenta y ocho horas de solicitado, el juez resolverá.



La audiencia prevista en el artículo anterior se llevará a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas de solicitada.

**Comentario.** Vid. comentario al art. 306.

## CAPITULO X

### SOBRESEIMIENTO•

**Comentario.**

Se regulan en este capítulo bajo la misma denominación dos cosas distintas, por un lado se contempla uno de los modos anormales de terminación del proceso penal sin celebración de juicio oral y por ende sin sentencia, el sobreseimiento definitivo y, por otro, el sobreseimiento provisional, que es reconducible a un supuesto de suspensión provisional del proceso hasta que se obtengan los datos precisos para su continuación o transcurra el plazo legal para decretar el sobreseimiento definitivo

La institución del sobreseimiento encuentra su razón de ser en la necesidad de poner fin a los procesos penales iniciados que, por alguna de las causas que la ley contempla, no pueden desembocar en el juicio oral. Razones de justicia, de seguridad jurídica y de cumplimiento de los propios fines del proceso penal exigen poner fin a éste cuando carece de sentido su continuación, bien porque el hecho que se afirma no se ha producido, o producido no está tipificado como delito o porque a favor del que ha sido imputado concurre alguna causa de exención de responsabilidad o no constan elementos bastantes para someterle al enjuiciamiento temiéndose su insuficiencia para destruir la presunción de inocencia.

Este código procesal penal alude pues a dos tipos de sobreseimiento: definitivo y provisional.

a) El sobreseimiento definitivo es aquella resolución jurisdiccional por la que se pone término al proceso penal, cuyo pronunciamiento exige la práctica previa de diligencias instructoras y tiene lugar, generalmente<sup>159</sup>, en la llamada fase intermedia, una vez concluida la instrucción. Se decreta pues mediante una resolución jurisdiccional de carácter definitivo que reviste la forma de auto y que produce, una vez firme, el efecto de cosa juzgada material en su sentido negativo o preclusivo<sup>160</sup> (*ne bis in idem*); es decir, es

---

• Los comentarios a los preceptos que integran este Capítulo han sido realizados por la magistrada, y profra. de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid, D<sup>a</sup> Blanca Rodríguez Velasco.

159 Digo generalmente porque hay supuestos en los que se contempla que el mismo se solicite y se acuerde en la audiencia inicial o a lo largo de la instrucción, pero siempre antes de la apertura de juicio oral, pues como ya se ha dicho en el comentario al artículo 1º, una vez abierto el plenario no podrá terminar más que por medio de sentencia, sea ésta absolutoria o condenatoria.

160 En cuanto a los efectos de cosa juzgada formal y material, específicamente a la eficacia negativa de la cosa juzgada material penal, me remito al comentario efectuado al artículo 277 CPP.

el efecto vinculante de esa decisión en otro juicio criminal, en el sentido de que impide un nuevo proceso penal contra ese mismo sujeto por el mismo hecho. Es por tanto, el sobreseimiento definitivo, equiparable a una sentencia absolutoria "anticipada", tiene el mismo valor que ésta. No se olvide que ello es debido a la proscripción en sede procesal penal de las resoluciones absolutorias en la instancia; o sea, no cabe en lo criminal emitir pronunciamientos definitivos meramente procesales que dejen imprejuzgada la acción, de modo que todos han de entrar en el fondo decidiendo sobre el hecho justiciable y respecto de aquél al que su comisión se imputa. Por ello decimos que es un modo de terminación del proceso y no un modo de conclusión de la instrucción.

Se ha discutido por la doctrina si también producen las resoluciones firmes además del efecto preclusivo o negativo el positivo o prejudicial, lo que ha sido negado por un sector de la literatura cualificada al entender que el valor que pudiere tener la sentencia firme o el auto de sobreseimiento definitivo en otro proceso penal es extraño al efecto prejudicial de la cosa juzgada.

b) El sobreseimiento provisional, que también se acuerda por medio de auto, no concluye el proceso iniciado, lo suspende y ello porque todavía el órgano jurisdiccional al acordarlo no ha llegado a ese grado de certeza necesaria para decidir sobre el proceso en curso. A la vista del material reunido el juez se encuentra en un estado de incertidumbre que considera insuperable *hic et nunc* (aquí y ahora) con los elementos que obran en los autos. No siendo aceptable por tanto la pendencia de la causa o, mejor dicho, no estando suficientemente justificada decide suspenderla hasta que pueda obtener los datos precisos para alcanzar la necesaria certeza que, o bien le lleve a concluir el proceso dictando el correspondiente auto de sobreseimiento definitivo o a concluir la instrucción y a abrir el correspondiente juicio oral. El legislador para evitar que esa incertidumbre se prolongue en el tiempo, lo que permitiría suspender y reanudar el proceso una y otra vez, sin contar con elementos bastantes para justificar el sometimiento del imputado a la carga del enjuiciamiento criminal<sup>161</sup> ha previsto en este Código que la misma tenga una duración determinada.

### Procedencia del Sobreseimiento Definitivo.

Art. 308.- El juez podrá dictar el sobreseimiento definitivo en los casos siguientes:

- 1) Cuando resulte con certeza que el hecho no ha existido o no constituye delito o que el imputado no ha participado en él;
- 2) Cuando no sea posible fundamentar la acusación y no exista, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba;
- 3) Cuando el imputado se encuentra exento de responsabilidad penal por estar suficientemente probada cualquiera de las causas que excluyen ésta, salvo los casos en que corresponde el juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad; y,
- 4) Cuando se ha extinguido la responsabilidad penal o por la excepción de cosa juzgada.

161 Desconociendo pues la exigencia de la proporcionalidad (vid. la Introducción a los Comentarios a este CPP).



## Comentario.

Acoge este artículo los presupuestos concretos que dan lugar al sobreseimiento definitivo. Dado que el auto de sobreseimiento definitivo concluye de modo anticipado el proceso penal, el órgano jurisdiccional ha de haber logrado adquirir sobre su concurrencia un grado de convicción pleno más allá de cualquier duda razonable<sup>162</sup>; es decir, que al producir el sobreseimiento definitivo los mismos efectos que los de la sentencia absolutoria, ha de demandarse al juez un grado de convicción semejante al dictar el auto que el que habría de tener al momento de dictar una sentencia de contenido absolutorio.

Son tres los presupuestos que se contemplan en el número 1 de este artículo para que el juez dicte el sobreseimiento definitivo:

1. a) Que resulte con certeza que el hecho afirmado no se produjo. Al hablar de certeza se está exigiendo en este supuesto una actividad investigadora previa, pues la afirmación fáctica que dio lugar a la iniciación del proceso se refería a hechos constitutivos de delito, si bien cuando de la investigación practicada se obtiene la convicción, más allá de toda duda razonable, de que no concurren indicios racionales de haberse producido el hecho que ha motivado la formación de la causa, carecería de sentido e iría contra los principios del proceso penal enjuiciar a una persona por un hecho que ni siquiera ha existido.

1. b) cuando el hecho no constituye delito. En este caso, a diferencia del anterior, el hecho sí ha existido pero el mismo no se encuentra tipificado como delito, no es punible. Exige también este supuesto una investigación previa de los hechos, pero aquí además el juez ha de examinarlos y valorarlos jurídicamente y cuando de esa valoración fáctica y jurídica obtenga la convicción de que los mismos no son típicos habrá de sobreseer definitivamente el proceso.

1. c) Que el imputado no haya participado en el hecho. Se estima la falta de responsabilidad penal del imputado por su no participación en el hecho que ha dado lugar a la formación de la causa; la valoración, al igual que en el supuesto anterior, se centra en los hechos soslayando el tema jurídico.

2. La hipótesis prevista en este apartado alude a la falta de fundamentos razonables para formular y sostener la acusación, si no subsisten tras la investigación instructora y no hay posibilidad alguna de encontrar otros recurriendo a los medios de inves-

---

162 Certeza en el sentido examinado y expuesto por PEDRAZ PENALVA E., *Derecho Procesal Penal. T.I Principios del proceso penal*, pp 90 y ss., como grado de convencimiento del juez, más allá de toda duda razonable, para estimar el hecho subsumible en el supuesto fáctico de la norma de la que pueda extraerse la consecuencia jurídica.

tigación de que se dispone, lo lógico es que se decline abrir el juicio oral cuando a la vista de los elementos de convicción reunidos resalta su insuficiencia para fundar la acusación. Razones de índole económica (no incrementar los juicios sin base suficiente), de naturaleza personal (el principio de proporcionalidad impone que el sometimiento a juicio y a lo que conlleva sea razonable, adecuado, necesario, etc.<sup>163</sup>), de prestigio de la Justicia (que como fruto de la publicidad el ciudadano pueda comprobar que se utiliza el proceso fundada y razonablemente y no con motivos torcidos, espurios que se revelan jurídicamente insuficientes, etc.) En resumen, abrir el juicio oral cuando se sabe que va a concluir con una sentencia de contenido absolutorio no es aconsejable salvo que se utilice el propio proceso como “pena”<sup>164</sup>.

Parece que este sobreseimiento definitivo debe acordarse cuando se tenga la convicción absoluta de que “la prueba” de que se dispone no va a aclarar nada en el juicio oral con relación al hecho y a la participación del presunto autor, porque lo que falta es precisamente la prueba o ésta es notoriamente insuficiente y no se espera de ningún modo que se vaya a producir otra prueba más y que pueda traerse a la causa.

Adviértase la necesidad de corregir el precedente párrafo. No puede hablarse de prueba en sentido estricto antes y fuera del juicio oral (con las debidas matizaciones respecto de la anticipada, art. 270 CPP); en consecuencia no cabe más que ponderar las fuentes de prueba y su insuficiencia para a través de los respectivos medios de prueba producir la convicción del juzgador. Conéctese este precepto con artículos como el 258 y el 321 CPP a cuyo tenor corresponde al juez hacer una valoración de los hechos y del material obtenido durante la investigación, y en el segundo durante la instrucción, de modo que ante una duda razonable deberá dirigirse al fiscal superior.

Atención especial merecería el inciso final de este número 3 del art. 308: “...salvo los casos en que corresponde el juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad...”. A nuestro criterio la orientación penalista que impregna todo la estructura de este código, a veces con fijaciones en doctrinas como la de Marc ANCEL y su “Nueva defensa social”, cuestionada y en todo caso modulada desde hace tiempo en la doctrina y legislación más recientes, provoca ciertas disfunciones en su exigible adecuación a los textos fundamentales comprensivos de los derechos y libertades de los ciudadanos.

---

163 Vid. en la Introducción las exigencias del principio de proporcionalidad de exquisita importancia a la hora de acordar o no la apertura del juicio oral.

164 En un significado sector de la doctrina se ha venido desde siempre criticando el mal uso del enjuiciamiento penal como medio de forzar actitudes o de perjudicar a sujetos, desde el estigma social que conlleva el verse sometido a un proceso penal y así al escarnio y a la crítica pública, difíciles de superar en ocasiones aunque sea absuelto el reo.



3. Nos encontramos de nuevo en este supuesto ante el necesario examen por parte del juez de los hechos y del derecho y ello ante la concurrencia de causas que afectan a la perfección del delito en sus elementos técnicos, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad. No resulta sencillo concretar este motivo, ya que la exención de responsabilidad criminal en el imputado es sólo demostrable, en la mayoría de los casos, después de realizada toda la prueba, y así tras el juicio oral, de forma que sólo en los supuestos en que haya certeza absoluta de que concurre alguna de las causas de exención de la responsabilidad penal previstas en el artículo 27 del Código Penal (salvo la del nº 4) cabrá sobreseer definitivamente la causa. En la hipótesis del artículo 27-4 del citado Código no cabe el sobreseimiento debiendo seguirse el procedimiento establecido para la aplicación de las medidas de seguridad previsto en los artículos 397 a 399 del Código Procesal Penal a cuyo comentario me remito.

4. En último lugar se prevé el sobreseimiento definitivo cuando concurra alguna de las circunstancias de extinción de la responsabilidad criminal. Es menester asimismo analizar los hechos y el derecho pero, a diferencia de las del supuesto anterior, estas causas no guardan relación con la perfección del delito en todos sus elementos técnicos. Piénsese que en los supuestos de extinción de la responsabilidad penal el Estado ya ha realizado su misión con anterioridad, bien porque la sanción penal ha sido ya cumplida o es de imposible cumplimiento (muerte del condenado o enfermedad incurable en estado terminal), o bien porque medie perdón del ofendido, o porque particulares sentimientos de justicia determinen al Estado, a través de sus instituciones a perdonar el hecho (indulto, amnistía y perdón judicial), o porque dado el tiempo transcurrido desde que se cometió el hecho desaconsejen, por innecesaria la persecución del delito<sup>165</sup> (prescripción).

De las causas de extinción de la responsabilidad penal contempladas en el artículo 96 del código penal salvadoreño no todas pueden alegarse para solicitar y decretar, en caso de concurrencia, el sobreseimiento, pues tal resolución sólo puede dictarse, como último momento procesal adecuado, en la fase intermedia. Así sólo podrán servir como base para el sobreseimiento libre o definitivo la muerte del imputado, la prescripción del delito, la amnistía y el perdón del ofendido; en otros supuestos no sería de recibo habiendo recaído sentencia, hipótesis en que sólo cabría determinar la inejecución del pronunciamiento condenatorio dictado (así art. 96 CPP).

Resulta al menos sorprendente, desde un punto de vista técnico procesal, mezclar en este número 4 la extinción de la responsabilidad penal con la cosa juzgada, pues su dispar naturaleza jurídica, consiguiente diferencia normativa reguladora, fundamento, momento y órgano para su examen –que no en todos los Ordenamientos Jurídico-Procesales coinciden-, etc., hubieren aconsejado su separada regulación. La cosa juzgada

165 Ver comentario a los artículos 441 y siguientes de este Código, en los cuales se examinan cada una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal y su fundamento.

no extingue responsabilidad penal alguna sino que únicamente desde su ser, campo de juego y valor lo que provoca –según se ha indicado– es la imposibilidad de otro enjuiciamiento del mismo sujeto por el mismo hecho (*non bis in idem*), sin que a estos efectos importe si fue condenado o absuelto, o si pudiere o no acreditarse su inocencia o culpabilidad o el cese de su incapacidad para poder ser juzgado.

Por último señalar que, a pesar de lo prolijo y reiterativo que ha sido el legislador al referirse al sobreseimiento, no contempla como causa del mismo la extinción de la acción penal, pero, como se ha explicado al comentar el artículo 277, el sobreseimiento libre es el fruto de la falta de acción, luego cuando ésta se extinga por alguna de las causas del artículo 31 (a cuyo comentario me remito), habrá obligatoriamente que decretar el sobreseimiento definitivo de la causa.

**Concordancias.** Arts. 47, 251 CPP.

### **Sobreseimiento provisional.**

Art. 309.- El sobreseimiento se entenderá provisional cuando los elementos de convicción obtenidos hasta ese momento sean insuficientes para fundar la acusación, pero exista la probabilidad de que puedan incorporarse otros elementos de convicción. La resolución mencionará concretamente los elementos de convicción sobre la participación del imputado que la Fiscalía General de la República ofrece incorporar.

El sobreseimiento provisional ejecutoriado, hará cesar toda medida cautelar.

### **Comentario.**

Como ya dijimos al inicio de este capítulo el sobreseimiento provisional representa, abolida la absolución en la instancia, la manifestación de un estado de duda en el órgano jurisdiccional que le impide decretar la apertura del juicio oral o el sobreseimiento definitivo. Estado de duda que en este momento se concreta en que, ante la insuficiencia de datos objetivos para fundar la acusación y en la creencia de que, en un plazo razonable pueden llegar a obtenerse, se paraliza el curso del proceso, deja de correr el plazo previsto en el artículo 274 y, por ende, no opera la necesidad de solicitar la prórroga contemplada en el 275, para empezar a correr el plazo de un año estipulado en el artículo 310, todos ellos del CPP. Téngase en cuenta que la insuficiencia de elementos de convicción puede venir referida a cualquiera de los datos objetivos que la conforman a cuestiones fácticas y probatorias, no jurídicas, sea sobre la participación del imputado o sobre la existencia del hecho y de las circunstancias de su realización, ya que de lo que se carece es del material necesario para fundar la acusación que ha de estar delimitada objetiva y subjetivamente. Por ello no se entiende que el último inciso del artículo que nos ocupa establezca que “la resolución que se dicte ha de mencionar los elementos de convicción sobre la participación del imputado que la Fiscalía Gene-



ral de la República ofrece incorporar”, pues la resolución, en consonancia con lo prescrito en el artículo 311 CPP, ha de estar delimitada objetiva y subjetivamente, luego si la incertidumbre viene referida al hecho o a las circunstancias de su comisión, la Fiscalía en su petición de sobreseimiento provisional habrá de mencionar los elementos de convicción que sobre cualquier extremo ofrezca incorporar.

Cabría preguntarse si con posterioridad al sobreseimiento provisional se obtuvieren elementos, datos o indicios sobre extremos que no “se ha ofrecido su incorporación” por la fiscalía de la República, cabría su rechazo. A nuestro juicio tendrían que admitirse dado que el sobreseimiento provisional no pone término a la instrucción sino que la mantiene en suspenso, por lo que, apareciendo nuevos datos se levantaría la suspensión y reanudándose el proceso se incorporarían los nuevos elementos conseguidos. Piénsese además que sería así, además, por cuanto el objeto del proceso penal no queda definitivamente fijado hasta que no se formula escrito de acusación.

Por último proclama este artículo el levantamiento de toda medida cautelar, personal o real, una vez firme y ejecutorio el auto de sobreseimiento provisional, lo que está en consonancia con las características de instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad y necesidad de las medidas cautelares estudiadas en el capítulo VIII de este Código a cuyo comentario me remito.

**Concordancias.** Art. 310 CPP.

### **Efectos del Sobreseimiento Provisional.**

Art. 310.- Cuando dentro del año contado a partir de la fecha en que se pronuncie la resolución del sobreseimiento provisional surjan nuevos elementos de prueba sobre la participación que tornen viable la reapertura de la institución; el juez, a petición de la Fiscalía General de la República, la decretará y si es necesario la aplicación de nuevas medidas cautelares.

### **Comentario.**

Se regula en este precepto el plazo durante el cual puede mantenerse ese estado de incertidumbre que supone el sobreseimiento provisional con relación a la terminación o continuación del proceso iniciado. La Fiscalía General de la República dispone del plazo de un año para aportar los elementos de convicción sobre los hechos o la prueba cuyo ofrecimiento hizo al solicitar el sobreseimiento provisional de la causa.

Si el juez, examinados los nuevos datos incorporados estima que son suficientes para fundar la acusación y el Fiscal lo solicita (no cabe acordarla *ex officio*), reanudará el proceso decretando, en su caso, las medidas cautelares necesarias. En el supuesto de que el juez no encuentre viable tal reanudación, nada dice el legislador, con lo que la



vía a utilizar por el órgano jurisdiccional sería la prevista en los arts.258 y 321 de modo que acudiría al fiscal ordenando la remisión de las actuaciones al fiscal superior y, caso de que fuere confirmado por éste, habría de acatar la solicitud fiscal. Nos encontraríamos ante el supuesto del número 2 del artículo 308 y tendría que sobreseer definitivamente la causa.

No especifica tampoco el Código qué sucede si transcurrido el plazo de un año la Fiscalía no aportara los elementos ofrecidos. Parece que en ese caso habrá de dictar el sobreseimiento definitivo, poniéndose coto temporal a la situación de incertidumbre en la que vivirá el imputado cuya causa esté provisionalmente sobreseída. La aparente Justicia de este acotamiento cronológico puede llegar a chocar frontalmente con la realidad procesal favoreciendo la impunidad de los actos punibles más graves, más complejos de investigar y/o más hábilmente perpetrados, pues el transcurso de tan breve espacio de tiempo al conducir al sobreseimiento definitivo con su inherente fuerza de cosa juzgada hará imposible una posterior persecución del hecho. Los delitos de bagatela o a aquellos de más lineal comisión serán contrariamente a los anteriores los que sean enjuiciados. Sería factible reflexionar acerca de si la infraestructura de la Justicia de nuestro país (en medios materiales y personales) permite tan limitado tiempo para poner fin a la instrucción fiscal. En muchos otros Estados el sobreseimiento se vincula a la prescripción del delito y/o de la acción penal.

Expresado de otro modo, su simple lectura indica que es una vía idónea para la impunidad. El legislador, en su ansia de rapidez y de eliminación de causas pendientes a efectos estadísticos ofrece la coartada perfecta al delincuente que ha sabido ocultar las evidencias, y facilita las corruptelas, ya que bajo la insuficiencia de elementos de convicción se solicita por el Fiscal y se acuerda por el juez el sobreseimiento provisional disponiendo la suspensión del proceso durante un año, si durante ese año no se dedicara tiempo a la investigación, bien por olvido, por motivos espurios o por exceso de trabajo nos encontraríamos al finalizar el plazo de un año con un auto de sobreseimiento definitivo con todos sus efectos. El legislador hubiera hecho mejor fijando como plazos para la posibilidad de aportar datos a la causa, o para sobreseer definitivamente el proceso, los plazos de prescripción del delito, pues eliminaría así la causa de la secretaría a efectos estadísticos, y permitiría su reapertura en caso de obtenerse los datos precisos.

### **Concordancias.**

Art. 309 CPP.

### **Forma y contenido.**

Art. 311.- El sobreseimiento, tanto definitivo como provisional, contendrá:

- 1) Identificación del imputado;
- 2) Descripción del hecho que se le atribuye;
- 3) Fundamentación, con un detallado análisis de la prueba;
- 4) Pronunciamiento sobre la responsabilidad civil; y,
- 5) La cita de las disposiciones legales aplicables.



## Comentario.

Se especifican en este artículo los requisitos que han de contener los autos de sobreseimiento definitivo y provisional, a los cuales, en relación al sobreseimiento provisional, ha de añadirse el contenido en el artículo 309, debiéndose mencionar en él los elementos de convicción “sobre la participación” del imputado que la Fiscalía General ofrece incorporar, pues trata de asegurar, suponemos, los principios acusatorio y de contradicción.

El primero y el segundo de los requisitos se refieren a la delimitación de los elementos subjetivos y objetivos sobre los que recae la decisión, que son los que van a servir de parámetro con posterioridad, en el caso del sobreseimiento definitivo para desplegar los efectos de la cosa juzgada material, y en el supuesto del sobreseimiento provisional para valorar si los nuevos elementos de convicción aportados sirven o no a la reanudación y prosecución de la causa.

El tercer requisito se refiere a la necesaria motivación<sup>166</sup> de la resolución, una vez realizado el relato fáctico ha de hacerse una detallada expresión del análisis de los datos probatorios<sup>167</sup> aportados en orden a la formación del grado de convicción obtenido y del razonamiento jurídico seguido hasta llegar a la decisión adoptada.

El cuarto requisito, pronunciamiento sobre la responsabilidad, a mi juicio sólo será posible cuando el sobreseimiento definitivo se decrete en virtud del n° 3 del artículo 308 o por alguna de las causas de extinción de la responsabilidad<sup>168</sup>.

El último de los requisitos hace referencia a la fundamentación jurídica de la resolución, no puede limitarse el auto a reflejar un catálogo de artículos y de normas legales, pues el justiciable ha de poder apreciar que la resolución dictada es una aplicación razonada de las normas que se consideran aplicables al caso, que no es producto de la arbitrariedad, de modo que la resolución ha de expresar en primer lugar los hechos a los que se aplica el derecho y la inferencia de éste a la Ley para así poder conocer la tesis del juzgador y tener con ello los elementos de juicio suficientes para poder ejercitar el derecho de defensa.

## Concordancias.

Arts. 308, 309 CPP.

---

166 Sobre la motivación de las resoluciones judiciales ver PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal Penal. T.I Principios de Derecho Procesal Penal*, op. cit., pp. 342 y ss.

167 Datos probatorios suficientes para lograr la convicción, pues ya sabemos que prueba en sentido estricto no es más que aquella que se produce en el juicio oral.

168 Ver comentarios a los artículos 45, 46, 47 y 247 de este CPP.

## **Recursos.**

Art. 312.- El sobreseimiento definitivo o el provisional durante la instrucción, serán apelables. Si el delito mereciere por su naturaleza pena de prisión superior a tres años y se interpusiere apelación del auto de sobreseimiento provisional, el juez deberá sustituir la detención provisional u otra medida cautelar, por una o varias de las medidas cautelares sustitutivas establecidas en el Art. 283 de este Código. En todo caso las medidas sustitutivas, no podrán exceder de un año, contado a partir del momento de la fecha en que se pronunció la referida resolución.

Si el delito mereciere pena de prisión cuyo máximo sea de tres años o menos, o pena de multa, se levantará inmediatamente cualquier medida cautelar que se haya impuesto, aun cuando se hubiere apelado del sobreseimiento provisional.

## **Comentario.**

El auto de sobreseimiento, señala este artículo, es susceptible de ser recurrido en apelación. No obstante el recurso, el auto de sobreseimiento definitivo despliega todos sus efectos en orden a las medidas cautelares que se hubieran adoptado, con relación al imputado o a sus bienes, dejándolas sin efecto.

De tratarse de sobreseimiento provisional recaído en delito cuya pena señalada sea superior a tres años de prisión, cesará la detención provisional u otra medida cautelar y en su lugar se acordarán cualesquiera otras menos gravosas de entre las previstas en el artículo 295 de este Código ( indicamos este artículo que es el que regula las medidas sustitutivas de la detención provisional, pues el 283 que se cita en el precepto cuyo comentario nos ocupa se dedica a las excepciones dilatorias.) Las nuevas medidas cautelares que se acuerden no pueden tener una duración superior a un año a contar desde la fecha en que admitiéndose el recurso de apelación se adoptaron las nuevas medidas cautelares.

Cuando el delito tenga señalada pena de hasta tres años de prisión o pena de multa, el recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento provisional no afecta a la cesación de las medidas cautelares, que se dejarán sin efecto tan pronto se decrete el sobreseimiento, sin esperar a que sea firme como parecía establecer el artículo 309 CPP.

## **Concordancias.**

Arts. 295, 417 y sig. CPP.



## CAPITULO XI

### AUDIENCIA PRELIMINAR•

#### Comentario.

En la fase intermedia se viene a determinar si concurren o no los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral, en ella se hace por el órgano jurisdiccional un juicio de razonabilidad sobre lo que se afirma en la acusación.

Siguiendo la estructura del proceso común concebido por este CPP nos hallamos, aunque expresamente no se diga, ante la denominada fase intermedia, esta fase se inicia con el dictamen del fiscal y del querellante (art. 313) se desarrolla en la audiencia preliminar y termina con la resolución que decreta la apertura del juicio oral o el sobreseimiento, en los demás supuestos quedaría en suspenso el proceso hasta que transcurrieran los plazos legales o se cumplieran las condiciones fijadas o el acuerdo conciliatorio, produciéndose con ello la extinción de la acción penal<sup>169</sup> y el subsiguiente sobreseimiento.

La finalidad esencial de la audiencia preliminar, y por ello constituye verdadera fase intermedia, es ejercer un control sobre la decisión de perseguir la infracción penal tomada en la fase preparatoria, en la audiencia inicial, así como decidir acerca de la apertura o no del juicio oral. En ella se comprueba si existe, a la vista de los hechos y de los fundamentos de derecho que se presentan ante el juez, una sospecha razonable de la comisión de una infracción penal. El fiscal se dirige al juez de instrucción fijando el objeto del proceso, es decir delimita los hechos y la persona o personas a las que se atribuye su comisión y es el juez el que examinando tales hechos y los fundamentos de la acusación ha de decidir si los mismos constituyen base suficiente para la apertura del juicio oral, pues en otro caso habrá de sobreseer el proceso. No se trata de decidir sobre la culpabilidad o la inocencia del imputado, sino si existe base suficiente para abrir el juicio oral.

Dicho esto parecería lógico que sólo tuviera lugar la audiencia preliminar cuando se hubiera formulado acusación, pero esto no es así en el derecho salvadoreño, esta audiencia se va a celebrar siempre que se llegue hasta el momento fijado en la Ley para la proposición del dictamen previsto en el artículo 313, sin que se haya solicitado la aplicación de un criterio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, la aplicación del procedimiento abreviado o la proposición de conciliación, pues sobre ello puede versar el dictamen del acusador y sobre ello ha de resolver al final el juez instructor.

- Los comentarios a los artículos 313 a 323, ambos inclusive, integrantes de este capítulo XI, han sido realizados por el prof. Dr. Ernesto Pedraz Penalva, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid

169 Ver comentario a los artículos 20 a 23, 31, 32 y 33 CPP.

Se otorga además a esta audiencia preliminar una función saneadora (artículo 316, 1 y 3) y una función conciliadora (artículo 319.)

### **Dictamen.**

Art. 313.- El fiscal y el querellante podrán proponer hasta diez días antes de la fecha fijada para la audiencia preliminar:

- 1) La acusación;
- 2) El sobreseimiento definitivo o provisional;
- 3) La aplicación de un criterio de oportunidad de la acción pública;
- 4) La suspensión condicional del procedimiento;
- 5) La aplicación del procedimiento abreviado, cuando la pena requerida no sea privativa de libertad o sea prisión no superior a tres años; y,
- 6) La conciliación.

Si por negligencia o fuerza mayor el fiscal no presenta solicitud alguna, el juez intimará al fiscal superior para que lo haga dentro de las siguientes veinticuatro horas.

En caso de que el fiscal o el querellante solicite un sobreseimiento y se trate de los supuestos señalados en el artículo 45 número 2 de este Código, o de la aplicación de un procedimiento abreviado, podrá solicitar si fuere procedente, que el Juez de Instrucción se pronuncie en la audiencia preliminar sobre la reparación de los daños y perjuicios.

### **Comentario.**

La garantía de que el proceso se desarrolle por el impulso de un sujeto diferente del órgano jurisdiccional obliga a que no se pueda pasar a la fase de juicio oral sin que haya petición por un sujeto distinto del juez. En este sentido, el CPP salvadoreño exige que, diez días antes de la fecha fijada por el juez de instrucción para la celebración de la audiencia preliminar<sup>170</sup>, el fiscal y el querellante han de formular ante el mismo la petición sobre la que éste ha de pronunciarse tras la celebración de la audiencia preliminar, previa puesta en conocimiento del imputado de su contenido para que pueda alegar lo que a su derecho convenga y se fija este artículo el contenido que puede tener la solicitud.

1. La primera posibilidad es que el fiscal, el querellante o ambos propongan la acusación, esto significa que están solicitando la apertura del juicio oral y por tanto han de formular escrito de acusación comprensivo de los requisitos establecidos en el artículo 314 (a cuyo comentario me remito).

2. En segundo lugar puede consistir el dictamen en una petición de sobreseimiento definitivo o provisional, siendo de aplicación lo previsto en los artículos 308 y siguientes a cuyo comentario me remito.

---

170 Ver artículos 266, 274 y 275 CPP así como los comentarios a los mismos.



**3.** En cuanto al contenido del dictamen previsto en los números 3, 4, 5 y 6 me remito en cuanto a su estudio y crítica a los comentarios efectuados a los artículos 20 a 24, 32, 33 y 248. Reiterar, por lo que se refiere a la posibilidad de que el fiscal en su dictamen pueda proponer la conciliación, que el objeto del proceso penal es indisponible, como ya se dijo en el comentario al artículo 2 de este código, y en caso de que se admitiera por razones de oportunidad (como se admite), la proposición de conciliación debería partir únicamente de aquél que está en posición de conciliar que no es otro que la víctima -querellante.

**4.** La formulación del dictamen por el fiscal es obligatoria, lo que es facultativo es el contenido, de modo que si no se presenta solicitud en el momento procesal oportuno, el juez debe dirigirse al fiscal superior para que emita el dictamen en un plazo de 24 horas, pudiendo ser corregido disciplinariamente el que omitió la solicitud. Nada se dice con relación al querellante, es cierto que éste puede desistir de la querella en cualquier momento e incluso abandonarla, y también es cierto que el artículo 104 no contempla como causa para tener por abandonada la querella la no formulación del dictamen pero sí la inasistencia a la audiencia preliminar sin justa causa, por lo que entiendo que en caso de que el querellante no presente en el tiempo previsto su solicitud, haya de entenderse que ha abandonado su querella y ello porque el querellante acusa, a diferencia del fiscal, de modo voluntario, y porque el plazo establecido para la emisión de este dictamen es el momento preclusivo para la formulación de la acusación si no se formula alguna de las demás solicitudes que previene este artículo.

**5.** Como ya se ha dicho el sistema de acumulación de pretensiones heterogéneas que prima en este Código, y la vigencia, entre otros, del principio de economía procesal, permite que se decida sobre la responsabilidad civil por el juez de instrucción aunque se decrete el sobreseimiento de la causa<sup>171</sup>.

**Concordancias.** Arts. 255 Inc. 1º, 128, 180, 203, 248, 256 CPP.

### **Requisitos de la Acusación.**

Art. 314.- La acusación contendrá, bajo pena de nulidad:

- 1) Datos personales del imputado, o si se ignoran, los que sirvan para identificarlo;
- 2) Relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho atribuido;
- 3) Fundamentación de la imputación, con expresión de los elementos de convicción que la motivan;
- 4) Calificación jurídica, con expresión precisa de los preceptos legales aplicables; y,
- 5) Ofrecimiento de prueba para incorporar en la vista pública.

171 Ver comentario de los artículos 42, 47 y 247-3º

Con la acusación, el fiscal remitirá al juez las actuaciones y las evidencias que tenga en su poder.

El fiscal o el querellante podrán en su acusación, señalar alternativamente, las circunstancias del hecho que permitan calificar el comportamiento del imputado en un delito distinto, a fin de posibilitar la correcta defensa del imputado.

En la acusación el fiscal deberá solicitar, si fuere procedente, el pronunciamiento del tribunal de sentencia sobre el contenido de la reparación civil de los daños.

### **Comentario.**

La acusación implica la afirmación por parte de un sujeto de la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para el enjuiciamiento de una determinada persona por la comisión de un hecho concreto pidiendo al órgano jurisdiccional que por ello le imponga una pena.

El principio acusatorio tiene así su culminación en el momento en que hay que proceder a formular la acusación por parte de las personas que pueden realizarla y que son siempre distintas del órgano jurisdiccional. El instrumento formal para ello es el escrito de acusación cuyo contenido se fija en este artículo bajo pena de nulidad, esto significa que no se establecen en él meros requisitos formales, sino elementos esenciales que configuran la acusación misma y por ello, su ausencia, conlleva la sanción procesal máxima. Adviértase que se rechaza la posibilidad de formular oralmente la acusación, prevista en Ordenamientos como el alemán, en cuyo procedimiento “acelerado” (*Beschleunigtes Verfahren*), y en el §212.a.2º de la StPO (Ordenanza Procesal Penal Alemana), se proscribe explícitamente su realización por escrito.

En este momento los acusadores ponen en conocimiento del juez de instrucción cuál es el hecho punible que se afirma cometido, en qué circunstancias se ha cometido, cuáles son las consecuencias jurídicas penales y civiles de ese hecho y quién es el sujeto que se afirma que lo cometió. Con ello se dejan fijados los límites para la defensa del hasta ahora imputado.

Queda fijado en este momento, de modo definitivo<sup>172</sup>, objetiva y subjetivamente el proceso a efectos de apertura de juicio oral.

---

172 Definitivamente aunque con carácter provisional, pues con carácter definitivo solo queda fijado en el acto de juicio oral, después de practicada la prueba, cuando las partes expresen sus conclusiones finales (ver artículo 353 CPP).



## Contenido.

1. El primer requisito hace referencia a la necesaria identificación del imputado, delimitación subjetiva del proceso, y con relación a ello sirve lo dicho en el comentario 2 del artículo 247, únicamente añadir que ha de fijarse en qué concepto se acusa al imputado si como autor, partícipe, etc..

2. El segundo de los requisitos delimita objetivamente el proceso, de modo que individualizado el hecho no existe ya posibilidad de variarlo y el órgano jurisdiccional se verá vinculado al esencial que fundamente la acusación. Es el hecho afirmado, jurídicamente relevante (justiciable), el que identifica el proceso desde este punto de vista, no el hecho “jurídico”, afectando pues al hecho afirmado objeto del enjuiciamiento y de la sentencia la cosa juzgada. El agregado de otro hecho en el juicio oral provoca la imposibilidad de continuar por lo que habría de suspenderlo a fin de llevar a cabo una instrucción suplementaria y así su calificación provisional o formulación del escrito de acusación de este art. 314.

3. Con el fundamento de la imputación se alude a los datos o elementos que para el fiscal son decisivos o determinantes no ya sólo de la existencia del hecho justiciable sino también de su atribución subjetiva conformando de este modo el núcleo en el que se apoya para formular acusación. Será menester incorporar relacionadamente tales datos y así conformando lógicamente la explicación de la deducida pretensión del fiscal. Caso de no fundamentar la acusación habría que proceder al sobreseimiento definitivo con apoyo en el art. 308.2 CPP

4. No es bastante con incorporar un hecho cuya afirmada historicidad se razone “a limine” al igual que la participación en el mismo del imputado, es indispensable también que se introduzca un hecho jurídicamente calificado. Indico así el doble aspecto que precisa jurídicamente: título de condena o calificación penal del hecho y, lo que no aparece explicitado en este art. 314, petición de pena. No es constitucionalmente aceptable, y tampoco pues procesalmente, que el tribunal cambie el título de condena aunque mantenga la identidad sustancial del *factum*, por cuanto la subsunción y consiguiente persecución de un hecho por un título u otro (estafa -art. 215 CP-, apropiación indebida -art. 217 CP- o administración fraudulenta -art. 218 CP-), puede dar lugar a desconocer el derecho de defensa del imputado quien condenado por un título en lugar de por otro podría haber padecido indefensión pues no tuvo oportunidad de desvirtuar la concurrencia de estos elementos normativos. Se defendió frente a la acusación por estafa -individualizado así jurídicamente el hecho durante la instrucción y a lo largo del juicio- pero al ser condenado por apropiación indebida, que en ningún momento fue mencionada, no se le brindó la oportunidad de contradecirla. Dicho de otro modo es absoluta, plena y radicalmente necesario que el reo haya tenido la posibilidad de defenderse de todos y de cada uno de los elementos que integran el tipo delictivo para que no resulte desconocido el derecho de defensa y así para evitar la revocación de la sentencia. El legislador procesal ha sido consciente de todo ello cuan-



do exige al fiscal o al querellante señalar alternativamente las circunstancias del hecho que permitan calificar el comportamiento del imputado en un delito distinto, a fin de posibilitar la correcta defensa del imputado.

5. El aforismo *iudex iudicet secundum allegata et probata partium* impone que el que afirma acredite lo dicho. Incumbe pues a la acusación no sólo introducir el hecho que mantiene penalmente reprochable sino asimismo aportar las fuentes de prueba que a través de los medios probatorios sirvan, más allá de toda duda razonable, para fundar la convicción del juzgador. La atribución de esta actividad a la acusación constituye elemento determinante del nuevo proceso penal surgido en la postguerra mundial. En ningún caso se precisa actividad exculpatoria del imputado quien puede -con mayor o menor riesgo por su inacción- limitarse a esperar el fracaso del fiscal en el acreditamiento de su acusación. Y digo acreditamiento y no prueba, como ya se ha indicado pues la actividad probatoria *stricto sensu*, en el sentido de ponderar, valorar o apreciar los elementos de convicción introducidos en el juicio compete al órgano jurisdiccional quien considerará probada la acusación y condenará o considerará no probada la acusación y absolverá.

En armonía con el extremo 3 de su escrito -y a fin de permitir su eventual control por el juez de instrucción- habrá de acompañar el fiscal al escrito de acusación todas las actuaciones y evidencias en su poder.

Al analizar el punto 4: título de imputación ya destaqué que el legislador impone al querellante determinar, aún alternativamente, los elementos permisivos de una calificación jurídica según un delito distinto. Conscientemente hablo de imponer o de exigir pese a que el legislador habla de "podrán". No es inteligible tal expresión en el sentido de una facultad sino en el de que deben individualizar las circunstancias permisivas de una calificación alternativa (si así optaran) para que no resulte violado el derecho de defensa del imputado.

En coherencia con la acumulación heterogénea del objeto civil, prevista en los arts. 42 y siguientes de este CPP (a cuyos comentarios me remito) el fiscal habrá de solicitar del tribunal un pronunciamiento sobre la reparación del daño, indemnización de los perjuicios y/o restitución de la cosa. Aunque explícitamente no se prescriba en este artículo 314 ha de entenderse que tendrá que justificar fáctica y jurídicamente la pretensión civil que deduzca.

**Concordancias.** Arts. 128, 180 y sig., 203, 248 CPP.

### **Audiencia Preliminar.**

Art. 315.- Presentada la acusación o las otras solicitudes previstas en la ley, el juez dentro de las veinticuatro horas intimará a las partes a que concurran a la audiencia preliminar y pondrá a disposición de todos los convocados las actuaciones y las evidencias, para que puedan consultarlas en el plazo común de cinco días.



### Comentario.

Poco hay que decir sobre esta norma en la que el legislador se limita a fijar un plazo perentorio de veinticuatro horas para que el juez emplace a los acusadores y a imputados para que tras la puesta a disposición del material producido en la instrucción hagan valer lo que a su derecho convenga respecto a las solicitudes deducidas por el fiscal y querellante. Con objeto de que puedan preparar la comparecencia dispondrán del plazo común de cinco días para consultar las actuaciones y evidencias aportadas por el fiscal. Insisto en que el juez no dispone del trámite sino obligatoriamente habrá de intimar a las partes y asimismo deberá hacerlo dentro de las veinticuatro horas de la presentación de la acusación u otras solicitudes por el ministerio público.

**Concordancias.** Arts. 14, 255, 271, 319, 325, 326, 327, 328, 329, 331, 332, 333, 335, 336, 337 CPP.

### Facultades y Deberes de las Otras Partes.

Art. 316.- Dentro de los cinco días previstos en el artículo anterior, el defensor o en su caso el fiscal o el querellante por escrito podrán:

- 1) Señalar los vicios formales o la falta de fundamento de la acusación;
- 2) Objetar la petición de sobreseimiento;
- 3) Plantear excepciones previstas en este Código, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos;
- 4) Solicitar sobreseimiento, definitivo o provisional;
- 5) Proponer suspensión condicional del procedimiento;
- 6) Requerir aplicación del procedimiento abreviado;
- 7) Proponer la conciliación;
- 8) Pedir aplicación de algún criterio de oportunidad de la acción pública;
- 9) Solicitar imposición o revocación de una medida cautelar;
- 10) Requerir anticipo de la prueba irreproducible en el juicio;
- 11) Proponer cualquier otro incidente que permita una mejor preparación del juicio o evite su fracaso;
- 12) Ofrecer los medios de prueba necesarios para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar; y,
- 13) Ofrecer la prueba que pretendan producir en la vista pública cuando el querellante o el fiscal hayan acusado.

### Comentario.

En un desdoblamiento que acaso escinde la unidad de este y el anterior precepto el legislador prevé asimismo, en los cinco días que otorga a los convocados para consultar las actuaciones y evidencias remitidas por el fiscal, que el defensor o en su caso el fiscal o querellante puedan por escrito formular los extremos siguientes:

**1)** Señalar los vicios formales o falta de fundamento de la acusación. Parece un contrasentido pensar en que el fiscal pueda denunciar defecto o falta en su escrito. Únicamente podría pensarse en que a tenor del 84 párrafo segundo sería factible completar o subsanar algún defecto o insuficiencia no trascendental advertidos. Es aceptable a mi juicio pues de ese modo huyendo de un formalismo irritante y enervante, al resaltarlo facilita con tiempo a la contraparte su conocimiento y favorece la huida de discusiones rituarías. Empero no sería admisible la hipótesis contraria de acudir a esta vía subsanadora en el último momento del término concedido de los cinco días para alterar, modificar o completar sustancialmente el escrito fiscal. A mi juicio el juez instructor deberá rechazar tal escrito “complementario” y resolver lo procedente, incluyendo ya la posibilidad de sobreseer y archivar o la de admitirla si le constare la concurrencia de justificación bastantes que pudiese explicar tales anomalías o defectos, pero concediendo de nuevo el plazo de cinco días para consulta de los convocados.

**2)** Objetar la petición de sobreseimiento. En esta hipótesis es lógico que sean los acusadores los que tengan interés en oponerse al mismo y el defensor sólo cuando considere que procede el definitivo en lugar del provisional.

Los motivos de oposición vienen expuestos, *mutatis mutandis*, en el art. 308 (respecto del definitivo) y en el 309 (respecto del provisional). Así, no resultando con certeza la existencia del hecho o que éste constituye delito o la participación en él del imputado, se alegará y acreditará a fin de convencer al juez de que no ha lugar al sobreseimiento sino a acordar la apertura del juicio oral. Siempre teniendo en cuenta que el sobreseimiento definitivo no produce en todo caso la extinción de la acción civil, según se regula en el art. 45.2 CPP, debiendo en esos casos proceder el juez a pronunciarse sobre la responsabilidad civil antes de dictar el sobreseimiento definitivo (art. 46 CPP)

**3)** Deducir como artículos de previo pronunciamiento aquellas cuestiones previas (cosa juzgada, prescripción, etc) no planteadas antes o fundadas en hechos nuevos. Nada hay que añadir pues a lo comentado al art. 277 CPP.

**4)** La petición de sobreseimiento en sus dos modalidades habrá de ajustarse a lo prevenido en los arts. 308, para el definitivo, y 309 de este código procesal penal.

Para los números 5), 6), 7) y 8) me remito a lo dicho en los correspondientes preceptos: arts. 22 y 256.6; 256.7, 379 y 380; arts. 31.2, 32, 33, 256.9; 20, 21, 31.6.

La imposición o revocación de alguna medida cautelar, además de la posibilidad de pedir su modificación -aunque expresamente no se indique- ha de regirse por los arts. 285 y siguientes y lo en ellos indicado.

Acerca de la anticipación de la prueba ha de acudirse a lo ya dicho en el art. 270 CPP.



En el apartado 11º se contempla la posibilidad de suscitar cualesquiera cuestión que haga posible una mejor preparación del juicio o evite su fracaso. Esta norma en blanco favorece el planteamiento de óbices que subsanados aquí y ahora evitarán ya un enjuiciamiento que concluya en absolucón por irregularidades no solventadas o solventables ya en paralizaciones que provoquen una duración lesiva del derecho a un proceso en un plazo razonable. Nada parece impedir que todavía en esta audiencia puedan alterarse o modificarse elementos determinantes del proceso, sin mayor coste que el que puede suponer una ampliación de la instrucción con la práctica de diligencias específicas o la reorientación -con mucha prudencia- subjetiva del proceso, pero siempre con escrupuloso respeto de las exigencias constitucionales y de los Tratados suscritos por El Salvador.

Los dos últimos números, 12 y 13, aluden a los medios de prueba ya a utilizar en la propia audiencia preliminar ya a ofrecer la prueba prevista para su práctica en el juicio oral si fiscal o querellante hubieren acusado.

En mi opinión, ni son comparables entre sí los números 12 y 13 ni tampoco es de recibo conectar el 12 con el 10. Muy brevemente por haberlo ya reiterado en otros preceptos (vid. al art. 270 CPP), insistiré en que prueba es aquella actividad verificada por el juez mediante el cotejo o comparación de las distintas afirmaciones y los resultados obtenidos de los diferentes medios de prueba practicados en el juicio, y así acatando indispensablemente los principios de inmediación<sup>133</sup>, oralidad, concentración, publicidad<sup>134</sup>, contradicción. Dedúcese por ende que es el sentenciador el que prueba; que a él deben dirigirse acusadores y eventualmente de acusados introduciendo las fuentes de prueba de que dispongan a través de los medios procesalmente previstos, para permitir la comprobación o ponderación a realizar por el juez sentenciador; que dicha actividad de acusadores y acusados persigue formar la convicción del juzgador, más allá de cualquier duda razonable acerca de la existencia del hecho afirmado, su punibilidad y atribución subjetiva al imputado. De este modo, y aunque ya lo he indicado en otros preceptos, recalcaré que no tienen en sentido estricto naturaleza probatoria aquellas actuaciones dirigidas a un juez distinto del instructor, para que éste forme su convicción no acerca de lo que constituye objetiva y subjetivamente el proceso sino a aspectos que simplemente facilitan o preparan el juicio oral, incluso aunque vayan orientados a permitir la adopción de alguna o algunas decisiones singularmente atinentes a decretar o no la apertura del juicio, el sobreseimiento, etc. Ello es así salvo que en una concepción desbordada y así desnaturalizada se piense que cualquier actividad tendente a convencer a cualquier juez de cualquier cosa es probatoria, desdeñando los impe-

133 Sin perjuicio de las comisiones rogatorias, auxilio internacional, etc. Vid. Entre otras el art. 335 CPP

134 Con las excepciones previstas legalmente y siempre desde el juego de la proporcionalidad, atendiendo a la moral, orden o interés público o tutela de un tercero (así delitos contra menores de edad, etc.).

rativos que necesariamente habrían de acompañarla: contradicción, publicidad, inmediación, llevada a cabo en juicio oral, etc. El propio juego de estos principios exige precisamente la concurrencia de todos ellos, salvo en hipótesis excepcional y legalmente previstas (prueba anticipada): no es factible hablar de inmediación sin referencia al contacto directo del sentenciador con los elementos materiales y personales, lo que también requiere oralidad; si no se desarrolla en el juicio oral el sentenciador no podrá percibir inmediatamente la resultancia probatoria pues aún no conoce (salvo que infringiendo otros principios sea el mismo juez el que instruya y conozca), etc.

Reanudando el *iter* indicaré pues que el punto 10 se refiere a la posibilidad de que gozan acusadores y acusados de acreditar su solicitud o de contradecir la petición de sobreseimiento, aplicación del principio de oportunidad, suspender condicionalmente el proceso, etc. Única y exclusivamente ha de versar sobre estos extremos la iniciativa de acusadores y acusados –y en su caso del propio juez, art. 318 CPP– con miras a lograr que el juez instructor asuma sus propuestas. El resultado de lo que se diga o haga ante el instructor no puede ni debe servir de base para absolver o condenar, pues en exclusiva ha de formar su convicción el sentenciador fundado en lo hecho y dicho ante él. Lo asertado es comprobable legalmente examinando el art. 320 que se corresponde con este art. 316 y así previniendo que el juez resolverá sobre cada uno de los extremos del art. 316. Por cierto, art. 320 que podría haberse resuelto con dos líneas: el juez decidirá sobre lo solicitado según el art. 316 adoptando las medidas oportunas para su efectividad.

Si tiene sentido la proposición de los medios de prueba de que pretenden hacer uso en juicio oral, siempre que se tenga en cuenta que no es aceptable en lo criminal un momento preclusivo rígido. Siempre habrá de aceptarse la entrada en juicio de aquellas fuentes de prueba desconocidas hasta el momento, o referentes a hechos nuevos, con singular protección del interés del acusado en mantener la presunción de inocencia. Este mismo significado tiene la posibilidad ofrecida en el art. 333.6 CPP

### **Concordancias.**

Arts. 9, 13, 14 CPP.

### **Ofrecimiento de Prueba.**

Art. 317.- Para ofrecer prueba testimonial será necesario presentar la lista de testigos, con indicación del nombre, profesión, domicilio, residencia o el lugar donde puede ser localizado. Se presentarán también los documentos que no han sido ingresados antes, o se señalará el lugar en donde se hallan, para que el juez o tribunal los requiera. La prueba será ofrecida con indicación de los hechos o circunstancias que se pretenden probar, bajo pena de inadmisibilidad.

### **Comentario.**

La redacción de esta norma obedece a ineludibles exigencias, de una parte, a facilitar la presencia de los testigos o la recepción de los documentos que se indiquen,



a cuyo fin se ofrecerán los datos indispensables para que puedan ser citados con tiempo los testigos o requerida la aportación documental; de otra parte, a permitir a los defensores o, en su caso a los acusadores (si fueren propuestas por aquéllos), el que puedan preparar sus alegatos evitando aportaciones sorpresivas sin tiempo ni medios para conocer y meditar su respuesta.

Ratificándome en lo precitado, advertiré que no obstante ha de admitirse el testimonio de aquellas personas cuya existencia fuere conocida con posterioridad o de las que se supiere después la trascendencia para la causa de su conocimiento.

Sorprende que el legislador haya olvidado reseñar idéntica precaución respecto de los peritos. Aunque los expertos sean fungibles y así sustituibles por cualquier otro con los conocimientos especializados, precisamente conocer la identidad, y sus posibles vínculos con los diversos sujetos del proceso, con el objeto del mismo, etc., permitirá su recusación o cuestionar su imparcialidad, lo mismo que podrá hacerse al saber la identidad de los testigos pudiendo así tacharlos o al menos advertir al juez acerca de su interés y subsiguiente duda sobre la veracidad de lo que declararen.

En buena técnica el legislador exige acotar el testimonio y los documentos a los datos, circunstancias o hechos que pretendieren acreditarse mediante los mismos, pues precisamente así lo requiere su admisibilidad o inadmisibilidad; es decir, no es posible el juicio de pertinencia y utilidad sin tal acotación. Me remito para la pertinencia y utilidad a lo dicho en los arts. 247 y 270 CPP.

**Concordancias.** Arts. 9, 13, 14 CPP.

### **Preparación de la Audiencia Preliminar**

Art. 318.- El juez admitirá o rechazará la prueba ofrecida para la audiencia preliminar u ordenará de oficio la que considere necesaria. El secretario dispondrá la organización de la audiencia y la producción de la prueba.

### **Comentario.**

Sólo destacaré el reconocimiento al juez instructor de la facultad para que *ex officio*, independientemente de la "prueba" que se ofrezca por las partes decreta la que estime necesaria, y la posibilidad concedida a los que se consideren agraviados por la decisión del juez de inadmitir algunos de los ofrecimientos probatorios, a tenor del art. 409 (mediante el recurso de revocatoria).

**Concordancias.** Arts. 84, 268 Inc. 2º, 320 CPP.

## **Desarrollo.**

Art. 319.- El día señalado se realizará la audiencia, se dispondrá la producción de la prueba y se dará tiempo suficiente para que cada parte fundamente sus pretensiones. El juez intentará la conciliación de todas las partes, proponiendo la reparación integral del daño social o particular causado.

A la audiencia preliminar deberán comparecer el fiscal, el imputado, su defensor y el querellante. Las ausencias del fiscal o del defensor serán subsanadas de inmediato, en el último caso; solicitando un defensor público.

Si no es posible realizar la audiencia por incomparecencia del imputado u otro motivo, el juez fijará nuevo día y hora y dispondrá todo lo necesario para evitar su frustración.

En cuanto sean aplicables, regirán las reglas de la vista pública, adaptadas a la sencillez de la audiencia.

La audiencia preliminar podrá suspenderse por las mismas causas previstas, por este Código, para la vista pública.

## **Comentario.**

En el día señalado habrán de comparecer ante el juez, asistido por el secretario, el fiscal, el resto de las acusaciones y el imputado. Es evidente que tendrá que estar el fiscal que hubiere llevado a cabo la instrucción, sin perjuicio de que en caso de necesidad pueda ser sustituido por cualesquiera otro miembro de la Fiscalía a virtud de la fungibilidad de los integrantes de la misma. A mi juicio sólo fundadamente debe permitirse tal reemplazo por cuanto será el investigador el que mejor pueda dar las explicaciones y formular las aclaraciones u objeciones desde el directo y pleno conocimiento de los hechos que ha de presumirse (salvo que en la práctica haya sido la policía la que ha realizado las actuaciones). En cambio la incomparecencia del querellante, no justificada, no ha de incidir en la celebración de la audiencia, salvo que concurriera alguna de las circunstancias del art. 333. Sólo impone el legislador la presencia del fiscal y del imputado con su defensor. Reitero que excepcionalmente cabrá sustituir al fiscal lo mismo que al defensor pero en ningún supuesto es factible celebrar la audiencia preliminar sin el imputado. El juez ponderará las consecuencias de la sustitución del fiscal, del defensor y la incomparecencia del querellante de modo que si no fuere factible o aconsejable llevarla a cabo fijará nuevo día y hora disponiendo lo necesario para evitar su frustración. La obligada presencia del inculcado asistido de letrado impone que se le designe un defensor público si careciere de abogado de confianza o si el elegido no pudiere estar presente en la audiencia preliminar

La propia norma preceptúa que se regirá en su desarrollo, en lo que fuere posible, por las normas reguladoras de la vista pública.



Desconcierta el segundo inciso de este artículo que reza: “El juez intentará la conciliación de todas las partes, proponiendo la reparación integral del daño social o particular causado”. Parece que estamos ante un supuesto de conciliación intraprocetal, más propia del orden civil que del penal. El fin básico de esta comparecencia no puede ser el eludir la celebración del juicio sino la determinación de los presupuestos para comprobar desde los datos obrantes en la causa cuál de las opciones del art. 31 procede. Nada obsta para que se intente avenir a los sujetos acusadores y acusados, pero únicamente dentro de los límites del art. 32 CPP, en los demás casos o incluso en esos mismos no existiendo acuerdo, el juicio no debe concebirse como alternativa última, residual, sino en verdad como aquella exigencia constitucionalmente prevista para el rogado desarrollo de la jurisdicción en libertad; o sea, es o debe ser el medio más idóneo para garantizar un constitucional enjuiciamiento conforme con lo impuesto por la Primera Norma y Convenios Internacionales, prefiriéndola a vías sustitutivas más o menos favorables a intereses economicistas en las que el imputado puede verse directa o indirectamente presionado a aceptar soluciones aún *contra legem*<sup>175</sup>.

También sería posible pensar que la conciliación mencionada se centra en la pretensión civil por cuanto se indica que el juez propondrá la reparación integral del daño social o particular. Si aludiere en exclusiva al tema patrimonial el legislador olvida entonces el *dictum* del art. 32 que entiende la conciliación como un modo de “extinción de la acción penal”, y sólo consiste en una de sus obligaciones la reparación del daño. Dicho de otro modo, confunde la parte con el todo, generaliza hipótesis susceptibles de conciliación que en principio la ley concreta a los supuestos del citado art. 32, desnaturaliza el proceso penal con todas las repercusiones discriminatorias ya varias veces en estos comentarios indicadas, etc. Sin embargo se incrementa mi perplejidad al examinar los puntos, separados pues, 7 y 8 del art. 320 en los que sí diferencia conciliación (referente pues a la acción penal) y reparación (relativa a la civil), que en cambio no figuran en el 316 (en cuyo punto 7 se refiere sólo a la conciliación). A la frase del inciso segundo de este art. 319 convendría darle otra redacción y, en todo caso, separar con punto y no con coma su texto.

**Concordancias.** Arts. 14, 255, 274, 275, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337 CPP.

---

175 Como puede advertirse estoy criticando sistemas como el del “plea bargaining system” o de las conformidades que tan en boga está en muchos sistemas, con olvido de las críticas surgidas en los propios EEUU de Norteamérica como ha demostrado exhaustivamente CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El ministerio público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Granada, editorial Comares, 1996, *passim*.



### **Resolución.**

Art. 320.- Inmediatamente después de finalizar la audiencia, el juez resolverá todas las cuestiones planteadas y, en su caso:

- 1) Admitirá total o parcialmente la acusación del fiscal o del querellante y ordenará la apertura a juicio;
- 2) Decretará auto de sobreseimiento;
- 3) Ordenará la corrección de los vicios formales de la acusación del fiscal o del querellante;
- 4) Suspenderá condicionalmente el procedimiento;
- 5) Resolverá sobre la aplicación de un criterio de oportunidad;
- 6) Resolverá conforme lo previsto para el procedimiento abreviado;
- 7) Autorizará la conciliación;
- 8) Aprobará los acuerdos a los que hayan llegado las partes respecto a la reparación civil y ordenará todo lo necesario para hacer efectivo el acuerdo;
- 9) Resolverá las excepciones;
- 10) Admitirá o rechazará la prueba ofrecida para la vista pública; también podrá ordenar prueba de oficio cuando lo estime imprescindible;
- 11) Ordenará la separación o la acumulación de juicios;
- 12) Ratificará, revocará, sustituirá o impondrá medidas cautelares; y,
- 13) Ordenará el anticipo de prueba irreproducible, según las reglas de este Código.
- 11) La resolución será notificada por su lectura.

### **Comentario.**

Ya se indica en el 316 la inutilidad de este art. -320 que podía a lo sumo reducirse a dos líneas, en lugar de reproducirse por enésima vez el contenido de otros como ese 316.

Con tanta reduplicación el legislador olvida además en el número 12 la modificación de las medidas, que es distinta de la revocación, sustitución o imposición de medidas.

Está también ausente del art. 316 el punto 11 de este art. 320: "ordenará la separación o acumulación de juicios". ¿Significa que procede acordarla de oficio por el juez? . Del texto debe entenderse que así es, por lo que *motu proprio* resolverá el juez si han de acumularse o separarse los juicios.

**Concordancias.** Arts. 3 Inc. 3º , 318, 321 CPP.

### **Falta de Acusación Fiscal.**

Art. 321.- Cuando el fiscal no acuse, ni lo haya hecho el querellante y el juez considere que procede la apertura a juicio, ordenará se remitan las actuaciones al fiscal



superior para que acuse o ratifique el pronunciamiento del fiscal inferior dentro de los tres días siguientes de recibidas las actuaciones.

Si el fiscal superior ratifica la solicitud del inferior, el juez resolverá en el sentido solicitado.

Si el juicio se abre sólo por la acusación particular, igualmente el fiscal podrá intervenir en la vista pública.

Cuando el fiscal superior formule acusación, se convocará a una nueva audiencia preliminar dentro de los diez días siguientes, procediéndose conforme lo previsto en este Capítulo. Si se ha vencido el plazo de la instrucción, se entenderá prorrogada hasta la fecha de la nueva audiencia; y en aquella continuará con su intervención el fiscal inferior. (2)

### Comentario.

En armonía con el acusatorio: *nemo iudex sine actore*, y *ne procedat iudex ex officio* se exige que por un sujeto distinto del juzgador se sostenga la acusación, de modo que a falta de la misma no se podrá abrir el juicio. Para paliar las hipótesis en que el juez considere que concurren motivos bastantes para el enjuiciamiento y no acusaren ni fiscal ni querellante el legislador, en coherencia con lo indicado en preceptos como los de los arts. 249 y 258, concede al juez la posibilidad de dirigirse al fiscal superior para que confirme o revoque la decisión de no acusar del inferior. La decisión del fiscal vincula al juez quien resolverá de acuerdo con lo solicitado por éste.

La preceptiva intervención del fiscal en el enjuiciamiento penal se traduce en su necesaria participación en el juicio oral aunque su apertura haya sido pedida únicamente por la acusación particular. Esta razonable conclusión inherente al *dictum* normativo del inciso cuarto de este art. 321, *no obstante parece difícilmente viable*. Si el fiscal pide el sobreseimiento no ha lugar a abrir el juicio oral porque el juez está vinculado, como se dice en la propia norma, *ergo*<sup>176</sup> el instructor tendrá "...que resolver en el sentido solicitado" (inciso 2º, art. 321). No termino de entender pues cómo se compensaría la petición fiscal de sobreseimiento, que es vinculante para el juez, con la solicitud de apertura del juicio por el acusador particular.

Si repasamos la normativa procesal penal podemos ver: a) que a tenor del art. 20 CPP puede el fiscal solicitar del juez que se prescinda de perseguir uno o varios de los hechos imputados, respecto de alguno o algunos de los partícipes. Si el juez estimare la solicitud fiscal o considerare conveniente aplicar el principio de oportunidad tras

---

176 *Ergo*: En consecuencia.

acuerdo con el fiscal, se extingue la acción pública lo que no impedirá su persecución por medio de acción privada (art. 21), sin que sea menester ni admisible intervención fiscal (art. 28). b) Es admisible a petición de la víctima la conversión de las acciones públicas en privadas con base en el art. 29 CPP, tampoco intervendría pues el Fiscal. c) en las acciones públicas dependientes de instancia particular (art. 26 CPP), el Fiscal no interviene salvo cuando el delito haya sido cometido contra un menor, etc. No veo pues en qué supuestos el fiscal solicitando el sobreseimiento participaría en el enjuiciamiento penal abierto a instancia del acusador particular. En sistemas como el español, por ejemplo, ello es factible porque basta con se sostenga acusación por fiscal, acusador popular o acusador particular para abrir el juicio oral, y si el fiscal hubiere pedido el sobreseimiento es admisible que mantenga una posición a favor del acusado. No veo esta posibilidad en el proceso penal salvadoreño.

Es perfectamente comprensible y aceptable que si tras los debates y acreditamientos (que no prueba en sentido estricto) el fiscal llegare a la conclusión de que procede acusar, modificando así su inicial criterio, se convoque a nueva audiencia preliminar para que el fiscal pueda llevar a cabo las diligencias oportunas y, en su caso, formule escrito de acusación de conformidad con los arts. 314 y concordantes. Deducido tal escrito se celebrará nueva audiencia preliminar en los términos examinados.

### **Concordancias.** Arts. 274, 275 CPP.

### **Auto de Apertura.**

Art. 322.- La resolución por la cual el juez decide admitir la acusación del fiscal o del querellante y abrir el juicio, contendrá:

- 1) Admisión de la acusación, con la descripción precisa del hecho objeto del juicio y de las personas acusadas;
- 2) Cuando la acusación ha sido interpuesta por varios hechos y el juez sólo la admite parcialmente, la determinación precisa de los hechos por los que se abre el juicio;
- 3) Modificaciones en la calificación jurídica, cuando se aparte de la acusación;
- 4) Orden de remitir las actuaciones al Tribunal de Sentencia, cuya competencia determine;
- 5) Identificación de las partes admitidas;
- 6) Imposición, ratificación, revocación o sustitución de las medidas cautelares, disponiendo en su caso, la libertad del imputado en forma inmediata; y
- 7) Intimación a las partes para que, en el plazo común de cinco días, concurran ante el tribunal de Sentencia, se presenten y señalen lugar para las notificaciones.

### **Comentario.**

En respuesta a lo solicitado por el fiscal y a resultas del debate y eventual acreditamiento de las diferentes posturas y extremos deducidos en la audiencia prelimi-



nar, comienza este art. 322 diciendo que: “el juez decide admitir la acusación del fiscal o del querellante y abrir el juicio...”.

He de reiterar de nuevo mi crítica a esta redacción –en semejante tenor a lo indicado en el comentario al precepto anterior– por cuanto el juez habrá de abrir el juicio si lo pide el fiscal. La conjunción “o”, denotando que las palabras o sintagmas que expresadas por ellos son equivalentes, no es aceptable al inadmitirse la alternativa que cabría deducir del fonema empleado, pues legalmente no goza el juez de la opción de abrir el juicio si al menos uno de los acusadores así lo reclama. Si acusa el fiscal y el querellante el juez abrirá el juicio, si sólo acusa el querellante pero el fiscal pide el sobreseimiento habrá de acordar la petición fiscal. En ningún caso, al menos que yo haya visto en el CPP, salvo error u omisión, puede el juez rechazar la petición fiscal, lo que contrariamente es aceptable en algunos Ordenamientos como por ejemplo en el español, al preverse en el art. 790.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Solicitada la apertura del juicio oral por el ministerio fiscal o la acusación particular”<sup>177</sup>, el juez de instrucción la acordará, salvo que estime que concurre el supuesto del número 2 del art. 637<sup>178</sup> o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda conforme a los arts. 637 y 641 de esta Ley, siendo su resolución susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial”.

Adviértase no obstante lo que comento al analizar el punto 3 del art. 322 de este CPP, pues en él se cimentaría no el rechazo de la solicitud fiscal pero sí la desnaturalización o desvirtuación de la misma.

En buena lógica en el auto acordando la apertura del juicio y en respuesta a la solicitud de la acusación o acusaciones, habrá de fijar en esa resolución el hecho enjuiciado y las personas acusadas; identificación de los sujetos intervinientes, intimándoles para que en plazo común de cinco días se personen ante el Tribunal de sentencia fijando domicilio a efectos de notificaciones; imposición, ratificación, revocación o sustitución de las medidas cautelares –con olvido, de nuevo, de la posibilidad de mantener la misma medida pero modificando su régimen, etc.-; ordenando la remisión de lo actuado al Tribunal de Sentencia.

Punto de extrema importancia es el tercero: “Modificaciones en la calificación jurídica, cuando se aparte de la acusación”. ¿En qué caso puede apartarse de la acusación el juez? ¿Qué significa apartarse de la acusación? ¿De qué acusación puede apartarse el instructor? ¿Es recurrible la modificación de la calificación jurídica?.

El punto neurálgico está en fijar qué entendemos por hecho justiciable. Si como indiqué antes es el que se afirma jurídico-penalmente relevante, al introducir el juez un

177 La “o” en este texto no significa lo mismo que en el CPP, porque el juicio se abre aunque únicamente lo pida la acusación particular y el fiscal solicite el sobreseimiento, lo que como hemos visto no sucede en el CPP.

178 Art. 637 LECrim española (Procede el sobreseimiento libre:2. “Cuando el hecho no sea constitutivo de delito”.

cambio en su calificación normativa resulta que se abrirá el juicio respecto de un determinado hecho jurídicamente calificado respecto del que no ha tenido oportunidad de argüir lo que a su derecho conviniera el imputado. Todo el edificio de las audiencias y de la máxima vigencia del contradictorio que parece presidir la etapa previa al juicio se tambalea ante este número 3. Se agrava el problema ante la inimpugnabilidad del auto, de modo que vía modificación jurídica puede el juez abrir el juicio respecto del hecho que le dé la real gana, no concediéndose ni a acusadores ni a acusados oportunidad para contradecir tal cambio, que es operativo en todo caso y determinante *ab initio* del contenido objetivo del juicio.

No es claro lo que haya de entenderse por “apartarse de la acusación”: ¿significa disentir o discrepar de ella?. El término apartarse en el derecho histórico en el que encaja la tradición jurídica salvadoreña, apartarse significa “abandonar”, a veces renunciar. Si supone que el juez no comparte la acusación tendremos que llegar a la conclusión de que su desacuerdo se centra no tanto en que procede acusar sino en que procede hacerlo por un título distinto del propuesto por el fiscal. Se abre así un portón por donde irrumpe la facultad del juez de determinar el objeto del enjuiciamiento a espaldas de todo lo examinado antes.

Con estos comentarios no planteo ni mi acuerdo ni mi desacuerdo al fondo del asunto aunque sí mi discrepancia por su difícil armonía con el resto del articulado y, sobre todo, por la imposibilidad de discutir: impugnar, tal decisión del juez, unilateral que puede ser infundada, a espaldas de toda la investigación e instrucción llevada a cabo. En la hipótesis, no improbable, de que se hubiere equivocado el fiscal, para eso está la audiencia preliminar y la oportunidad que se brinda al fiscal de formular nueva acusación tras realizar las oportunas diligencias y siempre brindando la ocasión al imputado para defenderse del nuevo “título de condena”. En otros Ordenamientos en que se prevé tal posibilidad, a favor del Tribunal de sentencia, quien habrá de hacer uso de esta facultad excepcionalmente –por lo que implica de lesión del principio acusatorio, se impone que si el fiscal o cualquiera de los otros sujetos intervinientes lo pidiera por no estar preparados para discutir la “calificación propuesta”, se suspenderá la sesión y al día siguiente serán oídos acusadores y acusados<sup>179</sup>.

**Concordancias.**

Arts. 3 Inc. 3o CPP.

**Remisión de Actuaciones**

Art. 323.- Practicadas las notificaciones correspondientes, el secretario remitirá, dentro de cuarenta y ocho horas, las actuaciones, la documentación y los objetos secuestrados a la sede del tribunal de sentencia, poniendo a su disposición a los detenidos.

**Concordancias.**

Art. 253 Inc. final CPP.

---

179 Con todas las salvedades, vid.art. 733 LECriminal española.



## TITULO II\*

### JUICIO PLENARIO

### CAPITULO I

### PRINCIPIOS GENERALES

#### **Preparación de la Vista Pública.**

Art. 324.- El Presidente del tribunal de sentencia, dentro de las cuarenta y ocho horas de recibidas las actuaciones, fijará el día y la hora de la vista pública, la que no se realizará antes de diez días ni después de un mes.

Las excepciones que se funden en hechos nuevos y las recusaciones podrán ser interpuestas dentro de los cinco días de notificada la convocatoria a la vista pública y serán resueltas por uno solo de los jueces del tribunal. No se podrá posponer la vista pública por el trámite o resolución de estos incidentes.

El secretario del tribunal notificará de inmediato a las partes, citará a los testigos y peritos, solicitará los objetos y documentos y dispondrá cualquiera otra medida necesaria para la organización y desarrollo de la vista pública.

#### **Comentario.**

1. Ya hemos visto que el juicio oral es la culminación del proceso, el acto procesal informado por los principios de contradicción, intermediación, oralidad y publicidad en el que se enjuicia al acusado y que finaliza con el pronunciamiento sobre su absolución o condena. Implica que la fase de instrucción que le precede ha permitido encontrar a las acusaciones elementos que les permitan fundar la acusación. Es por ello que el art. 265 del CPP dice que la instrucción tendrá por objeto la preparación de la vista pública, mediante la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal o del querellante y preparar la defensa del acusado.

Supone también que el Juez de Instrucción ha decidido admitir la acusación por entender que está podría ser fundada y de conformidad con lo dispuesto en el art. 320 CPP abrir el juicio oral.

2. El juicio oral puede celebrarse ante el Tribunal del Jurado, conforme al procedimiento que se regula en los arts. 366 y siguientes del CPP, o ante el Tribunal de Sentencia. Los Tribunales de Sentencia, integrados por tres jueces de primera instancia, son competentes para el conocimiento de la etapa plenaria de todos los delitos y de la

---

\* Los comentarios a este Título II, capítulos I a V, inclusive, arts. 324 a 378 inclusive han sido realizados por el magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid D. Javier Martínez Lázaro

vista pública de las causas instruidas por los delitos que se enuncian en el art. 53 CPP<sup>180</sup>. Conocen además del juicio oral en aquellos casos que expresamente determinan las leyes especiales. Así, además de los delitos relacionados en el art. 53 CPP, han incluirse los delitos previstos en Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos cuyo art. 26 excluye expresamente el conocimiento del Tribunal del Jurado.

El Presidente, recibidas las actuaciones remitidas por el Juzgado de Instrucción de acuerdo con lo dispuesto en el art. 322 CPP, debe fijar la vista pública en un plazo mínimo de diez días y máximo de un mes. Corresponde al secretario del tribunal disponer lo necesario para la celebración del juicio oral: notificará a las partes la resolución del Presidente del tribunal, citará a los testigos y peritos (art. 152 CPP), solicitará los objetos y documentos que han debido ser remitidos al tribunal de acuerdo con el art. 323 CPP y dispondrá lo preciso para la celebración de la vista pública. La vista se realizará en la sede del tribunal pero debe tenerse en cuenta que el art. 122 CPP permite al tribunal constituirse en cualquier lugar del territorio, en cuyo caso el secretario deberá adoptar las medidas necesarias para el normal desarrollo de la vista pública.

**3.** Previamente a la celebración de la vista pueden formularse las excepciones del art. 277 CPP: Incompetencia, falta de acción, extinción de la acción penal y cosa juzgada, pero es preciso que se funden en hechos nuevos o de los que no se tuviesen conocimiento con anterioridad a la celebración de la audiencia preliminar. Con respecto a la incompetencia por razón de la materia recuérdese que el art. 58 CPP permite declararla en cualquier estado del procedimiento, pero si se trata de una falta, una vez iniciada la vista pública, el tribunal está obligado a celebrar el juicio. En cuanto a la incompetencia territorial, el tribunal puede declararla también en cualquier estado del procedimiento, aunque no podrá ser objetada ni modificada de oficio una vez iniciada la vista pública.

La recusación por concurrencia de alguno de los impedimentos del art. 73 CPP debe interponerse bajo la pena de inadmisibilidad, art. 78-4 CPP, dentro de los cinco días siguientes a notificada la fecha de la vista pública, pero si se trata de una causa conocida o producida después de transcurrido este plazo la recusación puede interponerse en las veinticuatro horas siguientes a contar de la producción o conocimiento del impedimento. La formulación de una excepción o la alegación de un impedimento en ningún caso suspende la celebración de la vista.

**Concordancias.** Arts. 325, 326, 327, 328, 329, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337 CPP.

### **Inmediación.**

Art. 325.- La vista pública se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes.

---

180 Ver comentario al art. 366



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

Si el defensor no comparece a la audiencia o se aleja de ella, se considerará abandonada la defensa y corresponderá su reemplazo. Si el querellante no concurre a la audiencia, o se aleja de ella, se tendrá por abandonada su querella, sin perjuicio de que pueda ser obligado a comparecer como testigo.

### **Comentario:**

1. Se consagra explícitamente el principio de inmediación que implica que la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia del órgano jurisdiccional encargado de pronunciar la sentencia. Es un principio complementario del de oralidad que expresamente se recoge más adelante, en el art. 329 del CPP, pues si el juicio es oral, y la prueba se debe practicar de esta manera, es preciso la presencia del tribunal cuando ésta se realice, para que pueda tener conocimiento directo de su resultado, porque, en definitiva, es con este resultado con lo que va a construirse la sentencia. La inmediación no se extiende sólo a la prueba, sino también a todos los otros actos procesales que se realizan en la vista oral, como las alegaciones e informes de las partes, porque también en la medida que éstos son orales, exigen la presencia de las partes y del tribunal.

El principio de inmediación, desde otra perspectiva, supone que la sentencia debe dictarse con inmediatez a la finalización del juicio oral, pues sólo de esta manera permanecen vívidos los recuerdos de lo sucedido y las impresiones que ha podido producir la práctica de la prueba. A falta de esta inmediatez temporal, el tribunal debe acudir para sustituir su recuerdo a la documentación de la vista, al acta del juicio, con lo que la inmediación en la vista pierde su principal significado.

2. Doctrinalmente se señala que el fundamento constitucional del principio de inmediación se encuentra en el art. 11 de la Cn que establece para que puede producirse una sentencia de condena es preciso que el acusado sea oído, lo que exige la percepción directa del tribunal de sus alegaciones y pruebas de descargo. El art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama el derecho de toda persona a “ser oída públicamente y con justicia y por un tribunal imparcial”. Como excepción al principio, el art. 335 del CPP establece la posibilidad de que las personas que no puedan concurrir a la audiencia sean examinadas por uno de los jueces del tribunal o por medio de comisión a otro juez.



El art. comentado se refiere también indirectamente, cuando indica que la "vista se realizará con presencia ininterrumpida de los jueces y las partes", a los principios de concentración y continuidad, más explícitamente enunciados en el art. 333 del CPP.

Se excluye cualquier posibilidad de celebrar el juicio en rebeldía del acusado, sin su presencia, y se recoge terminantemente la obligación de éste de permanecer en todo caso a disposición del tribunal, haciendo uso de su derecho a presenciar el juicio, a su inmediación con el tribunal y las pruebas, pues el art. 9 CPP garantiza su derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento y a formular cuantas peticiones y observaciones estime oportunas. Pero además de un derecho, la presencia del imputado en juicio es también un obligación por lo que si no acude voluntariamente lo hará forzosamente para asegurar el resultado del juicio ya que su asistencia puede ser necesaria para el correcto desarrollo de la prueba, o para el ejercicio de su derecho de defensa.

Por lo demás, el precepto contempla la posibilidad de implícito abandono del defensor de su defensa por no comparecer, debe entenderse injustificadamente, a la audiencia o por alejarse de ella; e igualmente el desistimiento implícito de la acusación particular, al no comparecer a la vista para mantener su acusación. Deberá, en su caso, comparecer como testigo, pues el testigo tiene obligación de declarar, mientras que la presencia de la acusación particular es facultativa. Si el delito que se enjuicia es un delito de acción privada de los comprendidos en el art. 28 CPP, la presunción de abandono supondrá la finalización del proceso si no hay otras partes querellantes que hayan acudido al juicio a mantener la acusación.

**Concordancias.** Arts. 9, 14, 103, 104, 114, 270 Inc. 4º CPP.

**Jurisprudencia:** "El imputado al solicitar alejarse de la audiencia para no estar presente durante el desarrollo de la vista pública, apoyado en el artículo 325 del Código Procesal Penal, debe fundamentar tal petición, de lo contrario el Tribunal resolverá no autorizado dicho permiso, garantizando al imputado de esa manera el Principio de Defensa Material" (*Sentencia del 25/1/99, T 2 S. Santa Ana*).

### **Movilidad del Imputado Durante la Audiencia.**

Art. 326.- El presidente del tribunal garantizará la libre movilidad del imputado durante la audiencia pero deberá, en su caso, disponer las medidas necesarias para evitar la evasión o cualquier acto de violencia que pudiera producirse.

Si el imputado se halla en libertad, aun caucionada, el tribunal podrá ordenar, para asegurar la realización de la audiencia o de un acto particular que lo integre, su conducción por la seguridad pública y hasta su detención, determinando en este caso el lugar en que ella se cumplirá; podrá, incluso variar las condiciones bajo las cuales goza de libertad o imponer algunas de las otras medidas cautelares previstas en este Código.



### Comentario.

Ya hemos dicho que en el derecho procesal Salvadoreño, a diferencia de en otros ordenamientos jurídicos, no existe el juicio en rebeldía ni la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del imputado. Es por ello que el art. 338 CCP exige la presencia de las partes para el inicio de la vista pública y el art. 334 CPP determina que la rebeldía y la incapacidad del imputado interrumpirán la audiencia. Pero, obviamente, la celebración del juicio no puede dejarse al criterio del acusado.

Por ello, y siendo su presencia precisa, si se encuentra en libertad y no comparece puede acordarse su conducción por la fuerza pública e incluso su detención, pues esta posibilidad es admitida expresamente por este precepto y por el art. 293-1 CPP conforme al cual si el imputado no comparece a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario podrá acordarse su detención provisional. Podrá también imponerse algunas de las medidas cautelares que se contemplan en el art. 295 CPP.

La garantía de movilidad del acusado tiene por finalidad facilitar su derecho de defensa, toda vez que el art. 9 CPP asegura su derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento, lo que implica la posibilidad de comunicarse con su defensor. El art. 342 CPP dispone expresamente al respecto que el imputado podrá en todo momento hablar con su defensor; a tal efecto se ubicará a su lado

### Publicidad.

Art. 327.- La audiencia será pública, pero el tribunal podrá decretar, de oficio o a solicitud de parte, que sea privada parcial o totalmente cuando así lo exigieren razones de moral, de interés público, la seguridad nacional o esté previsto por una norma específica.

En consecuencia el tribunal podrá imponer a las partes que intervienen en el acto, el deber de guardar reserva sobre los hechos que presenciaron o conocieron, dejando constancia en el acta de la audiencia.

La resolución será fundada y constará en el acta de la audiencia.

### Comentario.

1. Nos hemos referido<sup>181</sup> a la necesidad de que el juicio sea público<sup>182</sup>. El derecho a un juicio público adquiere rango constitucional en la legislación salvadoreña pues el art. 12 de la Cn proclama el derecho del imputado a que se pruebe su culpabilidad en juicio público. El art 1 del CPP dispone que nadie podrá ser condenado o

---

181 Ver comentarios al art. 1 de este Código

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

sometido a una medida de seguridad sino mediante una sentencia firme, dictada luego de probar los hechos en un juicio oral y público.

Recordando lo antes dicho, el derecho a un proceso público 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 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”.

**2.** La publicidad procesal expresa el derecho a la inmediata<sup>183</sup> 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 Tribunal<sup>184</sup>, 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 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.).

183 El calificativo inmediato responde al 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.

184 Se dice general pues la Corte Constitucional Mexicana delibera públicamente



Viene siendo mayoritariamente aceptado que la publicidad en sentido estricto se correspondería con la publicidad general -"accesibilidad para todos"<sup>185</sup> - 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.

**3.** 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 CDHLCFCEI<sup>186</sup> (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 Rica<sup>187</sup>.

También se dijo 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; y que la publicidad 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<sup>188</sup>.

**4.** En consonancia con lo dicho el art. comentado admite la posibilidad de restricciones a la publicidad por razones de moral, de interés público, de seguridad nacional o cuando las restricciones estén previstas en una norma específica. Estas limitaciones en la medida que lo son a un principio esencial del proceso deben ser interpretadas restrictivamente, evitando su aplicación generalizada e imponiéndose sólo la limitación cuando puedan verse gravemente comprometidos los valores que se trata de proteger. Algunas normas prevén explícitamente la restricción de la publicidad de la vista pública, como en el caso del juicio para la aplicación exclusiva de las medidas de seguridad del art. 398 párrafo tercero del CPP.

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

186 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".

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

188 Ver comentarios al art. 1 de este Código.

La limitación a la publicidad de la audiencia puede ser total o parcial, siendo factible por lo tanto, atendiendo a la naturaleza del caso, que parte de la audiencia sea pública y parte privada. La privacidad, puede acordarse de oficio por el tribunal o a instancia de alguna de las partes y deberá adoptarse en resolución fundada en la que se expliciten las razones que han llevado al tribunal a adoptar la restricción.

La limitación de la publicidad extiende sus efectos más allá de la vista pública pues el tribunal puede imponer a las partes el deber de guardar reserva sobre hechos que presenciaron, pero este deber de guardar reserva sólo puede circunscribirse a hechos periféricos o que tengan escasa trascendencia con el objeto del pleito, ya que la restricción no puede afectar a la publicidad de la sentencia, a la expresión en ella de los hechos que determinaron la decisión del tribunal y al uso por las partes de los medios precisos de impugnación teniendo en cuenta todo lo acaecido en el juicio.

**5.** Particular interés tiene la influencia que pueden producir los medios de comunicación de masas en el proceso, como consecuencia del principio de publicidad, y especialmente el análisis de en qué medida sus informaciones pueden afectar a la imparcialidad del tribunal.

Desde luego debe de partirse del derecho a la libertad de expresión y de comunicación de información del art. 6 de la Cn. pero este derecho tiene sus límites en la necesidad de asegurar el principio de presunción de inocencia y garantizar la imparcialidad del tribunal. En este sentido son interesantes las apreciaciones del TEDH que ha señalado en relación con las informaciones publicadas en medios de comunicación “que si se someten con antelación los puntos en litigio de forma tal que el público se forma sus propias conclusiones, se corre el riesgo de perder el respeto y la confianza de los tribunales. Además, si el público se habitúa al espectáculo de un seudoproceso en los medios de comunicación pueden darse, a largo plazo, consecuencias nefastas para el prestigio de los tribunales como órganos cualificados para conocer asuntos jurídicos<sup>189</sup>”.

Afirma también el TEDH que los periodistas deben recordar que toda persona tiene derecho a un juicio imparcial y por lo tanto evitar declaraciones que “impliquen, intencionadamente o no, el riesgo de reducir las posibilidades de que cada persona pueda beneficiarse de un de un proceso imparcial o de minar la confianza del público en el papel desempeñado por los tribunales en la administración de la justicia penal<sup>190</sup>”.

### **Concordancias.** Arts. 272 CPP.

---

189 Sentencia TEDH caso Worm. 29- 8-97

190 Sentencia TEDH caso Worm. 29- 8-97



## **Prohibiciones de Acceso.**

Art. 328.- No podrán ingresar a la sala de vistas menores de doce años, excepto cuando sean acompañados por un mayor de edad que responda por su conducta, o cualquier persona que se presente en forma incompatible con la seriedad de la audiencia.

Tampoco podrán ingresar los miembros de la Fuerza Armada o de Seguridad Pública que se encuentren uniformados, salvo que cumplan funciones de vigilancia y las personas que porten distintivos gremiales o partidarios. El juez o tribunal podrá limitar la admisión a un determinado número de personas, cuando así lo impongan las condiciones de la sala.

## **Comentario.**

Ya hemos dicho que el principio de publicidad es compatible con restricciones a la misma dirigidas a garantizar el orden en la vista o a la seguridad de las partes y el tribunal. En este caso lo que hace al ley es imponer unas prohibiciones de acceso a la sala donde se desarrolla la vista pública con dicha finalidad. La referencia que se hace a “cualquier persona que se presente en forma incompatible con la seriedad de la audiencia” viene referida tanto a su estado y aspecto como a su comportamiento externo.

La exclusión de los miembros uniformados de la Fuerza Armada o de la Seguridad Pública obedece a la necesidad de impedir la posible presión que para los intervinientes en el juicio puede suponer su presencia evitando la perturbación del ánimo de los intervinientes y velando por garantizar la independencia del tribunal.

## **Oralidad.**

Art. 329.- La audiencia será oral; de esa forma deberán declarar el imputado y las demás personas que participan en ella.

Quienes no puedan hablar o no puedan hacerlo de manera inteligible en el idioma oficial, formularán sus preguntas o contestaciones por escrito o por medio de intérpretes, leyéndose o traduciéndose las preguntas o las contestaciones.

El imputado sordo o que no pueda entender el idioma oficial, será auxiliado por un intérprete para que se le transmita el contenido de los actos de la audiencia.

Las resoluciones del juez o tribunal durante la audiencia se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su pronunciamiento, dejándose constancia en el acta.

## Comentario.

1. Como se dijo<sup>191</sup>, 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.

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 inmediato<sup>192</sup> 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 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.

2. Además, como pone de relieve Armando Antonio Serrano<sup>193</sup>, la oralidad como mecanismo procesal de comunicación exige que los sujetos procesales realicen su actividad en un espacio limitado y en condiciones que hagan factible entablar una comunicación entre sí. Esta exigencia se traduce en una serie de beneficios para las partes, como por ejemplo, la oportunidad inmediata de replicar lo dicho por una parte, de atacar o controlar la prueba que se está produciendo, de saber si la verdad o los hechos se están tergiversando y, sobre todo, de que el imputado ejerza ampliamente su derecho de defensa material.

Como ya hemos visto, la exigencia del principio de oralidad se apoya para algunos autores en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando dice que toda persona tiene derecho a ser oída públicamente por un tribunal independiente e imparcial” pues se considera que el derecho a ser oído públicamente implica la oralidad del juicio. En igual sentido el art. 11 de la Cn de El Salvador

---

191 Ver comentario al art. 1 de este Código.

192 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).

193 Antonio Serrano, A y otros. Manual de Derecho Procesal. El Salvador. 1998.



establece que la privación de derechos sólo puede tener lugar tras un juicio en el que la persona imputada sea “oída “ con arreglo a las leyes. El art. 1 del CPP establece el principio general de que el juicio será “oral y público”.

**3.** Quienes por estar impedidos no puedan hablar o no puedan hacerlo de manera inteligible podrán utilizar la forma escrita para efectuar sus preguntas y respuestas; pero para asegurar la publicidad unas y otras se leerán públicamente. Si se desconoce el castellano, que es el idioma que deberá emplearse en la vista pública conforme al art. 118 CPP, podrá utilizarse intérprete como previene art. 11 CPP, disposición que en realidad no afecta al principio de oralidad, aunque sí indirectamente al de publicidad al permitir el público conocimiento de lo que acontece en el juicio.

En congruencia con el principio de oralidad que impera en la vista pública, todas las resoluciones que adopte el tribunal o su Presidente (el art. dice Juez) se dictarán verbalmente, dejándose constancia en acta. El pronunciamiento implica la notificación del acuerdo o resolución, lógicamente a las partes presentes.

**Concordancias.** Arts. 210, 255, 319, 322, 358 CPP.

### **Incorporación Mediante Lectura.**

Art. 330.- Sólo pueden ser incorporados al juicio por su lectura:

- 1) Los testimonios o pericias que se hayan recibido conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia personal del testigo o perito, cuando sea posible;
- 2) Las declaraciones o dictámenes producidos por comisión o informe, cuando el acto se haya producido por escrito, conforme lo previsto por este Código;
- 3) Las declaraciones de coimputados rebeldes o ya sentenciados, si aparecen como partícipes del delito que se investiga u otro conexo; y,
- 4) La denuncia, la prueba documental o de informes, y las actas de reconocimiento, registro o inspección realizadas conforme a la ley.

Todo otro elemento de prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura, para que tenga validez deberá hacerse previa autorización del tribunal, oyendo a las partes a quienes afecte la incorporación.

### **Comentario.**

**1.** Se trata de un precepto confuso, tanto por las materias que aborda como por su propia falta de coherencia interna. Situado acto seguido de aquél que proclama el principio de oralidad, parece inicialmente que contempla la forma de atribuir publicidad a actuaciones escritas, pero la fórmula utilizada, “sólo pueden ser incorporados al juicio mediante su lectura” va mucho más allá, porque a lo que se está refiriendo es al admisibilidad o no de los distintos instrumentos de prueba. Y ello porque, en principio,



sólo pueden incorporarse como pruebas, además de aquellas que por su propia naturaleza pueden practicarse oralmente como las declaraciones de los testigos, las que se enuncian en el art. Ello excluye, por no estar incluidas en la excepción, las declaraciones testificales que hayan podido practicarse en la fase de instrucción para la averiguación de los hechos o las propias manifestaciones inculpativas del imputado. Por lo tanto, sólo son admisibles como pruebas en el plenario aquellas que puedan practicarse oralmente y las que se enuncian en el precepto comentado.

**2.** Esta declaración inicialmente tan taxativa, queda prácticamente desvirtuada por el último inciso del art. , ya que admite la introducción de “todo otro elemento de prueba” siempre que sea autorizado por el tribunal. Lo que inicialmente era clara y concisa determinación legal, se convierte conforme al último inciso en discrecionalidad del tribunal, para la admisión o no de otros medios de prueba.

Por lo demás, y en cuanto a las excepciones que expresamente contempla el precepto al principio general de inadmisibilidad de pruebas no orales, unas obedecen a la propia naturaleza de la prueba por tratarse de prueba documental es decir de documentos previos a la existencia del proceso. Pero en otros casos se trata de la documentación de actos que inicialmente revisten la forma oral o de la documentación de actos procesales que no pueden reproducirse en la vista pública.

El art. trata conjuntamente, entremezclándolos, simples elementos de conocimiento e instrumentos o medios de prueba. En este sentido, la denuncia es un simple elemento de conocimiento, cuya lectura sirve para centrar el debate y contribuye a delimitar el objeto del procedimiento; pero carece por sí misma de cualquier valor probatorio, sin perjuicio de que los hechos denunciados se traten de acreditar mediante las pruebas posibles.

Con respecto a los instrumentos de prueba a los que se refiere el artículo, la incorporación al proceso de los documentos, siempre que se trate efectivamente de documentos, es obligada pues no sólo pueden acreditar hechos esenciales para determinar si concurren o no los elementos típicos del delito -acreditar la propiedad por ejemplo- sino que pueden ser el mismo cuerpo del delito en los delitos de falsedad documental.

Poco hay que objetar a la incorporación de las pericias o informes aunque no sean sino la documentación de los conocimientos especializados que los peritos aportan al tribunal; pero estos conocimientos o dictámenes pueden revestir gran complejidad, y la forma escrita es útil para su exposición y constancia. Su lectura, al igual que la de los documentos, no responde tanto al principio de oralidad como al de publicidad. Su ratificación en juicio mediante la comparecencia del perito es consecuencia de los principios de contradicción y oralidad.

Tampoco caben objeciones a la documentación de actos previos a la vista pública y que forzosamente debieron producirse con anterioridad a ésta. En estos casos para



que dichos actos puedan aportar información útil al proceso, su realización debe producirse en un momento temporal determinado. Tal es el caso de las actas de reconocimiento, registro o inspección.

En cuanto a las declaraciones producidas por comisión, las previstas, en el art 335 CPP, nos referiremos a ellas mas extensamente al comentar el citado precepto. En realidad son declaraciones que se prestan inicialmente de forma oral y se documentan. Su lectura se produce para garantizar su publicidad, aunque la objeciones más graves que pueden oponerse a la admisibilidad de este tipo de declaraciones lo son por afectar al principio de inmediación y contradicción, como más adelante veremos.

**Concordancias.** Arts. 164, 270, 276, 345 CPP.

**Jurisprudencia:** “La incorporación mediante lectura de la Certificación del Expediente Policial del imputado, se declaró sin lugar por las razones de que es una prueba impertinente, y además de que el derecho Penal que inspira el Código Penal actual es derecho penal de acto y no derecho penal de autor, como el que inspiraba el Código Penal derogado”( *Sentencia del 17/11/99, TS. La Libertad*).

### **Facultad Disciplinaria**

Art. 331.- El presidente del tribunal ejercerá la facultad disciplinaria en la audiencia.

#### **Comentario.**

Corresponde al Presidente del tribunal garantizar que la vista pública se desarrolle por los cauces legalmente previstos e impedir los comportamientos de las partes o de otros intervinientes en el proceso, contrarios a la dignidad del acto, irrespetuosos con las prohibiciones y restricciones legales, incorrectos o vejatorios para los demás intervinientes.

El presidente, como dice el art. 336 CPP, debe dirigir la audiencia y hacer que en los actos del tribunal se observe el orden y el decoro debido, según también previene el art. 29-6 de la LOJ. Le corresponde para poder llevar adelante esta tarea la denominanda “policia de estrados”, en cuyo ejercicio puede emplear la facultad disciplinaria que le atribuye este precepto.

**Concordancias.** Arts. 322, 336, 337 CPP.

#### **Deberes de los Asistentes.**

Art. 332.- Quienes asistan a la audiencia permanecerán respetuosamente y en silencio mientras no estén autorizados para exponer o responder a las preguntas que se

les formulen. No podrán llevar armas u otros objetos que puedan ofender o incomodar, ni adoptar un comportamiento intimidatorio, provocativo, ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo sus opiniones o sentimientos.

### **Comentario.**

Se prohíben todas aquellas actitudes que impidan el normal desarrollo de la vista pública con la finalidad de garantizar la igualdad de las partes y el debate ordenado, sin intimidaciones a los intervinientes.

### **Concordancias.** Arts. 331 CPP.

### **Continuidad y Casos de Suspensión.**

Art. 333.- La audiencia se realizará sin interrupción, durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su terminación; pero se podrá suspender por un plazo máximo de diez días, computados continuamente, sólo una vez, en los casos siguientes:

- 1) Cuando deba resolverse alguna cuestión incidental que por su naturaleza no pueda decidirse inmediatamente, como cuando se deba dictar sobreseimiento en los casos del Art. 45 número 2 de este Código, y a la audiencia no hayan concurrido todas las personas que guarden relación con la responsabilidad civil.
- 2) Cuando sea necesario practicar algún acto fuera del lugar de la audiencia y no pueda cumplirse en el intervalo entre una y otra sesión;
- 3) Cuando no comparezcan testigos, peritos cuya intervención sea indispensable a juicio del tribunal, el fiscal o las partes, salvo que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente sea conducido por la seguridad pública;
- 4) Si algún juez, fiscal o defensor se enferma hasta el punto de no poder continuar su actuación en el juicio, a menos que los dos últimos puedan ser reemplazados inmediatamente o el tribunal se haya constituido, desde la iniciación de la audiencia, con un número superior de jueces que el requerido para su integración, de manera que los suplentes integren el tribunal y permitan la continuación de la vista;
- 5) Cuando se compruebe, con dictamen médico forense, que el imputado se encuentra en la situación prevista en el inciso anterior. En este caso, podrá ordenarse la separación de juicios y continuarse el trámite con los otros imputados;
- 6) Si alguna revelación o retractación inesperada produce alteraciones sustanciales en la causa, haciendo indispensable una investigación suplementaria; y,



- 7) Cuando el fiscal lo requiera para ampliar la acusación, o el imputado o su defensor lo solicite después de ampliada, siempre que, por las características del caso, no se pueda continuar inmediatamente.

### **Comentario.**

1.El art. proclama el principio de concentración y/o de continuidad porque algunos autores incluyen el segundo como un requisito o aspecto del primero. El principio de concentración exige que todas las pruebas se desarrollen en unidad de acto o lo más próximas posibles entre si. Se busca que la información que proporcionan las pruebas ingresen en el proceso de la manera más cercana posible, para que los distintos resultados puedan ser examinados y valorados conjuntamente por el tribunal.

La oralidad e inmediación generan precisamente la posibilidad de que las pruebas se practiquen en una sola fase o etapa del proceso. El principio de continuidad persigue que el juicio se desarrolle en un lapso de tiempo cerrado, mediante un desarrollo consecutivo de la formulación de la acusación, la prueba, las alegaciones o informes de las partes y, de inmediato, la sentencia.

2.Desde otra perspectiva, los principios de concentración y continuidad buscan hacer efectivo que el proceso se desenvuelva sin dilaciones indebidas como se desprende del art. 182-5 de al Cn salvadoreña. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas aparece recogido en los Pactos y Convenios Internacionales: el art. 6-1 del CEDH afirma que todo acusado tiene el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, y en igual sentido se pronuncia el arts. 14-3 del PIDCP, los arts. 7-5 y 8-1 de al Convención Americana sobre Derechos Humanos y los arts 18 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Es por ello que el art. 325 CPP reclama la presencia, con la única posibilidad de suspender hasta un plazo máximo de 10 días en los casos tasados que establece el propio art. Precisamente para asegurar el principio de concentración el art. 120 del CPP permite al tribunal habilitar los días y las horas necesarias para continuar las audiencias sin dilaciones perjudiciales. Particular interés reviste la causa de suspensión prevista en el ordinal 7 del art. que se regula detalladamente en los arts. 343 y 344 del CPP.

Además de las causas de suspensión expresamente enumeradas, existen otras que pueden imponer la forzosamente la suspensión, como la incomparecencia del defensor, del art. 325 CPP, y la que se encuentra explícita en el art. 334 CPP, cuando dispone que la rebeldía o la incapacidad del imputado suspenderá la audiencia salvo que se subsane el impedimento.

**Concordancias.** Arts. 15, 114, 173 CPP.

**Jurisprudencia:** “La solicitud hecha por la defensa de suspender la vista pública por la inasistencia de testigos, es improcedente cuando la prueba testimonial que

se verterá en la audiencia ha sido ofrecida por la representación Fiscal y serán ellos los que dispongan de la prueba testimonial que se verterá en la audiencia de la vista pública" ( *Sentencia del 19/IV/99, TS. San Vicente*).

### **Efectos de la Suspensión.**

Art. 334.- El tribunal decidirá la suspensión, y anunciará el día y hora de la nueva audiencia y ello valdrá como citación para todos los comparecientes. La vista continuará después del último acto cumplido cuando se dispuso la suspensión. Antes de comenzar la nueva audiencia, el Presidente del tribunal resumirá brevemente los actos cumplidos con anterioridad. Los jueces y los fiscales podrán intervenir en otras audiencias durante el plazo de suspensión, salvo que el tribunal decida lo contrario, por resolución fundada, en razón de la complejidad del caso.

Si la audiencia no se reanuda, a más tardar, el undécimo día después de la suspensión, se considerará interrumpida y será realizada de nuevo desde su inicio.

La rebeldía o la incapacidad del imputado interrumpirán la audiencia, salvo que el impedimento se subsane dentro del plazo previsto en el inciso anterior o que proceda el juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad, según el procedimiento especial aplicable en estos casos.

El presidente del tribunal ordenará los recesos, indicando la hora en que continuará la audiencia.

### **Comentario.**

Los más destacable del art. comentado es la imposibilidad de continuar el juicio cuando la suspensión se prolonga más de diez días. Si transcurido dicho plazo máximo la audiencia no continuase en el siguiente día, es decir en el undécimo, pierde validez todo lo actuado y el juicio debe repetirse de nuevo.

La pérdida de validez de lo ya celebrado es una consecuencia de los principios de continuidad y concentración antes comentados y de la necesaria inmediatez entre la práctica de la prueba y el momento de la deliberación y de la redacción de la sentencia. Cuando el plazo de suspensión se prolonga más de lo razonable, se entienden vulnerados dicho principios por lo que es preciso reiniciar el juicio. Aunque el art. no lo diga, o precisamnte por eso, los días deben ser hábiles, conforme a la regla general del art. 156 del CPP.

Tampoco dice el art. si la nueva vista deberá celebrarse por el mismo tribunal u otro distinto. En principio no parece se produzca la causa de impedimento del art. 73-1 CPP, concurrir a dictar sentencia. Pero si el mismo tribunal practica pruebas que ya se



han practicado con anterioridad, y que es posible que ofrezcan distinto resultado, podría verse influido en el segundo juicio por lo sucedido en el primero, particularmente si cuando se suspendió la vista ya se había realizado la prueba.

**Concordancias.** Arts. 37, 331 CPP.

### **Imposibilidad de Asistencia.**

Art. 335.- Las personas que no puedan concurrir a la audiencia por un impedimento justificado, serán examinadas en el lugar en donde se hallen, por uno de los jueces del tribunal o por medio de comisión a otro juez, según los casos, garantizando la participación de las partes, cuando así lo soliciten. De dicha declaración se levantará un acta para que sea leída en la audiencia.

El tribunal decidirá, cuando el testigo o perito resida en el extranjero, que las declaraciones testimoniales o los dictámenes periciales se reciban en donde resida el testigo o el perito por el juez comisionado, registrándose la diligencia mediante acta o informe escrito que se leerá en la audiencia, salvo cuando quien ofreció la prueba anticipe todos los gastos necesarios para la comparecencia de la persona propuesta o la presente al tribunal. Las partes podrán designar quien lo represente ante el juez Comisionado o consignar por escrito las preguntas que deseen formular.

### **Comentario.**

Se trata en este supuesto de una excepción al principio de inmediación porque se admite que la prueba testifical o la pericial se realicen exclusivamente en presencia de uno de los integrantes del tribunal, o en presencia de otro juez ajeno a éste. Además, el principio de contradicción es facultativo, pues no se exige para la validez de la diligencia la presencia de las partes, ni siquiera de la defensa del imputado. La posterior lectura de la declaración no suplente la inmediación ya que no se trata propiamente de la declaración del interesado sino la lectura de su documentación.

Aunque existen supuestos excepcionales en los que la inmediación no puede respetarse, el precepto es excesivamente amplio pues la expresión “por un impedimento justificado” puede hacer referencia no sólo a impedimentos físicos derivados de enfermedad o lesión, sino también a otros que tengan sus causa en la profesión u oficio que se ejerzan o el cargo que se desempeñe. Un interpretación en éstos términos tan amplios no es posible, porque como excepción a uno de los principios inspiradores del proceso la interpretación debe ser restrictiva.

## **Dirección de la Audiencia**

Art. 336.- El presidente del tribunal dirigirá la audiencia, ordenará las lecturas necesarias, hará advertencias legales, recibirá los juramentos y declaraciones y moderará la discusión, impidiendo intervenciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por ello el ejercicio de la acusación y la amplitud de la defensa.

El tribunal en pleno resolverá cuando una decisión del Presidente sea impugnada.

### **Comentario.**

Es el presidente del tribunal a quién le corresponde dirigir y garantizar el ordenado debate en la vista pública, velando por el estricto cumplimiento de la legalidad. Es por ello que el precepto le encomienda moderar la discusión e impedir aquellos debates ajenos al objeto del proceso, fuera de lugar o que no sean respetuosos con los demás intervinientes. Las facultades que posibilitan este objetivo y que se enuncian en este art. se complementan con otras, como la posibilidad de moderar los exámenes de los testigos y evitar las preguntas capciosas, impertinentes o sugestivas del art. 348 CPP, la posibilidad de alterar el orden en la declaración de los testigos del art. 347 CPP, la conducción de los interrogatorios de los menores del art. 349 CPP, la obligación de impedir divagaciones repetitivas o interrupciones en la explicación por las partes de sus conclusiones, etc. Como complemento de estas facultades y obligaciones, corresponde al presidente el poder disciplinario, la denominada policía de estrados, que la atribuye el art. 331 CPP.

El correcto uso de dichas facultades por el presidente se somete al control del resto del tribunal al establecer este art. la posibilidad de impugnación de las decisiones del presidente ante el tribunal en pleno, sin perjuicio del uso por las partes de la revocatoria cuando sea procedente, o de los reclamos y protestas a efectos e posteriores recursos.

**Concordancias.** Arts. 322, 331 CPP.

### **Delito en la Audiencia.**

Art. 337.- Si durante la audiencia se comete un delito de acción pública o una falta, el tribunal levantará un acta y ordenará la detención del imputado cuando corresponda, quien será puesto a la orden del Juez de Paz y se remitirán a la Fiscalía General de la República las copias y los antecedentes necesarios para el ejercicio de la acción penal.

Si un testigo, perito o intérprete incurre en falsedad, se procederá conforme a las reglas que prevé el inciso anterior.



## Comentario.

La obligación que el art. establece en el caso de la perpetración de un delito de acción pública no es sino una proyección del deber de denunciar los delitos que con carácter general establece para todos el art. 229 del CPP y más específicamente para los funcionarios públicos el art. 232 del CPP cuando dispone que tendrán la obligación de denunciar los delitos de acción pública, los funcionarios que los conozcan en el ejercicio de sus funciones. En la medida que conforme al art. 83 del CPP corresponde a la Fiscalía General de la República promover la acción penal, es a dicha institución a dónde se remite el acta levantada por el tribunal que tiene valor de denuncia del supuesto delito cometido. El tribunal ordenará la detención del imputado cuando corresponda, es decir, en los casos previstos en el art. 292 del CPP ya sea porque el delito tenga señalada pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años, o cuando sea inferior si concurre alguna de las circunstancias previstas en el precepto que justifiquen la medida cautelar.

El art. comentado se refiere en principio a los supuestos en los que en la audiencia se comete algún delito y al no existir más concreción parece que la actuación del tribunal debe producirse cualquier que sea la persona que cometa el delito. Sin embargo la posterior referencia al imputado podría llevar a pensar que el tribunal sólo estaría autorizado a ordenar la detención de éste y no de otras personas que pudiesen cometer un delito, como pueden ser los asistentes al juicio. Esta interpretación casa mal con el art. 288 del CPP que ordena a la policía detener a cualquiera a quien sorprenda en flagrante delito y autoriza a cualquier persona a practicar la aprehensión en estos casos. Por ello, debe entenderse que de producirse un delito en la audiencia, aunque quién lo perpetre sea alguien distinto del imputado, el tribunal podrá ordenar su detención y puesta a disposición del Juez de Paz.

**2.** El Código Penal considera delito en el art. 313 la desobediencia al mandato judicial, sancionado al que citado en calidad de jurado, testigo, traductor o intérprete que siendo requerido por segunda vez se excusare o se abstuviere de comparecer, sin justa causa, o habiendo comparecido rehusare prestar su colaboración con la diligencia judicial que se ordenare. La invasión en grupo de las instalaciones del lugar de la vista pública con el fin de atentar contra la paz pública podría ser constitutiva de un delito de desórdenes públicos del art. 348 CP. El art. 298 CP sanciona al funcionario o autoridad que atentare contra el derecho de defensa.

**Concordancias.** Arts. 189, 194, 333 (6º) CPP.



## **CAPITULO II**

### **DESARROLLO DE LA VISTA PUBLICA**

#### **Apertura.**

Art. 338.- El día y hora fijados, el tribunal se constituirá en la Sala de Audiencia. El presidente del tribunal, después de verificar la presencia de las partes, los testigos, peritos o intérpretes, declarará abierta la vista pública, explicando al imputado sobre la importancia y el significado de lo que va a suceder, indicándole que esté atento a lo que va a oír. Inmediatamente ordenará la lectura del auto de apertura a juicio y permitirá que el fiscal y el querellante en su caso expliquen la acusación.

#### **Comentario.**

1. En el modelo de proceso acusatorio que sigue la legislación procesal salvadoreña, la vista pública es el acto esencial. Inspirado por los principios de contradicción, intermediación, oralidad, publicidad, concentración y continuidad, en ella se practican las pruebas propuestas por las partes y, excepcionalmente, las acordadas por el tribunal, se escuchan los informes y alegaciones de las partes, se oye a los acusados y, finalmente, se deja el juicio visto para su conclusión, para dictar la sentencia absolutoria o condenatoria que deberá producirse de inmediato.

Previamente a la vista el tribunal deberá haber acordado lo procedente respecto a la publicidad del juicio cuando por alguna causa este pudiese tener que celebrarse a puerta cerrada. Constatada la necesaria presencia de las partes, los testigos y demás intervinientes, el presidente declarará abierta la vista pública. Si el acusado no comparece se suspenderá la audiencia y el tribunal podrá acordar sea conducido por la fuerza pública e, incluso, su detención de acuerdo con lo previsto en el art 326 CPP. Si el defensor no comparece se considera abandonada su defensa y se procede a su sustitución. Si es el querellante quien no lo hace se tendrá por abandonada la querrela( art. 325 CPP).

2. La vista se inicia explicando el presidente la trascendencia del acto al acusado. El presidente ordenará al secretario la lectura del auto de apertura del juicio oral al que se refiere el art. 322 de este CPP. Dicha lectura obedece a que el auto de apertura del juicio es el que delimita el objeto del proceso pues en el constan los hechos por los que va a formularse acusación. Se busca asegurar que el imputado sepa porque se le juzga y conozca los delitos de los que se le acusa, la pena y, en su caso, responsabilidad civil que se le pide. Se persigue también centrar los límites del debate que se va a celebrar a continuación y que no podrá apartarse de lo acotado en el auto de apertura del juicio.

Acto seguido se produce el primer alegato de las partes en el que las acusaciones primero y posteriormente las defensas exponen el contenido de sus respectivas pretensiones y sus líneas de ataque y defensa. El trámite es de especial utilidad en los



juicios por jurado, al efecto de que éste que no ha participado en la instrucción tenga conocimiento de los términos en los que se va a plantear el debate.

**Concordancias.** Arts. 104, 264 CPP.

### **Trámites de los Incidentes.**

Art. 339.- Todas las cuestiones incidentales serán tratadas en un sólo acto, sucesivamente o diferir alguna, según convenga al orden del juicio.

En la discusión de las cuestiones incidentales, se les concederá la palabra a las partes tan sólo una vez, por el tiempo que establezca el presidente del tribunal.

### **Comentario.**

Cabe durante la vista pública que se planteen cuestiones incidentales al objeto principal del proceso. Estos incidentes no podrán ser alguno de los previstos en el art. 324 CPP, pues su presentación sería extemporánea. Pero puede plantearse otros relativos, por ejemplo, a la admisibilidad de un medio de prueba. Los incidentes no dan lugar a la suspensión de la audiencia, salvo en el supuesto excepcional del art. 333 inciso segundo del CPP, si se trata de una cuestión que por su naturaleza no puede decidirse inmediatamente.

Los incidentes pueden resolverse antes o después de la práctica de la prueba, aunque a veces puede ser preciso esperar a ésta para su resolución; incluso puede diferirse su decisión a la sentencia, conforme determina el art. 356-1 CPP que establece que la deliberación de la sentencia se iniciará por el tribunal con la de las cuestiones incidentales.

**Jurisprudencia:** “Procesalmente hablando es pertinente admitir incidentes en la vista pública, pero se difiere su resolución posterior al desfile de prueba, en virtud de permitir la continuidad de la vista pública y el acceso a la información que se vierte en el desfile de prueba, para tener elementos más amplios y concretos que ayuden a decidir sobre el incidente planteado” (*Sentencia del 03/11/99, T2°S. San Salvador*).

### **Declaración del Imputado.**

Art. 340.- Después de la apertura de la audiencia o de resueltos los incidentes, el presidente del tribunal dispondrá que el defensor explique la orientación de su defensa. Inmediatamente recibirá declaración al imputado, explicándole con palabras claras y sencillas el hecho que se le imputa, con la advertencia de que puede abstenerse de declarar y que la vista pública continuará aunque él no declare.

El imputado podrá manifestar cuanto tenga por conveniente, y luego será interrogado por el fiscal, el querellante, el defensor y los miembros del tribunal en ese orden.

Si el imputado se abstuviere de declarar, total o parcialmente, o incurre en contradicciones respecto de declaraciones anteriores, el presidente podrá ordenar la lectura de aquéllas, siempre que se haya observado en ellas las reglas pertinentes.

En caso de contradicciones, y luego de escuchar las explicaciones del imputado, el juez o tribunal valorará, según las reglas de la sana crítica, la preferencia de las declaraciones.

Durante el transcurso de la vista, las partes y el tribunal podrán formular preguntas destinadas a aclarar sus manifestaciones.

**Concordancias.** Arts. 221, 222, 264, 342 CPP.

### **Declaración de Varios Imputados.**

Art. 341.- Si los imputados son varios, el presidente del tribunal alejará de la sala de audiencia a los que no declaren en ese momento, pero después de recibidas todas las declaraciones, informará en forma resumida de lo ocurrido durante su ausencia.

**Concordancias.** Arts. 261 CPP.

### **Facultad del Imputado.**

Art. 342.- En el curso de la audiencia, el imputado podrá hacer las declaraciones que considere oportunas, siempre que se refieran a su defensa.

El imputado podrá en todo momento hablar con su defensor, sin que por eso la audiencia se suspenda; a tal efecto se ubicará a su lado.

**Concordancias.** Arts. 340, 259 y sig. CPP.

### **Ampliación de la Acusación.**

Art. 343.- Durante la vista, el fiscal o el querellante podrán ampliar la acusación mediante la inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o en el auto de apertura a juicio, que modifica la calificación legal o la pena del mismo hecho, integra un delito continuado o modifica los términos de la responsabilidad civil.



La corrección de simples errores materiales o la inclusión de alguna circunstancia que no modifica esencialmente la imputación ni provoca indefensión, se podrá realizar durante la audiencia, sin que sea considerada una ampliación.

En tal caso, con relación a los nuevos hechos o circunstancias atribuidos en la ampliación, se recibirá nueva declaración al imputado y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión de la vista para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación quedarán comprendidos en la acusación.

### **Comentario.**

1.El desarrollo del juicio y particularmente la práctica de la prueba puede poner de manifiesto que los hechos por los que inicialmente se formuló acusación y que determinaron el auto de apertura del juicio no son exactamente los sucedidos, porque la información de la que disponían las acusaciones cuando formularon su escrito de acusación no era completa y la vista pública ha puesto de manifiesto otros hechos nuevos, que pueden influir o modificar los anteriormente conocidos.

Esta aparición de hechos nuevos, o el distinto significado de otros que se tenían como ciertos, es coherente con la transcendencia que se atribuye al juicio oral y con el principio de que sólo son efectivamente pruebas aquellas que se practican en el juicio oral. Es por ello razonable que como consecuencia de la práctica de estas pruebas, las acusaciones obtengan una diferente información que evidencie que su inicial acusación era errónea o incompleta.

2. El principio en virtud del cual nadie puede ser condenado sin ser informado de la acusación, principio que proscribió también las acusaciones sorpresivas, sin posibilidades de defensa frente a aquello por lo que se acusa, impide, que el tribunal entre a considerar estos hechos nuevos. De hacerlo, la sentencia sería incongruente de acuerdo con lo establecido en el art. 359 CPP.

Para resolver esta falta de sintonía entre lo que está demostrando la prueba en la vista pública y la acusación formulada y evitar que se produzca la vulneración de los antedichos principios, el CPP establece la posibilidad de que el fiscal o los querellantes modifiquen la acusación, ampliándola a los hechos nuevos que han aparecido en el juicio.

Marco Cos<sup>194</sup> destaca que esta ampliación se define tanto negativa como positivamente. Negativamente no son alteraciones de la acusación las modifica-

---

194 Marco Cos, J. M., *Derecho Procesal Salvadoreño*, con José María Casado y otros. Agencia de cooperación Española. El Salvador 2000

ciones sobre hechos circunstanciales que las acusaciones puedan introducir en el trámite de conclusiones definitivas, o aquellas que se establezcan en beneficio del acusado al solicitar un pena inferior o la aplicación de una circunstancia atenuante, etc. El art. comentado afirma en este sentido que la simple corrección de errores materiales o la corrección de alguna circunstancia no implica modificación de la acusación.

Se excluye la posibilidad de realizar modificaciones dirigidas contra personas que no fueron inicialmente imputadas en el juicio, ampliación subjetiva, por impedirlo el principio acusatorio.

Se admiten las modificaciones objetivas, mediante la inclusión de un nuevo hecho que no haya sido mencionado en la acusación o en el auto de apertura a juicio. Pero debe tenerse en cuenta que el principio de unidad del objeto del proceso impide incluir hechos que carezcan de conexión con aquellos que se están enjuiciando. Tal sería el caso del posible homicidio que apareciese como consecuencia de la actividad probatoria en un juicio seguido por estafa o viceversa. En estos casos deberá iniciarse un nuevo proceso penal en relación con estos hechos sorpresivamente conocidos.

El hecho debe tener una conexión con el objeto del debate procesal que justifique su resolución en el mismo procedimiento. Pero tampoco pueden ser un hecho de los que ya se tuviese conocimiento con anterioridad, pese a lo cual no se incluirá en la acusación, o cuya admisión en el juicio hubiese sido rechazada por el juez de instrucción al dictar el auto de apertura.

Estas modificaciones de hechos o circunstancias de hechos puede producir una modificación de la calificación legal, o la modificación de la pena inicialmente pedida, o dar lugar a la acusación por un delito continuado, o modificar los términos de la responsabilidad.

La modificación producida obliga a que deba recibirse nueva declaración al imputado, pues la declaración es la oportunidad que éste tiene de dar explicaciones sobre el hecho y, de no hacerlo, se vulneraría el principio que impide que nadie sea condenado sin ser oído.

El tribunal, para evitar que se lesione el derecho de defensa y posibilitar a la acusación una mejor articulación de su pretensión punitiva, informará a las partes que tienen la posibilidad de suspender la vista en los términos previstos en el último inciso del art. 333 CCP y para solicitar nueva prueba, que permita creditar o desvirtuar el hecho nuevo; bien entendido que deberá reanudarse la vista en el término de once días previsto en el art. 334 CPP, bajo pena de nulidad de lo actuado.

**Concordancias.** Arts. 359 CPP.



**Jurisprudencia:** La modificación de la calificación legal del hecho acusado puede producirse en dos supuestos: 1. Cuando se ha producido una modificación de la acusación en los términos regulados en el artículo 343 del Código Procesal Penal. Lo anterior procede cuando se ha hecho la advertencia previa al imputado de la posible modificación de la calificación jurídica del hecho, conforme lo regulado en el artículo 359 inciso último del Código Procesal Penal, en razón que cualquier modificación y especialmente la que atribuye un delito que tiene establecida una pena más grave, causa indefensión, por tanto violenta garantías fundamentales del proceso; 2. La modificación de la calificación legal del hecho acusado procede, cuando existe errónea calificación, pero subsiste la misma base fáctica. En el supuesto que la conducta atribuida al imputado fuese constitutiva de otro delito, al tratarse de una base fáctica atribuible diferente, no procede el cambio de calificación. ( *Sentencia del 27/IV/99, TS. Mexicanos* ).

### **Advertencia de Oficio y Suspensión de la Audiencia.**

Art. 344.- El presidente del tribunal advertirá a las partes sobre la posible modificación esencial de la calificación jurídica; en este caso se podrá solicitar la suspensión de la audiencia.

**Concordancias.** Arts. 333 CPP.

### **Comentario.**

1. Puede suceder que a la vista del desarrollo del juicio y particularmente del resultado de las pruebas practicadas, el tribunal llegue a la conclusión de que la calificación jurídica de los hechos que es sostenida por las partes no es la adecuada. Aunque el precepto comentado dice que el tribunal advertirá a “las partes”, lo cierto es que el supuesto que parece contemplar es aquel en el que la calificación errónea, en opinión del tribunal, es la sostenida por las acusaciones y el error radica en que los hechos son constitutivos de un delito distinto de aquel por el que se acusa.

La cuestión se halla íntimamente ligada a la necesidad de congruencia entre la acusación y sentencia. Dicho requisito es una exigencia del principio acusatorio en la medida que este principio impide condenar por algo distinto a lo que se acusa por lo que es necesario una correlación entre la acusación y la sentencia.

2. La doctrina se encuentra dividida sobre qué elementos de la acusación exigen esta correlación y en qué intensidad. No cabe duda que la sentencia debe guardar correlación con el hecho de que se acusa, de modo que no puede condenarse por un hecho diferente al que consta en el escrito de acusación. La expresión “hecho” comprende el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del imputado,

las circunstancias agravantes -sean genéricas o constitutivas del tipo-, y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa<sup>195</sup>.

Más discutible es la vinculación a la calificación jurídica mantenida por la acusación. Un sector doctrinal considera también vinculante para el tribunal la calificación jurídica de la acusación, de forma que no puede condenarse por un delito distinto, ni apreciar un grado de perfección del delito o participación del imputado más grave del recogido en la acusación<sup>196</sup>, aunque desde estas posiciones se admite la posibilidad de condenar por un delito distinto cuando exista homogeneidad entre éste y aquél por el que se formuló acusación.

Esta postura no es unánimemente compartida. En contra se mantiene que el tribunal puede calificar los hechos de forma distinta a las acusaciones lo que no produce vulneración alguna del principio acusatorio mientras el tribunal no modifique los hechos esenciales, porque el principio de legalidad y el principio "iura novit curia" determinan que deba ser en todo caso el tribunal quien califique jurídicamente los hechos, pudiendo imponer la pena que se corresponda a dicha calificación jurídica. En los ordenamientos jurídicos europeos el tribunal es el absoluto dueño de la individualización jurídica de la pena. Así en el asunto Colak (5 diciembre de 1988) el TEDH absolvió a la RFA en donde el referido imputado había sido acusado de "tentativa de homicidio" y condenado por "lesiones".

**3.** Entre los argumentos que justifican la invariabilidad de la calificación jurídica se encuentra el que una calificación sorpresiva puede lesionar el derecho de defensa, al aplicarse por el tribunal una calificación distinta a aquella que fue sometida a contradicción en juicio y que el imputado no ha podido combatir. La calificación sorpresiva aplicada por el tribunal impediría al imputado articular su defensa adecuadamente.

Por ello, para evitar esta posible indefensión, cabe exigir al tribunal que para aplicar una calificación distinta a la reclamada por las acusaciones advierta previamente a las partes de dicha posibilidad<sup>197</sup>. Esta advertencia puede buscar que la acusación haga suya la calificación sugerida por el tribunal, en cuyo caso nos encontraríamos en una simple modificación de la acusación que no afectaría al principio acusatorio ni a la necesaria congruencia entre la acusación y sentencia.

---

195 Postura esta defendida por el Tribunal Supremo Español. Vid sentencia 10 junio 1991

196 Tribunal Supremo Español, sentencia citada.

197 En el derecho Español el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge la denominada tesis de desvinculación del Órgano Jurisdiccional que permite al tribunal realizar una observación similar y una vez realizada desvincularse de la acusación calificando los hechos conforme a su criterio, aunque el Tribunal Supremo no admite esta última posibilidad tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Por el contrario el derecho alemán admite la posibilidad de que el tribunal califique los hechos de forma distinta a la efectuada por la acusación.



Es posible también que las acusaciones ignoren la advertencia del tribunal. En este caso la cuestión es si el tribunal puede o no aplicar la calificación que considera es la adecuada. Como ya hemos visto las posiciones doctrinales se encuentran divididas y en último extremo la respuesta dependerá si se considera o no que el principio acusatorio impide al tribunal apartarse de la calificación efectuada por las acusaciones<sup>198</sup>.

**4.** La legislación salvadoreña entiende que realizada la advertencia, con independencia o no de que las acusaciones modifiquen sus calificaciones, la exigencia de conocer por qué se acusa está colmada, lo que permite al tribunal aplicar la calificación sugerida y la correspondiente pena, aunque esta sea superior a la solicitada por el querellante o el fiscal. Por ello, el art. 359 CPP admite que el tribunal pueda dar a los hechos una calificación jurídica distinta a la de la acusación o aplicar pena más graves o distintas a las solicitadas, pero exigiéndose en todo caso que el imputado sea advertido de la posible modificación de la calificación jurídica.

Igual criterio es el mantenido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. La sentencia dictada en el proceso de amparo del 14/07/1999 resume la postura del alto tribunal al indicar que la exigencia de la congruencia es perfectamente compatible con el principio de apreciación jurídica oficiosa, pues las autoridades estatales no tienen obligación de ajustar los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus decisiones a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por el peticionario.

### **Recepción de Prueba.**

Art. 345.- Después de la declaración del imputado, el presidente del tribunal recibirá la prueba en el orden indicado en los artículos siguientes, salvo que considere necesario alterarlo.

**Concordancias.** Arts. 15, 330 CPP.

### **Dictamen Pericial.**

Art. 346.- El Presidente ordenará la lectura de las conclusiones de los dictámenes presentados por los peritos, quienes responderán a las preguntas que les formulen las partes y los miembros del tribunal, en ese orden y comenzando por quienes ofrecieron la prueba. El tribunal podrá disponer que los peritos presencien los actos de la audiencia.

También podrán ser citados nuevamente los peritos cuando sus dictámenes resulten poco claros o insuficientes y, si es posible, el tribunal ordenará que se realicen las operaciones periciales en la audiencia. (5)

**Concordancias.** Arts. 195 y sig., 330 CPP.

---

<sup>198</sup> Ver comentario al art. 359



## **Testigos.**

Art. 347.- Seguidamente, el presidente del tribunal llamará a los testigos, separadamente, comenzando por los que haya ofrecido la Fiscalía General de la República, continuando por los propuestos por el querellante y concluyendo con los del imputado. El presidente del tribunal, podrá alterar este orden cuando así lo considere conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos.

**Concordancias.** Arts. 185 y sig. CPP.

## **Interrogatorio de testigos y peritos.**

Art. 348.- El presidente del tribunal, después de preguntar al testigo cuáles son sus generales, le concederá la palabra a la parte que lo presentó, para que formule su primer interrogatorio; si la parte contraria manifiesta que desea contrainterrogar al testigo, le concederá la palabra al efecto. La parte que lo sometió al primer interrogatorio, podrá interrogarlo nuevamente, después del contrainterrogatorio; así como también, la parte contraria podrá someterlo a un nuevo contrainterrogatorio, a continuación del precedente. Estas dos últimas intervenciones, deberán limitarse a preguntar sobre materias nuevas procedentes del interrogatorio inmediatamente anterior.

El presidente del tribunal, moderará el examen del testigo y evitará que conteste a preguntas capciosas e impertinentes, procurando que el interrogador no ejerza presiones indebidas ni ofenda la dignidad del declarante. En el interrogatorio directo, por regla general, estarán prohibidas además las preguntas sugestivas; sin embargo, el presidente del tribunal podrá permitir la sugestividad en el interrogatorio directo, cuando el testigo sea hostil, cuando se interroge a la parte contraria, al testigo identificado con ésta, a una persona que en virtud de su mayor edad, limitada educación o causa semejante, tenga dificultad de expresión, o que por razones de pudor, esté renuente a deponer libremente.

Las respuestas de los testigos deberán ser directas y concretas a las preguntas que se les formulen.

El presidente del tribunal podrá autorizar al perito o testigo que consulte documentos, notas escritas o publicaciones, cuando por la naturaleza de la pregunta tal consulta fuere necesaria, sin que por este solo hecho, tales documentos puedan incorporarse como prueba a la vista pública.

Las partes podrán interponer revocatoria de las decisiones del presidente del tribunal que limiten sus interrogatorios y objetar las preguntas que se formulen en los mismos.



El presidente y los otros miembros del tribunal, podrán interrogar al perito o testigo, pero con las limitaciones que el deber de imparcialidad les impone. (2)

**Concordancias.** Arts. 185, 186, 187, 188, 189, 191, 192, 193, 194, 349 CPP.

**Jurisprudencia:** “Para el efecto de identificación de testigos que carecen de documentos de identidad, en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, no existe figura legal alguna como requisito o procedimiento para tal caso, la que nos conlleva a la interpretación sistemática de la ley; refiriéndonos en este caso a la Ley de Notariado, en su artículo 32 numeral 5°, en cuanto a que se refiere a los testigos de conocimiento, que no exige formalidades ni requisitos más que un simple conocimiento de la persona, por lo que se tiene de esa manera, plenamente establecida la identidad del testigo” (*Sentencia del 04/11/99, TS. Soyapango*).

“El Tribunal ante la dificultad que pudiera presentar el testigo al interrogatorio que desarrollan las partes, puede permitir el uso de la sugestión en las preguntas de quien interroga” (*Sentencia del 04/1/99, T 3° S. San Salvador*).

“Si bien es cierto una de las personas que participaron como testigo de cargo en la vista pública, manifestara en su deposición que las fotografías de los imputados las había visto por primera vez en sede policial, dicha circunstancia no invalida ni vuelve ilegal la diligencia practicada como anticipo de prueba, pues el mencionado testigo ya conocía con anterioridad al hecho a los imputados, y el tener acceso al Kardex Policial puede considerarse como una diligencia pura de investigación, de conformidad al artículo 84 del Código Procesal Penal” (*Sentencia de 12/1/99, TS. Sonsonate*).

“El Tribunal de Sentencia de Ciudad Delgado, no toma en cuenta el reconocimiento practicado al imputado en rueda de personas, por medio de testigo, e incorporado al juicio como prueba documental, de conformidad a la contenido en al artículo 330 del Código Procesal Penal, en vista de ser irrelevante, por cuanto con anterioridad ya se había practicado dicha diligencia aunque sin las formalidades de ley, por lo que se declaró nulo; lo cual indica que al haberse verificado por segunda vez, el mismo testigo que con anterioridad ya había reconocido al indiciado, es lógico pensar que al serle presentado nuevamente lo iba a identificar” (*Sentencia del 26/1/99, TS. Ciudad Delgado*).

“Así pues, en la realidad procesal, en la conciencia pública, la víctima no es simplemente un testigo; la víctima está frente al acusado. Esto tiene poca importancia en lo que concierne a la apreciación de los jueces, ya que, dado el método de libre convencimiento, sólo tienen importancia la realidad o credibilidad de las cosas dichas por él, la credibilidad de la persona de la víctima, y no el concepto formal de él.

La calidad de testigo en la víctima persiste aun cuando ejerza la acción civil. De lo anterior precisa decir que el testimonio de la víctima de manera apriorística no

puede ser desestimado, serán otras circunstancias, atendiendo a las reglas de la sana crítica las que han de determinar su falta de valor” ( *Sentencia del 08/11/99, TS Soyapango*).

“Si se partiese de la calidad falible de los seres humanos como motivo para descartar el peritaje, llegaríamos al absurdo de que ningún peritaje tendría valor, y, al ser dos y no una persona quienes emiten una similar conclusión; se otorga entera fe al dictamen” ( *Sentencia del 11/11/99, TS. Soyapango*).

“En cuanto a la prueba pericial, si bien es cierto el peritaje indica que las armas han sido disparadas, el mismo dictamen no puede precisar en que momento o período han sido disparadas, como tampoco puede acreditar quién disparó y de qué manera disparó, es decir la intención al disparar, tales circunstancias son necesarias para consolidar el indicio de que el arma ha sido disparada, sin el concurso de los cuales, este último queda aislado y sin fuerza suficiente para generar un grado de certeza” ( *Sentencia del 04/1/99, T 3° S, San Salvador*).

### **Interrogatorio de Menores.**

Art. 349.- El interrogatorio de un menor será conducido por el presidente del tribunal, cuando lo estime necesario, con base en las preguntas presentadas por las partes. El Presidente, podrá valerse del auxilio de los padres y en su defecto del representante legal del menor o de un experto en psicología u otra ciencia de la conducta.

### **Incomparecencia.**

Art. 350.- Cuando el perito o testigo oportunamente citado no haya comparecido, el presidente del tribunal ordenará que sea conducido por medio de la seguridad pública, y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia. Si de acuerdo con informes fidedignos de las autoridades competentes, resulta imposible localizar al testigo o al perito, el juez, mediante resolución fundada, prescindirá de dicha prueba y continuará con la audiencia.

### **Otros Medios de Prueba.**

Art. 351.- Los documentos serán leídos y exhibidos en la audiencia, con indicación de su origen. Los objetos y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos para su reconocimiento. Las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales serán reproducidos, en la forma habitual. Las partes y el juez o tribunal podrán acordar, por unanimidad la lectura, exhibición o reproducción parcial de esos medios de prueba. Se podrán efectuar careos o reconstrucciones.



## **Concordancias.** Arts. 15, 170, 203, 218 CPP.

**Jurisprudencia:** En materia penal, el cheque no tiene la virtualidad de demostrar por sí mismo, la exteriorización de una acción, porque de lo contrario estaríamos a priori estableciendo la responsabilidad penal de cualquier indiciado, y es que la carga de la prueba le corresponde a la parte acusadora, en atención al artículo 4 parte final del Código Procesal Penal” (*Sentencia del 12/1/99, T 3° S. San Salvador*).

## **Prueba para Mejor Proveer.**

Art. 352.- El tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen nuevos hechos que requieran su esclarecimiento.

## **Comentario.**

Introduce este art. al igual que el posterior art. 355 CPP la posibilidad también presente en otros ordenamientos jurídicos<sup>199</sup> de que el tribunal, al margen de las propuestas por las partes, acuerde la práctica de otras pruebas. Esta facultad ha sido tradicionalmente objeto de crítica doctrinal por entenderla contraria al principio acusatorio y comprometer la imparcialidad del tribunal.

Desde esa perspectiva crítica se ha dicho que su ejercicio convierte a quien está llamado a juzgar en acusador o defensor; que suple las deficiencias de las partes que no propusieron la prueba que ahora resulta ser necesaria; que produce agravio a la parte que pueda verse perjudicada por la prueba desde el momento que se ve impedida de presentar otras nuevas que desvirtúen la acordada por el tribunal; y que supone la pérdida por el tribunal de su imparcialidad objetiva, porque la simple formulación de la prueba exterioriza una toma de posición a favor de la parte a la que la ausencia de la prueba que va a practicarse podría beneficiarle.

Desde posiciones opuestas se ha tratado de justificar esta posibilidad sosteniendo que el proceso penal, dados los valores en juego y las repercusiones que puede tener para el imputado, debe tender a buscar la verdad material frente a la meramente formal, y en esta búsqueda la actuación del tribunal para esclarecer hechos oscuros es razonable. Se mantiene desde éstas posturas que el principio acusatorio significa que la

---

199 La Ley de Enjuiciamiento Criminal Española contiene una disposición similar en el art. 729-2. Objeto de crítica desde que se promulgó la Ley en 1882, sólo la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha cuestionado su compatibilidad con el principio acusatorio (STS 1-12-93). Igualmente el art. 507 del Código Procesal Italiano permite al tribunal ordenar de oficio la práctica de nuevas pruebas.

aportación de los hechos y la fijación del objeto del proceso debe hacerla un órgano o parte acusadora distinta al tribunal, pero ello no quiere decir que éste no pueda complementar la actividad probatoria de las partes, siempre y cuando la necesidad de las diligencias no propuestas por éstas se deriven de la propia actividad procesal, evidentemente nunca del conocimiento privado de quien juzga<sup>200</sup>.

Sin embargo, es difícil que esta búsqueda de la verdad material<sup>201</sup> no reste imparcialidad al tribunal, pues en un proceso contradictorio entre partes en definitiva de lo que se trata es de corroborar la tesis mantenida por una de ellas que a la finalización de los debates no ha quedado suficientemente probada o desvirtuada. La intervención del tribunal, por lo tanto, esta forzosamente orientada a la búsqueda de pruebas de cargo o descargo para acreditar hechos cuya existencia no se tiene por ciertos pero que son coincidentes con los mantenidos por una de las partes.

Quizás para evitar esta posible imputación de parcialidad que resultaría más evidente si la actividad probatoria acordada por el tribunal se dirige a acreditar hechos traídos al proceso por las partes, el art. comentado limita esta facultad a los “hechos nuevos”. Hay que coincidir con Juan Manuel Marco Cos<sup>202</sup> que dicha expresión no es muy afortunada pues sugiere la posibilidad de que se abra nuevamente el período de prueba para hechos que no fueron objeto de acusación. La expresión “hechos nuevos” seguramente se refiere a hechos distintos a aquellos que sustentaron las distintas posiciones de las partes, pero que aparecieron “ex novo” durante de los debates, como consecuencia de la actividad probatoria (por ejemplo la posible disminución de las facultades síquicas del imputado que se evidencia por pruebas dirigidas ha acreditar otros extremos).

**Concordancias.** Arts. 84, 268 CPP.

### **Discusión Final y Cierre del Debate.**

Art. 353.- Terminada la recepción de las pruebas, el presidente concederá, sucesivamente, la palabra al fiscal, al querellante, al defensor y al responsable civil subsidiario, para que en ese orden expresen sus conclusiones finales. No se leerán memoriales, sin perjuicio de la lectura parcial de notas. Si intervienen dos o más fiscales, defensores o abogados directores, todos podrán hablar, distribuyéndose sus tareas, para evitar repeticiones o dilaciones.

---

200 Saavedra Ruiz, J. La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral. En cuestiones de derecho procesal penal. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1994

201 Ver comentario al art. 356 de este CPP

202 Marco Cos, J.M., en Derecho Procesal Penal Salvadoreño. Casado, J.M y otros. Agencia Española de Cooperación Internacional. El Salvador. 2000.



Todas las partes podrán replicar, pero corresponderá al defensor la última intervención.

La réplica se limitará a la refutación de los argumentos adversos que antes no hayan sido discutidos.

El presidente del tribunal impedirá cualquier divagación, repetición o interrupción. En caso de manifiesto abuso de la palabra, llamará la atención al orador, y si éste persiste, puede limitar prudencialmente el tiempo del alegato, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos en examen, la prueba recibida y las cuestiones a resolver. Al finalizar el alegato, el orador expresará sus conclusiones de un modo concreto.

Por último, si está presente la víctima y desea declarar, se le concederá la palabra. Finalmente, el Presidente del tribunal preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar. Inmediatamente después declarará cerrado el debate. (11')

### **Comentario.**

Las conclusiones finales son actos de postulación por los que las partes deducen de un modo definitivo su pretensión. Finalizada la práctica de la prueba, las partes han podido constatar la adecuación de dichas pretensiones a lo realmente sucedido en el juicio y de acuerdo con ello pueden mantener su calificación inicial, ampliar o reducir la acusación, o incluso considerar que su pretensión de condena es infundada o la pretensión de la defensa insostenible.

Las conclusiones finales o definitivas constituyen la última posibilidad de las partes de rectificar sus calificaciones iniciales, delimitando definitivamente el objeto sobre el que va a pronunciarse la sentencia, sin perjuicio de las facultades del tribunal que haya realizado la advertencia prevista en el art. 344 CPP. Son por tanto estas conclusiones las que definen el objeto procesal y crean los límites de la congruencia penal. Deberán delimitar el hecho justiciable, la responsabilidad que se atribuye al imputado y la calificación jurídica del hecho, sin que posteriormente sea ya posible nuevas ampliaciones de las previstas en el art. 343 CPP.

**2.** Los informes son los últimos actos de alegación de los que disponen las partes para obtener la convicción del tribunal. La finalidad del trámite es permitirles razonar los motivos por los que sostienen sus conclusiones definitivas, explicando al tribunal su valoración de la prueba y las causas por las que debe aplicarse una determinada calificación jurídica. En ellos las partes combaten mutuamente los argumentos esgrimidos de contrario, criticando sus respectivas apreciaciones y desarrollando de esta forma el debate procesal contradictorio ante el tribunal. El CPP no establece un trámite para las conclusiones definitivas y otro diferenciado para los informes, por lo que éstos y aquéllas se presentan conjuntamente, aunque las conclusiones debe exponerse de un modo concreto al finalizar los alegatos.

El precepto comentado prohíbe la lectura de memoriales para reforzar el carácter oral del procedimiento y evitar que mediante este vicio pueda finalmente sustituirse el trámite de informe oral por el informe escrito. Es posible la réplica a las intervenciones de contrario pero el orden de intervenciones reserva la última intervención a la defensa lo que es congruente con los términos en lo que se establece el debate procesal, en el que una parte formula una imputación y la otra, el imputado, la hace frente. El presidente del tribunal, en uso de las facultades que como director de la audiencia le atribuye el art. 336 CPP, dirige el debate debiendo impedir que éste se aleje del objeto del proceso y asegurando el necesario orden, de forma que no se produzcan interrupciones y se desarrolle en el tiempo preciso.

**3.** Concluidos los alegatos, si está presente al víctima puede declarar. Esta declaración no constituye una nueva prueba testifical sino la posibilidad de que la víctima exprese su opinión sobre lo sucedido y manifieste al tribunal lo que estime pertinente sobre el delito, el imputado y las pretensiones deducidas por las partes en el juicio. La intervención de la víctima busca superar el sentido de “expropiación” que el carácter público de la persecución penal puede producir en ocasiones, y la tendencia a que no se la tenga en cuenta pese a ser la perjudicada por el delito y quien sufre sus consecuencias. Es una forma del derecho a participar en la vista pública que la reconoce el art. 13-4 CPP.

**4.** El art. comentado consagra el derecho a la última palabra del imputado. Su fundamento se encuentra en el derecho de defensa y en el principio en virtud del cual nadie puede ser condenado sin ser oído. El imputado, en este caso sin la mediación de la defensa técnica, puede dirigirse al tribunal para expresar su versión de lo acaecido, reconocer o negar los hechos, o realizar las peticiones que estime convenientes. No es sino una manifestación de la facultad que el art. 342 CPP reconoce al imputado de dirigirse en todo momento al tribunal, pero el hecho de que pueda disponer de la última intervención cuando el tribunal ya cuenta con todos los elementos de juicio sobre los que va a pronunciarse, refuerza el derecho de defensa, al ser su intervención personal la que cierra el debate procesal.

**Concordancias.** Arts. 9, 13 CPP.

## CAPITULO III

### DELIBERACION Y SENTENCIA

#### **Deliberación.**

Art. 354.- Cerrado el debate, los jueces pasarán, de inmediato, a deliberar en sesión secreta, a la que sólo podrá asistir el secretario. La deliberación no se diferirá ni suspenderá, salvo que alguno de los jueces se enferme gravemente o exista otra razón



de fuerza mayor de notoria gravedad. La causa de la suspensión constará en el acta y no excederá los tres días. Caso contrario se realizará nuevamente la vista pública.

### Comentario.

1. La razón por la que la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado se atribuye a un tribunal colegiado, obedece a que éste ofrece mayores garantías de que su resolución se va adaptar a la legalmente querida, al exigir para la formación de la voluntad del tribunal un proceso de discusión y contraste de valoraciones entre los miembros que lo integran y, en su caso, la formación de mayorías y minorías, lo que disminuye las posibilidades de arbitrariedad.

Para la formación de la sentencia es pues preciso que los integrantes del tribunal expongan y razonen la solución de cada uno de ellos al caso concreto planteado, y voten la solución que mayoritariamente consideran más adecuada. Este proceso mediante el que se forma la voluntad que va a expresarse en la sentencia es la deliberación, que es definida por Binder como el conjunto de operaciones intelectuales del tribunal, mediante las cuales se construye la solución jurídica del caso y se opta por una de las hipótesis del hecho probable, mediante la valoración de la prueba<sup>203</sup>.

El principio de inmediación, al que ya nos hemos referido al comentar el art. 325 CPP, no sólo exige la percepción directa por el tribunal de las pruebas, sino también la inmediatez entre la práctica de éstas y la resolución del caso, para que el tribunal pueda beneficiarse de esa directa percepción cuyos efectos se diluirían si la deliberación de la sentencia se posterga en el tiempo. Una de las finalidades de los principios de concentración y continuidad<sup>204</sup>, a los que también nos hemos referido, es asegurar esa inmediatez temporal entre la prueba y la formación de la sentencia. De ahí que el art. comentado exija que la deliberación se produzca de inmediato, sin solución de continuidad una vez acabados los debates del juicio.

2. La deliberación es secreta, con lo que se persigue tanto que los miembros del tribunal puedan expresar libremente sus opiniones y dudas hasta la formación de la voluntad colectiva, como evitar las interferencias que pudiesen producirse en la deliberación. Por este motivo, si la deliberación no puede efectuarse en los plazos previstos por concurrir alguna de las causas que expone el art. comentado se produce la nulidad de la vista pública ya celebrada, debiendo realizarse de nuevo. En este caso y aunque el precepto no lo exige, es razonable pensar que podría afectar a los integrantes del tribunal el impedimento del art. 73-1 CPP, concurrir a dictar sentencia, pues aunque ésta no se haya producido finalmente, el tribunal difícilmente podrá obviar el

---

203 Binder, A. Introducción al derecho procesal penal Editorial AD-hoc. Buenos Aires 1993

204 Ver comentario al art. 333 de este CPP



recuerdo de lo acaecido en al vista anulada y no resultaría inusual que la información obtenida en ambas vistas pudiese ser distinta e incluso contradictoria.

**Concordancias.** Arts. 53, 54, 333, 373 CPP.

### **Reapertura de la Audiencia.**

Art. 355.- Si durante la deliberación el tribunal estima absolutamente necesario recibir otras pruebas respecto de hechos nuevos, dispondrá, a ese fin, la reapertura de la audiencia.

Resuelta la reapertura, se convocará a las partes y se ordenará la citación urgente de quienes deban declarar o la realización de los actos correspondientes. La discusión final quedará limitada al examen de los nuevos elementos de prueba incorporados.

### **Comentario.**

Como ya se señaló al comentar el art. 352 de este CPP de igual significado, este art. introduce la posibilidad también presente en otros ordenamientos jurídicos<sup>205</sup> de que el tribunal, al margen de las propuestas por las partes, acuerde la práctica de otras pruebas, una vez finalizados los debates. Esta facultad ha sido tradicionalmente objeto de crítica doctrinal por entenderla contraria al principio acusatorio y comprometer la independencia e imparcialidad del tribunal.

Desde esa perspectiva crítica se ha dicho que su ejercicio convierte a quien está llamado a juzgar en acusador o defensor; que suple las deficiencias de las partes que no propusieren la prueba que ahora resulta ser necesaria; que produce agravio a la parte que pueda verse perjudicada por la prueba desde el momento que se ve impedida de presentar otras nuevas que desvirtúen la acordada por el tribunal; y que supone la pérdida por el tribunal de su imparcialidad objetiva, porque la simple formulación de la prueba exterioriza una toma de posición a favor de la parte a la que la ausencia de la prueba que va a practicarse podría beneficiarle.

Desde posiciones opuestas se ha tratado de justificar esta posibilidad sosteniendo que el proceso penal, dados los valores en juego y las repercusiones que puede tener

---

205 La Ley de Enjuicimiento Criminal Española contiene una disposición similar en el art. 729-2. Objeto de crítica desde que se promulgó la Ley en 1882, sólo la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha cuestionado su compatibilidad con el principio acusatorio (STS 1-12-93)



para el imputado, debe tender a buscar la verdad material frente a la meramente formal<sup>206</sup>, y en esta búsqueda la actuación del tribunal para esclarecer hechos oscuros es razonable. Se mantiene desde éstas posturas que el principio acusatorio significa que la aportación de los hechos y la fijación del objeto del proceso debe hacerla un órgano o parte acusadora distinta al tribunal, pero ello no quiere decir que éste no pueda complementar la actividad probatoria de las partes, siempre y cuando la necesidad de las diligencias no propuestas por éstas se deriven de la propia actividad procesal, evidentemente nunca del conocimiento privado de quien juzga<sup>207</sup>.

Sin embargo, es difícil que esta búsqueda de la verdad material no reste imparcialidad al tribunal, pues en un proceso contradictorio entre partes en definitiva lo que se busca es corroborar la tesis mantenida por una de ellas que a la finalización de los debates no ha quedado suficientemente probada o desvirtuada. La intervención del tribunal, por lo tanto, esta forzosamente orientada a la búsqueda de pruebas de cargo o descargo para acreditar hechos cuya existencia no se tiene por ciertos pero que son coincidentes con los mantenidos por una de las partes.

Quizás para evitar esta posible imputación de parcialidad que resultaría más evidente si la actividad probatoria acordada por el tribunal se dirige a acreditar hechos traídos al proceso por las partes, el art. comentado limita esta facultad a los “hechos nuevos”. Hay que coincidir con Juan Manuel Marco Cos<sup>208</sup> que dicha expresión no es muy afortunada pues sugiere la posibilidad de que se abra nuevamente el período de prueba para hechos que no fueron objeto de acusación. La expresión “hechos nuevos” seguramente se refiere a hechos distintos a aquellos que sustentaron las distintas posiciones de las partes, pero que aparecieron “ex novo” durante de los debates, como consecuencia de la actividad probatoria (por ejemplo la posible disminución de las facultades síquicas del imputado que se evidencia por pruebas dirigidas ha acreditar otros extremos). El propio precepto es consciente de las consecuencias que podría producir la utilización por el tribunal de esta facultad, y por ello exige que la práctica de estas pruebas sea “absolutamente necesaria”.

### **Concordancias.** Arts. 333, 373 CPP.

---

206 Ver comentario al art. 356 de ste CPP.

207 Saavedra Ruiz, J. La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral. En cuestiones de derecho procesal penal.. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1994.

208 Marco Cos, J.M., en Derecho Procesal Penal Salvadoreño. Casado, J.M y otros. Agencia Española de Cooperación Internacional. El Salvador. 2000

## **Normas para la Deliberación y Votación.**

Art. 356.- El tribunal apreciará las pruebas producidas durante la vista pública de un modo integral y según las reglas de la sana crítica.

Todos los jueces deliberarán y votarán respecto de todas las cuestiones, según el siguiente orden, en lo posible:

- 1o.) Las relativas a su competencia, a la procedencia de la acción penal, de la acción civil y toda otra cuestión incidental que se haya diferido para este momento;
- 2o.) Las relativas a la existencia del delito y la culpabilidad;
- 3o.) La individualización de la pena aplicable; y
- 4o.) Lo relativo a la responsabilidad civil.

Las decisiones se adoptarán por mayoría. Los jueces fundamentarán separadamente sus votos o lo harán en forma conjunta cuando estén de acuerdo.

### **Comentario.**

1. Proclama el art. el principio de libre valoración de la prueba por el tribunal sin sujetarse a reglas tasadas de valoración.

Sabido es que históricamente pueden distinguirse dos sistemas distintos de apreciación: el sistema de prueba legal o tasada en el que la propia ley determina el valor probatorio que debe darse a las distintas pruebas practicadas; y el sistema de libre valoración en el que el tribunal debe formar su convicción sin sometimiento a norma legal alguna expresamente prevista, sin perjuicio de que la ley pueda excluir la toma en consideración de determinadas pruebas prohibidas o ilícitamente obtenidas, y de que el tribunal deba realizar su apreciación siguiendo criterios racionales que deberá exponer al motivar la sentencia.

El sistema de prueba legal ha aparecido en la historia íntimamente ligado al sistema inquisitivo. El sistema de prueba tasada, al establecer “ciertas bases de prueba que la experiencia de mucho tiempo ha acreditado como orígenes los más seguros de certeza”, respondía formalmente al designio de limitar el arbitrio del juez, que, dotado de una libertad extrema en la indagación quedaría, no obstante, constreñido en sus apreciaciones a la predeterminación normativa de las adquisiciones probatorias<sup>209</sup>. El

---

209 Vid. Andres Ibañez, P. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, en La Sentencia Penal. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.1992.



modelo dio lugar a unas prácticas que condujeron a la quiebra del sistema, tanto desde el punto de vista gnoseológico como moral<sup>210</sup>.

El sistema de prueba tasada siguió igual destino que el proceso inquisitivo. El pensamiento ilustrado fundada en su confianza en la “razón” lleva a una revalorización del sentido común y a la preferencia por los jurados populares, que deben resolver conforme a su “*intime conviction*”. El *Code de Instrucción Criminelle* de 1808, partía de la soberanía del jurado, por lo que éste no podía estar vinculado a norma alguna para declarar probados unos determinados hechos. El principio de libre valoración se extendió al igual que el sistema acusatorio formal a los ordenamientos europeos y latinoamericanos.

El principio, inicialmente teñido de subjetivismo, ha ido evolucionando. Como ya advirtió Carrara “respecto al juicio acerca del hecho, el juez no tiene verdadero arbitrio, ni siquiera cuando se acepta su convicción íntima, pues siempre debe convencer según la razón y según el proceso”.

**2.** Para la doctrina actual la libre valoración de la prueba no significa libre arbitrio sino que la valoración ha de versar sobre el resultado probatorio obtenido en juicio, no puede efectuarse la valoración de pruebas ilícitamente obtenidas y la valoración debe realizarse conforme a las normas de la lógica, máximas de experiencia o sana crítica, lo que conlleva la obligación de motivar el resultado.

Esta explicación de los criterios racionales que han llevado al tribunal a un determinada conclusión como consecuencia de la prueba practicada debe justificarse en la motivación de la sentencia. Por ello el art. 130 del CPP ordena que en la motivación de las sentencias se expresará la indicación que se otorga a los medios de prueba y el art. 3 CPP dispone que cuando lo jueces tomen decisiones, deberán fundamentar tales circunstancias y las pruebas de cargo y descargo. Más expresivo aún es el art. 362-4 que, al referirse a las causales de nulidad de la sentencia que habilitan para el recurso de casación, expresamente dispone que será nula la sentencia por insuficiencia en la fundamentación “cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo”. Ello obliga a explicitar en la sentencia el proceso racional por el que una prueba directa o indiciaria ha producido el efecto probatorio que le atribuye la sentencia.

**3.** Se defiende con el sistema acusatorio formal o mixto la posibilidad de obtener la verdad material. Como recuerda Ernesto Pedraz, suponer que el proceso es vía

---

210 Recuerda al respecto Andrés Ibañez, P. las palabras de Voltaire en su comentario a Los delitos y las penas de Beccaria., al denunciar la admisión de “medias pruebas que no son en realidad más que dudas, pues es sabido que no existen medias verdades; pero en Toulouse se admiten las cuartas y octavas partes de prueba. Por ejemplo *un he oído decir*, puede ser considerado como un cuarto de prueba, y otro *un he oído decir* un poco más vago, com una octava parte; de modo que ocho rumores que no son más que el eco de un rumor mal fundado, pueden comprender una prueba completa”.

de obtención de la verdad material a resultas de la libertad e igualdad de los contendientes garantizada por una justicia formal preordenada a la tutela de intereses legales también formales, es una creencia no sólo ideológica sino también utópica.

La doctrina procesal ha evolucionado al ser consciente de la imposibilidad de alcanzar la verdad material en el proceso penal. Las propias exigencias jurídico-fundamentales constituyen en su contenido esencial un límite insalvable para obtener la verdad material a cualquier precio. 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 obtenida, constituyen en su significado último de barrera jurídico-fundamental infranqueable, derogaciones a una rígida y primaria lectura de la legalidad ordinaria.

El objetivo a conseguir es el 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 suficiente como para que el juez estime su subsumibilidad en el supuesto fáctico normativo del que pueda extraerse la consecuencia jurídica. Acaso la fórmula anglosajona del “más allá de toda duda razonable” pueda servir para acotar, en el caso concreto, la parte fáctica de la sentencia que, con justificación de al norma elegida, necesariamente ha de explicitarse mediante su respectiva y pertinente motivación en el cuerpo de la sentencia<sup>211</sup>.

**Jurisprudencia:** “La Sala de lo Constitucional no es competente para conocer y decidir acerca de los elementos de prueba utilizados por los tribunales para fundar sus resoluciones, puesto que ello corresponde conocer y decidir a los tribunales de instancia, salvo excepciones en las cuales esta Sala advierta, verbigracia, que se ha violado el principio de legalidad y ello incida en la tipificación” (Sentencia en el proceso de Habeas corpus del 17-VI-1999. Ref. 130-99).

“Los jueces son autónomos en la apreciación de la prueba que se les presenta, por lo que la Sala de lo Constitucional no puede entrar a valorar las pruebas que en determinado momento pudieron servir para justificar la resolución impugnada, pues al hacerlo invadiría la esfera de competencia de los jueces, que son los facultados legalmente para tomar la resolución que estimen pertinente. (Sobreseimiento en el proceso de amparo de 10-XII-1998. REF. 229-97).

“En el nuevo proceso penal si bien es cierto que de conformidad al artículo 247 del Código Procesal Penal, la Fiscalía cuando hace uso del derecho de acción puede paralelamente ejercer la acción civil, tal como lo establecen los artículos 42 y siguientes de dicha ley, esto no debe entenderse que por el simple hecho de haberla enunciado en

---

211 Pedraz Penalva, E. Derecho Procesal Penal



dicho requerimiento va a existir una condena de oficio en la responsabilidad civil, puesto que al igual como se está discutiendo lo principal, que en este caso es el delito penal, la Fiscalía en su acusación debe hacer lo *mismo* con relación a la acción civil” ( *Sentencia del 17/11/99, TS. Mejicanos*).

### Requisitos de la Sentencia.

Art. 357.- La sentencia se pronunciará en nombre de la República de El Salvador y contendrá:

- 1) La mención del tribunal, lugar y fecha en que se ha dictado, el nombre de los jueces y las partes, las generales del imputado y la enunciación del hecho que ha sido objeto del juicio;
- 2) El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición precisa de los motivos de hecho y de derecho en que se funda;
- 3) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado;
- 4) La parte dispositiva con mención de las normas aplicables; y,
- 5) La firma de los jueces. Si uno de los miembros del tribunal no puede suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación, esto se hará constar y la sentencia vale sin esa firma.

### Comentario.

La sentencia es definida en el art. 129 CPP como aquella resolución judicial que se dicta luego de la vista pública para dar término al juicio y la resolución que ponga término a un procedimiento abreviado. Es por lo tanto la resolución del órgano jurisdiccional que pone fin al proceso penal, en la que se declara el ejercicio de la potestad punitiva del estado, condenando o absolviendo a una persona.

Se funda en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que el art. 172 de la Cn atribuye a los jueces y tribunales que integran el Órgano Judicial, a los que corresponde en exclusiva juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Dado el sistema procesal salvadoreño, la sentencia, además de su pronunciamiento penal, contiene un pronunciamiento civil, correlativo al ejercicio de la acción civil en el proceso penal de acuerdo con el art. 42 CPP.

Las sentencias penales pueden ser absolutorias si desestiman la pretensión de condena reclamada por las partes acusadoras. El derecho moderno ha rechazado las sentencias absolutorias en la instancia que permitan la celebración de nuevos procesos, si aparecieran nuevas pruebas contra el imputado. La sentencia absolutoria es siempre referente al fondo de la acusación e impide nuevos procesos por los mismos hechos como mantiene el art. 7 CPP. Las sentencias de condena son las que estiman la

pretensión de condena formulada por las acusaciones e imponen, en consecuencia, una pena o medida de seguridad.

**2.** Tradicionalmente el proceso de formación de la sentencia se ha equiparado a un silogismo, cuya premisa mayor estaría integrada por las normas jurídico penales y procesales, su premisa menor por los hechos alegados y probados y, finalmente, una conclusión relacionando y subsumiendo el hecho en la norma, dictando el fallo correspondiente. Sin embargo la teoría del silogismo no basta para explicar el complejo proceso de formación de la sentencia porque, además de la lógica, en al formación interna de la sentencia intervienen otros factores nada desdeñables como, por ejemplo, el análisis histórico de los hechos, o los propios juicios valorativos del juzgador<sup>212</sup>.

La determinación de si el imputado es o no responsable penal de lo hechos por los que se formula acusación obliga a la realización de un doble juicio: el denominado juicio histórico y el juicio jurídico. El primero tiene por finalidad determinar si un hecho o un conjunto de hechos, aquellos por los que se realiza la acusación, han existido o no con anterioridad al proceso para lo que el juzgador dispone de las pruebas practicadas en el acto del juicio y su posterior valoración; el segundo persigue establecer si el hecho que se ha declarado que existió puede subsumirse en la norma penal, esto es, si puede ser calificado como penalmente ilícito y si es merecedor de una pena.

**3.** La doctrina suele clasificar los requisitos de la sentencia distinguiendo entre requisitos internos y requisitos externos<sup>213</sup>. Desde el primer punto de vista se señala que al sentencia penal debe ser motivada, clara, no contradictoria, terminante exhaustiva y congruente. Nos referiremos ahora a los requisitos internos toda vez que los externos son tratados por el CPP en el art. 357.

**a)** El primer requisito a destacar, a caballo entre lo interno y externo, es la motivación. Motivar es explicar las razones por las que se ha llegado a una determinada conclusión de hecho o derecho en la sentencia o resolución que se trate; y, en consecuencia, por qué se ha adoptado la resolución.

La obligación de motivar las resoluciones judiciales se impone con carácter general en el CPP en el art. 130 cuando dispone que es obligación del juzgador o del tribunal fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameriten. El propio precepto explicita en qué consiste la motivación al indicar que la fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de

---

212 Gómez Colomer, J.L. Derecho Jurisdiccional. Montero Aroca, J. y otros. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000

213 Gómez Colomer, J.L. Obra citada



derecho en que se basan las decisiones tomadas, así como la indicación del valor que se le otorga a los medios de prueba. El art. 3 CPP dispone por su parte que los jueces, cuando tomen decisiones, deberán fundamentar tales circunstancias y las pruebas de cargo y descargo. Particularmente expresivo es el art. 362-4 CPP, que al referirse a los motivos de nulidad de la sentencia que habilitan el recurso de casación contempla como tal motivo de nulidad que “falte sea insuficiente y contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal” y añade que la fundamentación es insuficiente “cuando solamente se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, o se utilice como fundamentación el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de remplazarla por relatos insustanciales; asimismo se entenderá que es insuficiente la fundamentación cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo”.

La obligación de motivar las resoluciones judiciales no formaba inicialmente parte del ideario del pensamiento ilustrado pues su concepción del juez como “boca de la ley” y su predilección por el tribunal jurado alejaba la necesidad de motivación. No obstante, como ha evidenciado Taruffo<sup>214</sup> aunque la obligación de motivar no obedeció a una concepción doctrinal y filosófico-política, se impuso como reacción a la praxis del Antiguo Régimen, en cuanto se advierte que la falta de motivación permite un ejercicio arbitrario del poder por el juez.

Fue por primera vez el art. 15 de la ley 16-24 de agosto de 1790, sobre Organización Judicial, la que ordenó que “el resultado de los hechos reconocidos o constatados por la instrucción y los motivos que hayan determinado al juez serán expresados en la sentencia”. El deber de motivar las sentencias se generalizó con el liberalismo y se introdujo en los ordenamientos europeos y latinoamericanos<sup>215</sup>.

La finalidad de la motivación obedece a la necesidad de explicar la decisión judicial, su por qué. La motivación debe explicar por qué el tribunal acordó unas determinadas conclusiones fácticas, pues como hemos visto más arriba el principio de libre valoración de la prueba y su apreciación en conciencia implica la existencia de un proceso racional que es del que debe dejarse constancia en la sentencia. La motivación comprende no sólo el juicio histórico sino también la explicación del juicio de derecho, el proceso de subsunción de los hechos en la norma jurídica que va a aplicarse.

Junto a esta finalidad de explicación, la motivación obedece también a una necesidad de control. La explicación del proceso racional que ha llevado a tomar una determinada resolución, permite comprobar si el juzgador ha incurrido o no en error,

---

214 Taruffo, M., *La motivazione della sentenza civile*. Padova. 1975

215 Pedraz Penalva, E. Obra citada.



o si ha tomado en consideración pruebas prohibidas o ilícitamente obtenidas. Permite a las partes fundamentar sus recursos y la revisión de las decisiones judiciales por los tribunales superiores. Para que cumpla su finalidad la motivación ha de ser explícita, suficiente, racional y no arbitraria.

**b)** La exhaustividad supone que la sentencia debe dar respuesta a todas la cuestiones planteadas por las partes. Y debe quedar constancia en la sentencia de todos los argumentos empleados por el tribunal para llegar a una determinada conclusión. No caben, por lo tanto, las desestimaciones “tácitas” o “implícitas” por lo que el juez o tribunal deberá explicar la toma de todas sus decisiones.

**c)** La congruencia implica que las sentencias deben ser correlativas o adecuadas a las peticiones formuladas por las partes en el proceso. Se fundamenta en el principio acusatorio, pues el tribunal sólo puede resolver sobre aquello que ha sido objeto de acusación. La falta de congruencia de la sentencia puede producirse porque el tribunal se pronuncia sobre cuestiones que no podía abordar, al no haber sido planteadas y tener que ejercer su jurisdicción en los límites que marca el principio acusatorio, o cuando deja de resolver cuestiones planteadas por las partes que venía obligado a resolver, supuesto de incongruencia omisiva. El art. 362-8 CPP considera vicio de la sentencia que habilita la casación, la inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia, la acusación y el auto de apertura del juicio, pues la sentencia vendrá delimitada por la acusación formulada y ésta a su vez por el auto de apertura a juicio.

**4.** En lo que respecta a los requisitos externos de la sentencia se enuncian expresamente en el art. comentado. La mención del tribunal, fecha, lugar, nombre de los jueces y las partes, generales del imputado y hecho por el que se sigue el juicio, obedece a la necesidad de identificar el tribunal, sus integrantes y las partes, lo que puede ser preciso para apreciar la existencia de posibles impedimentos, ahora o en futuras resoluciones. Permite también identificar el procedimiento, su objeto -lo que posibilita la constatación de la amplitud de la cosa juzgada-, la no producción de otros juicios por igual objeto, la determinación temporal de la norma aplicable etc.

La sentencia debe precisar el voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas, aunque en la práctica las sentencias sólo cumplen expresamente dicho requisito cuando existen votos discordantes.

Es requisito esencial de la sentencia que conste la determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal considera acreditado. Es lo que con anterioridad hemos denominado la conclusión del juicio histórico. El art. 362 CPP considera causa de nulidad de la sentencia que habilita la casación que falte la enunciación del hecho objeto del juicio y la determinación circunstanciada de aquél que el tribunal estimó acreditado.



Es también requisito esencial de la sentencia la parte dispositiva en la que el tribunal pronuncia su fallo absolutorio o condenatorio, y que deberá integrar también el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil y las costas procesales. Los arts. 360 y 361 del CPP desarrollan el contenido de este requisito según la sentencia sea absolutoria o condenatoria.

Por último, la firma de los jueces es la expresión de que la sentencia es la manifestación de la voluntad de quienes integran el tribunal que la dictó.

**Concordancias.** Arts. 3 Inc. 3º, 130 CPP.

**Jurisprudencia:** “La falta de motivación de las resoluciones produce arbitrariedad y en ningún momento crea dentro de las garantías del favorecido seguridad jurídica, por lo tanto los funcionarios encargados de impartir justicia deben ser ordenados al emitir sus resoluciones, detallando las razones por las cuales las adoptan y fundamentando las mismas en sus respectivas disposiciones legales”. (Sentencia en el proceso de Habeas Corpus del 12-VII-1999. Ref 183-99).

“Es pertinente tener presente que para hablar de valoración de la prueba, es preciso recordar los momentos de la actividad probatoria, es decir, que una prueba sólo puede ser valorada cuando en la obtención (artículo 164 del Código Procesal Penal), ofrecimiento (artículo 317 del Código Procesal Penal) y producción (artículo 345 y siguientes del Código Procesal Penal) se ha observado el procedimiento prescrito en la ley (Principio de Legalidad de la Prueba), en consecuencia si en uno de tales estadios se ha infringido el precepto legal, el juzgador no puede arribar al último momento” ( *Sentencia del 26/11/99, TS. Mexicanos*).

Además, la Sala de lo Constitucional considera que sólo después de una sentencia pronunciada luego de un juicio público se puede declarar la culpabilidad de una persona, rompiendo así su estado de inocencia. La culpabilidad debe ser jurídicamente construida, lo que implica un grado de certeza determinado; pues de lo contrario en aquellos casos en los cuales no se tenga la certeza suficiente para probar algo en contra del imputado o para condenarlo, es decir, que exista duda, debe aplicarse lo más favorable a él -principio in dubio pro reo- (Sentencia de Habeas Corpus de 30-XI-1999. Ref. 381-99).

### **Redacción y Lectura.**

Art. 358.- La sentencia será redactada y firmada inmediatamente después de la deliberación. Seguidamente, el tribunal se constituirá nuevamente en la sala de audiencia, después de ser convocadas verbalmente todas las partes y el documento será leído en alta voz por el secretario ante los que comparezcan.

Excepcionalmente, cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, en este caso el presidente del tribunal leerá tan sólo su parte dispositiva y relatará al público, sintéticamente, los fundamentos que motivaron la decisión; asimismo, anunciará día y hora de la audiencia para la lectura integral, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de los cinco días posteriores al pronunciamiento de la parte resolutive.

La sentencia quedará notificada con la lectura integral y las partes recibirán copia de ella.

### **Comentario.**

1. La lectura pública de la sentencia es una consecuencia del principio de publicidad ya ampliamente tratado al comentar el art. 325 CPP. La función de control y garantía que dicho principio implica, quedaría incompleta si se sustrajese al conocimiento público el resultado del proceso: la sentencia. Es la publicidad de la sentencia la que va a permitir someter a crítica si la decisión del tribunal se ha sometido a la ley o ha incurrido en arbitrariedad.

La publicidad de la sentencia obedece también a que el proceso es por naturaleza también público. La finalidad del proceso es el ejercicio del "*ius puniendi*" y los ciudadanos tienen derecho a saber como se ejerce dicha facultad por el estado y con qué consecuencias. Además la publicidad de la sentencia es precisa para que la pena, en su caso, pueda cumplir las finalidades de prevención general que se persiguen.

2. Por lo demás el art. establece la obligatoriedad de que la sentencia sea escrita, descartando la posibilidad de sentencias orales, presentes en otros ordenamientos jurídicos. La escritura, pese a que el proceso es esencialmente oral, obedece a la necesidad de dejar constancia con seguridad del pronunciamiento y la motivación de la sentencia.

Se persigue que sean las partes, como principales afectadas por el proceso las primeras en conocer el contenido de la sentencia. Se trata de evitar las "filtraciones" a los medios de comunicación que tan perjudiciales resultan para la imagen y credibilidad de la justicia. Precisamente para asegurar el inmediato conocimiento por las partes del resultado del juicio, se admite que excepcionalmente se lea sólo la parte dispositiva de la sentencia, sin perjuicio de su posterior y completa lectura.

**Concordancias.** Art. 329 CPP.

### **Sentencia y Acusación.**

Art. 359.- La sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y admitidos en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado.



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

### Comentario.

1. Ya nos referimos al requisito de congruencia de la sentencia, al estudiar sus requisitos en el comentario al art 356 de este Código. Decíamos que dicho requisito era una exigencia del principio acusatorio en la medida que este principio exige una correlación entre la acusación y la sentencia. Esta correlación debe ser subjetiva y objetiva.

Subjetiva en cuanto que el proceso acusatorio es un proceso de partes, en el que el imputado goza del derecho de defensa que le reconoce el art. 10 del CPP. El ejercicio de este derecho de defensa requiere saber de qué hay que defenderse, por ello nadie puede ser condenado sin haber sido previamente acusado<sup>216</sup>. Dicha regla se encuentra incorporada a los tratados internacionales, arts 6 -3 a) y b) del CEDH, art 14 del PIDCP cuando indican que todo acusado tiene el derecho a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

Desde el punto objetivo la correlación exige que el tribunal no pueda extender su actuación a otros hechos distintos de los narrados en el escrito de acusación y por lo tanto condenar por hechos de los que no ha sido acusado.

2. Debe existir pues una correlación entre acusación y sentencia, pero la doctrina difiere a la hora de discutir que elementos de la acusación exigen esta correlación y la intensidad de la misma. No cabe duda que al sentencia debe guardar correlación con el hecho de que se acusa, de modo que no puede condenarse por un hecho diferente al que consta en el escrito de acusación. La expresión "hecho" comprende el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del imputado, las circunstancias agravantes -sean genéricas o constitutivas del tipo-, y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa<sup>217</sup>.

---

216 Sobre el derecho a ser informado de la acusación ver Pedraz Penalva, E., *Derecho Procesal Penal*, cit., Madrid. 2000, y los comentarios en esta obra al art. 87 CPP

217 Postura esta defendida por el Tribunal Supremo Español. Vid sentencia 10 junio 1991

Un sector doctrinal considera también vinculante para el tribunal la calificación jurídica hecha por la acusación, de forma que no puede condenarse por un delito distinto, ni apreciar un grado de perfección del delito o participación del imputado más grave del recogido en la acusación<sup>218</sup> aunque se admite la posibilidad de condenar por un delito distinto cuando exista homogeneidad entre éste y aquél por el que se formuló acusación.

Por homogeneidad se ha entendido, en una acepción amplia, la identidad en el bien jurídico protegido por ambos delitos. De forma más estricta, la homogeneidad requiere una similitud entre los requisitos esenciales de ambos delitos y en la configuración de la acción. No obstante debe tenerse en cuenta que esa opinión no es universalmente compartida. En los ordenamientos jurídicos europeos el tribunal es el absoluto dueño de la individualización jurídica de la pena. Así en el asunto Colak (5 diciembre de 1988) el TEDH absolvió a la RFA en donde el referido imputado había sido acusado de "Tentativa de homicidio" y condenado por "lesiones".

Por último, para otros autores como el tribunal se haya vinculado no sólo a los hechos y a su calificación jurídica, en los términos ya vistos, sino también a la pena de forma que el tribunal no puede imponer una pena superior a la prevista en la norma penal invocada por las acusaciones. Otros autores, por el contrario, entienden que la vinculación esencial del tribunal es a los hechos y que el principio "*iura novit curia*" permite al tribunal variar la calificación jurídica si se mantiene la identidad esencial del hecho imputado, variación de la calificación jurídica que posibilita imponer la pena prevista en el tipo penal que entiende debe aplicarse.

**3.** El principio acusatorio implica la imposibilidad de condenar por hechos distintos a los que se formuló acusación y también para un sector doctrinal la imposibilidad de dar a los hechos una calificación jurídica distinta a la de la acusación e imponer una mayor pena. Debe recordarse que en la legislación salvadoreña esta imposibilidad lo es con respecto a la acusación que podríamos denominar definitiva pues el art. 343 CPP permite ampliar la acusación mediante la inclusión de hechos nuevos o nuevas circunstancias no mencionadas en el escrito de acusación o en el auto de apertura a juicio; y el art 344 admite la posibilidad de modificación de la calificación jurídica a instancias del tribunal.

El artículo comentado afirma la posibilidad de que el tribunal dé al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de apertura del juicio oral, o la de aplicar penas más graves. Ahora bien, esta posibilidad se sujeta al previo cumplimiento por el tribunal de la advertencia prevista en el art. 344 CPP ya analizado. En cualquier caso el inciso final del precepto no deja lugar a la duda. En congruencia con

---

218 Tribunal Supremo Español, sentencia citada.



lo dispuesto en los arts. 343 y 344 CPP el imputado no podrá ser condenado por hechos nuevos; pero tampoco el tribunal podrá utilizar una calificación jurídica distinta a la invocada en la acusación ni utilizar un precepto que prevea pena superior, so riesgo de incurrir en incongruencia y en la causal de nulidad de la sentencia a efectos del recurso de casación prevista en el art. 362-8 CPP, si no se ha acudido a la ampliación de la acusación o utilizado por el tribunal la facultad de advertir sobre la modificación de la calificación jurídica.

**4.** La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha tratado ampliamente el concepto de congruencia. En la sentencia dictada en el proceso de amparo del 14/07/1999 resume la postura del alto tribunal: a) en primer lugar, la exigencia de la congruencia es perfectamente compatible con el principio de apreciación jurídica oficiosa, pues las autoridades estatales no tienen obligación de ajustar los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus decisiones a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por el peticionario; b) en segundo lugar, la exigencia de congruencia tampoco impide que puedan conocerse y decidirse cuestiones de hecho o de derecho que de modo natural y lógico, resulten de aquellas básicamente planteadas por el peticionario; y c) en tercer lugar, la exigencia de la congruencia no supone obligatoriedad de conocimiento y decisión sobre todos los puntos planteados por el peticionario, pues dependiendo de las circunstancias del caso, puede suscitarse -y sería plenamente válido- la desestimación tácita o la omisión del conocimiento y decisión sobre todos los puntos planteados por el peticionario, por no cumplirse con los presupuestos que condicionan el conocimiento y decisión de algunos”

**Concordancias.** Arts. 3 Inc. 3º , 130, 343 CPP.

**Jurisprudencia:** Principio de Congruencia Procesal: Es el principio que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el Juez y las pretensiones planteadas por las partes en los procesos; es decir, que este principio delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben preferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes en el proceso.

El principio de congruencia tiene especial importancia, pues se liga íntimamente con el derecho constitucional de petición, ya que éste último exige, que se resuelva sobre lo solicitado dentro de un plazo razonable y de manera congruente; por lo que la violación a la congruencia, implicaría la violación a tal derecho.

En todo caso, no se trata de un principio aplicable sólo a las sentencias, sino a toda resolución judicial que deba responder a una petición, y así lo podemos encontrar en cualquier resolución judicial; por ejemplo en las sentencias interlocutorias simples, como la admisión de la demanda, en aquéllas con fuerza definitiva o en las de mero trámite. (Sentencia en el proceso de Amparo del 07/IV/1999, Ref. 138-98).

La congruencia de las decisiones estatales se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que el particular ha formulado su petición;

sin embargo, la incongruencia también puede existir cuando hay desviación en la justificación de la decisión que prácticamente suponga una completa modificación de los términos de la petición.

En ese sentido es oportuno mencionar que la incongruencia como concepto con sustantividad propia, es aquella en virtud de la cual se altera el objeto del proceso, modificando los términos en que se planteó el debate procesal, no dando oportunidad a las partes para discutir y contradecir una decisión. Paralelo a este concepto, contrario sensu, a parece el denominado incongruencia omisiva en virtud de la cual el juzgador no es que se pronuncie alterándose o excediéndose sobre lo pedido sino que resuelve cuestiones no sometidas al debate. Del mismo modo, la falta de respuesta implica una incongruencia por omisión que conlleva una denegación técnica de justicia, incorrección procesal que incide, asimismo, en el derecho fundamental a la defensa, puesto que sustrae a la parte la posibilidad de contradecir u oponerse a una decisión sobre un tema propuesto.

Desde esa perspectiva, el principio de congruencia y el derecho de defensa están íntimamente vinculados, por cuanto en todo proceso no debe apartarse a las partes del verdadero debate contradictorio, y propuesto por ellas, con merma de sus posibilidades y derecho de defensa, pues podría producirse un fallo no adecuado a no ajustado sustancialmente a las recíprocas pretensiones de las partes. La cuestión se complica cuando una decisión judicial resuelve cuestiones no sometidas a debate y sobre las cuales las partes no han tenido ocasión de defender sus respectivos puntos de vista, pues no sólo es incongruente sino directamente violatoria de la interdicción constitucional de indefensión y de la seguridad jurídica, ya que no sólo se dificulta sustancialmente su defensa sino que se pierde el equilibrio entre las partes.

En resumen, hay que tener en cuenta que toda petición no es sólo el resultado que el peticionario pretende obtener -lo que pide a la autoridad- sino el fundamento jurídico en virtud del cual pide, que no es otra cosa que la causa de pedir o *causa petendi*. Por ello, la autoridad decisoria, así como no puede rebasar la extensión de lo pedido, tampoco puede modificar la causa de pedir, pues hacerlo significaría una alternación de la petición. Para decirlo ocupando expresiones tradicionales, en la resolución estatal necesariamente debe existir relación entre la *causa petendi* y la *ratio decidendi*.

Sobre la base de lo anterior, es necesario hacer tres aclaraciones indispensables, a efecto de comprender el alcance de la trascendencia constitucional de la congruencia: a) en primer lugar, la exigencia de la congruencia es perfectamente compatible con el principio de apreciación jurídica oficiosa, pues las autoridades estatales no tienen obligación de ajustar los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus decisiones a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por el peticionario; b) en segundo lugar, la exigencia de congruencia tampoco impide que puedan conocerse y decidirse cuestiones de hecho o de derecho que de modo natural y lógico, resulten de aquellas básicamente planteadas por el peticionario; y c) en tercer lugar, la exigencia de la congruencia no supone obligatoriedad de conocimiento y decisión sobre todos los



puntos planteados por el peticionario, pues dependiendo de las circunstancias del caso, puede suscitarse -y sería plenamente válido- la desestimación tácita o la omisión del conocimiento y decisión sobre todos los puntos planteados por el peticionario, por no cumplirse con los presupuestos que condicionan el conocimiento y decisión de algunos. (Sentencia en el proceso de Amparo del 14/07/1999, Ref. 108-98).

### **Absolución.**

Art. 360.- La sentencia absolutoria ordenará la libertad del imputado, la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente, la restitución de los objetos afectados al procedimiento que no estén sujetos a comiso, lo referente a la responsabilidad civil, las inscripciones necesarias y fijará las cuotas.

### **Comentario.**

1. La sentencia en el proceso penal sólo puede ser condenatoria o absolutoria y en este último caso la absolución debe ser forzosamente sobre el fondo. El acusado debe ser absuelto definitivamente, sin que se le pueda en ningún caso someter a nuevo proceso sobre los mismos hechos, pues el derecho moderno ha erradicado definitivamente las denominadas sentencias absolutorias en la instancia que absolvían con carácter provisional al acusado sin perjuicio de que posteriormente nuevas pruebas permitiesen reiniciar el juicio. Es por ello que el art. 7 CPP establece el denominado principio de *non bis in idem* que impide perseguir penalmente a una persona más de una vez por el mismo hecho, previniendo incluso los efectos de la cosa juzgada para las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros.

La sentencia penal produce la eficacia de cosa juzgada cuando adquiere firmeza por no ser recurrible o no haber sido recurrida. A diferencia del proceso civil sólo produce el efecto negativo de la cosa juzgada, impidiendo una nueva sentencia sobre el mismo objeto penal enjuiciado con anterioridad. El efecto de cosa juzgada lo producen tanto las sentencias condenatorias como las absolutorias y, al igual que éstas últimas, el auto de sobreseimiento definitivo del art. 308 CPP. Este último precepto determina los efectos que produce la cosa juzgada en el proceso pues de concurrir la excepción y haberse iniciado nuevas diligencias penales debe dictarse obligatoriamente por el juez auto de sobreseimiento definitivo.

La absolución se produce cuando no se ha practicado prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia o cuando, habiéndose acreditado los hechos de la acusación éstos no son delito o concurre alguna causa de exención de la responsabilidad penal del art. 27 CP. Si la sentencia es absolutoria el tribunal ordenará inmediatamente la libertad del imputado y la cesación de toda medida cautelar, aunque aquella sea todavía recurrible, según previene el art. 443 CPP

2. El art. enuncia el contenido mínimo de la sentencia absolutoria. Ha de ordenar la libertad del imputado si éste se encontrase privado de ella. El art. 443 CPP



añade que la sentencia absolutoria ordenará el cese de toda medida cautelar, aunque la sentencia sea todavía recurrible; y ello con independencia de que la sentencia no sea firme porque supone un pronunciamiento, aunque pueda tener todavía carácter provisional, por el que se declara la inocencia del acusado y la ineficacia del material probatorio reunido en su contra. Por ello, deja de existir causa alguna que justifique el mantenimiento de las medidas cautelares que pudiesen haberse adoptado.

La sentencia debe acordar la devolución de todos los objetos que no estuvieren sujetos a comiso. Si se ha ejercitado la acción civil conforme a lo dispuesto en el art. 42 del CPP, debe pronunciarse sobre la responsabilidad civil del acusado si la absolución penal no comporta también la inexistencia de responsabilidad civil. El art. 117 del CP dispone que la exención de responsabilidad penal en los casos de estado de necesidad, falta de comprensión de la ilicitud de la acción o de capacidad de conducirse con arreglo a dicha comprensión, y la inexigibilidad de otra conducta, no comprenden la exención de responsabilidad civil.

La sentencia, en estos casos, deberá fijar las correspondientes cuotas, atribuyendo la responsabilidad conforme previene el citado art. 117 CP. La sentencia debe resolver sobre las costas procesales y acordar las inscripciones precisas, particularmente las que sean necesarias para el efectivo cese de las medidas cautelares adoptadas.

### **Concordancias.** Arts. 43 CPP.

### **Condena.**

Art. 361.- La sentencia condenatoria fijará con precisión las penas que correspondan y, en su caso, determinará la suspensión condicional de la ejecución de la pena y las obligaciones que deberá cumplir el condenado.

Se fijará con precisión la fecha en que la condena finalizará en su caso. También se establecerá el plazo dentro del cual corresponderá pagar la multa.

En la sentencia condenatoria el tribunal resolverá igualmente sobre el monto de la responsabilidad civil, la persona que deba percibirla y los obligados a satisfacerla. Si en el proceso no hubiere podido determinarse con precisión la cuantía de las consecuencias civiles del delito, el tribunal las fijará tomando en cuenta la naturaleza del hecho, sus consecuencias y los demás elementos de juicio que hubiere podido recoger.

La sentencia decidirá también sobre las costas y sobre la entrega de objetos secuestrados a quien el tribunal entienda con mejor derecho a poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondan ante los tribunales civiles y decidirá sobre el comiso y la destrucción previstos en la ley penal.

Cuando la sentencia establezca la falsedad de un documento, el tribunal inscribirá en él y en el registro donde se halle, una nota marginal sobre su falsedad, con



indicación del tribunal, del procedimiento en el cual se dictó la sentencia y de la fecha de su pronunciamiento.

### **Comentario.**

**1.** La sentencia condenatoria es aquella que estimando la pretensión punitiva formulada por las acusaciones, íntegra o parcialmente, impone al acusado una pena y /o una medida de seguridad y que contiene los demás pronunciamientos que son consecuencia de dicha condena.

Sólo la sentencia firme de condena es título ejecutivo, pues la sentencia absolutoria no contiene ejecución, limitándose, en su caso, a ordenar la cesación de medidas cautelares anteriormente acordadas o la condena en costas, que no es propiamente ejecución penal. No obstante, sí se considera ejecución la actuación del órgano jurisdiccional para la aplicación de la medida de seguridad acordada en la sentencia absolutoria en los casos que se declara al acusado exento de responsabilidad como consecuencia de su inimputabilidad.

La sentencia condenatoria debe expresar, por lo tanto, la pena impuesta y, en su caso, la medida de seguridad. La pena deberá ser individualizada, sin que la determinación exacta de la extensión de la pena pueda postergarse a la ejecución de sentencia. La sentencia debe fijar expresamente la fecha de cumplimiento de la pena. Si se trata de pena de prisión deberá tenerse en cuenta el plazo de detención provisional y las normas para su cómputo conforme al art. 441 CPP. Igualmente se deberá fijar el plazo en el que deba pagarse la multa atendiendo a las reglas de los arts. 51 y 52 del CP.

**2.** Si la pena es privativa de libertad, el tribunal debe pronunciarse sobre la suspensión de condena, si bien dicho pronunciamiento podrá efectuarse también posteriormente, en la fase de ejecución. En este caso, según constante jurisprudencia, la competencia corresponde al juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena.

El Código Penal enuncia tres clases de suspensión de la pena: la suspensión condicional de la ejecución de la pena, regulada en el art. 77 del CP; la suspensión condicional extraordinaria de la ejecución de la pena, regulada en el art. 78 CP; y, finalmente, la denominada suspensión extraordinaria de la pena del art. 84 CP, aunque en realidad sólo las formas previstas en los artículos 77 y 78 del CP son formas de suspensión de la pena, pues la modalidad recogida en el art. 84 CP es en realidad un aplazamiento en el cumplimiento de la pena. Es exigencia común a ambas clases que se trate de penas de prisión que no excedan de tres años.

El artículo 77 CP dispone que la suspensión de condena se otorgará en defecto de las formas sustitutivas de la pena de privación de libertad antes señaladas, es decir, de las formas sustitutivas recogidas en el art. 74 CP: el denominado reemplazo de la pena de prisión. Por lo tanto la sentencia, si la pena es reemplazable debería proceder al reemplazo, antes de pronunciarse sobre la suspensión de la condena. Requisito de la

suspensión es que la resolución deberá otorgarse motivadamente, por lo que dicha motivación deberá constar en al sentencia.

El Código Salvadoreño sigue el sistema de suspensión condicionada a prueba sujetando el mantenimiento de la suspensión al cumplimiento por el penado de distintas condiciones que deberán ser fijadas por el juez y por lo tanto, hacerse constar en la sentencia si en ésta se acuerda la suspensión de condena.

**3.**La sentencia penal deberá contener también los pronunciamientos civiles consecuencia del ejercicio de la acción civil en el proceso penal, conforme al Capítulo Segundo del Título Segundo de este Código. El tribunal deberá resolver estimando o desestimando la pretensión civil. En el segundo caso, habrá de cuantificar el monto de dicha responsabilidad y la persona o las personas que deban percibirla y satisfacerla.

La cuantificación deberá hacerse aunque el tribunal no comparta los criterios alegados por las partes, atendiendo a la naturaleza del hecho, sus consecuencias y lo actuado en el proceso. El tribunal no se encuentra, obviamente, sujeto en los pronunciamientos sobre la responsabilidad civil por el principio acusatorio, pero sí por el principio dispositivo propio del proceso civil, por lo que no podrá conceder algo distinto a lo que se pide, ni más de lo que se pide; pero dentro de los límites que marca dicho principio podrá cuantificar al indemnización conforme lo acreditado en juicio.

La ejecución de dichos pronunciamientos corresponde al propio juez o tribunal que dictó la sentencia, según las normas reguladoras de la ejecución previstas en el Código de Procedimientos Civiles.

**4.**La sentencia fijará también el importe de las costas judiciales conforme al art. 448 CPP. Las costas judiciales comprenden los honorarios de los abogados y de los demás profesionales que intervienen en el proceso, ya sea como peritos, traductores o intérpretes. La cuantía de las costas judiciales se regula en la Ley del Arancel Judicial aprobada por D.L. S/N, del 14 de marzo de 1906 reformado por el DL N° 577, de 4 de Diciembre de 1969 y D.L. N° 406 del 28 de noviembre de 1975<sup>219</sup>.

El art. 184 CPP, en dicción similar al art. ahora comentado, determina que los objetos secuestrados que no estén sometidos a comiso, restitución o embargo, serán devueltos tan pronto sea posible y conveniente a la persona en cuyo poder se encontraban. El comiso es, conforme al artículo 127 del CP, la pérdida a favor del Estado de los objetos o instrumentos de los que se valió el condenado para preparar o facilitar el hecho. El comiso sólo se produce en los delitos dolosos, pues el Código lo excluye expresamente en los delitos culposos.

**Concordancias.** Art. 77 CP. Arts. 431, 477 y sig. CPP.

---

219 Ver comentario al art. 447 de este CPP



**Jurisprudencia:** “La jurisprudencia de esta Sala en los procesos constitucionales de Habeas Corpus ha establecido de forma reiterada que al haber determinado la culpabilidad del favorecido por medio de sentencia condenatoria, ya no existe detención ilegal, por lo que ésta no se encuentra dentro del marco de competencia del Habeas Corpus. Dejándose constancia, incluso, que la Constitución y la misma Ley de Procedimientos Constitucionales habilita por medio de los arts. 11 inciso segundo de la Constitución y 49 y 57 de la referida ley, para conocer el Habeas Corpus contra la dignidad, es decir, cuando haya violaciones contra la dignidad o integridad física, siquica o moral de las personas detenidas” (Sentencia en el proceso de Habeas corpus del 6-IV-199. Ref. 58-99) .

“Valorar las circunstancias personales del acusado que le permitan el beneficio del suspensión condicional de la pena, no es un asunto constitucionanl, sino de mera legalidad, por lo que el Habeas Corpus pierde su razón de ser; y en consecuencia es procedente que el sentenciado continúe en el cumplimiento de la pena impuesta” (Sentencia Corte Suprema de Justicia del 9 septiembre 1999. Sala de lo Constitucional).

“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 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 al Suspensión Condicional de la Ejecución de la apena, 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 al 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 al 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)

“Sería un contrasentido que el Tribunal absolviera de la acción civil si ésta no ha sido ejercida correctamente, y el Juzgador no ha valorado prueba con relación a la misma, y es que la acción civil, como muy bien lo dice el Código Procesal Penal en el artículo 42, que “La acción civil se ejercerá por regla general dentro del Proceso Penal”, dejando la posibilidad de discutirse por separado, asimismo, el artículo 43 deja claro que la Acción Civil se puede ejercer ante los tribunales Civiles o Mercantiles, lo que nos puede llevar a esclarecer que si no se ha conocido dentro del un Proceso Penal sobre las pretensiones civiles, el Juzgador no tiene por qué manifestarse, ya sea condenando o absolviendo, puesto que no ha habido acción, pretensión ni desfile de pruebas al respecto.(...) No debemos también dejar por un lado, que la sentencia causa estado de Cosa Juzgada, artículos 7,277 número 4,308 número 4 del Código Procesal Penal]; lo cual implicaría, que el Tribunal conoció de la Acción Civil cuando el Fiscal no la ejerció correctamente, ni aportó prueba al respecto, y si analizamos la que establece el artículo 1301 Código de Procedimientos Civiles, el Juez debe absolver al demandado si ha habido desfile de pruebas, de la contrario, al fallar absolviendo se estaría extralimitando el Tribunal sobre algo que no ha conocido, por la que la manifestación de éste debe ser de abstenerse de fallar sobre la responsabilidad civil, dejando a salvo el derecho a la Fiscalía ya los ofendidos para ejercer por separado la Acción Civil” ( *Voto Razonado, Sentencia del 19/III/99. TS. Mejicanos* ).

“En cuanto la responsabilidad civil, cuando no se ha determinado la autoría del acusado en el delito imputado, debe absolverse en la responsabilidad civil derivada de los delitos pues el presupuesto básico de ser responsable civilmente es de ser culpable” ( *Sentencia del 20/I/99, T 3º S. San Salvador* ).

“No obstante haberse planteado en el requerimiento y la acusación la acción civil, ésta no se alegó en el Juicio oral y público, el Tribunal no determina en contra del imputado la Responsabilidad civil, quedando subsistente el derecho a promover su reclamación por la vía civil” ( *Sentencias del 29/I/99. 11/II/99. 16/II/99, 17/III/99, 15/IV/99, T 1º S. San Miguel* ).

“Si la Fiscalía General de la República en su acusación no ofreció pruebas ni manifestó nada en el juicio oral y público, pero sí la solicitó en los alegatos relativos a determinar la pena imponible (...) el Juez considera procedente condenar al culpable en responsabilidad civil” ( *Sentencia del 08/IV/99, T 1º S. San Miguel* ).

“El Tribunal absuelve en la responsabilidad civil, no obstante que la parte Fiscal la pidió en el requerimiento, al igual que en su escrito de acusación, pero en la vista pública la Representación Fiscal, ni la víctima aportaron elementos de prueba para poder determinar la cuantía de las consecuencias civiles del delito” ( *Sentencia del 12//1/99, TS. La Libertad* ).

“Cuando se trata de un pronunciamiento oficioso, sin petición del fiscal, ni promoción de la acción civil, el Juez no debe pronunciarse condenando, pero en el caso en que el fiscal actualice su acusación en la vista pública, en vista de que se hizo



una petición concreta al Tribunal, es acorde con ello pronunciarse sobre la responsabilidad civil. Así se sostiene también en el Manual de Derecho Penal de El Salvador, de los autores Serrano y otros, quienes exponen que el pronunciamiento oficioso del Juez sin petición fiscal, es de dudosa adecuación constitucional, no así cuando el fiscal se pronuncia sobre la responsabilidad civil.

En tal sentido el Tribunal está autorizado para pronunciarse, y ese es la posición que se adopta conforme a los artículos 376 inciso final del Código Procesal Penal que dice: « el veredicto absolutorio no impide que el Juez en la sentencia se pronuncie sobre la acción civil si fuere procedente », en tal sentido este Tribunal interpreta que la procedencia está basada sobre la acusación actualizada por el Ministerio Público, respecto de las consecuencias civiles ” ( *Sentencia del 15/1/99, T 3° S. San Salvador.*)

### **Indemnizaciones especiales.**

“La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito origina consecuencias civiles según artículos 114 y 115 ambos del Código Penal, y no obstante al encausado no se le encuentre responsable penalmente del hecho por el cual se le acusa debido a la existencia de dudas razonables en relación a su participación delictiva; en atención al artículo 45 n° 3 literal «a» del Código Procesal Penal, subsiste la responsabilidad civil del encausado al haberse establecido duda en cuanto a su responsabilidad penal; por lo que en cumplimiento a lo prescrito en los artículos 360 y 376 inciso 2° del Código Procesal Penal, el tribunal considera procedente deducir responsabilidad civil al acusado en virtud de los perjuicios morales que en este tipo de delitos ( delitos contra la libertad sexual) acarrear a los ofendidos; por lo que al tenor del artículo 115 número 3 del Código Penal el Tribunal se pronuncia deduciendo responsabilidad civil al acusado ” ( *Sentencia del 22/II/99, T 2° S.Santa Ana.*)

### **Determinación de la cuantía: principio de necesidad de la prueba**

“Aun cuando la Representación Fiscal tanto en la acusación como en el juicio, solicita un pronunciamiento en el aspecto civil, pero no cuantifica el monto de lo solicitado; aunque sea perceptible la existencia de daño que amerita responsabilidad civil, el Tribunal es del criterio que no hay elementos probados, ni propuestos para establecer un quantum de la responsabilidad civil.

Sobre la base de lo anterior podría resultar un monto injusto respecto de la víctima en cuanto a que puede resultar desacorde con lo que realmente merece y por otro lado, con relación al imputado podría resultar una decisión respecto de la cual no se haya defendido, cuando la Representación Fiscal no propone una cuantía determinada para ese efecto, por lo cual afectaría el Principio de Congruencia y por ende dicho incidente sería susceptible de Casación.

En el aspecto penal la oficiosidad derivada del Principio de Oficialidad, rector del proceso penal, tiene plena vigencia en casos de determinación de la pena, pero en

el ámbito de la responsabilidad civil, si bien es obligatorio el pronunciamiento, *Artículo 361 inciso 3° del Código Procesal Penal*, debe entenderse bajo el supuesto de que se establezca y cuantifique el reclamo, no pudiendo conceder el Tribunal, la cuantía que no se ha pedido, ni más de la misma” (*Sentencia del 08/11/99, TS. Soyapango*).

“Debemos entender que el artículo 361 inciso 3° del Código Procesal Penal, al conferir la facultad de oficiosidad al Tribunal para cuantificar el monto de los daños relativos a la responsabilidad, ello violenta la naturaleza dispositivo y adversativa, que implica el sistema del juicio Oral y Público acusatorio, como consecuencia tiende a infringir garantías fundamentales, porque vulnera el principio de necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos, el cual consiste en la necesidad de que los hechos con los cuales debe fundarse la decisión judicial estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por los interesados.

“Cuando se dice que el Juez debe pronunciarse sobre la responsabilidad civil, éste debe tener parámetros sobre los que fundamentará su resolución, porque si analizamos el principio de necesidad de la prueba y la prohibición de aplicar el conocimiento particular del Juez, si no se tienen las pruebas, estaríamos cayendo en una violación de un principio general de la prueba” ( *Sentencia del 17/11/99, TS. Mejicanos*).

“De conformidad al artículo 361 inciso 3° del Código Procesal Penal, se considera que si bien la representación fiscal ejerce dicha acción en la respectiva acusación, pero no prueba la cuantía de las consecuencias civiles del delito, no hay elementos de juicio suficientes que produzcan certeza sobre la imputación de dicha responsabilidad, y de acuerdo al principio dispositivo del sistema de juicio acusatorio, el Tribunal no puede oficiosamente realizar valoraciones que no son su especialidad, por lo que procede la absolución en cuanto a la misma” (*Sentencia del 12/1/99, TS. Mejicanos*).

“Al no determinarse las consecuencias civiles del delito, y habida cuenta que no se aportó ningún elemento de prueba; a este respecto, para condenar, el Tribunal la fija tomando en cuenta la naturaleza del hecho” (*Sentencia del 25/1/99, TS. La Libertad* ).

### **Inimputables.**

Respecto a la responsabilidad civil que tendría el acusado (inimputable) por el injusto cometido no es procedente deducirsele; ya que éste no es sujeto pasivo de una pena sino de una medida de seguridad. ( *Sentencia del 12/JJ/99, T 2° S. Santa Ana.*).

### **Vicios de la Sentencia.**

Art. 362.- Los defectos de la sentencia que habilitan la casación, serán los siguientes:

- 1) Que el imputado no esté suficientemente identificado;
- 2) Que falte la enunciación del hecho objeto del juicio y la determinación circunstanciada de aquél que el tribunal estimó acreditado;



- 3) Que se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio;
- 4) Que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal; se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando solamente se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice, como fundamentación, el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales; asimismo, se entenderá que es insuficiente la fundamentación cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo;
- 5) Que falte o sea incompleta en sus elementos esenciales la parte dispositiva;
- 6) Que falte la fecha del acto y no sea posible fijarla o falte la firma de alguno de los jueces y no se pueda determinar si ha participado en la deliberación, salvo los casos de excepción previstos en este Código;
- 7) La inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia; y,
- 8) La inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia, la acusación y el auto de apertura a juicio.

Los demás defectos que existan serán subsanados por el tribunal de oficio o a petición de parte, en su oportunidad.

### **Comentario.**

El art. 421 del CPP dice que el recurso de casación procederá cuando la sentencia se basa en la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal. Entre estas infracciones se encuentra el incumplimiento por la sentencia de los requisitos esenciales enunciados por el CPP que hemos venido analizando. El art. comentado recoge expresamente aquellos defectos -incumplimiento de requisitos- que habilitan la casación.

Defecto esencial es la vulneración del requisito del art. 357 CPP, inciso primero, y en concreto la falta de identificación del imputado. Pero debe tenerse en cuenta que la falta de identificación suficiente debe provenir de un vicio del procedimiento y no de un simple error material de la sentencia que pudiese ser subsanado mediante su corrección. Lo que se trata de evitar es que las dudas sobre la persona del imputado puedan traer como consecuencia que la sentencia se dicte contra persona distinta de la juzgada, o de la imputada, o a la que se confundió con el imputado.

Otro tanto debe decirse con respecto al incumplimiento del requisito de hacer constar el objeto del juicio previsto en igual art. y párrafo del CPP que el anterior que podrá ser subsanado si obedece a una simple omisión o error material.

Por el contrario, la omisión de hechos probados en la sentencia implica que el tribunal no ha realizado el juicio histórico requerido por el art. 367 CPP cuando exige



que se determine precisa y circunstanciadamente el hecho que el tribunal estima acreditado y por lo tanto no cabe ningún pronunciamiento válido, pues es imposible realizar la subsunción del hecho en la norma jurídica y aplicar la pena correspondiente si el tribunal no ha podido averiguar o determinar el hecho que provocó la acusación.

La motivación de la sentencia obliga a que el tribunal exponga cuales son las pruebas de cargo, directas o indiciarias, que ha tomado en cuenta para construir la declaración de hechos probados. Pero recuérdese que el art. 15 CPP prohíbe atribuir valor probatorio a las pruebas obtenida ilícitamente. Por lo tanto, en la medida que la motivación de la sentencia permita averiguar que se han utilizado pruebas de las referidas en el art. 15 CPP, la sentencia habrá incurrido en defecto esencial que habilita la casación.

Ya nos hemos referido ampliamente a la exigencia de motivación de la sentencia al comentar el art 356 CPP. Recordemos ahora que el art. 130 del CPP ordena que en la motivación de las sentencias se expresará la indicación que se otorga a los medios de prueba y el art. 3 CPP dispone que cuando lo jueces tomen decisiones, deberán fundamentar tales circunstancias y las pruebas de cargo y descargo. El art. comentado, tratando de evitar prácticas harto frecuentes en todos los sistemas jurídicos, se extiende acertadamente exponiendo en qué supuestos se ha producido una infracción del deber de fundamentar o motivar la sentencia. La referencia a las reglas de la sana crítica implica la obligación de que el tribunal exponga el proceso racional de valoración de la prueba y el valor atribuido a los indicios, para su revisión, si acaso, por las Cámaras de Apelación.

Es también defecto esencial la ausencia de la parte dispositiva de la sentencia, porque este pronunciamiento es precisamente el que contiene la absolución o condena del acusado, constituye la finalidad del proceso penal y sin él el proceso es inútil.

Constituye también defecto insubsanable el incumplimiento de las reglas sobre la deliberación previstas en el art. 356 CPP, porque como se ha visto la deliberación es la forma por la que se produce la voluntad colectiva del tribunal. El incumplimiento de las reglas vicia esa voluntad y, por tanto, la sentencia.

Por igual razón la falta de la firma de alguno de los jueces, en cuanto que reflejo de que ha contribuido a la formación de la voluntad colectiva, se considera defecto esencial cuando no sea posible determinar si ha participado en la deliberación.

La falta de la fecha impide determinar elementos imprescindibles como son la posible prescripción, la determinación de la norma vigente, el cumplimiento de los plazos, etc.

Finalmente, es también vicio invalidante de la sentencia la falta de congruencia, de la que hablamos extensamente al comentar el art. 359 CPP en la medida que supone la vulneración del principio acusatorio que informa el proceso y por ende del derecho del imputado a ser informado de la acusación y de su derecho de defensa.



Los demás defectos, en la medida que no afectan a requisitos esenciales, podrán ser subsanados directamente por el tribunal o a petición de parte.

**Concordancias.** Arts. 15, 357 Inc. 1º No. 5, 377, 421 y sig. CPP.

## **CAPITULO IV**

### **ACTA DE LA VISTA PUBLICA**

#### **Contenido.**

Art. 363.- El secretario levantará un acta de la audiencia, que contenga:

- 1) El lugar y fecha de la vista, con indicación de la hora de inicio y finalización, así como de las suspensiones y de las reanudaciones;
- 2) El nombre de los jueces, de las partes, defensores y mandatarios, con mención de las conclusiones que emitieron;
- 3) Las generales del imputado y de la víctima;
- 4) Un resumen del desarrollo de la audiencia, con indicación del nombre de los testigos, peritos e intérpretes y la referencia de los documentos leídos y de los incidentes que se susciten;
- 5) Las solicitudes y decisiones producidas en el curso de la vista;
- 6) La observancia de las formalidades esenciales, dejándose constancia de la publicidad o si ella fue excluida, total o parcialmente;
- 7) Las otras menciones prescritas por ley que el tribunal ordene hacer; aquellas que soliciten las partes y las revocatorias o protestas de recurrir en casación;
- 8) La constancia de la lectura de la sentencia y del acta con las formalidades previstas; y,
- 9) La firma del secretario.

En los casos de prueba compleja, el tribunal podrá ordenar la versión taquigráfica, la grabación total o parcial de la audiencia o que se resuma, al final de alguna declaración o dictamen, la parte esencial de ellos, en cuyo caso constará en el acta la disposición y la forma en que fue cumplida. La versión taquigráfica, la grabación o la síntesis no tendrán valor probatorio para la sentencia o para la admisión de un recurso, salvo que ellas demuestren la inobservancia de una regla de procedimiento que habilita el recurso de casación.

#### **Comentario.**

El acta de la vista pública es la documentación para su ulterior constancia de lo acaecido en el desarrollo de la vista. Pero el acta no sólo cumple con la finalidad de documentación, sino que también es prueba de lo sucedido en el juicio. Por ello el art. 123 del CPP dice que el acta “da fé”.

Constituye además, en relación con su contenido, una prueba privilegiada frente a cualquier otra, al ser la específicamente prevista para acreditar y dejar constancia de los actos por los que se levanta. Este valor probatorio privilegiado le es específicamente reconocida por el art. 365 CPP. Esta finalidad del acta es particularmente relevante a efectos de recurso, pues la Cámara que conozca la casación podrá constatar si se cumplieron los requisitos esenciales del procedimiento, si se respetó adecuadamente el derecho de defensa y si las pruebas que se utilizaron fueron lícitamente obtenidas e incorporadas al proceso.

El citado art. 123 del CPP dispone que los secretarios serán los encargados de redactar las actas judiciales. La falta de firma del secretario en el acta se sanciona con la nulidad. El secretario actúa como un funcionario ajeno a las partes que aún siendo integrantes del órgano jurisdiccional es independiente e imparcial. La imparcialidad debe predicarse en relación con las partes, como sucede con los jueces que integran el tribunal. Por eso está sometido a los mismos impedimentos que éstos. Pero el secretario también debe ser independiente en relación con el tribunal, porque el acta también tiene por objeto controlar su actividad jurisdiccional, de modo que el acta debe ser un reflejo de lo verdaderamente sucedido, de lo que percibió con total independencia del tribunal.

El precepto recoge el contenido que tendrá el acta. Deberán constar aquellos datos que permitan la identificación del proceso, del tribunal, de las partes y la víctima, así como el lugar y tiempo de celebración de la vista.

La finalidad del acta es la constancia de lo acaecido. Por lo tanto debe figurar un relato resumido de las actuaciones con particular referencia a los medios de prueba utilizados y la identificación de los testigos peritos e intérpretes. El secretario deberá reflejar si se han cumplido las formalidades esenciales del acto y particularmente si se ha respetado el principio de publicidad de las actuaciones que impone el art. 325 CPP y las limitaciones que se hayan podido imponer por el tribunal, de acuerdo con lo previsto en el art. 327 CPP.

La función de control que implica todo recurso exige que en el acta queden constancia de las solicitudes de las partes y las decisiones adoptadas por el tribunal, para que el tribunal superior pueda valorar su legalidad. Por el mismo motivo debe quedar constancia de las revocatorias interpuestas de acuerdo con lo previsto en los arts 414 y 415 del CPP ya que, formuladas y resueltas verbalmente, el acta constituye su única documentación. La firma del secretario es la confirmación de que el acta que suscribe está de acuerdo con lo que ha podido constatar en el desarrollo de la vista.

El último inciso autoriza al tribunal a ordenar una constancia más detallada de lo acaecido cuando se trate de pruebas que revistan una mayor complejidad. Se permite para ello la utilización de medios más exactos que permitan una posterior reproducción detallada de lo sucedido.



Ahora bien, el art. añade que estas grabaciones o versiones más detalladas, por incluir la transcripción literal, no tendrán valor probatorio para la sentencia o para la admisión del recurso, salvo que demuestren que se ha vulnerado gravemente el procedimiento. Esta afirmación plantea importantes dudas que como veremos no resuelve el art. 365 referido al valor del acta.

El acta del juicio puede ser la única manera de constatar si se ha producido la actividad probatoria mínima de cargo que exige toda sentencia condenatoria. La duda que plantea el precepto al privar de eficacia probatoria a las reproducciones que se realizan del juicio y se incorporan al acta, es si carecen de dicha fuerza porque el acta también carece de dicha capacidad probatoria o porque su especificidad les priva de ella. En cuanto que dichas reproducciones son incorporadas al acta no pueden tener un tratamiento distinto, ya que el secretario, en definitiva, da fé de que se corresponden a la realidad de lo sucedido. Ello lleva a la conclusión de que el acta del juicio carece de valor probatorio para la sentencia o la admisión de un recurso.

Esta premisa puede tener su base en la idea de que el tribunal que percibe directamente las pruebas que se practican oralmente en su presencia es el único que está capacitado para valorarlas adecuadamente; y que esta inmediatez ni siquiera puede ser suplida por la reproducción más exacta posible. Ciertamente es que el tribunal ante el que se practican las pruebas es el más capacitado para valorarlas, pero el principio de presunción de inocencia, como hemos dicho, exige que se haya practicado un mínimo de actividad probatoria de cargo y la constatación de este extremo por el tribunal superior, sólo puede efectuarse mediante el acta del juicio.

**Concordancias.** Arts. 63 CP. 272, 409, 415, 425, 428 CPP.

### **Lectura y Notificación del Acta.**

Art. 364.- El acta se leerá inmediatamente después de la sentencia ante los presentes, con lo que se tendrá por notificada a todos; ella podrá ser modificada después de su lectura, cuando las partes así lo reclamen y el tribunal lo estime conveniente. Si el tribunal no ordena la modificación del acta, el reclamo debe hacerse constar.

El tribunal podrá reemplazar la lectura del acta ordenando la entrega de copias para cada una de las partes presentes en el mismo acto; al pie del acta constará la forma en que ella fue notificada.

### **Comentario.**

La notificación del acta se efectúa mediante lectura, aunque esta formalidad puede suplirse por la entrega de copia del acta a las partes. En cualquier caso, si las partes reclaman su modificación por entender que no se corresponde a la realidad de lo sucedido, el tribunal podrá acordarlo.

Se establece por lo tanto una facultad revisora por el tribunal del acta confeccionada por el secretario, pero que exigirá previa reclamación de las partes. Si el tribunal deniega la revisión del acta, las partes, como se verá en el siguiente precepto, al formular el recurso de casación por vicio invalidante de la sentencia, si el acta no refleja lo acaecido en la vista podrán pedir práctica de prueba para acreditar este extremo. Pero para ello será necesario que hayan dejado constancia de su reclamo ante el tribunal que denegó la revisión del acta.

### **Concordancias.** Art. 329 CPP.

### **Valor del Acta.**

Art. 365.- El acta demostrará, en principio, el modo como se desarrolló la audiencia, la observancia de las formalidades previstas para ella, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo.

La falta o insuficiencia de las enunciaciones previstas, no producirá, por sí misma, motivo de casación de la sentencia; sin embargo, se podrá probar un enunciado faltante o su falsedad, cuando sea necesario para demostrar el vicio que invalida la decisión.

En este caso, se indicará la omisión o la falsedad al interponer el recurso de casación.

### **Comentario.**

Decíamos que el acta “da fé”, es prueba de como se desarrolla la vista. En cuanto ha sido practicada por quien es competente para ello goza de la presunción de veracidad, y por ello puede servir a las partes para justificar sus impugnaciones ante tribunales superiores. Pero esta presunción de veracidad no es absoluta. Por ello el art. comentado afirma que el acta demostrará “en principio”, lo que equivale a decir que es posible acreditar que el acta incurrió en error y por lo tanto que no constituye el reflejo de la realidad.

Pero para que esta alegación sea posible, es preciso que quién la efectúa haya mostrado su disconformidad con el acta al tribunal y contra la negativa de éste a modificarla que haya realizado el correspondiente reclamo. De no haber lo hecho, en la medida que nadie puede ir contra sus propios actos, no cabría que se tratase de privar de eficacia probatoria al acta si inicialmente se admitió que daba cuenta verazmente de lo sucedido en la vista pública.

Conforme al precepto, el acta permitirá demostrar que la audiencia pública se efectuó conforme a los requisitos legales; y de haberse incurrido en un vicio invalidante, formular el correspondiente recurso. Pero entendemos que con independencia del principio de inmediación y de la mejor valoración de la prueba por el tribunal ante el que



se practicó, el acta permitirá también conocer si se desarrolló la prueba mínima capaz de destruir la presunción de inocencia y constatar que el tribunal disponía de los elementos probatorios que le permitían realizar el juicio de inferencia preciso para construir la declaración de hechos probados de la sentencia. Caso contrario el tribunal deberá casar la sentencia recurrida.

**Concordancias.** Arts. 123 y sig. CPP.

## **CAPITULO V**

### **JUICIO POR JURADOS**

#### **Integración**

Art. 366.- El tribunal del jurado se integrará con un total de cinco personas, sorteadas de la nómina del Registro Electoral. En casos complejos se podrá tener a disposición dos jurados suplentes, quienes votaran sólo en caso de que alguno de los miembros titulares se incapacite para seguir actuando.

“El Tribunal Supremo Electoral o el Registro de las Personas Naturales, estarán ibligadas a actualizar una lista de personas y las enviarán en los meses de enero y junio de cada año al Secretario de la Corte Suprema de Justicia, a la Fiscalía General de la República y a la Procuraduría General de la República, quienes la depuración de todas aquellas que manifestamente no reúnan los requisitos para ser jurado. A cada Tribunal de Sentencia y a la Cámara competente, para el caso de antijjuicio, les remitirá la lista parcial correspondiente de los jurados de circunscripción. (9).

**Concordancias.** Arts. 52, 53 CPP.

#### **Requisitos para ser Jurado.**

Art. 367.- Para ser jurado se deberán reunir las calidades siguientes:

- 1) Ser salvadoreño;
- 2) Mayor de veinticinco años y menor de setenta; y,
- 3) Estar en el pleno goce de los derechos políticos.
- 4) Poseer estudios de educación media como mínimo

#### **Incapacidad.**

Art. 368.- No podrán ser jurados:

- 1) Los funcionarios públicos y los empleados del Órgano Judicial o del Ministerio Público;

- 2) Los que estén sometidos a un procedimiento penal o hayan sido condenados, hasta cinco años después de extinguida la pena;
- 3) Quienes adolezcan de una incapacidad síquica o física que les impida asistir al juicio o comprender lo que allí sucede;
- 4) Quienes por su falta de instrucción, manifiestamente no puedan comprender lo que sucede en el juicio;
- 5) Los miembros de la Policía Nacional Civil y de la Fuerza Armada; y
- 6) Los ministros de un culto religioso.

Además de estas incapacidades generales, los jurados podrán ser recusados o excusarse cuando exista cualquiera de los impedimentos previstos para los jueces.

### **Formación del Tribunal del Jurado.**

Art. 369.- Recibidas las actuaciones para la vista pública, el secretario del tribunal de sentencia sorteará dentro de las cuarenta y ocho horas una lista de veinte jurados y convocará a las partes y a los jurados a la audiencia de selección, ordenando las citaciones y notificaciones que correspondan.

La audiencia se realizará el mismo día previsto para la vista pública, con suficiente anticipación. El secretario comprobará la identidad de los convocados, separará a aquéllos que manifiestamente no reúnan las calidades requeridas y, en presencia de uno de los jueces del tribunal y de las partes, explicará en forma sencilla las incapacidades e impedimentos existentes para ser jurado.

Inmediatamente, permitirá que los jurados manifiesten libremente si se hallan en alguna de esas situaciones y luego las partes, en el orden que determine el juez, podrá interrogarlos a fin de establecer si incurrir en alguna de las causales mencionadas en la ley. Si son hábiles más de cinco jurados el secretario sorteará a los titulares y suplentes.

En la audiencia de selección, las partes podrán producir prueba para establecer alguno de los hechos que fundan la recusación, pero quedará a cargo de cada una de ellas su presentación. En casos excepcionales el juez podrá producir prueba de oficio y suspender por una sola vez la audiencia.

El juez resolverá sin recurso alguno. Si terminada la audiencia, no se ha reunido el número suficiente de jurados para integrar el tribunal, se repetirá el procedimiento sólo para cubrir los puestos faltantes, convocando el número de personas que el juez estime conveniente. En este caso se podrá suspender por veinticuatro horas la iniciación de la vista pública en ese lapso los jurados seleccionados no podrán retirarse del tribunal, vencido ese plazo sin que haya sido posible integrar el tribunal de jurado, se sorteará una nueva lista y se convocará a otra audiencia de selección.



Al finalizar la audiencia de selección, los jurados ingresarán a la sala de la vista pública o esperarán en un lugar especialmente reservado.

### **Retribución de Jurados.**

Art. 370.- Los jurados serán retribuidos por el juez o tribunal que haya de presidir la vista pública, conforme lo establezca la ley. Para el efecto antes mencionado, el día del sorteo, el juez o tribunal extenderá un recibo que autorizará al secretario y al fiscal por la cantidad necesaria contra la Dirección General de Tesorería, si el tribunal tuviere su asiento en el departamento de San Salvador, o contra la administración correspondiente, si lo tuviere en otro departamento. En este recibo se indicará el proceso de que se trata y a él se acompañará certificación del auto en que se hubiere señalado el día para la vista pública. Las oficinas pagadoras atenderán con preferencia el pago de esta clase de documentos, so pena de cien a doscientos colones de multa, que impondrá el juez al Director General de Tesorería o a la administración correspondiente.

Tres días después del señalado para la vista pública el juez o tribunal remitirá a la citada Dirección General o a la administración correspondiente, según el caso, el recibo firmado por los jurados, el fiscal, el querellante, los defensores y el secretario, junto con el remanente que hubiere, sea que se haya efectuado o no la vista pública. Si el juez o tribunal no llenare en su tiempo esta formalidad el Director General de Tesorería o la administración correspondiente dará cuenta inmediatamente al tribunal superior respectivo, para los efectos señalados en el último inciso de esta disposición.

Los jurados que integren dicho tribunal como propietarios y el primer suplente tendrán una retribución igual y superior a la que se pagará a los otros jurados asistentes. Para este efecto, el juez extenderá el recibo correspondiente con los requisitos exigidos en este artículo.

Cuando por razones presupuestarias o de fuerza mayor o caso fortuito las oficinas pagadoras no aportaren oportunamente los fondos necesarios para la retribución de los jurados, el juez o las partes podrán si lo desearan, cubrir los gastos necesarios para realizar la vista pública y pedir el reembolso en su debida oportunidad.

El juez o tribunal que no cumpla con lo preceptuado en esta disposición, será sancionado por el tribunal superior, sin formación de causa, con cien colones de multa por cada infracción.

### **Advertencia y Promesa**

Art. 371.- Al momento de la apertura de la vista pública, luego de comprobar la asistencia de todas las partes y los jurados, el juez explicará previamente la importancia del cargo y solicitará que elijan al presidente del tribunal del jurado.



Acto seguido los jurados, previa deliberación breve y en secreto, elegirán a su Presidente, comunicando la elección públicamente.

Inmediatamente después el juez requerirá su promesa en los siguientes términos:

«¿Prometéis bajo vuestra palabra de honor examinar con la atención más escrupulosa los cargos que deben formularse contra el imputado N.N.; no traicionar los intereses del acusado ni los de la sociedad que lo acusa; no consultar con persona alguna la resolución que hayáis de pronunciar; no dejaros llevar por el odio, por la antipatía, por la malevolencia, por el temor ni por el afecto; decidir según los cargos y medios de defensa, siguiendo vuestra conciencia e íntima convicción, con la imparcialidad y firmeza que conviene a un hombre probo y libre?»

Cada jurado responderá personalmente: «Sí, lo juro, o sí lo prometo».

### **Vista Pública.**

Art. 372.- La vista publica será presidida por uno de los jueces del tribunal de sentencia y serán aplicables las normas establecidas para el juicio común. Los jurados podrán interrogar directamente a los testigos, peritos o al imputado o solicitar aclaraciones a las partes.

### **Conclusión.**

Art. 373.- Concluidos los alegatos, cada una de las partes solicitará concretamente al tribunal del jurado la decisión que requiere. El juez podrá formular instrucciones para ilustrar al jurado, de modo que pueda evaluar con mayor precisión los hechos, a la luz del derecho aplicable; las instrucciones del juez no deberán inducir al jurado a tomar una decisión predeterminada ni sensibilizarlo respecto de algún punto en particular del caso.

En primer lugar, el juez comunicará a las partes sus instrucciones y si alguna de ellas plantea alguna objeción que el juez no atienda, se dejará constancia en el acta a los fines de control posterior por la vía del recurso de casación; luego, las instrucciones serán leídas públicamente y los jurados pasarán a deliberar en sesión secreta e ininterrumpida. El Presidente del Jurado moderará y dirigirá la deliberación, procurando que todos los jurados emitan libremente su opinión.

Si los jurados requieren una aclaración o la repetición de una prueba, se constituirán nuevamente en la sala de audiencia y solicitarán, por intermedio de su presidente, la aclaración o la repetición. (2)

**Concordancias.** Arts. 354, 355, 377 CPP.



## **Votación**

Art. 374.- Concluida la discusión cada jurado emitirá verbalmente su voto sin abandonar la sala de deliberación, declarando culpable o inocente al acusado. No podrá haber abstenciones. Si un jurado se abstiene, su voto se considerará absolutorio. No habrá votación secreta, sistema de tabliílla o de azar, ni otra forma de decidir que no sea el voto verbal.

Para declarar culpable al acusado se necesitará, por lo menos, el voto afirmativo de tres de los cinco jurados titulares. El presidente del jurado levantará un acta en la que constará el resultado de la votación.

**Concordancias.** Art. 12 Cn, Art. 4 CPP.

## **Lectura.**

Art. 375.- Concluida la votación, el jurado se constituirá en la sala de audiencia y el juez solicitará al presidente que lea el veredicto, el que quedará notificado con la simple lectura.

## **Resoluciones Posteriores al Veredicto.**

Art. 376.- Si el veredicto es de inocencia, el juez dictará de inmediato la sentencia absolutoria. Si es de culpabilidad, concederá la palabra a las partes para que aleguen sobre la pena aplicable. Luego declarará clausurada la vista pública, fijando el día y hora en el que se dará lectura a la sentencia condenatoria, entre el tercero y quinto día siguiente a la clausura de la audiencia.

El veredicto absolutorio no impide que el juez en la sentencia se pronuncie sobre la acción civil, si fuere procedente.

**Concordancias.** Art. 63 CP.

## **Nulidad del Veredicto.**

Art. 377.- Además de las causales de nulidad establecidas en este Código, el veredicto será nulo y así podrá ser declarado mediante el recurso de casación, en los casos siguientes:

- 1) Cuando no sea de la competencia del jurado;
- 2) Cuando con posterioridad se compruebe que alguno de los jurados fue sobornado, presionado, no reunía los requisitos para ser jurado o estaba afectado por alguna incapacidad y ello era desconocido al momento de la selección;

- 3) Cuando haya intervenido como jurado alguien no comprendido en la lista parcial respectiva, que no fue sorteado o hubo irregularidad en el sorteo;
- 4) Cuando las instrucciones del juez sean de tal naturaleza que claramente hayan inducido a error al jurado o motivado en determinado sentido; y,
- 5) Cuando falte la firma de alguno de los jurados.

Declarada la nulidad se realizará el juicio nuevamente, y no podrán intervenir los jurados que votaron el veredicto nulo.

**Concordancias.** Arts. 362, 422 CPP.

### **Remisión.**

Art. 378.- Para la resolución de cualquier incidencia dentro del juicio por jurados o para resolver algún punto no previsto, se aplicarán las reglas de la vista pública, siempre que no desnaturalicen la razón y principios del jurado.

**Concordancias.** Arts. 338 y sig. CPP.



## LIBRO TERCERO

# PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

**Comentario:** Ya desde los primeros Códigos Procesales Salvadoreños, junto a un procedimiento común u ordinario previsto para el enjuiciamiento de la mayoría de los casos, aparecen distintos procedimientos especiales, que buscan una mayor rapidez en el enjuiciamiento, y que se prevén para determinadas personas o para determinados delitos por su especial gravedad o especialidad. Así el Código de Procedimientos Judiciales de 1857 distinguía, atendiendo a la naturaleza de la acción, entre juicios criminales públicos y juicios criminales privados, y atendiendo a la gravedad de los hechos entre juicios ordinarios, sumarios y sumarísimos, éstos últimos de más reducida tramitación, que a su vez podían ser escritos o verbales. Contemplaba, además, una serie de procedimientos especiales, como el previsto para reos ausentes, por delitos cometidos contra la hacienda pública, así como los previstos por delitos cometidos por los militares, eclesiásticos y comerciantes, por delitos por abuso de la libertad de imprenta y juicios que eran de conocimiento del jurado, que se consideraba un procedimiento especial.<sup>220</sup>

La Instrucción Criminal de 1892 mantuvo una clasificación similar, si bien dejó de considerar el juicio de jurado como procedimiento especial, suprimió los procedimientos especiales para comerciantes y eclesiásticos y el procedimiento especial para militares que se reguló en el Código Penal Militar y de Procedimientos Militares. Por el contrario, creó procedimientos para juzgar a menores y dementes y para funcionarios judiciales por los delitos oficiales cometidos.

El Código Procesal Penal de 1974, antecedente del actualmente vigente, junto a los denominados juicios ordinarios, sumarios y verbales, reguló cuatro procedimientos especiales: el antejuicio por la perpetración de determinados delitos enunciados en la Constitución, el previsto para delitos específicos contra la hacienda pública; el seguido por delitos cometidos con abuso de la libertad de expresión y el aplicable cuando el imputado manifestara síntomas de enfermedad mental, grave perturbación de conciencia o un desarrollo síquico retardado. Se suprimió el procedimiento especial contra menores pues se creó una jurisdicción especializada y el previsto para reos ausentes, al integrarse sus especialidades en el procedimiento ordinario y en el sumario.

El nuevo Código Procesal contempla un único procedimiento ordinario o común que se aplica también en los juicios de jurado, con distintas especialidades, y una serie de procedimientos a los que expresamente denomina especiales y que son los

---

220 Manual de derecho procesal. Armando Antonio Serrano y otros. Proyecto PNUD. El Salvador.

contemplados en los cinco Títulos de este Libro Tercero: el procedimiento abreviado; el procedimiento en caso de antejuicio; el juzgamiento por faltas; el juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y el procedimiento por delito de acción privada.

## **LIBRO III\***

# **PROCEDIMIENTOS ESPECIALES**

## **TÍTULO I**

### **CAPÍTULO ÚNICO**

#### **PROCEDIMIENTO ABREVIADO.**

##### **Admisibilidad.**

Art. 379.- Desde el inicio del procedimiento hasta la audiencia preliminar, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado previsto en este título cuando concurren las circunstancias siguientes:

Que el fiscal solicite una pena no privativa de libertad o de prisión hasta de tres años;

Que el imputado admita el hecho y consienta la aplicación de este procedimiento, sin perjuicio de incluir en su manifestación otros hechos o circunstancias que considere convenientes; y,

Que el defensor acredite que el imputado ha prestado su consentimiento libremente.

El consentimiento de la víctima o del querellante. En caso de negativa, el juez apreciará las razones expuestas, pudiendo llevar adelante el procedimiento abreviado aún sin el consentimiento de la víctima o del querellante

La existencia de coimputados no impedirá la aplicación de estas reglas a alguno de ellos.

##### **Comentario.**

1 Los ordenamientos procesales modernos, tienden a regular modalidades de procesos que sin merma de garantías posibiliten una reacción penal rápida e inspirada en el principio de consenso. Resumidamente, las líneas rectoras que inspiran este tipo de actuaciones son la búsqueda de la simplificación procedimental, reduciendo los procedimientos especiales e integrándoles en el procedimiento ordinario; la previsión de un procedimiento más rápido en el que puedan eliminarse trámites que puedan

---

\* Los comentarios a este Libro III, arts.379 a 405 han sido realizado por el Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid D.Javier Martínez Lázaro



resultar superfluos; la facilitación de formas autocompositivas que eliminen el proceso; y la reconceptualización del principio de oportunidad en manos del Ministerio Público, con amplia participación del ofendido y del acusado o imputado.

En este sentido la Ordenanza Procesal alemana regula un procedimiento acelerado para delitos con pena inferior a un año, en el que se cita de inmediato a una audiencia en la que la acusación puede presentarse oralmente y la sentencia se dicta de inmediato. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española, tras la modificación efectuada en 1988, recoge un procedimiento abreviado en el que se eliminan trámites respecto al procedimiento ordinario o sumario. Por esta modalidad procesal se enjuicia la mayor parte de los delitos. Se recoge también un procedimiento abreviadísimo para los supuestos en los que el imputado esté conforme con la calificación fiscal. El código procesal italiano admite una modalidad de proceso abreviado en el que la sentencia puede dictarse tras la audiencia preliminar, con renuncia a la utilización de medios de prueba.

Junto al procedimiento ordinario o tipo, la legislación salvadoreña tradicionalmente ha reconocido formas más abreviadas de enjuiciamiento. El nuevo procedimiento abreviado es un tipo especial de procedimiento en el que, ante la conformidad del imputado con los hechos, se procede a dictar directamente sentencia si la pena solicitada por el fiscal no es superior a los tres años de prisión. El procedimiento abreviado para René Arnoldo Castellón<sup>221</sup> marca un cambio de paradigma en la forma de aplicar justicia; no sólo por la simplificación de trámites con apego a las garantías, sino porque la solución de un caso en particular tiene como base la idea del consenso por lo que la simplificación no debe verse como un simple renuncia al rito del juicio, antes bien, como una decisión jurídico penal de efectos más trascendentes; esto es, de repercusión en todo el sistema jurídico penal.

**2.** El ámbito objetivo del procedimiento se delimita por la petición de pena que realiza el Ministerio Fiscal. Aunque existe un cierto paralelismo con la calificación que hace el art. 18 del Código Penal entre delitos graves y menos graves, el procedimiento abreviado que se aplica a todos los delitos menos graves, puede aplicarse también a delitos que el Código Penal considera graves. En efecto, el Código Penal califica de graves a los delitos sancionados con pena de prisión cuyo límite máximo exceda de tres años y multa cuyo límite máximo exceda de doscientos días multa. Sin embargo, el procedimiento abreviado se puede aplicar a los delitos sancionados con multa, cualquiera que sea su cuantía, aunque sean delitos graves, y a delitos sancionados en el código Penal con pena superior a tres años, si la petición fiscal de pena es inferior, atendiendo a la autoría, grado de consumación del delito, concurrencia de error, y demás normas para la adecuación de la pena.

Se requiere la admisión por el imputado de los hechos pero no se pide expresamente su conformidad con la calificación jurídica ni con la pena pedida. Ello implica

221 René Arnoldo Castellón. El procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal. Ensayos Doctrinarios. ARSJ-UTE. El Salvador 1998.

que el juez dentro de los límites del principio acusatorio, no queda estrictamente vinculado por la calificación que realice el fiscal, ni por la pena pedida. La admisión de los hechos se refiere tanto a la conducta típica del delito como a aquellos que sirvan para determinar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad. Junto a la admisión de los hechos se exige la aceptación expresa por el imputado del procedimiento. Se prevé la posibilidad que además de admitir los hechos pueda incluir en su manifestación otros hechos o circunstancias que estime convenientes. Obviamente, estas manifestaciones no podrán ser contradictorias con los hechos admitidos, pero podrán ir dirigidas a destacar aquellos hechos admitidos que beneficien al imputado, a modificar la calificación jurídica realizada por el fiscal, a justificar la imposición de una pena menor e incluso a solicitar una sentencia absolutoria.

Es preciso que le defensor acredite que el imputado ha prestado su consentimiento libremente. Si existen dudas de la capacidad del imputado para decidir libremente por la posible limitación de sus facultades intelectivas o volitivas, deberá practicarse la correspondiente prueba que "acredite" la capacidad para prestar libremente el consentimiento. Si el juez considera que la decisión del imputado está condicionada por amenazas, coacciones o cualquier otra forma de intimidación, mandará seguir el procedimiento por sus cauces ordinarios. Que el consentimiento se emita libremente exige que el imputado sea consciente del significado de sus actos. Por lo tanto el juez deberá constatar que no se ha producido ningún error sobre la significación de la captación de los hechos, que hubiese sido capaz de viciar el consentimiento del imputado.

Se requiere, finalmente, el consentimiento de la víctima o del querellante, cuyas afirmaciones fácticas y pretensiones punitivas pueden diferir de las del Fiscal. No obstante el juez puede acordar llevar adelante el procedimiento aún sin el consentimiento de la víctima o del querellante.

No es obstáculo para la aplicación de este procedimiento la existencia de coimputados, de forma que unos podrán admitir los hechos y otros no. Ahora bien, el coimputado que no admitió los hechos podrá ser llamado como testigo en el juicio del que no los admitió. La duda es si quedará o no vinculado por la previa admisión realizada. Y en este caso deberá valorarse que la admisión de hechos del imputado en el procedimiento abreviado, aún prestada libremente, puede obedecer a múltiples razones de interés o conveniencia y no estar vincula estrictamente a la verdad. Por lo tanto y en la medida que el testigo si está estrictamente vinculado a la verdad, su declaración puede diferir de los hechos anteriormente admitidos.

**Concordancias.** Arts. 248 No. 6, 313 Inc. 1º No. 5 CPP.

### **Trámite.**

Art. 380.- Cuando los sujetos mencionados en el artículo anterior acuerden este procedimiento fuera de una audiencia presentarán conjuntamente un escrito, acreditando todos los requisitos previstos en el mismo artículo y requerirán al juez una audiencia para su tratamiento.



Cuando este acuerdo se produzca, en una audiencia, el acta contendrá los mismos requisitos.

El juez oír al imputado y dictará la resolución que corresponda, sin más trámite. Si lo considera necesario podrá oír a la víctima o al querellante, salvo que ella lo haya solicitado, caso en el cual, estará obligado a oírlo.

El juez absolverá o condenará, según corresponda. Si condena, la pena impuesta no podrá superar la requerida por el fiscal.

La sentencia contendrá los requisitos previstos en este Código, de modo conciso.

Si el juez no admite la aplicación del procedimiento abreviado, ordenará la continuación del trámite ordinario. En este caso, el requerimiento anterior no vinculará al Fiscal ni la admisión de los hechos por parte del imputado podrá ser considerada como una prueba útil durante el procedimiento común.

### Comentario.

**1** El procedimiento abreviado puede proponerse desde el inicio de las actuaciones hasta la audiencia preliminar. Puede solicitarlo el fiscal en el requerimiento al que se refiere el art. 248 CPP, una vez recibidas la diligencia policiales. En este caso el juez resuelve lo procedente en la audiencia inicial a celebrar de acuerdo con las normas de los arts. 254, 255 y 256 CPP. A la solicitud deben adjuntarse todas las diligencias de investigación con que el fiscal cuente hasta ese momento. La razón es que en este caso el juez no sólo resuelve sobre la aplicación o no del procedimiento, sino que una vez que lo otorga dicta sentencia, ya sea condenando o absolviendo al imputado. Por consiguiente, es indispensable que el juez cuente con todos los actos de investigación que han dado base a proceder <sup>222</sup> contra le imputado, ya que será su fundamento para resolver conforme a derecho.

Puede acordarse en cualquier audiencia posterior, hasta la audiencia preliminar. El art. 313 prevé que el querellante y el fiscal podrán proponer el procedimiento abreviado hasta diez antes de la audiencia preliminar. En este caso el juez pone las actuaciones y evidencias a disposición de las partes durante cinco días y el defensor, y en su caso la las otras acusaciones, pueden pedir el procedimiento abreviado. Finalizada la audiencia preliminar el juez de instrucción puede acordar el procedimiento abreviado.

El procedimiento abreviado puede también acordarse por las partes fuera de una audiencia. En este caso deben presentar conjuntamente un escrito dejando constancia de que se cumplen todos los requisitos para poder seguir el procedimiento abreviado y solicitando del juez la celebración de una audiencia específica para acordarlo.

---

222 Ensayos N°1. Tres temas fundamentales sobre la fase inicial del proceso penal. José Manuel Cruz Azucena y otros. Consejo Nacional de la Magistratura- Escuela de Capacitación Judicial. El Salvador. 1999.



**2.** Si la audiencia en la que se acuerda el procedimiento es la audiencia inicial, la preliminar o cualquiera otra celebrada sin la presentación del escrito previo de conformidad con el procedimiento, el acta debe dejar constancia de que se cumplen todos los requisitos precisos para acordarlo.

En cualquier caso es necesario siempre una audiencia en el que el juez oye directamente al imputado, cerciorándose de que tiene la capacidad necesaria para mostrar su conformidad con la solicitud fiscal, y de que no existe ningún vicio de la voluntad. Si la víctima a solicitado ser oída, el juez deberá hacerlo, pero caso de no haberlo pedido expresamente el juez podrá acordarlo o no facultativamente. También podrá acordar, si lo considera necesario, oír al querellante. En el procedimiento abreviado no se práctica prueba, pues la esencia el mismo es la admisión de hechos que hace el imputado. Pero las explicaciones del imputado o de la víctima podrán servir al juez para graduar la pena, que nunca podrá superar la solicitada por el fiscal. Pero nada impide que el juez, dentro de la pena prevista por el Código Penal acuerde una pena inferior a la solicitada. También es posible que existiendo conformidad en los hechos el juez dicte sentencia absolutoria si considera que los hechos admitidos no son constitutivos de delito.

Si el juez estima que no concurren los requisitos preciso para seguir el procedimiento abreviado lo deniega, ordenando siga el procedimiento ordinario.

¿Puede acordar el juez no seguir el procedimiento aunque se cumplan los requisitos, discrecionalmente o porque se lo solicite el querellante o la víctima, pese a cumplirse los requisitos?

¿Qué sucede si el fiscal y el imputado están de acuerdo con el procedimiento abreviado y el querellante n o lo acepta?.

¿Quién dicta la sentencia, el juez de instrucción siempre?. ¿Y si el acuerdo del procedimiento se toma en la audiencia inicial, ante el juez de paz?

La sentencia debe reunir los requisitos previstos en los arts. 357 y siguientes del CPP, aunque de modo conciso, atendiendo a la naturaleza del procedimiento. En la medida que el procedimiento supone un consenso sobre los hechos y en el juicio no se practica prueba, no será preciso motivar aquellos ni valorar ésta, pero deberá justificarse, aún brevemente la norma aplicable y la pena impuesta.

La sentencia es recurrible. El art. 422 dispone que procederá el recurso de casación contra la sentencia que ponga fin al procedimiento abreviado.

Si el juez hubiese denegado el procedimiento abreviado, el fiscal no que da vinculado por el requerimiento,. Puede por lo tanto acusar por hechos distintos y pedir pena diferente. La admisión de hechos que ha realizado el imputado es siempre condicional a la aplicación del procedimiento. De no acordarse éste no pueden los hechos condicionalmente admitidos no constituir prueba alguna en su contra.

**Concordancias** Arts. 13, 153, 221, 248, 254, 255, 256, 357, 360, 361 CPP.



## TITULO II

### CAPITULO UNICO

### PROCEDIMIENTO EN CASO DE ANTEJUICIO

#### Comentario.

1. Desde los orígenes del constitucionalismo, junto a las declaraciones formales que establecían el principio de igualdad ante la Ley se configuraron distintos sistemas de inviolabilidad, inmunidad o aforamiento que implicaban una rectificación del ordenamiento penal y de normas procesales “*ratione personae*”. Estas excepciones al principio de igualdad se han justificado históricamente en la necesidad de garantizar la libertad de los parlamentarios en el ejercicio su función representativa y de protegerles frente los ataques que pudiesen producirse mediante la instrumentalización de acusaciones o procesos en su contra dirigidos a disminuir su libertad, o incluso privarles de ella. Su justificación se encuentra también en la histórica tensión entre el ejecutivo y el parlamento y entre el parlamento y el poder judicial.

Las garantías constitucionales de inviolabilidad e inmunidad se hayan presentes en la mayoría de los textos constitucionales llamados a regular las relaciones entre los poderes el estado. En Gran Bretaña las prerrogativas parlamentarias del *freedom of speech* y *freedom of arrest*, remontan su tradición siglos a atrás, y son objeto de reafirmación solemne por el monarca al inicio de cada legislatura<sup>223</sup>. Ya el *Bill of Rights* de 13 Febrero de 1689 proclamó que “las libertades de expresión, discusión y actuación en el parlamento no pueden ser juzgadas o investigadas por otro tribunal que el parlamento”. En Alemania, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 en su art. 45-1 establece que los diputados no podrán ser en ningún momento sometidos a un procedimiento judicial o disciplinario ni responsabilizados en otra forma fuera del *Bundestang* a causa de su voto o de una declaración que hicieran en el *Bundestang* o en sus comisiones.” El 46-2 recoge la inmunidad diciendo que “los diputados podrán ser responsabilizados o detenidos sólo con la autorización del *Bundestang*” y el apartado 4 del anterior precepto dispone que todo procedimiento penal que se hubiere iniciado contra un diputado así como todo arresto o restricción de libertad deberá quedar en suspenso si lo solicitare el *Bundestang*”. En España la Constitución de 1978 en su art. 71 dispone que “los diputados y senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. Durante el periodo de su mandato los diputados y senadores gozarán, asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva”.

2. Es clásico el criterio que distingue entre inviolabilidad e inmunidad, indicando que la inviolabilidad actuaría en el ámbito del derecho penal sustantivo, mientras

223 Vid sobre esta materia Proceso penal contra aforados. Manuel Marchena López, En Cuestiones de Derecho Procesal. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1994.

que la inmunidad tendría su espacio natural en el marco del derecho procesal penal. En este sentido la inviolabilidad sería un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad política de los parlamentarios por las opiniones manifestada en el ejercicio de sus funciones, mientras que al inmunidad es una prerrogativa de naturaleza formal que protege al libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales. A esta finalidad es a la que responde la necesidad de la autorización del parlamento para proceder contra alguno de sus miembros<sup>224</sup>. Obviamente inviolabilidades e inmunidades plantean el debate sobre la igualdad ante la ley penal y la igualdad como principio estructural del proceso, aunque el problema no es en este último caso tanto de igualdad en el proceso como de igualdad ante el proceso. La legitimidad de dichas excepciones al principio de igualdad sólo puede establecerse mediante un juicio de ponderación crítica entre los fundamentos políticos de la institución y los intereses que trata de garantizar y la discriminación que puede implicar.

Similares razones de protección a las que han guiado tradicionalmente para establecer los sistemas de inmunidad para parlamentarios llevan también a los ordenamientos constitucionales e establecer especiales reglas para el enjuiciamiento de determinados cargos públicos relevantes o de miembros el Poder Judicial. En algunos casos la inmunidad es equiparada a la prevista para los diputados; en otros, se establecen condiciones especiales para el enjuiciamiento modificando las normas generales sobre competencia.

**3.** El art. 124 de la Constitución de El Salvador recoge el principio general de inviolabilidad de los diputados “Los diputados son inviolables, y no tendrán responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan”. El art. 18 CP, que establece el principio de igualdad ante la ley penal, añade que “no obstante no se aplicará la ley penal salvadoreña cuando la persona goce de privilegios según la Constitución de la República y el Derecho Internacional<sup>225</sup> y cuando goce de inviolabilidades en determinadas materias, de conformidad con lo dispuestos en la Constitución de la República”. El Título VIII de la Constitución dedicado a la responsabilidad de los funcionarios establece distintas inmunidades y privilegios para los diputados y para los altos funcionarios del estado e integrantes del poder judicial.

**4.** Regula el CPP en este Título II del Libro III una serie de procedimientos a los que denomina especiales, consecuencia del régimen de inmunidades y privilegios

---

224 Vid Manuel Marchena López. Obra citada.

225 El Salvador ha suscrito y ratificado distintos tratados que conceden prerrogativas a los representantes de otros estados, funcionarios de organismos internacionales y agentes en misión especial : la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las naciones Unidas de 13 Febrero de 1946; la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 abril 1961; la Convención de Viena sobre Relaciones, Privilegios, e Inmunidades Consulares , de 24 de Abril 1963. Las inmunidades del personal diplomático se encuentran, además, reguladas en la Ley del Ceremonial Diplomático de la República de El Salvador de 1 de Octubre de 1998.



que la Constitución establece para determinados funcionarios, diputados e integrantes del Poder Judicial. Desde el punto de vista procesal constituyen verdaderas condiciones de procedibilidad, que buscan operar como una garantía adicional “ratio personae” para distintos grupos de funcionarios y para los diputados, por la trascendencia de la función que desarrollan o por su exposición a posibles acusaciones injustificadas. El Título, con igual finalidad, contiene distintas modificaciones competenciales atendiendo a la personalidad de los imputados.

Estos denominados antejuicios son cuestiones de procedibilidad u óbices procesales como evidencia el art. 30 del CPP cuando dispone que si el ejercicio de la acción penal depende de la resolución de un antejuicio, se suspenderá su ejercicio hasta que desaparezca el obstáculo. Aunque la Ley califica como especiales a los procedimientos para el enjuiciamiento, la denominación no es adecuada, porque cumplidos los requisitos constitucionales previos, el procedimiento que se sigue es el ordinario, si bien se producen distintas modificaciones competenciales.

### **Privilegio Constitucional.**

Art. 381.- Los funcionarios públicos que determina el artículo 236 de la Constitución de la República, responderán ante la Asamblea Legislativa por los delitos oficiales y comunes que cometan. También responderán ante la misma Asamblea por los delitos oficiales y por los comunes graves los diputados. Por los delitos comunes menos graves y por las faltas los diputados serán juzgados por el juez competente, pero no podrán ser detenidos o presos ni llamados a declarar sino después de concluido el período de su elección.

### **Comentario.**

1 El art. 236 de la Constitución, situado en el Título VIII dedicado a la responsabilidad de los funcionarios públicos, establece que el Presidente y el Vicepresidente de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, el Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia, el Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, el Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, y los representantes diplomáticos, responderán ante la Asamblea Legislativa por los delitos oficiales y comunes que puedan cometer.

El art. 18 del Código Penal divide los hechos punibles en delitos y faltas. Los delitos pueden ser graves o menos graves. Son delitos graves los sancionados con pena de prisión cuyo límite exceda de tres años y multa cuyo límite máximo exceda de doscientos días multa. Son delitos menos graves todos los demás.

La distinción entre delitos oficiales y comunes la proporciona el art. 23 del Código Penal al indicar que son delitos oficiales aquellos cuya estructura típica requiera

del sujeto activo la cualidad específica de ser funcionario público. Tratándose de los funcionarios a los que se refiere el art. 236 la distinción es inútil pues el privilegio que regula se aplica a todo tipo de delitos, cualquiera que sea su gravedad.

**2.** El precepto establece también un requisito de procedibilidad en relación con los diputados, atendiendo a la naturaleza o gravedad del delito. Tiene también naturaleza constitucional pues es expresamente recogido en el art. 238 Cn. El privilegio es el mismo que el de los funcionarios del art. 236 si se trata de delitos oficiales o delitos graves. Pero si se compara el precepto con el art. 238 Cn. se observa que mientras la Constitución se refiere solo a delitos graves, el Código Procesal incluye todos los delitos oficiales, incluso los que no sean graves. Parece que lo que hace el CPP es admitir que los diputados son también funcionarios públicos en el sentido utilizado por el art. 22 del CP, y por lo tanto sujetos activos de delitos reservados a funcionarios públicos, como en el delito de concusión del art. 327 del CP. En el caso de delitos menos graves y faltas los diputados no gozan del privilegio y serán juzgados por el juez competente por el procedimiento ordinario. Ahora bien en este caso la responsabilidad no se les podrá exigir hasta después del periodo de su elección, pues no podrán ser llamados a declarar, y por lo tanto enjuiciados hasta finalizado éste.

El privilegio se extiende a la imposibilidad de que los diputados sean detenidos hasta que finalice su mandato, aunque el art. 238 Cn. autoriza la detención de los diputados cuando sean sorprendidos en flagrante delito, con la obligación inmediata de poner al detenido a disposición de la Asamblea.

**3.** El propio texto Constitucional determina las líneas básicas a las que debe acomodarse el antejuicio. Es la Asamblea, oyendo a un Fiscal de su seno y al indiciado, o a un defensor especial, en su caso la que declarará si hay o no hay lugar a formación de causa. En el primer caso se pasarán las diligencias a la Cámara de Segunda Instancia que determine la ley, para que conozca en primera instancia, y, en el segundo caso, se archivarán.

**Concordancias.** Arts. 1, 2, 11, 12, 14, 238, 239 Cn. Arts. 18, 22, 39, 371 y sig. CP.

### **Privilegio Constitucional para Otros Funcionarios.**

Art. 382.- Por los delitos oficiales que cometan los Jueces de Primera Instancia, los Jueces de Paz y los Gobernadores Departamentales, serán juzgados por los tribunales comunes, previa declaratoria de haber lugar a formación de causa, hecha por la Corte Suprema de Justicia. Los referidos funcionarios estarán sujetos a los procedimientos ordinarios por los delitos y faltas comunes.

**Comentario.** El precepto recoge casi textualmente el privilegio reconocido en el art. 239 Cn. En este caso el privilegio es exclusivo para los delitos oficiales y no



comprende los delitos comunes sea cual sea su gravedad. Los delitos oficiales, como se ha visto anteriormente, son los que cometen los funcionarios o empleados públicos. Conforme al art. 39 del Código Penal los integrantes del poder judicial no son propiamente funcionarios públicos, sino autoridades públicas, pero no hay duda que los delitos que cometan actuando en tal concepto tienen la naturaleza de delitos oficiales.

En este caso la autorización para proceder contra ellos debe ser hecha por la Corte Suprema de Justicia. Como en el artículo anterior nos encontramos ante una condición de procedibilidad, pues la declaración autorizando proceder es precisa para el enjuiciamiento de los delitos perpetrados.

Debe destacarse el distinto tratamiento que reciben los integrantes del Poder Judicial. En el caso de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia se equiparan en el régimen de privilegios a los más altos cargos de la República y es precisa la declaración de la Asamblea para la formación de la causa. Se requiere por lo tanto la autorización del Poder Legislativo. Por el contrario, en el caso de los jueces a los que se refiere este precepto, la declaración autorizando proceder corresponde la propio Poder judicial, a la Corte Suprema de Justicia. De otro lado debe tenerse en cuenta que la división entre las distintas categoría de jueces se corresponde a la prevista en la Ley Orgánica Judicial del año 1984 y que este Código Procesal, establece una distinta división entre los integrantes del poder judicial.

### **Concordancias** Art. 239 Cn.

### **Promoción del Antejjuicio.**

Art. 383.- Cualquier persona podrá denunciar los delitos de que se trata este Título. La Fiscalía General de la República estará especialmente obligada a promover ante la Asamblea Legislativa o ante la Corte Suprema de Justicia el antejjuicio. También pueden promoverlo quienes estén facultados para querellar.

### **Comentario**

1. El régimen de la denuncia no varía en relación con los delitos cometidos por quienes no gozan del privilegio. El delito podrá ser denunciado por cualquier persona y estará obligado a hacerlo quien presencie la perpetración de cualquier delito de acción pública en los términos previstos en el art. 229 del CPP. La expresión “podrá” que utiliza el precepto comentado, no parece que excluya la obligación de denunciar, lo que carecería de cualquier fundamento. Más bien parece referirse a la confirmación del régimen general, autorizando la denuncia por cualquier persona, sin ningún requisito especial; tanto más a la vista de la expresa y taxativa obligación de denunciar que impone el art. 232 CPP en lo delitos de acción pública.

2. La obligación de la Fiscalía General de la República de promover el antejjuicio no es sino una consecuencia de las obligaciones que le impone el art. 193 de la Cn. y

el art. 83 CPP de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y promover la acción penal. Además de la fiscalía pueden promover el antejuicio quienes estén facultados para querellar, es decir la víctima en los delitos de acción pública por medio de su representante o mediante apoderados que designen asociaciones legalmente constituidas, previa aceptación de ésta. Pero en estos delitos podrán también ser querellantes y promover el antejuicio las personas y entidades que se enuncian en el art. 95 del CPP: los ciudadanos o las asociaciones de ciudadanos en los supuestos de delitos oficiales que impliquen una grave y directa violación de derechos humanos fundamentales, cometidos contra el ejercicio de sufragio, o delitos que afecten a intereses difusos o a la colectividad en su conjunto.

**Concordancias** Art. 193 ordinal 3º Cn. Arts. 229, 238, 241, 243 CPP.

### **Actos de Investigación.**

Art. 384.- 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.

**Comentario.** La protección que se pretende con el antejuicio se extiende a aquellas diligencias de investigación que pudiesen atentar contra los intereses que se trata de salvaguardar. De ahí que se excluyan aquellos actos que impliquen una persecución personal, y por lo tanto la adopción de medidas cautelares. No podrá acordarse, en consecuencia, la detención. Las diligencias de investigación se limitan, exclusivamente, a las necesarias para presentar la denuncia.

### **Procedimiento de Antejuicio ante la Asamblea Legislativa.**

Art. 385.- Admitida la denuncia de antejuicio en la Asamblea Legislativa se procederá de acuerdo con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 236 de la Constitución de la República y el Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa.

Si se declara que ha lugar a formación de causa se remitirán las diligencias a la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Tribunal que conocerá de la instrucción, y del juicio conocerá la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del centro. La Cámara convocará a un Magistrado suplente, quien deberá presenciar el juicio y votará en caso de discordia.

Si la Asamblea Legislativa declara que no ha lugar a formación de causa, en la misma resolución ordenará se archiven las diligencias y no podrá reabrirse antejuicio por los mismos hechos.



## **Comentario.**

**1.** Presentada la denuncia ante la Asamblea Legislativa se procede de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del art. 236 de la Con. y el Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa.

La denuncia se instruye inicialmente por una comisión especial de la Asamblea, que realizará los actos de investigación imprescindibles para recoger las pruebas, que sirvan para confirmar o desmentir los hechos denunciados, permitiéndose la participación de las partes interesadas. La denuncia será admitida por auto que se notificará al interesado y al Fiscal General para que se muestre parte si no es él quien la presentó.

Conforme al art. 236 de la Cn la Asamblea debe designar a un fiscal en su seno. Esta designación es criticada doctrinalmente dado que corresponde al Fiscal General, conforme la Constitución y el CPP, promover la acción penal, y específicamente el CPP le encomienda en el art. 383 CPP promover el antejuicio. El denunciado puede nombrar un defensor y de no haberlo hecho se le nombra un defensor especial por la Asamblea.

La Comisión, cuando considere concluida la investigación, ha de dar cuenta al Pleno de la Asamblea Legislativa. Acto seguido se remite el expediente a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales. De estimarse por ésta que el expediente está suficientemente depurado, dentro de los tres días oír a las alegaciones del Fiscal, del denunciante, si lo hay, y del defensor, formulando a continuación dictamen de la causa y señalando día para la discusión de la Asamblea Legislativa. El Pleno de la Asamblea Legislativa deberá pronunciarse en el sentido de si ha o no lugar a la formación de la causa.

**2.** Una vez finalizado el antejuicio, de estimarse por la Asamblea que existe causa para proceder, comienza propiamente el juicio, pero este no se instruye por el correspondiente juez, ni se celebra ante el correspondiente Tribunal de Sentencia, sino que como garantía o protección adicional la instrucción de la causa y el conocimiento del juicio se atribuye a las Cámaras de lo Penal. En concreto la instrucción a la Cámara Primera de la Sección Centro y el juicio a la Cámara Segunda de dicha Sección. El procedimiento, con dichas salvedades, sigue a partir de ahora el procedimiento ordinario. Es preciso que el Fiscal presente el oportuno requerimiento, debiendo acordarse por la Cámara la apertura del juicio oral si lo solicita el Fiscal o la *acusación particular*?

**Concordancias.** Art. 236 Cn.

## **Procedimiento de Antejuicio ante la Corte Suprema de Justicia.**

Art. 386.- Recibida la denuncia de antejuicio ante la Corte Suprema de Justicia, ésta podrá ordenar que la Cámara Seccional respectiva practique una investigación



sobre los hechos denunciados durante el plazo de ocho días, si el funcionario imputado fuere Juez de Primera Instancia o Gobernador departamental; o que lo haga el Juez de Instrucción que designe, si el imputado fuere Juez de Paz.

Si el tribunal designado no residiere en el lugar del domicilio del funcionario imputado, deberá trasladarse a dicho lugar para cumplir su cometido.

Concluida la investigación se dará cuenta con ella a la Corte Suprema de Justicia, la que si notare vacío o falta sustancial mandará que se repongan o se llenen, posteriormente declarará dentro de tercero día si ha lugar o no a formación de causa contra el funcionario imputado.

Si la resolución de la corte fuere que no ha lugar a formación de causa, ordenará el archivo de las diligencias; y si fuere declarado que ha lugar a formación de causa, ordenará la remisión de las diligencias a la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro para que conozca de la instrucción y del juicio conocerá la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro.

### **Comentario.**

1. Como más arriba se ha visto, el art. 239 Cn y art. 382 del CPP exigen declaratoria de haber lugar a la formación de causa hecha por la Corte Suprema de Justicia para poder enjuiciar a los jueces de primera instancia, los jueces de paz y los gobernadores Departamentales por los delitos oficiales que se les pueda imputar.

La denuncia se interpone ante la Corte Suprema de Justicia por las personas a las que se refiere el art. 383, CPP esta podrá ordenar que la Cámara Seccional respectiva practique una investigación sobre los hechos denunciados durante ocho días. La investigación es facultativa y tiene por finalidad comprobar la verosimilitud de los hechos denunciados. Por lo tanto la investigación no será precisa si por las propias características del hecho denunciado, por ejemplo un delito flagrante la Corte cuenta con elementos precisos para pronunciarse. Tampoco será precisa si claramente procede denegar la formación de causa por no ser los hechos denunciados constitutivos de delito oficial o no ser verosímil la participación del denunciado.

Si se considera precisa la investigación la Corte Suprema ordena que la realice la Cámara Seccional respectiva, que deberá trasladarse al domicilio del denunciado si no reside en éste. El procedimiento no prevé la participación del fiscal ni del propio denunciado, a diferencia del antejuicio ante la Asamblea Legislativa, pero parece razonable aplicar los principios que rigen aquel, por lo que el fiscal o los denunciadores podrán proponer que se realicen pruebas para constatar los indicios sobre la existencia del hecho punible y la participación del denunciado, quien también podrá proponer puestas en su descargo. No cabe duda que el denunciado podrá utilizar la defensa técnica conforme al art. 10 CPP.

2. Concluida la investigación por la Cámara Seccional, la Corte puede reclamar que la investigación se amplíe o corrija si la considerase insuficiente o se hubiese



incurrido en alguna falta. Una vez finalizada definitivamente, la Corte en el plazo de tres días deberá dictar la autorización habilitante o denegar la formación de la causa. En éste último caso se archivan las actuaciones sin que se prevea ulterior recurso. Si considera que ha lugar a la formación de la causa el procedimiento coincide con el previsto en los casos en los que es preciso el antejuicio concedido por la Asamblea Legislativa: se ordena la remisión de las actuaciones a la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro para que conozca de la instrucción y del juicio conocerá la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro. El procedimiento seguido para la instrucción y el enjuiciamiento es el ordinario con las modificaciones competenciales antedichas.

¿La investigación la acuerda el Pleno de la Corte?. ¿Cuál es la Cámara Seccional respectiva? ¿Recursos contra los acuerdos de archivar o de remitir la causa para el enjuiciamiento?<sup>225</sup>

**Concordancias.** Art. 51 CPP.

### **Intervención del Jurado.**

Art. 387.- En caso de proceder la intervención del Tribunal del jurado, la Cámara se servirá de las listas de que disponga el Tribunal de Sentencia del distrito de San Salvador que señale la Ley Orgánica Judicial, y se sujetará en todo lo que fuere pertinente a las disposiciones relativas al jurado.

### **Comentario.**

En aquellos casos en los que el delito que deba enjuiciarse sea competencia del tribunal del jurado conforme a las normas de los arts 52 y 53 CPP, se sigue el procedimiento previsto en el capítulo V del Libro II, teniendo en cuenta las especificidades competenciales que se derivan de los arts. anteriores.

Autorizada la formación de la causa por la Asamblea Legislativa o la Corte Suprema de Justicia y realizada la Instrucción por la Cámara competente, las actuaciones se remiten a la Cámara Segunda de lo Penal e la Sección Primera del Centro, uno de cuyos jueces presidirá el juicio por jurado. El Juicio no reviste ninguna particularidad en lo que se refiere a los requisitos de capacidad de los jurados, su selección y desarrollo de la vista pública, con la única excepción de que las listas que la Cámara utiliza para la selección de jurados son las que corresponden al Tribunal de Sentencia de San Salvador.

**Concordancias.** Arts. 366 y sigs. CPP.

---

225 Ver nota al pie de página al comentario a Juicio por Jurados previa a art. 368.

## **Efectos de la Declaración de Formación de Causa.**

Art. 388.- Desde que la Asamblea Legislativa o la Corte Suprema de Justicia, declaren que ha lugar a formación de causa, el funcionario público imputado quedará suspendido en el ejercicio de sus funciones y por ningún motivo podrá continuar en su cargo. Si la sentencia definitiva es absolutoria, el funcionario suspendido volverá al ejercicio de su cargo, si no ha expirado el período de la elección o del nombramiento. En este último caso, tendrá derecho a recibir los sueldos que dejó de percibir a causa de la suspensión dispuesta, sin perjuicio de la reparación de los daños sufridos.

Si la sentencia definitiva es condenatoria, el funcionario será destituido de su cargo.

### **Comentario.**

El precepto no es sino una transcripción del art. 237 del Texto Constitucional. La declaración de formación de causa implica que la Asamblea Legislativa o la Corte Suprema de justicia han considerado que la denuncia formulada contra el funcionario que se trate no es temeraria, y que existen buenas razones para enjuiciarlo. Por ello, para evitar que utilice las posibilidades que le proporciona su cargo para cometer otros delitos o para ocultar los perpetrados, y para evitar la desconfianza que produciría un funcionario acusado actuando en lo público cuando se encuentra sometido a procedimiento penal, se le suspende provisionalmente en el ejercicio de sus funciones como medida cautelar específica.

La sentencia absolutoria, lógicamente, busca restituir al funcionario por la pérdida sufrida reponiéndole nuevamente en su cargo y generando su derecho a percibir los sueldos dejados de cobrar durante la suspensión de funciones, sin perjuicio de aquellas otras indemnizaciones a las que pudiese tener lugar por el daño producido, como consecuencia, por ejemplo, de la denuncia falsa. La sentencia condenatoria produce la destitución definitiva de su cargo conforme al código Procesal Penal.

### **Caso Especial de Partícipes.**

Art. 389.- Cuando en la investigación de algún delito de acción pública, el juez o fiscal descubra que el imputado goza de privilegio constitucional, practicadas las diligencias indispensables para la comprobación de la existencia del delito, se abstendrá de todo ulterior procedimiento y remitirá las actuaciones a la Asamblea Legislativa o a la Corte Suprema de Justicia según el caso para que decidan si ha lugar a formación de causa.

La misma regla se aplicará cuando de un mismo proceso apareciere que uno o varios imputados gozan de privilegio constitucional y otro u otros no. Si se declara que no ha lugar a formación de causa contra el o los imputados que gozaren de privilegio constitucional, se remitirán las diligencias al juez competente para que continúe el procedimiento contra los demás.



## Comentario

1. Contempla este precepto dos distintas situaciones. La primera hace referencia a la posibilidad de quién goce del privilegio constitucional se vea implicado en una investigación ya iniciada por un delito de acción pública y en la que no se ha pedido la correspondiente autorización para proceder bien. El supuesto concreto al que parece referirse el CPP es a aquel, harto difícil, en el que se ignora por el juez o fiscal la calidad de quien es imputado, por lo que sigue conociendo del asunto pese a que goce del privilegio. El supuesto puede comprender también aquellos casos en los que como consecuencia de las diligencias de investigación seguidas para investigar un delito aparece como posible imputado un funcionario para cuyo enjuiciamiento se requiere el antejuicio. En estos casos el juez o fiscal debe abstenerse inmediatamente de conocer y remitir las actuaciones a quién sea competente para el antejuicio. El precepto busca también evitar que bajo la apariencia de investigar a otras personas, se dirijan actuaciones contra quienes gocen del privilegio.

2. El segundo supuesto se refiere a aquellos casos en los que, además del que goza del privilegio, han participado como coautores, autores mediatos, instigadores o cómplices. 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. El precepto debe ponerse en relación con el art. 49 del CPP, conforme la cual los partícipes estará sometidos al mismo juez que juzgue a los autores, y si alguno de ellos goza de privilegio constitucional, el procedimiento continuará para los demás. Si se autoriza la formación de causa todos los imputados serán juzgados por los tribunales previstos en este Código. 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, 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 prosiguen las actuaciones contra los demás copartícipes

**Concordancias.** Arts. 33, 34, 35, 36 CP. Art. 49 CPP.

## Caso de Delito Flagrante.

Art. 390.- Si el Presidente, Vicepresidente de la República o un Diputado fuere sorprendido en flagrante delito, desde el día de su elección hasta el fin del período para el que fueron elegidos podrán ser detenidos por cualquier persona o autoridad, quien estará obligado a ponerlo inmediatamente a disposición de la Asamblea Legislativa.

**Comentario.** Se transcribe textualmente el art. 238 inciso último de al Constitución. El art. 13 de la Cn. autoriza la detención por cualquier persona del delincuente in fraganti par entregarlo de inmediato a la autoridad competente; y en igual sentido

se pronuncia el art. 288 del CPP que considera hay flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado, o cuando sea sorprendido con objetos o elementos con los cuales se ha cometido el delito, o cuando se le persiga por las autoridades o particulares.

**Concordancias.** Arts. 13, 238 Cn. Art. 288 CPP.

## TITULO III

### CAPITULO UNICO

### DEL JUZGAMIENTO POR FALTAS

#### **Comentario.**

1. Para la clasificación de las infracciones penales atendiendo a su gravedad se han seguido tradicionalmente dos criterios; la división tripartita y la división bipartita. El criterio tripartito lo inauguró el Código Procesal Napoleónico, que distinguía entre crímenes, considerando como tales los delitos muy graves que eran competencia del jurado, delitos y contravenciones. Los partidarios de esta clasificación la defendían por su utilidad práctica para marcar la competencia de los distintos tribunales de enjuiciamiento; por reflejar el distinto grado de gravedad que la conciencia popular atribuye a los distintos hechos criminales; o por acomodarse mejor a la también clásica distinción entre delincuentes perversos, habituales u ocasionales. Modernamente la doctrina tiende mayoritariamente a propugnar la clasificación bipartita que distingue entre crímenes y contravenciones, entre delitos y faltas, entre infracciones graves o leves, por considerarla menos artificiosa. Las faltas se diferencian de los delitos por su escasa lesión social y consecuentemente por la menor entidad de la pena.

2. La legislación penal salvadoreña sigue, en principio, el sistema tripartito pues art. 18 del Código Penal distingue entre delitos graves, menos graves y faltas. Pero esta división no tiene su traducción en el sistema procesal que establece un único procedimiento para todos los delitos, cualesquiera que sea a su gravedad, y otro procedimiento especial para las faltas.

La doctrina considera al juzgamiento por faltas un caso especial de proceso, en razón de la levedad de las figuras delictivas que podrían estar afectando bienes jurídicos no merecedores de una protección penal tan intensa, o bien, que los actos no representan una extrema gravedad, por lo cual no ameritan una reprensión estatal que invierta demasiados elementos en su persecución<sup>226</sup>.

---

226 José María Casado y otros. Derecho Procesal Salvadoreño. Corte Suprema de Justicia- Agencia Española de Cooperación Internacional. El Salvador. 2000



Se trata por lo tanto de un procedimiento más breve y simple, inspirado en los mismos principios que el procedimiento ordinario, en el que se juzgan infracciones de menor gravedad.

**3.** El procedimiento se rige por iguales principios que el proceso ordinario, sin perjuicio de la simplificación de trámites. Son de aplicación por lo tanto los principios y garantías del Título I del Libro I del CPP. Aunque en principio tiene plena vigencia el principio acusatorio, es discutible que este se encuentre plenamente reconocido, dada la posibilidad de dictar sentencia en virtud de una mera denuncia policial.

Objeto de enjuiciamiento son las faltas del Libro Tercero del CP; y también las faltas previstas en la Ley Represiva del Contrabando de Mercaderías y de la Defraudación de la Renta de Aduanas. La competencia para el enjuiciamiento corresponde al Juez de Paz de acuerdo con el art. 55 del CPP. La competencia territorial no plantea ninguna regla especial.

Específicamente no se regula el ejercicio de la acción civil en el juicio de faltas, pero en la medida que el art. 114 del CP dispone que la ejecución de un hecho descrito por la ley como falta origina acción civil esta puede ejercitarse en el procedimiento especial por faltas, conforme a las normas generales de los arts. 42 y siguientes del CPP y contra las personas a las que se refieren los arts. 116 y siguientes del CP.

A diferencia del procedimiento ordinario, dada la simplicidad y levedad de los hechos enjuiciados no hay propiamente una fase de instrucción judicial. Tampoco cabe la posibilidad de adoptar medidas cautelares personales. No es posible la detención provisional por faltas, pues el art. 292 exige para decretar la detención provisional del imputado que se haya cometido un hecho tipificado como delito. En principio no parece que nada se oponga a la adopción de medidas cautelares patrimoniales, conforme a lo previsto en el art. 305 CPP, pues las faltas pueden dar lugar a responsabilidades patrimoniales. Sin embargo la propia celeridad del procedimiento hace innecesaria la adopción de dichas cautelas.

### **Solicitud.**

Art. 391.- La solicitud del juicio por faltas, se hará por escrito y contendrá:

La individualización del imputado, su domicilio y residencia;

La descripción sintética del hecho imputado, consignando el tiempo y lugar de comisión;

La cita de las normas legales infringidas;

La indicación de los elementos de prueba; acompañando los documentos y los objetos entregados o incautados; y,

La identificación y firma del solicitante.

Basta como solicitud, el formulario que contenga los requisitos antes mencionados.

La policía solicitará al Juez de Paz competente el juicio por faltas sin perjuicio de la facultad de la Fiscalía General de la República en hacerlo, si lo considera necesario. La solicitud contendrá la intimación a presentarse ante dicho juez dentro del plazo de cinco días. Si la solicitud es presentada por un particular el Juez de Paz intimará al infractor a que comparezca en el mismo plazo. En todo caso se dará copia de la solicitud al infractor.

### **Comentario.**

La solicitud del juicio de faltas se efectúa mediante presentación de escrito cuyos requisitos son similares a los del escrito de acusación del art. 314 del CPP y que debe contener la descripción del hecho que se considera constitutivo de falta, los datos que permitan la identificación del autor o autores las normas que se consideren aplicables, el ofrecimiento de prueba y la identificación y firma del solicitante.

¿Implica el ejercicio de la acción penal?

La solicitud puede presentarse por un particular que se considere agraviado, por la Fiscalía General de la República y también, a diferencia del procedimiento ordinario, por la policía directamente. La participación de la policía es cuestionada doctrinalmente. Para Pedro Noubleau<sup>227</sup> la participación de la policía en la promoción del ejercicio de la jurisdicción en el juicio de faltas resulta dudosa, pues constitucionalmente sus competencias en materia represiva se orientan a la investigación de los hechos criminales, como órgano operativo de colaborador de la Fiscalía de la República, quien es la llamada a ejercer la acción penal cuando así lo establezca el régimen de las acciones. De la solicitud se da traslado al supuesto infractor para que conozca los hechos que se le atribuyen, ¿es un supuesto de acusación?

La acción penal prescribe al año en las faltas de acuerdo con el art. 34-3 CPP.

**Concordancias.** Arts. 371 y sigs. CP. Art. 18 LRCMYDRA. Arts. 58 Inc.2º, 292 CPP.

### **Audiencia.**

Art. 392.- El infractor al presentarse ante el Juez de Paz manifestará si admite su culpabilidad o si requiere el juicio. en este último caso, podrá ofrecer prueba o solicitar las diligencias que considere pertinentes para su defensa.

### **Comentario.**

La solicitud atribuye al supuesto infractor la calidad de imputado, conforme al art. 8 del CPP. Ante la solicitud, el imputado puede o bien mostrar su conformidad

---

227 Ensayos N°1. Doctrinarios. Nuevo Código Procesal penal. Rodolfo González Bonilla y otros. Pedro Noubleau. Los procedimientos especiales. Unidad de Programa de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia. 1998



con los hechos que se le imputan, O bien oponerse a los mismos. El reconocimiento de los hechos o admisión de su culpabilidad, recuerda simplificada al trámite de admisión de hechos del procedimiento abreviado. Si niega su culpabilidad debe lógicamente celebrarse el juicio, pudiendo en este caso ofrecer prueba para su práctica en la vista oral. No existe limitación alguna de prueba por lo tanto podrá ser cualquiera de las previstas en el Código Procesal. El juez deberá pronunciarse sobre los medios de prueba o diligencias admitidas para lo que tendrá que tener en cuenta el trámite sumarísimo de este procedimiento y la entidad de la infracción. En la medida que no existe una fase de instrucción, las pruebas se proponen para su práctica directamente en la vista oral.

¿Cabe la posibilidad de que el juez archive la solicitud si considera que los hechos no son constitutivos de falta?

**Concordancias.** Arts. 14, 15 y 162 CPP. Art. 18 LRCMYDRA.

### **Resolución.**

Art. 393.- Si el infractor admite su culpabilidad y no son necesarias otras diligencias, el Juez de Paz dictará la resolución que corresponda.

**Comentario.** Si el supuesto infractor admite la culpabilidad no es precisa la celebración de juicio y el juez dictará sentencia. La sentencia podrá ser eventualmente absolutoria, si el juez pese a la admisión de culpabilidad considera que los hechos no son constitutivos de falta.

**Concordancias.** Arts. 360 y 361 CPP.

### **Juicio.**

Art. 394.- En caso de juicio, el Juez de Paz convocará inmediatamente al imputado y, si es necesario, al solicitante. Asimismo expedirá las órdenes indispensables para incorporar al juicio los elementos de prueba admitidos. La audiencia será oral y pública y no se podrá suspender.

El Juez de Paz oír brevemente, a los comparecientes y luego de recibir y analizar la prueba absolverá o condenará por simple auto.

Si no son incorporados medios de prueba durante el juicio, el juez decidirá sobre la base de los hechos constatados y elementos acompañados con la solicitud inicial. Si el imputado no comparece, igualmente se resolverá, sin más trámite, conforme al inciso anterior.

### **Comentario.**

1. Si no existe conformidad con la imputación el juicio debe celebrarse de inmediato, en el plazo más breve posible. EL juicio debe celebrarse en vista pública, pues el art. 1 del CPP exige para que medie condena un juicio oral y público. La asistencia del



imputado, debidamente citado, es facultativa. No se exige imprescindiblemente la presencia del solicitante, pero deberá tenerse en cuenta que aunque este no comparezca los hechos de la solicitud deberán ser acreditados en todo caso, por lo que si no comparece quien deba acreditarlos la sentencia deberá ser forzosamente absolutoria. Tampoco se exige la presencia del fiscal, lo que puede implicar una merma del principio acusatorio pues la solicitud, que en realidad no es sino una mera denuncia, puede lugar sin que medie acusación expresa debidamente ratificada en el juicio, a una sentencia condenatoria.

**2.** El imputado puede asistir al juicio acompañado del defensor que designe como expresamente afirma el art. 396 CPP. Goza, por lo tanto, del derecho a la defensa técnica en los términos del art. 10 del CPP, lo que incluye el derecho a la asistencia y defensa por defensor público. La defensa técnica es sin embargo facultativa y en este procedimiento el imputado puede defenderse por sí mismo.

El juicio se inicia por el Juez de Paz oyendo brevemente a los comparecientes, es decir a los solicitantes del juicio y a los imputados que hubiesen querido comparecer. Acto seguido se procede a la práctica de la prueba propuesta y admitida, entre ella la incorporada con la solicitud. La incomparecencia del imputado no exime de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción, pues nadie puede ser condenado sin prueba regularmente obtenida en juicio. La referencia que realiza el precepto a los hechos constatados y elementos acompañados con la solicitud inicial, no puede entenderse como una exclusión de la necesidad de prueba ni puede servir para atribuir valor probatorio una mera denuncia o solicitud de juicio, pues el art. 1 del CPP exige probar los hechos en juicio público.

Practicada la prueba el juez dicta sentencia sin más trámite. El precepto se refiere a un "simple auto", pero debe recordarse que el art. 1 del Código Procesal exige para la condena sentencia firme y que el art. 129 dice que son sentencias las que se dictan luego de una vista pública para dar término al juicio, por lo que el juicio de faltas deberá concluir también por sentencia. El art. 54- 2 del CPP que establece la competencia de los jueces de instrucción para conocer del recurso de apelación expresamente se refiere a las "sentencias" dictadas en los juicios de faltas. La sentencia reunirá los requisitos de los arts. 360 y 361 CPP en lo que sean aplicables dada la naturaleza del procedimiento pero en todo caso deberán ser motivadas. Del juicio se levantará la correspondiente acta que permita el control por los tribunales superiores. El Acta deberá acomodarse a los requisitos del art. 363 del CPP y producirá los efectos del art. 365 de dicho Código.

**Concordancias.** Arts. 4, 15, 162, 360, 361 CPP. Art. 18 LRCMYDRA.

### **Impugnación.**

Art. 395.- La resolución será apelable en el plazo de tres días para ante el Juez de Instrucción, quien resolverá por el mérito de los autos. El fiscal solicitante no podrá recurrir.



## Comentario.

Contra la sentencia que dicta el Juez de Paz, puede interponerse recuso de apelación en el plazo de tres días. Se excluye de la posibilidad de recurrir al ministerio Fiscal. Ello lleva a la lógica interpretación de que solo el fiscal puede recurrir. Pero debe tenerse en cuenta que la exclusión sólo lo es para el fiscal, por lo que nada impediría el recurso interpuesto por el particular que ejercitase la acción penal en el juicio de faltas. Recuérdese que el art. 391 CPP admite que la solicitud del juicio de faltas puede presentarse por un particular. El precepto no establece ninguna regla especial por lo que la tramitación se acomodará a las disposiciones generales sobre los recursos del libro IV del CPP y particularmente a las contenidas en el Título III referentes al recurso de apelación. El art. 417 CPP dispone expresamente que el recurso de apelación procederá contra las resoluciones de los jueces de paz y el art. 54-2 atribuye a los jueces de instrucción el conocimiento de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas por los jueces de paz en juicio de faltas.

El recurso de apelación es, por lo tanto, un recurso ordinario que sirve tanto para denunciar vicios o defectos de naturaleza procesal, como para cuestionar la aplicación de la norma de derecho material. Su finalidad es la revisión del material de hecho y derecho por un órgano jurisdiccional superior. Su presentación produce el efecto suspensivo, devolutivo, en la medida que se transfiere el conocimiento de la causa a un tribunal superior; y desde luego es de aplicación la "reformatio in peius" en la forma que se regula en el art. 413 CPP.

Se interpone ante el juez de paz en el término reducido de tres días, mediante escrito debidamente fundado. No se exige expresamente la asistencia de abogado y como éste no es preceptivo en el juicio de faltas, tampoco lo será para interponer el recurso. Si se pretende reproducir prueba en al segunda instancia se ofrecerá junto con el escrito de interposición, señalando concretamente el hecho que se pretende probar. Presentado el recurso, el juez emplazará a las partes para que en el término de cinco días contesten al recurso y, en su caso, ofrezcan prueba. Las actuaciones se remiten acto seguido al juzgado de instrucción, cuyo juez se pronuncia sobre su admisión y, en su caso, lo resuelve. Si se ha ofrecido prueba y el juez de instrucción la considera pertinente se practica en una audiencia oral en los quince días siguientes a la recepción del recurso.

¿La sentencia confirma, revoca o anula la dictada por el juez de paz. Si el recurso es por vicios en el procedimiento anula éste reponiéndolo a donde se produjo la falta?.

**Concordancias.** Arts. 54, 417 y sig. CPP.

## Reglas Comunes.

Art. 396.- En lo demás, regirán, las reglas del trámite ordinario, adecuados a la naturaleza breve y simple de este procedimiento.

El imputado podrá nombrar un defensor para que lo asista.

No se aplicarán medidas cautelares.

### **Comentario.**

Como ya se ha visto en lo no previsto especialmente en este Capítulo se aplican las reglas del juicio ordinario, atendiendo a la naturaleza del procedimiento, en el que no existe instrucción y se trata de simplificar los trámites. No se considera precisa la aplicación de medidas cautelares ante la rapidez del trámite y la levedad de los bienes jurídicos lesionados. Se prevé expresamente la posibilidad de nombrar un defensor por el imputado, pero esta facultad debe considerarse extensiva también al solicitante particular, dado el contenido del art. 14 del CPP que establece el principio de igualdad procesal.

**Concordancias.** Arts. 10, 292, 338 y sig. CPP.

## **TITULO IV**

### **CAPITULO UNICO**

### **JUICIO PARA LA APLICACION EXCLUSIVA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD**

### **Comentario.**

1. Hasta finales del siglo XIX los sistemas penales sólo contaban con la pena como instrumento para hacer frente al delito. La escuela positivista y su particular concepción del delincuente se plantea la necesidad de determinadas medidas de seguridad para hacer frente a la peligrosidad del delincuente. Surgen así las medidas de seguridad como consecuencia jurídica diferenciada de la pena y con ellas los denominados sistemas penales dualistas. En ellos la pena aparece concebida como un castigo esencialmente retributivo basado en la culpabilidad del autor y orientado a fines de prevención general y prevención especial; la medida de seguridad, por el contrario, es una privación de bienes jurídicos que se fundamenta en la peligrosidad del autor entendida ésta como posibilidad de comisión de nuevos delitos, lo que precisamente trata de evitar.

Aunque los sistemas dualistas son los dominantes, distintos sectores doctrinales propugnan sistemas monistas, en los que la pena absorba a la medida de seguridad o en los que ésta sea absorbida por la pena. Como corrección del dualismo, el denominado sistema vicarial propugna la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad, de forma que con la ejecución de la medida de seguridad pueda sustituirse total o parcialmente la ejecución de la pena.

Las medidas de seguridad se califican como predelictuales o postdelictuales, según se impongan previamente a la comisión de un delito o como consecuencia del



mismo. Actualmente ya no es objeto de discusión que el presupuesto de las medidas de seguridad lo constituye la peligrosidad postdelictual, pues sólo el delito, la conducta tipificada como tal en el Código Penal, constituye el punto de partida y el presupuesto de toda reacción jurídico penal. Como toda reacción penal las medidas de seguridad se hallan sujetas a los principios del Derecho Penal y, lógicamente, al principio de legalidad.

**2.** El Código Penal de El Salvador es respetuoso con el principio de legalidad en relación con la imposición de medidas de seguridad, pues del art. 1 del Código Penal dispone que nadie podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la Ley no haya establecido con anterioridad. En cuanto que dicho precepto señala también que nadie podrá ser sancionado con una acción u omisión que la Ley Penal no haya descrito con anterioridad y el art. 3 añade que no podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la Ley, es claro que el Código sólo admite las medidas postdelictuales, lo que corrobora el art. 94 CP en su último párrafo al señalar que las medidas de seguridad sólo podrán ser impuestas en el caso de que al sujeto, si hubiese sido juzgado como imputable, le habría correspondido la imposición de una pena.

Finalmente, hay que señalar que el Código opta por el sistema vicarial en los supuestos en los que no concurra alguno de los requisitos necesarios para excluir totalmente la responsabilidad penal, pues en estos casos, además de la pena señalada, el juez podrá imponer al autor una medida de seguridad, de forma que la medida se cumpla antes que la pena y el término de su duración se computará como cumplimiento de ésta, pudiendo el juez de vigilancia ordenar la suspensión de la medida cuando estime que ya no es necesaria, o suspender el cumplimiento de la pena. En ningún caso la duración de la medida podrá exceder del tiempo que correspondería a la pena.

**3.** El art. 93 CP contempla únicamente tres tipos de medidas de seguridad: el internamiento en colonias agrícolas, institutos de trabajo u otros establecimientos similares (llama la atención que no exista una referencia específica a centros psiquiátricos); el tratamiento médico ambulatorio de carácter psiquiátrico o psicológico; y el sometimiento a vigilancia que podrá comprender restricción domiciliaria, fijación de reglas de conducta o controles periódicos a juicio del juez de vigilancia.

Las medidas de seguridad sólo podrán imponerse a las personas exentas de responsabilidad (aunque el art. 94 del Código dice que en los supuestos del art. 27-5 debe tratarse de un error ya que obviamente es el número 4 del art. 27), es decir a los enajenados, a los que sufran una grave perturbación de la conciencia y a aquellos que tengan un desarrollo psíquico retardado o incompleto. Como ya hemos visto en los supuestos de eximente incompleta en relación con alguno de los estados antes enunciados, el juez, además de la pena, podrá imponer una medida de seguridad.

## **Procedencia.**

Art. 397.- Cuando el fiscal o el querellante, en razón de la inimputabilidad, estimen que sólo corresponde aplicar una medida de seguridad, requerirán la aplicación del juicio previsto en este título. La solicitud contendrá en lo pertinente, los requisitos de la acusación.

## **Comentario.**

1. Para la aplicación de las medidas de seguridad el CPP establece un procedimiento al que denomina especial aunque en realidad se trata del procedimiento común con algunas especialidades como el art. 398 reconoce. Requisito imprescindible para la aplicación de estas especialidades es que el fiscal o el querellante consideren que el autor del delito que va a enjuiciarse se halle exento de responsabilidad penal por encontrarse en uno de los supuestos previstos en el art. 27-4º del CP. El problema puede plantearse si una de las acusaciones pide la aplicación de una pena y la otra la de una medida de seguridad. En este caso parecería en principio razonable seguir el procedimiento especial, porque este tiene una finalidad protectora o tuitiva del incapaz, pero se presenta el problema insoslayable de que en este procedimiento sólo pueden aplicarse medidas de seguridad y nunca penas. Por lo tanto, ante la posibilidad de que triunfe la postura de quién solicita la aplicación de la pena debe seguirse el procedimiento común. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la aplicación de una medida de seguridad puede producirse en el procedimiento ordinario, cuando las acusaciones solicitan la imposición de una pena y es la defensa la que considera debe aplicarse una medida de seguridad. También deberá seguirse el procedimiento ordinario cuando se solicite por la acusación la imposición de una pena y de una medida de seguridad.

2. La solicitud del procedimiento debe cumplir los requisitos que para la acusación fija el art. 314 CPP y por lo tanto deberá contener los datos personales del imputado, la relación del hecho atribuido, la fundamentación de la solicitud, la calificación jurídica en la que deberá tenerse en cuenta la exención de responsabilidad penal de aquel contra el que se pide la aplicación de la medida, la prueba propuesta y, en su caso, la petición de responsabilidad civil.

**Concordancias.** Art. 90 CPP. Arts. 27 ordinal 4º. Literales a, b y c., 93 y sig. CP.

## **Reglas Especiales.**

Art. 398.- El procedimiento se regirá por las reglas comunes, salvo las establecidas a continuación:

Cuando el inimputable sea incapaz, sus derechos serán ejercidos por el tutor o, en su defecto, por quien designe el tribunal, sin perjuicio de aquéllos que pueda ejercer el inimputable por sí mismo; el tutor informará sobre el inimputable inmediatamente después de la discusión final;



Este juicio no se realizará simultáneamente con otro de trámite ordinario;

El juicio se realizará a puerta cerrada; sin la presencia del inimputable cuando a causa de su estado imposibilite la audiencia;

La sentencia absolverá u ordenará una medida de seguridad, y en su caso resolverá sobre la responsabilidad civil; y,

No regirán las normas referidas al procedimiento abreviado, ni las de la suspensión condicional del procedimiento.

### **Comentario.**

El procedimiento sigue las reglas comunes del procedimiento ordinario del Libro II de este Código. Si el inimputable es incapaz, en la medida que no puede adoptar las decisiones que requiere su defensa se le sustituye por el tutor, quien ejercita en su representación sus derechos procesales, pero conservará el incapaz. El ejercicio de aquellos que pueda realizar por sí mismo. Si carece de tutor, el tribunal designa a una persona que realice dichas funciones en relación con el juicio en concreto el tutor tiene derecho a la última palabra en representación del inimputable y deberá informar al tribunal sobre la situación en la que este se encuentra, conveniencia de las medidas y demás circunstancias que deban ser tenidas en cuenta por el tribunal para la aplicación o no de la medida propuesta, bien entendido que la presencia del tutor no excluye la defensa jurídica por medio de abogado.

¿Puede ser incapaz y no tener tutor?. ¿o la referencia al incapaz lo es a todo inimputable o a persona que el tribunal aprecie que es incapaz aunque no haya mediado declaración civil?

El juicio no puede realizarse al mismo tiempo que otro de trámite ordinario. Por lo tanto en los casos de coautoría deberán seguirse procedimientos distintos si uno de los enjuiciados es incapaz y los otros no. La garantía que implica la publicidad de la vista pública cede ante la necesidad de la protección del incapaz y ante el perjuicio que puede causarle la publicidad de las actuaciones.

Se excluyen, lógicamente, las normas que rigen el procedimiento abreviado, pues este procedimiento se articula sobre la idea de consenso y aceptación de los hechos que determinan la acusación y el incapaz no puede prestar el consentimiento requerido. Otro tanto sucede con la suspensión condicional del procedimiento que responde a la idea de rehabilitación o resocialización del delincuente, distinta a la idea de protección social que subyace en las medidas de seguridad y a las que se privaría de sentido si su aplicación se suspende.

**Concordancias.** Art. 360, 361 CPP.

### **Disconformidad.**

Art. 399.- Si el tribunal considera que corresponde aplicar una pena, ordenará la acusación según el trámite ordinario. Si el fiscal insiste en su requerimiento, el juez solicitará la opinión del Fiscal Superior conforme lo previsto en este Código.

### **Comentario.**

Si se solicita por las acusaciones la aplicación de medidas y el tribunal de sentencia considera que por las actuaciones practicadas aquel contra le que se dirige la petición de medidas es imputable acuerda que se siga el trámite ordinario. Ello obliga a retroceder en las actuaciones, para que el fiscal presente escrito de acusación conforme al art. 313 del CPP, escrito que deberá presentarse ante el juez de instrucción al que se remitirá el procedimiento. Pero si el fiscal insiste en solicitar la aplicación de las medidas de seguridad y no acusa pidiendo la imposición de pena se sigue igual trámite que el previsto en el art. 321 cuando el fiscal no acusa remitiendo las actuaciones para que el superior jerárquico rectifique o ratifique el pronunciamiento del fiscal inferior. Si no rectifica el principio acusatorio obliga a seguir el procedimiento para la aplicación de medidas de seguridad, pues si no hay acusación no puede haber juicio para la imposición de pena.

**Concordancias.** Art. 258 CPP.

## **TITULO V**

### **CAPITULO UNICO**

### **PROCEDIMIENTO POR DELITO DE ACCIÓN PRIVADA**

### **Comentario.**

Nos remitimos a lo dicho sobre la acción en los arts. 19 a 41 CPP.

El art. 19 CPP, tras clasificar las acciones en públicas, públicas previa instancia particular y privadas, añade que corresponde a los particulares en los casos determinados en la Ley ejercer la acción penal privada. Estos casos son los que se enuncian en el art. 28 CPP: los delitos relativos al honor y a la intimidad<sup>228</sup>; hurto impropio; competencia desleal y desviación fraudulenta de clientela; y cheque sin provisión de fondos. El art. 29 añade que 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 cuando se trate de un delito que requiera instancia particular, sea cualquier delito contra la propiedad o se prescinda de la acción pública en razón de su insignificancia, la mínima contribución o la mínima culpabilidad del autor o partícipe.

### **Acusación.**

Art. 400.- Quien pretenda acusar por un delito de acción privada, debe presentar la acusación, por sí o mediante apoderado especial, directamente ante el tribunal de sentencia, cumpliendo con los requisitos previstos en este código para la acusación.

---

228 Los delitos relativos al honor y a la intimidad son los comprendidos en el Título VI del Libro Segundo del Código Penal, arts 177 a 191. En concreto son delitos relativos al honor: la calumnia, la difamación y la injuria. Son delitos relativos a la intimidad, la violación de comunicaciones privadas, la captación de comunicaciones, la revelación de secreto profesional, el allanamiento de morada, el allanamiento de lugar de trabajo o establecimiento abierto al público, y la utilización de la imagen o nombre de otro.



Si se trata de delitos contra el honor y la víctima fuere funcionario público, autoridad pública, jefes de estado extranjeros o representantes diplomáticos acreditados en el país, la acción penal deberá ser ejercida por la Fiscalía General de la República.

### Comentario

**1.** Como se ha visto dada la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados por los delitos de acción privada su protección se reserva a la iniciativa de la víctima, que es la única legitimada para ejercer la acción penal, salvo en aquellos supuestos a los que se refiere el segundo enunciado del precepto. Precisamente por esta particular naturaleza del bien jurídico protegido y la ausencia de interés del estado en la persecución de quien lo lesiona, no existe en este procedimiento una investigación oficial. Debe ser quien se considere agraviado por el delito quien realice los actos necesarios para su esclarecimiento sin perjuicio del apoyo o auxilio que pueda obtener del tribunal que se regula en el art. siguiente. Por lo tanto, a diferencia del procedimiento ordinario en el que la denuncia o querella abre la fase de investigación de los hechos, en el procedimiento abreviado la acción penal se ejercita directamente mediante la presentación del escrito de acusación, que deberá reunir los requisitos previstos en el art. 314 del CPP y por lo tanto la identificación de la persona contra la que se dirige la acción, la descripción de los hechos que se consideran delictivos, su calificación jurídica y el ofrecimiento de prueba para practicar en la vista pública. Se solicitará el pronunciamiento del tribunal sobre el contenido de la reparación civil por daños; y a este respecto cabe recordar que conforme al art. 44 del CPP 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.

Al escrito se acompañarán las evidencias de las disponga que el acusador par que produzcan su efecto en el juicio. El escrito de acusación puede presentarse directamente por el perjudicado o por apoderado con poder especial. A diferencia de lo previsto para la querella en el art. 97 CPP no se exige que la acusación sea iniciada o proseguida por un abogado de la República, con poder especial, pero si se tiene en cuenta que este es un requisito para constituirse como querellante y que el escrito de acusación debe reunir los requisitos exigidos en el procedimiento ordinario al querellante, cabe concluir que será preciso que el acusador por delitos de acción privada comparezca ante el tribunal con un abogado de la República, aunque pueda discutirse si necesitará o no poder especial. Los delitos que se enjuician por este procedimiento son todos de la competencia del tribunal de sentencia pues así expresamente se prevé en el art. 53 del CPP. La acusación se presenta por lo tanto ante dicho tribunal, el que territorialmente corresponda conforme a las reglas ordinarias de competencia territorial.

**2.** Los delitos de acción privada responden a la idea de que el estado no está interesado en su persecución por lo que esta queda exclusivamente reservada al particular ofendido por el delito. Sin embargo si se trata de delitos contra el honor y la víctima es un funcionario público o alguna otra de las que se relaciona en el segundo enunciado del precepto, el interés del estado en la función que ejercita la víctima



determina que asuma forzosamente su persecución. Es por ello que en estos casos la acción deberá ser ejercida por la Fiscalía General de la República. Aunque el precepto no lo diga debe entenderse que el ataque al honor se ha producido como consecuencia del ejercicio por la víctima de sus funciones públicas, pues es precisamente el correcto ejercicio de éstas el que interesa al Estado. Si la lesión al honor se ha producido en la esfera privada del funcionario o autoridad, lógicamente deberá ser éste quien ejercite la acción penal. Si la ejercita el Fiscal por tratarse de un ataque al honor consecuencia de su actividad pública, el procedimiento a seguir deberá ser el ordinario, y en estos casos nada impide a la víctima actuar conjuntamente con el fiscal, como querellante particular.

**Concordancias.** Arts. 28, 53, 98, 106, 314 CPP. Decreto 772, D.O. No. 231 Tomo 345, viernes 3 de dic. de 1999.

### **Auxilio Judicial Previo.**

Art. 401.- Cuando no se haya logrado identificar o individualizar al acusado; o determinar su domicilio o presidencia; o, cuando para describir clara, precisa y circunstanciadamente el delito, sea imprescindible llevar a cabo diligencias que el acusador no pueda realizar por sí mismo, requerirá en la acusación el auxilio judicial, indicando las medidas pertinentes.

El tribunal prestará el auxilio, si corresponde. Luego, el acusador completará su acusación.

**Comentario.** La falta de la fase de instrucción puede generar indefensión al acusador, imposibilitado por sus propios medios de completar todos los requisitos que exige el escrito de acusación, por no poder individualizar con precisión a la persona que se pretende acusar, ignorar su domicilio o residencia, o no poder describir con exactitud las circunstancias del delito. En estos casos quien acusa puede solicitar el auxilio del tribunal para la realización de las medidas pertinentes que permitan la necesaria averiguación de hechos necesarios para formular el escrito de acusación. Corresponde al tribunal decidir si presta el auxilio, en cuyo caso se practican las medidas, y una vez efectuadas el acusador debe completar su acusación.

**Concordancias.** Art. 88, 239 CPP.

### **Conciliación.**

Art. 402.- Admitida la acusación particular, el tribunal convocará a una audiencia de conciliación que será llevada a cabo por uno de los jueces del tribunal.

Por acuerdo entre acusador y acusado se podrá designar a un amigable componedor para que realice la audiencia.



### **Comentario.**

Dado que los intereses en litigio son estrictamente particulares, el Código Procesal propicia que los litigantes resuelvan sus litigios mediante el arreglo amistoso, evitando de esta manera la actuación punitiva del estado. El art. 32 del CPP prevé que la conciliación entre el imputado y la víctima extingue la acción penal. La audiencia de conciliación es presidida por uno de los jueces del tribunal de sentencia pero las partes, de común acuerdo, pueden designar un amigable componedor que realice la audiencia. Deben considerarse de aplicación las normas de los arts. 32 y 33 del CPP en lo no previsto en el precepto. Se levantará por lo tanto un acta de conciliación en la que se determinarán las obligaciones pactadas, entre ellas las de reparar el daño, y en su caso el plazo para el cumplimiento de las obligaciones contraídas. La certificación del acta de conciliación tendrá fuerza ejecutiva. Si no se cumpliesen las obligaciones pactadas, sin justa causa, el procedimiento deberá continuar como si no se hubiera conciliado.

**Concordancias.** Arts. 131, 142, 146, 154, 156, 210, 217, 218, 219, 221, 226, 227, 228, 229, 230, 231 CP. Arts. 32, 33, 115, 152, 248 Inc. 1º. N° 7, 256 Inc. 1º. N° 9, 313 Inc. 1º. N° 6, 320 Inc. 1º. N° 20, y 402 CPP. Ley Menor Infractor Arts. 5 literal k), 59, 60, 61, 62, 63, 64, y 65. LPESAT Arts. 39, 40, 41, 42, 43, y 55.

### **Procedimiento Posterior.**

Art. 403.- Si no se logra la conciliación, el tribunal convocará a vista pública conforme lo establecido en este Código y aplicará las reglas del juicio común.

**Comentario.** Cumplido el requisito procesal, de no conseguirse el acuerdo, continua el procedimiento, siguiéndose ya en todo los trámites previstos para el juicio plenario en el art. 324 y siguientes del CPP, con la única especialidad derivada de la ausencia del Fiscal, y ejerciendo sólo la acusación el querellante particular.

**Concordancias.** Arts. 324 y siguientes CPP.

### **Abandono de la Acusación.**

Art. 404.- Además de los casos previstos, se considerará abandonada la acusación y se debe sobreseer en el procedimiento a favor del acusado cuando:

- 1) La víctima o su mandatario no concurran a la audiencia de conciliación, sin justa causa; y
- 2) Si muerta o incapacitada la víctima, no concurren a proseguir el procedimiento sus herederos o representantes legales, dentro de los sesenta días siguientes, a la muerte o incapacidad, siempre que éstos conozcan la muerte o la incapacidad de la víctima y la existencia del juicio. Caso contrario, el plazo comenzará a correr a partir de este conocimiento.

to o de la notificación que el tribunal les haga sobre estos extremos. En este caso, cuando no se conozca quiénes son los herederos o se desconozca su residencia, el acusado puede pedir al tribunal la notificación por edictos; publicado el último edicto comienza a correr el plazo establecido. Transcurrido dicho plazo se tendrá por extinguida la acción penal.

### **Comentario.**

En la medida que los intereses que se protegen no son estrictamente públicos el abandono de la persecución penal por el interesado produce el decaimiento de la acción penal y el sobreseimiento de las actuaciones iniciadas. Se contemplan en el precepto distintos supuestos en los que se considera abandonada la acusación como consecuencia de la inactividad del acusador o de sus herederos. La duda que podía surgir en torno a si el sobreseimiento es provisional lo que permitiría ejercer nuevamente la acción penal en tanto no prescribiese o por el contrario si como consecuencia del abandono se considera extinguida la acción penal, queda resuelta por el art. 31 del CPP que expresamente dispone que la acción penal se extinguirá por la renuncia o por el abandono de la acusación en los delitos de acción privada o que hayan sido transformados en delitos de acción privada.

### **Perdón y Retracción.**

Art. 405.- La víctima, sus herederos o representantes legales en su caso, podrán perdonar expresamente al imputado, durante el procedimiento y hasta antes de la vista pública, en cuyo caso se extinguirá la acción penal y el juez sobreseerá.

En los delitos contra el honor el acusado podrá retractarse de una manera pública del delito que hubiere dado lugar a la acusación hasta antes de la vista pública, y si la retractación fuere aceptada expresamente por la víctima, sus herederos o representantes legales en su caso, se extinguirá la acción penal y el juez sobreseerá.

### **Comentario.**

1. El art. 107 del CP dispone que 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. Si el perdón extingue la responsabilidad penal, también lo hace con la acción destinada a reclamarla. Por ello el art. 31-12 del CPP determina que la acción penal se extinguirá por el perdón de la víctima cuando esté expresamente autorizado. La extinción de la acción penal por decisión unilateral de la víctima expresada a través del perdón es coherente con la los bienes jurídicos que protegen los delitos de acción privada y la inhibición del estado a la hora de su persecución pública. Si corresponde a la víctima decidir si ejercita o no la acción penal y su decisión de ejercitarla no produce la actuación colateral del estado mediante el ejercicio de la acción pública, es lógico que la víctima disponga libremente de su acción y pueda, por lo tanto, perdonar a quien lesionó el bien jurídico de su



exclusiva disponibilidad, de igual forma que puede llegar a un acuerdo con éste en el procedimiento de conciliación. Más discutible es el reconocimiento legal de este tipo de delitos en los que, en definitiva, la imposición de una pena pública se deja exclusivamente en manos del particular. Pero admitidos por el CP es, como se ha dicho, coherente con el sistema que el particular pueda abandonar el ejercicio de la acción, perdonado al ofensor.

A diferencia de la conciliación que implica un acuerdo y la posibilidad de reiniciar el ejercicio de la acción penal si el acuerdo no se cumple, el perdón es incondicional, en el sentido de producir la extinción de la acción penal, sin que quepa posteriormente volverse atrás del perdón concedido y reiniciar el procedimiento. Ahora bien, esta posibilidad de perdón se limita hasta el momento del inicio de la vista. Parece que el CPP pretende que esta institución no se convierta en un medio de coacción; o que trata de evitar juicios inútiles que finalizaran posteriormente con el perdón. No obstante se plantea una importante contradicción: si el perdón extingue la responsabilidad penal, extingue la pena, y esta se dicta lógicamente tras la vista pública, por lo que el perdón también puede producirse una vez celebrado el juicio y dictada la sentencia lo que haría inútil la previsión de que el perdón sólo podría producirse hasta la vista pública. Cabría también entender que como conforme al art. 107 del Código Penal el perdón operará en los casos determinados por la ley, sólo podrá producirse antes de la vista pública, como dice el art. comentado. Pero esta interpretación casa mal con el art. 96 del CP que se refiere a las causas que extinguen las penas una vez impuestas.

La primera parte del precepto plantea una segunda controversia: el perdón puede producirse por los herederos de la víctima. Ello implica que dichos herederos pueden sostener la acción penal en los delitos de acción privada, aunque en principio el art. 28 del Código procesal Penal Dispone que en estos procedimientos se procederá únicamente por acusación de la víctima, sin referencia alguna a los herederos.

2.El segundo párrafo del precepto contempla un supuesto especial de perdón que se produce en los delitos contra el honor que va precedida de la retracción pública del acusado. El régimen de perdón no difiere del previsto para los demás delitos de acción privada, pues es la víctima en definitiva quien debe aceptar o considerar suficiente la retracción para que se produzca la extinción de la acción penal.

**Concordancias.** Arts. 31 n°12 CPP. Arts. 96 n°6, y 107 CPP.

# LIBRO CUARTO\*

## RECURSOS

### TÍTULO 1

### CAPÍTULO UNICO

### DISPOSICIONES GENERALES

#### Comentario.

1. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y RECURSOS (DISTINCIÓN). Siempre que se aborda el tema de los medios de impugnación, generalmente se comete el error de no distinguir, de entre ellos, a los recursos. Por el contrario, existe una tendencia, bastante generalizada, por sinonimizar o confundir ambos términos. Y es que, de igual manera que se vuelve necesario hacer un distingo entre “los sujetos procesales” y “las partes”, en tanto que el primer término representa el género y el segundo la especie, de igual manera se debe esclarecer que los recursos como tales son una especie de los medios impugnativos.

Enrique Vescovi, plantea el problema de la siguiente manera: “tradicionalmente, al menos en el sistema iberoamericano, se habla de recurso, como medio impugnativo. En realidad, aquel es sólo uno de los distintos medios, aunque el más importante; como dice Devis Echandía, la impugnación es el genero; el recurso, la especie”.<sup>229</sup> ... “Pero los medios impugnativos no sólo se dan (como los recursos) contra los actos del juez (providencias, autos, etc.) sino también contra los de otros miembros del “oficio” judicial, para emplear la expresión de Carnelutti, o auxiliares del tribunal

El proceso esta integrado por una serie de actos que están eslabonados o concatenados mediante un orden, lógico y cronológico cuyo elemento esencial es el fin ulterior que persiguen. Así, cada acto precede y sucede a otro y no puede pasarse de una etapa procesal “A” a una etapa procesal “C” sin antes haber sido agotada la etapa “B”; así se configuran los principios de tracto sucesivo y de preclusión que se convierten en insumos que permiten afirmar: que los actos del proceso han sido diseñados o establecidos para producir efectos determinados (en relación al fin ulterior que persiguen). Y que si debido a un error en su aplicación o interpretación, el acto procesal arroja un resultado distinto, al lógicamente esperado de él, y que riñe con el fin ulterior del proceso, ese error o defecto se convierte en el elemento que puede propiciar que los que le suceden se vean afectados o contaminados con el defecto y al final se obtenga, como resultado, una providencia judicial equívoca que no de certera respuesta a las interrogantes que el proceso pretende plantear y desde luego, satisfacer. La impugnación aparece así como medio de garantizar la regularidad de la producción normativa, y referida al fallo se traduce normalmente, en el recurso, el principal medio impugnativo.

---

\* Los comentarios a este Libro Cuarto han sido realizados por el Lic. José Manuel Cruz Azuzena

229 Vescovi Enrique: “Los Recursos Judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica” Ediciones Depalma Buenos Aires, Argentina, 1988, Pag. 14.



**2. LA IDEA DEL «CONTROL».** De todo lo anteriormente expuesto, se debe concluir que el objeto de la Teoría General de la Impugnación, o de los medios impugnativos: es la de ejercer un control general de la regularidad o eficiencia de los actos procesales. O sea, de la actividad jurisdiccional a través de sus providencias, para subsanar defectos o irregularidades. Es lógicamente, una actividad de control posterior. La idea del “control”, es un principio central en la estructuración del proceso y de todo el sistema de justicia penal.

La misma, según palabras de Alberto Binder se fundamenta en cuatro pilares: a) La sociedad debe controlar como sus jueces administran justicia; b) El sistema de justicia penal debe desarrollar mecanismos de autocontrol, para permitir la planeación institucional; c) Los sujetos procesales tienen interés en que la decisión judicial sea controlada; d) Al Estado le interesa controlar como sus jueces aplican el derecho”.<sup>230</sup> Estos cuatro principios se materializan en diversas formas de control: el principio a) está ligado especialmente a la idea de publicidad del juicio; El principio b) se relaciona especialmente con el tema de control de la gestión judicial en particular con el problema de monitoreo estadístico; Los principios c) y d) se relacionan más estrechamente con la idea de los mecanismos procesales de impugnación de las decisiones judiciales<sup>231</sup>.

En lo que respecta a los medios de impugnación, particularmente a los recursos, en ellos se refleja principalmente la idea del control ejercido por los directamente involucrados con el proceso, pero también se deja ver el interés social o estatal orientado a normalizar la aplicación certera de la justicia, así como lo plantea Binder: “..., podemos analizar los medios de impugnación desde dos perspectivas fundamentales: una como un derecho de impugnación, ligado al valor “seguridad jurídica” y como un medio para evitar los errores judiciales en el caso concreto; la otra perspectiva, se basa en la necesidad social de que las decisiones judiciales sean correctas (...) y el derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo”<sup>232</sup>.

**3.** Si tanto se ha manifestado respecto de la nueva normativa, en especial la procesal penal, respecto del énfasis que se ha pretendido hacer de las garantías. Cabe mencionar que la impugnabilidad misma, el uso de los recursos, en el marco de la teoría del “control”, constituye una garantía por excelencia, ya que se pretende tutelar el derecho fundamental de “desencadenar un mecanismo real y serio de control de fallo”<sup>233</sup>.

230 Binder, Alberto M.: “Introducción al Derecho Procesal Penal” Ad-hoc S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1993 Pag. 264.

231 Binder, Alberto M.: Ob. Cit. Pag. 264

232 Ob. Cit., Pag. 264

233 Binder, Alberto M.: Ob. Cit. Pag. 265

La idea del recurso, o del uso del mismo como derecho que debe ser tutelado o garantizado en su ejercicio, tiene asidero incluso en documentos de derecho internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José Costa Rica) que en su artículo 8°. Sobre Garantías judiciales reza: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

### **Reglas Generales.**

Art. 406.- Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos.

El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas.

Cuando la ley concede un recurso al imputado, deberá entenderse que también lo concede al defensor.

En todo caso para interponer un recurso será necesario que la resolución impugnada cause agravio al recurrente.

### **Comentario.**

Insisto de nuevo en la denuncia del párrafo segundo de este artículo, procesalmente inadmisibles: «*Cuando la ley concede un recurso al imputado, deberá entenderse que también lo concede al defensor*». El titular del derecho a recurrir es siempre el sujeto que forma parte integrante del proceso no su representante o asistente. Si se quiere utilizar la terminología, aunque superada, de partes procesales, quien es parte es el imputado o el fiscal (parte formal) o el perjudicado u ofendido por el delito personado, y por ende los solos titulares de cargas, expectativas y derechos procesales. Cosa distinta es que el recurso tenga que ser firmado por abogado. Es además condición de legitimación haber sufrido un perjuicio o gravamen (lo que exige el propio art. 406 inciso último), con lo que no es ni siquiera remotamente aceptable tan impropia, equívoca, errónea, etc..., afirmación que está gritando su inmediata supresión.

Los recursos gozan de dos elementos, a saber: Un elemento subjetivo o agravio; y un elemento objetivo, o condiciones de interposición y periodo de ejercicio. En cuanto al elemento subjetivo, o sea el agravio, Binder dice: “..., el derecho a recurrir no es un derecho sin condiciones: tiene el límite del agravio. Si el sujeto que quiere recurrir no ha sufrido ningún agravio, no se reconoce el derecho, por que este no constituye un simple mecanismo destinado a dar satisfacción a un interés real y legítimo. ¿qué interés puede tener en revisar un fallo quien no ha resultado afectado por él?”.<sup>234</sup> Aunque, lógico es afirmar que cada día son más los sistemas procesales en los que el concepto de “agravio” ha venido siendo ampliado. Y es que el devenir mismo del derecho, así

---

234 Binder, Alberto M.: Ob. Cit. Pag. 266



como la evolución y asentamiento de los sistemas garantistas en los que las partes procesales ya no son consideradas meramente como “objetos” del proceso, sino como “sujetos” del mismo (reciba especial mención el imputado), han propiciado que se sea menos rígido, puntual, o si se quiere taxativo, en lo referente a la enunciación acerca de que resoluciones causan agravio y en que consiste el mismo. Se tiende a hacer uso de la idea de que la sola posibilidad de que el agravio exista, es suficiente para permitir que el sujeto potencialmente agraviado pueda plantear el recurso. En fin, la mayoría de autores coinciden en conceptualizar al agravio (elemento subjetivo del recurso) como la afectación, daño o perjuicio que la resolución propicia o causa a los intereses de quien la sufre y ejercita el recurso<sup>335</sup>.

Hay autores que dentro del elemento subjetivo, o de la condición subjetiva de los recursos, incluyen también a “la parte”, y es una circunstancia lógica puesto que, como ya se dijo: si la resolución causa algún agravio, el mismo se suscita en relación a quien lo sufre o padece. Entiéndase por parte a los sujetos procesales cuyos intereses y/o valores están en conflicto en el proceso, conteniendo indudablemente en esta idea la representación de los intereses del Estado por parte de la Fiscalía General de la República que posee asidero a nivel constitucional en el artículo 193 de la Cn. Así como el correspondiente desarrollo del precepto en los artículos 83, 84, 85, 86, 235, 238, 240 y otros del Código Procesal Penal; así como también la representación técnica ejercida por los defensores en relación al imputado que también, posee asidero en los artículos 12 Cn; 10, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, y 115 del Código Procesal Penal.

**Concordancias.** CPP: 32 inc 3; Ley Menor Infractor Art. 97.

### **Condiciones de Interposición.**

Art. 407.- Los recursos deberán interponerse bajo pena de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma que se determina, con indicación específica de los puntos de la decisión que son impugnados.

Si existiesen defectos u omisiones de forma o fondo, el tribunal que conoce del recurso lo hará saber al recurrente, fijándole un plazo de tres días contados a partir de la notificación, para que subsane los defectos u omisiones de que se trate.

La inadmisibilidad no podrá ser decretada por el juez que emitió la resolución impugnada, sino por el tribunal que conocerá del recurso. (2)

---

235 Vescovi Enrique: Ob. Cit. Pag. 41“... Si, como dijimos, el fundamento del medio impugnativo es la injusticia del acto que contiene el vicio, resulta lógico que se requiera, como primer presupuesto que exista dicha injusticia reflejada en la situación del impugnante. Y por ello que requiera un gravamen o perjuicio”. Y sigue: “Se trata de que el acto impugnado (la resolución, por ejemplo) desmejore o contradiga la expectativa de la parte en relación a la pretensión deducida en ese proceso”.



## Comentario.

En lo que respecta al elemento objetivo, es necesario hablar en primer lugar de la “Formalidad” ya que, como todos los actos procesales, los recursos están sujetos a diversas formalidades o condiciones de forma, tanto en relación al acto impugnativo como tal, como al plazo de su interposición, admisión o denegatoria, los cuales, desde luego son siempre perentorios.

Existe lógicamente un plazo para que los recursos puedan ejercitarse, los mismos varían dependiendo de cada recurso en particular y, como ya se dijo son perentorios. Sin embargo, si merece la pena el destacar, respecto de los plazos, que los mismos han sido establecidos conforme a dos principios principales, que según Vescovi son: “La igualdad, supone que las partes tienen que tener las mismas posibilidades, ... por eso el plazo siempre es idéntico para todas las partes, aun cuando, siendo particular, correrá para cada una desde su notificación; y, la uniformidad; que persigue el propósito de uniformizar los plazos de interposición de impugnaciones, en especial de recursos, para la mejor utilización de los medios y las mayores garantías para las partes”.<sup>236</sup>

Otro elemento formal que reviste importancia en el de la “Fundamentación” y es que como lo dice Vescovi: “No basta sólo con la declaración de impugnación, esto es, la deducción de ella; se requiere agregar los motivos o fundamento de aquella ( ) inclusive su ausencia funciona como un requisito de inadmisibilidad”.<sup>237</sup>

Es oportuno hacer mención de que, según Jorge R. Moras Mom: “El recurso es un instituto juridico-procesal que tiene por objeto provocar una reconsideración o revisión de una resolución judicial por el mismo órgano que la dictó o por otro superior, según el caso, con la finalidad de que se la deje sin efecto en todo o en parte, esto es que se la revoque o se la reforme”.<sup>238</sup>

Lo que se pretende destacar es: el hecho de que a veces, el acto impugnativo se presenta u opone en un determinado plazo ante el mismo tribunal que proveyó la sentencia recurrida, para que sea él mismo quien *de suyo propio* la modifique. Y, en ocasiones, el recurso se opone o ejercita ante un tribunal (el que proveyó la resolución o tribunal *a-quo*) pero quien se pronuncia sobre su admisibilidad es uno distinto, o sea un tribunal (*ad-quem*), el cual hará uso de un plazo determinado para resolverlo. Sin embargo en la mayoría de los sistemas, los fundamentos o motivos se ensayan o esgrimen al momento de la introducción del recurso, o sea al oponerlo aunque sobre los mismos se pronuncie un tribunal distinto.

---

236 Vescovi Enrique: Ob. Cit. pag. 40.

237 Vescovi Enrique: Ob. Cit. pag. 47

238 Moras Mom, Jorge R. “Manual de Derecho Procesal Penal” Abeledo-Perrot, Quinta edición actualizada, Argentina, Pag. 397



Tal y como lo dice Binder: “El otorgamiento de esa facultad de recurrir debe ser amplio. Tanto en lo que respecta a las personas a quienes se reconoce esa facultad (impugnabilidad subjetiva), como a las resoluciones judiciales que puedan ser recurridas (impugnabilidad objetiva)”.<sup>239</sup>

En otras palabras, siempre que una resolución o providencia judicial sea errónea o equívoca, en tanto que el acto procesal de la cual emana ha sido erróneamente interpretado o verificado, y dichos errores constituyan un agravio, pueden y deben ser inmediatamente recurridas. Pero, también es necesario destacar que ese error o equívoco que ha propiciado una afectación o “agravio” debe ser objetivo, de forma tal que no se enárbole o esgrima la teoría de un agravio desde una simple perspectiva subjetiva, de acuerdo a lo que, arbitrariamente, se considere como tal, sino que el mismo debe haber sido previsto por el legislador como probable o posible y por ende se determine que la resolución en la que desemboca el acto procesal defectuoso sea recurrible.

Gustavo Vivas Ussher, lo plantea de una mejor forma así: «Las condiciones para recurrir, consideradas hacia el objeto sobre el que recae la acción recursiva, integran el conjunto de los requisitos genéricos que la ley establece como condiciones de admisibilidad, sin vincularlas particularmente a un sujeto procesal determinado, señalando, específica o genéricamente, las resoluciones que pueden ser objeto de los recursos. (...) El principio de Taxatividad es logrado por el Código Procesal Penal utilizando tres modalidades, a veces coordinadas entre ellas, para determinar el objeto impugnabile:

- Declarando específicamente recurrible la resolución, con o sin determinación del medio establecido para impugnarla.
- Declarando genéricamente recurrible la resolución al regular cada recurso en particular.
- Estableciendo expresamente la irrecurribilidad de la resolución.<sup>240</sup>

Lo anterior sirve como pauta para manifestar: que los recursos como tales, es decir como instrumentos legales idóneos orientados a subsanar los defectos contenidos en las resoluciones o providencias judiciales, no constituyen un derecho sin condiciones. Sino por el contrario, los recursos poseen, como todo acto procesal, condiciones de forma y tiempo.

En cuanto a las condiciones de forma, se hace referencia a los elementos que pueden propiciar su ejercicio y a los que debe contener el instrumento en virtud del cual se ensayan. Y en lo referente a las condiciones de tiempo, es necesario decir que el uso de las mismas no puede ser en forma alguna antojadiza, sino que deben quedar expeditos, en igualdad de oportunidad procesal, por un periodo prudencial establecido por el legislador, (salvo el caso de la revisión). De manera tal que, si no se ejercitan en la oportunidad procesal correspondiente entonces precluya a fin de que la resolución

239 Binder, Alberto M.: Ob. Cit. Pag. 265

240 Vivas Ussher, Gustavo: “Manual de Derecho Procesal Penal” Tomo II. Alveroni Ediciones Pag. 472 y 473

quede firme y se dé certeza a la condición de los intervinientes en el proceso, principalmente al imputado.

Ahora bien, no funciona de esa manera en relación a todos los recursos, como puede apreciarse en los recursos de Revocatoria y Revisión, la resolución de admisibilidad o inadmisibilidad habrá de ser pronunciada por el mismo tribunal ante quien se interpuso el recurso, que es el mismo que pronunció la resolución recurrida y que conocerá del trámite del recurso, así puede verse en los artículos 414 y 434 CPP.

**Concordancias.** Ley Menor Infractor Art. 98 Inc. 1º. Y 2º.,99

### **Adhesión.**

Art. 408.- El imputado que tenga derecho a recurrir, podrá adherirse, dentro del término de emplazamiento, al recurso concedido a la parte contraria, siempre que exprese, bajo pena de inadmisibilidad, los motivos en que se funda.

El derecho de adherirse corresponderá a todas las partes cuando se trate de las costas o la reparación del daño.

### **Comentario.**

Vivas Ussher dice, a éste respecto: «Para que la adhesión sea procedente es necesario, con arreglo a la sistemática del propio texto legal, que se satisfagan los siguientes requisitos:

- Que el adherente tenga «derecho a recurrir», esto es, que el sujeto que pretende unirse en la vía recursiva abierta por otro haya estado en posesión del derecho impugnativo. Esto supone que la resolución sea recurrible (recurribilidad objetiva) y que el sujeto haya estado legitimado para impugnarla (recurribilidad subjetiva).
- Que se hubiere operado, respecto al adherente, la pérdida del poder para recurrir por vencimiento del término perentorio que la ley establece para impugnar la decisión.
- Que la instancia de adhesión se produzca «dentro del término del emplazamiento»
- Que la «adhesión» se produzca «al recurso concedido a otro»<sup>241</sup>.

Es indiscutible que Vivas hace un perfecto análisis del tenor literal del artículo que en su legislación corresponde al 408 del Código Procesal Penal Salvadoreño. Así pues, puede ser que ante una resolución judicial como podría ser, por ejemplo, un sobreseimiento provisional, el ministerio público interponga recurso de apelación por considerar que la resolución causa agravio a sus intereses como acusador y resulte ser, que de la misma resolución el imputado interponga el mismo recurso. Si tal situación se ve superficialmente, podría surgir la pregunta de ¿cómo es que el imputado ante una resolución judicial que evidentemente le beneficia interponga recurso en espera de que

---

241 Vivas Ussher, Gustavo: Ob. Cit. Pag. 478



ésta sea modificada e incluso revocada?. A lo que el imputado podría responder: que lo que pretende con el ejercicio del recurso, es que la resolución se convierta en un sobreseimiento definitivo que venga proporcione mayor certeza respecto de su situación, y que evidentemente, es mucho más beneficiosa que el sobreseimiento provisional. Si es que existen los supuestos hipotéticos necesarios como para que se adopte la nueva resolución. Queda demostrado entonces, que de la misma resolución ambas partes han recurrido, pero una de ellas en cuanto a la interposición del recurso se adhirió al ejercicio de su contraparte aunque, esgrimiendo sus propios motivos o fundamentos los cuales, aunque procedan de la misma resolución, son autónomos.

### **Recurso Durante las Audiencias.**

Art. 409.- Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de revocatoria, el que será resuelto de inmediato, sin suspenderlas.

La interposición del recurso significará también protesta de recurrir en casación si el vicio señalado en él no es subsanado y la resolución provoca un agravio al recurrente.

### **Comentario.**

Siempre en relación al hecho de que no en todos los recursos es el mismo tribunal quien conoce y tramita el recurso es necesario destacar que según lo dispuesto en el artículo 409 del Código Procesal Penal: “durante las audiencias, sólo será admisible el recurso de revocatoria, el que será resuelto de inmediato sin suspenderlas”. Ello obedece, como muchas otras cosas, a una razón de lógica que es: que durante las audiencias (ya sea las que conforman la vista pública, o aquellas en las que se reproducen las condiciones de ésta) rige un principio básico de inmediación, el cual se encuentra enunciado en el artículo 325 del mismo y que no significa otra cosa, sino que se pretende que exista de las partes y del juez o tribunal una inmediata apreciación respecto de los elementos de juicio o de criterio que constituyen la base fáctica que da fundamento a cualquier teoría jurídica. Es por tanto fácil concluir: que no pueda concederse durante la celebración de las mismas un recurso que rompa o riña con dicho principio de inmediata apreciación de los hechos debido a que el recurso se tramita ante un tribunal superior que adolece de una total inidoneidad debido a que no ha podido percibir o apreciar de forma inmediata el desarrollo de las audiencias.

**Concordancias.** Art. 415 CPP.Ley Menor Infractor Art. 98 Inc. 1º.

### **Efecto Extensivo.**

Art. 410.- Cuando existan coimputados el recurso interpuesto por uno de ellos favorecerá también a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales.

En caso de acumulación de causas por delitos diversos, el recurso deducido por un imputado favorecerá a todos, siempre que se base en la inobservancia de normas procesales que afecten también a los otros y no en motivos exclusivamente personales.

## **Comentario.**

El artículo 410 del Código Procesal Penal, circunscribe a los casos de existencia de coimputados la aplicación de éste efecto, ya que al existir coimputación, basta con que uno de los involucrados en la supuesta comisión del hecho ejercite o interponga un recurso, para que los efectos del mismo se extiendan favorablemente a los demás. Aunque éstos no hayan hecho uso de él. Salvo desde luego, en los casos en los que pese haber coimputación existan defensas contrapuestas, lo que implica que las estrategias de cada una riñen con la de la otra, o que la aplicación o ejercicio del recurso se base en la existencia de motivos exclusivamente personales, en cuyo caso los efectos favorables o desfavorables del ejercicio del recurso no pueden extenderse a los demás. En estos casos, la intención del legislador no es otra sino la de amparar los derechos de aquellos que bien pudieron hacer ejercicio del recurso, pero por circunstancias ajenas al conocimiento del juzgador no lo hicieron, lo que no impide que el beneficio que se otorga al que sí hizo uso de él, por la misma disposición, no pueda favorecer al que mantuvo una actitud pasiva.

**Concordancias.** Ley Menor Infractor Art. 98 Inc. 5º

## **Efecto Suspensivo.**

Art. 411.- La resolución no será ejecutada durante el plazo para recurrir y mientras se tramita el recurso, salvo disposición legal en contrario.

## **Comentario.**

En relación a los efectos de los recursos, parece haber acuerdo respecto a que, en general, los recursos gozan de varios tipos de efectos, entre estos: el efecto suspensivo. Es una cuestión de lógica pensar que una de las principales cosas que se pretenden al interponer un recurso es que la resolución recurrida cese, aunque sea momentáneamente, de producir efectos. Si la resolución produce agravio al recurrente, es evidente que se espera que mientras se resuelve en relación a que si aquella es legítima o ilegítima, sus efectos sean suspendidos. La redacción del artículo 411 del Código Procesal Penal es interesante, puesto que plantea la idea de que la resolución recurrida no será ejecutada durante el plazo para recurrir y, desde luego, mientras se tramita el recurso, salvo disposición legal en contrario. Basta analizar el artículo 304 del mismo código para descubrir que, aunque sea por excepción, la regla del artículo 411 en ocasiones, y tal como el mismo artículo lo reza, no es aplicable, ya que el artículo 304 plantea: “que la resolución que imponga la detención o internación provisional o una medida sustitutiva, es apelable”. Pero el inciso segundo del mismo artículo, de manera expresa señala: “que la interposición del recurso no suspende el cumplimiento de la medida apelada”. Y es que esto también es una cosa de lógica, debido a que el fin ulterior de la medida cautelar es: la de asegurar la presencia del imputado en todas las etapas del proceso, para permitir, entre otras cosas, que pueda ejercer plenamente su derecho de defensa material del artículo 9 CPP.



Si el imputado no es habido, o habiendo sido habido elude a la justicia pone en evidencia un peligro de fuga que en sí mismo es una obstaculización, ya que si no está presente es imposible verificar la vista pública pues no habrá quien ejercite el derecho de defensa material que propicia el contradictorio. Esa es la razón por la cual es imposible pensar que mientras se dirima o tramite el recurso la medida cautelar cese en sus efectos, puesto que evidentemente la persona no estaría dispuesta a volver a someterse a tal medida de aseguramiento.

Igual caso lo plantea el artículo 435 referente al efecto suspensivo del recurso de revisión, ya que según dicho artículo: “durante la tramitación del recurso, el tribunal podrá suspender la ejecución de la sentencia recurrida y disponer la libertad” provisional del condenado o la aplicación de una medida cautelar no restrictiva de libertad. Si el motivo del recurso es, por ejemplo, que hayan sobrevenido nuevos hechos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el procedimiento, hagan evidente que el hecho no existió, que el imputado no lo cometió o que el hecho cometido no es punible, y ello es evidente. Es lógico pensar en la cesación inmediata de los efectos de la condena y en la aplicación de la libertad provisional del condenado. Más si ello no lo es, surge la posibilidad de la aplicación de una medida cautelar no restrictiva de libertad, pero no de la inmediata puesta en libertad ya que como en el caso del artículo anteriormente referido, el imputado podría eludir la aplicación de la justicia, en este caso los efectos de la condena.

También es necesario destacar que en casos como el del inciso segundo del artículo 304 no existe un efecto suspensivo; de igual manera, si los coimputados ejercen estrategias de defensa que riñen la una con la otra en cuanto a sus intereses puede ser que no se dé un efecto extensivo; o que aunque exista una resolución que pueda ser recurrida por ambas partes aunque por motivos diversos una de ellas decida no hacer ejercicio del recurso ni siquiera mediante la adhesión.

Según Vescovi y otros autores, existe otro efecto: “El efecto devolutivo responde a una designación de origen histórico, que consiste en el desprendimiento de la jurisdicción por el órgano que dictó el acto, y frente a la impugnación, entrega la jurisdicción (facultad de juzgar) al superior. Proviene de la época en que, por derivar la facultad de juzgar del emperador y éste la delegaba en los jueces, por lo que al recurrir ante aquel se producía realmente una devolución de dicho poder (...) constituye, como dijimos, el efecto connatural y esencial de la impugnación, conforme a la aspiración de la revisión del acto por otro órgano (superior)”<sup>242</sup>.

Durante mucho tiempo, en forma evidentemente errónea, se planteó el pensamiento acerca de que el efecto devolutivo podía apreciarse, por ejemplo en los casos del ejercicio del recurso de apelación cuando luego de pronunciarse el tribunal *ad-quem* “devolvía” materialmente el expediente al tribunal *a-quo*. Se refería esta hipóte-

242 Vescovi Enrique: Ob. Cit., Pag. 55.

sis, a la simple remisión o devolución de las piezas que constituían el expediente, lo que evidenciaba una concepción demasiado simplista respecto del efecto, ya que como bien lo plantea el citado autor, la famosa “devolución” se refiere a devolver jurisdicción a quien la otorgó de manera tal, que revise la resolución proveída por el tribunal inferior que se vió investido por aquel, de la potestad de juzgar.

De lo anteriormente expuesto, resulta fácil concluir que no todos los recursos gozan de todos los efectos, ya que, por ejemplo, en los casos de la Revocatoria y de la Revisión, si el tribunal que conoce del recurso es el mismo que proveyó la resolución recurrida, es evidente que no existe en su trámite efecto devolutivo.

### **Desistimiento.**

Art. 412.- Las partes podrán desistir de los recursos deducidos por ellas o sus defensores, sin perjudicar a los demás recurrentes o adherentes, pero cargarán con las costas. Para desistir de un recurso, el defensor deberá tener mandato expreso de su representado.

### **Comentario.**

Lo dispuesto en este artículo principalmente en su parte final pretende dar el énfasis a la figura de la defensa material que es aquella que el imputado ejerce por sí y para consigo mismo de forma independiente de la representación técnica, ya que sólo el imputado puede decidir cuando renuncia a la posibilidad de ejercer un derecho, en este caso un recurso, puesto que la representación, ejercida por el defensor no puede llegar a tales extremos sin orden expresa del representado.

Así lo dejo ver la Sala de lo Penal en las resoluciones de fechas 10 de julio y 22 de agosto, del año en curso, en el expediente de Casación identificado bajo el número de referencia 63/2000 promovido a favor de S.I.A.A. en el proceso en el que el tribunal Primero de Sentencia de San Salvador le condenó por el delito de posesión y tenencia de drogas. En dicho expediente el defensor se abocó a la Sala con un escrito en el que desistía de la tramitación del recurso de casación ante lo que la sala resolvió de la manera siguiente: “Sobre lo solicitado en el mismo SE RESUELVE: DECLARASE SIN LUGAR, por no presentar el defensor en referencia, mandato expreso que para desistir del recurso deberá otorgarle su representado de conformidad al Art. 412 Inc. 2 CPP”. y posteriormente se resolvió lo siguiente: “Sobre lo solicitado en el mismo esta sala RESUELVE: TIENESE POR DESISTIDA la casación interpuesta, de conformidad al Art. 412 Inc. 1º. CPP.

No hay condena en costas por considerar la Sala que si bien el beneficio de exención en el pago de estas únicamente está previsto para fiscales, defensores y mandatarios que intervienen en el proceso, nada impide que al hacerse una interpretación extensiva del Art. 450 del Código Procesal Penal, con base en el Art. 17 Inc. 2º., del mismo Código, al imputado, como parte material y titular del derecho de defensa, se le exima de dicho pago.



## **Oportunamente devuélvanse las actuaciones al tribunal de origen.”**

Claro esta que la Sala pretende con lo dispuesto en esta resolución hacer valer lo establecido en el artículo 412, y digno es de mencionar que conforme lo reza la última parte de la resolución del día 22 de agosto del 2000 si bien es cierto de no haber presentado mandato expreso por parte del imputado no se habría tenido por desistido el recurso, tampoco se le condena en costas al recurrente en virtud de hacérsele extensiva una exención originalmente dispuesta para fiscales, defensores y mandatarios que intervienen en el proceso.

### ***Competencia. Reformatio In Pejus***

Art. 413.- El recurso atribuye al tribunal que lo resolverá el conocimiento del procedimiento sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios. Los recursos interpuestos por el fiscal, el querellante o el acusador permitirán modificar o revocar la resolución aún a favor del imputado. Cuando haya sido recurrida solamente por el imputado o su defensor, la resolución no será modificada en su perjuicio.

### **Comentario.**

La idea precedente, a su vez también posee relación con lo dispuesto en el artículo 413 del mismo código, que en su primera parte reza así: “el recurso atribuye al tribunal que lo resolverá el conocimiento del procedimiento sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los agravios». Y es que si de la tramitación del recurso conoce un tribunal distinto de aquel que pronunció la resolución que causa el agravio, su participación no puede ir más allá del conocimiento y pronunciamiento acerca de lo que constituye los puntos de la resolución que se considera causan agravio, ya que pronunciarse en relación a algo que rebase ese límite, implicaría invadir peligrosamente un campo de actuación en el que se es inidóneo, debido a que no ha existido intermediación en relación a la base fáctica que da fundamento a la teoría jurídica esgrimida, cualquiera que esta sea.

Existe resoluciones que rezan: La figura de la llamada reforma peyorativa - reformatio in pejus- consiste, como es bien sabido, en la situación que se produce cuando la condición jurídica de un recurrente resulta empeorada a consecuencia exclusiva de su recurso.

En nuestro derecho positivo salvadoreño, específicamente en el Código de Procedimientos Civiles, se prevé una disposición de donde puede sustraerse tal principio. El Art. 1026 de ese Código a la letra dice: «Las sentencias definitivas del tribunal se circunscribirán precisamente a los puntos apelados y a aquellos que debieron haber sido decididos y no lo fueron en primera instancia, sin embargo de haber sido ventilados y propuestos por las partes».



El Tribunal Constitucional español, a este respecto, en la sentencia 84/1985 de diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y cinco a la letra dijo: «(...)No obstante la escasez de preceptos legales sobre la materia en nuestro Derecho -igual que en el nuestro-, es opinión comúnmente admitida entender que la interdicción de la reforma peyorativa constituye un principio general del Derecho Procesal. Lo es, en primer lugar, como consecuencia de la regla expresada en el brocado *tantum devolutum quantum appellatum*, cuya vigencia en nuestro Derecho no puede discutirse. Se entiende así, que la impugnación de una sentencia lo que opera es la investidura del Juez superior, que determina la posibilidad de que éste desarrolle los poderes que tiene atribuidos, con la limitación determinada por la pretensión de las partes(...)».

Visto así, la imposibilidad jurídica de que opere la reforma peyorativa constituye una garantía procesal del régimen de los recursos y tiene su encaje constitucional a través de la exigencia de garantías necesarias inherentes al proceso, de conformidad al Art. 2 y 11 de la Constitución. Sobre la base de ello puede considerarse que este principio tiene una doble óptica: por un lado la eventual situación de empeoramiento de la situación generada por una sentencia a consecuencia de un recurso; y por otro lo referido no directamente a la sanción o condena sino que a las pretensiones de las partes, esto es, a la congruencia procesal.

Sobre esto, Enrique Vescovi en su libro «Los Recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica», explica que el proceso tiene diversos límites: I) *Tantum devolutum quantum appellatum*, que establece que el Tribunal superior no puede conocer fuera de los puntos recurridos; y II) El principio *nec reformatio in pejus*, en virtud del cual el tribunal no puede resolver en perjuicio del apelante.

En virtud de lo anterior, el principio *nec reformatio in pejus*, según Vescovi, implica prohibir que el tribunal de alzada empeore la condición o situación, de quien interpuso la apelación, es decir que la sentencia no puede ser modificada a disfavor del apelante -por supuesto, siempre que no apele la otra parte, porque entonces se amplía el espectro de conocimiento del tribunal ad quem.

En cuanto a la congruencia procesal, se dice que la reforma peyorativa no es más que una modalidad de ésta. Constituye esencialmente un elemento que la incarna y la observa básicamente a partir de la imposibilidad en la que se encuentra el juzgado no sólo de no empeorar la situación jurídica del recurrente sino que además de resolver conforme y dentro de los límites de las pretensiones de las partes. Es decir, no basta que el tribunal ad quem respete bajo interpretaciones gramaticales los considerandos de no-empeoramiento de una situación, pues de hacerlo obtendría defectuosos resultados, tal como el hecho de proveer una condena idéntica que el a quo, pero fundada en hechos, circunstancias o supuestos jamás ventilados en el proceso. Sentencias en los procesos de Amparo del 08/VI/1999, Ref. 110-98; y del 08/VI/1999, Ref. 115-98.



## TITULO II

### CAPITULO UNICO

### REVOCATORIA

#### **Procedencia.**

Art. 414.- El recurso de revocatoria procederá tan sólo contra las decisiones que resuelvan un trámite o incidente del procedimiento, a fin de que el mismo tribunal que las dictó las revoque o modifique.

#### **Comentario.**

Resulta muy curioso que se haga uso del termino “incidente”, puesto que Raúl Washington Abalos, al iniciar su exposición respecto de la impugnación y los recursos dice: “Si nosotros atendemos a la literalidad de los vocablos, advertimos inmediatamente que “impugnación” es el género, “recurso” e “incidente” son especies de aquél. Decimos esto por cuanto “impugnar” significa combatir, contradecir, refutar. En cambio “recursos” la acción que concede la ley al interesado en un juicio para reclamar contra las resoluciones ante otra autoridad, y la voz “incidente” significa cuestión distinta del principal asunto del juicio, pero con él relacionado que se ventila y decide por separado, a veces sin suspender el curso de aquél y otros suspendiéndolo; caso éste en que se denomina de previo y especial pronunciamiento, (...) “impugnación es una noción amplia, en tanto que “recurso” e “incidente” son nociones restrictivas”<sup>803</sup>.

Ello invita a pensar que cuando el artículo enuncia un “...trámite o incidente del procedimiento”, no lo hace en forma disyuntiva o excluyente, sino copulativa, o sea que en forma indistinta puede decirse que se hace uso de la revocatoria para recurrir respecto de resoluciones que resuelven un incidente que no constituye lo principal o el objeto de fondo.

Desde esa perspectiva, es casi innegable que la revocatoria como recurso puede interponerse respecto de resoluciones que han sido pronunciadas como resultado de actos, podría decirse, no complejos. En otras palabras y como lo dice Vivas: “.. debe tratarse de una resolución dictada sin sustanciación, vale decir sin intervención o audiencia de ambas (o más) partes. Muchos códigos excluyen los decretos de mero trámite, limitando el objeto a los “autos dictados sin sustanciación”, pero la jurisprudencia ha extendido éste concepto a decretos que tienen, significación de “autos”<sup>244</sup>.

243 Abalos, Raúl Washington: “Derecho Procesal Penal” Tomo 3, Ediciones Jurídicas Cuyo, Pag. 379

244 Vivas, Ussher Gustavo: Ob. Cit. Pag. 494

En el fondo se habla de una reexaminación verificada por el mismo juez que pronunció la resolución para que al reflexionar sobre el error la modifique por contrario imperio o de *"suyo propio"*.

Esa reexaminación aumenta sus posibilidades reales, (no sólo formales) que por ley siempre tiene en el caso de tribunales colegiados, más que los unipersonales; Así lo deja ver la redacción del artículo 409, del CPP. en el que, como ya se ha señalado, se afirma que "durante las audiencias sólo será admisible el recurso de revocatoria, el que será resuelto de inmediato, sin suspenderlas." Lo expuesto no significa que no exista la posibilidad de que en un acto responsable y objetivo, el tribunal unipersonal no pueda modificar de *"suyo propio"* una providencia errónea ya que el juez no puede perder de vista su innegable rol dentro del proceso como vigilante del cumplimiento de las garantías mínimas de prosecución del mismo.

Javier Llobet Rodríguez, en su "Código de Procedimientos Penales Anotado", expresa al analizar la revocatoria: "El recurso de revocatoria es procedente en aquellos casos en que se resuelve sin trámite alguno un incidente o articulación del proceso en el cual no haya tenido el afectado oportunidad de hacer valer los argumentos que a su juicio debieron ser tomados en cuenta a la hora de pronunciarse sobre la cuestión de que se trata"<sup>245</sup>, luego, el autor cita jurisprudencia así: T.S.I.P., No. 1614 de 15:30 del 23-7-76, cc. C.F.M.B. por homicidio culposo (Rev. Jud. No. 6, pag. 291). A su vez, la Sala de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en su resolución pronunciada a las ocho horas del día diecinueve de mayo del dos mil, en relación al recurso de casación tramitado en el proceso instituido contra M.A.F.L. por Lesiones Culposas en C.M.G.A. que fuera tramitado bajo el número 62/99, en la que, luego de declarada la INADMISIBILIDAD del recurso de casación, el recurrente intentó recurso de revocatoria respecto de la inadmisibilidad, indudablemente ante la idea, influenciada por la jerga abogadil, de que la casación constituye un incidente cosa que (como ya se ha expresado al definir a los incidentes en tanto a que no constituyen parte de la decisión del fondo del proceso) es imposible afirmar, ya que la casación es un recurso que, precisamente versa sobre la resolución de "fondo".

La Sala resolvió: "... la Sala considera que no procede el recurso de revocatoria contra la resolución que declara inadmisibile el recurso de casación por las razones siguientes:

En principio, puede afirmarse que el recurso en mención no procede contra todas las resoluciones judiciales, sino únicamente contra aquellas decisiones que resuelven un trámite o incidente del proceso, evitando de esa forma el uso de recursos que pudieran generar mayor dilación procesal al ser resueltos por un tribunal superior. (...) Otro de los fundamentos a favor del recurso en comento es el relativo a que la revocatoria únicamente se admite contra interlocutorias dictadas sin sustanciación entendiéndose por tal circunstancia, que la decisión judicial cuya revocatoria se solicita

---

245 Llobet Rodríguez, Javier: "Código de Procedimientos Penales Anotado", Costa Rica pag. 545



tuvo por objeto resolver un trámite o incidente del proceso sin oír a la parte contraria. (...). Esta Sala advierte que en el caso sub júdice la declaratoria de inadmisibilidad recurrida por vía de revocatoria, no fue pronunciada sin sustanciación, pues constan en el proceso dos actuaciones en las cuales se permitió la participación de las partes a saber: la primera se produjo en el instante que el juez *a-quo* emplazó a la parte contraria para contestar el recurso, (...), la segunda lo constituye el momento en el cual la Sala hizo la prevención de ley al recurrente para que subsanara los defectos advertidos en el escrito de interposición (...) diligencia a partir de las cuales se colige que la interlocutoria que declaró inadmisibile el recurso de casación, fue pronunciada con la debida sustanciación; así mismo se advierte que tal decisión no tuvo por finalidad resolver un trámite o incidente del proceso, por el contrario, con la misma se ha puesto fin al recurso, adquiriendo por ende carácter de firmeza la sentencia de Primera Instancia venida en casación...".

Sin embargo, diariamente en los diferentes tribunales del país se continúan presentando recursos de revocatoria respecto de resoluciones que no están referidas a un trámite o incidente del procedimiento, y que por su propia naturaleza consisten en actos procesales complejos, lo que implicaría que el juez no podría modificarlas como un acto unipersonal. Todo ello se debe a la dificultad que representa el equivoco respecto de la interpretación acerca de lo que el legislador pretendía al plantear la tramitación de la revocatoria "...tan sólo contra las decisiones que resuelvan un trámite o incidente del procedimiento...".

**Concordancias.** Ley Menor Infractor Art. 101, 102

### **Trámite.**

Art. 415.- Este recurso se interpondrá dentro de los tres días, por escrito que lo fundamente. El juez resolverá por auto, previa audiencia a los interesados.

Durante las audiencias el recurso se interpondrá verbalmente, inmediatamente después de la decisión recurrida.

### **Comentario:**

Algo se ha mencionado ya respecto de que la Revocatoria es el recurso idóneo para ejercitarse durante las audiencias, ya que en ellas se pretende potenciar los principios de: oralidad, inmediación, agilidad, concentración e igualdad de oportunidad procesal. Especialmente la inmediación, la agilidad y concentración, para los intereses de éste análisis, debido a que durante las audiencias se pretende que la resolución se de con la mayor agilidad evitando dilaciones innecesarias es por eso que durante las audiencias el recurso se interpone verbalmente y habría de ser resuelto de manera inmediata luego de ser interpuesto. Además, al interponer el recurso el recurrente habría de motivarlo o fundamentarlo de manera concreta y puntual facilitando así la resolución del tribunal.

Es necesario hacer mención acerca de que conforme a las disposiciones mismas del juicio plenario, en el artículo 336 inciso 2º del CPP se determina que: **"El tribunal**

**en pleno resolverá cuando una decisión del Presidente sea impugnada",** se menciona esto para recalcar el hecho de que si la vista es presidida por el tribunal en pleno, como tribunal colegiado, aunque los tres jueces de sentencia estén presentes, uno de ellos preside las audiencias, pero de la impugnación de sus resoluciones conoce el tribunal en pleno.

Más sin embargo, si el recurso se interpone durante una etapa procesal que no sea audiencia: "...el recurso se interpondrá de forma escrita en un plazo de tres días luego de notificada la resolución que causa agravio, y el juez habrá de resolver por auto previa audiencia a los interesados...". Así lo reza el artículo 415 CPP potenciando la idea expresamente plasmada en el artículo 276 del mismo código acerca de que debe existir un expediente en el que se hagan constar los actos de mayor trascendencia dentro del proceso, y es que por lógica no impera aquí un principio de agilidad tan riguroso como el que si existe en lo referente al desarrollo de las audiencias.

**Concordancias.** Art. 409 CPP. Ley Menor Infractor Art. 101, 102.

### **Efecto.**

Art. 416.- La resolución que recaiga causará ejecutoria, a menos que el recurso haya sido interpuesto, en el mismo momento y en forma, con el de apelación subsidiaria y éste sea procedente.

### **Comentario.**

Otro elemento importante a considerar, es: que por su propia naturaleza en la Revocatoria el efecto suspensivo se puede apreciar efectivamente cuando contra la misma resolución procede apelación de manera subsidiaria. Hay que comenzar por afirmar que la misma resolución debe gozar de la posibilidad de ser requerida mediante el uso de ambos recursos, tanto revocatoria como apelación. Por que si la revocatoria se deniega no se recurrirá de la denegatoria de la revocatoria, sino se intentará apelación de la misma resolución de la cual se intentó revocatoria.

De igual forma, si la revocatoria es admitida, no se interpondrá recurso de ello sino de la resolución misma de la que se pidió revocatoria.

Y es que si se intenta prioritariamente el recurso "menos grave", que en éste caso sería la revocatoria, mientras se trámite queda en suspenso el plazo de interposición de la apelación. Así pues, cualquiera que sea el resultado de la revocatoria, luego de notificada la parte, podrá intentar apelación cual sino hubiese transcurrido plazo alguno en el que se interpuso, tramitó y resolvió la revocatoria ya que el plazo de la apelación quedó en suspenso. Ello funciona como un medio de evitar la apelación, propiciando así la economía procesal y evitando que el tribunal se desprenda de la jurisdicción sobre el asunto cuestionado, para que éste, tras oír los argumentos, corrija su decisión tomada "*in audita parte*".

**Concordancias.** Arts. 417 y sig. CPP.



### TITULO III

#### CAPITULO UNICO

#### APELACION

#### Resoluciones apelables.

Art. 417.- El recurso de apelación procederá contra las resoluciones de los jueces de paz y de los jueces de instrucción, siempre que sean apelables, pongan fin a la acción o imposibiliten su continuación y además, causen un agravio a la parte recurrente.

También procederá contra la resolución de nulidad, proveída por los tribunales de sentencia, decisiones de la cámara instructora en casos de antejuicio y contra la resolución del tribunal en los casos de liquidación de costas. (2)(6)

#### Comentario.

Vescovi dice: "La apelación constituye el más importante recurso de los ordinarios, teniendo por fin la revisión, por el órgano judicial superior de la sentencia del inferior.

Es, entonces, una consecuencia del principio del doble grado, del doble examen del mérito, que se considera, como lo dijimos, una garantía esencial para el justiciable, (...), se trata de una revisión por un órgano superior y colegiado, como lo son en nuestros países los de mayor jerarquía, lo cual constituye, una manera de efectuar un más profundo análisis de la cuestión objeto del proceso"<sup>246</sup>. Por su parte, Vivas dice: "La apelación resulta ser el más importante recurso durante la investigación penal preparatoria. Se caracteriza por la colegialidad del tribunal *ad-quem*"<sup>247</sup>.

Ambas citas dan pie para poder analizar lo dispuesto en el inciso primero del artículo 417 así:

a) de acuerdo a resolución dictada por la Sala de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia en el incidente de competencia suscitado en el proceso instruido en contra de Y.A.M.G. por la condición del delito de actos arbitrarios en perjuicio de la Lotificación N., incidente suscitado entre el Juez de Instrucción de San Luis Talpa y el Juez de Paz del mismo municipio, expediente tramitado en la sala bajo el número de referencia 30/98 en que la sala resuelve: "...en tal sentido, corresponde determinar el significado actual de la expresión Jueces de Primera Instancia, contenida en el inciso segundo del artículo 239 de la Constitución de la República, a partir de la reforma penal a la que se ha hecho referencia en los párrafos que antecedan.

246 Vescovi Enrique: Ob. Cit. Pag. 99

247 Vivas Ussher, Gustavo Ob. Cit. Pag. 496

Partiendo de la idea que la primera instancia en el proceso penal, está configurada de tal manera que en la misma intervienen tres funcionarios judiciales en sus correspondientes etapas procesales, fácilmente puede inferirse que la expresión “Jueces de Primera Instancia”, hace referencia a todos los funcionarios judiciales que participan en el desarrollo de la misma. En otras palabras tal acepción se refiere tanto a los Jueces de Paz, como a los de Instrucción y a los de Sentencia, por cuanto todos éstos forman parte de la primera instancia...”

Se volvió necesario hacer ésta aclaración, respecto de resolución vertida por la Sala, para determinar que: si bien es cierto la apelación es resuelta por una Cámara que constituye segunda instancia, no todas las resoluciones de los entendidos como “Jueces de Instancia”, son recurribles en apelación, sino sólo las dictadas por Jueces de Paz y Jueces de Instrucción, no así las resoluciones de los Jueces de Sentencia. Y es que la resolución vertida por el Juez de Sentencia, por su propia naturaleza, es la sentencia definitiva. Pero si se recurre de ella vía apelación se rompe con el esquema del principio de inmediación que rige en la etapa contradictoria, ya que ¿cómo puede un tribunal de Segunda Instancia que no ha tenido aproximación inmediata respecto del desfile probatorio y sus consecuencias resolver un recurso de una resolución que se basa en lo sucedido en la audiencia?.

Por tanto, razón tiene Vivas al decir que es el recurso por excelencia en la etapa de investigación.

Pero además el inciso del artículo ya citado, dice: “...siempre que sean apelables, pongan fin a la acción o imposibiliten su continuación y además, causen un agravio al recurrente.” Ya antes se ha manifestado que no todas las resoluciones de Juez de Paz o de Instrucción son objeto de apelación, por que al analizar cada una de ellas se descubre que no todas son apelables de manera expresa y puntual o mediante disposición general, el ejemplo clásico lo constituye el inciso primero del artículo 304 que reza: “La resolución que imponga la detención o internación provisional o una medida sustitutiva será apelable” o también, lo dispuesto en la primera parte del artículo 312 que reza: “El sobreseimiento definitivo o el provisional durante la instrucción, serán apelables...”; o el artículo 257 que dice: “En los casos de desestimación, sobreseimiento definitivo, cuando se decrete la detención provisional o el embargo, las partes agraviadas podrán interponer recurso de apelación”. No así el famoso auto de apertura del artículo 322, que si bien es cierto es resolución de Juez de Instrucción, no constituye agravio, ya que la toma de decisión de dar paso a la etapa contradictoria no constituye en si misma una resolución gravosa, puesto que consiste en facilitar en la etapa en que corresponde el desarrollo pleno de los derechos de defensa material y técnico.

**Concordancias.** Ley Menor Infractor Art. 103, 104. LPESAT Art. : 62.

### **Interposición.**

Art. 418.- Este recurso se interpondrá por escrito debidamente fundado, ante el mismo juez que dictó la resolución dentro del término de cinco días; teniendo la obli-



gación el juez de informar de la interposición del recurso al Juzgado de Instrucción o al Tribunal de Sentencia, en su caso, si ya le hubiere remitido el expediente.

Cuando el Tribunal de Segunda Instancia tenga su sede en un lugar distinto al de radicación del procedimiento, los recurrentes fijarán, en el escrito de interposición, nuevo lugar para recibir notificaciones.

Cuando el recurrente intente producir prueba en la segunda instancia, la ofrecerá junto con el escrito de interposición, señalando concretamente el hecho que pretende probar. (6)

### **Comentario.**

Respecto de la interposición del recurso, a diferencia del código procesal penal derogado, "...el recurso se interpone ante el tribunal que pronuncio la resolución mediante escrito debidamente fundado en el término de cinco días...", lo que quiere decir, que el escrito se presenta y motiva ante el tribunal *a-quo*, el cual, debe limitarse a verificar el acto de "recepción" y notificación a la parte contraria para que en igualdad de oportunidad procesal, conteste el recurso. Pero será el tribunal *ad-quem* el que habrá de pronunciarse sobre la "admisibilidad o inadmisibilidad", lo que implica que es el tribunal de segunda instancia o Cámara quien se pronuncia sobre los motivos, dejando al tribunal que pronunció la resolución, sólo la actividad de receptación. Ello implica que ya no existe la interposición del recurso "de hecho", ya que esto significaba una flagrante violación a la independencia judicial. Para ser más exactos, en el Código Procesal de 1974, el recurso se ejercitaba ante el tribunal *a-quo* el cual podía no admitirlo de manera antojadiza frustrando así la voluntad impugnatoria del recurrente quien, ante tal situación, se dirigía ante el tribunal *ad-quem* propiciando que, en un evidente acto de violación de independencia judicial, el tribunal superior admitiese el recurso, actuando de forma tan reprochable como lo hizo el tribunal *a-quo* no admitiendo si es que el recurso así lo merecía.

Lo expresado anteriormente se deja ver claramente en el inciso primero del artículo 418; el inciso primero del artículo 419 y el inciso primero del artículo 420.

### **Emplazamiento y Elevación.**

Art. 419.- Presentado el recurso, el juez emplazará a las otras partes para que en el término de cinco días contesten el recurso y, en su caso, ofrezcan prueba. Luego, sin más trámite e inmediatamente, remitirá las actuaciones al Tribunal de Segunda Instancia para que resuelva.

Sólo se remitirá copia de las demás actuaciones, se formará un legajo especial, para no demorar el trámite del procedimiento.

El Tribunal de Segunda Instancia podrá solicitar otras copias o el expediente principal, para resolver el recurso; ello no implicará la paralización de la marcha del procedimiento.



**Comentario.** Vid. comentario al art. 418 y al art. 420 CPP.

**Concordancias.** Art. 304 CPP.

**Trámite.**

Art. 420.- Recibidas las actuaciones el Tribunal de Segunda Instancia, dentro de los diez días admitirá o rechazará y decidirá el recurso y la cuestión planteada, todo en una resolución.

Si alguna parte ha ofrecido prueba y el tribunal la estima pertinente para resolver el recurso, fijará una audiencia oral dentro de los quince días de recibidas las actuaciones y resolverá inmediatamente después de realizada la audiencia. Quien ha ofrecido prueba para la segunda instancia tomará a su cargo la presentación de dicha prueba en la audiencia y el tribunal resolverá únicamente con la prueba que se incorpore.

El secretario auxiliará al oferente expidiendo las citaciones o las órdenes que sean necesarias.

**Comentario.**

Especial mención merece, además, que de acuerdo a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 418 y los incisos segundo y tercero del artículo 420, puede ser que se suscite o produzca una audiencia para aportación de prueba, la cual debe ser ofrecida junto con el escrito de interposición por parte del recurrente, siendo puntual respecto del hecho que pretende probar. Además, no porque se ofrezca constriñe a la Cámara respecto de su celebración ya que si los motivos del recurso son evidentes el tribunal puede estimar como no necesaria la celebración de la misma. Aunque si concede la celebración de la audiencia debe resolver sobre la admisibilidad y el fondo inmediatamente después de verificada la misma. Pareciera ser que, en lo referente a la celebración de la audiencia de aportación de prueba, existiese una tendencia a diferenciar respecto de la prueba en relación a la interposición misma del recurso como requisito de forma, y la prueba de fondo o motivacional. Y es que el recurso debe bastarse por sí mismo en lo referente a los requisitos de su interposición y si se ofrece prueba indiscutiblemente ésta ha de versar sobre el fondo o motivo por lo que la cámara está en toda la facultad de resolver inmediatamente, todo lo expuesto puede apreciarse en los incisos de los artículos ya citados.

Por último se vuelve necesario mencionar que del Código Procesal Penal derogado, se excluyó el que se denominó "Recurso de Consulta" la razón fue que en su trámite implicaba una flagrante violación no sólo a la independencia judicial sino a la *Reformatio In Pejus*, y es que la Cámara esta circunscrita o limitada para conocer o resolver sólo respecto de lo que se ha motivado en el recurso no puede ir más allá de conocer del asunto que le ha sido planteado conforme los principios de *Tantum Devolutum* y *Quantum Apellatum*, principalmente cuando el recurso ha sido promovido por el imputado o su defensor, la resolución no puede ser modificada en su perjuicio debido a la circunscripción en lo que refiere al pronunciamiento, así lo deja ver el artículo 413.



Esto último posee una lógica total en el marco garantista de la nueva normativa, ya que si de por sí la resolución causa perjuicio, quien la resuelve no puede agravar aún más esa situación desnaturalizándola.

**Concordancias.** Ley Menor Infractor Art. 105.

## TITULO IV

### CAPITULO UNICO

### CASACION

#### **Comentario.**

Durante un buen periodo de tiempo, se consideró a la Casación como una tercera instancia. Tal es así que existían disposiciones expresas que la enunciaban como tal. Dicha idea es, desde luego, errónea en tanto que se considera instancia: al conocimiento y pronunciamiento respecto de lo que constituye el supuesto hipotético de la norma, aplicado al caso concreto. Ello implica llevar a cabo, por parte del juzgador, un ejercicio mental complejo tendiente a resolver si de lo controvertido resulta que se dió robustez o contundencia a una teoría jurídica, mediante la correcta exposición de una teoría fáctica.

Todo lo expuesto sirve de base para afirmar: que la Casación no constituye instancia, puesto que el tribunal que le resuelve, como recurso, no verifica el trámite antes descrito. No hay en la casación un desfile probatorio respecto del «fondo» del asunto, Tal es así que no existe en el recurso un periodo de prueba. Algún crítico podría contradecir lo antes expuesto diciendo: que el acápite del artículo 425 del Código dice: «Prueba». Y que el desarrollo del mismo en relación al 428, del mismo Código, hacen pensar en la celebración de una audiencia sobre aportación de prueba. Y tendría razón, sólo que la misma es prueba respecto de la interposición del recurso, como requisito de forma. No se trata de una aportación de prueba respecto del «fondo del asunto».

El legislador pretendió rescatar, en el marco del nuevo código Procesal Penal, lo que constituyó la esencia misma de la Casación en sus orígenes. Hágase entonces un pequeño ejercicio de regresión que nos lleva a la época posterior a la revolución francesa. Cuando existían toda una serie de disposiciones dispersas que constituían ley, y que, por su exceso y falta de integración no venían sino a provocar en la población una evidente incertidumbre debido a la falta de seguridad jurídica. Para resolver ese problema se creó al interior del parlamento un tribunal que se denominó «*Cassatio*» o «*Cassare*» y cuya finalidad no era otra sino revisar toda esa serie de leyes para determinar cuales eran legítimas y cuales no. En otras palabras y como lo dice Raúl Washington Abalos: «Cuando la Casación nace, tal como lo concebimos actualmente, tiene como fundamento jurídico- político uniformar la jurisprudencia del Estado».<sup>248</sup>

248 Washington Abalos, Raúl: Ob. Cit. Pag. 443

Así pues, con el correr del tiempo la Casación salió del ámbito de facultades de los parlamentos, indudablemente porque se comenzó a desarrollar en las Constituciones un proceso de formación de ley, y pasó a ser parte de las de los «Poderes Judiciales», ahora, llamados «Órganos Judiciales».

En fin, lo importante es destacar: que en el nuevo Código Procesal Penal se pretendió rescatar esa idea esencial, ya que al conocer el recurso de Casación, la Sala de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia se pronuncia sobre la legitimidad o ilegitimidad, ya no de las leyes, sino de las resoluciones dictadas por los jueces.

Por ello, el trámite del recurso no constituye instancia, entendiendo el término tal y como se manifestó, puesto que la función de la Sala, como Tribunal de Casación, se circunscribe al pronunciamiento acerca de si el fallo es legítimo o ilegítimo, en el último caso porque en su pronunciamiento hubo error, ya sea este «in procedendo» o «in iudicando».

Aclárense ciertos aspectos: En primer lugar, según lo dispuesto en el inciso segundo número uno del artículo 50 del Código Procesal Penal, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce del recurso de casación, en materia penal; en segundo lugar, conforme lo dispuesto en el artículo 3 inciso tercero, del mismo Código, los jueces deben fundamentar sus fallos; en tercer lugar, aunque no menos importante, el artículo 357 plantea lo requisitos que debe contener toda sentencia, en forma clara.

No importa, desde luego, si la sentencia es el producto de la interacción de un tribunal colegiado, o si es el producto de un juicio en el que participó el jurado y por tanto hubo «cesura del juicio», o sea que el jurado dió un veredicto o «interlocutorio de participación» y luego el Juez resolvió en su sentencia conforme aquel.

### **Motivos.**

Art. 421.- El recurso de casación procederá cuando la sentencia se basa en la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal.

Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su subsanación o ha hecho protesta de recurrir en casación, salvo en los casos de nulidad no subsanable, cuando se trata de los vicios de la sentencia o de la nulidad del veredicto del jurado.

### **Comentario.**

Surge entonces la pregunta de: ¿Por qué son recurribles en Casación las resoluciones enunciadas?.

De la lectura del inciso primero del artículo se concluye que cuando la sentencia se origine del cometimiento, por parte del juzgador, de un error «in procedendo» o «in iudicando».



Si el desarrollo del proceso se sucedió de la manera correcta, si no se cometieron errores de procedimiento que contaminaron a los que sucedieron, pero al momento de adecuar el supuesto hipotético de la norma al caso concreto, el juzgador se equivocó, ahí existe un error «*in iudicando*» o error en la interpretación de la ley.

Por el contrario, si en un determinado momento se dio un acto procesal en el que existió un error de procedimiento y éste contaminó a los que le sucedieron propiciando que el juzgador fallara respecto de elementos erróneos, se facilita así su equívoco debido a un error «*in procedendo*». En éste último caso, como una condición objetiva de procesabilidad o «*conditio sine qua non*», la ley exige que se anuncia o hace protesta de recurrir en Casación, pero luego de haber reclamado su subsanación.

Lo que el legislador pretende: es que se agote la posibilidad inmediata de subsanar el error, propiciando así que no produzca efecto de contaminación de los actos que le suceden.

Podría ser que al sucederse el error el litigante no lo haga ver, maliciosamente, en espera de que el mismo abone a sus intereses, más si el resultado no es el esperado entonces quiera hacer uso del recurso. Ello implica un irresponsable ejercicio de la defensa técnica que pone en peligro los intereses del representado de manera antojadiza.

### **Concordancias.** Arts. 407 CPP.

### **Resoluciones recurribles.**

Art. 422.- Además de los casos especiales previstos por la ley, sólo podrá interponerse este recurso contra las sentencias definitivas, los autos que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúen o que denieguen la extinción de la pena, dictados por el tribunal de sentencia y contra la resolución que ponga término al procedimiento abreviado. (2)

A la fecha de la entrada en vigencia de la nueva normativa penal y procesal penal, la redacción de éste artículo era diferente, el artículo rezaba así:

“Art. 422.- Además de los casos especiales previstos por la ley, sólo podrá interponerse este recurso contra las sentencias definitivas a los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen o que denieguen la extinción de la pena y la resolución que ponga término a un procedimiento abreviado.”

Fue necesaria una reforma contenida en el Decreto Legislativo No. 418 del 24 de septiembre de 1998, publicado en el Diario Oficial No 198, tomo 341, del 23 de octubre de 1998. Lo que quiere decir que de abril de 1998, para ser más exactos desde el día 20. Hasta el día 24 de septiembre del mismo año, las resoluciones dictadas por Juez de Paz y Juez de Instrucción (no se incluía a las del Procedimiento Abreviado) eran

recurribles en Casación. Ello trajo como consecuencia que se diese la existencia de algo que se podría denominar una «*Casación Per Saltum*», lo que acarrea problemas, ya que siempre que se considerase la existencia de un defecto en las resoluciones de los Jueces de Paz e Instrucción, sin siquiera intentar agotar los recursos inmediatos, y lógicos de la etapa procesal, se acudía a la Casación desde luego desnaturalizándola.

Respecto de la reforma, la Sala ha fallado en más de una ocasión así:

“El recurso de casación, según nuestra legislación procesal penal, está sujeto a un examen preliminar de naturaleza formal, que tiene por objeto establecer, si en el acto de interposición se han observado los presupuestos que habilitan su admisibilidad”.

Tales presupuestos son: I.- Que la resolución sea recurrible en casación; II.- Que el sujeto procesal esté legitimado para recurrir; III.- Que el recurso sea interpuesto en las condiciones de tiempo y forma que determina la ley.

Haciendo referencia a la primera condición, rige el principio de la taxatividad, en virtud del cual el recurso se concede sólo cuando la ley expresamente o establece, principio que en nuestra legislación lo encontramos regulado en el Art. 422 del Código Procesal Penal.

En ese orden de ideas se advierten, que a la fecha en que se interpuso el recurso de mérito ya había entrado en vigencia la mencionada reforma, por lo tanto la resolución recurrida no es objetivamente impugnabile y por ende debe rechazarse.

Por todo lo expuesto, y con base en los Arts. 406, 407 y 22 CPP. esta Sala Resuelve:

**DECLARASE INADMISIBLE** el recurso de casación relacionado en el preámbulo, por no reunir los presupuestos establecidos en la ley”.

Así pues se circunscribió el ámbito de conocimiento del Recurso de Casación a las sentencias definitivas, los autos que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúen, los que denieguen la extinción de la pena, dictados por el tribunal de Sentencia. O sea, aquel que llevó a cabo la adecuación del supuesto hipotético contenido en la norma al caso concreto, dando mérito a una exposición fáctica que robusteció una teoría jurídica. Y además, contra la resolución que ponga término al procedimiento abreviado. Esto último no constituye una incongruencia, tal cual se pudiese pensar al ver que los jueces que pueden dictar resolución en un Procedimiento Abreviado son tanto los jueces de Paz como los de Instrucción, conforme lo dispuesto en el Art. 379 y siguientes, del Código Procesal Penal, pero, tal incongruencia no existe, puesto que al resolver conforme las reglas del Procedimiento Abreviado esos jueces actúan cual si fuesen Jueces de Sentencia ya que se pronuncian sobre el fondo del asunto tratado, por ello la disposición legal tiene total lógica.



Por último, es necesario hacer mención a que cuando el legislador dice en el artículo 422: **«Además de los casos especiales previstos por la ley,...»**, se refiere a las disposiciones expresas de los artículos 362 y 377 del mismo código.

**Concordancias.** Arts. 362, 377 CPP.

### **Interposición.**

Art. 423.- El recurso de casación se interpondrá ante el tribunal que dictó la resolución, en el término de los diez días contados a partir de la notificación mediante escrito fundado, en el que se expresará concreta y separadamente, cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende. Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo.

### **Comentario.**

Debe decirse que el escrito se interpone en el término de los diez días contados a partir de la notificación, es necesario destacar que según lo dispuesto en el artículo 155 inciso primero, parte final del CPP: «...Estos correrán desde que comienza el día siguiente a aquél en que se efectuó la notificación y vencerán a las veinticuatro horas del día final». Reza eso respecto de los términos. Además, en lo relativo a la notificación de la sentencia definitiva el Código dice: «La sentencia será redactada y firmada inmediatamente después de la deliberación. Seguidamente, el tribunal se constituirá nuevamente en la sala de audiencia, después de ser convocadas verbalmente todas las partes y el documento será leído en alta voz por el secretario ante los que comparezcan.

Excepcionalmente, cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, en este caso el presidente del tribunal leerá tan sólo su parte dispositiva y relatará al público, sintéticamente, los fundamentos que motivaron la decisión; asimismo, anunciará día y hora de la audiencia para la lectura integral, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de los cinco días posteriores al pronunciamiento de la parte resolutive.

“La sentencia quedará notificada con la lectura integral y las partes recibirán copia de ella”.

Así reza el Art. 358, indudablemente el legislador pensó en la, llamémosle, notificación definitiva de la sentencia, previendo la posible ocurrencia de una «lectura integral».

Por otra parte, se dice que el escrito debe ser fundado y que en él debe expresarse concreta y separadamente, cada motivo con sus fundamentos. De ahí que resulte evidente que no pueden plantearse oralmente; los motivos que se invocan no están sujetos a ninguna regla legal de presentación.

Es difícil por tanto «dar una línea» en relación a ello, aunque desde lo legal se pueden plantear ciertas pautas:

«En la presentación del escrito se deben explicitar los extremos de la decisión que resultan agraviantes, o sea, denunciar aquello que ha sido resuelto y produce agravio.

Así, puede afirmarse que tienen mayores posibilidades de éxito aquellos recursos en que los motivos se expresan en forma clara, precisa, circunstanciada y específica, y de existir más de un motivo, éstos deben ser expuestos separadamente unos de otros, cada cual con indicación de las normas que se consideran violadas y las normas que el recurrente considera aplicables para resolver el caso.

El mismo escrito debe contener una indicación concreta de las disposiciones que se consideran violadas, en que consiste el vicio atribuido al pronunciamiento y que normas se estiman aplicables. También debe contener los fundamentos en que se apoya la pretensión recursiva, el basamento doctrinario, jurisprudencial, legal y argumentativo en general que sostiene el agravio así fundado, con lo que pretende rebatir la argumentación de la sentencia que el tribunal cree haber dado con «fundamentación lógica y legal».<sup>249</sup>

Lo anterior representa un trámite respecto del recurso de Casación en el que hay una limitada vigencia del principio «*iura curia novit*» (el tribunal sabe derecho), al no poderse suplir las omisiones del recurrente. Más sin embargo, existe una oportunidad que favorece abiertamente al recurrente, según lo dispuesto en el artículo 407 inciso segundo: «Si existiesen defectos y omisiones de forma o fondo, el tribunal que conoce del recurso lo hará saber al recurrente, fijándole un plazo de tres días contados a partir de la notificación, para que subsane los defectos u omisiones de que se trate».

En otras palabras, se le previene para que subsane los defectos que imposibilitan que el recurso siga siendo tramitado.

Lastimosamente, en la mayoría de los casos el recurrente no subsana con la certeza del caso, ya que la Sala no hace sino advertirle de la existencia de defectos, no se los señala en forma taxativa, ya que no está obligada.

### **Fijación de Lugar. Audiencia**

Art. 424.- Cuando el procedimiento provenga de un lugar distinto al de la sede de la Corte Suprema de Justicia, el recurrente, en el escrito de interposición, y los demás al contestar el recurso o adherirse a él, deberán fijar lugar para notificaciones en la sede de la Corte Suprema de Justicia.

---

249 Vivas Ussher, Gustavo: Ob. Cit. Pag. 517



Si se pretende realización de una audiencia sobre el recurso, se la solicitará al interponerlo, contestarlo o adherirse a él.

Cuando no se fije lugar para notificaciones, la citación a la audiencia quedará notificada por la emisión de la providencia con quince días de anticipación a la fecha señalada para ella y las resoluciones se notificarán en el lugar de radicación del procedimiento.

La notificación se podrá delegar en el tribunal cuya resolución fue recurrida.

**Concordancias.** Art. 137 CPP.

### **Prueba.**

Art. 425.- Cuando el recurso se fundamente en un defecto de procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado a cabo un acto, en contraposición a lo señalado por el acta de la vista pública o por la sentencia, se podrá ofrecer prueba con ese objeto. La prueba se ofrecerá al interponer el recurso, al contestarlo o al adherirse a él.

En el caso de producción de prueba regirán las reglas previstas en el trámite del recurso de apelación.

### **Comentario.**

Resulta de lógica pensar que si se ofrece prueba, ella versará entre otras cosas respecto de la interposición del recurso, o, cuando se trate de evidenciar la existencia de un defecto de procedimiento que no puede percibirse de manera inmediata de la lectura del expediente, por ejemplo porque no se hizo constar debidamente en el acta de la vista el acto erróneo. Con esto, pretende afirmarse: que la audiencia no habría de ser necesaria, sino en los casos en que se trate de la interposición del recurso debido a un error de procedimiento en que, por ejemplo, al suscitarse una actuación que implique agravio el recurrente lo denuncie, y habiéndolo hecho, o es desoído o habiéndolo sido no se subsana el error, y se protesta de recurrir en casación, pero la protesta no se hace constar en el texto del acta de la vista pública por lo que podría parecer que no se cumplió con la condición objetiva de procesabilidad del anuncio, pero de la vista pública existe una reproducción fílmica, taquigráfica o magnetofónica en la que si consta el anuncio. Puede, desde luego, ofrecerse esa prueba respecto de la interposición en una audiencia. El problema surge cuando la parte final del artículo 428 en su inciso primero dice: «...será obligatorio, convocarla cuando alguna de las partes la haya solicitado». Y es que debe entenderse que se vuelve obligatorio, en primer lugar: cuando sea necesario, puesto que la exposición de los motivos del recurso así lo deja ver. Y en segundo lugar: cuando los señores magistrados lo consideren conveniente a fin de obtener certeza respecto de los hechos enunciados, pero no del todo evidenciados en el recurso. De ahí que los incisos segundo y tercero del mismo artículo rezan así:



«En esa audiencia los magistrados podrán interrogar a los recurrentes sobre los puntos insuficientes de la fundamentación o de la solución que proponen.

La audiencia se realizará dentro de los quince días siguientes a la fecha de su convocatoria y luego de realizada se resolverá dentro de los cinco días».

El artículo dice, como puede apreciarse: «... sobre los puntos insuficientes de la fundamentación...» así se corrobora la idea de que existe, dentro del escrito de interposición, lo necesario como para conceder la celebración de la audiencia para ratificar.

**Concordancias.** Arts. 123, 124, 363 CPP.

### **Emplazamiento y Elevación.**

Art. 426.- Interpuesto el recurso, el tribunal que dictó la resolución impugnada emplazará a las otras partes para que, en el término de diez días, contesten el recurso. Si se ha producido una adhesión se emplazará a contestarla dentro de los cinco días. Vencidos los términos o producidas todas las contestaciones el tribunal elevará inmediatamente las actuaciones a la Sala de lo Penal o a la Corte Suprema de Justicia, sin más trámite.

### **Resolución.**

Art. 427.- Recibidas las actuaciones, la Sala de lo Penal o la Corte Suprema de Justicia, según el caso, examinarán el recurso interpuesto y las adhesiones, debiendo decidir sobre su admisibilidad dentro de los quince días siguientes.

Si se declara inadmisibile se devolverán las actuaciones.

Si se declara admisible y ninguna de las partes ha solicitado la audiencia, o el tribunal no la considera necesaria, en la misma resolución se pronunciará sentencia enmendando la violación de la ley o, cuando sea imposible repararla directamente, anulando total o parcialmente la sentencia o el auto impugnado y ordenando la reposición del juicio o de la resolución por otro tribunal. Cuando la anulación sea parcial, se indicará el objeto concreto del nuevo juicio o resolución.

### **Comentario.**

Cabe aquí mencionar algo de vital importancia: si el defecto de la sentencia se basa en una errónea interpretación de la ley, al conocer del recurso la Sala debe anular la sentencia recurrida y pronunciar una nueva. La Sala misma, como tribunal de Casación debe subsanar el defecto pronunciando una sentencia nueva.

Por el contrario, si el defecto se debió a un error de procedimiento, la Sala no puede subsanar el error por sus propios medios, ya que no es tribunal de instancia en primer lugar; y en segundo lugar, rompería con el principio de inmediación y con el de



Juez Natural, propios de la nueva normativa. Por tanto, debe mandarse rehacer el proceso a partir del último acto válido. Así lo deja ver el inciso tercero del artículo 427:

Es necesario aclarar, que existe aquí un singular problema: si se atiende el tenor literal del artículo, al existir un defecto de procedimiento. La Sala, que dicho sea de paso no puede reponer por las razones anteriormente expuestas, debe ordenar "...la reposición del juicio o de la resolución por otro tribunal..."

Una hipótesis sostiene que cuando la ley dice "... por otro tribunal", se refiere a un tribunal distinto del tribunal de casación, o sea la Sala de lo Penal. Ello tiene lógica, puesto que la Sala no puede reponer por no ser tribunal de instancia, pero ésta es una interpretación demasiado simplista. Lo cierto es que la ley se refiere a un tribunal distinto del que pronunció la resolución, o sea a las personas, no al tribunal como entidad ya que no se debe afectar, desde luego, a la competencia y al principio del Juez natural, se refiere a la o las personas que conformaren el tribunal ya que indiscutiblemente, están prejucias.

Vivas Ussher lo dice así:

«En caso de *vicio in procedendo* (...), la sentencia declarará la nulidad del fallo y del debate que lo precedió y en su caso de los actos anteriores que lo afectaron, mandando renovar el juicio y hasta el proceso desde el trámite que se indique por el órgano judicial que corresponda. Para el juicio el tribunal estará integrado por jueces distintos a las que pronunciaron la sentencia anulada: tribunal de reenvío».<sup>250</sup>

Así mismo lo decidió la Sala de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, cuando en su resolución de las nueve horas del día veintisiete de abril de mil novecientos noventa y nueve, en el expediente de Casación identificado bajo el número de referencia 58/98, en el proceso instruido contra A.B c/p A.B.S, por Amenazas con Agravación Especial en R.R.S.B., la Sala dijo:

«V.- Quinto motivo. Se alega por el impugnante la «aplicación indebida del Art. 359 CPP, por condenar al imputado en virtud de un precepto distinto del invocado en la acusación y en el auto de apertura a juicio, sin ser previamente advertido de la modificación posible de la calificación jurídica. El recurrente señala que en ningún momento se advirtió al imputado la posible modificación de la calificación jurídica del hecho relacionada en la acusación y en el auto de apertura a juicio situación que no le permitió defenderse y como consecuencia de esa indefensión se le condenó por el Tribunal de Sentencia tomando como fundamento el Art. 359 CPP, el cual señala, ha sido aplicado en forma indebida. En éste caso la Sala advierte que en la sentencia de mérito se violó el principio de congruencia entre acusación y sentencia, establecido en el Art. 359 CPP.

250 Vivas Ussher, Gustavo: Ob. Cit. Pag. 523

El tribunal de juicio al redefinir el conflicto social, se apartó de los hechos relacionados en la acusación y el auto de apertura a juicio, elementos delimitadores del objeto del debate, con estos se establece el tema fáctico sobre el cual corresponde decidir; y tal alteración conduce a la violación del derecho de defensa, pues se somete a juzgamiento una conducta sobre la cual no ha recaído acusación y por lo tanto no sometida al debate. En tal sentido, es evidente que el Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador violó el Art. 359 CPP., al modificar la calificación jurídica del ilícito sin haber previamente hecho la advertencia sobre la posible modificación a que se refiere la citada disposición en su inciso segundo. En consecuencia, al existir el vicio alegado por el recurrente se declarará que ha lugar al recurso por éste motivo. En vista de lo anterior, es procedente anular la sentencia recurrida y ordenar la reposición del juicio por otro tribunal, de conformidad a lo preceptuado en el Art. 427 inc. 3º CPP.; en tal sentido, la Sala es del criterio que por otro tribunal se entenderá que la norma en comento hace referencia a personas distintas de las que concurrieron a dictar el fallo anulado.

Al designar que otros jueces distintos a los originales decidan en el juicio de reenvío, se garantiza la imparcialidad de los mismos de conformidad a los estatutos internacionales, Art. 14. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

POR TANTO: con base en las razones expuestas; disposiciones legales citadas y Arts. 50 Inc. 2º No 1, 357, 421, 422, 423 y 427 CPP., en nombre de la República de El Salvador esta Sala FALLA:

1) CASASE la sentencia definitiva de mérito por el motivo de forma basado en la infracción al Principio de congruencia entre la acusación y la sentencia; en consecuencia DECLARASE NULA la vista pública respectiva;

2)(...)

Remítase el proceso al tribunal de origen, quien oportunamente deberá remitirlo al Tribunal segundo de Sentencia de San Salvador, para la realización de la nueva vista pública» .

### **Audiencia.**

Art. 428.- Se podrá convocar, aún de oficio, a una audiencia oral para la fundamentación oral y discusión del recurso; será obligatorio convocarla cuando alguna de las partes la haya solicitado.

En esa audiencia los magistrados podrán interrogar a los recurrentes sobre los puntos insuficientes de la fundamentación o de la solución que proponen.



La audiencia se realizará dentro de los quince días siguientes a la fecha de su convocatoria y luego de realizada se resolverá dentro de los cinco días.

**Concordancias.** Arts. 153, 325, 326, 327, 328, 329, 331, 332, 342, 344 CPP.

### **Rectificación.**

Art. 429.- Los errores de derecho en la fundamentación de la sentencia o resolución impugnada, que no hayan influido en la parte resolutive, no la anularán, pero serán corregidos, así como los errores materiales en la designación o el cómputo de las penas.

### **Libertad del Imputado.**

Art. 430.- Cuando por efecto de la resolución del recurso deba cesar la detención del imputado, el tribunal ordenará directamente la libertad.

**Concordancias.** Ley Penit. Art. 94, Art. CPP. 360.

## **TITULO V**

### **CAPITULO UNICO**

### **REVISION**

### **Comentario.**

Abordar el tema de la revisión, implica enfrentar uno de los más grande problemas terminológicos de nuestros días. Tal es así, que la enorme mayoría de los autores de derecho procesal penal no tocan el tema cual si existiese una marcada tendencia a evadir la dificultad que implica el tratar de conceptualizar y desde luego opinar en relación al tema.

Sin embargo Valentín Cortes Domínguez, en el libro que junto con Víctor Moreno Catena y Vicente Gimeno Sendra suscriben, dice: "El proceso de revisión, regulado en los artículos 954 - 961, es un medio extraordinario para rescindir sentencias firmes de condena. Aunque comúnmente se le denomina recurso, en realidad no lo es puesto que se plantea y se tramita una vez que el proceso ha terminado; además, no es un medio de impugnación por cuanto con el llamado recurso de revisión no se cuestiona la validez de la sentencia. La labor del Tribunal de revisión no es determinar si existe o no alguna causa o motivo que invalide la sentencia sino sólo y exclusivamente si, a la vista fundamentalmente de circunstancias que no han sido tomadas en cuenta por el juzgador, la sentencia debe de rescindirse por esencialmente injusta; por consiguiente la revisión es una acción independiente que da lugar a un proceso cuya finalidad es rescindir sentencias condenatorias firmes e injustas. La revisión supone pues un medio válido de atacar la cosa juzgada..."<sup>251</sup>.

251 Cortes Domínguez, Valentín; Moreno Catena, Víctor; Sendra, Vicente Gimeno: "Derecho Procesal. Proceso Penal" Tirant lo blanch libros, 1993 pág. 677.

Por su parte el Doctor Emilio De Llera Suarez-Barcena dice, respecto del recurso de revisión: “Es un medio de impugnación extraordinario contra sentencias condenatorias firmes e injustas, basado en elementos conocidos con posterioridad que evidencian la injusticia de la condena”.

a) Aunque la LECr trata a la revisión como si fuera un recurso, regulándolo, en sus artículos 954 a 961, tras el de casación, en realidad es un medio de impugnación extraordinario distinto de los recursos, pues su finalidad es lograr la revocación de sentencias firmes, que, por definición, son aquellas contra las que no cabe ningún recurso (...). La finalidad de la revisión es destruir el efecto de cosa juzgada material que producen las sentencias firmes.

b) La revisión es un medio de impugnación establecido únicamente contra sentencias, no contra las demás resoluciones judiciales. Además la revisión penal se establece sólo frente a sentencias condenatorias que después de haber ganado firmeza se revelan injustas. Su fundamento se encuentra pues en razones de justicia material.

c) La finalidad de la revisión es por tanto en primer lugar revocar o rescindir la sentencia firme injusta invalidando el proceso en que fue dictada.

d) Es un medio de impugnación extraordinario que ha de basarse en motivos de justicia material, conocidos con posterioridad a la sentencia, que se hallan tasados expresamente por la ley...<sup>252</sup>

De lo manifestado por los autores Españoles, resulta fácil tomar la pauta para hacer las siguientes consideraciones:

1) La sentencia definitiva es la que pone fin al proceso, sus efectos trascienden la esfera misma de la sentencia, como providencia judicial para transformarse en efectos del proceso mismo al que aquella puso fin. Esto es porque el fin ulterior de la sentencia definitiva no es tanto finiquitar el proceso, como resolver el objeto del mismo;

2) Indiscutiblemente, al hablar de sentencia definitiva, surge indudablemente la tendencia a referirse a los términos de *cosa juzgada material* y *cosa juzgada formal*; conceptos que, como habrá de demostrarse, no son del todo aplicables al proceso penal;

3) El sustantivo *cosa* indica el objeto del proceso, el adjetivo calificativo *juzgada* indica la situación en que la cosa (objeto) se encuentra cuando ha sido resuelta definitivamente. El efecto de la *cosa juzgada* es el del proceso, cuando ha sido decidido definitivamente;

4) Desde la óptica de la revisión, los intereses que se contraponen son: de una parte el del Estado de mantener la integridad del pronunciamiento de la sentencia vertida por el tribunal a fin de preservar la autonomía de estas decisiones y, por otra parte, el interés del mismo Estado de que prevalezca la justicia como uno de sus fines esenciales;

---

252 De Llera Suarez-Barcena, Emilio: “Decho Procesal Penal (Manual para Criminólogos y Policías)”  
pág. 408



5) La sentencia definitiva es el instrumento mediante el cual, al finiquitar el proceso el Estado, a través de la actuación de los jueces define lo justo o plantea la verdad en relación a un caso concreto; así pues, cuando con posterioridad se llega al conocimiento de datos que evidencian que la verdad era otra distinta, y convierten a aquella en injusta, no debe prevalecer la verdad procesal por sobre la verdad real y/o extraprocesal que debe prevalecer para hacer valer la justicia.

Históricamente, la revisión ha sido planteada como un instrumento legal idóneo que viene a neutralizar los efectos de los errores cometidos por los tribunales. Sin embargo, si se quiere ver a través de la lente del análisis riguroso de los actos procesales conocidos como recursos, hay que reconocer que si los recursos están sometidos a condiciones puntuales de tiempo y forma, en cuanto a su interposición, trámite y resolución, es necesario decir que difícilmente la revisión encaja en el concepto de "recurso". Esta afirmación no se hace de manera aventurada, los autores anteriormente citados opinan de igual manera, indudablemente ellos se apoyan en las opiniones a su vez vertidas por Miguel Fenech, quien ya para 1952 decía: "Tradicionalmente se ha venido caracterizando la naturaleza jurídica de la revisión calificándola de recurso. Ahora bien, esta calificación ha de revisarse en el plano científico, puesto que ninguna de las notas características del recurso se dan en la revisión, salvo la de llevar a cabo un nuevo examen de lo decidido por un Tribunal. (...), se la calificó de recurso excepcional, pero por muy excepcional que quiera adjetivarse el concepto del recurso, cuando la excepcionalidad de éste llega a desnaturalizar por completo su contenido, por encerrar notas que lo separan esencialmente de lo que por recurso entendemos, convendría hallar el modo de lograr un concepto que fuera más adecuado a su verdadera naturaleza jurídica, que podría ser el de *remedio*..."<sup>253</sup>.

### Procedencia.

Art. 431.- La revisión procederá contra la sentencia condenatoria firme, en todo tiempo y únicamente a favor del imputado, en los casos siguientes:

- 1) Cuando los hechos tenidos como fundamento de la sentencia resulten incompatibles con los establecidos en ésta o por otra sentencia penal firme;
- 2) Cuando la sentencia impugnada se haya fundado en prueba documental o testimonial cuya falsedad se haya declarado en fallo posterior firme;
- 3) Cuando la sentencia haya sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra forma fraudulenta, cuya existencia se ha declarado en fallo posterior firme;
- 4) Cuando la sentencia violenta de manera directa y manifiesta una garantía constitucional;

253 Fenech, Miguel: "Derecho Procesal Penal" Volumen 2º. 2ª. Edición, Editorial Labor S.A. 1952, pág. 558

- 5) Cuando después de la sentencia sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el procedimiento, hagan evidente que el hecho no existió, que el imputado no lo cometió o que el hecho cometido no es punible; y,
- 6) Cuando corresponda aplicar una ley penal más favorable.

### **Comentario.**

Como puede apreciarse del tenor literal del artículo, la revisión sólo es aplicable en los casos de sentencias condenatorias, nunca en los casos de sentencias definitivas absolutorias. La razón es que si se pretende *remediar errores*, esos errores habrán de referirse sólo a los casos de sentencias condenatorias en las que pudo existir error que pueda y deba subsanarse restableciendo la libertad a la persona. Pero nunca puede afirmarse que una sentencia definitiva absolutoria, en virtud de la cual se concedió la libertad a una persona, luego de haber agotado todo un proceso penal en el que se posibilitó que la parte acusadora interrelacionara sin lugar a dudas a la persona con el hecho, se diga que tal decisión consiste en un equivoco ya que la persona no goza de una presunción de inocencia si no que hace ejercicio de su libertad plena y absoluta.

Si se analizan las diversas causales puede determinarse con facilidad que el error se ha evidenciado en relación a la existencia de una circunstancia que apareció con posterioridad a la resolución recurrida, situación que confirma la calidad de la revisión como un *remedio*. Pero la última de las situaciones hace especial mención a la aplicación de una ley penal más favorable y es aquí donde habrá de observarse con gran cautela el paso de un sistema penal hacia otro de la manera siguiente: a raíz de la entrada en vigencia de la nueva normativa penal muchos hechos que antes eran considerados como delitos ya no se encontraron enunciados en la lista taxativa de hechos tipificados como tales en el nuevo código penal. El problema es que los verbos rectores que constituyen el tipo fueron reubicados o reordenados en otros tipos penales, no por una decisión antojadiza del legislador sino por que aquel concluyo acerca de la necesidad de describir de una mejor manera las conductas humanas de hacer o de no hacer que constituyen ilícitos. Es así como se presentó una considerable cantidad de recursos de revisión ante los tribunales de instrucción (antes de primera instancia) para que se dejase sin efecto algunas sentencias condenatorias respecto de hechos que estructuralmente ya no aparecían mencionados en el nuevo código penal, como tipos enunciados por un acápite, pero los verbos rectores que describían la conducta, o mejor dicho que la describen siguen siendo existente aunque ahora bajo el enunciado de un nuevo acápite pero que ulteriormente pretende castigar a las mismas conductas.

Ello invita a pensar a cerca de la necesidad de que los jueces practiquen ineludiblemente un examen de los elementos constitutivos del tipo en cada solicitud de revisión.

Otro de los principales problemas contenidos en este artículo es el del tiempo, ya que el recurso puede intentarse en todo tiempo, así pues el plazo de interposición es



indeterminado como lo es también el sujeto procesal que puede hacer uso del recurso. Pero principalmente la circunstancia del tiempo es la que, como ya se ha dicho, da la pauta para que muchos autores sostengan que la revisión como recurso, en cuanto acto procesal sometido a condiciones de tiempo y forma, no deba ser considerado como tal.

**Concordancias.** Art. 361 CPP. Ley Menor Infractor Art. 106.LRCMYDRA Art. : 33-S, 33-T

### **Legitimación.**

Art. 432.- Podrán promover la revisión:

- 1) El condenado, su representante legal o su defensor;
- 2) El Ministerio Público; y,
- 3) El cónyuge, compañero de vida o conviviente, los ascendientes, descendientes o hermanos, el adoptado y el adoptante, si el condenado ha fallecido.

### **Comentario.**

El sujeto procesal que puede hacer uso del recurso, si esta bien llamarlo así puede ser tanto el condenado como la representación estatal a través del ministerio público que puede y debe tratar de remediar un error en cuanto a que es contralor de garantías y los ascendientes o descendientes del imputado, aún cuando éste ya halla fallecido, indiscutiblemente con la intención de restablecer su imagen, honor y buen nombre.

### **Interposición.**

Art. 433.- El recurso de revisión se interpondrá por escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad, la concreta referencia de los motivos en que se funda y las disposiciones legales aplicables, ante el tribunal que pronunció la sentencia.

Junto con el escrito se ofrecerá la prueba pertinente y, en lo posible, se agregará la prueba documental o se designará el lugar donde ella puede ser requerida.

### **Comentario.**

Es importante destacar que en lo referente a la revisión, de ella no conoce un tribunal superior en grado, por tanto es un recurso que no posee efecto devolutivo. Es el mismo tribunal que dictó la sentencia el que habrá de conocer de la revisión y ello tiene íntima relación con lo dispuesto en los artículos 436 y 437 que hablan a cerca de los efectos o consecuencias de la tramitación del recurso ya que si el tribunal anula la sentencia recurrida puede ser que el mismo pueda pronunciar la que conforme a derecho corresponde, indiscutiblemente esto se dará en los casos en los que el motivo de interposición del recurso sea por ejemplo que la sentencia se haya basado en la



existencia de la muerte ilegítima de una persona que vive y que nunca pereció, en tales casos el tribunal esta facultado para subsanar el error de *suvo proprio*. Pero si por ejemplo el recurso tiene como motivo la necesidad del análisis de elementos probatorios que al ser evaluados ponen en evidencia la discrepancia entre una resolución anterior y una posterior, si el tribunal celebrase una nueva vista pública estaría violentando el principio en virtud del cual una persona no puede ser juez dos veces en una misma causa, en relación a la misma persona y conforme la misma imputación.

**Concordancias.** Ley Menor Infractor Art. 108, 109

### **Procedimiento.**

Art. 434.- Admitido el recurso se notificará a las partes que hubieren intervenido en el proceso o procesos. Diez días después de la última notificación se celebrará una audiencia en la que se discutirán los argumentos expuestos por las partes y se recibirán todas las pruebas que hayan sido ofrecidas.

El tribunal podrá disponer todas las indagaciones y diligencias preparatorias que crea útiles y delegar su ejecución en alguno de sus miembros, pero cuando la prueba no sea tan sólo documental, la incorporará en audiencia pública.

Concluida la audiencia el tribunal inmediatamente después resolverá lo pertinente.

### **Comentario.**

Es importante destacar que conforme lo dispuesto en el primer inciso de este artículo el tribunal que conozca de la revisión debe garantizar la igualdad de oportunidad procesal notificando de la interposición de recurso a la parte contraria lo que implica que no puede resolverse cual si se tratase de un acto procesal simple si no que habrá de verificarse en *audita parte*.

### **Efecto Suspensivo.**

Art. 435.- Durante la tramitación del recurso, el tribunal podrá suspender la ejecución de la sentencia recurrida y disponer la libertad provisional del condenado o la aplicación de una medida cautelar no restrictiva de la libertad.

### **Comentario.**

Indiscutiblemente la tramitación del recurso implica la existencia de un efecto suspensivo, y es que es de lógica que mientras se tramita aquel se pretenda la suspensión del acto reclamado para que éste deje de surtir efectos mientras se sucede la tramitación, con base en su origen erróneo y por ende injusto. La aplicación del efecto suspensivo llega incluso hasta la posibilidad de que el juzgador le otorgue una libertad provisional, la cual dicho sea de paso difícilmente se concederá, aunque puede ser que se le otorgue una medida cautelar no restrictiva de la libertad en tanto que ha vuelto a



tener calidad de imputado, mientras se tramita el recurso, y por ello goza de las facultades y atribuciones de aquellos puesto que la sentencia definitiva condenatoria a quedado momentáneamente y en cuanto a sus efectos suspendida.

**Concordancias.** Ley Menor Infractor Art. 98 Inc. 3º.

### **Anulación o Revisión.**

Art. 436.- El tribunal, al resolver la revisión, podrá anular la sentencia remitiendo a nuevo juicio cuando el caso lo requiera, o pronunciando directamente la sentencia del caso.

**Concordancias.** Ley Menor Infractor Art. 110.

### **Remisión.**

Art. 437.- Si se reenvía a nuevo juicio, no podrán intervenir los jueces o jurados que conocieron en el anterior.

En el nuevo juicio no se podrá absolver ni modificar la sentencia como consecuencia de una nueva apreciación de los mismos hechos del primero, con prescindencia de los motivos que hicieron admisible la revisión.

**Concordancias.** Arts. 73 CPP.

### **Restitución.**

Art. 438.- Cuando la sentencia sea absolutoria, se ordenará la restitución de la cantidad pagada en concepto de pena pecuniaria y los objetos decomisados, cuando sea posible.

### **Daños y Perjuicios**

Art. 439.- La nueva sentencia resolverá de oficio sobre la reparación de los daños y perjuicios causados por la sentencia anulada. Estos serán pagados por el Estado, salvo que el imputado haya contribuido dolosa o culposamente al error judicial.

La reparación civil sólo podrá acordarse a favor del imputado o de sus herederos.

**Concordancias.** Ley Menor Infractor Art. 112.

## **Rechazo y Costas.**

Art. 440.- El rechazo de la solicitud de revisión no impedirá la interposición de un nuevo recurso fundado en motivos distintos.

Las costas del recurso rechazado estarán siempre a cargo de quien lo interpuso.

El fallo que se dicte en el nuevo juicio no podrá contener una sanción más grave que la impuesta en la primera sentencia.

### **Comentario.**

El inciso primero de este artículo deja bien claro el hecho de que la posibilidad de intentar un nuevo recurso, si el primero fue denegado no precluye, siempre y cuando no se base en los mismos motivos que dieron pauta al primero.

En lo que se refiere a las costas y la resolución, haciendo una interpretación extensiva y armónica del artículo 450 del código procesal penal con base en el artículo 17 inciso segundo del mismo código al imputado, como parte material y titular del derecho de defensa, se le exima de dicho pago y por extensión a sus ascendientes, descendientes y al mismo representante técnico o defensor en vista de que, a menos que se pruebe lo contrario, no han intentado el recurso sino persiguiendo un fin ulterior, noble y justo.



# LIBRO QUINTO

## EJECUCION

### TITULO I

#### CAPITULO UNICO

#### DISPOSICIONES GENERALES

#### Comentario:

1.El art. 172 de la Cn dispone que corresponde exclusivamente al Órgano Judicial 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 ley. La función jurisdiccional se extiende tanto en la fase declarativa del proceso que concluye cuando se dicta la sentencia, como en la fase ejecutiva, en la que el Órgano Judicial, utilizando la capacidad coercitiva del estado, lleva a cabo lo que ha resuelto en la sentencia dictada. La ejecución penal puede definirse como la actividad ordenada y fiscalizada por los órganos jurisdiccionales para lograr el cumplimiento de los títulos de ejecución<sup>254</sup>. El título de ejecución es el documento en el que consta la sentencia firme de condena, es decir la declaración de un órgano jurisdiccional que condena a una persona al cumplimiento de una pena o de una medida de seguridad. Sólo la sentencia firme es título ejecutivo, y sólo son ejecutables las sentencias de condena, pues la sentencia absolutoria no contiene ejecución, limitándose, en su caso, a ordenar la cesación de medidas cautelares anteriormente acordadas o la condena en costas, que no es propiamente ejecución penal. No obstante, si se considera ejecución la actuación del órgano jurisdiccional para la aplicación de la medida de seguridad acordada en la sentencia absolutoria en los caso de declararse exento de responsabilidad al acusado como consecuencia de su inimputabilidad.

2.La naturaleza del procedimiento para la ejecución de las penas ha dado lugar a una amplia discusión doctrinal entre los que consideraban que era de naturaleza judicial o aquellos que entendían que era una actividad esencialmente administrativa por la relevante intervención de la administración, particularmente en al ejecución de la pena privativa de libertad. La creación de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena ha inclinado definitivamente la balanza a favor de los que mantienen que la ejecución es esencialmente una función jurisdiccional, pues corresponde a estos órganos jurisdiccionales fiscalizar la actividad de la administración penitenciaria.

La ejecución de las penas<sup>255</sup> se rige por el principio estricto de legalidad que aparece recogido en todos los ordenamientos democráticos y en los más importantes

254 Moreno Catena, V. Derecho Procesal Penal. Gimeno Sendra, V y otros. Editorial Colex. Madrid.1999

255 Martínez Lázaro, J y Racionero Carmona, F. Obra citada

acuerdos supranacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1960.

En la legislación de El Salvador, el principio de legalidad adquiere rango constitucional en su versión “*nullum crimen sine legge*” pues es recogido en el art. 15 de la Cn que dispone que nadie puede ser juzgado sino conforme a Leyes promulgadas con anterioridad al hecho que se trate y por los tribunales previamente establecidos por la Ley. El principio de legalidad aparece, también, expresa y concisamente formulado en el art. 1 del Código Penal que determina que nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la Ley Penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la Ley no haya establecido con anterioridad a su comisión salvo la disposición posterior más favorable.

En su vertiente procesal el art. 2 del CPP dispone que toda persona a la que se impute un delito o falta será procesada conforme a las 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.

**3.** Además del principio de legalidad la ejecución de las penas, particularmente las privativas de libertad, se atempera a otros principios expresamente enunciados en la Ley Penitenciaria. El principio de humanidad proscribe terminantemente el empleo de la tortura y de actos o procedimientos vejatorios<sup>256</sup>. La prohibición alcanza todos los supuestos de empleo de violencia física y verbal<sup>257</sup> o moral<sup>257</sup>.

---

256 Con esta declaración, la LP asume el mandato contenido en el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 3 del Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la regla 31 de las Normas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), art. 5.2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) y, muy especialmente, en la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes aprobada en el seno de la Organización de Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1984.

257 El art. 27 de la Constitución prohíbe la pena de muerte salvo lo establecido en las Leyes militares en estado de guerra, e igualmente las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento. No obstante, por Acuerdo de Reforma Constitucional del 10 de octubre de 1996, pendiente de ratificación por la actual Asamblea Legislativa (art. 248 Cn), se reformó el artículo 27 de la Constitución en el sentido de establecer también la pena de muerte “por los delitos de homicidio agravado, secuestro y violación, cuando se dedujere una mayor perversidad del delincuente”.



El mandato constitucional de igualdad y no discriminación del art. 3 Cn. se plasma también en la LP de modo que no puede haber diversidad de trato entre los internos por razón de su nacionalidad, sexo, raza, religión, tendencia u opinión política, condición económica o social o cualquiera otra circunstancia. El núcleo esencial de este Principio se proyecta, pues, en el doble plano positivo - ningún recluso será objeto de privilegios, entendidos estos como creación de una situación jurídica concreta más beneficiosa, derogando "ad casum" la norma general - y negativo - situación concreta perjudicial -. El control de la observancia de este Principio se encomienda, como competencia específica, a la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena (art. 37. 15) LP).

Se señaló más arriba cómo el principio de legalidad exige un control judicial adecuado. Pues bien, la LP atribuye por primera vez el control de la ejecución de las penas a una Jurisdicción especializada, la de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena. Este Principio incluye, según la LP, el de asistencia jurídica universal, es decir, el interno tiene derecho a la defensa letrada, bien de su elección, bien proporcionada por el Estado si no tiene medios para sufragarla. Obsérvese que la literalidad del precepto supone el ejercicio de este derecho - que se reitera en el art. 9. 12 LP - en todo caso y sin limitación alguna, lo que puede suponer una carga insoportable para el sistema público de defensa jurídica.

El principio de participación implica establecer sistemas de comunicación entre el ámbito cerrado de la prisión - en general, entre los modos y medios de ejecución de las penas y las medidas de seguridad - y el medio social al que necesariamente habrá de retornar el condenado. Se hace así, encomiablemente, participe a la sociedad, a través de asociaciones, patronatos, etc., en el ámbito de la aplicación del Derecho Penal<sup>258</sup>.

**4.** La finalidad de prevención general de la pena de prisión no está reñida con la posibilidad de que atendiendo a las otras finalidades de la pena, las penas privativas de libertad puedan suspenderse o sustituirse por otras, más adecuadas a la finalidad resocializadora que también tiene atribuida la pena<sup>259</sup>.

258 Vid Racionero Carmona, F. Obra citada.

259 Aunque la Constitución del Salvador no contenga un precepto que de manera clara y terminante establezca cuales son las finalidades que persigue la pena, a la manera de otras Constituciones lo cierto es que el art. 27-3 impone al Estado la obligación de organizar los centros penitenciarios con el objeto de corregir a los delinquentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de delitos. Dicho precepto se desarrolla en los arts. 2 y 3 de la Ley Penitenciaria, de los que se infiere que la finalidad de la pena, además de la prevención general, es la prevención especial y particularmente la readaptación social de los condenados y su armónica integración en la vida social en el momento de recobrar la libertad.

El art. 27 de la Constitución prohíbe la pena de muerte salvo lo establecido en las Leyes militares en estado de guerra, e igualmente las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento. No obstante, por Acuerdo de Reforma Constitucional del 10 de octubre de 1996, pendiente de ratificación por la actual Asamblea Legislativa (art. 248 Cn), se reformó el artículo 27 de la Constitución en el sentido de establecer también la pena de muerte "por los delitos de homicidio agravado, secuestro y violación, cuando se dedujere una mayor perversidad del delincuente".

Como señala Muñoz Conde<sup>960</sup>, nadie que conozca la realidad penitenciaria duda que el cumplimiento de una pena privativa de libertad puede llevar a producir efectos devastadores sobre la persona, sin que por otra parte se alcancen las medidas resocializadoras. En este sentido, la sustitución de las penas de prisión por otras reacciones penales de distinta naturaleza se basa fundamentalmente en la concepción del Derecho Penal como “ultima ratio”, y de la privación de libertad como de un mal que por razones de política criminal puede hacer inevitable, pero que hasta donde sea factible debe tratar de evitarse.

El CP de El Salvador sigue claramente esta tendencia y dedica los arts. 74 y 75 a lo que denomina reemplazo de la pena de prisión. El Código distingue entre penas superiores a seis meses e inferiores al año y penas superiores al año e inferiores a los tres. En el primer caso, la sustitución o reemplazo se produce forzosamente, pues el Código dice que el juez o tribunal “deberá” sustituir dichas penas. La pena privativa de libertad deberá sustituirse por arresto de fin de semana, trabajo de utilidad pública o multa. La duración de la pena sustituida es la misma que la pena que se sustituye, y el juez deberá motivar su resolución, lo que implica expresar las causas por las que opta por alguna de estas penas, pues la sustitución se produce por imperativo legal. En lo que respecta a las penas superiores al año y hasta el límite de tres, podrán ser sustituidas por el juez. En este caso la sustitución sólo puede hacerse por arrestos de fin de semana y trabajos de utilidad. La discrecionalidad del juez es amplísima y prácticamente no existe ninguna cortapisa legal para que se produzca la sustitución, pues el Código no exige la concurrencia de ningún requisito, salvo el límite máximo de la pena y las “circunstancias del hecho”, circunstancias que el Código no enuncia ni a título de ejemplo. La resolución deberá ser lógicamente motivada y en ella deberá expresarse cuales son estas circunstancias que justifican el reemplazo, o su denegación, como caución ante la arbitrariedad. El art. 75 recoge una regla de conversión a tenor de la cual cuatro fines de semana de arresto o cuatro jornadas de trabajo equivalen a un mes de prisión, guardándose la proporción en las fracciones inferiores a un mes.

5. Desde el siglo pasado se han formulado alternativas al cumplimiento efectivo de las penas de prisión por delitos menos graves, posibilitando la suspensión de este tipo de condenas con sujeción a distintas condiciones. Estos sistemas suponen la paralización temporal y condicional del castigo que podría corresponder a determinados delincuentes, jóvenes, primarios, condenados a penas cortas, siendo la principal y en muchas ocasiones única condición no delinquir en el plazo de la suspensión. Los modelos de condena condicional se han desarrollado conforme a dos pautas fundamentales: el sistema “angloamericano”, consistente en la suspensión del juicio, de modo que no llega a pronunciarse la condena, quedando los acusados sometidos a prueba vigilada y tutelada, “probation”; y el europeo continental, en el que una vez dictada la sentencia queda en suspenso, la llamada “sursis”, simple o con sometimiento a prueba, “sursis avec mise à l’épreuve”.

---

260 Muñoz Conde, F. Tratado de Derecho Penal. Tirant lo Blanch Editores. Valencia. 1996



La legislación de El Salvador no permanece ajena a esta tendencia y admite tanto el sistema de “probation” como el de “sursis” ya que el Código Penal regula distintos supuestos de suspensión condicional de ejecución de la sentencia y el Código Procesal Penal admite la posibilidad de suspender el fallo paralizando el procedimiento. Nos referiremos ahora a la suspensión condicional<sup>261</sup> de la pena ya que la suspensión del procedimiento ha sido estudiada anteriormente<sup>261</sup>.

La suspensión condicional de la pena se regula en el Capítulo IV del Título III del CP dedicado a las formas sustitutivas de la ejecución de la pena, lo que podía ser criticado pues la suspensión de la condena no es una forma de sustituir la pena, sino de no ejecutar ésta. La suspensión implica que la pena deja de ejecutarse temporalmente durante el tiempo que fije el juez, dentro de los límites establecidos por el Código, de forma que si en dicho plazo no se delinque y se cumplen las demás obligaciones que pudieran imponerse, se produce la remisión definitiva de la pena. La suspensión es en la legislación de El Salvador siempre una facultad discrecional del tribunal, atendiendo a los requisitos exigidos.

**6.** Distingue el Código Penal tres clases o formas de suspensión de la pena: la suspensión condicional de la ejecución de la pena, regulada en el art. 77 del Código; la suspensión condicional extraordinaria de la ejecución de la pena, regulada en el art. 78; y, finalmente, la denominada suspensión extraordinaria de la pena del art. 84. En realidad solo las formas previstas en los artículos 77 y 78 son formas de suspensión de la pena, pues la modalidad recogida en el art. 84 es en realidad un aplazamiento en el cumplimiento de la pena.

La suspensión condicional del artículo 77, que podíamos llamar ordinaria, tiene carácter general y no atiende a la naturaleza del delito, ni a la persona del delincuente, siempre que concurren los requisitos exigidos. La suspensión condicional extraordinaria tiene carácter excepcional y sólo puede producirse cuando concurren determinadas situaciones de parentesco entre los delincuentes y sus víctimas, unos y otros estén integrados en un determinado colectivo social o al suspensión sea útil para restablecer la armonía del grupo, o evitar nuevos delitos.

Los requisitos varían según la clase de suspensión condicional, pero es exigencia común a ambas clases que se trate de penas de prisión que no excedan de tres años. Así lo exige expresamente el artículo 77 para la ordinaria. En cuanto a la extraordinaria, la única variación que prevé el artículo 78 se refiere a las circunstancias personales del procesado, por lo que será también preciso que la pena sea inferior a tres años de prisión.

El artículo 77 del CP, además de exigir que la pena sea de prisión que no exceda de tres años, añade que la suspensión de condena se otorgará en defecto de las formas

---

261 Ver comentarios a los arts 20 a 25 de este CPP.



sustitutivas antes señaladas, es decir, de las formas sustitutivas recogidas en el art. 74, el denominado reemplazo de la pena de prisión. En principio, parece por lo tanto que el procedimiento a seguir sería en primer lugar reemplazar la pena de prisión por arrestos de fin de semana, trabajos de utilidad pública o multa, y sólo cuando esto no sea posible suspender condicionalmente la pena de prisión.

Con respecto a las penas de uno a tres años de prisión el Código dice que el juez “podrá “ atendiendo a las circunstancias del hecho cometido sustituir la pena. La interpretación más lógica es que el criterio para valorar las circunstancias del hecho tenga en cuenta la peligrosidad que el mismo revele según las formas comisivas o la especial gravedad que revista, de manera que la pena de prisión, como pena más grave, se cumpla cuando el hecho sea especialmente grave o acredite una especial peligrosidad, sustituyéndose en los demás casos. Pues bien, tampoco es coherente que en los casos de mayor gravedad o peligrosidad la pena pueda suspenderse mientras que deba cumplirse, aunque sustituida, cuando estas circunstancias tengan una menor intensidad. Por ello la interpretación más coherente y respetuosa con la lógica del sistema es que el juez deberá valorar en primer lugar la conveniencia o no de conceder la suspensión de condena atendiendo a los requisitos concurrentes según las distintas modalidades de suspensión y sólo en el caso de que se deniegue la suspensión de condena o cuando una vez concedida se revoque, se deberá o podrá acudir a los mecanismos de sustitución o reemplazo de penas. Esta interpretación resulta avalada por el apartado 1) del art. 77 conforme al cual la suspensión condicional se fundamentará en lo innecesario de la pena de prisión y de cualquiera de las que la reemplace, por lo que el juez podrá conceder la suspensión de la condena cuando considere que la pena de prisión es innecesaria o inconveniente y también lo son las penas sustitutivas, sin acudir previamente a la sustitución de penas y “en su defecto” a la suspensión de condenas.

Requisito también común a ambas clases de suspensión es que la resolución deberá otorgarse motivadamente, razonando el juez las razones que aconsejan dicha medidas y especificando la concurrencia en el caso concreto de los requisitos que la hacen posible.

Junto a estos requisitos comunes a ambas clases de suspensión, el Código establece otros requisitos específicos según se trate de la suspensión condicional que hemos denominado ordinaria o la que el Código califica de extraordinaria.

Requisito para la concesión de la suspensión condicional ordinaria -se fundamentará dice el artículo 77 CP- es el ya citado de la innecesariedad o inconveniencia de la pena de prisión y de cualquiera que las reemplace. Un segundo requisito es que el beneficiario haya cancelado sus obligaciones civiles provenientes del hecho y determinadas en la sentencia, garantice satisfactoriamente su cumplimiento o demuestre su absoluta incapacidad de pagar. Aunque no aparezca específicamente señalado en el art. 77 es también un requisito necesario para conceder la suspensión que el penado no se halle sometido a otro proceso, pues el art. 78 CP indirectamente indica que en este caso tampoco podrá concederse la suspensión de condena.



En cuanto a la suspensión extraordinaria, más que de requisitos habría que hablar de la concurrencia de determinadas circunstancias, señalando el Código como necesarias: a) Que el delito se haya cometido entre cónyuges, compañeros de vida o convivientes, padre, madre, o hijo adoptivo y parientes que se encuentren en el cuanto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; b) Que el delito se haya cometido en el seno de grupos de convivencia. c) Se exige que la suspensión resulte claramente conveniente para la víctima o para el restablecimiento de la armonía en el grupo o para la prevención de otros delitos.

El Código Salvadoreño sigue el sistema de suspensión condicionada a prueba sujetando el mantenimiento de la suspensión al cumplimiento por el penado de distintas condiciones que deberán ser fijadas por el juez. La enumeración de las condiciones tiene carácter abierto pues el artículo 79-c) CP se refiere a cualquier condición que fuera aconsejable conforme a las particulares circunstancias del caso. Las únicas limitaciones son las establecidas en el art. 80, conforme al cual no podrán imponerse reglas de conducta que afecten al ámbito de privacidad el condenado, ni contrariar sus creencias religiosas, políticas o sus normas de conducta no directamente relacionadas con el delito. Tampoco podrán imponerse condiciones cuyo cumplimiento sea vejatorio para el condenado o susceptible de ofender su dignidad o estima.

El plazo de la suspensión de la condena es de dos a cinco años, atendiendo a las circunstancias personales del penado, la naturaleza del hecho y la duración de la pena. Ello no significa que las reglas de conducta deban durar todo el plazo que señale para la suspensión, aunque, lógicamente, no podrá establecerse un plazo mayor. La duración de las reglas de conducta será la que el juez estime necesaria atendiendo a la naturaleza de la regla impuesta.

La suspensión de la ejecución de pena es condicional como su propio nombre indica, lo que supone que en el periodo de suspensión, periodo que el Código denomina “de prueba”, puede ser revocada, si el penado no cumple las condiciones impuestas, es decir si no supera satisfactoriamente la prueba. La revocación puede producirse conforme al artículo 81 del Código por el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas. Ahora bien, no todo incumplimiento produce automáticamente la revocación, pues cabe la posibilidad de que el juez, valorando la trayectoria del penado, decida la revocación o el mantenimiento de la suspensión, en cuyo caso podrá modificar las reglas impuestas o prorrogar el periodo de prueba, siempre dentro del límite máximo de los cinco años.

La comisión de un nuevo delito en el periodo de prueba o la sustracción del condenado a vigilancia, si esta se hubiera acordado, pueden ser también causas de revocación de la suspensión. Pero como en el supuesto anterior, la revocación debe ser acordada por el juez, quien también podrá modificar las reglas o prorrogar el periodo de prueba.

La revocación pone fin a la suspensión de la condena, lo que implica que el penado debe cumplir la pena de prisión impuesta, salvo que esta sea reemplazada por algunas de las penas previstas en el artículo 74 del Código, ya que nada se pone a dicho reemplazo, que deberá producirse, en todo caso, cuando se trate de penas inferiores al año, quedando el mismo sujeto, si se trata de penas superiores, a la discrecionalidad del juez.

**7.** Como ya hemos dicho la suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena, no es en realidad un supuesto de suspensión de la ejecución de la pena, pues la ejecución de la sentencia no se suspende, sino que simplemente se aplaza por razones humanitarias, para evitar el perjuicio que su inmediata ejecución puede ocasionar al penado.

Como en los casos de suspensión condicional, es requisito imprescindible que la pena sea de prisión e inferior a tres años. El aplazamiento podrá ser de hasta un año si existen razones fundadas de salud que no hagan aconsejable el ingreso del penado en prisión o cuando se trate de una mujer embarazada. El aplazamiento podrá ser de hasta seis meses cuando se justifique ante el juez de vigilancia que el inmediato ingreso en prisión implique un daño de magnitud extraordinaria para el condenado o su familia o para las personas que de él dependan. En este último caso es preciso que la suspensión no comporte consecuencias negativas para la víctima o sus familiares.

**8.** El perdón judicial es en realidad una medida de gracia por la que el juez no suspende, sino que deja sin efecto la pena de prisión que no supere los tres años. El art. 82 que lo regula tiene una redacción bastante confusa, pero del mismo parece deducirse que procederá el perdón cuando el delito se haya cometido concurriendo una causa de justificación que, lógicamente, no esté contemplada como causas de exención de la responsabilidad. El precepto exige también que el hecho haya provocado graves consecuencias para su autor, algo así como una conducta para la que existe, al menos, una justificación ética y que ha lesionado a su propio autor.

Si la pena impuesta lo ha sido por la comisión de una falta, el artículo 372 autoriza al juez a perdonar en la misma sentencia la pena impuesta. El perdón se concede solo por una vez al mismo penado, no puede ser sometido a condición ni termino alguno y produce la extinción de la pena. En los casos de perdón el juez deberá amonestar previamente al penado por la infracción cometida.

**9.** La ejecución de la sentencia penal implica también la ejecución de los pronunciamientos civiles que contenga, consecuencia del ejercicio de la acción civil en el proceso penal, conforme al Capítulo Segundo del Título Segundo de este Código. La ejecución de los pronunciamientos civiles corresponde al juez que dictó la sentencia, conforme a las normas reguladoras de la ejecución previstas en el Código de Procedimientos Civiles.



**10.** El cumplimiento de la condena es el modo normal de satisfacer y extinguir la responsabilidad criminal. Es la primera de las causas que enuncia el artículo 96 del CP que produce la extinción de la responsabilidad penal<sup>362</sup>, a la que equipara el cumplimiento del periodo de prueba en los supuestos de suspensión condicional de ejecución de la pena o de libertad condicional. Implica la plena ejecución de la pena, y en eso se diferencia del cumplimiento del periodo de prueba en los supuestos de suspensión condicional, en los que la pena no se ejecuta. Por el contrario, la libertad condicional presupone también la ejecución de la pena y puede entenderse como una forma de cumplimiento de ésta, aunque sea en libertad.

262 El Código dedica el primero de los dos Capítulos de los que consta el Título Quinto del Libro Primero a las causas que extinguen la responsabilidad penal. Como reitera la doctrina, dichas causas no afectan al delito, por el contrario presuponen un delito perfecto en su acepción técnica jurídica; no obstante lo cual, no se dicta o ejecuta la pena porque el estado da por realizada su misión en la persecución y sanción de los delitos, renunciando al ejercicio de la potestad punitiva. Esta renuncia puede obedecer a que la sanción penal ha sido cumplida, o que es de imposible cumplimiento, por la muerte del reo, o a que el particular perjudicado perdona al autor. Finalmente, existen razones de justicia material u oportunidad política material que determinan al Estado a perdonar el delito. Los Códigos contemplan también el efecto del tiempo en la ejecución de las penas declarándolas prescritas cuando el tiempo transcurrido desde que se impusieron hace inconveniente su ejecución para las finalidades que persiguen. Además del cumplimiento de la pena son causas que extinguen la responsabilidad penal:

**La muerte del condenado** El fundamento de esta causa de extinción de responsabilidad criminal es el principio de personalidad de las penas, inspirador del Derecho Penal moderno. Las penas no pueden lógicamente exportarse a terceros ni imponerse a difuntos. A la muerte se equipara la declaración de fallecimiento.

**La prescripción de la pena** La prescripción es una institución común a todas las disciplinas jurídicas. En el ámbito penal implica la renuncia o dejación por el Estado del derecho a castigar como consecuencia del transcurso del tiempo. Su fundamento ha dado lugar a importantes discusiones doctrinales señalándose distintas razones de política criminal, como el debilitamiento de la pretensión punitiva, la imposibilidad de realización de los fines de la pena, el principio de seguridad jurídica y la vulneración de otros principios como el de celeridad e inmediatividad. Se ha discutido también si se trata de una institución de derecho material, de derecho procesal o de naturaleza mixta, entendiéndose mayoritariamente que es una institución de derecho material, pues no sólo incide sobre la persecución procesal sino que implica la renuncia al poder punitivo del Estado. El artículo 99 del Código Penal establece la prescripción en un año de las penas impuestas por falta. En cuanto a las impuestas por delito distingue entre penas no privativas de libertad que prescriben a los tres años y privativas de libertad cuyo plazo de prescripción es igual al de duración de la pena impuesta, sin que en ningún caso pueda ser inferior a tres años. Finalmente, el Código declara imprescriptibles las penas impuestas por los delitos de tortura, actos de terrorismo, secuestro, genocidio, violación de las Leyes o costumbres de guerra, desaparición forzada de personas, persecución política, ideológica, racial, y por sexo o religión. Aunque es frecuente que los Códigos declaren imprescriptibles las penas impuestas por delitos de genocidio y crímenes de guerra, por la extrema gravedad de estos delitos, el catálogo establecido por el Código de El Salvador es excesivamente amplio y genérico y puede atentar contra el fundamento del instituto de la prescripción. Dado que el anterior Código no contenía excepción alguna, en los casos de penas impuestas por los delitos antes reseñados, la imprescriptibilidad sólo operará cuando se trate de delitos cuya ejecución se haya iniciado una vez vigente el nuevo Código.

El término de la prescripción se inicia desde la firmeza de la sentencia, y si la pena ha comenzado a cumplirse, desde el quebrantamiento de la condena. La prescripción se suspende mientras la ejecución se encuentre legalmente diferida y, por lo tanto, mientras transcurre el plazo de suspensión de condena o mientras que el penado esté cumpliendo otras penas privativas de libertad, ya sea en el país o en el extranjero. Finalmente, con respecto a las medidas de seguridad, el artículo 103 establece un plazo de prescripción de cinco años si se trata de medidas privativas de libertad y de tres años si no lo son.

La extinción de la responsabilidad penal no supone la extinción de la responsabilidad civil ni de otros pronunciamientos de la sentencia como puede ser la obligación de pagar las costas del juicio. Sólo se extingue la responsabilidad civil cuando la Ley expresamente lo prevé, como es el caso de la amnistía absoluta.

El cumplimiento de la condena posibilita la rehabilitación y cancelación de registros. La naturaleza jurídica de la rehabilitación ha dado tradicionalmente lugar a

---

El fundamento de la prescripción de las medidas se encuentra en la consideración de su inutilidad una vez transcurridos los plazos establecidos. Por eso no se prevén causas de suspensión o interrupción de la prescripción. El término de la prescripción se inicia desde la resolución que impuso la medida y si se trata de medidas de cumplimiento sucesivo desde que debió empezar a cumplirse.

**La amnistía e indulto.** Se trata en ambos casos de manifestaciones del derecho de gracia. Esta institución ha dado lugar a contradictorias valoraciones. En general, la doctrina la considera incompatible con el Estado de Derecho pues implica la posibilidad de dejar sin efecto decisiones jurisdiccionales por las que se imponen penas conforme a las Leyes vigentes. Se la considera igualmente contraria al principio de legalidad. A su favor se señala la posibilidad que ofrece de contribuir a la convivencia, y a corregir situaciones injustas a las que podría llevar una aplicación rigurosa de la Ley. Conforme al artículo 131-26 de la Constitución corresponde a la Asamblea Legislativa conceder amnistía por los delitos políticos o comunes conexos con estos, o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, y conceder indultos, previo informe favorable de la Corte Suprema de Justicia. El derecho de gracia corresponde, por lo tanto, al poder legislativo, lo que contrasta con otros ordenamientos en los que suele ser una atribución del ejecutivo. Esta atribución es más respetuosa con la supremacía del legislativo, pues es en definitiva el órgano del que emana la Ley quién va a decidir su inaplicación mediante el derecho de gracia. El artículo 167 de la Constitución, de otro lado, atribuye al Consejo de Ministros la facultad de conmutar las penas, previo informe y dictamen favorable de la Corte Suprema de Justicia. El Código Penal, sin embargo, no prevé dicha posibilidad, a diferencia del artículo 129 del anterior Código, pues aunque existen diversas posibilidades de sustituir la pena, todas ellas corresponden al juez sentenciador o al que deba ejecutar la sentencia. En cualquier caso, dado el reconocimiento constitucional, nada impide que la Ley pueda desarrollar dicha facultad. El artículo 104 del Código distingue entre la amnistía absoluta y restringida. La primera extingue incluso la responsabilidad civil. La amnistía hace cesar la ejecución de la condena y todas las consecuencias penales de la misma, consecuencia que aunque el Código no lo diga expresamente también produce el indulto, aunque éste, en ningún caso, pone fin a la responsabilidad civil. Por último, cabe reseñar que el artículo 106 dispone que las medidas de seguridad no se extinguen ni por amnistía ni por indulto, lo que es lógico pues no se trata de penas y su finalidad no es estrictamente sancionadora, sino preventiva y correctora.

**El perdón.** El Código Penal prevé dos posibilidades de perdón: el perdón judicial y el perdón del ofendido. El primero de ellos se regula en los artículos 82 y 372 del Código y ya ha sido estudiado al analizar las formas substitutivas de la ejecución. El perdón del ofendido es una especie de gracia o indulto privado que el Código prevé en los delitos de acción privada o en los de acción pública que requieren previa instancia del particular. En estos supuestos, el Estado renuncia a su poder punitivo porque entiende que el bien lesionado es exclusivamente personal y disponible por el particular en todo momento.

**La enfermedad incurable** Se funda esta causa de extinción en razones de humanidad y en la pérdida del significado de la pena, cuando esta se ejecuta en enfermos terminales. La alta incidencia del S.I.D.A. en las poblaciones reclusas ha propiciado la aparición de cláusulas de este tipo en los ordenamientos penales suspendiendo la ejecución de la pena, anticipando a la libertad condicional o, como es el caso de El Salvador, declarando extinguida dicha responsabilidad. Conforme al artículo 108 es preciso que la enfermedad sea incurable y que el penado se encuentre en estado terminal, es decir, que su fallecimiento sea previsible en un corto espacio de tiempo. Es preciso la acreditación por peritos de dichas circunstancias. La extinción de la pena se declara por el juez o tribunal quienes pueden acordar que el penado quede sometido a tratamiento ambulatorio o a vigilancia.



un debate entre los que pensaban que la rehabilitación era un derecho subjetivo del penado y los que la consideraban una simple concesión graciosa. Para el Código Penal de El Salvador la cuestión no ofrece dudas, pues el artículo 109 Cp, inciso segundo, la califica de derecho del penado, al establecer que el penado, cuando se haya extinguido su responsabilidad penal, tiene derecho a solicitar la rehabilitación. La rehabilitación consiste en la extinción de todos los efectos de la pena. Estos efectos son aquellas consecuencias negativas que derivan por Ley de la imposición de una condena y que son distintos a la propia pena. Generalmente consisten en restricciones de la esfera jurídica del condenado, como por ejemplo la imposibilidad de acceder a determinados cargos públicos, o agravaciones de las consecuencias de posibles hechos posteriores, como por ejemplo la agravación de la responsabilidad por la reincidencia del penado. En algunos ordenamientos la plena rehabilitación, además de la extinción de la responsabilidad penal, se sujeta a otros requisitos como el transcurso de un determinado periodo de tiempo. El Código Penal de El Salvador exige exclusivamente que se haya extinguido la responsabilidad penal y como único requisito adicional el que se hayan satisfecho en lo posible las consecuencias civiles del delito. Además de la extinción de la responsabilidad es causa de la rehabilitación la revisión de sentencia que hubiese establecido un error judicial.

Los efectos de la rehabilitación los enuncia el artículo 110 CP y son la plena recuperación de los derechos del ciudadano, con la desaparición de cualquier otra prohibición, inhabilitación o restricción que pueda tener su origen en la condena, y la cancelación de antecedentes en el registro de condenados. Dichos registros, en los que se anotan penas y medidas de seguridad, no son públicos y sus inscripciones, si no se ha instado la rehabilitación, caducan a los cinco años de extinguida la pena.

**Jurisprudencia:** “Valorar las circunstancias personales del acusado que le permitan el beneficio de la suspensión condicional de la pena, no es un asunto constitucional, sino de mera legalidad, por lo que el Habeas corpus pierde su razón de ser; y en consecuencia es procedente que el sentenciado continúe en el cumplimiento de la pena impuesta” (Sentencia Corte Suprema de Justicia del 9 septiembre 1999. Sala de lo Constitucional).

### **Competencia.**

Art. 441.- Las resoluciones judiciales serán ejecutadas, salvo lo previsto en la Ley Penitenciaria y aquellas que sean de competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente, por el juez o tribunal que las dictó, quien tiene competencia para resolver todas las cuestiones o incidentes que se susciten durante la ejecución y debe hacer las comunicaciones que por la ley correspondan.

El tribunal puede comisionar a uno de sus jueces para que practique las diligencias necesarias.

## Comentario.

1. El principio general es que al juez o tribunal que dictó la sentencia le corresponde la ejecución de la condena impuesta, salvo aquellas actuaciones que sean expresamente competencia del juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena<sup>263</sup>. Ahora bien, lo cierto es que es éste juez específico el que tiene la mayoría de competencias en la ejecución. Además sus atribuciones han sido interpretadas extensivamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema, al atribuirles todas aquellas incidencias que, pudiendo ser inicialmente competencia del juez o tribunal que dictó la sentencia, se plantean una vez iniciada la ejecución de la pena.

El procedimiento de ejecución se regula en la Ley Penitenciaria que se refiere tanto a la ejecución a las penas privativas de libertad como a la de las no privativas de libertad. El art. 43 de la LP dice que las penas se ejecutarán al quedar firme la sentencia. Inmediatamente, el tribunal que la dictó ordenará las comunicaciones que correspondan.

2. Si la pena impuesta es de prisión, firme la sentencia, el tribunal que la dictó remitirá testimonio al JVPEP y al Director del Establecimiento donde se encuentre detenido y si estuviere en libertad, ordenará su detención. El JVPEP procederá a hacer el cómputo (liquidación) del tiempo que ha estado privado de libertad y fijando la fecha de cumplimiento (extinción) de la pena. Dicha liquidación se notificará al penado, a su defensor y a la Fiscalía General de la República, a efectos de impugnación en el plazo de tres días. No obstante, podrá rectificarse en cualquier tiempo, de oficio o a instancia de parte. Dice el art. 44 de la LP.

Corresponde también al JVPEP pronunciarse sobre la libertad condicional<sup>264</sup>. El incidente se inicia por solicitud del penado o de oficio por el propio JVPEP, si fuere procedente. El órgano judicial solicitará el informe preceptivo del Consejo Criminológico

---

263 Sobre la distribución de competencias ver comentario al art. 55 CPP

264 Si se parte de la idea que la pena tiene, entre otras, una finalidad de prevención especial tendente a la rehabilitación del delincuente, es lógico que el último periodo de la condena, previo a su definitiva vuelta a la sociedad, posibilite su reintegración en ésta. Por ello los ordenamientos penales suelen establecer sistemas que permiten cumplir estos últimos periodos en régimen de semilibertad o libertad controlada. En este sentido la legislación penal de El Salvador recoge la posibilidad de que el juez de vigilancia conceda la libertad condicional. La institución ya aparecía recogida en la legislación anterior, pero el nuevo Código Penal ha venido a ampliarla y completarla.

El nuevo CP recoge dos posibilidades de libertad condicional, la ordinaria y la que denomina anticipada. La primera de ellas exige que se trate de delitos cuyo límite máximo de prisión excede de tres y es preciso que el penado haya cumplido las dos terceras partes de la pena. La anticipada se concede cuando el penado merezca dicho beneficio por su conducta en prisión, pero como también en la ordinaria es preciso que el penado haya observado buena conducta y exista un informe favorable del Consejo Criminológico Regional, la diferencia entre ambas radica en la valoración que el juez de vigilancia realice de las posibilidades de reinserción a la vista de las actividades realizadas y de



Regional<sup>265</sup>, que deberá remitirlo en el plazo de las 24 horas hábiles siguientes. En la resolución en que acuerde la libertad el JVPEP podrá imponer el cumplimiento de determinadas normas de conducta de conformidad con el art 87 CP.

**3.** Si la sentencia impone el cumplimiento de una medida de seguridad existe, dice Racionero Carmona<sup>266</sup>, una contradicción entre lo prevenido en la LP y el CP respecto de las competencias del JVPEP. En efecto, el art. 52 LP le atribuye la «fijación» de las medidas, además de la modificación o suspensión. Sin embargo, en el CP sólo la suspensión de la medida, cuando estime que ya no es necesaria, y la de la pena, en caso de imposición conjunta, si con el cumplimiento de ésta se pusieran en peligro los resultados de aquélla. Por ser la fijación de una medida materia claramente de enjuiciamiento debe prevalecer en este caso la regulación del CP. Pero es que, además, la propia LP se refiere expresamente a las medidas «impuestas por los Tribunales» y así lo exige el art. 1 del CPP. En todo caso, el JVPEP debe revisarlas cada 6 meses de oficio o en cualquier momento, a instancia de parte.

**4.** Con respecto a la ejecución de las penas no privativas de libertad, el art. 54 de la LP dice que la función de control de la ejecución de estas penas estará a cargo del JVPEP a través del Departamento de Prueba y de Libertad Asistida. En cualquier momento podrá dicho órgano judicial alterar la forma de cumplimiento, pero no la naturaleza de la pena, facultad que solo compete al Juez o tribunal que la impuso.

En los trabajos de utilidad pública (arts. 56 a 58 LP) corresponde al JVPEP la determinación de todas las circunstancias de la ejecución: Entidad o programa donde

---

su conducta durante su estancia en prisión. En este caso, el Código no exige que la pena tenga un límite mínimo, distinción para la que no parecen, existir razones fundadas, aunque es posible que la referencia que hace el art. 86 a que los condenados que satisfagan las demás exigencias del art. anterior incluya también la duración de la pena. Mientras que en la anticipada se precisa la propuesta del Consejo Criminológico Regional, en la normal basta informe favorable.

El lapso de tiempo que falte al penado por el cumplimiento de la sentencia se considerará como situación de libertad a prueba y en la resolución por la que el juez de vigilancia conceda el beneficio podrá imponer alguna de las reglas de conducta previstas para los casos de suspensión de condena. La libertad condicional puede revocarse por el incumplimiento de alguna de estas condiciones o reglas de conducta, valoración que corresponde al juez de vigilancia penitenciaria y se revocará en todo caso si el penado comete un nuevo delito y se acuerda la detención provisional. No es preciso, por lo tanto, en este último caso, que el penado haya sido condenado por un nuevo delito, sino que basta la imputación y la adopción por el juez o tribunal competente de la medida de la detención provisional. Si posteriormente se produce el sobreseimiento definitivo, el favorecido podrá seguir disfrutando de la libertad condicional. Transcurrido el periodo de prueba sin revocación, la libertad se convierte en definitiva.

265 El Consejo Criminológico Regional. Los Consejos Criminológicos, Nacional o Regionales tienen asignadas por la LP funciones de asesoramiento, informe, ubicación de los internos en los Centros, tratamiento y determinación de la fase regimetal.

266 Racionero Carmona, F. obra citada.



haya de prestar sus servicios el penado, la jornada - entre 8 y 16 horas semanales -, los días y horas de cumplimiento, etc. La entidad designada debe remitir informe mensual al Departamento de Prueba y Libertad Asistida. Si el penado incurre en tres ausencias injustificadas el JVPEP decretará el cumplimiento ininterrumpido de la pena en el centro penitenciario mas próximo al domicilio de aquél. Se produce, pues, la transformación de la pena en la de prisión. La regla de conversión es dos días de privación de libertad por cada jornada semanal (sic) pendiente de cumplimiento.

Si la pena es de arresto de fin de semana (arts 59 a 61 LP) corresponde al JVPEP determinar las circunstancias: local, días y horas en que habrá de cumplirse la pena. El cumplimiento se llevará a cabo en locales adecuados gestionados por el departamento de prueba, con la colaboración de entidades públicas y privadas. También la entidad designada debe informar al Departamento citado, si bien aquí sólo se indica que «periódicamente». Igualmente, tres ausencias injustificadas dan lugar a la conversión de la pena en la de prisión, a razón de 2 días de privación de libertad por cada fin de semana pendiente.

En la pena de arresto domiciliario el control lo ejerce el órgano judicial de Vigilancia Penitenciaria, también a través del Departamento de Prueba, pero además cuenta con la colaboración de la Policía Nacional Civil. Se cumplirá en el domicilio del penado, aunque excepcionalmente el Juez puede autorizar un lugar distinto.

Su incumplimiento determina la conversión en pena de prisión. Si el arresto no se impone a título de pena sino como sustitutivo de la detención provisional (cfr. art. 295. 1 del Código Procesal Penal), el control corresponde al Juez de la causa.

En lo que respecta a la pena de inhabilitación, el órgano que dictó la sentencia - que puede también decretar el decomiso de la documentación que autorice el ejercicio de la profesión, oficio, etc. - es quien debe ponerla en conocimiento de la autoridad competente, y ésta, en el plazo de 48 horas, debe notificarla al JVPEP. Dicha autoridad competente o cualquier perjudicado deben informar al JVPEP o al que dictó la sentencia sobre el incumplimiento.

El control de las restantes penas no privativas de libertad - multa, expulsión de extranjero y privación del derechos conducir vehículos a motor- corresponde también al JVPEP.

**5.** El Departamento de Prueba y Libertad Asistida (art. 39 LP) se encuentra al servicio de los JVPEP como órgano colaborador en las materias de su competencia. Tiene a su cargo las tareas de control del cumplimiento por los penados de las normas de conducta en los casos en que, según el CP, procede su imposición, y del cumplimiento de las penas no privativas de libertad. Está integrado por un Cuerpo de Inspectores - que habrán de ser Abogados - y Asistentes de Prueba - Trabajadores Sociales - designados por la Corte Suprema. Su organización y competencia se remite a la Ley Orgánica Judicial.



En cuanto a la participación de la Fiscalía General de la República, la Procuraduría General de la República y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, la LP se limita a señalar su intervención, de acuerdo con sus respectivas leyes y demás disposiciones vigentes, en los incidentes que se susciten en relación con la detención provisional y la ejecución de penas y medidas de seguridad de acuerdo con las leyes. Parece, pues, que se establece una intervención generalizada de los tres órganos que, sin duda, habrá de matizarse legislativamente pues en esta materia no cabe regulación reglamentaria.

La Dirección General de Centros Penales deberá remitir mensualmente a la Procuraduría General para la Defensa de los Derechos Humanos, y siempre que ésta lo requiera, un listado actualizado de las personas privadas de libertad. Además, si así lo pide la Procuraduría, deberá remitirle los datos personales del intermo, fecha de ingreso y salida, nombre y domicilio de familiares directos, centro y sección o sector donde esté ubicado y nombre de su defensor y del JVPEP competente.

Por último los Directores tienen también deber de colaboración con los auxiliares y delegados del Ministerio Público<sup>267</sup>.

**Concordancias:** Art. CNT.: 185. Art. CPP.:55-A. Ley Penit. Art. 1, 6, 10, 24,25,33,35,36,37, 39, 40, 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. Decretos Legislativos Nos. 257, 794, publicados el 23 de marzo de 1998 en el D.O. No. 62 Tomo 338 del 31 del mismo mes y año, y el D.O. No. 340 Tomo 345 del 23 de dic. de 1999.

**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 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 al 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

---

267 Racionero Carmona, F. Obra citada.

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).

### **Conversión de la Detención Provisional.**

Art. 441.-A.- La detención provisional que la persona haya sufrido por el hecho por el que fuere condenada, se abonará a la pena a razón de un día de prisión por cada día de detención provisional durante los primeros seis meses, de dos días de prisión por cada día de detención provisional, por el tiempo que supere los seis meses y no exceda de un año, y, por tres días de prisión por cada día de detención provisional por el tiempo que exceda de un año. (3)

### **Comentario.**

El comentario a este artículo fue elaborado antes de la reforma contenida en el D.L. No. 487, del 18 de julio de 2001, publicado en el D.O. No. 144, Tomo 352, del 13 de julio de 2001, en la cual se deroga este artículo. Inicialmente esta regla se encontraba en el art. 48 del Código Penal. Su introducción en el CPP obedeció a la idea de que, manteniendola en la legislación material, producirá efectos retroactivos en relación con los delitos cometidos con anterioridad a la vigencia del CP, por ser norma penal más favorable.

Recientemente, se ha elevado a la Asamblea Legislativa un proyecto de reforma de determinados preceptos de los Códigos Penal y Procesal Penal. En concreto, se propone la siguiente redacción del art. 48 del Código Penal: “La detención provisional que la persona haya cumplido por el hecho por el que fue condenado, se abonará a la pena a razón de un día de prisión por cada día de detención provisional durante el primer año y de dos días de prisión por cada día de detención provisional, por el tiempo que excede de un año”.

Cabría la posibilidad, por último, de que se optase por la no modificación del citado artículo y su aplicación exclusivamente a los procesos iniciados con posterioridad al 20 de abril de 1998. Ello, se anuncia, sería factible mediante el mecanismo de la interpretación auténtica establecido por la Constitución.

La regla de conversión es elogiable en cuanto tiende a “indemnizar” al penado por la excesiva duración de la detención provisional. El precepto debe ponerse en



relación con el art. 6 del CPP conforme al cual 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

Se plantea la cuestión de si es posible aplicar la detención provisional sufrida por un delito cuando se es absuelto posteriormente por dicho delito y condenado por otro distinto. La legislación penal o penitenciaria suele admitir esta posibilidad, siempre y cuando la detención provisional se haya sufrido por hechos cometidos con anterioridad, excluyéndola por hechos posteriores para evitar lo que se ha denominado “cheque de prisión”. El precepto comentado parece no admite esta posibilidad, pues para que la conversión pueda producirse se exige que la “detención provisional se haya sufrido por el hecho por el que la persona fuere condenada”

**Concordancias.** Art. CPP: 6,292,293,361 LRCMYDRA Art. : 29.

### **Incidentes de Ejecución.**

Art. 442.- Los incidentes de ejecución podrán ser planteados por las partes y serán resueltos, oyendo a la parte contraria, en el plazo de cinco días.

Contra las resoluciones de los incidentes de ejecución no procederá recurso alguno, salvo el de revocatoria o aquellos previstos expresamente en la ley.

### **Comentario.**

**1.** Los incidentes en la ejecución se plantearán ante el juez o tribunal que dictó la sentencia o ante el Juez de Vigilancia, según sus respectivas competencias.

El art. 46 LP dispone que los incidentes que se refieran a la suspensión de la ejecución de la pena, a la libertad condicional, a la conversión de la pena de multa, a la rehabilitación, a la extinción de la pena, a las medidas de seguridad, a la suspensión condicional del procedimiento penal, así como todos los que por su importancia el Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena lo estime necesario, deben ser resueltos en una audiencia oral a realizarse dentro de los cinco días, a la que serán convocadas las partes. La resolución que se dicte será apelable. El art. 53 añade que por este mismo trámite se resolverá sobre la revocación de la suspensión condicional del procedimiento penal, y los incidentes que ocurran durante el cumplimiento de las condiciones o reglas de conducta.

**2.** El segundo inciso del precepto establece con carácter general que contra las resoluciones que se dicten en los incidentes no cabrá recurso alguno salvo el de revocatoria o aquellos previstos expresamente en la ley. Sucede, sin embargo, que la LP prevé la posibilidad de formular recurso de apelación en todos los casos que enuncia en el art. 46 y el art. 47 amplía la posibilidad de recurso de apelación de la Pena contra las resoluciones dictadas por los JVPEP en materia de no concesión de un beneficio penitenciario que declaren o denieguen la extinción de la pena, conversión

de la pena de multa, modificación o suspensión de las medidas de seguridad, revocación de la suspensión condicional del procedimiento penal, suspensión de la ejecución de la pena, libertad condicional. Las demás materias no son apelables, salvo que exista una grave violación al régimen de privación de libertad.

El recurso de apelación del que conocen las Cámaras de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena se formula por escrito, debidamente motivado y con proposición de prueba en su caso, ante el JVPEP, en el plazo de tres días contados a partir del siguiente al de la notificación de la resolución que se impugna. El Juez dará traslado a las partes, por plazo común de tres días, para que impugnen el recurso y propongan prueba si les conviene. Remitirá inmediatamente lo actuado a la Cámara que, en el plazo de tres días, admitirá y decidirá, en la misma resolución, sobre la cuestión plantada o lo rechazará. Si hubo pruebas, deberá convocar a las partes a una audiencia oral a realizar en cinco días, a partir de la recepción de las actuaciones<sup>268</sup>.

**Concordancias.** CPP art. : 414 a 420. LP art. : 46 a 53.

### **Sentencia Absolutoria.**

Art. 443.- Cuando la sentencia sea absolutoria, el tribunal ordenará inmediatamente la libertad del imputado y la cesación de toda medida cautelar, aunque aquélla sea todavía recurrible.

### **Comentario.**

Ya hemos dicho que título de ejecución penal lo constituye solamente la sentencia de condena y que las sentencias absolutorias, con la única excepción de las que impongan una medida de seguridad por concurrir en el acusado una exención de la responsabilidad, no se ejecutan. La sentencia absolutoria conlleva su inmediata libertad y el cese de toda medida cautelar, pues con independencia de que la sentencia no sea firme supone un pronunciamiento, aunque pueda tener todavía carácter provisional, por el que se declara la inocencia del acusado y la ineficacia del material probatorio reunido en su contra. Por ello, deja de existir causa alguna que justifique el mantenimiento de las medidas cautelares que pudiesen haberse adoptado.

### **Objetos Secuestrados, Restitución y Retención.**

Art. 444.- Los objetos secuestrados que no estén sujetos a comiso, restitución o embargo, serán devueltos a quien se le secuestraron, salvo cuando sean de ilícito comercio, o relacionados con el crimen organizado, debiendo en este caso cumplirse con lo dispuesto en el inciso segundo del art. 184 de este Código (9).

Los que sean propiedad del condenado podrán ser retenidos en garantía de las costas del procedimiento y de la responsabilidad pecuniaria.

---

268 En lo que respecta al trámite ordinario de la apelación contra las resoluciones que en ejecución puedan dictar los jueces o tribunales que dictaron la sentencia, ver comentarios a los arts. 417 a 420.



## Comentario.

El comentario a este artículo fue elaborado antes de la reforma contenida en el D.L. No. 487, del 18 de julio de 2001, publicado en el D.O. No. 144, Tomo 352, del 13 de julio de 2001.

El art. 180 CPP establece que el juez ordenará que sean recogidos y conservados los objetos relacionados con el delito, los sujetos a comiso y aquellos que puedan servir como medio de prueba; cuando sea necesario podrá acordar el secuestro. El art. 184 CPP en dicción similar al art. ahora comentado, determina que los objetos secuestrados que no estén sometidos a comiso, restitución o embargo, serán devueltos tan pronto sea posible y conveniente a la persona en cuyo poder se encontraban.

El comiso es, conforme al artículo 127 del CP, la pérdida a favor del Estado de los objetos o instrumentos de los que se valió el condenado para preparar o facilitar el hecho. El comiso sólo se produce en los delitos dolosos, pues el Código lo excluye expresamente en los delitos culposos. Requiere que los bienes u objetos sean propiedad del condenado o estén en su poder sin que medie reclamo de tercero, expresión esta última literal del Código y no muy afortunada, pues el reclamo por sí solo no determina el destino final de la cosa, ya que habrá de estarse a la resolución que recaiga sobre el derecho de los reclamantes. Si la pérdida resulta desproporcionada atendiendo a la gravedad de los hechos, el Código atribuye al juez o tribunal la posibilidad de moderar la aplicación de la norma, pudiendo dejar sin efecto el comiso, acordarlo sobre parte de la cosa o sustituirlo por el pago de una cantidad al Estado.

Además del comiso el Código Penal denomina consecuencias accesorias a la pérdida del producto, de las ganancias y ventajas provenientes del hecho en los artículos 126 y 127. Ambas figuras tienen en común la pérdida de los bienes por el penado y su atribución al Estado. La pérdida lo es, también en ambos casos, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. La sentencia deberá determinar cuáles son los bienes o derechos o instrumentos que se pierden y su relación con el delito. La atribución al Estado de las ganancias o productos derivados del hecho se condiciona a las previas reparaciones y devoluciones consecuencia de los daños y perjuicios producidos por el delito. Por tanto, de lo incautado deberán abonarse previamente las indemnizaciones y reparaciones civiles a las que condene la sentencia y el sobrante se atribuirá al Estado. La pérdida la sufre el condenado y cualquier otra persona en cuyo beneficio se hubiese cometido el delito y también los adquirentes posteriores que hubiesen actuado con el propósito de encubrir el origen ilícito de los bienes o ayudar a quienes lo trataran de encubrir. La pérdida comprende todos los bienes ya sean valores, derechos o cosas.

Cabe la posibilidad de comiso aunque la sentencia sea abolutoria, por ejemplo el comiso del arma homicida si el acusado ha sido absuelto como consecuencia de la eximente de enajenación mental; y también de la destrucción del bien secuestrado si es de ilícito comercio, aunque la sentencia no sea condenatoria. El art. 184 CPP dispone al respecto que cuando los objetos sean nocivos a la salud, de tenencia prohibida, peligrosa o de comercio no autorizado, el juez o Tribunal ordenará su destrucción,

cuando ya no sea necesaria su conservación para el procedimiento.

**Concordancias.** CPP: 184. CP Art. 80. Ley Penit. Art. : 65. LRARD Art: 10 literal k). LRCMYDRA Art. : 23,24,25,26. Art. CP.: 127.

### **Controversia.**

Art. 445.- Si se suscita controversia sobre la restitución, se dispondrá la formación de un incidente, conforme a lo previsto para las excepciones de previo y especial pronunciamiento.

### **Comentario.**

Conforme a los arts. 277 a 284 del CPP, si el incidente se plantea por escrito, que debe ser lo habitual en ejecución de sentencia, se manda oír a las partes por tres días, resolviendo el juez en los tres siguientes. Si es precisa la práctica de prueba se cita a las partes a una audiencia para recibir la prueba y para que, oral y brevemente, se refieran a lo planteado. El incidente se resuelve por auto que es apelable.

**Concordancias.** CPP. arts. :227 a 284.

### **Objetos no Reclamados.**

Art. 446.- Cuando después de un año de concluido el procedimiento, nadie se presente a reclamar los objetos secuestrados, aun cuando estuvieren en depósito, el tribunal notificará al propietario, si se conociere, que el objeto será vendido en pública subasta, para que en el término de tres días se presente a reclamar los objetos. Transcurrido dicho plazo sin que se presentare el dueño el tribunal procederá a vender los objetos en pública subasta, previa citación de las partes, y su producto ingresará en calidad de Fondos Ajenos en Custodia por el término de tres meses, transcurrido los cuales sin que nadie se presente a reclamar dicho valor, éste ingresará al Fondo General de la Nación.

En el caso del inciso tercero del articulo 184, dichos objetos pasarán por Ministerio de Ley de la Policía Nacional Civil. (9).



## TITULO II

### CAPITULO I

### COSTAS

Esta parte es especialmente importante que la revisen los consultores nacionales e introduzcan jurisprudencia porque se dispone de muy poca y bastante contradictoria y la ley es muy poco explícita!

#### **Contenido.**

Art. 447.- Las costas consistirán en el pago de los honorarios devengados en el procedimiento y de los otros gastos que se hayan originado durante su tramitación.

#### **Comentario.**

El art. 181 de la Constitución establece el principio de gratuidad de la Administración de Justicia. La gratuidad de la justicia implica el derecho a la defensa jurídica gratuita en los términos señalados por la Ley cuando se carezca de medios para litigar y que las autoridades y funcionarios judiciales no devengan derecho alguno por su actuación. Pero el proceso puede devengar otros gastos que deben ser satisfechos por los intervinientes en el proceso.

Dice la exposición de motivos del Código Procesal que "la finalidad de la condena en costas es garantizar el pago de honorarios y los gastos que origina la tramitación del proceso, dándole al función de liquidación de costas al secretario del tribunal que emite la resolución, que dando exentos de responsabilidad los fiscales, los abogados y mandatarios que intervienen en el procedimiento.

El precepto comentado enuncia el contenido del concepto costas judiciales. Comprenden los honorarios de los abogados y de los demás profesionales que intervienen en el proceso, ya sea como peritos, traductores o intérpretes.

La cuantía de las costas judiciales se regula en la Ley del Arancel Judicial aprobada por D.L. S/N, del 14 de marzo de 1906 reformado por el DL N° 577, de 4 de Diciembre de 1969 y D.L. N° 406 del 28 de noviembre de 1975. El art. 1° dice que no devengarán derechos de actuación las oficinas y dependencias del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo, excepto las determinadas expresamente en esta ley. Tampoco causarán derechos los servicios de los empleados, funcionarios y subalternos de dichas oficinas en lo relativo a sus funciones, salvo disposición contraria. Con respecto a los honorarios de los abogados establece con carácter general que quedan en libertad los abogados y procuradores para contratar con sus clientes los honorarios que deben devengar



en el asunto o asuntos de que se hagan cargo; pero este contrato no obliga a la parte contraria, aunque haya sido condenada en costas, daños y perjuicios, cuando exceda a los que este arancel reconoce. Se fijan la cuantía de estos honorarios atendiendo a los distintos actos en los que intervienen tanto lo abogados como los otros profesioanles que pueden actuar en el proceso. Pese a las reformas la norma ha quedado obsoleta y se corresponde mal con la nueva estructura de la administración de justicia.

**Concordancias.** Con art. : 181. Arancel Judicial art. : 1, 20

### **Resolución Necesaria.**

Art. 448.- Toda resolución que ponga término a la causa o resuelva un incidente o la reparación del daño contendrá la condena al pago de las costas.

### **Comentario.**

La expresión utilizada “ponga término a la causa es equívoca” porque la sentencia dictada en primera instancia que no pone fin necesariamente a la causa, pues puede interponerse contra ella el correspondiente recurso, debe forzosamente incluir un pronunciamiento sobre las costas de acuerdo con el art. 360 CPP. Por lo demás tampoco es correcto afirmar que deberá contener “la condena al pago”, pues si la sentencia es absolutoria puede no contener condena en costas. Habría sido por ello más correcto indicar que toda sentencia o resolución que resuelva un incidente se pronunciará sobre el pago de las costas ocasionadas.

**Concordancias.** CPP art. :360

### **Imposición.**

Art. 449.- Las costas serán a cargo de la parte vencida, pero el tribunal podrá eximirla, total o parcialmente, cuando haya existido razón suficiente para litigar, declarando, en ese caso, quien tomará a su cargo el total o el resto de las costas.

### **Comentario.**

Rige el denominado principio objetivo del vencimiento, de forma que las costas se imponen a quien resulte vencido en el juicio: al condenado, o a quien ejerció la acusación si el acusado fue finalmente absuelto. Las costas incluyen lógicamnte los honorarios de la parte contraria que se vió injustamente obligada a soportar los gastos de un proceso por haber sido ausado o por haberse visto obligado a acusar por ser victiama de un delito. Ahora bien, cabe que el tribunal exonere total o parcialmente a quien de acuerdo con el anterior principio debería ser condenado en costas, cuando entienda que ha existido razón suficiente para litigar.

### **Personas Exentas.**

Art. 450.- Los fiscales, los defensores y los mandatarios que intervengan en el procedimiento, no podrán ser condenados en costas en forma autónoma, salvo que litiguen en forma temeraria o realicen trámites manifiestamente dilatorios.



### **Comentario.**

Obviamente ello obedece a que las personas que se enuncian en el precepto no actúan en su propio interés, sino en defensa de los intereses del Estado o del particular a quien defiende o representan. Se excepcionan los supuestos en los que dichos intervinientes actúen temerariamente o busquen dilatar el procedimiento. Con ello se trata tanto de proteger a quienes defienden o representan frente a las actuaciones que carecen de sentido, como de conseguir un correcto desarrollo del proceso, al operar la condena en costas como una sanción frente al que abusa del mismo.

### **Distribución de Costas.**

Art. 451.- Cuando sean varios los condenados al pago de costas, el tribunal fijará la parte proporcional que corresponda a cada uno, sin perjuicio de la solidaridad que establezca la ley civil.

### **Comentario.**

Las costas se distribuyen entre todos aquellos que conforme al principio objetivo del vencimiento deben satisfacerlas. La distribución se efectuará, dice el precepto, atendiendo a criterios proporcionales pero no se establece en relación a que factores se determina la proporcionalidad. Lo razonable es entender que la proporcionalidad estará en relación con el anterior principio del vencimiento, por lo que se determinará atendiendo al número de delitos por los que se condena a cada uno de los penados. La responsabilidad entre todos los condenados es solidaria, luego cada uno de ellos responde por su cuota y por la de los demás, si estos no la satisfacen por resultar insolventes.

### **Liquidación.**

Art. 452.- Las partes presentarán al secretario la liquidación de las costas. Los interesados podrán objetarla dentro del plazo de tres días y resolverá el tribunal. La resolución será apelable.

Si nadie objeta la liquidación, quedará firme.

### **Comentario.**

La liquidación de los gastos que han sufrido como consecuencia del proceso se presentan por las partes ante el secretario. Además, deberán incluirse los honorarios devengados por los peritos traductores, intérpretes y demás intervinientes en el proceso que sean tasados conforme a las reglas de los arts. 47 y siguientes del Arancel Judicial. Si no se acepta por alguno de los interesados es impugnante ante el juez o tribunal que conoce la causa. Contra la resolución de este cabe recurso de apelación.

Conforme a las reglas del art. 36 y siguientes del Arancel Judicial, los abogados pueden reclamar también del Tribunal los honorarios pactados con su cliente. Los arts. 57 y siguientes de <sup>269</sup>la ley del Arancel Judicial regulan el procedimiento para el cobro de las costas judiciales.

### **Concordancias.** Arancel Judicial: CPP arts. :417 a 420.

- 269 Ley del Arancel Judicial aprobada por D.L. S/N, del 14 de marzo de 1906 reformado por el DL N° 577, de 4 de Diciembre de 1969 y D.L. N° 406 del 28 de noviembre de 1975.
- Art. 57.- Las planillas de costas u honorarios, que obtengan el Vo.Bo. del Tribunal competente tendrán fuerza ejecutiva contra la persona que dicha planilla designe como obligada al pago.
- Art. 58.- Puede pedirse el Vo. Bo. de una planilla contra la parte condenada en costas, o contra el que por la ley este obligado al pago.
- Art. 59.-El Tribunal competente para poner el Vo.Bo. en las planillas, salvo los casos exceptuados, es el que haya pronunciado la sentencia ejecutoriada.
- Art. 60.- Toda persona que, conforme a los aranceles judiciales, devengare honorarios o derechos de juicios o en cualquiera otra solicitud ante las autoridades, Tribunales o funcionarios, podrá pedir en cualquier estado del pleito o negocio, que se le paguen los honorarios o derechos devengados. Para este fin, se presentará ante el Juez, Tribunal o funcionario ante quien penden los autos, una planilla en papel de \$0.25 el folio, que especifique dichos honorarios o derechos, lo mismo que los gastos de actuación que constaren en el expediente. La autoridad ante quien se hiciere esta solicitud, oír por tercero día a la parte obligada al pago; y con su contestación o sin ella, pondrá el Vo.Bo. a la planilla reduciendo a su legal valor aquellas partidas en que hubiere honorarios o derechos excesivos. En esta planilla podrán figurar todas las costas procesales, entendiéndose por tales, las comprendidas en el inciso segundo del Art. 1257 del Pr., y además, los derechos que corresponden a los jueces ejecutores de embargos, pregoneros, valor de los avisos judiciales, indemnización de testigos, etc. Si la planilla fuese de todo el juicio, la solicitud se hará precisamente ante el Juez o Tribunal que haya pronunciado la sentencia que cause la ejecutoria, quien procederá de la manera prevenida en el inciso anterior, pidiendo a los jueces y tribunales inferiores las piezas que no tenga a la vista. Si la planilla fuese de las costas causadas en la sustanciación de cualquier incidente o recurso, se procederá como se dispone en los dos incisos 41 anteriores; pero si el proceso principal se encontrare en algún Tribunal inferior y se estuviesen practicando diligencias urgentes o corriendo el término probatorio, se esperará que concluyan aquéllas o termine éste, para su remisión al Tribunal Superior, de donde deberá devolverse, a más tardar, dentro de los ocho días subsiguientes a su introducción a la oficina.
- Art. 61.- Cuando en la sentencia que cause ejecutoria hubiere condenación en costas, la planilla de éstas se visará de la manera prevenida en el inciso 1° del artículo anterior, con audiencia de la parte contraria. Toda planilla de derechos, honorarios o costas, visada en los términos antedichos, es ejecutiva contra la parte directa o indirectamente obligada a pagar a su abogado, procurador, perito o testigo; y también lo es contra la contraria, si se presentare sentencia ejecutoriada que la condene al pago. La resolución que ordene el Vo.Bo. no admite más recurso que el de responsabilidad.
- Art. 62.- De la misma manera se pedirá el Vo. Bo. de las planillas de costas, cuando el Juez o Tribunal deba pagarlas en virtud de sentencia ejecutoriada, sin perjuicio de que cuando haya sido condenado en los daños y perjuicios, puedan hacerse efectivos en la forma correspondiente.
- Art. 63.- Cuando se trate de planillas de honorarios en un asunto que está pendiente, como los de los abogados o procuradores que han dejado de intervenir, peritos, etc. y a cuyo pago está obligada la parte a quien han defendido o por quien han sido nombrados, el interesado deberá presentar la planilla al Tribunal donde penda el asunto, y se tramitará la solicitud conforme al artículo anterior. Los Cartularios, para el cobro judicial de sus derechos y demás emolumentos que devenguen deberán obtener el Vo.Bo. de la correspondiente planilla con arreglo a las prescripciones de esta ley, para lo cual se presentarán al Juez de Paz de 1a. instancia de su domicilio, según la cuantía, y en la forma correspondiente, con el protocolo y demás comprobantes que justifiquen su reclamo, y los jueces, al entregar los autos en traslado a la parte que deba hacer el pago, acompañarán una copia de los respectivos comprobantes o los originales, a voluntad de la parte solicitante. Este artículo es aplicable a los peritos nombrados de oficio, entendiéndose que la obligada a anticipar el pago, es la parte actora.



## CAPITULO II

### DISPOSICIONES FINALES, DEROGATORIA Y VIGENCIA

#### Aplicación Para Procesos Futuros.

Art. 453.- Las disposiciones de este Código se aplicarán desde su vigencia a los procesos futuros, cualquiera que sea la fecha en que se hubiere cometido el delito o falta.

#### Comentario.

El ámbito de vigencia temporal de la ley procesal penal no difiere en principio de las normas generales establecidas para toda clase de leyes en el art. 9 del Código Civil. "La ley no puede disponer sino para el futuro y no tendrá jamás carácter retroactivo". El Código Civil recoge, por lo tanto, el principio de irretroactividad de las leyes que tiene su reconocimiento constitucional en el art. 21 de la Cn " las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente". El propio CPP en sus principios generales consagra el principio de irretroactividad de la ley procesal penal al indicar que toda persona a la que se impute un delito o falta será procesada conforme leyes existentes al hecho delictivo que se trate y ante un tribunal competente, instituido con anterioridad por la ley<sup>270</sup>.

No obstante como señala Manuel Ortells Ramos<sup>271</sup>, se haya bastante extendida la opinión de que las leyes procesales tienen una llamada retroactividad tácita, es decir, que es consustancial a las mismas poder ser aplicadas a situaciones jurídicas anteriores

Art. 64.- Si en la sentencia definitiva se condena en costas a la parte contraria de la que hubiese hecho el pago a que se refiere el artículo anterior, esta última tendrá derecho a repetición contra aquélla.

Art. 65.- Cuando sean dos o más las personas que sostengan en el juicio un mismo derecho, o sean comuneros, y que conforme al Código de Pr., tengan obligación de constituir un procurador común, tanto éste como el abogado que los defienda, cobrarán por todos el honorario respectivo.

Art. 66.- El recurso extraordinario de nulidad se considerará como recurso ordinario de apelación o súplica para el efecto de tasar los honorarios del abogado y procurador.

Art. 67.- Los abogados tienen derecho a cobrar el leguaje establecido, cuando tengan que salir de la población para los asuntos judiciales de que se han hecho cargo; pero no podrán cobrar más que un sólo viaje por todo el asunto.

Art. 68.- Los artículos 58 al 65 son aplicables a los juicios contencioso-administrativos; pero la demanda para el pago del valor de la planilla se ventilará ante el Tribunal judicial competente.

270 Sobre la predeterminación del juez o tribunal por la ley y la previa ley determinadora de la competencia ver comentarios al art. 2 de este CPP

271 Ortells Ramos, M. Derecho Jurisdiccional. Montero Aroca, J y otros. J.M.Bosch. Editor. Barcelona 1994.

a su entrada en vigor, porque, aunque desde el punto de vista jurídico material estas situaciones se rijan por las normas vigentes en el momento de su constitución, el ejercicio en el proceso de los derechos que de ellas se derivan se rige, salvo disposición en contrario, por la norma procesal vigente en el momento de dicho ejercicio. El equívoco nace de la confusión entre norma procesal y norma material. Al hecho se le aplica la norma material vigente cuando se cometió. Al proceso la norma procesal vigente cuando el proceso se produce, no la norma procesal vigente cuando se cometió el hecho. Por ello, el precepto comentado dice que la ley procesal se aplicará a los procesos futuros cualquiera que sea la fecha que se cometió el delito o falta.

**2.** No obstante este principio general de irretroactividad no resuelve todos los problemas, particularmente los que se producen como consecuencia de la existencia de procesos en curso cuando se inicia la vigencia de la nueva Ley Procesal. Es por ello preciso regular estas situaciones, lo que suelen realizar los Códigos Procesales mediante disposiciones transitorias que contemplan el tratamiento que deben recibir los procesos en curso y su acoplamiento a la nueva normativa. EL CPP no contenía disposición alguna de esta naturaleza, lo que obligó a la publicación de las disposiciones transitorias en normas independientes. El decreto n° 257, denominado Ley transitoria para regular la tramitación de los procesos penales y recursos de gracia iniciados antes del 20 de abril de 1999, se justificaba en su exposición de motivos en que no existían disposiciones que regulasen la situación jurídica de los procesos y recursos de gracia que fueron iniciados de acuerdo a las reglas del Código Procesal Penal derogado, por lo que era necesario dictar al efecto una ley transitoria. Como regla general en su art. primero establecía que los procesos iniciados antes del 20 de abril de 1998, con base en la legislación procesal penal respectiva, continuarían tramitándose hasta su finalización conforme a la misma, y por los tribunales que determina la Ley Orgánica Judicial. De igual manera se procedería con los recursos de gracia que se hubieren interpuesto antes de esa fecha<sup>272</sup>. A la vista de que la expresada ley tenía vigencia hasta el 31 de diciembre de 1999 y que aún subsistían las circunstancias por las que fue decretada, fue

---

272 Decreto n° 257. Ley transitoria para regular la tramitación de los procesos penales y recursos de gracia iniciados antes del 20 de abril de 1998.

Art. 1.- Los procesos iniciados antes del 20 de abril de 1998, con base en la legislación procesal penal respectiva, continuarán tramitándose hasta su finalización conforme a la misma, y por los tribunales que determina la Ley Orgánica Judicial. De igual manera se procederá con los recursos de gracia que se hubieren interpuesto antes de esa fecha.

Si después de la fecha mencionada en el inciso anterior se dictare sentencia definitiva condenatoria, al quedar firme ésta, el juez o tribunal certificará lo conducente, sin dilación alguna, al Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena y al Director del Centro Penal donde el reo está detenido, para los efectos legales consiguientes.

Art. 2.- Los jueces o tribunales revisarán los procesos en trámite o los que ya tuvieran sentencia condenatoria firme, de oficio o petición de parte, con el objeto de aplicar las disposiciones del nuevo Código Penal, cuando ellas fueren mas favorables al procesado.



necesario dictar un nuevo Decreto transitorio que las regulase por el plazo de su vigencia<sup>273</sup>, cuyo contenido reproducía el anterior.

### **Disposición Transitoria**

Art. 453.-A.- Los Auxiliares del Fiscal General de la República y los Defensores Públicos de la Procuraduría General de la República que no sean abogados, podrán ejercer las funciones que les establece este Código, durante un periodo de dos años a partir de la vigencia de este Decreto. (2)

### **Comentario.**

Los Decretos Legislativos N° 257 y 794, antes citados, dispusieron que los defensores en los procesos iniciados a la entrada en vigor del nuevo Código que no fueren abogados podían continuar representando a los imputados, sin perjuicio del derecho de éstos a nombrar otro defensor que reúna los requisitos legales para ejercer la defensoría.

### **Derogatoria.**

Art. 454.- Desde la entrada en vigencia del presente Código, queda derogado el Código Procesal Penal vigente emitido el día once de octubre de mil novecientos seten-

---

Si se tratare de procesos en que ya hubiere sentencia condenatoria firme, efectuada la revisión a que se refiere el inciso anterior de este artículo, el juez o tribunal certificará lo conducentecaso y sin dilación alguna, al Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena respectivo, y al Director del Centro Penal donde el reo está detenido, para los efectos legales consiguientes.

- Art. 3.- Para la celebración de vistas públicas, tanto en los procesos iniciados antes del 20 de abril de 1998, como en los procesos que se inicien con posterioridad a esa fecha, la actual lista general de jurados conservará su validez hasta el 31 de diciembre de 1999.
- Art. 4.- El Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, ejercerá el control de los condenados que se encuentren gozando de suspensión condicional de la ejecución de la pena o de libertad condicional; igual función ejercerá el juez de la causa respecto de los imputados que se encuentren gozando de libertad por sustitución de medida cautelar o hayan sido excarcelados. En estos casos, ambos funcionarios serán auxiliares por el Departamento de Prueba y Libertad Asistida.
- Art. 5.- Para el goce de los beneficios penitenciarios derivados de la aplicación retroactiva del Código Penal, no será necesario que los Consejos Criminológicos emitan los dictámenes a que se refiere la Ley.
- Art. 6.- Mientras la Escuela Penitenciaria no haya efectuada la evaluación y capacitación a que se refiere la ley de la materia, al personal penitenciario que labora actualmente que en futuro se contrate, se le aplicará los procedimientos administrativos que establezca el Ministerio de Justicia.
- Art. 7.- La Corte Suprema de Justicia, el Consejo Nacional de la Judicatura y el Ministerio de Justicia, en su caso, adoptarán las providencias necesarias para facilitar la aplicación de este régimen transitorio.
- Art. 8.- En los procesos a que se refiere el presente Decreto, los defensores que no fueren abogados podrán continuar representando a los imputados, sin perjuicio del derecho de éstos, a nombrar otro defensor que reúna los requisitos legales para ejercer la defensoría.
- Art. 9.- El presente Decreto entrará en vigencia el día veinte de abril del presente año, previa publicación en el Diario Oficial, y sus efectos durarán hasta el 31 de diciembre de 1999.

---

273 D.L. 794, del 2 de diciembre de 1999, publicado en el D.O. No.240, Tomo 345, del 23 de diciembre de 1999

ta y tres, publicado en el Diario Oficial N° 208, Tomo 241, de fecha 9 de noviembre de mil novecientos setenta y tres y todas sus reformas posteriores, así como las leyes y demás preceptos legales contenidos en otros ordenamientos que de alguna manera contradigan o se opongan a lo dispuesto en el presente Código.

### **Comentario.**

El art. 5° del Código Civil dispone que la derogación de una ley puede ser expresa y tácita. Es expresa cuando al ley dice que expresamente deroga la antigua. Es tácita cuando al nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con la ley anterior. El CPP deroga expresamente el código Procasl de 1973 y tácitamente todas las demás leyes y demás preceptos que se opongan al presente Código.

### **Vigencia.**

Art. 455.- El presente Código entrará en vigencia el día veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho. (1)

### **Comentario.**

El art. 6 del Código Civil dispone que la ley obliga en el territorio de la República en virtud de su solemne promulgación y después de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella. La publicación deberá hacerse en el periódico oficial, y la fecha de promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho periódico. El art. 7 añade que publicada la ley en al residencia del Gobierno, se entenderá que es conocida de todos los habitantes de al República, y se mirará como obligatoria después de los doce días contados desde la fecha de su promulgación. En las leyes de carácter permante podrá ampliarse este plazo, criterio que es el seguido por el CPP, pues el Decreto Legislativo N°904 de 4 de Diciembre de 1996, por le que se aprobó el CPP, fue publicado en el Diario Oficial de 20 de enero de 1997. La entrada en vigor inicialmente debía producirse el 20 de enero de 1998 pero por Decreto 203 de 8 de Enero de 1998 se modificó el art 445 CPP, ahora comentado, posponiendo la entrada en vigor del CPP hasta la fecha más arriba señalada, el veinte de abril de 1998.

### **REFORMAS:**

(1) D.L. No 203, del 8 de enero de 1998, publicado en el D.O. No 5, Tomo 338, del 9 de enero de 1998.

(2) D.L. No 418, del 24 de septiembre de 1998, publicado en el D.O. 198, Tomo 341, del 23 de octubre de 1998.

(3) D.L. No 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. No 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. No 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 No. 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. No. 487, del 18 de julio de 201, publicado en el D.O. No. 144. Tomo 352, del 31 de julio de 2001.

## **ANEXO I**

### **DELITOS SUJETOS A CONOCIMIENTO DEL JURADO**

#### **DELITOS RELATIVOS A LA VIDA** **DEL HOMICIDIO Y SUS FORMAS**

Art. 130. Homicidio Piadoso

Art. 131. Inducción o ayuda al suicidio.

Art. 132. Homicidio Culposo

#### **DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA VIDA DEL SER HUMANO EN FORMACIÓN**

Art. 133. Aborto Consentido y Propio

Art. 134. Aborto sin Consentimiento

Art. 135. Aborto Agravado

Art. 136. Inducción o Ayuda al Aborto

Art. 138. Lesiones en el No Nacido

Art. 140 Inciso 1º y 2º Manipulación Genética.

#### **DELITOS RELATIVOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL** **DE LAS LESIONES**

Art. 143. Lesiones Graves

Art. 144. Lesiones Muy Graves.

Art. 145. Lesiones Agravadas.

#### **DELITOS RELATIVOS A LA LIBERTAD** **DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA AUTONOMÍA PERSONAL**

Art. 153. Inciso 2º Coacción.

Art. 155. Amenazas con Agravación Especial.

#### **DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA EXPERIMENTACION**

Art. 156. Inseminación Artificial No Consentida.

#### **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL** **DE LA VIOLACIÓN Y OTRAS AGRESIONES SEXUALES**

Art. 158. Violación

Art. 159. Violación en Menor e Incapaz



- Art. 160. Otras Agresiones Sexuales
- Art. 161. Agresión Sexual en Menor e Incapaz
- Art. 162. Violación y Agresión Sexual Agravada.

### **DEL ESTUPRO**

- Art. 163. Inciso 2º Estupro en personas entre doce y catorce años
- Art. 164. Estupro por Prevalimiento

### **OTROS ATAQUES A LA LIBERTAD SEXUAL**

- Art. 167 Corrupción de Menores e Incapaces
- Art. 168 Corrupción Agravada
- Art. 169 Inducción, Promoción y Favorecimiento de la Prostitución
- Art. 170 Inciso final. Determinación a la Prostitución

## **DELITOS RELATIVOS A LAS RELACIONES FAMILIARES**

### **DE LOS DELITOS RELATIVOS AL ESTADO FAMILIAR**

- Art. 195 Suposición u Ocultación de Estado Familiar
- Art. 196 Suplantación y Alteración de Estado Familiar
- Art. 198 Inciso 2º Alteración de Filiación

## **DELITOS RELATIVOS AL PATRIMONIO**

### **DEL HURTO**

- Art. 208 Hurto Agravado

### **DEL ROBO Y LA EXTORSION**

- Art. 213 Robo Agravado

### **DE LOS DAÑOS**

- Art. 222 Daños Agravados

### **DE LOS DELITOS RELATIVOS AL PATRIMONIO CULTURAL**

- Art. 224 Tráfico Ilícito de Patrimonio Cultural

### **DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

- Art. 227 Violación Agravada de los Derechos de Autor y de Derechos Conexos

## **DELITOS RELATIVOS A LA SEGURIDAD COLECTIVA**

### **DE LOS DELITOS DE PELIGRO COMUN**

- Art. 264 Inciso 1º Liberación de Energía
- Art. 265 Incendio
- Art. 266 Estragos
- Art. 268 Delitos de Peligro Común Agravados

**DELITOS RELATIVOS A LA SALUD PUBLICA****DE LOS DELITOS RELATIVOS A PRODUCTOS QUIMICOS, MEDICINALES, ALIMENTICIOS Y AGUAS.**

Art. 274 Alteración de Sustancias Medicinales

Art. 275 Fabricación y Comercio de Alimentos Nocivos

Art. 276 Envenenamiento, Adulteración y Adulteración de Aguas y sustancias Alimenticias.

**DELITOS RELATIVOS A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA****DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA ACTIVIDAD JUDICIAL**

Art. 305 Falso Testimonio

Art. 307 Soborno

**DELITOS RELATIVOS AL SISTEMA CONSTITUCIONAL Y LA PAZ PUBLICA****DE LOS DELITOS RELATIVOS AL SISTEMA CONSTITUCIONAL**

Art. 340 Rebelión

Art. 341 Sedición

**DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PAZ PUBLICA**

Art. 343 Actos de Terrorismo

**DELITOS RELATIVOS A LA EXISTENCIA, SEGURIDAD Y ORGANIZACIÓN DEL ESTADO****ATENTADOS CONTRA LA INTEGRIDAD Y EXISTENCIA DEL ESTADO**

Art. 350 Atentados contra la Integridad y Existencia del Estado

Art. 351 Atentados Contra la Unidad Nacional

Art. 352 Traición

Art. 353 Inteligencia con Estado Extranjero

Art. 354 Provocación de Guerra, represalias o Enemistad Internacional

Art. 355 Revelación de Secretos de Estado

Art. 356 Espionaje

Art. 357 Sabotaje

Art. Violación de Inmunidades Diplomáticas

**DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD**

Art. 361 Genocidio

Art. 362 Violación de Leyes o Costumbres de Guerra

Art. 363 Violación de los Deberes de la Humanidad

Art. 364 Desaparición Forzada de Personas

- Art. 365 Desaparición Forzada Cometida por Particular
- Art. 366 Desaparición de Personas Permitida Culposamente
- Art. 367 Comercio de Personas

## **DELITOS DE CARÁCTER INTERNACIONAL**

- Art. 368 Piratería
- Art. 369 Piratería Aérea
- Art. 370 Organizaciones Internacionales Delictivas

## **DELITOS RELATIVOS A LA VIDA**

### **DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA VIDA DEL SER HUMANO EN LA FORMACION**

- Art. 137 Aborto Culposo
- Art. 139 Lesiones Culposas en el No Nacido
- Art. 140 Inciso 3º Manipulación Genética
- Art. 141 Manipulación Genética Culposa

## **DELITOS RELATIVOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL**

### **DE LAS LESIONES**

- Art. 142 Lesiones
- Art. 146 Lesiones Culposas

## **DELITOS RELATIVOS A LA LIBERTAD**

### **DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA LIBERTAD INDIVIDUAL**

- Art. 148 Privación de Libertad
- Art. 152 Detención por Particular

### **DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA AUTONOMIA PERSONAL**

- Art. 153 Inciso 1º Coacción
- Art. 154 Amenazas

### **DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA EXPERIMENTACION**

- Art. 157 Inseminación Fraudulenta

## **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**

### **DEL ESTUPRO**

- Art. 163 Inciso 1º Estupro

### **OTROS ATAQUES A LA LIBERTAD SEXUAL**

- Art. 165 Acoso Sexual
- Art. 166 Acto Sexual Diverso
- Art. 170 Determinación a la Prostitución



- Art. 171 Exhibiciones Obscenas
- Art. 172 Pornografía
- Art. 173 Utilización de Menores con Fines Pornográficos y Exhibicionistas

### **DELITOS RELATIVOS A LA SEGURIDAD PERSONAL** **DEL DEBER DE SOCORRO**

- Art. 175 Omisión del Deber del Socorro
- Art. 176 Denegación de Asistencia Sanitaria

### **DELITOS RELATIVOS AL HONOR Y LA INTIMIDAD** **DE LA CALUMNIA Y LA INJURIA**

- Art. 177 Inciso 1º Calumnia
- Art. 178 Difamación
- Art. 179 Injuria

### **DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA INTIMIDAD**

- Art. 184 Violación de Comunicaciones Privadas
- Art. 186 Captación de Comunicaciones
- Art. 187 Revelación de Secreto Profesional
- Art. 188 Allanamiento de Morada
- Art. 189 Allanamiento de Lugar de Trabajo o Establecimiento Abierto al Público.
- Art. 190 Utilización de la Imagen o Nombre de Otro.

### **DELITOS RELATIVOS ALAS RELACIONES FAMILIARES** **DE LOS MARIMONIOS ILEGALES**

- Art. 192 Matrimonios Ilegales
- Art. 193 Bigamia
- Art. 194 Celebración de Matrimonio Ilegal

### **DE LOS DELITOS RELATIVOS AL ESTADO FAMILIAR**

- Art. 197 Simulación de Embarazo o Parto
- Art. 198 Inciso 1º Alteración de Filiación

### **DE LOS ATENTADOS CONTRA DERECHOS Y DEBERES FAMILIARES**

- Art. 199 Abandono y Desamparo de Persona
- Art. 200 Violencia Intrafamiliar
- Art. 201 Inciso 2º Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Económica
- Art. 202 Separación Indebida de Menor o Incapaz
- Art. 203 Inducción al Abandono
- Art. 204 Abuso del Derecho de Corrección
- Art. 205 Inciso 2º Explotación de la Mendicidad

**DELITOS RELATIVOS AL PATRIMONIO****DEL HURTO**

Art. 210 Incisos 2º y 3º Hurto de Uso

Art. 211 Hurto de Energía o Fluidos

**DE LAS USURPACIONES**

Art. 219 Usurpaciones de Inmuebles

Art. 220 Perturbación Violenta de la Posesión

**DE LOS DAÑOS**

Art. 221 Daños

**DE LOS DELITOS RELATIVOS AL PATRIMONIO CULTURAL**

Art. 223 Infracción a las Medidas de Registro, Control,

Circulación y Protección de bienes Culturales.

Art. 225 Hallazgo Histórico

**DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

Art. 226 Violación de Derechos de Autor y Derechos Conexos

**DELITOS RELATIVOS AL ORDEN SOCIOECONÓMICO****DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

Art. 228 Violación de privilegios de Invención

Art. 229 Violación de Distintivos Comerciales

Art. 230 Infidelidad Comercial

Art. 231 Revelación o Divulgación de secreto Industrial

**DE LOS DELITOS RELATIVOS AL MERCADO, LA LIBRE COMPETENCIA Y LA PROTECCION AL CONSUMIDOR**

Art. 233 Inciso 1º Acaparamiento

Art. 234 Venta a Precio Superior

Art. 235 Uso de Pesas o Medidas Alteradas

Art. 236 Agiotaje

Art. 237 Propalación Falsa

Art. 238 Competencia Desleal

Art. 239 Desviación Fraudulenta de Clientela

Art. 240 Ventas Ilícitas

**DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES**

Art. 241 Alzamiento de bienes

Art. 243 Cheque Sin Provisión de Fondos



## **DE LOS DELITOS RELATIVOS A LOS DERECHOS LABORALES Y DE ASOCIACIÓN**

- Art. 244 Infracción de las Condiciones Laborales o de Seguridad Social
- Art. 246 Discriminación Laboral
- Art. 247 Coacción al Ejercicio de la Libertad Sindical o del Derecho de Huelga.
- Art. 248 Obstáculos a la Libre Contratación

## **DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA HACIENDA PUBLICA**

- Art. 249 Evasión de Impuestos

## **DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACION DEL TERRITORIO, LA PROTECCION DE LOS RECURSOS NATURALES Y AL MEDIO AM- BIENTE.**

### **DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACION DEL TERRITORIO**

- Art. 253 Construcciones No Autorizadas

### **DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA NATURALEZA Y EL MEDIO AMBIENTE**

- Art. 257 Contaminación Ambiental Culposa
- Art. 259 Depredación de Bosques
- Art. 260 Depredación de Fauna
- Art. 262 Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos

## **DELITOS RELATIVOS A LA SEGURIDAD COLECTIVA**

### **DE LOS DELITOS DE PELIGRO COMUN**

- Art. 264 Inciso 2º Liberación de Energía
- Art. 267 Infracción de Reglas de Seguridad
- Art. 269 Delitos Culposos de delito Común
- Art. 270 Responsabilidad de Funcionarios

## **DELITOS RELATIVOS A LA SALUD PUBLICA**

### **DE LOS DELITOS RELATIVOS A PRODUCTOS QUÍMICOS, MEDICINALES, ALIMENTICIOS Y AGUAS.**

- Art. 271 Elaboración y Comercio de Productos Químicos y sustancias nocivas.
- Art. 272 Tráfico de Productos Químicos y Sustancias Nocivas
- Art. 273 Despacho o Comercio Indebido de Medicinas
- Art. 277 Delitos Culposos Contra la Salud Pública

### **DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD E HIGIENE EN LOS CENTROS DE TRABAJO, SALUD Y ESTUDIO.**

- Art. 278 Infracción de Medidas de Seguridad e Higiene

**DELITOS RELATIVOS A LA FE PUBLICA****DE LA FALSIFICACIÓN DE MONEDA Y ESPECIES FISCALES**

Art. 281 Venta o Circulación de moneda, Estampillas o Especies Fiscales Falsificadas.

**DE LA FALSIFICACION DE DOCUMENTOS**

Art. 286 Supresión, Destrucción u Ocultación de documentos Verdaderos

**DE LA FALSEDAD PERSONAL**

Art. 288 Uso Falso de Documento de Identidad

Art. 289 Ejercicio Ilegal de Profesión

**DELITOS RELATIVOS A LOS DERECHOS Y GARANTIAS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA****DERECHOS Y GARANTIAS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA**

Art. 291 Limitaciones Indevidas en la Libertad Individual

Art. 292 Atentados Relativos al Derecho de Igualdad

Art. 294 Atentados Relativos al Derecho de Asociación y Reunión

Art. 295 Atentados Relativos al Ejercicio del Sufragio

Art. 296 Atentados Relativos a la Libertad de Religión

Art. 298 Atentados Relativos al Derecho de Defensa

Art. 299 Registro y Pesquisas Ilegales

Art. 300 Allanamiento sin Autorización Legal

Art. 301 Inviolabilidad de Correspondencia

**DELITOS RELATIVOS A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA**  
**DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA**

Art. 303 Denuncia o Acusación Calumniosa

Art. 304 Simulación de Delitos

Art. 306 Fraude Procesal

Art. 308 Encubrimiento

Art. 309 Omisión del Deber de Poner en Conocimiento Determinados delitos

Art. 310 Inciso 4º y 5º Prevaricato

Art. 312 Omisión de Aviso



- Art. 313 Desobediencia a Mandato Judicial
- Art. 314 Patrimonio Infiel
- Art. 315 Simulación de Influencia

## **DE LOS DELITOS CONTRA LA AUTORIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES Y ABUSO DE DERECHO**

- Art. 317 Evasión Violenta
- Art. 318 Favorecimiento de la Evasión
- Art. 319 Ejercicio Violento del Derecho

## **DELITOS RELATIVOS A LA ADMINISTRACION PUBLICA**

### **DE LOS ABUSOS DE AUTORIDAD**

- Art. 321 Incumplimiento de los Deberes
- Art. 322 Desobediencia
- Art. 323 Denegación de Auxilio
- Art. 324 Revelación de Hechos, Actuaciones o Documentos Secretos por Empleado Oficial.

### **DE LA CORRUPCION**

- Art. 326 Peculado por Culpa
- Art. 329 Exacción
- Art. 332 Malversación

## **DE LOS DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES**

- Art. 336 Tráfico de Influencias
- Art. 337 Resistencia
- Art. 338 Desobediencia de Particulares
- Art. 339 Desacato

## **DELITOS RELATIVOS AL SISTEMA CONSTITUCIONAL Y LA PAZ PÚBLICA**

- Art. 342 Proposición, Conspiración y Apología para Cometer Rebelión o Sedición



## DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PAZ PUBLICA

- Art. 344 Proposición y Conspiración para Actos de Terrorismo
- Art. 345 Asociaciones Ilícitas
- Art. 346 Tenencia, Portación o Conducción de Armas de Guerra
- Art. 347 Comercio Ilegal y Depósito de Armas
- Art. 348 Desordenes Públicos
- Art. 349 Apología del Delito

## DELITOS RELATIVOS A LA EXISTENCIA, SEGURIDAD Y ORGANIZACIÓN DEL ESTADO

- Art. 358 Infidelidad de Negocios de Estado
- Art. 359 Violación de Tratados, Treguas, Armisticios o Salvoconductos.

## ANEXO II

(1') Se entiende que no puede incorporarse como medio probatorio ningún elemento que haya sido obtenido como producto de una ilegalidad, tal planteamiento es la base para la teoría denominada **"LOS FRUTOS DEL ARBOL ENVENENADO"**, o **"REGLA DE EXCLUSIÓN"** la cual tiene excepciones como las siguientes: Existencia de una fuente independiente, en estos casos existe un cauce de investigación distinto del que culmina con el procedimiento ilegítimo, por lo cual puede afirmarse que existía la posibilidad de adquirir la prueba cuestionada por una fuente distinta o autónoma; atenuación por hechos intervinientes, en estos casos se realiza un acto de investigación posterior al acto irregular con el cual se logra obtener legalmente la misma información que se obtuvo con la irregularidad inicial, de modo que el acto posterior tiene un efecto curativo de cualquier irregularidad anterior; actuaciones policiales de buena fe en cumplimiento de ordenes mal dictadas, su fundamento es que no tiene sentido disuadir a quien obra de buena fe; cuando la prueba obtenida ilegítimamente por su característica habría sido encontrada de todas maneras tarde o temprano mediante un hallazgo inevitable.

(2') Tradicionalmente se ha entendido que los arreglos conciliatorios son arreglos ***intuitus personae*** es decir que solo podrían efectuarse entre la víctima y el victimario. La inclusión de la posibilidad de la designación de representantes para tales efectos es considerada en algunos sistemas procesales como una situación de excepción.

(3') Según lo dispuesto en el Art. 193 ordinal 3º de la Cn., la dirección funcional en la investigación de l delito le corresponde al Ministerio Público a través de la Fiscalía General de la República, esto impide que el mismo Juez que sentencia sea el que instruyó la investigación evitando así el prejuicio, ello no implica que los jueces desde su calidad de directores del proceso y vigilantes del cumplimiento de las garantías mínimas de prosecución del mismo puedan tener cierta injerencia en el desarrollo de



la investigación mediante la encomienda de ciertas diligencias de investigación a la Fiscalía.

(4') Debe entenderse por querellante a la víctima que no se conforman con las atribuciones y facultades que le otorga el Art. 13 CPP, sino que a través de procurador letrado con poder especial adquiere un mayor nivel de protagonismo en el desarrollo del proceso.

(5') Es sumamente peligroso no distinguir los extremos de los conceptos de **Agente Provocador y Agente Encubierto**, la figura del Agente Encubierto es muy propia de los fenómenos investigativos en los cuales se infiltra a organizaciones delincuenciales complejas, el Agente Provocador no es otro sino el agente encubierto que induce o provoca a la comisión del delito dentro de la organización y quien con base en su deber objetivo de cuidado no habría de permitir que el delito se consume sino propiciar que llegase hasta la tentativa puesto que de lo contrario sería responsable en comisión por omisión. Esto lo sostienen la mayoría de los postulados doctrinarios a nivel mundial, más sin embargo el legislador pretende subsanar el problema permitiendo la declaración de agentes encubierto en los casos en los que se haya actuado con autorización por escrito del Fiscal General de la República para dar validez a la prueba testimonial.

(6') Lo dispuesto en la parte final del Inciso 2º del Art. 288 CPP, constituye un verdadero atentado contra la presunción básica de inocencia contenida en el Art. 4 del mismo Código, y que tiene un asidero constitucional. Se estableció con la reforma una presunción legal de culpabilidad que se asemeja a los verbos rectores del delito de receptación.

(7') La facultad de que el imputado declare antes de cerrar los debates de la vista pública constituye una de las expresiones máximas del Derecho de Defensa Material enunciado en el Art. 9 CPP, doctrinalmente esta facultad se conoce como **EL DERECHO A LA ULTIMA PALABRA**.

(8') La inclusión del contenido de este artículo en el Código Procesal Penal implica un enorme avance en lo que se refiere a las instituciones procesales. Tiene su basamento en las denominadas Leyes Premiales, y potencian el poder de negociación de la Fiscalía General de la República.

(9') Aunque la redacción del artículo no es clara, debe entenderse que siempre que exista imputado detenido debe agotarse la posibilidad de que cuente con defensor y debe celebrarse audiencia inicial; si no hay imputado presente pero sí han nombrado defensor, debe celebrarse audiencia; sólo en el caso de no existir imputado presente que tampoco hallan nombrado defensor, el Juez adoptará una decisión poco vista del requerimiento pero sin celebrar audiencia, ya que nadie puede ejercer el contradictorio en ella.

(10') La audiencia preliminar, constituye una verdadera "Etapa Intermedia" ya que el Juez de Instrucción verifica lo que la doctrina denomina una ***Crítica Instructoria*** o ***Control de la Acusación*** pues el Juez analiza en ofrecimiento probatorio con base en los criterios de oportunidad, legalidad y penitencia para impedir que innecesariamente se pase a la etapa contradictoria sometiendo al imputado a la ***Pena de Banquillo***.

(11') La doctrina los enuncia en forma correcta como ***Actos Irreproducibles Urgentes***, o sea que se trata de aquellos actos que ante la posibilidad de su irreproducción en la etapa en la cual habrían de verificarse, se vuelen urgentes en su verificación en una etapa en la que por su naturaleza no habrían de celebrarse. Los hay de dos clases: ***Actos de Prueba Anticipada*** que son aquellos en los que es necesario reproducir todas las condiciones de la vista pública (Publicidad, Concentración, Agilidad, Contradicción, Igualdad de Oportunidad Procesal, Oralidad), por tanto la presencia del Juez y del Imputado son imprescindibles; y los ***Actos de Prueba Preconstituída***, que son aquellos en los que no son necesarios reproducir todas las condiciones de la vista pública sino sólo aquellas imprescindibles para su verificación.