





# Actualidad



Comisión Coordinadora del Sector de Justicia



**Miembros de la Comisión  
Coordinadora del Sector de Justicia**

**Dr. Agustín García Calderón**

*Presidente de la Corte Suprema de Justicia*



**Lic. René Mario Figueroa Figueroa**

*Ministro de Gobernación*



**Lic. Félix Garrid Safie Parada**

*Fiscal General de la República*



**Lic. Marcos Gregorio Sánchez Trejo**

*Procurador General de la República*



**Lic. David Gonzalo Cabezas Flores**

*Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura*



---

**Lic. Luis Fernando Avelar Bermúdez**

*Director Ejecutivo*

*Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia*

Publicación de la Comisión  
Coordinadora del Sector de Justicia  
7a. Calle Poniente N° 5143  
Colonia Escalón, San Salvador  
Tel.: 2263-2144 • Fax: 2263-2275  
[www.ute.gob.sv](http://www.ute.gob.sv)

Las opiniones y conceptos vertidos en los artículos de esta obra son de exclusiva responsabilidad de los autores.

ISSN 1818-6637

Título Clave: Actualidad (San Salvador)

Selección y revisión de artículos efectuadas por la Gerencia Legal de la UTE.

El contenido de esta publicación no puede ser reproducido ni todo ni en parte, ni transmitido o registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma y por ningún medio, sin el permiso previo y por escrito de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia -UTE-

# Indice

<b>Presentación</b> .....	i
---------------------------	---

## **La Protección de Bienes Jurídicos en el Derecho Penal**

(Fundamento y Límites desde la Norma Constitucional)

<i>Martín Alexander Martínez Osorio</i> .....	1
---	---

## **Notas sobre la Revictimización en Niños**

El Sistema Penal y los Menores.

<i>Carlos Ernesto Sánchez Escobar</i> .....	24
---	----

## **El Papel de los Recursos Administrativos en la Legislación Salvadoreña**

<i>Armando Laínez Olivares</i> .....	43
--------------------------------------	----

## **La Valoración de la Prueba Científica frente a la Prueba Testimonial en el Proceso Penal**

<i>Tania Beatriz Montoya Reyes</i> .....	62
--	----

## **La Necesaria Simplificación del Proceso Penal Salvadoreño**

-Un Proceso Acusatorio Dividido en Dos Fases, con Control Jurisdiccional por el Juez de Paz y el Tribunal de Sentencia-

<i>Juan Carlos Fuentes Real</i> .....	74
---------------------------------------	----

## **El Papel del Poder Judicial frente a la Corrupción: El Caso Italiano**

<i>Rafael Benítez Giralt</i> .....	109
------------------------------------	-----



## PRESENTACIÓN

Con el fin de lograr la divulgación del conocimiento jurídico, la Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, por medio de su Unidad Técnica Ejecutiva, presenta nuevamente a la comunidad salvadoreña la Revista Actualidad.

Como es tradicional, se incluyen en esta edición varios artículos en distantes áreas del Derecho, todos con un elevado nivel técnico; lo cual los convierte en una fuente de consulta obligada para los profesionales del derecho y cualquier ciudadano interesado en incrementar sus conocimientos jurídicos.

En este ejemplar el licenciado Martín Alexander Martínez Osorio escribe sobre “La Protección de Bienes Jurídicos en el Derecho Penal (Fundamento desde la Norma Constitucional)”. El autor aborda, valorando la situación que vive el país, ese importante tema de la teoría del delito; para lo cual retoma las opiniones de distinguidos juristas y aporta su visión particular al respecto.

El artículo titulado “Notas sobre la Revictimización en Niños”, preparado por el licenciado Carlos Ernesto Sánchez Escobar, es de obligatoria lectura para quienes deseen conocer, por una parte, las improntas que el proceso penal causa a los niños y niñas que poseen la calidad de víctimas o testigos y, por otra, las acciones o medidas que podrían adoptarse para respetar el interés superior y el desarrollo integral de los mismos cuando participan en esa clase de procesos.

Un importante aporte al Derecho Administrativo nacional es el artículo denominado “El Papel de los Recursos Administrativos en la Legislación Salvadoreña”, preparado por el licenciado Armando Laínez Olivares, en el que se destaca la importancia de que los administrados utilicen apropiadamente esos medios impugnativos frente a las actuaciones del poder público que les afectan.

La abogada Tania Beatriz Montoya Reyes reflexiona de forma pragmática sobre un tema de incuestionable actualidad en su artículo “La Valoración de la Prueba Científica frente a la Prueba Testimonial en el Proceso Penal”; en el que resalta la importancia de la producción de prueba científica para una exitosa investigación del delito.

Por otra parte, para agilizar la administración de justicia penal el máster Juan Carlos Fuentes Real propone, en el artículo “La Necesaria Simplificación del Proceso

Penal Salvadoreño”, la supresión de la etapa formal de instrucción; cambio que, en opinión del autor, se ajustaría al marco constitucional y aseguraría el respeto de los derechos de los imputados.

Finalmente, el doctor Rafael Benítez Giralt, en su ensayo “El Papel del Poder Judicial frente a la Corrupción: El Caso Italiano” resalta la importancia del cumplimiento de la Constitución y la ley por parte de los funcionarios públicos y, en particular, por aquéllos que integran el Órgano Judicial, para ello analiza el paradigmático caso de Italia, del cual pueden extraerse conclusiones aleccionadoras para nuestro país.

Con la firme convicción de que los estimados lectores encontrarán un valioso material de estudio en el presente ejemplar de la Revista Actualidad, los invitamos a disfrutar completamente de su contenido.

Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia.  
San Salvador, julio de 2006.

## **LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS EN EL DERECHO PENAL (FUNDAMENTO Y LÍMITES DESDE LA NORMA CONSTITUCIONAL)**

Martín Alexander Martínez Osorio<sup>1</sup>

A Verónica.

### **SUMARIO:**

I. CUESTIONES PRELIMINARES. II. PLANTEAMIENTOS DOCTRINARIOS EN LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL BIEN JURÍDICO. III. PRESUPUESTOS FUNDAMENTALES PARA LA ELABORACIÓN DE UNA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO. IV. LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS Y SU LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL. V. TRES CASOS PROBLEMÁTICOS. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

### **ABREVIATURAS**

Autores Varios	A.A.V.V.
Anuario de Derecho Penal	ADPCP
Cuadernos de Derecho Judicial	CDJ
Constitución Salvadoreña	CS
Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense	RFDUC
Revista del Poder Judicial	PJ
Revista Jurídica de Castilla-La Mancha	RJCLM
Revista Nuevo Pensamiento Penal	NPP
Revista Penal	RP
Sala de lo Constitucional	SC
Sentencia de Inconstitucionalidad	SI

<sup>1</sup> Colaborador Jurídico (letrado) de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y docente de la Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo". Graduado de la Universidad de El Salvador (UES).

## I. CUESTIONES PRELIMINARES.

Siguiendo a RUDOLPHI, podemos aseverar sin ninguna duda que el concepto de bien jurídico se ha asegurado desde hace tiempo un puesto firme en el arsenal conceptual del Derecho Penal<sup>2</sup>. Y es tal su relevancia que ROXIN llega a señalar la protección de bienes jurídicos como misión del Derecho Penal<sup>3</sup>, tesis ampliamente reconocida en la doctrina moderna y que ha llegado a incluirse dentro del articulado de los códigos penales o proyectos de ley sustantivos como una norma rectora de amplia proyección en la actividad del sistema penal<sup>4</sup>.

Esa importancia deriva, a mi parecer, del papel que aporta tal concepto en los procesos de reforma legislativa penal, así como en los ámbitos de interpretación y aplicación judicial. Y, más aún, la función que éste reporta como mecanismo de control constitucional de los procesos de criminalización, en la medida que se entiende que goza de rango constitucional.

Es así que, los bienes jurídicos y su protección penal, plantean al menos tres aspectos de discusión: (A) el primero de carácter político-criminal o de *lege ferenda*, acerca de qué es lo que debe castigarse penalmente; (B) el segundo de carácter estrictamente dogmático o de *lege lata*, propio del análisis hermenéutico de cada uno de los tipos penales; y, (C) el tercero de carácter constitucional, acerca de lo que es admisible castigar de acuerdo a los principios que rigen un Estado de Derecho.

A. En relación con su aspecto político criminal, se pretende constituir al “*Rechtsgut*” como un límite externo al legislador cuando éste decide tipificar una conducta como delito, condicionando de esa manera su decisión.

<sup>2</sup> RUDOLPHI, “*Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*”, NPP, Año 4, 1975, Pág. 329.

<sup>3</sup> ROXIN, “*Derecho Penal*”, Parte General, Tomo I, Fundamentos. Edit. Civitas, Madrid, 1997. Pág. 70. En similares términos FERNÁNDEZ: “[t]oda la literatura contemporánea se preocupa en señalar, casi sin excepciones, que el sistema de Derecho Penal debe ajustarse a un modelo de extrema ratio, acotado a la tutela de bienes jurídicos valiosos para la vida social”. Véase al respecto su trabajo: *Bien jurídico y sistema de delito*, en: A.A.V.V., *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Edit. Ad-Hoc, 1998. Pág. 417.

<sup>4</sup> Entre ellos merece destacarse: el Proyecto Alternativo Alemán de 1966 (§ 2 : “las penas y medidas de seguridad sirven para la protección de los bienes jurídicos”); el art. 3 del Anteproyecto del Código Penal español de 1990 (“La pena presupone la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos”); y, por supuesto, nuestro Código Penal, que en su artículo 3 lo enuncia claramente: “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 penal”. En términos similares al nuestro, se encuentra también el Proyecto de Código Penal costarricense: “[s]ólo es sancionable la conducta que daña o pone en peligro un bien jurídico tutelado”.

Dentro de esta línea de argumentación, el bien jurídico aparece como un criterio negativo para la criminalización en la medida que determina la prohibición de regular tipos penales que no supongan una afectación al mismo (lesividad). En pocas palabras, sin bien jurídico no puede haber injusto penal<sup>5</sup>.

Por ello, y de acuerdo con FERNÁNDEZ, la incidencia de este principio en la sede parlamentaria es incuestionable, por su idoneidad para reducir el ámbito de intervención penal del Estado, restringiéndolo a una franja de situaciones de alta e intolerable dañosidad social, que por la entidad objetiva de la conducta (gravedad del ataque) y la importancia de los bienes involucrados reclaman, imperiosamente, la intervención subsidiaria del control penal<sup>6</sup>.

B. Por otro lado, resulta indiscutible que el bien jurídico es un elemento imprescindible en la tarea de ordenación legislativa de los tipos penales, en la función interpretativa de los jueces, y en la misma construcción de la teoría del delito. Es así que dentro de esta perspectiva denominada dogmática o sistemático-teleológica, pueden distinguirse las siguientes funciones:

(1) *Sistematizadora*. La noción del bien jurídico protegido permite ordenar metodológicamente los supuestos de hecho que conforman los distintos tipos o conductas prohibidas, teniendo en cuenta su naturaleza, forma de ataque, intensidad, etc. En resumen, los hechos punibles se describen y clasifican en atención a un determinado bien jurídico. Así por ejemplo: los delitos contra la vida humana independiente se agrupan dentro del capítulo relativo al homicidio y sus formas; de igual forma, la vida humana prenatal se protege por medio de los delitos relativos al aborto, etc.

(2) *Interpetativa*. Una vez precisado el bien jurídico protegido por una disposición penal, por medio de los diferentes criterios interpretativos –especialmente el teleológico– se pueden excluir del enjuiciamiento penal aquellas conductas que no tengan posibilidad de lesionarlo o ponerlo en peligro, descartándose *prima facie* conductas inocuas o insignificantes. Ejemplo: la conducta de falsificar un billete para jugarle la broma a otra persona no puede ser comprendida dentro del Art. 279 CP.

Desde esta óptica, el proceso de interpretación judicial de una norma penal ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por la misma, concluyendo dicha actividad

<sup>5</sup> Al respecto: HASSEMER, “*Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*”, ADPCP, 1992, Pág. 238; BUTELER, “*Garantías y Bien Jurídico*”, en A.A.V.V., *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, Pág. 405 y ss.

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ, “*Bien jurídico y sistema de delito*”, citado, Pág. 417 y ss.

intelectiva en si esa conducta tiene efectivamente una significación jurídico-penal o no la tiene.

(3) *Intrasistemática o dentro del sistema de la teoría del delito.* Dentro de esta perspectiva, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico -disvalor de resultado-juntamente con el disvalor de acción representan la esencia material del injusto penal. Y por tanto, al ser un elemento esencial dentro del esquema de imputación, sus efectos se proyectan –entre otros– en: (a) la distinción entre delitos de lesión y de peligro; (b) la tentativa; (c) el concurso de delito; (d) la imputación objetiva, (e) como presupuesto esencial de las causas de justificación, y aún, (f) en la culpabilidad<sup>7</sup>.

C. Por último, con relación a su relevancia constitucional, conviene resaltar lo expuesto en la sentencia de inconstitucionalidad emitida el uno de abril de dos mil cuatro por la SC: “el punto de partida para la formulación de un contenido material en la definición de delito, ha de constituirse la función que desempeña el Derecho Penal: *posibilitar la vida en comunidad mediante la tutela de bienes jurídicos*. Si se da por sentado este punto de partida, la determinación de un concepto constitucional de delito debe precisar los criterios por los que se llega a establecer, en la concurrencia de un comportamiento, la gravedad suficiente para que éste (sic.) justificada su calificación como hecho delictivo. Uno de tales criterios consiste en la relevancia del bien jurídico protegido, es decir, *el factor determinante de la intervención del Derecho Penal es la importancia del bien jurídico tutelado y la relevancia del modo de ataque*”<sup>8</sup>.

Pese a estos resultados, producto de más de dos siglos de discusión, el concepto de bien jurídico se encuentra desde el siglo pasado en crisis. En efecto, no ha sido posible a esta altura de la discusión determinar con precisión cuál es su fundamento material; tampoco se han operativizado satisfactoriamente la mayor parte de sus funciones dogmáticas y político-criminales; y no se ha encontrado un criterio de legitimidad de los denominados “bienes jurídicos colectivos”<sup>9</sup>.

Aunado a ello, sobre su rendimiento político-jurídico se ha llegado a afirmar con claro escepticismo, que lo que antes fue un principio limitador o negativo para el legislador –en la medida que únicamente la afectación a un bien jurídico podía dar lugar

<sup>7</sup> En tal sentido FERNÁNDEZ: “[s]i el bien jurídico significa una relación de disponibilidad social, imprescindible para la participación social y autorrealización del sujeto, ello cuenta a la hora de estimar la culpabilidad”, “Bien jurídico y sistema de delito”, citado, Pág. 426.

<sup>8</sup> *Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras*, Considerando IV, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2004. Pág. 159.

<sup>9</sup> Sobre ello, Véase: BERDUGO, “*Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*”, conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca en abril 1990, ejemplar dactilografiado, Págs. 155 y ss.

a la creación de delitos— ahora es un principio positivo, es decir, una exigencia de que se criminalice todas aquellas conductas que puedan afectar los intereses que se consideren merecedores de protección<sup>10</sup>. Un ejemplo claro es, sin duda, la incesante tendencia de reforma de la parte especial del Código Penal salvadoreño, en la cual últimamente se han incluido comportamientos que van desde contravenciones administrativas hasta comportamientos sumamente alejados de una concreta afectación o daño.

Por otro lado, dentro de la dogmática penal, su importancia ha sido puesta en duda por las orientaciones de corte sistémico-funcionalista. Así, JAKOBS sostiene que lo relevante respecto a la responsabilidad penal no son las consecuencias externas de la conducta —léase evitar lesiones a bienes jurídicos— sino la determinación de un quebrantamiento de una norma; pues la pena, no puede sanar las consecuencias del comportamiento delictivo ni determinar la reparación del daño.

Desde su planteamiento, la misión de la pena no es la protección de esos intereses reales dignos de protección, sino el mantenimiento de la norma como modelo de orientación de los contactos sociales, a costa de un infractor que la cuestiona y ante el cual hay que reafirmar su vigencia<sup>11</sup>.

Ante tales disyuntivas, conviene efectuar un replanteo sobre la problemática del bien jurídico y de sus contornos, a fin de establecer si este concepto posee capacidad de rendimiento para enfrentar los retos dogmáticos y políticos del así llamado “Derecho Penal moderno”<sup>12</sup>. Tal respuesta pasa en primer lugar, por contestar la difícil pregunta de qué es un bien jurídico.

## II. PLANTEAMIENTOS DOCTRINARIOS EN LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL BIEN JURÍDICO.

El concepto de bien jurídico tiene como antecedente la teoría del objeto del delito derivada de la ciencia penal del iluminismo francés, conforme a la teoría jusnaturalista del contrato social. Según RUDOLPHI, el Estado es considerado como decisión conjunta de los hombres, y por cierto, con el objeto de asegurar la mayor libertad posible para

<sup>10</sup> Fundamental en este sentido: HASSEMER, “*Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*”, citado, Pág. 239.

<sup>11</sup> JAKOBS, “*Derecho Penal*”, Parte General, Edit. Civitas, Madrid, 1995. Pág. 45. En uno de sus trabajos sostiene: “La teoría del derecho penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez especialmente en la teoría de los fines de la pena: el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación” (*¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, el funcionalismo en Derecho Penal, Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, Pág. 56.

<sup>12</sup> HASSEMER, “*Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*”, citado, Pág. 236 y ss.

todos los ciudadanos. “La única tarea legítima del Estado, por lo tanto, era la protección de los derechos de sus ciudadanos y los suyos propios para la realización de sus fines, definidos en el contrato social. Como núcleo material de todo delito aparece, conforme a esto, la lesión de derechos subjetivos”<sup>13</sup>.

Estrictamente, en la ciencia del Derecho Penal, aparece definido por primera vez en 1834 por el jurista alemán BIRNBAUM. Él sostuvo que “si se quiere tratar el delito como lesión, lo esencial es (...) relacionar necesariamente este concepto con arreglo a su naturaleza, no con un derecho, sino con un bien”. Así que lo que realmente lesiona el delito no son derechos, los cuales permanecen indemnes, sino “bienes”, pues “...supongamos que perdemos algo o que somos despojados de una cosa que para nosotros es un bien al cual tenemos jurídicamente derecho, éste será el objeto de nuestro derecho y si nos es sustraído o se ve disminuido, nuestro derecho no se verá disminuido ni sustraído...”<sup>14</sup>.

En base a ello, establece que el “bien” se relaciona con un concepto “natural de lesión...que vinculamos con una persona o una cosa que la concebimos como de nuestra pertenencia o sobre algo que para nosotros es un bien y que nos puede ser disminuido o sustraído por la acción de otro”<sup>15</sup>. En síntesis, el bien es un ente objetivable y concreto de la realidad a quien el derecho dispensa su protección.

Al respecto, BERDUGO sostiene que con la aportación del referido profesor alemán, se sustituye al derecho subjetivo como un elemento nuclear del delito, y se pretende elaborar un concepto de delito previo al legislador que pueda condicionar sus decisiones y que lo limite<sup>16</sup>. Por su parte, BUSTOS RAMÍREZ considera que tal aportación constituyó un “cambio de paradigma” en el Derecho Penal, ya que “no se trata de una investigación sobre la actitud moral del sujeto, no se trata de poner el acento en el individuo, sino en el objeto de protección del Derecho Penal; se trata antes que nada, por tanto, de un problema de decisión política y no de la subjetividad del sujeto”<sup>17</sup>.

Posteriormente, el debate doctrinario se centró en si esos “bienes” son básicamente realidades inmersas en las normas penales, cuya génesis se produce de forma simultánea con su formulación legislativa, o si, por el contrario, son realidades previas al legislador,

<sup>13</sup> RUDOLPHI, “*Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*”, citado, Pág. 333.

<sup>14</sup> BIRNBAUM, citado por HORMAZÁBAL, “*Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*” (el objeto protegido por la norma penal), Edit. PPU, Barcelona, 1991, Págs. 26-27.

<sup>15</sup> *Ibidem*. Pág. 30.

<sup>16</sup> BERDUGO, “*Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*”, citado, Pág. 157.

<sup>17</sup> BUSTOS RAMÍREZ, “*Los bienes jurídicos colectivos, control social y sistema penal*”. Edit. PPU, Barcelona, 1987, Pág. 185.

el cual únicamente las selecciona y protege por medio del Derecho Penal. La primera posición sostenida por BINDING y la segunda por LISZT.

BINDING –quien consideró el estudio del derecho positivo como la única actividad propia del jurista– definió al bien jurídico como “todo lo que en sí mismo no es un derecho, pero que con los ojos del legislador es de valor como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento incólume y libre de perturbaciones tiene interés desde su punto de vista y que por ello hace esfuerzos a través de sus normas para asegurarlo ante lesiones o puestas en peligro no deseadas”<sup>18</sup>.

De acuerdo con HORMAZÁBAL, la determinación de qué cosas, personas, estados que constituyen las condiciones concretas para una vida sana en común – según BINDING– se realizan por medio de un juicio de valor del legislador, éste es quien les da la categoría de bienes jurídicos, sin otra limitación que su propia consideración y la de la lógica<sup>19</sup>. Ello supone un sometimiento del individuo frente al Estado, en la medida que las fases de incriminación, desde la creación de la norma, la selección de los bienes jurídicos y la ejecución penal, están en función de las proyecciones políticas de este último, y donde el ciudadano no tiene más remedio que obedecer si no quiere sufrir el castigo<sup>20</sup>.

Se advierte entonces, que ello resulta totalmente inaceptable desde una perspectiva democrática y personalista que informa al Estado Constitucional de Derecho.

En contraposición, LISZT sostuvo que los bienes jurídicos son los *intereses vitales* del individuo o de la comunidad. Pero éstos, no son creados por el orden jurídico, sino que éste los reconoce y protege, pues esa es su misión<sup>21</sup>. Ellos, los *lebensinteressen*, resultan de las relaciones de vida entre los mismos individuos o entre los particulares y la sociedad organizada con el Estado. Por ello afirmó: “[l]a libertad personal, la

<sup>18</sup> BINDING, citado por HORMAZÁBAL, “*Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*”, citado, Pág. 41.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Ibidem*. En similares términos, BERDUGO afirma: “En la concepción de Binding estamos ante un bien del derecho, éste, el bien jurídico, es inmanente al sistema penal, es una creación del legislador, se trata en suma de una categoría formal. Este planteamiento es coherente con una concepción formalista del Derecho Penal, que identifica al delito con contravención de la norma (y contravención del derecho del Estado a mandar y a ser obedecido). Desde esta posición se renuncia a enjuiciar y a criticar la decisión del legislador a partir del contenido del bien jurídico, estamos ante una categoría formal, importante para cumplir un criterio de sistematización y ordenación, pero que ha abandonado la función potencial límite al legislador con la que fue concebida por Birnbaum”. “*Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*”, citado. Págs. 157-158.

<sup>21</sup> LISZT, “*Tratado de Derecho Penal*”, Tomo segundo, Edit. Reus, Madrid, 1927, Pág. 2.

inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia eran intereses vitales, como los derechos de autor e inventor, mucho antes de llegar a estar garantizados por la Constitución contra las intromisiones arbitrarias del poder el Estado, o por las leyes penales, contra las violaciones procedentes de los individuos”.<sup>22</sup>

Esta tesis resulta fundamental, en la medida que el bien jurídico aparece colocado en el centro de la discusión jurídico-penal como elemento que le daría materialidad al delito y que al mismo tiempo expresa la finalidad básica del orden jurídico: su protección. Es así que el “bien de los hombres” constituye un reflejo de la realidad social en el mundo de lo jurídico<sup>23</sup>.

Años después de esas importantes aportaciones, el debate sobre la concreción material del bien jurídico quedó relegada por la discusión sistemática de la teoría del delito entre los causalistas y finalistas; volviendo a adquirir importancia en la década de los años sesenta del siglo pasado en los movimientos de reforma penal europeos, particularmente en Alemania y España.

Como apunta BERDUGO, en el marco de la reforma penal alemana era imprescindible la noción del bien jurídico como criterio que permitiera excluir de la tutela penal comportamientos que sólo son inmorales, que tienen escasa trascendencia y no suponen ningún obstáculo para el mantenimiento del sistema social<sup>24</sup>. Desde ese entonces, se han vislumbrado al menos tres consecuencias operativas de este principio: (1) las conminaciones penales que no protegen bienes jurídicos son arbitrarias; (2) las finalidades puramente ideológicas no pueden ser consideradas bienes jurídicos; y (3) las meras inmoralidades no constituyen objeto de protección del Derecho Penal<sup>25</sup>. Ello conllevó a una profunda modificación en el ámbito de los delitos sexuales en al ámbito de la legislación germana.

Al contrario, en la reforma española, el debate tuvo la pretensión de construir un razonamiento dogmático, que al conectar directamente con la realidad, permitiera evitar las soluciones que para los conflictos sociales propugnaba el legislador franquista<sup>26</sup>. Resalta entonces, la dimensión limitativa del principio de protección de bienes jurídicos con relación a la potestad estatal de castigar.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> HORMAZÁBAL, “*Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*”, citado, Pág. 51.

<sup>24</sup> BERDUGO, “*Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*”, citado, Pág. 159.

<sup>25</sup> ROXIN, “*Derecho Penal*”, Págs. 56 y 57. Del mismo: “*El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo*”, A.A.V.V., Política criminal y reforma del Derecho Penal, Edit. Temis, Bogotá, 1982, Págs.7-9.

<sup>26</sup> BERDUGO, “*Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*”, citado, Pág. 160.

Por otro lado, en el ámbito doctrinario resurge nuevamente el debate que aún se mantiene vigente. Esta vez, por las tendencias sociológicas y constitucionalistas que intentan encontrar un fundamento material del bien jurídico: en la “*dañosidad social*”, la primera; y, en la afectación a los derechos fundamentales contemplados en la Constitución, la segunda.

Dentro de las inicialmente enunciadas –cuya fuente lo constituyen las tendencias funcionalistas– AMELUNG ha sostenido que el contenido del bien jurídico está condicionado por lo que es “socialmente dañoso”, entrando en tal categoría “los acontecimientos disfuncionales, los fenómenos sociales que impiden o dificultan al sistema social la superación de los problemas que obstaculizan su progreso<sup>27</sup>”. El delito es entonces un caso especial de fenómeno disfuncional, el cual entra en contradicción con una norma socialmente institucionalizada<sup>28</sup>.

HORMAZÁBAL critica tal postura en la medida que no permite el desarrollo del principio garantista de exclusiva protección de bienes jurídicos, ya que “el contenido del concepto se hace derivar de las condiciones de mantenimiento de una determinada estructura social que mediatiza y encubre las necesidades reales de los individuos en dicha estructura. El bien jurídico en este contexto carece realmente de importancia y como referente material para limitar el *ius puniendi* estatal ofrece muy pocas posibilidades<sup>29</sup>”. De igual parecer es ROXIN, quien advierte que: “si se convierten en norte de la legislación penal las condiciones de existencia del sistema social, se abandona palmariamente el eje liberal de la teoría del bien jurídico y su procedencia del individuo. La muerte o la ignominia de seres humanos considerados suplerfluos, molestos o caídos en desgracia, tal como nos enseña la historia, puede ser funcional al sistema<sup>30</sup>”.

De manera contraria, TERRADILLOS argumenta que: “[s]i la regla político-criminal es suprimir lo disfuncional y potenciar lo funcional, lo que se hace es consolidar sin límite la situación presente. Se trata, pues, de una política progresivamente conservadora<sup>31</sup>”. Por ello es que, AMELUNG se ve sometido a la imperiosa necesidad de encontrar un límite al cual sujetar la valoración de lo “socialmente dañoso”, pues en tal concepto cabe todo, y tal límite lo encuentra, en los principios liberales referidos a la persona en la Constitución.

<sup>27</sup> AMELUNG, citado por HORMAZÁBAL, “*Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*”, citado, Pág. 110.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> ROXIN, “*El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo*”, citado, Pág. 8.

<sup>31</sup> TERRADILLOS, “*La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*”, RFDUC, 1981, Pág. 135-136.

Dentro de estas concepciones doctrinarias de corte sociológico, mayor precisión logra el profesor español TERRADILLOS BASOCO, quien identifica al bien jurídico con aquellas posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas, a partir del trinomio interés-necesidad-igualdad material<sup>32</sup>.

De acuerdo con su postura, y siguiendo a POLAINO NAVARRETE, todas las necesidades son necesidades de algo, lo cual no se manifiesta en forma ideal o abstracta. Por tanto, todo aquello –y sólo aquello– de lo que una persona puede tener necesidad ha de ser considerado como un bien, en tanto merezca estimación positiva en el plano objetivo del ordenamiento jurídico. Por ello, el concepto de necesidad contiene los elementos de generalidad y contrastabilidad que le hacen especialmente apto para ser la base del discurso racional.

En esta lógica, es posible distinguir al menos tres tipos de necesidades: (A) las existenciales, que son constantes y universales, constituyéndose en el *minimum vital* del individuo (alimentación, relaciones sociales y sexuales, etc.); (B) las propiamente humanas como el amor y amistad, cuya satisfacción no consiste en una acumulación aritmética de objetos útiles, y (C) las radicales, que nacen en la sociedad basada en relaciones de subordinación, cuya satisfacción sólo es posible superando tal tipo de sociedad. Siendo competencia –en principio– del Derecho Penal las primeras<sup>33</sup>.

De forma contraria a las tesis anteriormente expuestas, acorde con FABIÁN CAPARROS, las teorías constitucionalistas tratan de individualizar el concepto de bien jurídico acudiendo para ello a los criterios reconocidos en la Ley Fundamental. Desde este punto de vista, la Constitución, en tanto que norma suprema a la que necesariamente ha de ajustarse todo el ordenamiento jurídico, desplegaría toda su eficacia normativa y vincularía al legislador a la hora de desarrollar cualquier decisión de orden político-criminal<sup>34</sup>.

Conviene en este punto citar la tesis postulada por RUDOLPHI, quien define a los bienes jurídicos como funciones importantes para la vida social de acuerdo a la Constitución. Por ello afirma: “según las decisiones valorativas de nuestra Constitución, la tarea del derecho penal sólo está dada por la protección frente a los ataques humanos de los objetos sobre los cuales se basa la libertad y la responsabilidad de los ciudadanos, individualmente considerados, sobre la cual se basa la vida social. La incriminación

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Ibidem*, Págs. 137-138.

<sup>34</sup> FABIÁN CAPARRÓS, “Consideraciones Generales sobre el concepto y contenido del bien jurídico”, Universidad de Salamanca, ejemplar dactilografiado, Págs. 4 y ss.

de puras contravenciones de la vida moral es contraria a las valoraciones de nuestra ley fundamental. Si se intenta caracterizar conceptualmente el núcleo material de los comportamientos que son combatibles mediante la pena, puede decirse que se trata de perturbaciones de aquellas funciones, que son constitutivas para la vida social que se desarrolla dentro del marco constitucional. Con otras palabras: la protección de bienes legitimada por la Constitución es solamente la que se refiere a la estructura de nuestra sociedad en su concreta configuración y a las unidades funcionales que son para ello necesarias y, por lo tanto, valiosas”<sup>35</sup>.

En el mismo contexto se ubica la tesis de ARROYO ZAPATERO quien considera la existencia dentro de la Constitución de un “programa penal”, compuesto de un conjunto de postulados político-criminales genéricos que vinculan al legislador y a los tribunales en la conformación del ordenamiento jurídico-penal. Tal programa se extrae de los principios generales que la norma fundamental consagra (igualdad, pluralismo, tolerancia, libertad, racionalidad, proporcionalidad), y de ellos pueden obtenerse los criterios para configurar el conjunto del sistema penal, tanto fundamento como su función<sup>36</sup>.

Sin duda, el mayor aporte que realizan estos planteamientos es destacar el carácter vinculante que tiene la *norma normarun* en la actividad del sistema penal, lo que no puede ser olvidado. Sin embargo, también tales planteamientos no se encuentran libres de objeciones como son: (A) que el apelar de forma única y exclusiva a los grandes principios rectores del marco constitucional para la creación de tipos penales no reúne las garantías mínimas de seguridad jurídica. Al contrario, de forma contraproducente, genera un amplio campo de acción para la “fértil imaginación del legislador” quien puede caracterizar como bien jurídico cualquier cosa que considere inserta en la ley primaria<sup>37</sup>. (B) Por otra parte, la exigencia de atender no a los principios generales, sino a las concretas disposiciones constitucionales, conllevaría volver al error cometido por BINDING de identificar bienes jurídicos con las mismas normas, un positivismo que desconocería el sustrato social inherente a la noción de bien jurídico. (C) Por último, defender que los objetos de tutela penal deben ser determinados a partir de los márgenes establecidos en el estatuto fundamental, sería afirmar de ella su perfección tan absoluta como utópica. Aunado a ello, se discute su adaptabilidad a las crecientes demandas de una sociedad en pleno desarrollo histórico<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> RUDOLPHI, “*Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*”, Pág. 346.

<sup>36</sup> ARROYO ZAPATERO, “*Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*”, RJUCLM, N° 1, 1987, Págs. 103-105.

<sup>37</sup> FABIÁN CAPARRÓS, “*Consideraciones generales sobre el concepto y contenido del bien jurídico*”, citado Pág. 5.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

### III. PRESUPUESTOS FUNDAMENTALES PARA LA ELABORACIÓN DE UNA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO.

Pese a todas las divergencias doctrinales antes reseñadas, sostengo que es una ineludible obligación para la ciencia del Derecho Penal, elaborar una teoría del bien jurídico que permita *dilucidar su fundamento material y que pueda tener utilidad tanto para la dogmática penal como para la política criminal*.

De acuerdo con ello, a fin de que esta teoría resulte operativa y fructífera, ha de partir de que el concepto de bien jurídico debe ir necesariamente referido a la realidad social, ya que su génesis se encuentran en la compleja red de interrelaciones de los distintos miembros de la comunidad, y éstos con el Estado. Por tanto, no constituye ni puede constituirse una creación exclusiva de la actividad normativa<sup>39</sup>. Sin embargo, su selección del medio social implica una decisión política del Estado.

Esta decisión legislativa si bien es valorativa, no puede ser arbitraria, sino que ha de tener como base los fines y principios que rigen tanto a la comunidad en su conjunto como al Estado en sí, los cuales se encuentran en la Constitución. Particularmente estimo, que en las sociedades democráticas los objetos dignos de tutela penal –así como cualquier proceso de criminalización– han de ser discutidos y consensuados por todos los actores sociales sin ningún tipo de exclusión, lo que garantiza una mayor legitimidad política del *ius puniendi*.

Con relación a los elementos básicos que deben tenerse en cuenta en la elaboración de un concepto material y operativo de “bien jurídico”, el cual tenga una utilidad tanto sistemática como legislativa, considero *posible y conveniente* –al igual que lo hace un amplio sector de la doctrina– *conciliar tanto las posiciones doctrinarias sociológicas como constitucionales*<sup>40</sup>.

En este sentido, la propuesta de AMELUNG referente a la “dañosidad social de la conducta puede ser un elemento importante, en la medida que contribuye a superar las concepciones trascendentalistas del bien jurídico y permite objetivizar el “ente” que será sometido a valoración social.

<sup>39</sup> En este aspecto, sigo los planteamientos efectuados por LISZT anteriormente señalados, al igual que lo hace un respetuoso sector de la doctrina, entre otros: BERDUGO y otro, “*Lecciones de Derecho Penal*”, citado. BUSTOS/HORMAZÁBAL, “*Lecciones de Derecho Penal*”, Vol. 1, Edit. Trotta, Madrid, 1997. ROXIN, *Derecho Penal*, citado. BERDUGO y otros, “*Lecciones de Derecho Penal*”, 2º Edición, Edit. La Ley, Barcelona.

<sup>40</sup> FABIÁN CAPARROS, afirma que tal mixtura no es solamente conveniente y posible, sino que además, es necesaria. Véase: “*Consideraciones generales sobre el concepto y contenido del bien jurídico*”, citado, Pág. 6.

Sin embargo, a raíz de su difícil precisión conceptual, –la dañosidad social como definición del bien jurídico– no puede constituirse como único factor que determine el proceso de tipificación de conductas. Es preferible entonces, la tesis de TERRADILLOS BASOCO en el sentido que bien jurídico será todo aquel elemento que permita la satisfacción de necesidades humanas.

Empero cabe advertir, que, ambos criterios sociológicos, si bien pueden determinar de una forma solvente la utilidad de la incriminación, requieren ser complementados desde una perspectiva valorativa, y esta sólo puede provenir de la máxima norma rectora del ordenamiento jurídico. *Es así que en el estadio actual de la discusión doctrinaria acerca del referente material del bien jurídico no puede desconocerse el papel que la norma fundamental tiene en la configuración del concepto.*

Debe recordarse sintéticamente, que la Constitución además de configurar y ordenar los órganos del Estado, establece límites al poder y con ello se aseguran los ámbitos de libertades y derechos fundamentales que ella recoge. Por otra parte, a partir de su ubicación dentro del sistema de fuentes, ostenta una posición de prevalencia jerárquica sobre las demás normas del ordenamiento jurídico, las cuales únicamente serán válidas si no contradicen a la norma suprema. En pocas palabras, la Constitución tiene una eficacia normativa directa indiscutible.

Igualmente, no puede desconocerse la existencia en la misma de un sistema de valores y principios producto de las tradiciones humanistas derivadas de la ilustración y del constitucionalismo moderno, cuyos ejes principales se configuran a partir de los principios de libertad, dignidad humana e igualdad, los que informan de manera general y particular en sus disposiciones, principios de obvia relevancia en la elaboración de la dogmática penal.

En conclusión, podemos definir a los bienes jurídicos como *todas aquellas condiciones existenciales que aseguran la satisfacción de las necesidades humanas y cuyo menoscabo anula o limita las posibilidades de desarrollo personal dentro del marco social contemplado por la Constitución.*

Sin embargo, no todo lo que tenga tales características debe ser obligadamente protegido por el Derecho Penal. Y a ello me refiero, ya que puede acontecer que algún objeto o relación social pudiera resultar comprendido dentro de esta definición material; pero su protección no debe implicar necesariamente a la pena. Aquí, el principio de protección de bienes jurídicos debe conjugarse con otros principios limitadores del *ius puniendi* estatal como son los principios de mínima intervención del Derecho Penal (fragmentariedad y subsidiariedad) y la proporcionalidad de las penas.

Es preciso entonces advertir, tal como lo sostiene ARROYO ZAPATERO, que los criterios que deben guiar al legislador para ascender de categoría a un bien jurídico o a una modalidad de agresión al mismo, deben derivarse de la relevancia constitucional del interés y del acomodo de la intervención a las exigencias que el principio de proporcionalidad impone al Derecho Penal<sup>41</sup>.

Al efecto, deben ensayarse previamente a efectos de su protección, otras alternativas jurídicas o parajurídicas, que eviten la extensión desmesurada del derecho punitivo<sup>42</sup>.

#### **IV. LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS Y SU LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL.**

Particular atención, sin duda, merecen los denominados bienes jurídicos de “carácter colectivo”, “supra-individual” “difuso”, cuya protección se dispensa por medio de un sinnúmero de tipos penales.

En contraposición a los denominados bienes jurídicos “individuales” o “clásicos” (vida, libertad, patrimonio), cuyo origen histórico se remontan a la conformación del Derecho Penal propio del Estado Liberal Burgués, los de carácter “colectivo” se desarrollan en consonancia con los postulados fundamentales del Estado Social, caracterizado por una intervención estatal pro-activa en los diversos ámbitos del imaginario social.

De acuerdo con GARCÍA PELAYO, el Estado Social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional liberal a las condiciones sociales de la civilización industrial y post-industrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos. Esto conlleva un aumento y diversificación de órganos, poderes y actores estatales, así como de las funciones sociales que éstos desempeñan.

Así, esta forma de Estado “no sólo tiene a su cargo las funciones que podemos denominar clásicas, cuya realización, por otra parte, está sometida a un proceso de diversificación, sino que asume las de la procura existencial, es decir, la satisfacción de las necesidades de la existencia que ni el individuo ni los grupos pueden asegurar por sí mismos, y la de la estabilidad y desarrollo de la sociedad industrial y post-industrial, incapaz de autorregulación. Bajo este supuesto, sus funciones se han extendido a

<sup>41</sup> ARROYO ZAPATERO, “*Derecho Penal económico*”, RP, N°1, julio 1997, P. 1 y ss.

<sup>42</sup> CARBONELL MATEU, “*Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos*”, en: “*Intereses difusos y Derecho Penal*”, CDJ, CGPJ, Madrid, 1994, Pág. 13.

la dirección y regulación de la economía nacional, al apoyo logístico del crecimiento económico, a la intervención estructural y coyuntural en la producción y en el mercado, etc.; a la generación y gestión de prestaciones sociales; a la promoción de la investigación y desarrollo, a la amplia y diversificada difusión de la cultura para todos los niveles de la sociedad, etc., tareas cada una de las cuales encierra, a su vez, una amplia gama de complejidad<sup>43</sup>.

En suma, el calificativo de “social” que se le adjudica a esta forma de poder, hace referencia a la corrección del individualismo clásico por medio de la afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social<sup>44</sup>.

En la materia que nos ocupa, la tutela penal se amplía más allá de los bienes estrictamente personalísimos a la protección de *intereses difundidos o masivos*, los cuales corresponden a grandes sectores de la población, como son medio ambiente, seguridad laboral, orden económico, entre otros. De esta forma, los bienes jurídicos de carácter individual se complementan con otros, cuya titularidad descansa en la pluralidad de miembros que componen la comunidad, siendo por ello indisponibles o no negociables individualmente<sup>45</sup>.

Es así que los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales *constituyen todos aquellos medios que permiten la satisfacción masificada de las necesidades existenciales de los miembros de la comunidad en general*.

Conviene ahora referirse a la problemática, aún no resuelta, de qué tipos de bienes de carácter plural pueden resultar protegidos por el Derecho Penal, y para ello nuevamente la Constitución constituye el punto ineludible de referencia.

El art. 1 CS reconoce de la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado, lo cual conlleva la idea de la función instrumental de este último con relación a la efectiva y real vigencia de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. Así, desde una concepción “personalista”, el Estado tendrá sentido sólo como un medio puesto al servicio de la persona humana<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> GARCÍA PELAYO, “*Las transformaciones del Estado contemporáneo*”, Obras Completas, Tomo II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Pág. 1723 y ss.

<sup>44</sup> DÍAZ, “*Estado de Derecho y sociedad democrática*”, Edit. Taurus, Madrid, 1988, Pág. 84.

<sup>45</sup> BUSTOS RAMÍREZ, “*Los bienes jurídicos colectivos*”, Control social y sistema penal, Edit. PPU, Barcelona, 1987, Pág. 197.

<sup>46</sup> Con relación al carácter personalista de la Constitución, véase al respecto la sentencia pronunciada por la SC el 19-VII-1996 (Inc. 1-92).

La misma finalidad tiene el Derecho, como ámbito de regulación inter-subjetiva de conductas: garantiza la libertad de cada individuo, de forma que éste pueda realizar libremente sus fines y participar sin arbitrarias limitaciones dentro del sistema social.

Sin embargo, para que la participación de todos y cada uno de los ciudadanos sea posible dentro del medio social, se requiere proteger jurídicamente todas aquellas condiciones que inciden en ese proceso de desarrollo humano y que corresponden en igualdad de oportunidades a todos los habitantes de nuestro país tales como la seguridad social, la salud pública y asistencia social, el sistema político, el orden económico, etc.

Son estos bienes colectivos constitucionalmente configurados –y otros que no estén pero que se apunten en la misma línea argumentativa– los que verdaderamente gozan de legitimidad democrática para ser protegidos penalmente. Ello nos lleva a la conclusión, de que sólo éstos pueden ser considerados merecedores de protección de acuerdo al marco constitucional.

Cuestión distinta es que la técnica de tipificación de los mismos tengan que ser necesariamente por medio de los delitos de peligro: abstracto o concreto, o a través de la técnica de la ley penal en blanco. Temas que trascienden el mero razonamiento sobre su legitimidad, cuyo análisis difuminaría los marcos de la presente exposición.

Lo importante es resaltar, que la tutela de los bienes jurídicos colectivos con sustrato personalista se muestra acorde a la carta magna y corresponden a un Derecho Penal que necesariamente debe adaptarse a los cambios sociales. Tal argumentación, ha de tener claras repercusiones en el ámbito de interpretación judicial, como a continuación expondré.

## V. TRES CASOS PROBLEMÁTICOS.

Sin ninguna duda, algunos tipos penales que toman como referencia bienes jurídicos de carácter colectivos generan interrogantes interpretativas acerca de qué conductas pueden resultar englobadas dentro de los mismos. Entre ellos resaltan por su complejidad: los delitos relativos a las drogas, la conducción temeraria así como la portación y tenencia ilegal de armas. Cada uno de ellos merece un análisis particular.

A. De acuerdo con sector mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia penal iberoamericana, el bien jurídico protegido en los delitos relativos a las drogas lo constituye la *salud pública*<sup>47</sup>. Ello, a diferencia de otras posturas, que consideran afectado el interés

<sup>47</sup> QUINTERO OLIVARES y otros, “Comentarios a la parte especial del Derecho Penal”, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1996.

del Estado en controlar el tráfico de aquellas sustancias o se basen en la protección de intereses morales o culturales<sup>48</sup>.

Sin embargo, surgen discrepancias acerca de cómo debe ser entendido el término “salud pública”. Para algunos, constituye la suma de bienestar físico y psíquico de cada uno de los ciudadanos, con lo que se resalta el referente personal que debe encontrarse presente en el entendimiento de estas conductas; pero, aún con ello, el bien jurídico se muestra impreciso, pues la conducta atentatoria ciertamente no tiene por que lesionar ni inmediata, ni directamente la salud individual. Por ello es habitual que se complemente tal perspectiva con la protección de la salud individual, la juventud, la seguridad colectiva y, aun, con el orden público y la estructura económica e institucional de la sociedad<sup>49</sup>.

En particular, considero acertado ubicar —como lo hace JOSHI JUBERT— el entendimiento de la salud pública como la presencia de un nivel de salud óptimo en una sociedad concreta, lo cual acontece cuando la gran mayoría de sus individuos gozan de salud individual para llevar a cabo el plan de vida libremente elegido en igualdad de condiciones y con capacidad para cumplir con los deberes derivados de la convivencia democrática<sup>50</sup>. Alcanzar y mantener tal nivel óptimo de salud individual en todos los miembros de la sociedad, constituye una función primordial del Estado de acuerdo al art. 65 CS. Desde esta óptica, atentar contra la salud pública significa “destruir los presupuestos para que cada uno de los ciudadanos puedan disfrutar del nivel óptimo de salud, así como también destruir los fundamentos de las relaciones interindividuales”<sup>51</sup>. En efecto, el tráfico de estupefacientes supone impedir la generalización de un hábito contrario a la salud, y una lesión potencial a un inconcreto número de ciudadanos.

Conforme a lo expuesto, el bien jurídico “salud pública” será afectado sólo en el caso de que realmente concurra un peligro —aunque remoto— para terceras personas, lo cual descarta aquellas conductas que: a) sean socialmente tolerables o que no generen riesgo alguno para la colectividad; b) generen un riesgo insignificante; o, c) falte la finalidad de traficar exigida por el tipo (por ejemplo: consumo compartido y auto-consumo)<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Con ulteriores referencias, VIVES ANTÓN y otros, “*Derecho Penal*”, Parte Especial, 2º Edición, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1996, Pág. 639.

<sup>49</sup> CUESTA ARZAMENDI, “Drogas y Política Criminal en el Derecho Penal europeo”, en: *Delitos contra la seguridad pública*. CDJ-CGPJ, N° 21/1992. Pág. 9-53.

<sup>50</sup> JOSHI JUBERT, “*Los delitos de tráfico de drogas I*”. *Un estudio analítico del art. 368 CP*, Edit. Bosch, Barcelona, Pág. 41 y 42.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

B. Con relación a la conducción temeraria de vehículo de motor, la mayor parte de autores consideran la seguridad en el tráfico vial –como un específico ámbito de la seguridad colectiva– como el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, ya que tal comportamiento pone en peligro –al igual que el anterior grupo de delitos– un número indeterminado de personas<sup>53</sup>.

Empero, no es perceptible entonces diferencia alguna con el ámbito administrativo sancionatorio, el cual tiene la misma finalidad y cuya esfera de aplicación resulta quizás más eficaz, aunque de contenido más leve.

Talvez la solución en este caso, provenga de la ubicación que este delito tiene dentro de la Parte Especial del Código Penal, es decir, dentro de los delitos de peligro para la vida e integridad personal (arts. 147 A, B, C, D y E).

En tal sentido, más parece que la intención del legislador es proteger de un modo inmediato la vida y la integridad de personas, poniéndose en peligro estos bienes jurídicos cuando se efectúan algunas de las conductas indicadas<sup>54</sup>. Así, la temeridad ha de entenderse referida a la puesta en peligro concreta de terceros mediante la actividad, ya de por sí arriesgada, de participar en el tráfico automovilístico inobservando las normas reglamentarias y de cuidado, cuyo objetivo es reducir sensiblemente la posibilidad de un desenlace fatal<sup>55</sup>.

De forma distinta, al no encontrarse transeúnte o conductor alguno dentro del radio de peligro creado por el actor, únicamente deviene en consideración una infracción de carácter administrativo, al no afectarse indemnidad personal alguna.

C. Por último, toca analizar brevemente la conducta de portación y tenencia de armas, sean éstas permitidas o no a particulares (arts. 346, 346-A, 346-B y 346-C), y que se comprende dentro del capítulo relativo a la paz pública dentro del Código Penal.

En realidad, precisando el nebuloso término de “paz pública”, estos delitos hacen referencia a la seguridad de todos los ciudadanos frente a los riesgos derivados del mal uso o de la circulación incontrolada de armas y explosivos que pudieran poner en peligro bienes de carácter personalísimos. Por ello, con mucho acierto ha señalado GARCÍA

<sup>53</sup> QUINTERO OLIVARES y otros, “Comentarios a la parte especial del Derecho Penal”, citado.

<sup>54</sup> VIVES ANTÓN y otros, “Derecho Penal”, citado, Pág. 639-640.

<sup>55</sup> Con ulteriores precisiones: CUELLO CONTRERAS, “La actualización del Código Penal en materia de delitos y faltas contra la vida, la integridad de las personas y su puesta en peligro. Especial referencia a la imprudencia en el ámbito automovilístico”, PJ, número especial XII: Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal, CGPJ, Madrid, Pág. 133-143.

ALBERO, que este delito cuenta con una lesividad propia, ya que el ciudadano tiene derecho a confiar en la fiscalización y control especialmente intenso sobre la circulación y uso de instrumentos particularmente peligrosos, lo cual asegura la tranquilidad y el sosiego necesarios en las manifestaciones de la vida social<sup>56</sup>.

Aún cuando lo anterior signifique la innecesariedad de un peligro efectivo, la doctrina ha dotado tales conductas delictivas, exigiendo al menos su peligrosidad *ex ante* para los bienes de carácter individual que pudieran resultar afectados.

Bajo tales premisas, de no existir tal peligrosidad hipotética o potencial, no nos encontraríamos ante una conducta con relevancia penal<sup>57</sup>.

En suma, y luego de haber analizado las anteriores figuras delictivas, podemos concluir que aún en el caso de bienes jurídicos de carácter colectivo, resulta imprescindible vincular el concepto abstracto a uno de carácter individual para dotar de legitimidad constitucional a esta clase de bienes.

## VI. CONCLUSIONES.

La puesta en práctica con seriedad del principio de protección de bienes jurídicos conlleva las siguientes consecuencias:

(1) Su implementación sobrelleva un proceso de descriminalización –o desincriminación– de todos aquellos hechos que en la actualidad no son dignos de sanción penal, pero también de otros que el imaginario social considera que deben ser penalizados.

(2) No es admisible cualquier reforma penal que pretenda imponer órdenes morales o éticos como bienes jurídicos, que no son compartidos por todos los miembros de la comunidad, y que no se encuentran acordes con los principios propios de una democracia pluralista, que se rige por el principio de tolerancia y respeto a las minorías. Tal prohibición deviene del mismo fundamento filosófico-político del Derecho Penal liberal: asegurar la convivencia social y no la perfección interna de los ciudadanos. Tampoco resulta válido por las razones anteriores, que el Derecho Penal proteja ideologías como bienes jurídicos o sirva como medio de estandarización ideológica, eliminando con ello el disenso.

<sup>56</sup> GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES y otros, “Comentarios a la parte especial del Derecho Penal”, citado, Pág.1553.

<sup>57</sup> *Ibídem*.

(3) De igual forma, no pueden elevarse a tal rango de protección, intereses incompatibles con los acogidos por la Constitución.<sup>58</sup>

(4) La determinación del catálogo de bienes jurídicos que constitucionalmente admiten por su relevancia protección penal, debe completarse por una jerarquización de los mismos en relación con la magnitud del castigo penal, dotándolos efectivamente de una protección penal en proporción a su gravedad<sup>59</sup>. Aquí, el principio de prohibición de exceso juega un papel fundamental.

(5) Es ilegítima la protección de cualquier situación u objeto que no tenga relación directa o mediata con ese carácter personalista al que apunta la norma fundamental, como acontece cuando se tipifican conductas que se encuentran remotamente alejadas de tal ideal y que protegen condiciones de subsistencia del propio Estado o de grupos minoritarios poderosos, como acontece en los regímenes autoritarios.

(6) De igual forma, resulta inválida la práctica legislativa de elevar a ilícitos penales determinadas infracciones administrativas donde no existe una clara y precisa referencia a un bien jurídico colectivo de “carácter personalista”, mucho más cuando ni siquiera se muestra con nitidez la característica de lesividad de la conducta.

(7) Tampoco son constitucionalmente aceptables, las normas penales que con excesiva vaguedad describen al objeto de protección penal de carácter colectivo. Las construcciones legislativas particularmente oscuras no son admisibles de acuerdo a los principios de protección de bienes jurídicos y de legalidad (ley estricta) que informan al Derecho Penal de un Estado Constitucional de Derecho.

(8) Las anteriores conclusiones son valederas además, en el ámbito de la interpretación judicial, en la medida que obligan a una interpretación en clave constitucional de cada uno de los tipos penales que protegen bienes jurídicos de carácter colectivo. Así, por citar otro ejemplo, en materia de delitos económicos, existe un orden económico constitucional (arts. 101 al 120 CS), que no resulta protegido por sí mismo, sino como un medio que proporciona las reglas básicas del funcionamiento de la actividad económica, y del cual se desprende la obligación de tutelar al individuo en sus posiciones concretas en la vida social, en su faceta de trabajador, consumidor, ahorrador, inversor o en su medio ambiente<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Sobre éste último punto, TOLEDO Y UBIETO, “*Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*”, ADPCP, 1990, Pág.9.

<sup>59</sup> BERDUGO y otros, “*Lecciones de Derecho Penal*”, citado, Pág.57.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

(9) Por último, el principio de protección de bienes jurídicos es un elemento fundamental de una dogmática penal y de una política criminal respetuosa del Estado de Derecho, en la medida que aspira a ser un valladar inexpugnable ante la tentación –siempre fuerte– de hacer uso de forma injustificada y arbitraria del poder del castigo estatal.

## VII. BIBLIOGRAFÍA.

ARROYO ZAPATERO, *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, RJCLM, N° 1, 1987.

ARROYO ZAPATERO, *Derecho Penal Económico*, RP, N° 1, julio, Salamanca, 1997.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y OTROS, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 2° Edición, Edit. La Ley, Barcelona, 1999.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*, conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, abril, 1990, ejemplar dactilografiado.

BUSTOS RAMÍREZ, *Los bienes jurídicos colectivos*, en: Control social y sistema penal, Edit. PPU, Barcelona, 1987, Pág. 30.

BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones del Derecho Penal*, Vol. 1, Edit. Trotta, Madrid, 1997.

BUTELER, *Garantías y bien jurídico*, en: A.A.V.V., teorías actuales en el Derecho Penal, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

CARBONELL MATEU, *Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos*, en: A.A.V.V., intereses difusos y Derecho Penal, CDJ, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1994.

CUESTA ARZAMENDI, *Drogas y Política Criminal en el Derecho Penal europeo*. En: Delitos contra la seguridad pública. CDJ-CGPJ, N° 21/1992.

CUELLO CONTRERAS, *La actualización del Código Penal en materia de delitos y faltas contra la vida, la integridad de las personas y su puesta en peligro. Especial referencia a la imprudencia en el ámbito automovilístico*, PJ, número especial XII: jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal.

DIEZ RIPOLLES, *La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista*, en: teorías actuales en el Derecho Penal, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

ELÍAZ DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Edit. Taurus, Madrid, 1988.

FABIÁN CAPARROS, *Consideraciones generales sobre el concepto y contenido del bien jurídico*, Universidad de Salamanca, 2002, ejemplar dactilografiado.

GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Obras Completas, Tomo II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

GONZÁLO FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema de delito*, en: teorías actuales en el Derecho Penal, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

HASSEMER, *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*, ADPCP, 1992.

JAKOBS, *Derecho Penal*, Parte General, Edit. Civitas, Madrid, 1995.

JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, en A.A.V.V., *el funcionalismo en Derecho Penal*, Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Tomo I, Bogotá, 2003.

JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*. Edit. Bosch, Barcelona, 1999.

LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Edit. Reus, Madrid, 1927.

MUÑOZ CONDE, *Función de la norma penal y reforma del Derecho Penal*, NPP, Año 2º, N° 4, Buenos Aires, 1973.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, Parte General, Edit. Tirant lo blanch, Valencia 2003.

QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1996.

RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, Parte Especial, Edit. Dykinson, Madrid, 1995.

ROXIN, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Edit. Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, *El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo*. En: Política criminal y reforma del Derecho Penal, Edit. Temis, Bogotá, 1982.

RUDOLPHI, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, NPP, Año 4°, 1975.

TERRADILLOS BASOCO, *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1981.

TOLEDO Y UBIETO, *función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, ADPCP, 1990.

VIVES ANTÓN y otros, *Derecho Penal*, Parte Especial, 2° Edición, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 6° Edición, Edit. EDIAR, Buenos Aires, 1996.

## NOTAS SOBRE LA REVICTIMIZACIÓN EN NIÑOS

### El sistema penal y los menores.

Carlos Ernesto Sánchez Escobar\*

Sumario. Introducción. I. Víctimas y proceso. II. Victimología Niñez y Delito. III. Gestión sobre las consecuencias de la victimización secundaria. IV. La reducción de la victimización y de la revictimidad. V. Revictimización y testimonios. Conclusiones. Bibliografía.

#### Introducción.

El proceso penal importa siempre una actividad que inflige sufrimiento a sus actores, sobre todo a los que se vinculan al mismo en su sentido material, que son los verdaderos protagonistas del proceso. Esta aflicción puede ser mucho más perniciosa cuando las víctimas son menores de edad, y sobre todo cuando la ofensa es de carácter sexual o vinculada estrechamente a ámbitos de violencia familiar. La presente reflexión que se brinda como una colaboración a la Unidad Técnica del Sector de Justicia en su importante misión de divulgar el pensamiento jurídico, pretende abordar algunos de los aspectos de victimización que se producen en la interacción del proceso penal y los menores, además de presentar algunas propuestas para reducir este fenómeno que afecta a la niñez que se ve vinculada a los procesos penales.

#### I. Víctimas y Proceso.

La importancia de las víctimas en relación al delito y al proceso penal, es actualmente creciente<sup>1</sup>, ello implica una profunda renovación de la importancia de la víctima no sólo en el campo de la dogmática penal, sino también en relación al proceso penal, de la criminología y de la propia victimología<sup>2</sup>. Dentro de la concepción del tratamiento de las víctimas, hay una especial consideración hacia las víctimas menores de edad, por todo lo que implica su relación con el proceso penal y los ámbitos de tutela que deben prestarse a los niños que participan de los procedimientos criminales.

\* Licenciado en Derecho por la Universidad de El Salvador. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Costa Rica. Juez del Tribunal Tercero de Sentencia de la República de El Salvador.

<sup>1</sup> Señalando esta importancia y renacimiento de las víctimas LARRAURI Elena. "Victimología" en "De los Delitos y las Víctimas". AA.VV. AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1992 p 285 a 286.

<sup>2</sup> Sobre estos aspectos y su evolución TAMARIT SUMALLA Josep M. "La Víctima en el Derecho Penal". Editorial Aranzandi. Pamplona. España. 1998 pp 17 a 20.

Precisamente por ello, la reflexión victimológica se ha desarrollado significativamente en los últimos años y ha dado lugar a múltiples compromisos internacionales tanto a nivel de convenciones, pactos y tratados, como de declaraciones o reglas, por las cuales el tratamiento de las víctimas en general y de los menores en específico, tiene que tener una protección mucho más efectiva para preservarlos de los perjuicios que ocasiona la victimización secundaria<sup>3</sup>; de igual manera desde la perspectiva victimológica ha surgido una producción científica que prueba la importancia de este campo transdisciplinar.

Uno de los instrumentos internacionales más significativos para desarrollar la tutela que las víctimas merecen en cuanto a su relación con todo el sistema penal y que tiene un carácter universal, es la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración sobre los Principios Fundamentales para las Víctimas del Delito y Abuso de Poder (1985)<sup>4</sup>; siendo uno de los aspectos más importantes de tal declaración el concepto de víctima que fue adoptado.

El alcance de la comprensión sobre las víctimas en la conceptualización que hace la declaración de Milán, es abierto, y abarca todo un panorama por el cual las personas pueden ser sometidas a un perjuicio y en consecuencia adquirir la condición de víctimas; ello es un importante aporte, ya reconocido en los fundamentos de la victimología, por cuanto el concepto inicial de víctima que se había manejado era bastante restringido, inclusive si se quiere con una fuerte influencia del positivismo criminológico; sin embargo la valoración que se afirma normativamente sobre las víctimas en la Declaración sobre los Principios Fundamentales, aporta un ámbito de mayor protección a las víctimas, por cuanto extiende el concepto de las mismas, a otras dimensiones usualmente no consideradas<sup>5</sup>.

De ahí que a la víctima se le defina como toda persona que individual o colectivamente haya sufrido daños, inclusive, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones y omisiones que violen la legislación penal, incluida la

<sup>3</sup> En tal sentido ver BERISTAIN Antonio. "Proceso Penal y Víctimas. Pasado, presente y futuro" en "Las Víctimas en el Proceso Penal". 1ª edición. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. San Sebastián. España. 2000 p 24.

<sup>4</sup> La declaración aludida fue una recomendación emanada del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente el cual fue celebrado en Milán, Italia del 25 de agosto al 6 de septiembre de 1985 y se adoptó como Declaración por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985.

<sup>5</sup> Señalando el carácter de fuente de la Declaración de Milán LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Proceso Penal Comentado". Código Procesal Penal Comentado. Segunda Edición. Primera Reimpresión. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2003 p 150.

que proscribire el abuso de poder. La dimensión extensiva del concepto de víctima<sup>6</sup> es relevante por que permite abarcar una constelación de situaciones de lesividad respecto de los derechos fundamentales de las víctimas, que en muchos casos las legislaciones nacionales restringen en demasía<sup>7</sup>.

Toda esta renovación sobre el interés por las víctimas<sup>8</sup> ha fincado también una importante evolución del pensamiento de la ciencia penal<sup>9</sup>, con lo cual se ha dado lugar a lo que se conoce como Derecho Victimal, disciplina que puede definirse como: el conjunto de principios, valores, normas y procedimientos jurídicos (nacionales e internacionales), tendientes a requerir, posibilitar y controlar las prerrogativas y pretensiones de las víctimas de delitos.

## II. Victimología, Niñez y Delito.

La instauración del llamado Derecho Victimal, y su influencia en los procesos de reformas penales no ha sido la única vía de desarrollo que se ha impulsado para la consideración del fenómeno de las víctimas y su relación con los procesos formalizadores de aplicación de justicia. También ha tomado progresivamente cuerpo en la agendas públicas de la academia y de las políticas de prevención del delito, del funcionamiento del sistema penal y de la participación de las víctimas en los procesos de dicho sistema, la problemática específica de la niñez victimizada por vía del abuso sexual, la violación, las ofensas sexuales, la pornografía infantil, la trata de menores y de toda violencia delictiva conexas con menores.

Toda la fenomenología anterior ha sido motivo de estudio y examen tanto por la criminología, como de manera más específica y holística por parte de la victimología, las cuales han profundizado con bastante rigor científico desde una perspectiva multidisciplinaria

<sup>6</sup> Destacando este aspecto MENÉNDEZ LEAL Salvador. "La Víctima. Aproximación al problema procesal" en "Ensayos Doctrinarios. Nuevo Código Procesal Penal". 1ª edición. ARSJ-UTE. San Salvador. El Salvador. 1998 p. 470 a 471.

<sup>7</sup> Ese es el caso de nuestra legislación que tiene un concepto de víctima restringido por el cual únicamente se puede considerar víctima a la persona que ha resultado directamente ofendida por el delito; y las extensiones que se presentan se encuentran vinculadas a supuestos de imposibilidad de comparecencia o de concreción material de la víctima, como lo es su muerte, el caso de las sociedades, o cuando el delito afecte intereses colectivos o difusos.

<sup>8</sup> Destacando pulcramente el rol de la víctima, su opacidad y renacimiento ESER Albin "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal". Traducción de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba en "De los Delitos y las Víctimas". AA.VV. AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1992 p 16 a 18.

<sup>9</sup> Aclaramos que cuando hacemos alusión a la ciencia penal, no pretendemos reducir los ámbitos de otras disciplinas que estudian el fenómeno de las víctimas, sino que usamos esta conceptualización en los términos que la utilizará von Lizst para enfatizar sobre la importancia de la enciclopedia penal.

sobre la relación, víctima, sociedad, violencia, cultura, familia, delito, proceso, Estado y tutela de derechos fundamentales, para comprender de una manera más empírica la realidad de las víctimas ante aquellas situaciones que afectan sus derechos y como lograr reducir estas afecciones, teniendo en cuenta especialmente a la víctima cuando es un niño y la tutela de los mismos de acuerdo a la doctrina de la protección integral de los menores<sup>10</sup>.

Lo anterior, ha impulsado los avances desde la victimología para profundizar sobre la relación que el proceso penal como mecanismo de investigación y sanción del delito, implica para la víctima en cuanto a los daños que pueden derivarse de su relación con el proceso en virtud de su necesaria intervención. Es por ello que desde las nociones de la victimología se han propuesto las formas de victimización por las cuales las personas afectadas por una conducta criminal sufren perjuicios ya directos, ya derivados de su relación con el delito.

Estas formas de victimización se pueden sintetizar de la manera siguiente: (a) como victimización primaria, la cual consiste en las consecuencias que sufre la víctima de manera directa como consecuencia de un hecho criminal; (b) la denominada victimización secundaria<sup>11</sup> o revictimización que se encuentra definida como aquellos sufrimientos que a las víctimas, a los testigos y mayormente a los sujetos pasivos de un delito les infieren las instituciones más o menos directamente encargadas de hacer justicia: policías, fiscales, jueces, defensores, peritos, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, de atención a los menores, personal administrativo de estas instituciones, etcétera<sup>12</sup>; y (c) por último también se ha considerado como una nueva forma de victimidad la llamada victimización terciaria o multirevictimización por la cual

<sup>10</sup> En tal sentido se afirma: Es conveniente insistir que, en el caso de la niñez, la definición debe ir mas allá de límites etéreos para –sobre todo– indicar que se trata de una parte de la población que debe ser tratada de forma especial atendiendo a sus condiciones de desarrollo, sin perder de vista la obligación social y estatal de promover tal desarrollo con prioridad y en las mejores condiciones posibles. Es decir, tomando como referencia central el principio del interés superior de la niñez. PÉREZ VALLADARES Gilma. GUIROLA Ima. “El marco legal e institucional para la protección de la niñez y adolescencia ante la explotación sexual comercial en El Salvador. Análisis de situación y propuesta de fortalecimiento. ECPAT Internacional. CEMUJER. San Salvador. El Salvador. 2005 p 39.

<sup>11</sup> Sobre la victimización secundaria se dice que consiste en: “un proceso en el que una persona sexualmente agredida, reexperimenta el evento traumático vivido, como consecuencia de los procedimientos de atención de las víctimas propios de las instancias policiales y judiciales, ello sin perjuicio de su bienestar mental y emocional”. TURCIOS MORALES Luis Alfredo. Reyes López Cesar Octavio. “Psicología y Psiquiatría en el Ambito Legal”. Ponencia escrita presentada en el Primer Congreso de Psicología Judicial y Forense del Órgano Judicial. San Salvador. El Salvador. Mayo 2005 p 24.

<sup>12</sup> Sobre los problemas que se generan a partir de la victimización secundaria ver SUBIJANA ZUNZUNEGUI Ignacio José. “Las Víctimas: Juicio oral y sentencia” en “Las Víctimas en el Proceso Penal”. 1ª edición. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. San Sebastián. España. 2000 p 112.

la víctima sufre un proceso de estigmatización que realiza la misma sociedad cuando conoce que una persona ha sido víctima de un delito; tal proceso puede ser incluso mucho más nocivo que los anteriores, y usualmente al mismo contribuyen de manera decisiva las *mass media* cuando se exceden en la presentación de la información sobre un delito cometido, sin considerar y ponderar los graves daños que se pueden ocasionar a las víctimas, sobre todo cuando son personas sometidas a delito de contenido sexual, y cuando se trata de menores.

De todas las formas de victimización enunciadas, se abordará someramente la segunda de ellas, es decir el proceso de victimidad secundaria, por el cual, los perjuicios que se le ocasionan a la víctima, se derivan del funcionamiento de todas las agencias del sistema penal, y de las políticas públicas que se desarrollan para prevenir y enfrentar el fenómeno del delito.

### **III. Gestión sobre las Consecuencias de la Victimización Secundaria.**

Debemos de reconocer –profundamente preocupados– que ante la realidad de casos de niños y niñas que han sido sexualmente abusados<sup>13</sup> no es infrecuente encontrar que la intervención desde las instituciones del Estado tenga efectos nocivos respecto de los menores que han sido víctimas de los delitos enunciados<sup>14</sup>; o mejor dicho en otras palabras, que irreductiblemente lo que debiera restaurar causa un daño de mayores dimensiones; lo anterior puede generar más graves perjuicios, si las políticas que se adoptan por todas las instituciones que desarrollan actividades en estas áreas, ignoran o no comprenden adecuadamente el problema, y si no son conscientes del mismo. El daño del sistema penal es irreductible, pero el mismo creo que puede ser eficientemente manejado, desde una perspectiva profundamente humana, y por ello ostensiblemente reducido, para causar un menor perjuicio a las víctimas.

Una política de gestión basada en la persona en el respeto, la compasión, la dignidad, y la comprensión, es una buena opción para que todos los agentes del sistema penal desarrollen sus diferentes labores, teniendo en cuenta la importancia que merece la víctima; lo anterior no debe perderse de vista, por que en la realidad, el formalismo, la ritualización, la rutina de las funciones y actividades que se desarrollan, representan

<sup>13</sup> Nos referimos a toda clase de delito sexual como violaciones, agresiones sexuales, estupro, acosos sexuales, corrupción de menores, prostitución, pornografía y actos de favorecimiento o de inducción de los mismos.

<sup>14</sup> Bajo el enfoque de la “Tradicional desconsideración de la víctima” aborda Laurrari en un área determinada de la criminalidad esta problemática. LARRAURI Elena. ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias? en Revista de Ciencias Penales. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 16 N° 22. Septiembre 2004. San José. Costa Rica. 2004 p 13.

un factor importante para deshumanizar al personal del sistema penal, y a su vez, deshumanizar el tratamiento que se les brinda a las víctimas, en estos casos hago énfasis en las víctimas de conductas sexuales<sup>15</sup>.

Precisamente dichos males y tratos deshumanizados, suelen resultar de la aplicación de procedimientos excesivamente formalizados y automatizados, en los cuales los agentes del sistema penal, tratan a las víctimas, como un “dato” o “caso” más de los que les toca conocer por su vinculación al trabajo, de ahí que, la mera constatación, la entrevista rutinaria, el chequeo superficial, el caso del día, son aptitudes que comprometen la buena función de los encargados de las agencias del sistema penal, respecto de la atención que debe brindarse a víctimas.

Este panorama puede ser agudizado, cuando entran en contacto con víctimas, empleados administrativos, que desarrollan labores de apoyo de otros funcionarios del sistema penal, y quienes con su conducta pueden agudizar los sufrimientos que ya padecen las víctimas como consecuencia de la victimidad sufrida por el delito. Especial atención merece el hecho de que personas que desarrollen actividades no especializadas para el tratamiento de menores, y sobre todo de aquellos que han sido víctimas de delitos sexuales, puedan ser trasladados mecánicamente al trabajar con niños, con lo cual contradice la búsqueda de su bien e interés superior, tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño.

El tratamiento de menores de edad en las agencias del sistema penal, es una cuestión compleja que debería ser asumida con la debida responsabilidad, por los encargados del diseño de la política públicas de intervención con el delito; la realidad nos demuestra una abundancia de casos en los cuales los niños como víctimas del delito tienen que entrar en relación directa con las agencias del sistema penal, y es preocupante que el personal de las mismas no se encuentre suficientemente capacitado para saber cómo tratar a un menor en las condiciones de víctima de un delito, y sobre todo de aquellas conductas criminales de índole sexual.

Precisamente por ello, debe afirmarse que, la yuxtaposición de objetivos jurídicos, de investigación, psiquiátricos, pedagógicos, médicos, sociales, sin una matriz que les dé coherencia *ad-intra* y *ad-extra* son una fuente que permite no sólo desarrollar, sino también profundizar el fenómeno de la victimización secundaria. De ahí que cuando surge el evento de la coincidencia de los diversos intereses profesionales, que implica la

<sup>15</sup> Sobre los malos tratos que se infligen de manera institucional es aleccionador lo que se expone en “Hacia una intervención no revictimizante con niñas, niños y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial en el sistema judicial: Aportes desde El Salvador”. ECPAT-CEMUJER. San Salvador. El Salvador. 2005 p 17.

conurrencia de diversos profesionales, sin una metodología previamente concensada y definida de cómo actuar y tratar con la víctima, con su sufrimiento y los problemas que se originan en todo su ser a consecuencia del delito, los efectos que pueden derivarse de la revictimización pueden ser muy graves.

La confluencia de todos estos intereses resulta legítima, el foco del problema, es como se conduce esa múltiple actividad para lograr los fines profesionales en relación a la investigación del delito y al tratamiento de la víctima, causándole el menor daño posible. Ciertamente si no se planifican en protocolos de intervención, todas las actividades que se desarrollan por el personal de las agencias del sistema penal, toda la superposición de revisiones médicas, de entrevistas, de declaraciones, de evaluaciones, de comparecencias a las audiencias, ciertamente saturarán por cantidad, pero no profundizarán en calidad de lo actuado y del tratamiento que se le dispense a la víctima.

La respuesta que brinden las agencias del sistema penal, sobre todo cuando el hecho recién ha sucedido, y cuando las víctimas tienen su primer interacción con los funcionarios y empleados del sistema penal, es clave para reducir el dolor de las víctimas<sup>16</sup>, y para instarlas a una colaboración respetuosa e informada respecto de los actos que se desarrollarán en el procedimiento de investigación, procesamiento hasta el enjuiciamiento de los hechos; lo anterior requiere de un aspecto clave, la uniformidad de los procedimientos que permitan asistir y tratar a las víctimas de una manera digna y compasiva, con la mayor diligencia profesional en las actuaciones que se desarrollen y en las cuales la víctima comprenda que ella tampoco es un objeto en el procedimiento sino un sujeto del mismo, es decir una persona con derechos.

La relación que se desarrolle entre las víctimas de los delitos –con énfasis en niños y en delitos sexuales– debe estar cimentada sobre la base del respeto, el buen trato, la cordialidad y el esmero profesional para realizar de manera eficiente todas las labores de investigación y apoyo para las víctimas; pero además se deben utilizar todos los recursos disponibles para que el aseguramiento de la evidencia no descansa en

<sup>16</sup> Como manifestaciones traumáticas que se evidencian en los momentos recientes al suceso del trauma causado por la ofensa delictiva y que deben ser conocidas por los operadores para dar una correcta atención a las víctimas se puntualizan: a) incapacidad para reaccionar adecuadamente a los estímulos externos, con un embotamiento emocional que le convierte en especialmente manipulable y frágil; b) trastorno de la conciencia, con sentimientos de extrañeza respecto a lo que le rodea y respecto de sí misma, con escasa capacidad para reconocerse a sí misma en el contexto; c) trastornos de la memoria, que le impiden recordar adecuadamente aspectos importantes en relación con los hechos; d) aislamiento del entorno y falta de interés, que le puede impedir una adecuada valoración respecto de la importancia del hecho y de sus consecuencias. QUEREJETA CASARES Luis Miguel. “Las Víctimas y los daños personales derivados del ilícito penal” en “Las Víctimas en el Proceso Penal”. 1ª edición. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. San Sebastián. España. 2000 p 65.

métodos formalizados; debe haber una adaptación que respetando la esencia de las formas, permita un ambiente menos hostil para las víctimas.

En atención a ello, es que, la Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) sostiene que “los medios probatorios tradicionalmente empleados a nivel judicial resultan poco apropiados e insuficientes para constatar la realidad del afectado, produciéndose, muchas veces, una nueva situación de maltrato, conocida como victimización secundaria. Es necesario desarrollar otros métodos de acreditación de los hechos para enfrentar el ocultamiento y la distorsión que generalmente hace el adulto”. Sobre lo dicho, volveremos posteriormente, cuando se comente lo relativo al testimonio de los menores y las formas de su recepción.

Lo anterior supone un nuevo reto, para el desarrollo de las políticas públicas en la investigación criminal, que sobrepasan las meras reformas legales, es necesario que se puedan articular dispositivos eficaces para cuestiones del orden del respeto por los Derechos Humanos del Niño, porque la victimización secundaria produce un nuevo daño psicológico sobre el cual luego es común que muy poco se pueda hacer e, inclusive, se trata de un daño por el que nadie responde. La cuestión no sólo atañe a la reforma de leyes, deben modificarse profundamente las pautas de comportamiento de las personas que laboran para el sistema penal, y es necesario que las mismas estructuras físicas de las instituciones tengan áreas especializadas y funcionales para un tratamiento diferente de las víctimas de estos delitos.

#### **IV. La Reducción de la Victimización y de la Revictimidad.**

Hemos sostenido, que tanto la victimidad<sup>17</sup> como la revictimización, no pueden ser erradicadas, aspirar a ello, sería no sólo una aporía, sino también una especie de maniqueísmo, que no permitiría comprender completamente el problema de la victimización originada a consecuencia de la intervención del sistema penal; se pretende únicamente reducir los niveles de victimidad secundaria, por que ello es compatible con la realidad en el actual estado de cosas, el darse cuenta que el sistema penal causa daños a las víctimas, y que estos perjuicios pueden ser reducidos, es parte de una correcta intelección del problema, por que la revictimización no implica únicamente un malestar en la víctima que puede ser erradicado como una especie de enfermedad.

<sup>17</sup> Sobre la victimidad algunos aspectos traumáticos que se han observado en relación a delitos sexuales son los siguientes: a) vergüenza; b) echarse la culpa; c) subyugación; d) odio mórbido; e) gratitud paradjica; f) deshonor; g) inhibición sexual; h) resignación; i) herida o lesión secundaria; j) caída en status socio-económico. FARIA-COSTA Zelia. GOLDBARD Lillian en Seminario-Taller “Tratamiento Psicológico de Víctimas de Abuso Sexual”. San Salvador. El Salvador. Junio 2002.

Una mejor comprensión del fenómeno de la victimización secundaria implica reconocer que el concepto de victimización secundaria no comprende solamente el interés por evitar, que los menores que sufren las consecuencias de un delito –con énfasis en conductas sexuales– “se sientan mal” durante su interacción con las agencias del sistema penal y con las diferentes intervenciones que los funcionarios o empleados verifiquen; es decir, la reducción de la victimidad no se corresponde con lograr un bienestar momentáneo o neutralizar un malestar transitorio.

Por el contrario, los efectos que se causan por la victimización secundaria, los cuales se encuentran vinculados a los perjuicios causados por la victimización primaria, son efectos nocivos del orden de la salud en toda su extensión, tanto la somática como la psíquica y mental; así como las afectaciones que se vinculan al sistema de representaciones sociales que regulan las conductas cotidianas del niño; y que tienen una connotación importante por que inciden en la formación de la personalidad de los infantes<sup>18</sup>.

Los operadores del sistema penal, deben ser conscientes y no deben desconocer, que la victimización secundaria, promueve la actualización de lo sucedido, a tal punto que configura una nueva experiencia traumática difícil de explicar o justificar, desde toda perspectiva; sin embargo, esta relación proceso-víctima, no puede ser evitada en los sistemas jurídicos actuales, por ello la opción –a mi juicio y desde mi perspectiva– es la reducción sensible de los efectos traumáticos que se producen por la victimización, y ello sólo es posible, articulando unas formas de actuaciones que permitan que la víctima sea expuesta de manera múltiple a los efectos del recuerdo del evento criminal<sup>19</sup>.

Y es que ciertamente la falta de adecuación en los dispositivos institucionales, la falta de planificación, de organización, de la articulación de políticas comunes a cada uno de los sectores del sistema penal, generan un grave daño a las víctimas. El

<sup>18</sup> Para comprender lo que significa una experiencia traumática, ella debe ser confrontada con marcos teóricos complejos que incluyen diversas categorías, *vervi gratia*, el síndrome de estrés post traumático –conocido como Post Traumatic Stress Disorder– que constituye esencialmente una categoría psiquiátrica o la Neurosis Traumática que se vincula con clasificaciones psicoanalíticas. Sobre el abundamiento de ambas afectaciones, puede intentarse una cabal comprensión de la victimización secundaria como categoría transdisciplinar, lo cual demuestra la necesidad de articulaciones de políticas en ese mismo sentido.

<sup>19</sup> Sobre lo anterior debe tenerse en cuenta que los procesos de revictimización generan nuevas situaciones traumáticas, y mientras más se repitan, más se renovarán causando daño a la víctima, por ello no debe perderse de vista que estas experiencias de revictimización se encuentran estrechamente asociadas con lo aterrador, espanto que luego se revive en juegos, pesadillas, disturbios en el rendimiento escolar, en las relaciones con sus pares, etcétera; por lo cual el diseño de la política institucional que habrá de articularse debe de ser homogéneo y consensado, a efectos de reducir al mínimo la reiteración del evento traumático.

fenómeno que resulta en este caso es el de la inversión del juicio; en el sentido que, siendo gobernadas las instituciones públicas por funcionarios adultos, sus esquemas, preocupaciones, valoraciones, y juicios, y asunción de decisiones se hacen con un esquema de persona adulta, comúnmente desde irreprochables derivaciones lógicas lineales, que lastimosamente no incorporan la no tan lineal -y por ende más real- razón de los menores, que tienen su propia dimensión y valoración a la cual se debe también atender<sup>20</sup>.

## V. Revictimidad y Testimonios.

La cuestión que ahora abordaremos me parece que es fundamental respecto de la revictimización que sufren los menores objetos de una ofensa penal sexual. El testimonio es una prueba necesaria, pero es asimismo, la fuente de mayor victimidad en estos casos, la propuesta es cómo reducir esos efectos nocivos que se derivan de la testificación de los menores, para que los mismos resulten más protegidos, desde la perspectiva jurídica<sup>21</sup>.

Varios son los aspectos que deben examinarse respecto del testimonio que rinden los menores de edad en el procedimiento penal y cómo tratar de reducir las consecuencias de la victimización secundaria, sobre ello, pueden señalarse los siguientes aspectos: (a) la multiplicación de las declaraciones de los menores; (b) el personal que atiende las declaraciones de los menores; (c) la comparecencia de los menores a las audiencias; (d) el entorno en el cual se rinden las declaraciones de los menores; (f) la forma prescrita para la testificación de los menores. A continuación se abordarán dichos aspectos.

(a) La multiplicación de las declaraciones de los menores. Uno de los aspectos más problemáticos que generan un mayor nivel de revictimización, lo encontramos en las múltiples declaraciones que los menores tienen que rendir en las diferentes agencias del sistema penal<sup>22</sup>, desde que sucede la primera entrevista cuando el hecho recién ha

<sup>20</sup> Para el niño lo relevante no necesariamente es lo que es relevante para el adulto. Y, en definitiva, la búsqueda del “bien superior del niño” nunca es tal, si no considera la situación problemática desde la perspectiva del propio niño.

<sup>21</sup> Sobre la protección reforzada de los menores de edad en cuanto al testimonio que prestan DÍAZ CAS-TILLO Marco Tulio. “La Protección de las Víctimas” en Revista Justicia de Paz. N° 13. Año V. Volumen III. Septiembre-Diciembre 2002. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2002 p 203.

<sup>22</sup> Sobre este aspecto es ilustrativo lo que se señala desde la perspectiva psicológica cuando se afirma: “En nuestro medio, las personas que han tenido el infortunio o la desgracia de convertirse en víctimas de un abuso o agresión sexual, lejos de encontrar ayuda institucional, se encuentran con que la sociedad misma pone un sinnúmero de trabas a la resolución de su problemática. Así nos encontramos con que las víctimas de este tipo de delitos resultan ser revictimizadas no sólo una sino dos o más veces. Por lo general, la víctima de este delito expone todos los detalles del ultraje al fiscal de turno que recibe su denuncia, aunque ya antes lo había hecho ante la policía o los policías que, probablemente, la auxiliaron; a continuación

sucedido y la persona de la víctima es entrevistada, hasta que rinde su declaración final en el juicio oral, la exposición del menor a relatar reiteradamente la agresión, representa un espiral de revictimización.

Debe de tenerse en cuenta que cada vez que el menor declara sobre los hechos que le ocurrieron y detalla todo lo sucedido, recuerda nuevamente el suceso que le causó daño y dolor, y precisamente esa evocación dolorosa, es lo que repite nuevamente el sufrimiento al que el menor quedó expuesto, generándolo nuevamente. La revictimización es el nuevo sufrimiento del menor al recordar el hecho sucedido<sup>23</sup>. Esta situación como lo expresamos, se puede multiplicar si el menor tiene que ir de institución en institución relatando nuevamente el ataque sufrido, lo cual puede generar consecuencias negativas no sólo respecto del menor sino también de la misma investigación.

Por ejemplo la reiteración en las declaraciones, que exponen al menor a renovar sus sufrimientos, puede generar una especie de bloqueo, como forma de protección, por lo cual se neutralizan todos aquellos recuerdos negativos y que infligen un grave dolor. Este fenómeno es parte de la sintomatología que se presenta cuando se trata con personas que han sido víctimas de graves abusos, que por su entidad desencadenan un efecto traumático y posteriormente dan lugar, al síndrome de estrés post traumático.

También puede desarrollarse otro aspecto negativo, sobre todo cuando se trata de víctimas que son infantes, en estos casos, los menores, por el desarrollo propio de sus conocimientos, todavía no alcanzan a comprender la entidad de lo sucedido, es decir, qué fue el suceso que le ocurrió, y su dimensión como ofensa sexual; en otras palabras, el menor en virtud de su edad y de los conocimientos adquiridos a esa edad, todavía no comprende que es un acto de ataque sexual el que ha sufrido. Sin embargo, la reiteración de sus declaraciones, los interrogatorios, y la misma institucionalización del proceso penal, puede ocasionar que el menor tome “conciencia” de lo que le ha sucedido y que perciba que se le ha causado un daño grave.

---

su caso es trasladado al juzgado de paz, donde tiene que relatar nuevamente lo sucedido al secretario y el juez; el caso pasa luego al juzgado de instrucción y se repite el mismo proceso de nuevo hasta que finalmente dicho caso pasa al tribunal de sentencia correspondiente; es aquí donde se realiza el juicio final y al cual la víctima tendrá que comparecer las veces que sea necesario para declarar lo sucedido ante otros jueces y otras personas. Esto se convierte entonces en un verdadero calvario para la persona ofendida”. TURCIOS MORALES Luis Alfredo. REYES LÓPEZ Cesar Octavio. “Psicología y Psiquiatría en el Ambito Legal”. Ponencia escrita presentada en el Primer Congreso de Psicología Judicial y Forense del Órgano Judicial. San Salvador. El Salvador. Mayo 2005 p 24.

<sup>23</sup> En tal sentido LÓPEZ ORTEGA Juan José. “La Protección jurídica de los niños-víctimas en el proceso penal” en Revista Justicia de Paz. N° 10. Año IV-Vol.III. Septiembre-Diciembre.2001. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2001 p 245.

Ante toda esta situación que es difícil, dado la recurrente vinculación a las múltiples declaraciones, es oportuno señalar, la necesidad de que los niños sean sometidos la menor de las veces a rendir declaraciones, se impone entonces una reducción de las mismas. Sin embargo, es menester que los organismos que investigan el delito, tengan información completa para el esclarecimiento del mismo, y ello puede lograrse mejorando el contenido de las entrevistas y unificando la información.

Me parece oportuno que se pueda trabajar con un protocolo unificado de declaración, por el cual, se puede obtener de una manera oportuna toda la información que se requiera por parte de los diversos especialistas, ello implicará que en un solo acto el menor será entrevistado de manera integral –dicha entrevista puede ser documentada incluso en vídeo– y de la misma se obtendrá toda la información necesaria que se requiere para la investigación; la variante es que son los especialistas quienes se concentran para ese acto de declaración y se obtiene toda la información, aunque sea una sola persona la que realice la entrevista.

El menor en tal caso, no será expuesto a nuevas declaraciones hasta que llegue el momento del juicio, en el cual testificará, de ahí que, considero, que los protocolos unificados de declaraciones –que deben estar estandarizados para todas las agencias – son un instrumento idóneo para reducir el nivel de revictimización, al reducir el número de declaraciones y los traumas que de ellas se derivan.

(b) El personal que atiende las declaraciones de los menores. Otro aspecto que resulta fundamental en la evitación de los perjuicios de la victimidad secundaria, es la especialización que deben de tener las personas que atienden a los menores que han sido objeto de ofensa sexual<sup>24</sup>; el personal que entre en contacto con estos menores, debe estar formado en esta área específica, es decir, deben saber cómo tratar a un menor traumatizado y poder conocer en sus aspectos básicos cuáles son los síntomas y efectos que pueden presentarse por estos traumas.

El problema no es sencillo, por cuanto, las personas que interaccionan primeramente con un menor –el agente de seguridad pública – no tiene por regla general dichos conocimientos especializados, en tal caso es posible trabajar algunos aspectos, uno de ellos, es la capacitación general de manera elemental para todo los agentes de seguridad pública, sobre el trato a víctimas menores de edad que han sufrido una ofensa sexual. El segundo aspecto, es la abstención de los agentes de seguridad, de entrevistar

---

<sup>24</sup> Sobre la importancia de la especialización del personal en relación a la eficacia probatoria del testimonio, *idem*. p 247

a los menores, salvo las cuestiones que pudieran ser las más elementales, y esperar la asistencia del personal especializado. Un trato humanitario, comprensivo, y compasivo de la víctima, en estos momentos en los cuales podría todavía encontrarse bajo los efectos traumáticos agudos que se derivan de la victimización primaria, reducirá efectos nocivos de la victimización secundaria.

(c) La comparecencia de los menores a las audiencias. Se acostumbra en las diferentes audiencias que se celebran del procedimiento, que el menor comparezca como víctima a tales actos<sup>25</sup>, lo cual genera el efecto de tener que estar en presencia del presunto agresor, carearse físicamente con él, en el sentido que concurren en un mismo espacio físico y escuchan lo que ahí se sostiene. A mi juicio, tales comparecencias no son necesarias en la configuración del procedimiento, no constituyen elementos de prueba que puedan ser valorados, no generan ningún efecto positivo en la víctima; y al contrario agudizan el factor de la victimización secundaria, al hacer que la víctima que recientemente ha sido ofendida enfrente a su agresor.

Si se advierte, la presencia de la víctima en general y de aquella que es menor de edad, en la celebración de la audiencia inicial y de la preliminar es inoficiosa; salvo que se pudiese llegar a una salida alterna del procedimiento; pero si ese no es el caso, y la solicitud será de procesamiento o de elevación a juicio, la concurrencia de la víctima no tiene sentido; no prestará declaración, no realizará actos de prueba que de esa manera puedan ser valorados en el debate. El hecho de que al final de la audiencia se le conceda “la última palabra” es una disfunción de la regla común que se aplica para la vista pública, que no tiene ningún sentido. La última palabra, es un acto conclusivo de la vista pública, precisamente como acto final con el cual concluye todo el procedimiento de instancia; su aplicación digámoslo así, es propia del debate, y es infructuosa para las otras audiencias, es decir, es de los actos que no deberían realizarse por la sencillez de la audiencia. En tal sentido no hay necesidad de que la víctima concorra a tales audiencias.

(d) El entorno en el cual se rinden las declaraciones de los menores. Este aspecto es fundamental para la evitación de la victimización secundaria, y el mismo en nuestro país, debe ser sensiblemente mejorado, por cuanto la estructura física de las salas de audiencia, no contribuye en nada a reducir los niveles de revictimización y a mi juicio los agudiza sensiblemente.

En primer lugar, la sala de vistas públicas, es un lugar desconocido completamente para la víctima que de repente, es introducida al mismo, en menores este aspecto puede

<sup>25</sup> Sobre ese aspecto ver TURCIOS MORALES Luis Alfredo, REYES LÓPEZ Cesar Octavio. Op. cit. p 25.

generar efectos no deseados, por cuanto un entorno completamente formal, es ajeno a la conciencia y comprensión del mismo. El rito del procedimiento, la distribución y ubicación de los espacios, también podrían impactar sensiblemente en los menores; sólo para señalar, el estrado en el cual se encuentran los jueces, la ubicación del menor en un lugar más bajo, son signos de autoridad, que el menor no puede comprender completamente, lo cual contribuiría a distorsionar en el menor el sentido de autoridad.

De igual manera, la presencia de diferentes personas en esos actos, inclusive de personal armado, son percepciones que pueden distorsionarse en la comprensión del menor, y generarle temor y ansiedad, lo cual es fuente de una nueva forma de victimidad. En tal sentido, las salas de juicios, en su estructura actual no se corresponden con la idea de un lugar que pueda transmitir al niño víctima, paz y sosiego y por el contrario, son estructuras pensadas para adultos, que contribuyen a generar mayor victimidad en los menores.

Lo anterior, hace necesario, la creación de una estructura física que sea acorde con las necesidades de protección de las víctimas, se trata aquí de salas que respondan a la concepción de ambientes no hostiles ni opresivos para los menores<sup>26</sup>. Sobre este punto, la ventaja que se tiene es que legalmente<sup>27</sup>, tal derecho de la víctima ya ha sido reconocido; sin embargo, en la práctica el diseño de las estructuras judiciales no se corresponden con lo exigido por la ley.

Un ambiente no hostil, significa un espacio que sea compatible con la edad y la comprensión del menor, es decir un lugar habituado a su nivel de socialización, un entorno que no le sea extraño al infante, y que sea natural para él. Sobre este aspecto los sistemas de justicia que han desarrollado ambientes no hostiles, los acondicionan en forma de sala juegos de niños, o de guarderías, de sala cuna, o de aulas de kinder o de escuela, con decorados especiales, que incluyen hasta aspectos de relajación en la forma en la cual se encuentran pintados, de acuerdo a los parámetros de la psicología del color y del ambiente.

Es importante indicar que estos lugares no sólo son necesarios para la realización de las audiencias de juicio, sino que los mismos se requieren en las oficinas en las cuales los menores serán entrevistados, o en las cuales tengan que desarrollarse actividades

<sup>26</sup> En igual sentido destacando la necesidad de que los testimonios se rindan en ambientes no hostiles LÓPEZ ORTEGA Juan José. Op. cit. p 250.

<sup>27</sup> Dice al respecto el artículo 13 N° 13 (a) "La víctima tendrá derecho... Cuando la víctima fuere menor de dieciocho años: A que se le brinden facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales ni hostiles, y que se grave su testimonio para facilitar su reproducción en la vista pública cuando sea necesario".

periciales con ellos. En lo que respecta a las salas para rendir testimonios, los menores se encuentran en un ambiente acorde a los mismos, y a todo lo que lo rodea; lo cual significa que en la recepción de la declaración, no concurre el formalismo del rito<sup>28</sup>, en el sentido que el menor declare ante la presencia inmediata de los jueces y de las partes. En estos casos, el testimonio se recepciona mediante un sistema de circuito cerrado, lo cual garantiza la inmediación del mismo para las partes y jueces pero de una manera diferente que no victimiza en mayor medida al niño.

(e) la forma prescrita para la testificación de los menores. Sobre este aspecto debe considerarse que el testimonio de un menor no puede asimilarse en su forma de producción al testimonio de un adulto. Se requiere aquí, que se conceda un trato diferenciado, precisamente por la desigualdad que existe entre una persona que es menor y una persona que es adulta; este tratamiento diferente, es la regla general cuando se trata de niños y sólo cuando el menor no requiera del mismo no se dispensará, usualmente ello ocurre, cuando la persona es un adolescente, aunque esta situación es también una regla general —es decir admite excepciones— por que hay casos en los cuales, aun siendo una joven, la propia personalidad o la gravedad del hecho requerirá que el testimonio se rinda en la forma diferenciada que la ley ha prescrito.

La ley procesal penal precisamente ha determinado una serie de reglas que hacen que el testimonio de los menores reciban un trato diferente en cuanto a la manera de su recepción<sup>29</sup>; estas formas diversas a las que en la generalidad se disponen para la declaración de los testigos son las siguientes: (a) a declarar en ambientes no formalizados; (b) a que cuando sea necesario, el testimonio recibido como anticipo de prueba sea gravado para ser reproducido de esa manera en la vista pública, lo cual significa que el menor ya no declarará en el juicio<sup>30</sup>; (c) que el niño no puede ser sometido

<sup>28</sup> Sobre la reducción del formalismo en la declaración LÓPEZ ORTEGA Juan José. Op. cit. p 246.

<sup>29</sup> Lo usual es que un testigo declare en la sala de juicio, que ese acto sea individual y sin la asistencia de otra persona, que se interrogado el testigo con la técnica del interrogatorio directo y que se permita en toda su extensión el contrainterrogatorio, con el derecho al “careo”, es decir a la confrontación visual entre testigo e imputado en el mismo acto de declarar. Arts. 348 CPP.

<sup>30</sup> En este aspecto debe hacerse una relación entre el derecho concedido en el artículo 13 N° 13 (a) y las exigencias del anticipo de prueba que regula el artículo 270. La declaración del menor como testimonio puede anticiparse, pero para que tenga validez, sobre la base de que el menor ya no rendirá su declaración en juicio, tal anticipación debe hacerse de conformidad a lo prescrito en el artículo 270 CPP, es decir en la forma de una declaración en juicio, ante juez, y con asistencia del imputado y de abogado defensor que lo represente; lo cual no significa que no se aplicarán las otras reglas de protección a la persona del menor cuando rinda y se grave su testimonio. En todo caso la regulación del derecho del artículo 13 no es un imperativo de regla general, deberá estimarse en qué casos, es procedente aplicar dicha regla, por ejemplo, en algunos casos, no sería aconsejable de acuerdo a las particularidades del mismo, recibir un testimonio del menor por lo reciente del trauma sufrido, en otros casos, lo aconsejable será recibirlo, ello dependerá de las cuestiones singulares del caso de que se trate.

a presiones para contestar al interrogatorio o el contrainterrogatorio<sup>31</sup>; (d) que el niño puede ser sometido a un interrogatorio sugestivo en atención a su edad, discernimiento y capacidad emocional para testificar; (e) que el menor puede ser interrogado por el presidente del tribunal conforme a un cuestionario de preguntas que presenten las partes y que aprobaran los jueces del juicio; (f) que en el interrogatorio del menor pueden estar presentes sus padres, un familiar cercano, su representante legal o un experto en psicología o en ciencias de la conducta, para que brinden facilidades al menor en su testificación.

Quizá el aspecto más relevante en el testimonio de niños y adolescentes, sea la diferente dimensión que adquiere el derecho al careo, también conocido como derecho a la confrontación del testimonio<sup>32</sup>, el cual es parte del derecho de defensa y se manifiesta cuando el testigo tiene que declarar cara a cara con el imputado, para ser interrogado y contrainterrogado respecto de sus aseveraciones y del por qué de las mismas. Este derecho que cuando se trata de personas adultas adquiere una mayor plenitud, no puede ser ponderado de igual manera que cuando se trata de niños.

Precisamente por ello, aun en sistemas penales que tienen una dimensión mayor sobre el sistema adversarial<sup>33</sup>, en el cual uno de sus pilares, es la confrontación entre

<sup>31</sup> En la generalidad de los testimonios, una de las técnicas utilizadas y permitidas por la ley, es el someter al testigo a presiones debidas o razonables, para saber cuál es la manera por la que sabe la información que declara, o sobre intereses particulares que pueda tener que afecten individualmente la credibilidad de su testimonio. Esta generalidad de constreñimiento sobre el testigo que es necesaria en un sistema adversativo para que las partes puedan litigar su caso y para conceder completa confiabilidad al dicho del testigo, se reduce sensiblemente cuando se trata de niños; en el caso de adolescentes puede ser permitido dentro de un grado de razonabilidad.

<sup>32</sup> La dimensión aseguradora del derecho al careo se ha explicado de la manera siguiente: a) derecho al careo o confrontación cara a cara con los testigos adversos; b) derecho a contrainterrogar a los testigos adversos; c) derecho a la exclusión de cierta prueba de referencia que pretenda utilizar el ministerio público como prueba de cargo. CHIESA APONTE Ernesto L. "Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos". Primera Reimpresión. Editorial Forum. San Juan. Puerto Rico. 1995 p 390.

<sup>33</sup> Por ejemplo en la legislación puertorriqueña se garantiza en la regla 40 de evidencias que: "Un testigo podrá testificar únicamente en presencia de todas las partes involucradas en la acción y estará sujeto a estar interrogado por todas ellas, si éstas optan por asistir a la vista y por interrogar al testigo". En similar sentido la Enmienda Sexta y la Sección 11 del artículo II de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico prescribe que: "En todos los procesos criminales el acusado disfrutará del derecho a carearse con los testigos de cargo": " CHIESA APONTE Ernesto L. "Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos". Primera Reimpresión. Editorial Forum. San Juan. Puerto Rico. 1995 p 389. Regla que en el sistema norteamericano se aplica a partir de la Sexta Enmienda que dice en lo pertinente: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speed and public trial, by an impartial jury of the State and district where in the crime shall have been committed which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him..." o "En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá ser determinado previamente por la ley; así como que se le haga saber la naturaleza

testigo e imputado en el juicio oral, se ha entendido que el derecho al careo debe resultar limitado cuando se trata de un interrogatorio de menores<sup>34</sup>, por cuanto aunque el derecho a la confrontación es parte del derecho de defensa, y es una garantía fundamental, la misma no puede ser considerada absoluta, y en ciertos casos que tienen la misma dimensión de derecho fundamental, su aplicación debe ser ponderada respecto de los otros intereses que se tutelan.

De ahí, se ha entendido que es válido, limitar la confrontación entre menores y acusados<sup>35</sup>, cuando del ejercicio del derecho al careo, pueden resultar graves perjuicios para la indemnidad del menor, y en tal caso, se ha admitido que la declaración sea rendida en condiciones especiales que le permitan a la víctima que su testimonio, no pueda ser confrontado de manera directa –en el sentido de *face to face*– por el acusado; usualmente se ha utilizado el sistema de circuito cerrado para garantizar tanto los derechos de la víctima como del acusado, aquélla declara sin tener presente al justiciable, éste puede ver y oír el testimonio de manera inmediata, aunque no confrontando en el mismo espacio físico al testigo. Esa forma de preservar a los testigos menores, de los efectos de la victimización secundaria que se producen cuando tienen que confrontar a su presunto agresor, y de garantizar al acusado el derecho de defensa por una confrontación limitada, me parece completamente razonable.

### Conclusiones.

(1) Destacar los aportes que se han derivado de la victimología respecto de una mayor comprensión del concepto de víctima y de la tutela de sus derechos en el marco del sistema penal.

(2) Ratificar que los niños en cuanto víctimas de delitos gozan de una tutela reforzada conforme a los principios rectores de interés superior de la niñez y de la protección integral.

(3) Destacar los efectos nocivos de la revictimización y desarrollar estrategias que reduzcan sensiblemente los mismos.

---

y causa de la acusación, **de que se le caree con los testigos que depongan en su contra...**?. Constitución de los Estados Unidos de América. Applewood Books. 2004 p 19.

<sup>34</sup> En tal sentido se resolvió el caso *Coy v. Iowa* 487 U.S. 102, 108 S. Cr. 2798 (1988). Y de manera específica refiriéndose a lo legítimo de la limitación cuando el acto de confrontación del testimonio provocaría en el menor víctima un serio daño emocional –serious emotional distress– *Maryland v. Craig* 110 S Ct. 3157 (1990)

<sup>35</sup> También en el mismo sentido LÓPEZ ORTEGA Juan José. Op. cit. p 248.

(4) La necesidad de adoptar un protocolo unificado de declaración respecto de menores víctimas de un delito sexual, para reducir la multiplicidad de entrevistas y declaraciones.

(5) La necesidad de modificar las estructuras judiciales para garantizar que las declaraciones de los menores se rindan en ambientes no hostiles.

(6) Potenciar la especialización de todo el personal del sistema penal para garantizar un trato digno, compasivo y humano para las víctimas de delitos sexuales.

(7) La necesidad conforme al principio de razonabilidad de limitar la confrontación como derecho del imputado cuando se trate de un niño víctima de un delito sexual.

### **Bibliografía.**

BERISTAIN Antonio. “Proceso Penal y Víctimas”. Pasado, presente y futuro” en “Las Víctimas en el Proceso Penal”. 1ª edición. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. San Sebastián. España. 2000.

CHIESA APONTE Ernesto L. “Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos”. Primera Reimpresión. Editorial Forum. San Juan. Puerto Rico. 1995.

DÍAZ CASTILLO Marco Tulio. “La Protección de las Víctimas” en Revista Justicia de Paz. N° 13. Año V. Volumen III. Septiembre-Diciembre 2002. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2002 p 203.

ESER Albin. “Acerca del Renacimiento de la Víctima en el Procedimiento Penal”. Traducción de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba en “De los Delitos y las Víctimas”. AA.VV. AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1992.

ECPAT Internacional. CEMUJER “Hacia una intervención no revictimizante con niñas, niños y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial en el sistema judicial: Aportes desde El Salvador”. ECPAT-CEMUJER. San Salvador. El Salvador. 2005.

FARIA-COSTA Zelia. GOLDBARD Lillian en Seminario-Taller “Tratamiento Psicológico de Víctimas de Abuso Sexual”. San Salvador. El Salvador. Junio 2002.

LARRAURI Elena. “Victimología” en “De los Delitos y las Víctimas”. AA.VV. AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1992

LARRAURI Elena. “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?” en Revista de Ciencias Penales. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 16 N° 22. Septiembre 2004. San José. Costa Rica. 2004.

LÓPEZ ORTEGA Juan José. “La Protección jurídica de los niños-víctimas en el proceso penal” en Revista Justicia de Paz. N° 10. Año IV-Vol. III. Septiembre-Diciembre. 2001. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2001.

LLOBET RODRÍGUEZ Javier. “Proceso Penal Comentado”. Código Procesal Penal Comentado. Segunda Edición. Primera Reimpresión. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2003.

MENÉNDEZ LEAL Salvador. “La Víctima. Aproximación al problema procesal” en “Ensayos Doctrinarios. Nuevo Código Procesal Penal”. 1ª edición. ARSJ-UTE. San Salvador. El Salvador. 1998.

PÉREZ VALLADARES Gilma. GUIROLA Ima. “El marco legal e institucional para la protección de la niñez y adolescencia ante la explotación sexual comercial en El Salvador. Análisis de situación y propuesta de fortalecimiento. ECPAT Internacional. CEMUJER. San Salvador. El Salvador. 2005.

QUEREJETA CASARES Luis Miguel. “Las Víctimas y los daños personales derivados del ilícito penal” en “Las Víctimas en el Proceso Penal”. 1ª edición. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. San Sebastián. España. 2000.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI Ignacio José. “Las Víctimas: Juicio oral y sentencia” en “Las Víctimas en el Proceso Penal”. 1ª edición. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. San Sebastián. España. 2000.

TAMARIT SUMALLA Josep M. “La Víctima en el Derecho Penal”. Editorial Aranzandi. Pamplona. España. 1998.

TURCIOS MORALES Luis Alfredo. REYES LÓPEZ Cesar Octavio. “Psicología y Psiquiatría en el Ambito Legal”. Ponencia escrita presentada en el Primer Congreso de Psicología Judicial y Forense del Órgano Judicial. San Salvador. El Salvador. Mayo 2005.

## EL PAPEL DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA

Armando Laínez Olivares\*

Sumario. I. Introducción. II. Los recursos. 1. Justificación del tema. 2. Fundamento constitucional de los medios impugnativos. 3. Acercamiento al concepto de recurso en materia administrativa. 4. La naturaleza jurídica de la institución de los recursos. 5. Semejanzas y diferencias entre el recurso administrativo y el jurisdiccional. III. Tratamiento legal de los medios impugnativos en El Salvador. 1. Incidencia de los recursos en la tutela judicial. 2. Aplicación jurisprudencial del agotamiento de la vía administrativa. 3. Exigencia en el empleo de recursos regulados en reglamentos para el cumplimiento del requisito del agotamiento de la vía administrativa. 4. Actos que no requieren agotar la vía administrativa. 5. Los recursos no reglados. IV. Conclusión. V. Bibliografía. VI. Legisgrafía.

### I. Introducción.

Por regla general los recursos administrativos constituyen una herramienta procesal de efectos benéficos o ventajosos para el administrado, algunos afirman es un derecho.

Ahora bien, en materia administrativa, específicamente dentro de un procedimiento administrativo, la afirmación realizada en la frase anterior no es del todo cierta, tiene algunos matices.

El presente documento tiene por finalidad hacer un pequeño esbozo de lo que constituyen los recursos administrativos en la legislación salvadoreña, y sus implicaciones en la tutela judicial de derechos en los términos que expresa el artículo 2 de nuestra ley fundamental.

### II. Los recursos.

#### 1. Justificación del tema.

Nuestra legislación establece que cuando el administrado considere que la Administración actúa incorrectamente éste tiene una posibilidad de someter a control la

\* El autor es licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA). Abogado y Notario. Ha sido profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, Universidad Francisco Gavidia y Universidad de Sonsonate. Actualmente se desempeña como Coordinador de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

actuación dentro de la misma sede administrativa. Lo anterior con el fin de asegurar que los actos pronunciados por la Administración Pública se realicen conforme al orden legal vigente.

Para hacer efectivo el control de que se trata, la misma ley crea expresamente la institución del “recurso administrativo” como un medio de defensa para deducir ante un órgano administrativo, una pretensión de modificación o revocación de un acto dictado, por el mismo órgano o por un inferior jerárquico.

## **2. Fundamento constitucional de los medios impugnativos.**

El derecho a recurrir o derecho de acceso a los medios impugnativos es una categoría jurídica constitucional en virtud de la cual es posible atacar el contenido de una decisión que cause perjuicio a efecto que la misma autoridad que la proveyó o alguna otra en su caso, conozca sobre lo misma.

El acceso a los medios impugnativos o derecho a recurrir –sostiene la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia- no aparece expresamente en nuestra Constitución como derecho subjetivo; sin embargo, es una categoría jurídica subjetiva protegible por medio del amparo, por lo que no pierde su sustantividad propia, sino que el mismo se conjuga estricto sensu –como todo el ordenamiento- con la necesidad de que exista un proceso constitucionalmente configurado, en tanto que al consagrarse en la ley un determinado medio impugnativo, la negativa de acceder al mismo sin justificativo constitucional, cuando legalmente procede, deviene en una vulneración. Y es que al estar legalmente consagrada la posibilidad de un segundo examen de la cuestión –otro grado de conocimiento-, negar la misma sin basamento constitucional supondría no observar derechos de rango constitucional. (Sentencia de amparo del 30 de mayo de 2000. Ref. 194-99).

Sin embargo, cabe aclarar que el derecho a recurrir no significa la posibilidad de emplear cualquier recurso, sino que este derecho únicamente permite el uso de aquéllos expresamente previstos por la ley en un caso concreto, claro está, siempre que se hayan cumplido los requisitos y presupuestos de ley.

En resumen, el derecho a los medios impugnativos o derecho a recurrir es un derecho de naturaleza constitucional procesal, que si bien esencialmente dimana de la ley, también se ve constitucionalmente protegido en cuanto constituye una facultad de los gobernados que ofrece la posibilidad que efectivamente se alcance una real protección de los derechos. (Sentencia de amparo del 30 de mayo de 2000. Ref. 194-99, sentencia

de amparo ref. 714-1999 de fecha 19 de Noviembre de 2001 y sentencia de amparo del 30 de mayo de 2000. Ref. 194-99).

### **3. Acercamiento al concepto de recurso en materia administrativa.**

Establecida la vertiente constitucional salvadoreña en la que se funda la institución de los recursos, es necesario abordar a continuación la temática desde la perspectiva administrativa.

Desde la perspectiva del Derecho Administrativo algunos doctrinarios conciben al recurso como el medio de protección concedido al administrado para expresar su inconformidad sobre el actuar de la Administración Pública. Otros, sostienen que el recurso administrativo es una extensión del ejercicio del “*Principio de Autotutela*”, lo cual posibilita que la autoridad administrativa pueda revisar sus actuaciones.

La jurisprudencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo ha sostenido que los recursos son los medios que concede la ley para la impugnación de las resoluciones, a efecto de subsanar los errores de fondo o los vicios de forma en que se haya incurrido al dictarlas. Constituyendo así, una garantía para los afectados por actuaciones de la Administración, en la medida que les aseguran la posibilidad de reaccionar ante ellas, y eventualmente, de eliminar el perjuicio que comportan. (Sentencias del 28/V/1996. Ref. 14-L-94 y del 13/IX/1996. Ref. 38-G-95).

De lo anterior se desprende que la Administración Pública se encuentra habilitada para volver –reconsiderar la legalidad- sobre sus propias actuaciones cuando el peticionario expresa su inconformidad, y dicha facultad revisora implica un “plus” a la Autotutela, pero que bien ejercida conlleva un beneficio concreto al ciudadano.

Argumentos que favorecen la facultad revisora de la Administración son: que la justicia administrativa es mucho más expedita que la jurisdiccional, y que el principio de informalidad es la regla en la Administración Pública, no así la deducción de una pretensión procesal a nivel jurisdiccional.

De lo expresado líneas atrás podemos definir al recurso como la deducción de forma expedita de una pretensión –en términos amplios- ante un órgano administrativo, con la finalidad de obtener la anulación o modificación de un acto administrativo dictado por ese mismo órgano o por su inferior jerárquico<sup>1</sup>.

Otra opinión es que el recurso administrativo es aquel medio de defensa que la ley establece para deducir ante un órgano administrativo, una pretensión de modificación

<sup>1</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. “Tratado de Derecho Administrativo”; Volumen III; Madrid; 2001. Pág. 414.

o revocación de un acto administrativo dictado por ese mismo órgano o por su inferior jerárquico.<sup>2</sup>

Emilio Margain Manautou, menciona que “el recurso administrativo es todo medio de defensa al alcance de los particulares para impugnar, ante la Administración Pública, los actos y resoluciones por ella dictados en perjuicio de los propios particulares, por violación al ordenamiento aplicado o falta de aplicación de la disposición debida.”<sup>3</sup>

En el Diccionario para Juristas se establecen dos conceptos de recurso, uno administrativo, que se define como el derecho de cada uno de los particulares que pueden interponer contra las resoluciones administrativas y ante los propios organismos de la Administración; y el contencioso administrativo, que es aquél que se interpone contra las resoluciones de la Administración activa que reúnen determinadas condiciones establecidas en las leyes.<sup>4</sup>

En el caso salvadoreño considero –al igual que la Sala de lo Contencioso Administrativo– que la definición que más se acerca a la concepción del recurso es la propuesta por el tratadista Fernando Garrido Falla.

#### **4. La naturaleza jurídica de la institución de los recursos.**

Existen varias opiniones contradictorias a cerca de la naturaleza jurídica del recurso. Entre ellas tenemos dos posturas que son las más sobresalientes; la primera de ellas considera que al recurso administrativo es acto jurídico –mera decisión de la Administración Pública– y otra como un derecho de instancia.

Un exponente de la primera teoría es Juan Carlos Cassagne, que nos dice: “Tratándose de una declaración del particular que produce efectos jurídicos al respecto de la administración y las demás personas legitimadas en el procedimiento, es evidente que el recurso administrativo es un acto jurídico y no un derecho. No debe confundirse, pues, el derecho de recurrir que es emanación conjunta del derecho de petionar a las autoridades y de la garantía de la defensa trasladada al plano administrativo, con su manifestación concreta en el acto por el cual se recurre”<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> DELGADILLO GUTIÉRREZ, Humberto. “Principios de Derecho Tributario”. 2ª ed., Ed. Pac, México, 1986. Pág. 179.

<sup>3</sup> MARGAIN MANAUTOU, Emilio. “Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano”. 12a. ed., Porrúa. México, 1996. Pág. 162

<sup>4</sup> PALOMAR DE MIGUEL, Juan. “Diccionario para Juristas”. Mayo Ediciones. México, 1981.

<sup>5</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, citado por ARMIENTA HERNANDEZ, Gonzalo. “Tratado teórico práctico de los recursos administrativos”. 2ª edición, editorial Porrúa, México 1992. Pág 58.

Briseño Sierra es uno de los defensores de la segunda tesis, y considera que el recurso administrativo es un derecho de instancia, así: expone que el recurso es un derecho de instancia que debe estar clara y específicamente consignado en la ley o reglamento aplicables al caso controvertido; el recurso es una instancia que impugna la resolución de una autoridad y no una contradicción de derechos particulares.

Textualmente, Humberto Briseño Sierra dice: “La instancia llamada recurso queda en el campo de control a posteriori, pero aún conserva la limitación de su pretensión, porque no puede lograr algo más del reaceramiento, de la justeza o del reajuste del primer reaceramiento. Va contra el acto de autoridad, pero insta hacia ella o su superior, de manera que no puede pedirles algo que esté fuera de su estricta competencia.”<sup>6</sup>

La teoría de Briseño Sierra es compartida por el Tribunal Constitucional salvadoreño y me parece la más acertada, porque el particular ejerce un derecho de instancia que tiene dentro del procedimiento administrativo, en el cual se encuentre inmerso debido a su situación legal, debido a que el acto jurídico no es el recurso, sino la resolución que emana de la autoridad, la cual afecta el interés jurídico del gobernado. Así tenemos que el recurso es el mecanismo de defensa que otorga la ley al administrado, y el acto jurídico es la respuesta al recurso.

Ahora bien, entendido que el recurso es un medio de impugnación y no un acto jurídico, podemos decir que la expresión medio de impugnación es mucho más amplia que el término recurso. Los medios de impugnación contienen a los recursos que son aquéllos reglamentados en un sistema procesal, que tiene vida dentro del mismo; como por ejemplo los recursos en el derecho civil de apelación y queja son medios de impugnación intraprocesales, porque están reglamentados por un sistema procesal.

El recurso técnicamente, es un medio de impugnación intraprocesal, en el sentido de que vive y se da dentro del seno mismo del proceso, ya sea como un nuevo examen de una decisión tomada ante la misma autoridad, o como una segunda etapa, segunda instancia ante una autoridad diferente del mismo proceso.

### **5. Semejanzas y diferencias entre el recurso administrativo y el jurisdiccional.**

Sus semejanzas radican, en que ambas vías conocen de una misma resolución y se resuelve sobre la legalidad o bien la ilegalidad del acto que está reclamando.

<sup>6</sup> BRISEÑO SIERRA, Humberto. “Derecho Procesal Fiscal en el Régimen Federal Mexicano”. 1ª y 2ª ediciones. Antigua Librería Robredo. México, 1964. Pág. 97

Otra de las semejanzas consiste, en que ambos recursos tienen dos elementos los cuales pueden ser clasificados como: esenciales y secundarios, según el caso.

Dentro de los esenciales encontramos tres, el primero consiste en la existencia del recurso establecido en un ordenamiento legal, esto es comprensible por el sistema jurídico de legalidad que exige el Estado de Derecho establecido en la Constitución (derecho de configuración legal); el segundo trata de la existencia de una resolución administrativa o judicial, que constituye el presupuesto material del medio de impugnación, por lo que no puede proceder dicho medio por alguna observación de la autoridad que no afecte el interés jurídico del particular; éste nos lleva de la mano al tercero, el cual consiste en la afectación de la esfera jurídica del particular, ya que sin una intromisión perjudicial en ésta, por parte de la autoridad, no habría interés jurídico por parte del particular y en consecuencia no habría materia de constitución del agravio que dará lugar al recurso.

Sergio Francisco de la Garza aumenta un punto dentro de los elementos esenciales que es necesario mencionar: la existencia de la autoridad específica administrativa o jurisdiccional que lo tramite y resuelva, esto, porque de no determinar autoridad competente para sustanciarlo, no se puede seguir dicha tramitación y resolución (la competencia no es un componente que pueda ser suplido por el aplicador).

Los elementos secundarios –afirma la doctrina- son aquéllos que no resultan indispensables para la existencia del recurso, es decir, que sólo son necesarios para su trámite y resolución; dentro de esta clase de elementos podemos mencionar los siguientes:

- a) Plazo de interposición.
- b) Período de admisión de pruebas.
- c) Plazo para resolver el recurso.
- d) Momento en que empieza a correr el término.
- e) Libertad para impugnar la nueva resolución ante los tribunales.<sup>7</sup>

Sobre este punto he de disentir. Los elementos mencionados si bien son accesorios al procedimiento constituyen el contenido que define al recurso como tal. El recurso no existe en lo abstracto o en la mera posibilidad de queja del ciudadano. El recurso requiere un contenido legal mínimo que dote de certeza a su existencia y alcance. Admitir lo contrario implicaría asimilar el derecho de petición instituido en el artículo 18 de nuestra ley fundamental con cualquier recurso.

<sup>7</sup> MARGAIN MANAUTOU, Emilio. *Ob. cit.* Pág. 186.

En opinión de Burgoa Orihuela<sup>8</sup>, el recurso consta de elementos esenciales que son: sujeto activo, pasivo, causa (remota o próxima) y objeto.

El sujeto activo es aquella parte de un procedimiento judicial o administrativo que lo interpone contra un acto procesal que le haya inferido un agravio, entendiéndose por tal, el perjuicio que le irroga al violarse una disposición legal, ya sea de fondo o adjetiva.

El sujeto pasivo está constituido por la contraparte del recurrente; el sujeto pasivo en un recurso no es el órgano que dictó el acto impugnado, sino la contraparte del recurrente.

La causa remota equivale a la legalidad que deben revestir todos los actos procesales, es decir, deben dictarse con apego a la ley que los rige; la próxima es la violación al principio de la legalidad traducida en la pronunciación o comisión de un acto procesal en contravención a las normas sustantivas o adjetivas que lo regulan, y para que tal violación constituya la causa próxima debe producir un menoscabo para alguna de las partes.

El objeto es tender a la corroboración o la ratificación que emite el órgano encargado de conocer el recurso interpuesto respecto del acto recurrido.

Las diferencias consisten en la autoridad ante la que se interponen ambos recursos es diferente, ya que mientras en el recurso administrativo la autoridad que resuelve es la administrativa, en el recurso jurisdiccional es una autoridad judicial la que se encarga de resolverlo.

Además los sujetos que tienen legitimación procesal para interponer un recurso jurisdiccional son diferentes a los del recurso administrativo.

En el primer tipo de recurso las personas legitimadas para interponerlo puede ser la parte demandada, la parte actora o el tercero perjudicado; en el segundo tipo de recurso, será el particular o tercero perjudicado. En el punto antes expuesto, abundaremos a cerca del tema en los siguientes apartados de la presente tesis.

Fix Zamudio concretiza: “lo que distingue al recurso administrativo en estricto derecho de los medios de impugnación, la encontramos a primera vista, es que los recursos administrativos desembocan en un acto también administrativo, en tanto que la impugnación procesal concluye con un acto jurisdiccional, o sea, la sentencia.”<sup>9</sup>

<sup>8</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio. “El juicio de amparo”. 32ª ed., Ed. Porrúa, México, 1995. Pág 301.

<sup>9</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor. “Introducción a los Recursos Administrativos. Estudios comparados”. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1972. Pág. 266.

Las diferencias entre el recurso administrativo y el proceso jurisdiccional son:

RECURSO ADMINISTRATIVO	PROCESO JURISDICCIONAL
- Constituye a la Administración en juez y parte.	- Constituye a la Administración sólo en una de las partes.
- Origina una controversia administrativa.	- Origina un proceso.
- Se ejerce una función administrativa.	- Se ejerce una función jurisdiccional.
- Promoverá que el órgano de administración busque el esclarecimiento de la ley en bien de la función administrativa.	- Promoverá que el órgano jurisdiccional busque el esclarecimiento de la ley en bien del interés público.
- Permite a la Administración, como órgano de control, actuar sin someterse a un procedimiento rígido fatal.	- Sólo permite al juzgador por excepción actuar de oficio.

### III. Tratamiento legal de los medios impugnativos en El Salvador.

En el Salvador se pueden identificar tres tipos de recursos que de forma continua han sido seleccionados por el legislador: revisión, revocatoria y apelación.

La revisión y la revocatoria constituyen recursos que por regla general deben interponerse ante la misma autoridad que dictó el acto administrativo impugnado, y estos tienen por finalidad que la Administración reconsidere la decisión impugnada previo análisis de los presupuestos legales y fácticos del caso que motivaron la adopción del acto.

En puridad jurídica existe una diferencia entre ambos recursos –revisión y revocatoria–, el primero de ellos implica un estudio superficial del acto, para efectos de realizar las correcciones de forma que correspondan, lo cual significa que el fondo de lo debatido se encuentra resuelto y no es sujeto a modificación alguna; en tanto el segundo recurso tiene implícito en su naturaleza la búsqueda de una modificación plena del fondo de lo resuelto.

El ordenamiento jurídico salvadoreño no es congruente con lo anteriormente expresado, y por regla general el legislador los entiende como sinónimos, cuando en

realidad existe una diferencia jurídica de raíz entre ambos. Por ejemplo el artículo 19 de la Ley para la Imposición del Arresto y Multa Administrativo regula el trámite del recurso de revisión, en el que se señala que será la autoridad superior quien conocerá del recurso y además agrega que ésta puede reformar, modificar o revocar la decisión adoptada.

Respecto al recurso de Apelación, es necesario aclarar que ha recibido un tratamiento muy regular en la legislación y se han identificado dos características fundamentales: siempre lo conoce el superior jerárquico y los efectos son plenos en cuanto a modificación del fondo de lo resuelto se refiere, no a las formas.

Ahora bien, es necesarios hacer hincapié en que los recursos administrativos poseen una virtud indiscutible, el principio de informalidad en la interposición del mismo y su desarrollo son la regla, con lo que se simplifica el trámite y se posibilita el acceso de una forma más concreta a la tutela de un derecho.

### **1. Incidencia de los recursos en la tutela judicial.**

Los medios impugnativos regulados en los procedimientos administrativos constituyen una garantía a favor del ciudadano, por medio del ejercicio de dicha herramienta se pretende la tutela de una determinada situación jurídica que se considera conculcada. La citada tutela no se encuentra únicamente ante la Administración Pública, sino que ésta es igualmente conseguida mediante el inicio de un proceso judicial.

En El Salvador la tutela jurisdiccional en materia administrativa es ejercida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia (172 Cn.).

Ahora bien, para acceder a esa tutela jurisdiccional –particularmente en la jurisdicción contencioso administrativa- es necesario el cumplimiento de determinados requisitos, entre ellos el agotamiento de la vía administrativa, así: la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, L.J.C.A., en el Art. 7 letra a) en lo concerniente establece: “Art. 7 No se admite la acción contencioso administrativa respecto de los siguientes actos: a) ..., aquéllos en que no se haya agotado la vía administrativa. Se entiende que está agotada la vía administrativa, cuando se haya hecho uso en tiempo y forma de los recursos pertinentes y cuando la ley lo disponga expresamente;...”

Así se tiene que cuando la ley determina la posibilidad de impugnar los actos administrativos, la interposición de recursos se vuelve necesaria, para tener acceso al control judicial de la actuación de la Administración Pública, en caso que ésta aún le sea adversa.

De la acotación anterior se desprende la importancia de la impugnación de los actos en sede administrativa.

## **2. Aplicación jurisprudencial del agotamiento de la vía administrativa.**

Conforme a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el previo agotamiento de la vía administrativa, es una condición objetiva de admisibilidad de la acción contenciosa. El Art. 7 letra a) de la ley de la materia, prescribe que este requisito se entiende cumplido cuando el administrado ha hecho uso en tiempo y forma de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico aplicable y cuando la ley lo disponga expresamente.

Hasta hace pocos meses la interpretación jurisprudencial había dejado en claro que además del requisito de interposición de los recursos establecidos en la ley, era necesario que la decisión que se generaba a partir de la interposición del mismo debía ser del fondo, ya que únicamente se entendía que la última voluntad de la Administración -sobre el debate- se podía establecer de esa manera.

Tal interpretación conllevó, durante mucho tiempo, que la competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo respecto del conocimiento de la decisión de fondo –que resultaba desfavorable- se encontrara supeditada al tipo de decisión administrativa que produjera la autoridad.

Para explicar lo anterior es necesario entender, que la Administración en vía de recurso tiene tres posibilidades a saber:

- a) confirmar la decisión recurrida total o parcialmente,
- b) revocar total o parcialmente la decisión recurrida; o
- c) declarar improcedente o inadmisibile el recurso por algún defecto en su interposición.

Respecto de las decisiones indicadas en los literales a) y b) la Sala de lo Contencioso Administrativo no tenía problema alguno para dilucidar el fondo de lo solicitado por el peticionario, ya que se entendía que la Administración había revalorado –por medio de la vía del recurso– la legalidad de su decisión.

Ahora bien, en la decisión indicada en el literal c) la Sala de lo Contencioso Administrativo se inhibía de conocer sobre el fondo de la controversia. Lo anterior se debía

a que la decisión última de la Administración no valoraba el fondo de lo solicitado, sino que únicamente se limitaba a establecer el incumplimiento de requisitos para acceder a la tramitación del recurso. En ese sentido, la Sala únicamente admitía la impugnación respecto del acto que denegaba la tramitación del recurso, para efectos de valorar la legalidad de los motivos en los que descansaba tal negativa, y declaraba inadmisibile el acto que resolvía el fondo por la falta de agotamiento de la vía administrativa (ya que sobre el fondo la Administración no se pronunciaba).

Las anteriores consideraciones fueron revaloradas por la Sala de lo Contencioso Administrativo, y ahora a partir del mes de mayo del año dos mil cinco, se ha establecido que el agotamiento de la vía administrativa no puede encontrarse condicionado a una decisión de fondo pronunciada por la Administración, lo cual significa que hoy, sin importar el tipo de decisión que adopte la autoridad, cualquier decisión que se pronuncie en vía de recurso se entiende que agota la vía administrativa, y resultará indiferente si el incidente del recurso finalizó con una resolución sobre el fondo del asunto o con una que, simplemente lo rechazó in límine.

No obstante, -la misma Sala aclara- es necesario evitar que esta flexibilidad de interpretación sobre el agotamiento de la vía administrativa se convierta en una invitación al abuso de los recursos administrativos y de la acción contenciosa; pues el hecho de que para entender agotada la vía administrativa, no se exija que la resolución del recurso contenga un pronunciamiento sobre el fondo, no significa que en sede judicial tenga que pronunciarse por se una sentencia sobre el fondo, lo cual significaría asumir, sin más, que todo rechazo in límine de un recurso administrativo lo ha sido de manera ilegal y desconocer la potestad de la Administración para declinar válidamente el conocimiento de un recurso administrativo.

Esta forma de interpretar el agotamiento de la vía administrativa obedece a la necesidad de efectivizar, a partir de los principios de protección jurisdiccional y de economía procesal, la defensa de los derechos o intereses del administrado mediante el proceso contencioso administrativo, pero sin desconocer las potestades que el ordenamiento determina a favor de la Administración.

“En ese sentido, cuando la acción contenciosa se endereza contra el acto originario (aquél que restringe o modifica un derecho material del administrado) y contra el que inadmite o rechaza el recurso que agota la vía administrativa, la decisión judicial sobre el primero, y por consiguiente sobre el fondo del asunto, estará condicionada a que resulte ilegal el rechazo in límine del recurso; todo ello dentro de un único proceso. Será, por tanto, al amparo de esta nueva forma de examinar si se cumple el requisito de

agotamiento de la vía administrativa, en cada caso concreto, cuáles son los actos cuya impugnación es procedente mediante la acción contencioso administrativa.

Particularmente, debe señalarse que si la vía administrativa se agota con independencia de si la resolución en vía de recurso contiene o no un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, en aquellos casos en los que existe un acto administrativo originario y uno que resuelve sin lugar un recurso, la acción contenciosa deberá interponerse contra el acto que originariamente produce el agravio, pero también contra aquellos pronunciados en vía de recurso.

Esto debe ser así puesto que, si bien es en el primer acto donde se origina el agravio, el o los actos sucesivos dictados en vía de recurso también se encuentran vinculados al agravio producido y, por lo tanto, también deben ser impugnados. En vía de recurso, el superior jerárquico tiene la posibilidad de reparar el supuesto agravio; sin embargo, cuando lo que hace es confirmar el acto del inferior, aquél se considera igualmente responsable del daño producido y, por consiguiente, su actuación también debe ser impugnada.” (Sentencia interlocutoria de las ocho horas del 3/V/2005 Referencia 365-C-2004).

### **3. Exigencia en el empleo de recursos regulados en reglamentos para el cumplimiento del requisito del agotamiento de la vía administrativa.**

Los recursos administrativos, tal como se expuso en los párrafos anteriores constituyen un medio de defensa a favor del administrado. Ahora bien, la referida institución requiere una necesaria regulación legal que le otorgue “vida en el ordenamiento”, ya que tal como se expuso el derecho a recurrir no es una construcción abstracta.

Siguiendo el anterior orden de ideas, considero que la regulación legal de un mecanismo de defensa como es el recurso requiere forzosamente es estar en una ley –formal no material–. La anterior afirmación no es novedosa y sobre ella, doctrinarios como García de Enterría o Garbería Llobregat ya han escrito suficiente, y la mayoría han coincidido con que los medios impugnativos se encuentran sometidos al “principio de reserva legal”.

Considero necesario dejar en claro que mi posición coincide con la de los prestigiosos juristas mencionados, lo cual indica que no comparto la decisión de la Sala de lo Constitucional y la Sala de lo Contencioso Administrativo que sostienen una posición adversa.

Así las cosas, es indispensable en un documento como el presente aclarar cual es la posición de la Sala de lo Contencioso Administrativo en el referido tema. Sobre ello la Sala ha entendido que los recursos administrativos que se encuentran regulados en reglamentos actualmente son de uso imperativo, y por tanto necesarios para acreditar el cumplimiento del requisito del agotamiento, tal criterio ha sido sustentado por la Sala de lo Constitucional, y retomado por la Sala de lo Contencioso de la siguiente manera:

“Respecto al agotamiento de la vía administrativa la Sala ha resuelto en reiteradas ocasiones que la impugnación de los actos administrativos mediante recursos regulados en reglamentos, sin respaldo en la ley de la materia no es indispensable para habilitar la acción contenciosa ante este Tribunal. Se ha considerado que la regulación de los recursos es materia exclusiva de las leyes, y consiguientemente, el ejercicio del derecho que franquean deben tener fundamento legislativo para ser desarrollado en los reglamentos con carácter vinculante.

La Sala estima la necesidad de revisar el argumento que antecede, a efecto de confirmar o modificar la solución apuntada, especialmente al analizar los efectos de una sentencia que ha sido pronunciada por la Sala de lo Constitucional, relacionada con el mismo asunto en materia que concierne a la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y al Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial.

Expone la sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de fecha nueve horas del quince de marzo de dos mil dos, que fueron impugnadas por inconstitucionalidad varias disposiciones del Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial, entre otros los artículos 169 y Art. 262, que establecen respectivamente un procedimiento verbal general previo a la sanción por una infracción en presencia del agente de tránsito y el derecho de apelar ante el Director General de Tránsito por la imposición de multas.

La sentencia antes citada, a partir del texto contenido en el número 4 ordinal I relaciona entre otros el alegato que se estima pertinente a la consideración anterior. En él se planteó que “el reglamento no puede suplir a la ley, cuando hay materias que están reservadas a la misma...” “como bien lo establece la Constitución en el Art. 11 inc. 1º., la garantía de audiencia debe ser regulada conforme a los reglamentos”. En este punto la expresada sentencia afirmó “al interpretar el Art. 11 inc. 1º Cn., debe entenderse que el término “leyes” utilizado por el constituyente significa ley en sentido material, es decir, cualquier producto normativo emanado de todo ente con potestades normativas constitucionalmente conferidas”.

En ese sentido, esta Sala modifica el criterio sostenido en varias resoluciones anteriores. Nuestro régimen legal, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 7

letra a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece que la procedencia de impugnación de la ilegalidad de los actos de la Administración Pública ante esta jurisdicción, deriva, entre otros presupuestos, del agotamiento previo de la vía administrativa, requisito que se entiende cumplido cuando se ha hecho uso en tiempo y forma de los recursos pertinentes.” (Sentencia de las diez horas cuarenta minutos del 18/XI/2002, Referencia 135-G-2002; y sentencia interlocutoria de las diez horas diecinueve minutos del 8/I/2003 Referencia 69-F-2002).

#### **4. Actos que no requieren agotar la vía administrativa.**

Existen actos administrativos que no tienen una vía administrativa o trámite definido en el procedimiento seguido ante la Administración Pública. Dichos actos son los denominados de “trámite asimilable en sus efectos al definitivo”.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no establece en su regulación clasificación alguna de los actos administrativos que pueden ser sometidos a su conocimiento. Lo anterior ha llevado a que la Sala de lo Contencioso defina los elementos que distinguen los actos que pueden ser sometidos a control.

La Sala de lo Contencioso Administrativo analizando y conjugando los supuestos de inadmisibilidad establecidos en el art. 7 literales a) y b) de la ley de la materia, ha concluido por exclusión que son impugnables en su sede los actos definitivos que han agotado la vía administrativa.

Ahora bien, existen actos administrativos que nacen en la vía procedimental y agotan su contenido en sí mismos, lo cual hace imposible la continuación del procedimiento o bien conllevan una decisión que equivale –en sus efectos– a la definitiva.

Los anteriores actos vg. la inadmisibilidad, exclusión de un concurso, etc., no es que se encuentren excluidos del cumplimiento del requisito del agotamiento, sino que en realidad lo que ocurre es que –por regla general– ya no tienen vía administrativa que seguir, porque no existe.

En el sentido apuntado la Sala ha entendido que: “Si bien la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no hace alusión expresa a la posibilidad de impugnar actos de trámite, este Tribunal ha sostenido la posibilidad de impugnar actos de trámite asimilables a definitivos que ponen fin al procedimiento o hacen imposible su continuación.

Tal postura ha sido congruente con la doctrina de los expositores del Derecho Administrativo, a fin de no excluir del control judicial actos que sin ser definitivos, tienen un carácter especial que posibilita la impugnación.

Esta Sala ha entendido por acto definitivo como: “el acto que resuelve del fondo del asunto o pone fin al procedimiento, que causa estado en sede administrativa, quedándole al interesado expedito su derecho de impugnación ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

Son impugnables también los actos administrativos denominado actos de trámite asimilables a definitivos. En términos generales: “son los que sin resolver el fondo del asunto planteado, ponen fin al procedimiento administrativo, o hacen imposible su continuación.” El tratadista Jesús González Pérez en su obra: “Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano”, plantea que la recurribilidad de una resolución está directamente relacionada con el carácter o fuerza que ésta proyecte en el procedimiento administrativo, por lo cual considera impugnables por separado los actos definitivos o de trámite que “decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo, que ponga término a la vía administrativa o haga imposible su continuación”<sup>10</sup>.

En el mismo orden de ideas otros autores sostienen que los actos de trámite son recurribles de forma autónoma por excepción, cuando: “bajo la apariencia de actos procedimentales no resolutorios del fondo del asunto, de hecho vienen a decidirlo, por poner término al procedimiento o suspender o hacer imposible su continuación...” Contando que el resto de los actos de trámite no son impugnables separadamente, y “habrá que esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para, a través de la impugnación de la misma, poder plantear todas la irregularidades o vicios...” (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo”).

Bajo esta perspectiva, es posible la impugnación autónoma de actos de trámite en casos especiales, como son los que esencialmente deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento y producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos intereses legítimos.” (Sentencia de las ocho horas del 23/VIII/2002 Referencia 32-U-2002, y sentencia interlocutoria de las doce horas y treinta y dos minutos del 18/VI/2003 Referencia 169-S-2003).

### **5. Los recursos no reglados.**

Tal como se ha indicado el agotamiento de la vía administrativa implica el empleo adecuado y oportuno de los recursos instituidos en la ley de la materia, y no otros que aunque puedan considerarse de uso natural como la apelación o revocatoria en algunas legislaciones se encuentran excluidos.

<sup>10</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano” 1ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1985. Pág. 57.

Sobre el empleo de este tipo de recursos algunos tratadistas sostienen que: “Aparte de los recursos administrativos que las normas pertinentes instituyan y regulen en forma expresa, existen recursos administrativos no reglados. Trátase de recursos virtuales o implícitos, que existen como corolarios obvios de preceptos constitucionales. Es lo que ocurre con los recursos de revocatoria y de apelación jerárquica, que si bien pueden no estar reglados o expresamente instituidos, su existencia es evidente, pues representan consecuencias virtuales del derecho a peticionar a las autoridades...”<sup>10</sup>

Sobre tal criterio la Sala ha sido consistente y ha afirmado que el agotamiento de la vía administrativa únicamente implica el uso de los recursos que la ley ha dispuesto y reglado, por lo que el empleo de mecanismo impugnativo diferente conlleva una dilatación innecesaria del control jurisdiccional. Trayendo como consecuencia en algunos casos la imposibilidad de acceder al control jurisdiccional de conformidad con los requisitos de ley.

Así se tiene, que el empleo innecesario de recursos no reglados puede generar actos confirmatorios o reproductorios, y por tanto en algunos casos la extemporaneidad en la interposición de las demandas respecto de los actos definitivos que sí podían ser sometidos a control jurisdiccional.

Sobre los actos reproductorios, la Sala de lo Contencioso ha determinado las características de éstos y cuando se está en presencia de uno de ellos, así:

“El anterior artículo [7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa] también señala en su letra b), que no se admite la acción contenciosa respecto de los actos que “sean reproducción de actos anteriores ya definitivos o firmes, y los confirmatorios de acuerdos consentidos por haber obtenido estado de firmeza.”

Esto implica que existe prohibición expresa del legislador de admitir la acción contenciosa contra actos que confirmen o reproduzcan otros ya firmes, por haber transcurrido el plazo para impugnarlo ya en sede administrativa o judicial, según el caso.

En cuanto a la firmeza del acto a que hace referencia la anterior disposición, ésta se alcanza cuando el acto admite recurso administrativo y no se interpone en tiempo y forma que indica la ley, o cuando habiéndose agotado la vía administrativa no se ejerció la acción contenciosa dentro del plazo prescrito en el Art. 11 L.J.C.A.

<sup>10</sup> M. S. MARIENHOFF, “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, IV Ed., 1990, Vol I, p. 681.

En similar manera, serán firmes en sede administrativa, aquellos actos que no admiten recurso alguno, posibilitando el acceso inmediato a la revisión judicial. La notificación del acto que agota la vía, es decir, el que causa estado en sede administrativa es la que determina el plazo para acceder a esta jurisdicción; transcurrido los sesenta días que señala dicho artículo, el acto adquiere estado de firmeza imposibilitándose el ejercicio de la acción contencioso administrativa.

Lo anterior permite concluir, que las peticiones formuladas por el administrado con posterioridad al acto que causa estado en sede administrativa, no tienen posibilidad de reabrir ni crear nuevos plazos para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, pues ello significaría burlar los plazos que contempla la ley de la materia, vulnerándose la seguridad jurídica adquirida por la firmeza del acto. (Sentencia de las ocho horas y diez minutos del 3/XII/2002 Referencia 89-L-2002).

Asimismo, debe entenderse que el hecho de que la Administración ofrezca una respuesta a las peticiones formuladas por medio de un recurso no previsto en el ordenamiento jurídico, o que estando regulado no proceda en el caso particular —en definitiva un recurso no reglado—, en modo alguno puede significar que la resolución que se dicte pasa a ser automáticamente un acto impugnabile mediante la acción contencioso administrativa. De este modo, los actos provocados por la interposición de un recurso no reglado deben ser considerados actos «reproductorios» y, por consiguiente, no impugnables mediante la acción contencioso administrativa (art. 7 LJCA).

Todo esto se traduce en que la obligación constitucional de respuesta que vincula a la Administración no genera efectos procesales en el contencioso administrativo. Por otra parte, se aclara que con esta interpretación sobre el funcionamiento del sistema de recursos que regula la LPIAMA [Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos] no se está desconociendo la vigencia en nuestro sistema jurídico del principio antiformalista; no obstante, su admisión no puede ser de una extensión que conduzca a la desnaturalización del sistema de recursos administrativos, en este caso, al previsto en la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multas. Debe recordarse al recurrente que la flexibilidad que demanda la aplicación del principio antiformalista no pueden ser a costa de otros principios fundamentales como es el de seguridad jurídica.

Es para procurar la conservación de este principio, que el legislador fija las reglas relativas a los tipos de recursos posibles, autoridad competente para resolverlos, plazos, etc. (Sentencia interlocutoria de las ocho horas con cinco minutos del 2/VI/2005 Referencia 3-2005, y sentencias interlocutorias de las quince horas del 30/VII/2003

Referencia 40-O-2001, de las ocho horas del 20/V/2003 Referencia 100-L-2003; de las ocho horas del 23/VI/2003 Referencia 84-H-2001).

#### **IV. Conclusión.**

A manera de conclusión podemos decir que los recursos administrativos son medios impugnativos otorgados al administrado con la finalidad de hacer valer una tutela de sus derechos de conformidad al artículo dos de nuestra Constitución.

Asimismo es importante destacar que los recursos administrativos cumplen, además, una segunda finalidad, ya que constituyen un elemento de uso imperativo –cuando el ordenamiento lo regula– para efectos de garantizar el acceso a una tutela jurisdiccional de los derechos.

#### **V. Bibliografía.**

ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo. Tratado Teórico-Práctico de los Recursos Administrativos. 2ª ed., Porrúa. México, 1992.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal Fiscal en el régimen federal mexicano. 1ª y 2ª ed., Antigua Librería Robredo. México, 1964.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. El juicio de amparo. 32ª edición., Ed. Porrúa, México, 1995.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Humberto. Principios de Derecho Tributario. 2ª edición. Pac, México, 1986.

FIX ZAMUDIO, Héctor. Introducción a los Recursos Administrativos “estudios comparados”. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1972.

GARRIDO FALLA, Fernando; “Tratado de Derecho Administrativo”; Volumen III; Madrid; 2001.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano” 1ª edición, Editorial Temis, Bogotá 1985.

MARGAIN MANAUTOU, Emilio. Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano. 12a. edición, Porrúa. México, 1996.

M. S. MARIENHOFF, Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, IV Edición., 1990, Vol I.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas. Mayo Ediciones. México, 1981.

## **VI. Legisgrafía.**

Constitución de la República de El Salvador (1983)

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (1978).

## LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA FRENTE A LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO PENAL

Tania Beatriz Montoya Reyes  
Abogado y Notario

**Sumario:** I. Introducción. II. La prueba. III. Los medios de prueba. IV. La prueba científica. V. La prueba testimonial. VI. La valoración de la prueba científica frente a la prueba testimonial. VII. Conclusiones.

### I. Introducción.

En abril de mil novecientos noventa y ocho con la entrada en vigencia de la normativa penal, procesal penal y penitenciaria, se introduce en El Salvador una nueva forma de hacer justicia, caracterizada principalmente por la oralidad que abre las puertas a nuevas formas de desarrollo del proceso penal. Sin embargo, a ocho años de su implementación aún se observa la necesidad de continuar con la transformación de las instituciones tanto a nivel interno como a nivel interinstitucional, mejorar la calidad de las funciones desempeñadas por fiscales, jueces, policías y defensores, así como utilizar y valorar apropiadamente los medios de prueba, a fin de garantizar un adecuado funcionamiento del sistema de justicia penal. Este último punto constituye nuestro objeto de estudio, de una forma general, y particularmente la valoración de la prueba científica frente a la prueba testimonial.

Inicialmente nos referiremos a temas que obviamente conocemos, pero que consideramos relevantes desde el momento en que contribuyen a realizar un análisis adecuado sobre la importancia y utilidad de las pruebas científica y testimonial en el proceso penal.

Tradicionalmente el testimonio ha sido considerado el principal medio de prueba, lo que resulta indiscutible en épocas en que el avance científico era limitado y por ende no se contaba con mayores elementos aparte de la declaración testimonial. No obstante, en el presente contamos con innumerables posibilidades de establecer la comisión de un hecho delictivo y la participación delincuencia, a través de diferentes medios de prueba que en su momento pueden complementar o anular la prueba testimonial.

Lo anterior nos obliga a tomar un nuevo rumbo en el manejo de los casos que llegan a nuestro conocimiento, al generarse la necesidad de impartir verdadera justicia, la cual

no puede quedar desamparada por una nula o poca utilización de la prueba científica, que por su naturaleza es de carácter irrefutable. Reconocemos que en nuestro país existen muchas debilidades en este campo, producto de la falta de recursos humanos y materiales en las instituciones que conforman el sector, pero siendo optimistas es posible dentro de nuestros límites, obtener excelentes resultados en el proceso penal al aprovechar las oportunidades que se presentan en algunos casos, de contar con toda una gama de medios de prueba que pueden utilizarse con éxito.

## **II. La prueba.**

Al abordar este tema encontramos diferentes acepciones que definen el concepto de prueba; sin embargo, atendiendo a las particularidades que presenta nuestro proceso penal, podemos definirla de acuerdo a Gimeno Sendra como: *“la actividad de los sujetos procesales dirigida a obtener la convicción del juez o tribunal sobre la preexistencia de los hechos afirmados por las partes, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia del principio de contradicción y de las garantías constitucionales tendientes a garantizar su espontaneidad, e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba”*.

La anterior definición acorde con las disposiciones legales que sobre el tema regula el Código Procesal Penal, nos lleva necesariamente a tomar en consideración los siguientes aspectos:

A. Fuente o elemento de prueba: Es todo dato objetivo extraído de la realidad que puede ser incorporado legalmente al proceso penal, por su capacidad de producir un conocimiento cierto o probable acerca de la comisión de un hecho delictivo.

B. Medio de prueba: Es el procedimiento establecido por la ley para lograr el ingreso del elemento de prueba al proceso.

C. Carga de la prueba: Se refiere a la responsabilidad de la aportación de pruebas por las partes, que en el proceso penal le corresponde a la Fiscalía General de la República.

D. Objeto de la prueba: Es la afirmación que del hecho delictivo realizan las partes, sobre la cual se desarrolla la actividad probatoria y, por consiguiente, el proceso penal.

E. Órgano de prueba: Está referido a la persona que debe realizar una actividad con el objeto de producir la prueba.

De ahí que la finalidad de la actividad probatoria sea lograr la convicción del juez en términos de certeza, es decir, que exista de parte de éste la plena seguridad de la culpabilidad del imputado, sin que quepa ninguna duda al respecto, prestando especial interés a los conceptos antes señalados.

### **III. Los medios de prueba.**

En términos sencillos hemos dicho que los medios de prueba son “*el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso*”. Esto implica la existencia de un procedimiento para la incorporación de los elementos de prueba al proceso que debe reunir una serie de características vinculadas con la licitud de los mismos, y el respeto a las garantías y derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución y demás leyes secundarias.

Los medios de prueba son, de esta forma, un procedimiento formal para la incorporación de elementos probatorios, que está regido por ciertas garantías y que tiene su razón de ser en la necesidad de controlar los instrumentos de los que se vale el juzgador para adquirir conocimientos sobre los hechos. Este control es necesario desde dos puntos de vista: por un lado, para asegurar que el convencimiento del juzgador se fundamente en medios racionalmente aptos para proporcionar el conocimiento de los hechos y no en meras sospechas o intuiciones; y por otro, para asegurar que los elementos que el juzgador ha tenido en cuenta en la formación de su convencimiento hayan sido producidos con respeto de las garantías constitucionales y legales.

A partir del Título V del Código Procesal Penal, se regulan en principio la extensión, pertinencia y valoración de la prueba y con posterioridad disposiciones específicas dedicadas a cada uno de los medios de prueba tales como: la inspección y reconstrucción, el registro, el secuestro, entre otros. Sin embargo, dada la brevedad del presente estudio y su objetivo principal, nos referiremos de forma especial a la prueba testimonial y la prueba científica, tomando en cuenta la valoración que se le concede a cada una de ellas, las dificultades que presentan, su utilidad y validez dentro del proceso penal.

### **IV. La prueba científica.**

La prueba científica constituye uno de los elementos más importantes al momento de ayudar a conformar la decisión del juez o tribunal en la vista pública, incluso trasciende la prueba testimonial y documental. Posee una relevancia especial debido a los adelantos técnicos que nos dejó el siglo XX, en razón de que el sistema penal

dio un vuelco total y lo que antes se consideraba como prueba, es decir el testimonio y las evidencias circunstanciales, más las evidencias “físicas” como el arma con que se cometió el delito y la confesión del imputado, eran más que suficientes para declarar a una persona culpable del delito atribuido. Lo más científico en épocas no muy lejanas era la huella dactilar que fue un aporte muy importante en el plano de la investigación y que se puso en práctica en todo el mundo, aunque no siempre de una forma efectiva como es el caso de nuestro país, en razón del poco presupuesto para estas áreas y la disponibilidad para su implementación. Otro método científico, fue el descubrimiento de los diversos grupos de sangre. En nuestros días, la “*prueba científica*” se hace indispensable para el juicio, incluso en varios países del mundo, después de muchos años de haber sido sentenciados a la pena capital, algunos reos condenados, han salido libres o al menos exonerados de uno o varios cargos, porque al efectuar pruebas de ADN, se ha comprobado su inocencia o su grado de responsabilidad.

En el Código Procesal Penal encontramos una referencia importante a este tipo de prueba, a partir del art. 162 inciso 2º: *“Los jueces darán especial relevancia 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”.*

Los elementos de prueba son incorporados legalmente al proceso penal en virtud de su capacidad para aportar conocimientos ciertos o probables relacionados con la comisión de un hecho delictivo. Así por ejemplo, las evidencias encontradas en la escena del delito tales como manchas de sangre, fluidos biológicos, huellas dactilares, armas de fuego, marcas de herramientas, entre otros; constituyen precisamente elementos de prueba que a través de la práctica de diferentes peritajes pueden llevarnos a identificar al autor del delito, a la víctima cuando se desconoce su identidad, la forma en que ocurrió el hecho, el medio utilizado e incluso qué fue lo que motivó al autor a cometerlo. Lógicamente la prueba científica posee un lugar relevante dentro del proceso penal, por su capacidad de convencer al juzgador, sin necesidad de otros medios de prueba, sobre la culpabilidad o inocencia del imputado.

Es importante para la correcta apreciación de este tipo de prueba, se consideren tres aspectos esenciales: el primero sobre la idoneidad o cualificación del perito para hacer el dictamen que se le requiere, lo cual puede obtenerse a través de un breve interrogatorio sobre los estudios realizados y su experiencia profesional, sin perjuicio de tomar en consideración que normalmente los peritos son permanentes, es decir,

que pertenecen a una institución estatal, cuya función es precisamente la que el perito realiza en el caso concreto; el segundo su imparcialidad que estará en función de que se den o no los motivos de impedimento establecidos para los jueces en el art. 73 CPP; y el tercero relativo al cumplimiento de las garantías que permitan asegurar la cadena de custodia, es decir, que los elementos de prueba recolectados en la escena del delito sean los mismos que fueron objeto del peritaje y que son presentados en la vista pública.

De los aspectos antes señalados es indispensable, dada la naturaleza de la prueba científica, extendernos un poco más en lo que se refiere a la cadena de custodia. Ésta puede verse desde una doble perspectiva, es decir *técnico – científica* por cuanto los elementos de prueba recolectados en la escena del delito u obtenidos durante la práctica de un registro o requisa, recibidos de la víctima, el sospechoso o un testigo, son sometidos a un procedimiento pericial; y desde un punto de vista *jurídico*, porque el manejo de las evidencias desde su recolección hasta su presentación en juicio, debe llenar una variedad de requisitos legales para garantizar su validez en el proceso penal. La cadena de custodia es en realidad el componente esencial de la prueba científica, debido a que a través de ella se establecen los pasos que han seguido las evidencias, pudiendo ser cuestionadas si existe duda sobre su traslado de un lugar a otro o si en algún momento se pierde el control sobre la misma.

La División de Policía Técnica y Científica y el Instituto de Medicina Legal, son por lo general las más utilizadas para la práctica de peritajes técnico – científico, sin perjuicio de recurrir a otras instituciones como la Dirección General de Impuestos Internos, el Ministerio de Agricultura y Ganadería, etc., cuando el caso lo requiera. Estas instituciones por lo general cuentan con recursos humanos y económicos insuficientes, lo que contribuye en alguna medida a la utilización masiva de la prueba testimonial, siendo importante un incremento en su presupuesto y una distribución efectiva de sus recursos para garantizar su adecuada utilización. Asimismo, no puede negarse el hecho de que en un buen porcentaje de casos, tanto la fiscalía como la defensa, por costumbre o por desconocimiento, tienden a recurrir a la prueba testimonial, la cual aun con los avances tecnológicos que tenemos en la actualidad, sigue siendo el medio de prueba más utilizado en nuestro país. Por otro lado, algunos jueces en las diferentes etapas del proceso penal, tienden a otorgarle mayor validez a la prueba testimonial que a la prueba científica; ejemplo de esto lo encontramos en el análisis de ADN, cuando los resultados son a favor del imputado y se cuenta con testigos sobre el hecho, el juez de instrucción decide enviarlo al tribunal de sentencia para que éste resuelva, cuando él bien podría haber ordenado un sobreseimiento definitivo. En razón de lo anterior, resulta determinante fomentar la utilización de la prueba científica, de tal forma que se convierta, cuando el caso específico lo posibilite, en el medio de prueba de mayor validez.

## V. La prueba testimonial.

Inicialmente resulta indispensable definir en que consiste el término testigo, de ahí que de acuerdo a José María Casado Pérez, diremos que *“el testigo es una persona física, ajena normalmente al proceso que, citado en debida forma, emite una declaración ante la policía, el fiscal, juez o tribunal sobre hechos ocurridos fuera del proceso y percibidos directamente o a través de terceros”*. De más esta decir que no pueden considerarse como testigos las personas jurídicas, sino que únicamente los miembros de las mismas.

La prueba testimonial regulada a partir del art. 185 CPP, es un medio de prueba que por su naturaleza es considerado de carácter personal al tratarse de una persona natural que en términos jurídicos se denomina testigo. Este tipo de prueba está dada por el relato de los hechos realizado por una persona sobre la base de su memoria, que se efectúa frente al juez o tribunal y las partes. Como resultado, la prueba testimonial trae consigo los siguientes elementos:

A. Los conocimientos que se poseen sobre el hecho de que se trata, los cuales deben ser claros, precisos y concordantes;

B. La capacidad mental y nivel educativo del testigo que incide directamente en la actitud que tome frente al interrogatorio y contra interrogatorio, por ejemplo: timidez, inseguridad, dificultad para comunicar sus ideas, etc.;

C. El tiempo transcurrido desde la comisión del hecho delictivo hasta la realización del juicio, lo que puede contribuir a que se olviden datos sobre el mismo que sean esenciales para el caso;

D. Los antecedentes personales del testigo que puedan influir en la credibilidad que se le conceda a su testimonio, por ejemplo enemistad con el imputado;

E. La capacidad del fiscal o defensor, según el caso, de dirigir adecuadamente el interrogatorio para obtener la declaración testimonial, de tal forma que ésta resulte confiable.

Todo lo anterior necesariamente habrá de ser tomado en cuenta por el juez al momento de valorar la prueba testimonial, que por su naturaleza puede ser sujeta de manipulaciones o presentar poca credibilidad y/o confiabilidad. Por otra parte, no debe olvidarse tampoco la situación en la que se ubica al testigo frente al imputado, sobre todo en casos en los que se encuentran involucrados pandilleros, narcotraficantes,

contrabandistas, etc.; lo cual influye en la disponibilidad del testigo para rendir su testimonio debido al peligro que podría representar para él o su familia, como está ocurriendo en la actualidad.

La recién aprobada Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, parece prometer una intervención efectiva para garantizar la seguridad de las personas que se encuentran en riesgo o peligro como consecuencia de su intervención en la investigación de un delito o en un proceso judicial. Sin embargo, debemos tener en cuenta que los recursos económicos, materiales y humanos con los que cuenta el Estado para poner en marcha la ley son escasos y, por ende, no es posible responder a la totalidad de demandas de protección que requieren tanto víctimas como testigos, debido al alto índice delincencial que presenta nuestro país.

Dadas las circunstancias anteriores valdría la pena analizar detenidamente la posibilidad de potenciar la prueba científica, que en definitiva si cumple correctamente todos los requisitos para su validez e incorporación al juicio, no requiere de otros medios para probar de forma inequívoca la culpabilidad o inocencia del imputado.

## **VI. La valoración de la prueba científica frente a la prueba testimonial.**

La valoración o apreciación de la prueba constituye, indudablemente, una operación fundamental en todo proceso y, por tanto, también en el proceso penal. Devis Echandia, la califica de *“momento culminante y decisivo de la actividad probatoria, consistente en aquella operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido”*. Mediante la misma se trata de determinar la eficacia o influencia que los datos o elementos probatorios aportados al proceso a través de los medios de prueba, tendrán en la formación de la convicción de juzgador. La valoración de la prueba determina el resultado que se infiere de la práctica de un determinado medio de prueba, es decir, el grado de convicción o persuasión de la prueba practicada, que puede ser positivo, en cuyo caso se habrá logrado el fin de la prueba (la convicción judicial), o negativo, al no alcanzarse dicho fin. Es por tanto una actividad intelectual que corresponde realizar exclusivamente al órgano jurisdiccional, sin perjuicio de que las partes, dediquen gran parte de su tiempo a examinarla, analizarla y valorarla.

La valoración de las pruebas tiene lugar, según algunos autores, en la fase decisoria del proceso, una vez concluido el período probatorio propiamente dicho y practicadas las pruebas propuestas y admitidas. Sin embargo, la apreciación probatoria se inicia, en la realidad, desde el mismo momento en que el juez o tribunal entra en contacto con el medio de prueba, o mejor dicho, con la fuente de prueba; así, en el proceso penal, este

contacto tendrá lugar durante el juicio oral, salvo los supuestos legalmente admitidos de prueba anticipada. Desde este momento, y en virtud del principio de inmediación, el juzgador irá formando su juicio acerca de la credibilidad y la eficacia de la fuente de prueba.

Mediante la valoración de la prueba el juez depura los resultados obtenidos con la práctica de los diferentes medios de prueba, interrelacionados unos con otros para llegar finalmente a formar su convencimiento. La valoración de la prueba y el convencimiento judicial no son conceptos equivalentes sino distintos. La primera, como actividad intelectual del órgano jurisdiccional, precede siempre a la segunda; y ésta no es más que el resultado de la valoración o apreciación efectuada.

Tradicionalmente se han concebido dos sistemas de valoración de la prueba, el sistema de prueba legal o tasada y el sistema de la íntima convicción o de la libre convicción o de la libre valoración de la prueba o de la apreciación en conciencia o libre convicción razonada.

De acuerdo con este último, encontramos en el Código Procesal Penal dos manifestaciones: Por una parte el art. 371 que se refiere a la responsabilidad que tienen los miembros del jurado de *“decidir según los cargos y medios de defensa, siguiendo su conciencia e íntima convicción con la imparcialidad y firmeza que conviene a un hombre probo y libre”* y, por otra, el art. 130 que a diferencia del jurado, por tratarse de profesionales del Derecho, las decisiones que toman se encuentran limitadas por la obligación de fundamentar sus resoluciones, ya que de lo contrario se generaría un alto grado de inseguridad ante las decisiones judiciales. Naturalmente en este último caso el juez o tribunal está en la obligación de valorar las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica, es decir la lógica, la psicología, la sociología y la experiencia. En la práctica como es de esperarse, la aplicación de la sana crítica está limitada a lo que cada juzgador concibe como tal. En este sentido se observan a nivel nacional diferentes criterios de valoración de las pruebas, así por ejemplo, puede darse que en un tribunal se le otorgue mayor validez a la prueba testimonial que a la prueba científica y en otro tribunal se de exactamente lo contrario. De igual manera, existen algunas debilidades en cuanto a que el análisis de los medios de prueba debe realizarse conjuntamente y no de forma aislada.

Ahora bien, cuando nos referimos a la valoración de la prueba científica frente a la prueba testimonial, tratamos de establecer los elementos que determinan la validez de cada una de ellas, a fin de incidir en el pensamiento de los operadores del sistema, provocando en ellos una visión distinta de los medios de prueba en general.

**A. La valoración de la prueba científica.** Los criterios de valoración de la prueba científica son idénticos a los que rigen para todos los medios de prueba establecidos en el Código Procesal Penal, de tal forma que el dictamen pericial deberá ser apreciado por el juez en conjunto con el resto de pruebas presentadas y conforme a las reglas de la sana crítica a la que se refiere el art. 162 CPP. Disposición que le da un rango de superioridad a este tipo de prueba, pero que al mismo tiempo le otorga al juzgador la libertad para decidir sobre su admisibilidad y validez en el juicio.

La regla general es que la prueba científica se considere incuestionable, debido a las características particulares que la rodean, pero ello no evita que en algún momento pueda ser sujeta de poca o nula credibilidad, la cual se genera por:

1. Falta de idoneidad del perito, quien debe reunir la calidad habilitante a que se refiere el art. 196 CPP, lo que implica *“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”*. Esta calidad puede verificarse a través del interrogatorio sobre las generales del perito, la presentación de credenciales que demuestren su grado profesional o técnico, la pertenencia a una institución del Estado como la División de Policía Técnico y Científica y el Instituto de Medicina Legal, etc. Resulta obvio que si no es posible establecer la idoneidad del perito, éste no podrá realizar el peritaje; o en caso de haber presentado el dictamen, éste podría ser cuestionado e incluso carecer de validez.
2. Falta de imparcialidad del perito, la que se presenta cuando se dan los motivos de impedimento establecidos para los jueces en el art. 73 CPP, al cual lo remite el art. 199 CPP, entre los cuales se puede mencionar: cuando tenga amistad íntima o enemistad capital con el juez o cualquiera de las partes, si ha dado consejos o manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el procedimiento, etc. Lógicamente la imparcialidad está relacionada íntimamente con el perito y las relaciones personales que puedan existir con las partes, el juez, el imputado y la víctima; lo que por sí solo genera duda sobre la capacidad del perito para emitir un dictamen pericial imparcial.
3. Violación a la cadena de custodia, que trae dos tipos de consecuencias una que recae sobre la persona que interviene en la violación, y otra

que se encuentra relacionada directamente con el proceso penal, la que vamos a abordar con mayor amplitud. La cadena de custodia consiste en el aseguramiento de la evidencia desde su recolección hasta su presentación en juicio, en el sentido de que ésta no debe ser alterada, sustraída o contaminada, y que durante todo el procedimiento para su tratamiento se lleve un control, normalmente por escrito, del traspaso de la misma y se garantice el cumplimiento de las normas legales para su introducción y validez en el proceso. Si estos requisitos no se cumplen, la valoración de la prueba científica queda a criterio del juzgador, quien de acuerdo a las condiciones particulares del caso podría otorgarle pleno valor, considerarla como prueba irregular o como prueba ilícita.

Finalmente consideraremos la prueba científica, salvo los casos anteriores, como un medio de prueba irrefutable. Así por ejemplo, tenemos las huellas dactilares por el innegable valor científico de la identificación de las personas a través de ellas por su carácter único, inmutable y exclusivo de los dibujos epidérmicos que configuran la huella papilar. Lo mismo ocurre con la huella genética del ADN, cuyo grado de fiabilidad en ciertas circunstancias es prácticamente irrefutable. Resulta indiscutible que los peritajes anteriores se imponen con fuerza al momento de la valoración de las pruebas y por supuesto de la convicción del juez, de tal forma que condicionan la decisión judicial.

**B. La valoración de la prueba testimonial.** Naturalmente como hemos mencionado anteriormente, la prueba testimonial tiene características propias, arraigadas precisamente a las facultades intelectuales, hábitos y experiencia que posee la persona que ostenta la calidad de testigo, requiriendo del juez o tribunal un empleo eficiente de las reglas de la sana crítica.

La sana crítica obliga a considerar las circunstancias subjetivas del testigo (morales, educativas, culturales, económicas, interés o no en el caso, etc.); las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho, es decir, el contenido de su declaración. La apreciación del testimonio dependerá del modo en que se desarrolle el mismo y la credibilidad que genere el testigo durante el interrogatorio. Para ello el art. 191 CPP regula la forma de la declaración testimonial, estableciendo el 2º inciso lo siguiente: *“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 conyugue, compañero de vida o conviviente, profesión, domicilio, vínculos de parentesco o de interés con las partes y cualquier circunstancia para apreciar su veracidad”*. Estos elementos servirán al juzgador para descubrir el perfil o características personales y circunstanciales del testigo, que en su oportunidad

lo ayudarán en su labor de apreciación sobre la credibilidad o no del testimonio, permitiéndole evaluar, por ejemplo, la existencia de relaciones previas entre el imputado y la víctima, de la cual pudiera deducirse un móvil de enemistad o resentimiento.

La calidad de testigo puede deberse a distintas razones, que por sus particularidades inciden en la apreciación del testimonio, así tenemos diferentes clases de declaraciones:

1. La declaración de menores o incapaces.
2. La víctima del delito.
3. Los testigos de referencia.
4. Los coimputados.
5. El agente encubierto.
6. El testigo que reside en el extranjero.
7. Declaraciones contradictorias y negativas a declarar.
8. Los testigos que no recuerdan lo sucedido.

Cada una de ellas presenta características propias que en un estudio tan breve, resulta imposible desarrollarlas todas; sin embargo, vale la pena dar una mirada general a los diferentes tipos de declaraciones y testigos que se presentan en el proceso penal. Por ejemplo, debe tenerse mucho cuidado con la apreciación de las declaraciones de los coimputados, que por su interés en el caso pueden tratar de reducir su responsabilidad inculpando al resto de imputados; de igual forma es importante saber manejar la declaración de la víctima de un delito de violación, que por diferentes razones (venganza, temor, orgullo, etc.) se presta a declarar en contra del imputado sobre hechos que en realidad no sucedieron. Diremos entonces que el ser humano debido a su naturaleza imperfecta, al ostentar la calidad de testigo puede ofrecer un testimonio válido sobre los hechos sometidos a su conocimiento o, por el contrario, originar dudas sobre la veracidad de sus declaraciones, e incluso provocar en el juzgador una falta total de credibilidad en sus palabras.

En este caso, una vez desarrolladas tanto la prueba científica como la prueba testimonial sería prudente preguntarnos por qué utilizamos ésta última con mayor frecuencia, cuando en muchos casos que llegan a nuestro conocimiento, nos resulta más eficiente la prueba científica o bien podríamos hacer uso de ellas conjuntamente para obtener los resultados deseados en el juicio.

## VII. Conclusiones.

La necesidad de la utilización al máximo de la prueba científica, responde a la necesidad de enfrentar eficientemente los problemas delincuenciales que presenta nuestro país, procurando de esta manera la reducción en el empleo de la prueba testimonial que como se ha comprobado, pone en riesgo a la víctima, los testigos y en muchos casos a sus familiares.

Es importante reconocer que aún con la entrada en vigencia de la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, no va a ser posible responder la totalidad de las demandas de protección, lo que requiere de los operadores del sistema un esfuerzo por usar todos los medios de prueba, especialmente los de naturaleza técnico – científica, con la finalidad de salvaguardar la integridad física de las personas que intervienen en la investigación de un delito o en un proceso judicial. La escasez de recursos humanos y materiales en esta área es indiscutible; sin embargo, vale la pena concentrarnos en cada caso y descubrir la posibilidad de emplear la prueba científica, cuando nos sea posible. Por otra parte, resulta indispensable que la valoración de las pruebas se realice de forma integral a través de su adecuada complementación, permitiendo al juzgador o tribunal tener una visión amplia del caso que está conociendo.

Estamos concientes que la disminución en el índice delincencial, no se va a dar únicamente con un mejor aprovechamiento de los medios de prueba, ya que se requiere de todo un cambio de pensamiento y de visión del sistema de justicia penal, pero su utilización contribuirá definitivamente en la obtención de resultados exitosos en los casos que lleguen al conocimiento de los operadores del sector.

## LA NECESARIA SIMPLIFICACIÓN DEL PROCESO PENAL SALVADOREÑO

- UN PROCESO ACUSATORIO DIVIDIDO EN DOS FASES, CON CONTROL JURISDICCIONAL POR EL JUEZ DE PAZ Y EL TRIBUNAL DE SENTENCIA -

JUAN CARLOS FUENTES REAL

Abogado, con maestría en Derecho Pluralista Público y Privado de la Universidad Autónoma de Barcelona. Actualmente se desempeña como Jefe de la División de los Intereses de la Sociedad de la Fiscalía General de la República.

**El éxito o fracaso no depende de los sistemas, sino de las capacidades y actitudes de l@s involucrados.**

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Aspectos generales relativos al proceso penal. 3. Análisis sobre la fase intermedia del proceso penal. 4. Delimitación de los roles constitucionales del juez y el fiscal. 5. Referencia a reformas procesales penales en Europa. 6. Posiciones doctrinarias en apoyo a reformas al proceso. 7. Conclusión. 8. Recomendaciones, flujogramas y bibliografía.

### I.- **Introducción.**

El proceso penal vigente en El Salvador no surgió como una respuesta a la obligación constitucional de adecuar la normativa secundaria a la Ley Primaria de 1983, sino por las presiones de organismos internacionales en tal sentido ante la evidente crisis del sistema preponderantemente inquisitivo vigente desde 1973 hasta 1998. Actualmente, algunas desafortunadas reformas y una inadecuada implementación han producido cierta crisis en el proceso penal mayoritariamente acusatorio vigente en El Salvador.

Era innegable que el sistema preponderantemente inquisitivo vigente hasta 1998 había colapsado y había que diseñar e implementar otro que superara sus deficiencias no sólo jurídicas, sino meramente procedimentales.

Es en ese contexto surge un proceso penal tendiente al sistema acusatorio – adversativo, pero con fuertes resabios del sistema inquisitivo; los cuales se han profundizado con las reformas al mismo, no obstante algunas más recientes que han sido positivas. Otro aspecto relevante fue la necesidad de mantener la estructura administrativa y logística de la planta de jueces, específicamente los denominados jueces de lo penal o de primera instancia, así como la obvia desconfianza que producía el entregar a una institución sin experiencia en ello, el peso por la responsabilidad de la investigación y el ejercicio de la acción penal, lo cual propició que se mantuviera el “paternalismo” del juzgador hacía el ente fiscal, aunque mitigado.

En este sentido, a ocho años de la entrada en vigencia de ese “nuevo” proceso penal, es evidente la crisis por la que atraviesa el sistema; no sólo por el atraso en la tramitación de los procesos, sino porque precisamente la instrucción de los mismos se ha vuelto un mero trámite, carente de relevancia en la mayoría de casos, o una desnaturalización de las funciones constitucionales de jueces y fiscales; constituyendo una serie de acciones repetitivas, meras diligencias y hasta decisiones que, posteriormente, son replanteadas al momento del juicio plenario, vía incidental.

De ello se deriva la gran cantidad de procesos que simplemente son elevados a juicio por negligencia, temor o conveniencia, para que sean resueltos por el tribunal de sentencia en cualquiera de sus modalidades, cuando el diseño legal fue concebido como un mecanismo de control que privilegiara la utilización de medios alternativos para dirimir conflictos y la utilización de las denominadas salidas alternativas o anticipadas al proceso.

De haberse implementado tal y como fue concebido, una minoría de casos, generalmente relevantes por su gravedad o complejidad, serían los que pasarían a juicio; pero en la práctica ha sucedido exactamente lo contrario: muchos casos de bagatela y hasta conductas irrelevantes penalmente son enviadas a juicio, saturando el sistema y, generalmente, resolviéndose en forma insatisfactoria o inoportuna, propiciando el desinterés de los involucrados por el tiempo transcurrido, la imposibilidad de contar con los elementos probatorios para esa fase, la afectación de derechos fundamentales, personales y patrimoniales, etcétera.

El más cuestionado de los juzgadores dentro de este proceso es el encargado de la instrucción, precisamente por la forma como el diseño legal lo delimita a continuar con el rol de juez – fiscal; cuya función principal es controlar, dirigir y verificar las actuaciones encomendadas al ente fiscal dentro de un plazo determinado y, excepcionalmente, del órgano auxiliar de investigación, sin dejar de mencionar que a veces en esta última

relación también hay problemas interinstitucionales, que no son parte del tema objeto del presente estudio.

Esta situación de permitir que el fiscal asuma su rol constitucional en una *prima fase*, para luego conceder al juzgador funciones que no le son propias, constituye un verdadero contrasentido y una forma de mantener el *status quo* so pretexto de “proteger” el sistema; siendo lo correcto propiciar que cada uno de los entes que forman parte del sistema de administración de justicia asuman sus correspondientes funciones, tomando en cuenta los principios de unidad del ordenamiento jurídico y supremacía constitucional.

En este contexto, la eliminación formal de la denominada fase de instrucción del proceso penal no sólo se vuelve lógica, sino legal y necesaria; ya que la experiencia, tanto nacional como internacional, ha demostrado que es precisamente en ella que se producen dilaciones innecesarias al proceso. No se trata de suprimir los actos de instrucción que requieren control jurisdiccional, sino la existencia de una fase instructoria como tal, a cargo de un juez-fiscal.

## **II.- Aspectos Generales relativos al Proceso Penal.**

Si el proceso penal es el instrumento jurídico de hacer efectiva la ley penal, no parece dudoso que deba asignársele el fin remoto de proteger el orden jurídico – social; pero esta finalidad es propia del Derecho Penal sustantivo, por lo que es secundaria al proceso penal y a su ciencia.

La finalidad inmediata del proceso, es la justa actuación de la ley penal, o sea, la función de hacer concretas y reales las previsiones abstractas de dicha ley. Bien dice Manzini: “El proceso penal, por lo tanto, no constituye una discusión académica para resolver en abstracto un punto controvertido de derecho, ni un estudio ético tendiente a la reprobación o aprobación de la conducta moral de un individuo. La finalidad del proceso es eminentemente práctica, actual y jurídica; se limita a la verificación de la verdad en relación al hecho concreto (que se presume cometido, que se plantea en forma hipotética) y a la aplicación de sus consecuencias jurídicas.”<sup>1</sup>

En definitiva el proceso penal tiene por finalidad:

- 1.- Comprobar si existe un hecho delictivo, y en tal caso, establecer las circunstancias objetivas jurídicas relevantes que lo rodeen, esto es,

<sup>1</sup> Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Pág. 248.

aquellas que lo califiquen, agraven o atenúen, lo justifiquen o influyan en su punibilidad.

- 2.- Individualizar a los culpables como partícipes de la infracción penal.
- 3.- Establecer las condiciones personales del supuesto culpable.
- 4.- Fijar, en su acto, la sanción que se debe aplicar al culpable.
- 5.- Verificar eventualmente, siempre que se haya ejercido la acción civil correspondiente, si corresponde ésta y, en caso afirmativo, establecer la indemnización debida.
- 6.- Ordenar, eventualmente, la ejecución penal y la civil que corresponda.

Obviamente, todo lo anterior a partir de la presunción o estatus de inocencia del procesado, con las garantías propias de un Estado Democrático de Derecho, a efecto de evitar injusticias en nombre de la justicia.

El principio acusatorio<sup>2</sup> se refiere en abstracto a un sistema superior de justicia penal, por lo que este término tiene múltiples connotaciones. La más divulgada en El Salvador es la de sistema procesal o tipo de proceso, que se contrapone usualmente al “proceso inquisitivo” o tradicional.

En realidad, se trata de una comparación de “modelos ideales” de procesos, pues ningún proceso satisface plenamente los requisitos de alguno de los dos sistemas, al punto que pueda predicarse en forma absoluta su carácter acusatorio o inquisitivo. La utilidad de distinguir esos modelos ha sido en buena medida más valorativa que práctica.

Tradicionalmente el término acusatorio ha tenido un signo positivo, relacionado con una concepción del proceso penal respetuosa de las libertades individuales y asociada a un modelo de Estado liberal o democrático –lo que modernamente se suele resumir en el concepto Estado de Derecho-. Lo inquisitivo, por su parte, ha tenido el signo opuesto, siendo asociado con un tipo de proceso penal y de Estado de carácter autoritario. Esto ha llevado a que, por razones retóricas, haya habido una auténtica lucha por la apropiación del término “acusatorio” y, como contracara, una lucha por atribuirle el carácter de “inquisitivo” a los elementos, mecanismos o modelos procesales considerados negativos o criticables.

<sup>2</sup> Textos de estudio para la prueba de conocimiento del PFI, publicación del Consejo Nacional de la Judicatura y de la Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador, 2001. Pág. 385.

Según el primero de estos tipos ideales, el proceso penal es una disputa o lucha entre dos partes, acusador y acusado, desarrollada ante un tercero —el juez o árbitro— que se encuentra en una posición relativamente pasiva. La relación entre las partes y el juez puede representarse como un triángulo equilátero o isósceles, con el juez o árbitro ocupando el vértice superior, y las partes ocupando en el mismo nivel los dos vértices inferiores. En este modelo las partes son las dueñas de la contienda y son ellas las que, mediante su actividad, llevan adelante el procedimiento.

Según el segundo de estos tipos ideales, en su visión más favorable, el proceso penal es una investigación realizada por uno o más oficiales estatales, con el objeto de determinar si es verdad que el imputado ha cometido un delito. Los oficiales estatales pueden ser uno o más de uno, pero ninguno de ellos es una parte (material), ya que ellos no tienen un interés predeterminado en cómo debe resolverse el proceso.

Su trabajo es determinar, de modo imparcial, la verdad real ocurrida, estando tan interesados en que se condene a los culpables como en que se absuelva a los inocentes. Es por ello que, si se presenta gráficamente la relación entre los oficiales estatales y el imputado, aquéllos son representados por encima de éste; ya que él es, por definición, parcial, en el sentido de que sí tiene un interés propio en cómo se resuelva el proceso.

Por otro lado, en este tipo ideal, el proceso no se desarrolla mediante la actividad de las partes, de hecho no hay partes en el sentido mencionado en el modelo anterior.<sup>3</sup>

El significado de lo “acusatorio” como principio, es decir, como idea orientadora que plantea ciertas exigencias al proceso, implica básicamente las siguientes condiciones:

- a) Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al juez y el ejercicio público de la acción penal. Esta característica materializa las expresiones: “el juez no debe proceder de oficio” y “no hay juicio sin actor”, que deben ser entendidas como prohibición terminante, para el órgano jurisdiccional, de iniciar un proceso y de sostener la pretensión penal.
- b) División del proceso en dos fases a la que corresponden, respectivamente, la investigación y la decisión del hecho punible, sin que sea posible que quien interviene en la instrucción participe en la decisión.
- c) Relativa vinculación del tribunal a los hechos y a las pretensiones de las partes.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Manzini, Vincenzo. Op. Cit. Pág. 385.

<sup>4</sup> Manzini, Vincenzo. Op. Cit. Pág. 386.

La doctrina que se refiere al proceso penal distingue generalmente cinco etapas como integrantes de éste: fase inicial, instrucción formal, fase intermedia, fase de juicio y la de sentencia, control y ejecución de ésta; aclarándose que se distinguen básicamente una etapa de investigación o preparatoria, y otra de discusión y decisión; en todo caso, al tratar las actividades de cada etapa la distinción no es tajante ni absoluta, pues también hay “discusión” en la etapa preparatoria y posibilidad de “investigación” en la de discusión.<sup>5</sup>

En el caso de la República de El Salvador, de acuerdo a una interpretación sistemática e integral del ordenamiento jurídico aplicable, debe distinguirse entre una fase preparatoria y una de decisión; siendo relevante para el presente estudio, que se considera ilegítima cualquier iniciativa de investigación por parte del tercero –juez– objetivo e imparcial llamado a tomar decisiones sobre el proceso, aunque no sea propiamente el juez o tribunal sentenciador; ya que siempre existe la posibilidad que el juez instructor termine el proceso en forma anticipada. En otras palabras, dicho funcionario judicial únicamente debería realizar el control jurisdiccional estrictamente necesario para determinados actos, siempre a petición de parte.

### **III.- Análisis sobre la Fase Intermedia del Proceso Penal.**

En el diseño actual, en la denominada etapa preparatoria o de investigación, encontramos la fase inicial a cargo del juez de paz y actos aún anteriores a ésta; los cuales comprenden un procedimiento eventual a cargo de la Policía Nacional Civil, preferiblemente bajo la dirección de la Fiscalía, el cual está destinado a realizar las diligencias de investigación de ambas instituciones; es eventual de acuerdo a las circunstancias del caso y es incompatible con los delitos derivados de acción privada a ese momento. Asimismo, se incluye la denominada fase de instrucción a cargo del juez instructor; lo cual plantea no sólo dualidades, sino dilaciones indebidas al proceso, por diversas circunstancias.

En ningún momento debe interpretarse que se está en contra del necesario control jurisdiccional que debe realizar el funcionario judicial ante determinadas diligencias de investigación que pudieren afectar o limitar derechos fundamentales; lo que en la práctica ha generado una serie de problemas y desaciertos, es que tanto el juez de paz, pero principalmente el juez de instrucción, tienen una función meramente formal de custodia y manejo del proceso, tratando “paternalistamente” a las partes, orientando el desarrollo del proceso y, lo más grave, llegando al extremo de asumir el rol de una de las partes

<sup>5</sup> Idem. Pág. 423.

procesales en contienda, generalmente la acusadora, al realizar por sí o encomendar al fiscal, determinadas diligencias de investigación que producen elementos de prueba para el proceso.

Lo anteriormente expuesto es definitivamente incompatible con la naturaleza y el desarrollo histórico del proceso penal salvadoreño, ya que la idea era superar las posiciones inquisitivas del sistema anterior y propiciar que la investigación estuviera a cargo de un ente y la decisión a cargo de otro.

Tanto el juez de paz como el de instrucción pueden concluir anticipadamente el proceso penal, por lo que potencialmente son jueces de decisión, aunque no dicten sentencia en todos los casos; por lo que de ninguna manera deberían “contaminarse” so pretexto de proteger derechos de terceros, primordialmente las víctimas u ofendidos (naturales, jurídicas o abstractas). Este criterio “paternalista” implica dudar de la capacidad, eficiencia y responsabilidad de los funcionarios que forman parte del Ministerio Público Fiscal; lo cual no niega el hecho evidente que ante esa actitud, propiciada por una interpretación literalista del diseño legal, muchos funcionarios de la Fiscalía General de la República y de la Procuraduría General de la República sean negligentes en el desempeño de sus funciones, al considerar que, como se plantea expresamente en la ley, el juez de instrucción es el coordinador de la investigación.

Lo anterior es fácilmente desvirtuable, no sólo porque existen buenos, regulares y malos funcionarios en todos los sectores que conforman el sistema de administración de justicia; sino porque en nuestro ordenamiento jurídico está contemplado el caso de jueces en materia de menores en conflicto con la ley penal y jueces de familia; los cuales son los responsables de tramitar, impulsar y decidir el proceso, sin intervención de otro juzgador.

El Código Procesal Penal Comentado<sup>6</sup>, en el apartado relativo al Art. 268 Pr.Pn., plantea que: “Existe el riesgo de concebir la instrucción del fiscal como una “instrucción tutelada” por el juez de instrucción, hasta el punto de que se desplace el protagonismo en su realización y sea completamente asumido por el Órgano Judicial. El riesgo se incrementa como consecuencia de una tradición inquisitiva, en la que el juez podía ordenar de oficio la iniciación del proceso y ordenar, por sí, la realización de cualquier acto de investigación y de prueba. Por ello es importante estar prevenidos para evitar que el control, que corresponde ejercer al juez de instrucción, sobrepase los límites de su función, tal y como aparecen definidos en el Art. 267 Pr.Pn.

<sup>6</sup> Casado Pérez, José María, et. al. Código Procesal Penal Comentado. Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura con auspicio de la Oficina Técnica de Cooperación de la Embajada de España. Edición Actualizada y Anotada Jurisprudencialmente. Tomo II. San Salvador, 2004. Pág. 1020.

En todo caso debe considerarse la situación real relativa a que, en determinadas circunstancias excepcionales, la producción de la prueba no pueda o no deba diferirse para la denominada etapa del plenario (juicio público – vista pública), por ser incompatible con la continuidad que debe caracterizar la misma o porque se prevé que los medios probatorios puedan perderse y, consecuentemente, no ser posible establecer la verdad real o procesal que conlleva a una pronta y eficaz administración de justicia.

Es allí donde surgen los denominados anticipos de prueba, que se encuentran regulados en el inciso primero del Art. 270 Pr.Pn., que literalmente establece: “Cuando sea necesario practicar actos o diligencias tales como registros, pericias, inspecciones u otros que por su naturaleza y 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”.

Actualmente dicha disposición se encuentra en el capítulo relativo a la fase de instrucción, por lo que puede considerarse como parte de toda la etapa anterior al plenario y, por ende, puede necesitarse control jurisdiccional aun antes de la presentación del requerimiento; es por ello, y aclarando que no se está proponiendo la eliminación de la fase de instrucción, sino la figura del juez como encargado de la instrucción, este tipo de diligencias se continuarían realizando como hasta ahora, sólo que ante el mismo juez de paz que conoció inicialmente el caso o el más cercano al lugar de realización de la diligencia, siempre a petición de parte y nunca por iniciativa del juez.

En este punto, la propuesta es que se le dé cumplimiento a lo dispuesto en la Constitución de la República y se le brinde la oportunidad a las partes, especialmente a la Fiscalía General de la República, de demostrar que puede cumplir con sus funciones de investigación y ejercicio de la acción penal en defensa de la legalidad, sin tener que forzar al juez a desnaturalizar su función de tercero objetivo e imparcial, para indicarle como hacerlo.

Asimismo, se propone que si el fiscal tiene el monopolio de la investigación, únicamente requiere la intervención judicial para la práctica de actos o diligencias de investigación que, por su afectación real o eventual de derechos fundamentales, la vuelvan necesaria.

Tomando en cuenta que los jueces encargados de las distintas fases de tramitación del proceso lo son de una misma instancia, no existe impedimento alguno para que el juez que autorizó la instrucción del proceso sea quien realice ese control eventual, nunca por iniciativa propia y siempre a petición de parte.

En el proceso penal propuesto, el juez de paz autorizaría el plazo de instrucción a cargo y bajo responsabilidad del fiscal, lo cual no es problema ya que actualmente el juez de paz remite el expediente al juez de instrucción en veinticuatro horas y, sin ningún otro elemento ni intermediación, simplemente ratifica lo actuado, ratificando normalmente las medidas cautelares decretadas, señala fecha para la audiencia preliminar, indicándole al fiscal la fecha de presentación del dictamen y, lo único creativo por su parte, es cuando resuelve realizar diligencias de investigación por su cuenta o las encomienda a la representación fiscal; lo cual según se ha venido sosteniendo, desnaturaliza su función constitucional.

En el modelo propuesto, el mismo juez de paz autorizaría el plazo de instrucción, señalando en la misma audiencia la fecha de presentación del dictamen que conforme a derecho corresponda, directamente ante el tribunal de sentencia; sin perjuicio que antes de la celebración de la audiencia inicial o en la misma si le es solicitado, realice el control jurisdiccional sobre aquellas diligencias de investigación planteadas por las partes procesales o materiales. Nótese la celeridad y evidente intermediación que esto representaría.

La presentación directa al tribunal de sentencia del dictamen fiscal en el tiempo establecido, generaría la petición del proceso al juzgado de paz para continuar con su tramitación; siendo uno de los jueces que forman el tribunal de sentencia el encargado de realizar la audiencia en que se resolverá la petición del fiscal y la pretensión de la defensa; pronunciándose, en caso de ser necesaria la audiencia de vista pública, en cuanto a la admisibilidad de la prueba ofrecida por las partes.

Lo anterior suena sumamente práctico, y en efecto lo es, además de ser lo que está sucediendo en la realidad, sólo que después de mucho tiempo de espera, ya que el tribunal de sentencia, en la audiencia previa o en la fase incidental, planea la aplicación de salidas alternativas o adelantadas al proceso, la exclusión o inclusión de medios probatorios, etcétera.

Por lo anterior, no hay riesgo de "contaminación", ya que el juez encargado de admitir el dictamen y el ofrecimiento de prueba, en ningún momento esta valorando prueba; por el contrario, esta preparando la vista pública. Por supuesto que, tanto para la ampliación del plazo concedido por el juez de paz para instruir el caso, como para la denegación de ciertas peticiones de las partes, como por ejemplo la imposición o no de medidas cautelares, queda expedito el derecho a acudir a la segunda instancia.

Surgen preocupaciones como por ejemplo, quien verificaría que el fiscal cumpla con la fecha de presentación del dictamen, lo cual solo refleja el sentimiento de inseguridad que propicia el paternalismo que se está procurando erradicar. ¿Por qué se tiene la idea que el fiscal es incapaz de estar pendiente de su caso y asumir con responsabilidad y profesionalismo su rol? o ¿por qué se considera tan débil a la defensa técnica, pública o particular, que no puede estar pendiente del caso y hacer oportunamente las solicitudes que conforme a derecho correspondan?. El problema es que los jueces quieren asumir el trabajo de los fiscales, los fiscales atribuirse las funciones de los jueces y los defensores pretenden que el fiscal o el mismo juez suplan sus deficiencias y se hagan cargo del caso.

Debe propiciarse la confianza en el sistema y en los operadores del mismo, para que se asuman las responsabilidades de cada rol en forma profesional; de lo contrario nunca se superaran los resabios del sistema inquisitivo.<sup>7</sup>

#### **IV.- Delimitación de los Roles Constitucionales del Juez y el Fiscal.**

Las anteriores afirmaciones, en mayor o menor medida, son apoyadas por diversos autores del derecho penal y especialmente procesal penal; ya que todos los procesalistas modernos trabajan en el diseño de procedimientos que, sin dejar de lado el respeto a derechos y garantías fundamentales, permitan una pronta y cumplida justicia mediante la simplificación, concentración, intermediación, oralidad, etcétera, a partir de los roles asignados a cada parte.

En este punto es necesario referirse a los denominados ejes de los procesos de reforma penal, ya que los mismos constituyen el sustento teórico–doctrinario para superar los graves problemas que aquejan a la mayoría de países en cuanto a la investigación, tramitación y ejecución de los procesos penales.

En relación a estos ejes, Binder<sup>8</sup> acertadamente establece algunos que están íntimamente relacionados con los planteamientos del presente estudio, entre otros:

- I.- El establecimiento de un verdadero juicio público, con intermediación, contradicción y, por supuesto, oralidad como eje central del proceso;
- II.- La transformación de los mecanismos preparatorios del juicio, modificando las funciones del Ministerio Público, ampliando la participación de la víctima y redefiniendo el papel del Órgano Auxiliar de Investigación (Policía);

<sup>7</sup> Vid flujogramas.

<sup>8</sup> Binder, Alberto M. Ob. cit. Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal. Editorial Ad-hoc. Primera Edición. Buenos Aires, 2000. Págs. 28 y 29.

- III.- Una profunda modificación del Régimen de la Acción Pública, permitiendo la reparación, criterios de selección, salidas alternativas, formulas conciliatorias, etcétera; es decir, un proceso orientado a la solución del conflicto o negocio jurídico;
- IV.- La ampliación de los derechos del imputado y la creación de mecanismos eficaces de defensa de esos derechos, incluso mediante una redefinición profunda de la organización de la defensa pública; y
- V.- Nuevos mecanismos de control de la duración del proceso, que desarrollen el principio de razonabilidad del uso del tiempo en el proceso, la simplificación de las fórmulas y de los trámites procesales, acentuando el carácter adversarial, otorgando preeminencia a los problemas sustanciales y racionalizando los trámites meramente ordenatorios, entre otros.

Obviamente, esta nueva visión no se adecua al perfil tradicional del juez y fiscal latinoamericanos; pero ya no debe concebirse que es el juzgador quien investiga y finalmente decide, aunque para mantener formalmente el principio acusatorio, depende de un dictamen elaborado por el fiscal, en base a una investigación que le es ajena. Por el contrario, debe plantearse que es el fiscal el único responsable por la investigación, evidentemente con control jurisdiccional de algunos actos de investigación que limitan o vulneran derechos fundamentales, y el juez es quien decide en forma objetiva e imparcial sobre la responsabilidad del procesado, pero esta vez, sin contaminación.<sup>9</sup>

Concretamente, en el caso salvadoreño, continúan los resabios del sistema inquisitivo; especialmente en la denominada fase de instrucción, intermedia o saneadora del proceso penal.

El autor puertorriqueño Héctor Quiñones Vargas<sup>10</sup> hace una crítica a la implementación del sistema procesal penal salvadoreño; planteando entre otras cosas que en el proceso anterior, el juez investigaba el delito, dirigía la investigación, acusaba al imputado, lo juzgaba y controlaba la ejecución de la pena, lo cual presentaba matices formales; pero el proceso penal implementado a partir de 1998 asigna al fiscal la dirección funcional de la investigación, trasladándole así, en teoría al menos, la labor de investigar el delito y acusar al imputado. Sin embargo, aún después de dicha reforma,

<sup>9</sup> Ibid. Pág. 52.

<sup>10</sup> Quiñones Vargas, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño. Un Análisis Crítico del Sistema Oral en el Proceso Penal Salvadoreño, desde una perspectiva Acusatoria – Adversativa.* Publicación auspiciada por USAID, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador, 2003. Págs. 39, 40 y 41.

es el denominado juez de instrucción quien coordina la investigación (Art. 265 Pr.Pn.) y puede ordenarle al fiscal que realice diligencias de investigación, generalmente dirigidas a reforzar la acusación. El fiscal está obligado a cumplir con las diligencias de investigación encomendadas por el juez instructor, quien le fija un plazo para que presente los resultados. Según el Art. 268 Pr.Pn., el fiscal siempre actuará bajo control judicial en esta etapa; y el Art. 273 Pr.Pn. expresamente concede al juzgador la potestad de realizar directamente o encomendar al fiscal, según su naturaleza, actos de investigación.

Esta situación, es contraria a lo dispuesto por la Constitución de la República en los Arts. 85, 86, 172 y 193, referidos al tipo de Gobierno, la división del poder en diversos órganos, la reserva jurisdiccional y las funciones constitucionales del Ministerio Público Fiscal.

Siendo el juez instructor el que decide si el proceso pasa o no a la etapa del juicio o plenario, es quien encomienda al fiscal la recopilación de prueba incriminatoria generalmente y, excepcionalmente a petición de la defensa o el mismo imputado, prueba de descargo; también es muy común que no haga pronunciamiento alguno, con lo cual la fase de instrucción se vuelve un mero compás de espera y, por ende, un retraso para la administración de una pronta y cumplida justicia, tanto para la víctima como para el procesado. Todo lo cual es un resabio del sistema primordialmente inquisitivo y de la figura del juez-fiscal.

Es más, en la práctica, no existe mayor diferencia entre la etapa inicial y la fase de instrucción del proceso penal, y sus correspondientes audiencias inicial y preliminar; ya que se convierten en meras fases de trámite, lo cual provoca la saturación de la fase de juicio y, una serie de incidentes que vuelven inútil todo el tiempo transcurrido; tales como exclusiones probatorias de prueba inadmisibles, incorporación y hasta valoración de prueba impertinente o ilegal, solamente por el hecho formal de haber sido admitida como tal en la audiencia preliminar, aplicación de salidas alternativas que, por criterios errados o por simple temor, no se dieron en las fases anteriores.

Inclusive, en el Código Procesal Penal Comentado<sup>11</sup> se hace relación en cuanto al Art. 268 Pr.Pn. -Participación de la Fiscalía General de la República-, por el cual el fiscal “puede” examinar en cualquier momento (de la instrucción) las actuaciones, cumplir 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

<sup>11</sup> Casado Pérez, José María, et. al. Ob. cit. Págs. 1019 y sigs.

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 acta 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.

No puede ser más evidente el rol de juez-fiscal que la normativa salvadoreña atribuye al juez instructor, lo cual contradice las disposiciones de la Ley Fundamental de El Salvador, lo cual es un resabio del sistema primordialmente inquisitivo anterior.

Pero aún hay más, otro ejemplo sería el Art. 273 Pr.Pn. que expresa que 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.

La idea de crear procedimientos cada vez más técnicos y eficientes, que garanticen un balance entre la defensa de la persona humana y los fines del Estado, es de palpante actualidad y justificada necesidad, por lo que hay diferentes inquietudes y experiencias al respecto.

Tal es el caso del autor argentino Julio B. J. Maier<sup>12</sup> quien, a pesar de definirse como un defensor del “legismo procesal”, es decir, de una regulación fija (inalterabilidad del proceso penal) que deseche la arbitrariedad para poner en su lugar la seguridad, advirtiendo que la forma procesal representa la garantía de una recta administración de justicia; no se refiere a que se trate de un mero culto a la forma en sí misma, ya que propone el diseño de un procedimiento especial para determinados delitos; reconociendo que no se trata de suprimir la instrucción jurisdiccional *per se*.

Muy por el contrario, según este autor, se trata de otorgar al Ministerio Público un instrumento jurídico para que, cuando ello sea necesario, solicite la intervención del juez de instrucción preparando convenientemente su requerimiento (acción penal) y, cuando no, acuse directamente requiriendo la citación al juicio plenario.

En este punto es relevante hacer referencia a que la instrucción jurisdiccional puede clasificarse como obligatoria, facultativa o una mezcla de ambas; según sea el diseño legal determinado para la tramitación de una causa penal.

<sup>12</sup> Maier, Julio B. J. La Investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público, Instrucción Sumaria o Citación Directa. Editorial Lerner. Primera Edición. Tomo Único. Buenos Aires. Págs. 54 y 55.

Este procedimiento es básicamente el mismo que la normativa procesal penal salvadoreña prevé para la tramitación del proceso en caso de delitos de acción privada, con la única diferencia en cuanto a que en este último caso se excluye la figura del fiscal y se vuelve necesaria la existencia del querellante.

En este punto debe hacerse referencia al desarrollo socio – histórico de la figura del fiscal o acusador como parte del Ministerio Público en sus diversas modalidades; que van desde ser una parte del Órgano Ejecutivo o del Judicial hasta ser prácticamente independiente; lo cual se deriva del hecho que modernamente se propugna por el equilibrio de las partes dentro del proceso.

La concepción constitucional del Ministerio Fiscal formulada por los Constituyentes Españoles de 1978, no terminó con las suspicacias acerca de su verdadera naturaleza; pero sí permite plantear la dirección en que se desarrolla esta institución, democratizándola cada vez más al orientarlo hacia el ámbito del legislativo, incluyendo los mecanismos de designación para soslayar la sospecha de su parcialidad.

Por supuesto que depende de cada país la concepción relativa al Ministerio Fiscal, que puede ser concebida como parte de un sistema gubernativo, judicialista o legislativo; incluso se ha planteado la concepción constitucional, que implica una independencia y autonomía total.<sup>13</sup> En el mismo sentido se pronuncian los autores del Manual de Derecho Procesal Penal,<sup>14</sup> quedando claro que en El Salvador, la independencia del Ministerio Público, no obstante los vaivenes propios de la Asamblea Legislativa que nombra al Fiscal General de la República, está reconocida desde la misma Constitución.

No solamente se puede plantear la necesaria independencia del juez, sino lo relativo a la independencia del fiscal. Según el autor argentino Alberto M. Binder<sup>15</sup>, esto depende de la Constitución de un determinado país, que puede tomar una de las posturas entre los distintos diseños que existen: a) en los que el Ministerio Público Fiscal esta ligado al poder (órgano) ejecutivo, que constituyen una posición presidencialista o administrativistas; b) en los que el ente fiscal está integrado al órgano judicial, que constituye la posición judicialista; y c) finalmente, quienes propugnan lo que se denomina órganos extra-poder u órganos absolutamente independientes, es decir que no depende ni del ejecutivo ni del judicial, aunque varían en cuanto a la forma de designación, ya

<sup>13</sup> Parafraseado de la Obra de Manuel Marchena Gómez. “El Ministerio Público Fiscal: su Pasado y su Futuro”. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Primera Edición. Colección Monografías Jurídicas. Tomo Único. Madrid, 1992. Págs. 110 a 123.

<sup>14</sup> Serrano, Armando Antonio et.al. Publicación del Proyecto PNUDELS/LO6, USAID. Tomo Único. Primera Edición. San Salvador, 1998. Pág. 418 y sigs.

<sup>15</sup> Binder, Alberto M. Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal. Ob. cit. Págs. 211 y 212.

que puede ser por designación del legislativo como primer órgano y representante de las diversas concepciones políticas del pueblo, por elección popular, por designación del ejecutivo o de la autoridad estatal con ratificación del congreso o parlamento, etcétera.

De acuerdo a este autor, esta última opción es la más adecuada en el contexto latinoamericano; por eso considera absolutamente correcto hablar de independencia del Ministerio Público. En El Salvador, precisamente el Ministerio Público está formado por tres órganos-persona, que son designados por el Órgano Legislativo y dirigen la institución conformada por los recursos humanos y materiales necesarios para el desempeño de sus funciones, de acuerdo al mandato constitucional. Dichos funcionarios son, desde la década del cincuenta: Fiscal General de la República, Procurador General de la República y, desde la década de los noventa, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, siendo este último una innovación a partir de la firma de los Acuerdos de Paz, que ponen fin al conflicto interno que por más de doce años sufrió El Salvador.

Independientemente de la clasificación anterior, son comúnmente aceptados los principios de unidad y dependencia jerárquica como característicos del Ministerio Público; naciendo desde el axioma francés *“Le Ministère public est un et indivisible”*; por supuesto que existen matizaciones, pero es sostenido básicamente que por los criterios de indivisibilidad y fungibilidad, los funcionarios del Ministerio Público actúan en representación de la institución.<sup>16</sup>

En todo caso, lo anterior no implica una sumisión ciega a un determinado funcionario o corriente política o ideológica; ya que la única sumisión posible es la que se debe a la Constitución, en virtud del mismo juramento previsto en la Ley Primaria, para que en virtud del principio de legalidad se garantice la seguridad jurídica y, con ello, la construcción y mantenimiento de un Estado Democrático de Derecho.

Obviamente, la independencia del Ministerio Público es diferente a la independencia judicial; ya que ésta última es personal, del juez frente al caso; mientras que la primera es una independencia como institución.

## V.- Referencia a Reformas Procesales Penales en Europa.

A título de referencia normativa de otros países en esta materia, no pretendiendo realizar un análisis comparativo, es necesario resaltar que en **Alemania**<sup>17</sup> las reformas

<sup>16</sup> Marchena Gomez , Manuel. Ob. cit. Págs. 160 y 161.

<sup>17</sup> Pedraz Penalva, Ernesto, et. al. Comentarios al Código Procesal Penal. Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura / Escuela de Capacitación Judicial. Primera Edición. Tomo I. San Salvador, 2003. Págs. 61y sigs.

de 1964 y en especial las acaecidas en 1974, modelaron un proceso que pretendió adaptarse a las exigencias no ya constitucionales sino explícitamente a las impuestas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los demás instrumentos internacionales suscritos por la República Federal.

Entre otros aspectos, el legislador alemán estimó que la aceleración y consiguiente simplificación procesales venían exigidas por los instrumentos internacionales suscritos, en especial por el Art. 6.1 de dicho convenio (“Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativamente y en un plazo razonable...”). Con la aceleración y simplificación pretendidas, se buscaba asimismo disminuir los costos de la justicia y, derivadamente, un reforzamiento de la posición del inculpado a través de un mejor, más rápido y justo enjuiciamiento de los hechos.<sup>18</sup>

La agilización del proceso se ha buscado mediante la supresión de trámites estimados inútiles y/o injustos. Con una nueva regulación de actos procesales y en especial, reconceptualizando la figura del Ministerio Fiscal y atribuyéndole la investigación en sustitución del juez, precisamente tras haber comprobado que gran parte de los retrasos radicaban en la fase instructoria; más radicalmente aún se ha perseguido la celeridad mediante la implantación de procedimientos más simples y rápidos, incorporándose al sistema alemán en la Ley de Lucha Contra la Delincuencia de 1974, el denominado proceso acelerado junto al proceso por orden penal.

Asimismo, se suprime la instrucción judicial sustituyéndola por una investigación conducida por el fiscal, y llevada a cabo por la policía; la cual depende funcional pero no orgánicamente del fiscal, a quien está obligada a prestar colaboración. Incluso, a través del deber que se le impone a ésta última de investigar todos los hechos punibles y adoptar las medidas urgentes que fuera menester a fin de evitar su ocultación, puede en tal sentido hasta actuar con independencia del fiscal.

Por supuesto, lo últimamente planteado sin perjuicio que la Fiscalía al tener conocimiento de dicha situación, intervenga en cualquier momento en las investigaciones, suministrándosele los datos precisos para en su caso formular acusación por acción pública; es por todo ello por lo que se ha llegado a decir por autores como K. Peters, que es la policía la que en verdad ha asumido la investigación de las causas penales.

Incluso, la investigación dirigida por el Ministerio Fiscal conlleva en esta fase previa al juicio, a que el juez asuma el papel de protector de derechos fundamentales del inculpado, encargándole la adopción de cualesquiera medida apta para lesionarlos;

<sup>18</sup> Para evitar la apariencia de que sólo se busca combatir la delincuencia, se ha reforzado la posición jurídica del imputado en el proceso.

tales como: intervención de las comunicaciones, retiro provisional del permiso de conducir, detención o prisión provisional, declaraciones bajo juramento de testigos y peritos, etcétera.

Obviamente existe un procedimiento que puede instarse antes del período intermedio, orientado a controlar judicialmente la legalidad de la decisión fiscal de no perseguir una concreta infracción. Se trata de un instrumento de control de la legalidad de la actuación del Ministerio Fiscal que puede ser instado con carácter previo a la fase intermedia del procedimiento.

Se configura como una facultad de control judicial de la decisión del Ministerio Público de no acusar, a instancia del particular ofendido; pidiendo al órgano jurisdiccional que compela al Ministerio Fiscal, aún contra su criterio, a investigar un hecho.

No altera por ende el monopolio de la acusación estatal al no incidir inmediatamente en el ejercicio directo de la pretensión punitiva. Se habilita al particular para rogar al juez que exija del Ministerio Público la investigación de un supuesto fáctico determinado que se afirma constitutivo de delito, pero sin que su calificación penal sirva más que para fundir la solicitud particular; el Ministerio Público empleará los medios que estime más adecuados al objeto de la instrucción, sin que pueda imponérseles judicialmente.

**En Italia**<sup>19</sup> el nuevo Código Procesal Penal de 1988, que entró en vigor el 24 de octubre de 1989 y en el que prima el acusatorio. Efectivamente, se sustituye la instrucción por una investigación del Ministerio Fiscal y la Policía Judicial<sup>20</sup> que concluye con la “*audienza preliminare*” que en su caso - si no ha lugar al archivo de la causa - da entrada a lo que constituye la parte esencial y propia del proceso penal: “*il giudizio*”.

Se atribuye al juez la potestad de inmiscuirse en la esfera jurídico - fundamental de los investigados reservándose, salvo casos de urgencia, la determinación de las medidas que pudieren lesionarla (inspecciones de personas, lugares, cosas, registros domiciliarios o personales, recogida de armas, instrumentos o efectos del delito, intervención de la correspondencia y documentación bancaria, intervención de comunicaciones, arresto domiciliario o prisión provisional, etcétera.

<sup>19</sup> Pedraz Penalva, Ernesto. et. al. Ob. cit. Págs. 65 y sigs.

<sup>20</sup> El realismo del legislador italiano al determinar subjetivamente como encargado de la investigación preliminar al Ministerio Fiscal con la policía judicial, se dulcifica en el Art. 327 al indicar, bajo la rúbrica: Direzione delle indagini preliminari, que “ Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria”. La iniciativa policial y las facultades que la ley le reconocen, amén de otras derivadas del juego de la oportunidad, pueden conseguir arrojar algunas dudas sobre el efectivo control por el fiscal de las actuaciones policiales.

Incluso, en determinadas circunstancias, para el cumplimiento de sus tareas el Ministerio Fiscal goza de todos los poderes coercitivos atribuidos al juez; pero se le otorga el monopolio de la acusación pública.

**En Portugal,**<sup>21</sup> el nuevo Código de Proceso Penal de 1987, es de semejante orientación a la de los anteriores; y se caracteriza por la configuración del Ministerio Público como una magistratura independiente, a quien compete: La investigación coadyuvado por la policía criminal, a fin de investigar la “notitia criminis”, acordando las diligencias precisas para poder o no formular acusación; pero reservando todas las actuaciones lesivas de derechos fundamentales al juez de instrucción auxiliado por la policía.

La titularidad de la acción penal, sin que haya otra entidad legitimada para promover el procedimiento criminal, la posee el Ministerio Público, con las restricciones previstas en cuanto a que se requiera previa denuncia del ofendido o de otras personas, y cuando se precise acusación particular; supuesto en que será el Ministerio Público quien acordará las diligencias que estime procedentes, participando la acusación particular en todos los actos procesales en que intervengan, con quien acusará conjuntamente.

Se establecen junto a un proceso común dos procesos especiales, en los que su mayor simplicidad y brevedad facilita una justicia más rápida y eficaz: el sumario y el sumarísimo.

Se seguirá la causa por los trámites del procedimiento sumario cuando concurra alguno de los siguientes presupuestos: que el imputado tenga al menos dieciocho años en el momento de la comisión del hecho punible enjuiciado; haber sido detenido en flagrante delito; que se trate de un delito público o semipúblico; que esté castigado con pena de privación de libertad no superior a tres años; que la detención haya sido realizada por la autoridad judicial, incluyéndose el Ministerio Fiscal.

La audiencia del juicio se iniciará en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, en las hipótesis en que sea posible su aplazamiento, en los cinco días siguientes a su detención.

Se caracteriza por la supresión de actuaciones procesales, la acusación es sustituida por la presentación del detenido o por la lectura del auto. Apreciada por el Ministerio Fiscal la concurrencia de los presupuestos para el enjuiciamiento sumario, y tras interrogar al acusado, procederá su presentación al tribunal para la celebración del juicio oral, ordenando su libertad si estimare que éste no puede tener lugar en las

<sup>21</sup> Pedraz Penalva, Ernesto. et. al. Ob. cit. Pags. 68 y sigs.

próximas cuarenta y ocho horas, y si considera que debido a la necesaria práctica de diligencias tampoco cabe su realización en los próximos cinco días, ordenará que se siga el proceso común.

Si el delito entrare dentro de los que gozan de “dispensa” o de exención de pena, con previo acuerdo del juez de instrucción, podrá decidir el Ministerio Público el archivo de la causa, antes de deducir acusación; si hubiere formulado acusación, el archivo se acuerda por el juez con la conformidad del Ministerio Fiscal. La dispensa es una medida alternativa a las penas cortas de privación de libertad, cuyo efecto criminógeno pretende combatir.

Si estuviere castigado el delito con pena de privación de libertad no superior a tres años, puede decidir la suspensión provisional del proceso, previo acuerdo del juez instructor, imponiendo al acusado mandatos y reglas de conducta previstos en la ley.

El proceso sumarísimo se aplicará en los casos de delitos sancionados con pena no superior a seis meses y multa, o sólo con multa, tratándose de delito público o semipúblico, y siempre que el Ministerio Fiscal entienda que debe aplicarse sólo la pena de multa o una medida de seguridad no privativa de libertad. En estos casos el Ministerio Público solicitará del tribunal competente para imponer dichas sanciones que se sustancie por este cauce especial.

En este proceso sumarísimo también puede el Ministerio Fiscal, con la conformidad del juez, decretar su archivo en caso de dispensa o de exención de pena, o suspender provisionalmente el proceso.

El “requerimiento” del Ministerio Público comprende la identificación del acusado, la descripción de los hechos imputados, la mención de las normas violadas, el enunciado de las razones por las que estime inaplicable la pena de prisión y la indicación de las sanciones que propone. No es precisa la comparecencia en persona del acusado quien puede hacerse representar por defensor con poderes especiales; en ambos casos si, a preguntas del tribunal, acepta las sanciones propuestas, se acordará así aun verbalmente; valiendo el despacho como sentencia condenatoria.

Los anteriores constituyen ejemplos palpables de las diversas modalidades que puede asumir el proceso penal, dependiendo de la realidad y la idiosincrasia de cada pueblo, nación o Estado; obviamente existen muchos más, y no todos son compatibles con el marco constitucional de la República de El Salvador, aunque todos coinciden en su intención de un pronto y eficaz acceso a una cumplida justicia y la investigación a cargo de un ente distinto al juzgador.

## VI.- Posiciones Doctrinarias en Apoyo a Reformas al Proceso.

Más que una tendencia a que el juzgador se inmiscuya en la función investigativa y el monopolio del ejercicio de la acción penal, pareciera que es el fiscal quien, bajo determinados supuestos tiene funciones que tradicionalmente estaban reservadas para el juzgador.

Otro ejemplo de estas políticas o medidas, es la facultad discrecional de decidir en qué casos ejercer la acción penal y en cuáles no; siendo de la más variada especie las formas en que se puede ejercer, desde las más controladas a nivel jurisdiccional, hasta las que prescinden del mismo.

Se resalta la posición del argentino Gustavo A. Bruzone<sup>22</sup> al referirse incluso a la necesaria violación de la disposición legal que establece obligatoriamente la persecución, investigación y ejercicio de la acción penal en todos los casos, situación similar a la vigente en El Salvador;<sup>23</sup> lo cual el autor justifica básicamente a partir de dos factores:

- a) Selección por ausencia de recursos humanos y materiales; y
- b) Selección con miras a revertir una política criminal que alienta la impunidad de los “poderosos”.

Al definirse el rol de los fiscales en el proceso de selección de las conductas criminales en forma realista, se estará contribuyendo -preservando el sistema democrático- a que el Poder Judicial tome distancia de cuestiones de alto contenido político, como lo es todo aquello vinculado a la persecución del delito.<sup>24</sup>

La posición anterior se relaciona con el tema objeto de estudio, a partir de la realidad en cuanto al diseño que cada país adopta para el procesamiento criminal; por lo que, aunque realista, la posición anterior no es carente de detractores.

Fabrizio O. Guariglia considera que la instrumentación del principio de oportunidad sólo será posible si se implementa, a su vez, la investigación preliminar a cargo del Ministerio Público; no ya como excepción a la instrucción jurisdiccional, sino como principio general.

<sup>22</sup> Bruzone, Gustavo A. El Ministerio Público. Buenos Aires. Págs. 155-204.

<sup>23</sup> Aunque recientemente hay vientos de reforma, que dan nuevas funciones de archivo al Fiscal. Ejemplo: Faltas, Desestimaciones y Conciliaciones cumplidas.

<sup>24</sup> Bruzone, Gustavo A. Ob.cit. Págs. 155-204.

La adopción de criterios de oportunidad constituye uno de los mecanismos más aptos para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal, y que conduce a una aplicación irracional y poco igualitaria de la potestad punitiva del Estado.

De los dos modelos de oportunidad resulta preferible aquel que establece la aplicación excepcional del principio de oportunidad, basada en criterios expresamente determinados por la legislación y sujeta a controles formales.<sup>25</sup>

Como último ejemplo de este punto, planteamos la posición de Maximiliano A. Rusconi, la cual se basa en su análisis de posiciones de otros autores; realizando afirmaciones como las siguientes: “Hasta aquí, el autor comparte la base racional necesaria para inclinarse por sostener la necesidad jurídica de la investigación a cargo del Ministerio Público”. Sin embargo a la hora de definir las consecuencias de su posición teórica, según creo, se queda a mitad del camino. En lo que nos interesa el autor rechaza que la investigación debe estar a cargo del Ministerio Público: “el que el Ministerio Fiscal, además, investigue por cuenta propia sostiene el autor, en mi opinión, no se aviene del todo con el sistema”, refiriéndose a la posición de Gossel.

Este último autor plantea que el proceso penal ha sido distribuido en tres estadios (instrucción, acusación, y enjuiciamiento propiamente dicho). Junto con la vinculación del proceso penal “a la ley y la justicia material” o su contracara, o sea, la desvinculación del pensamiento utilitario reinante en el sistema inquisitivo.

Continúa opinando Rusconi que: “A pesar de ser indiscutible el carácter valioso de esas metas logradas a través de la evolución del sistema de enjuiciamiento, creo que la introducción del espíritu republicano en el proceso penal, no está suficientemente garantizada con esta mera exigencia. No tiene sentido exigir vehementemente que el fallo del juez esté descargado de los prejuicios originados en la investigación realizada por propia iniciativa, si luego nos despreocupamos de que en la etapa fundamental de la investigación, toda la actividad descicional tenga ese vicio. Una aplicación consecuente del diseño republicano requiere que también ahí se evite la parcialidad inherente a quien tiene que ser “guardián de sus propios actos”.<sup>26</sup>

Retomando las palabras de Julio B. J. Maier: “Hoy sólo se puede señalar, como tendencia general, que un regreso más profundo a las formas acusatorias y la influencia del sistema operativo penal de cuño anglosajón conducen, poco a poco, a un mayor protagonismo del Ministerio Público en la realización del derecho penal y en la solución

<sup>25</sup> Guariglia, Fabricio O. El Ministerio Público en el Proceso Penal. Págs. 83- 95.

<sup>26</sup> Rusconi, Maximiliano A. El Ministerio Público en el Proceso Penal. Págs. 99-110.

de los casos penales. Pero la institución no parece haber alcanzado su mayoría de edad, mucho menos entre nosotros: por ello me he permitido titular su historia como la de un adolescente.”<sup>27</sup>

Para concluir sobre este punto, es pertinente resaltar los criterios expuestos por el autor salvadoreño Rommell Ismael Sandoval R.,<sup>28</sup> en el sentido que: “El juez escucha, observa, razona y decide con base en las pruebas y los alegatos que las partes hubieran introducido al juicio, con las que desean hacer valer su pretensión, derecho, intereses o situaciones jurídicas. Sin olvidar que para que pueda funcionar la maquinaria judicial, es forzoso el impulso procesal de un agente exterior. Es decir, es necesaria la interposición de la respectiva acción de un sujeto (procesal) ajeno a la judicatura. La decisión que el juez tome en materia penal estará basada en la pretensión punitiva y deberá garantizar las reglas del debido proceso”.

Continúa planteando el autor que: “. . . el modelo de enjuiciamiento penal edificado por la Constitución sólo puede ser el acusatorio. Por las razones siguientes: En primer lugar, hay una separación de la etapa investigativa de la etapa del juicio; y en segundo lugar las funciones y atribuciones de cada órgano constitucional están completamente apartadas, pues, ni la actividad investigativa ni la juzgadora pueden compartirse. Esto no es más que el corolario de la separación de los poderes en el estado moderno (arts. 83 y 86 Cn). Pero sobre todo en el respeto a los derechos fundamentales de la persona (especialmente el principio de inocencia y defensa)”.

“La etapa investigativa está constitucionalmente a cargo de la policía (PNC) bajo la dirección de la FGR (arts. 193 num. 3 y 4 y 159 inc. 3ª Cn.), ya que el propósito es esclarecer el hecho delictivo recopilando toda evidencia ilícita y pertinente, tiene el deber de identificar testigos e individualizar al imputado sospechoso para que el fiscal pueda preparar su acusación con el fin de promover la acción penal ante el órgano jurisdiccional. Queda siempre, bajo reserva jurisdiccional, la autorización de ciertas intervenciones investigativas de la policía y de la fiscalía (allanamientos, órdenes de captura; vgr. art. 19 (Cn.) Así el poder punitivo del Estado se limita frente al derecho a la presunción de inocencia a un juez imparcial (arts. 16 y 172 Cn.)”

Es plenamente compartible el planteamiento del licenciado Sandoval cuando dice

<sup>27</sup> Maier, Julio B. J. El Ministerio Público en el Proceso Penal. Editorial AD-HOC. 1ª Edición. 2ª reimpresión. Buenos Aires, 2003. Págs. 17-36.

<sup>28</sup> Sandoval R., Rommell Ismael. La Necesaria Transformación del Sistema Procesal Penal Salvadoreño: del Sistema Mixto al Acusatorio Adversativo. Revista Imperium del Centro de Estudios Jurídicos. Año 2, Número 1. San Salvador, 2002.

que: “El sistema procesal mixto del CPP ya no se adecua a la repartición de las funciones indagatoria, requirente y decisoria preceptuadas en la Constitución, debido a que en ésta se ha adoptado un enjuiciamiento acusatorio y adversativo, propio de la cultura jurídica procesal y probatoria anglosajona. Lo anterior implica que se debe modificar sustancialmente el CPP para evolucionar del sistema mixto al acusatorio, tropicalizado a la realidad salvadoreña y conservando algunas instituciones jurídico-procesales de la tradición continental que puedan adaptarse. Así se propone en los siguientes párrafos la eliminación de la etapa de instrucción en el CPP, la implementación de la disponibilidad de la acción penal y la definición del contenido y significado de la dirección funcional de la investigación de delito”.

Si lo anterior es parte de los argumentos que, en otros términos se ha venido planteando durante el presente estudio, resultan concordantes los planteamientos del autor con el de esta investigación, en cuanto a la eliminación de la etapa de instrucción del Código Procesal Penal en el denominado procedimiento común.

El referido autor lo plantea en los siguientes términos: “Tal y como está bosquejado el sistema mixto del CPP, las diligencias iniciales (Art. 238 CPP) funcionan como una etapa prejudicial en la cual el fiscal y la policía recogen toda información que permitirá fundamentar el requerimiento de la FGR y las peticiones contenidas en ella para la celebración de la audiencia inicial ante el Juez de Paz. Por medio del requerimiento fiscal se da inicio a la acción penal pública, si se solicita la instrucción.”

Continúa el planteamiento: “El fiscal que solicita la instrucción formal deberá informar al Juez de Paz, en el requerimiento, las indagaciones que tanto la policía como la fiscalía han recogido y a la vez deberá solicitar al juez que lo autorice, en el periodo instructivo, a la investigación e identificación de los medios probatorios que justificaran el juicio, así como el plazo necesario para hacerlo. En la instrucción el fiscal actúa bajo el control y coordinación del Juez de Instrucción (Art. 84 CPP).”

A continuación se plantea la parte más concordante de las propuestas en cuestión: “En nuestra opinión, la etapa de la instrucción del CPP debería eliminarse (Arts. 256 al 320), pues los jueces no deben tener ninguna función investigativa en el proceso penal ni contralora -“coordinadora” le llama al CPP- de las actividades investigativas del fiscal. Los jueces únicamente deben autorizar durante la etapa investigativa la restricción de ciertos derechos del sospechoso, según lo ameriten las indagaciones, como intervenciones a la intimidad (intercepción de comunicaciones, orden de allanamiento y/o registros, etc.) o a la libertad (órdenes de captura).”

Continúa el planteamiento: “Ahora bien, la eliminación de la etapa de instrucción da lugar a que el fiscal goce de una amplia gama de atribuciones, de recursos humanos y materiales para realizar la investigación. Para ello el fiscal necesitara un plazo razonable para efectuar responsablemente la investigación, antes de presentar su acusación formal ante el juez independientemente haya o no imputado presente. El único límite para la formulación de la acción penal, por medio de la acusación fiscal, sería el plazo de la prescripción, lo cual sería razonable debido a la complejidad de la investigación en ciertos delitos (fraudes financieros, narcoactividad u otros ilícitos de cuello blanco, vgr.) En todo caso, el juez siempre decidirá si existe mérito para consentir la celebración del juicio.”

El único inconveniente que se visualiza en el presente caso es el supuesto constitucional previsto en el Art. 13 Cn. para la captura en flagrancia, pero es por demás interesante y complementaria la propuesta del colega que escribió la anterior posición; aunque las últimas reformas plantean supuestos para que el fiscal deje en libertad en casos menos graves, tales como faltas, supuestos de desestimación y conciliaciones totales.

Como aspectos complementarios que se comparten con el referido autor se encuentran: “Ya hemos dicho que la norma fundamental ha repartido las funciones investigadora y juzgadora con dos órganos distintos. También nos hemos manifestado por la eliminación de la etapa de la instrucción en el actual CPP, así como de las funciones investigadoras de los jueces para que la FGR pueda cumplir éstas a cabalidad en las diligencias iniciales, según la prescripción constitucional.”

El autor sugiere, al igual que el presente estudio, que: “es importante sugerir modificar el CPP para que la oportunidad procesal para el ofrecimiento y admisión de la prueba ya no se realice ante el Juez de Instrucción sino ante el tribunal de sentencia. Todo ello según las características de un sistema procesal acusatorio.”

El proceso democrático que actualmente se desarrolla en El Salvador, requiere de una justicia eficiente que haga realidad el Estado de Derecho, entendido éste no simplemente como un conjunto de leyes, sino como un modo de promover la convivencia ciudadana a través del respeto a la dignidad de las personas. Para enfrentar el desafío de la paz, problema global y complejo, debe establecerse un sistema de justicia penal que garantice debidamente tanto los intereses de la sociedad como los intereses de la libertad individual.

## VII.- Conclusión.

La eliminación formal de la denominada fase de instrucción del proceso penal como una función del órgano jurisdiccional, es legislativamente posible en el ordenamiento jurídico salvadoreño; ya que no se afectaría la constitucionalidad del proceso.

Es más, dicha eliminación propiciaría el cumplimiento de los principios, derechos y garantías fundamentales, en aras de una pronta y cumplida justicia, tanto para la víctima como para el procesado.

Existe una desnaturalización de las funciones constitucionalmente establecidas, lo que propicia la vulneración de principios, garantías y derechos fundamentales; especialmente el debido proceso y, consecuentemente al acceso a una pronta y cumplida justicia, que va más allá de una tutela “judicial” efectiva.

La propuesta concreta de eliminar formalmente la instrucción –no los actos de la misma–, como una actividad de coordinación de la investigación por parte del mismo juez instructor que, en determinadas circunstancias, puede convertirse en juez de decisión –procedimiento abreviado–, es uno de las principales conclusiones del presente aporte; siendo evidente la dualidad de funciones, no sólo a nivel de operadores judiciales, sino con la misma Fiscalía.

Claramente ha quedado planteada no sólo la necesidad y factibilidad de dicha eliminación, sino su procedencia constitucional, a partir del respeto a los principios de unidad del ordenamiento jurídico y de supremacía constitucional; ya que no sólo se propiciaría un adecuado desarrollo de un moderno proceso penal de carácter acusatorio – adversativo, sino que se garantizaría una pronta y cumplida justicia penal.

Lo anterior permitiría resolver o al menos minimizar la crisis que sufre no sólo el sistema de administración de justicia penal en El Salvador, sino la consecuente crisis del sistema penitenciario; sin olvidar que el derecho penal debe constituir la *última ratio* y, por tanto, no debe descuidarse el aspecto preventivo, para atacar las causas socio-económicas que propician las diversas manifestaciones del fenómeno delincencial.

La eliminación de la fase de instrucción del proceso penal salvadoreño como una función jurisdiccional, propiciaría la asunción de sus roles constitucionales por parte del juez y el fiscal; cumpliéndose de esta forma con la concepción de un proceso constitucionalmente configurado, en base a los roles asignados a cada partícipe.

A nivel institucional, es evidente la desnaturalización del rol del juez como tercero objetivo e imparcial, especialmente en la fase de instrucción; así como es palpable

la necesidad de mantener la mística en el trabajo tanto de los fiscales como de los defensores públicos y particulares.

Un aspecto que no debe confundirse es el necesario control jurisdiccional que sobre ciertos actos de investigación que le son solicitados por las partes y que afectan derechos fundamentales deba realizar el juzgador, y otra muy distinta es asignarle el rol de coordinar la investigación y convertirse, en la práctica, en un juez–fiscal; ya que generalmente, so pretexto de la búsqueda de la verdad real, el juez se vuelve un verdadero fiscal que oficiosamente realiza o encomienda investigación normalmente de cargo, pues es tendiente a establecer la existencia del hecho y la participación del procesado.

Las propuestas de reformas que implican una simplificación del proceso penal, a partir del fortalecimiento de la posición del fiscal y aun del órgano auxiliar de la investigación, no son creación nuestra, ni tampoco una iniciativa realmente reciente; pero si se vuelven novedosas porque, las propuestas de diversos autores en tal sentido, están siendo implementadas en algunos países y consideradas en otros –por ejemplo en Latinoamérica– hasta tiempos recientes; principalmente por la necesidad que produce la situación de delincuencia que vive cada país.

No se trata de plantear que la solución al fenómeno delincencial sea el adecuado procesamiento penal *per se*, lo cual constituye más bien una obligación del Estado; pero de alguna manera influye para efectos preventivo especiales y generales. Esto constituye un apoyo a cualquier política preventiva que un Estado Democrático pretenda implementar.

### **VIII.- Recomendaciones.**

Debe reformarse el Código Procesal Penal a efecto de eliminar formalmente la denominada fase de instrucción del proceso penal como una función del órgano jurisdiccional, para que esté en concordancia con lo dispuesto por la Constitución de la República, especialmente en cuanto al cumplimiento de las atribuciones, facultades y mandatos que le concede al juzgador y al fiscal, las cuales son totalmente diferentes, aunque complementarias.

En tal sentido, debe diseñarse el proceso penal en dos fases principales:

- a) La fase preliminar o saneadora, en la que el Juez de Paz únicamente determina la procedencia del caso; en el supuesto que no haya podido resolver o archivar el caso en sede fiscal. También se produciría pronunciamiento en cuanto a la imposición o no de medidas cautelares y el término concedido para

presentar el dictamen correspondiente, en forma directa ante el Tribunal de Sentencia; pronunciándose en cuanto a las peticiones de las partes relativas a la realización de actos que requieran control jurisdiccional, los cuales se realizarán oportunamente en caso de ser procedentes, con presencia del juez y la parte que lo solicita, quedando notificada la contraparte, quien decidirá si asistirá o no; siendo coordinada la presencia del procesado privado de libertad desde ese mismo momento.

Obviamente, antes de la presentación del dictamen, podrán hacerse este tipo de solicitudes ante el mismo juez de paz.<sup>29</sup> Lo anterior propiciaría mayor responsabilidad de los juzgadores, de la parte acusadora y de la misma defensa.

En caso de necesitarse más plazo, éste deberá ser fundadamente solicitado a la Cámara respectiva, con lo que se obligaría a una mayor responsabilidad del fiscal.

- b) La final o de juicio, que se iniciará con la presentación del dictamen fiscal, la cual se notificará a la contraparte para que conteste la misma, señalándose fecha para la celebración de una audiencia previa, a cargo de uno de los tres jueces que conforman el tribunal de sentencia; en la que si se determina la procedencia de la acusación, se señalará fecha para la vista pública o juicio plenario, pronunciándose en cuanto a la procedencia de los medios probatorios ofertados por las partes. En caso que el dictamen o la decisión del juzgador en dicha audiencia sea no continuar con el proceso y resolverlo en la misma, mediante una salida alternativa o anticipada, queda a salvo el derecho de las partes a recurrir ante la Cámara, para que si está en desacuerdo con la decisión del juzgador, se remita al proceso a otro tribunal de sentencia, para que se realice la vista pública.<sup>30</sup>

Evidentemente, la implementación del procedimiento antes mencionado produciría grandes beneficios en cuanto a celeridad y responsabilidad de los operadores, por aplicación directa de los principios de inmediatez y contradicción de la prueba; garantizando el acceso a una pronta y cumplida justicia, sin perjuicio de la garantía del juez natural, objetivo e imparcial.

<sup>29</sup> Actualmente, muchas de las diligencias que requieren control jurisdiccional son delegadas por el Juez de Instrucción al Juez de Paz.

<sup>30</sup> Nótese que con este procedimiento se evita prácticas propias del sistema inquisitivo; como por ejemplo la recepción de un auto de instrucción formal que simplemente es ratificado por el Juez Instructor, o la recepción del auto de apertura a juicio que solamente es recibido por el Tribunal de Sentencia para señalar fecha de audiencia para la vista pública; es decir, mera escrituralidad, sin inmediatez o contradicción alguna; sin dejar de mencionar que se minimizarían los constantes incidentes de inclusión o exclusión de prueba al momento del juicio.

Definitivamente deben revocarse la mayoría de las reformas que tendieron a la desnaturalización del sistema procesal penal implementado; ya que se convierte en un freno para el sano desarrollo en base a una ordenada implementación del mismo.

Lo anterior propiciaría precisamente el cumplimiento de los principios, derechos y garantías fundamentales, en aras de una pronta y cumplida justicia para los involucrados en el proceso penal, se trate de la víctima o del mismo procesado.

No deben continuarse realizando reformas que en lugar de consolidar el sistema moderno que se pretende implementar, representen un retroceso hacia el sistema mayoritariamente inquisitivo; recordando que fueron muchos los obstáculos de todo tipo que debieron superarse para llegar a la concepción de un proceso penal democrático, moderno y garantista, en la mejor de las acepciones de dicho término.

Legal e institucionalmente debe reconocerse y asumirse el rol constitucional que a cada uno de los operadores del sistema de administración de justicia penal le corresponde; dejando de lado posiciones personales o institucionales, para basarse en la ley, siempre bajo los principios de unidad del ordenamiento jurídico y supremacía constitucional.

Lo anterior sólo puede lograrse mediante una adecuada selección de los mejores profesionales para el desempeño de dichas funciones, coadyuvado con una constante capacitación de cada uno de los operadores; pero esto no es sólo una responsabilidad institucional, ni siquiera de las universidades, sino que también debe ser una decisión personal, un adecuado nivel de conciencia en cuanto a la necesidad de autoformación que va más allá de lo estrictamente legal e incluye una cultura general y una conciencia humanista–social y de servicio.

Debe procurarse el diseño de políticas preventivas del delito, para evitar la saturación del sistema de administración de justicia, especialmente a nivel de tribunales de sentencia. En éste es indispensable no sólo la reforma propuesta, sino un adecuado uso de las denominadas salidas alternativas o adelantadas al proceso, preferiblemente aquéllas que constituyen medios alternativos para dirimir conflictos y que permiten un resarcimiento rápido y efectivo de la afectación al bien jurídico tutelado por la norma.

Con lo anterior se evitaría la frustración de los involucrados en el proceso, no sólo por lo dilatado de la resolución de su caso; sino por su imposibilidad de continuación por diversas circunstancias: incomparecencia de testigos, pérdida o destrucción de evidencia, presiones indebidas a las víctimas, malos procedimientos policiales, fiscales y judiciales, etcétera.

Si bien pueden tomarse ideas de algunas de las propuestas doctrinarias o normativas vigentes en otros países, la reforma del proceso debe ser original; es decir, responder a la idiosincrasia del pueblo salvadoreño, tomando en cuenta los recursos materiales y humanos con que se cuenta.

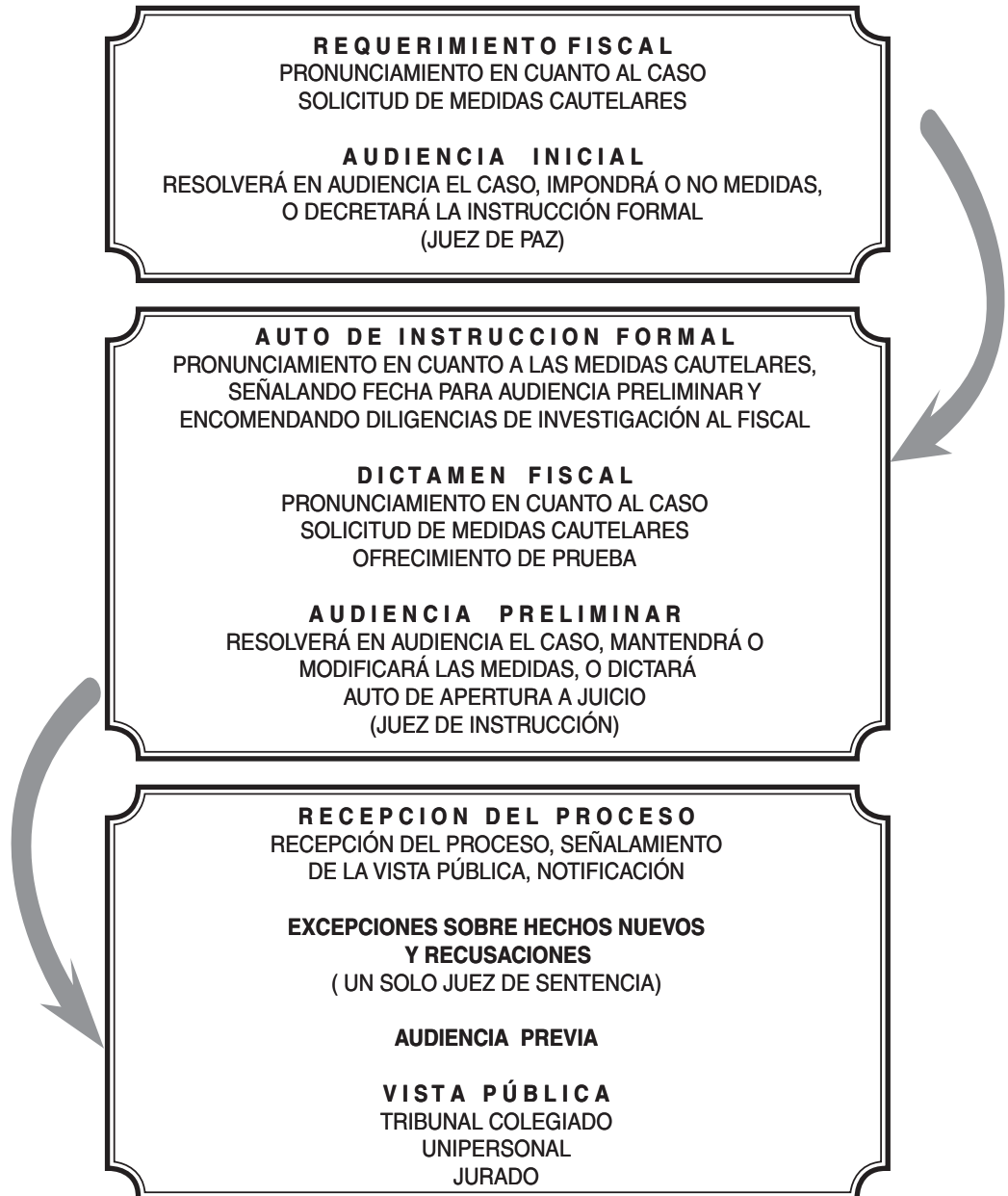
Debe concientizarse a los intervinientes en el sistema de administración de justicia penal en El Salvador, en cuanto al respeto a las atribuciones de los otros operadores y el profesionalismo con que deben realizar sus funciones, para evitar la desnaturalización de las mismas.

El fortalecimiento de la posición del fiscal y aún del órgano auxiliar de la investigación, requiere de una adecuada inversión en el recurso humano y material; pero no sólo en el aspecto salarial para supuestamente evitar la corrupción, sino para que el ejercicio de las funciones sea efectiva.

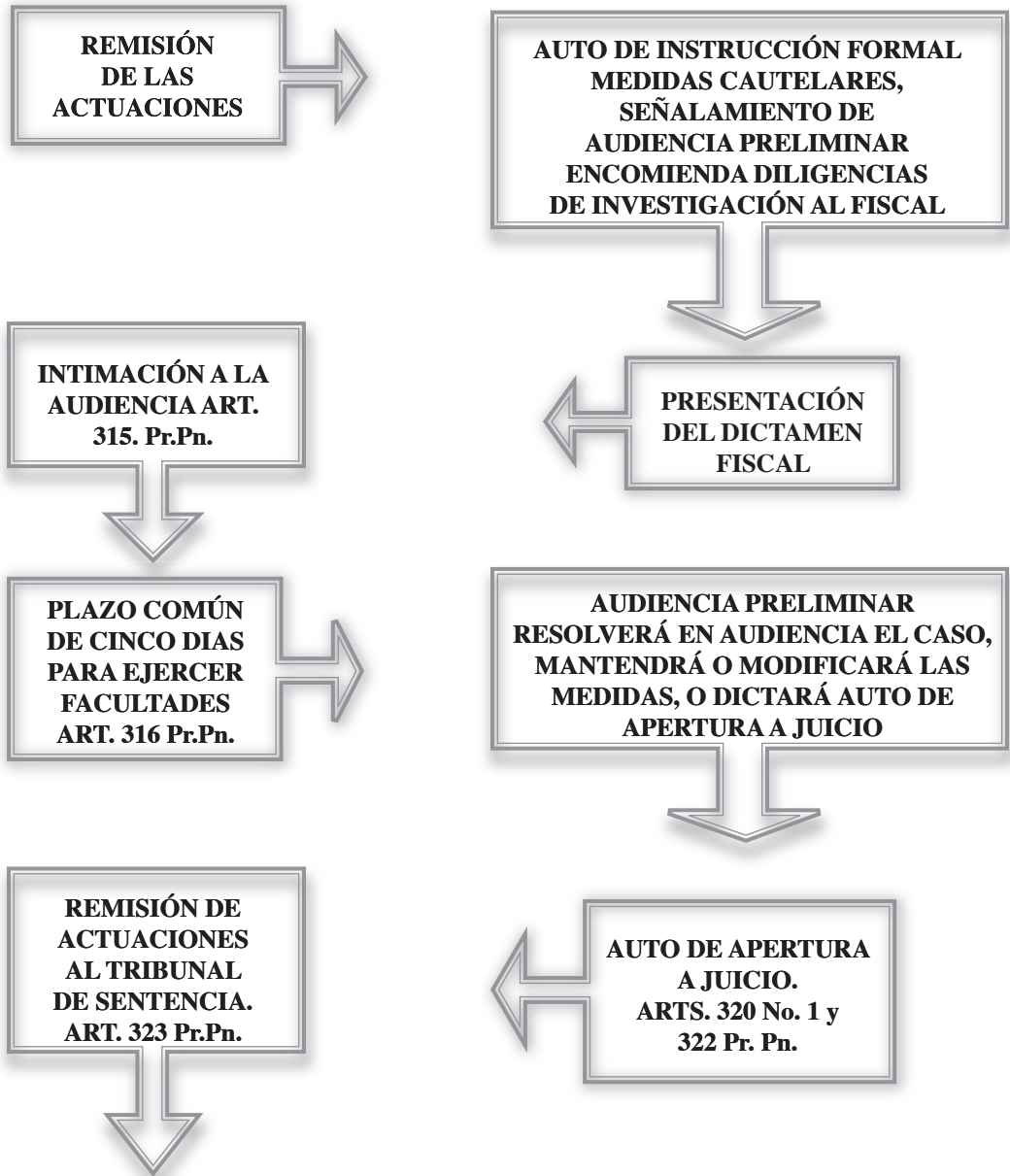
Deben destinarse recursos suficientes para atender la demanda que se genera, tanto para el fiscal como para el policía, pero no sólo al de seguridad pública, sino a los encargados de la investigación, enfocándola a criterios técnicos.

Debe realizarse un análisis estadístico integral a nivel nacional, para establecer la carga de trabajo a nivel nacional de los juzgados y tribunales; con el propósito de realizar una reingeniería, para ubicar a los jueces de instrucción como jueces de paz o de sentencia; tomando en cuenta que son jueces de la misma instancia. Obviamente en este proceso debe estar involucrada no sólo la Honorable Corte Suprema de Justicia, sino el Consejo Nacional de la Judicatura.

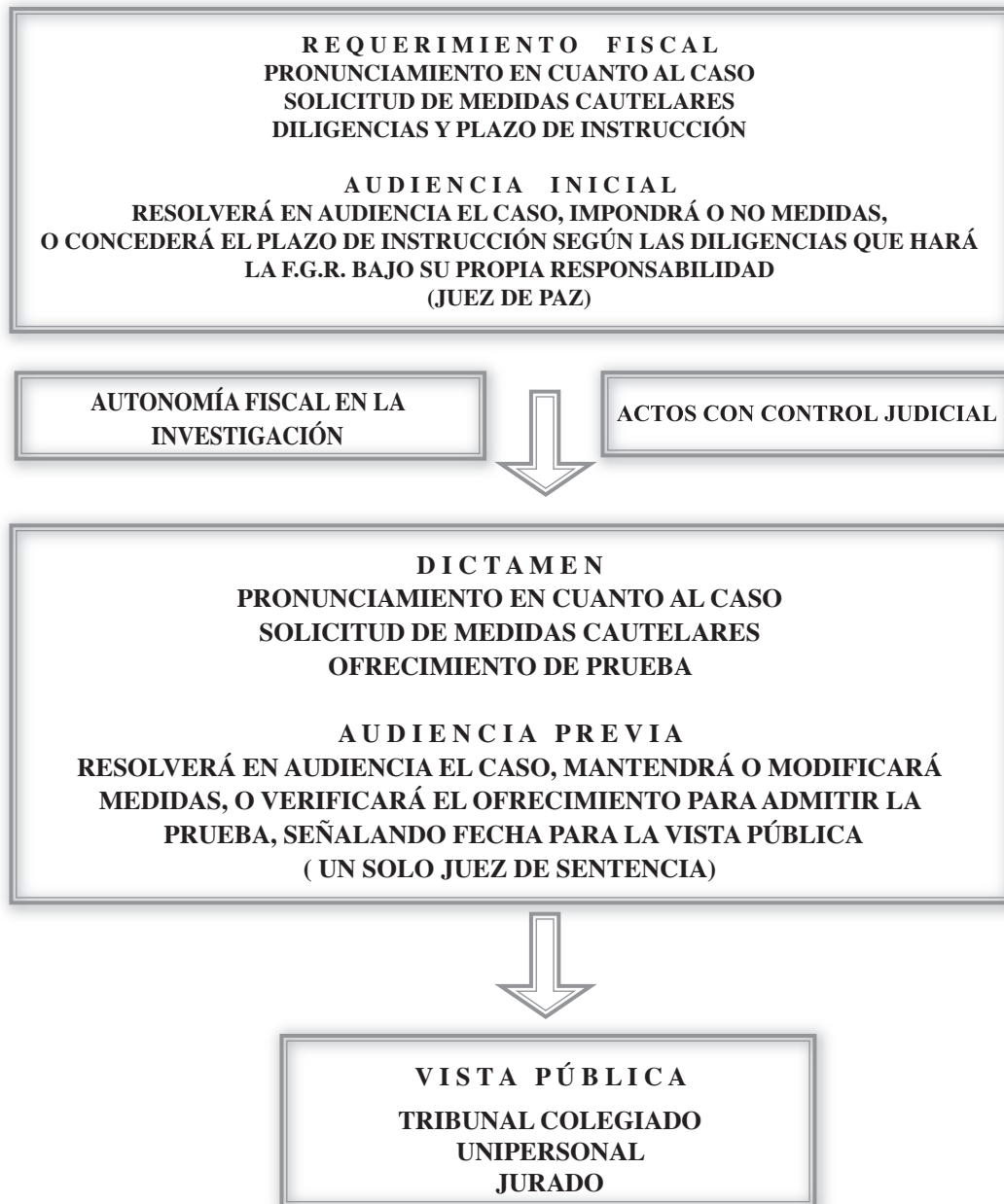
## FLUJOGRAMA DEL PROCESO PENAL VIGENTE



## FLUJOGRAMA DE LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN



## FLUJOGRAMA DEL PROCESO PENAL PROPUESTO



## **Bibliografía**

**Arrieta** Gallegos, Manuel.

El Nuevo Código Penal Salvadoreño.S.M.D.

San Salvador, 1973.

**Bruzone**, Gustavo A.

El Ministerio Público.

Buenos Aires.

**Bustos** Ramírez, Juan y Valenzuela Bejas, Manuel.

Derecho Penal.

**Binder**, Alberto M.

Ideas y Materiales Para la Reforma de la Justicia Penal.

Editorial Ad- hoc. Primera Edición. Buenos Aires, 2000.

**Casado** Pérez, José María, et. al.

Código Procesal Penal Comentado.

Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura con auspicio de la Oficina Técnica de Cooperación de la Embajada de España.

Edición Actualizada y Anotada Jurisprudencialmente.

Tomo II. San Salvador, 2004.

**De la Rúa**, Jorge.

La Codificación Penal Latinoamericana.

Ferrer Editores Asociados. Buenos Aires, 1983.

**González** Álvarez, Daniel, et. al.

Reflexiones Sobre el Nuevo Proceso Penal.

San José, 1996.

**Guariglia**, Fabricio O.

El Ministerio Público en el Proceso Penal.

**Maier**, Julio B.J.

Derecho Procesal Penal.

Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

**Maier, Julio B.J.**

El Ministerio Público en el Proceso Penal.  
Editorial AD-HOC. 1a Edición. 2a reimpresión.  
Buenos Aires, 2003.

**Maier, Julio B. J.**

La Investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público,  
Instrucción Sumaria o Citación Directa.  
Editorial Lerner. Primera Edición. Tomo Único. Buenos Aires.

**Manzini, Vincenzo.**

Tratado de Derecho Procesal Penal.  
Tomo I.

**Marchena Gómez, Manuel.**

El Ministerio Público Fiscal: Su pasado y su futuro.  
Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Primera Edición.  
Colección Monografías. Tomo Único. Jurídicas. Madrid, 1992.

**Montero Aroca, Juan.**

Principios del Proceso Penal.  
Editorial Tirant lo Blanch.  
Valencia, 2004.

**Pedraz Penalva, Ernesto, et. al.**

Comentarios al Código Procesal Penal.  
Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura,  
Escuela de Capacitación Judicial.  
Primera Edición. Tomo I. San Salvador, 2003.

**Quiñones Vargas, Héctor.**

Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño.  
Un análisis Crítico del Sistema Oral en el Proceso Penal Salvadoreño,  
desde una perspectiva Acusatoria – Adversativa.  
Publicación auspiciada por USAID, CNJ, y ECJ.  
San Salvador, 2003.

**Rusconi, Maximiliano A.**  
El Ministerio Público en el Proceso Penal.

**Sandoval R., Rommell Ismael.**  
La Necesaria Transformación del Sistema Procesal Penal Salvadoreño:  
Del Sistema Mixto al Acusatorio Adversativo.  
Revista Imperium del Centro de Estudios Jurídicos.  
Año 2, Número 1. San Salvador, 2002.

**Serrano, Armando Antonio et. Al**  
Manual de Derecho Procesal Penal  
Publicación del Proyecto PNUDELS/L06, USAID.  
Tomo Único. Primera Edición, San Salvador, 1998.

**Diagnóstico Integral y Recomendaciones para el Fortalecimiento  
de la Fiscalía General de la República.**

Publicación de la Comisión Especial para una Evaluación Integral  
de la Fiscalía General de la República.  
San Salvador, 2001.

**Nociones Generales sobre la Labor del Fiscal en el Nuevo Proceso Penal**

Publicación de la Fiscalía General de la República,  
Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial,  
con auspicio de USAID y UTE.  
San Salvador, 1999.

**Textos de Estudio para la Prueba de Conocimiento del PFI.**

Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura y de la  
Escuela de Capacitación Judicial.  
San Salvador, 2001.

## EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL FRENTE A LA CORRUPCIÓN: EL CASO ITALIANO

Rafael Benítez Giralt\*

*En la actualidad es urgente fortalecer las instituciones del Estado para que respondan a las exigencias sociales, constitucionales y legales que impone todo Estado de Derecho. La ley tiene que ocupar el lugar que no ha tenido en estos tiempos. Los retos a los que se enfrentan las instituciones democráticas son grandes, ya que al final de siglo los valores que se proclaman en las constituciones cada vez son más distantes a la realidad, por lo que urge que un poder judicial, tanto en su organización, su función, como en su rol político, se adecue a las exigencias de los nuevos tiempos, sobre todo que su labor tome en cuenta los grandes males que han aquejado a la sociedad, entre los que se encuentran la corrupción y la impunidad.*

### Introducción.

El Salvador como en la mayoría de países latinoamericanos no escapa al problema de la corrupción. Este problema es tan grave que no lo encontramos únicamente en las estructuras estatales, sino, la sociedad misma ha llegado a infectarse de esta enfermedad. No obstante, la opinión pública en general no está de acuerdo con la corrupción (esto lo comprueban las encuestas de opinión); es más, se percibe que algunos sectores sociales estarían de acuerdo en aplicar la mano dura al estilo de Maximiliano Hernández Martínez [N.E. Un ex-dictador salvadoreño] para que se resuelva este problema y otros más que aquejan a la sociedad.

Algunas opiniones de expertos en el tema de la corrupción (en las que se puede estar de acuerdo o no) han dicho que el problema de la corrupción ha afectado el proceso democratizador en El Salvador, a tal grado que ha disminuido su velocidad e incluso en algún momento se ha retrocedido. El peligro de nuestros procesos hacia la democracia es que se deje de caminar hacia ella. En el camino, como en todo caminar, surgen desilusiones y faltas de esperanza (recuérdese los problemas que tuvo que enfrentar

\* Doctor en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, profesor de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” UCA, capacitador de la Escuela Judicial y Jefe de la Unidad Técnica Central de la Corte Suprema de Justicia.

Moisés con el pueblo judío en el camino hacia la tierra prometida luego de ser liberados de la esclavitud en Egipto); el problema es que se vuelva hacia atrás, es decir, que la sensación de impotencia de las personas frente a los graves problemas que se afrontan en la transición (el camino) hacia la democracia hacen que su paradigma (la vivencia autoritaria de muchos años) encuentre respuestas conocidas tales como la solución de los problemas al margen de la ley. O peor aún lo que está ocurriendo en la actualidad, es que las personas han tomado la justicia por su propia mano. Claro, cambiar el paradigma no es fácil, basta analizar la cultura política de los y las salvadoreñas y nos daremos cuenta que el problema es no es sencillo. Bien dice Guillermo O'Donnell, en su obra "Las transiciones desde un gobierno autoritario" que uno de los problemas es que de regímenes autoritarios puede surgir cualquier régimen, dependerá del tipo de transición que se tenga así será el régimen que surja.

Lo que quiero destacar es lo siguiente y lo formulo como pregunta: ¿no serán nuestras sociedades las que se han corrompido?, ¿qué valores hay en juego en nuestra sociedad?, ¿funcionan nuestras instituciones?, ¿de dónde provienen nuestros políticos, militares, policías, jueces, fiscales, no es de la sociedad misma?, ¿no es la corrupción un problema social en donde todos tenemos alguna responsabilidad?. Estas y muchas preguntas pueden hacerse. Las respuestas son sencillas, pero es difícil que alguien acepte su responsabilidad.

Por lo tanto, el problema es un problema difuso y complejo. Por tal razón me referiré en este pequeño ensayo a la función que el Derecho, el Estado y el Poder Judicial juegan en este entramado tan confuso. Mi exposición será sobre un factor de la estructura social como es el papel o el rol que juega el poder judicial frente a la corrupción. Mi hipótesis es que el cumplimiento de las funciones de las instituciones judiciales en un Estado Democrático y Constitucional de Derecho, son suficientes para resolver o dirimir algunos problemas, entre otros el de la corrupción. Para demostrar tal idea, definiré lo que entenderemos por democracia y Estado de Derecho, y al mismo tiempo el papel que juega el poder judicial dentro de estos conceptos. Además utilizaré el ejemplo de Italia, refiriéndome exclusivamente al rol que han jugado algunos jueces italianos, en la investigación de la corrupción, específicamente las seguidas en Milán denominada operación "mani pulite" (manos limpias).

### **Democracia y Estado de Derecho.**

Para comprender mejor la realidad del Derecho es fundamental tener claro que ésta puede ser abordada desde tres dimensiones básicas que no se deben perder de vista. El elemento normativo (lo propiamente jurídico positivo, es decir la validez), lo

social (el problema de la eficacia del derecho), y el fenómeno valorativo (el problema de la justicia). Cada uno de estos elementos tiene significación propia e independiente, pero se interrelacionan entre sí. En tal sentido debemos tomar en cuenta esta tríada de elementos desde los cuales podemos conocer el fenómeno del Derecho. Como nos enseña Norberto Bobbio: el Derecho como tal y en un plano ideal debería realizarse en estas tres dimensiones: jurídicamente válido, socialmente eficaz y justo. En la realidad el Derecho, siguiendo a Bobbio, en muchos casos puede ser eficaz sin ser justo, válido sin ser eficaz, eficaz sin ser válido, válido sin ser justo, justo sin ser eficaz, justo sin ser válido. Entre estos fenómenos se mueven valores, hechos de la realidad y normas, los cuales no coinciden necesariamente tal como hemos visto.

Cuando se alude a que el Derecho no sirve para resolver los problemas sociales es porque no encontramos una correspondencia entre norma y realidad, es decir, cuestionamos la eficacia de dichas normas, por lo que no sería un problema propiamente jurídico normativo (de validez y seguramente de justicia) sino un problema político sociológico. Esta idea alude muchas veces a la siguiente frase: el Derecho no funciona porque no resuelve los problemas de la realidad social.

Esta tridimensionalidad del Derecho nos permite tener parámetros para abordar de mejor manera el problema jurídico. En el caso antes señalado cabría la pregunta ¿es cuestionable la validez o la justicia de las normas por que no resuelven los problemas sociales, en este caso de la corrupción?, ¿o son otros los factores en juego?, por ejemplo, ¿variables de tipo político o sociales?. Muchas veces se cree que reformando las leyes o la Constitución, y en algunos casos es válido hacerlo, es la manera de cómo se van a resolver los problemas. En muchos casos el efecto o la eficacia de tales reformas sigue siendo la misma. Surge una nueva pregunta dentro de la eficacia: ¿serán las instituciones encargadas de aplicarlas las que fallan?.

Otro problema es cuando se recurre a la frase “no hay derecho”, queriendo aludir al problema de que no hay justicia. Este fenómeno es aún más complejo porque entramos en el mundo de los valores y de las teorías de la justicia. Este aspecto sólo se menciona porque no pretendo desarrollar una teoría sobre la justicia, sino establecer sobre qué valores es que se sustentan las lógicas o la lógica social en la actualidad. Es necesario, por lo tanto, mencionar que no es procedente confundir la eficacia de las normas (el problema sociológico del derecho o los problemas de la sociedad) con el de la justicia (problema filosófico) o con el Derecho. Recordemos que una norma jurídica puede ser eficaz sin ser justa o justa sin ser eficaz, o bien, válida, sin ser eficaz ni justa.

Es necesario desarrollar la idea de conjunto que juegan el Estado de Derecho y la democracia, como medios para conseguir la validez de las normas, su eficacia y su justicia.

Entremos en materia. Un Estado democrático no puede ser concebido sino como Estado constitucional. En otras palabras, no podemos concebir una constitución si no es democrática, y viceversa, no podemos tener una democracia sin constitución (sea escrita o no). Esto es, la voluntad de la mayoría sometida a la Constitución en el respeto de los derechos fundamentales de las minorías.

Democracia no significa, tomando ideas del profesor italiano Geovanni Sartori: “la dictadura de la mayoría”, o en otros términos, “la tiranía de la mayoría”, sino todo lo contrario, el respeto de la voluntad de las mayorías dentro del marco de la legalidad y la constitucionalidad. En el que los poderes del Estado y sus miembros están sometidos a la ley. No se trata de la omnipotencia de la mayoría. Ya que en democracia la voluntad de las mayorías tiene sus límites.

Dicho en palabras de Luigi Ferrajoli, profesor italiano muy conocido en el mundo jurídico y filosófico: si la democracia se basara en la voluntad omnipotente de la mayoría “si así fuera, sería difícil negar el carácter democrático de regímenes totalitarios como el fascismo, el nazismo o el stalinismo, que probablemente gozaron, al menos en algún momento, de consensos ampliamente mayoritarios”. Pero precisamente, nos sigue diciendo Luigi Ferrajoli: “los horrores de estos regímenes han enseñado que la democracia no consiste de ningún modo en el despotismo de la mayoría, sino que es un sistema frágil y complejo de separaciones y equilibrios entre poderes, de límites y vínculos a su ejercicio, de garantías establecidas para la tutela de los derechos fundamentales, de técnicas de control y reparación frente a sus violaciones; y que tales equilibrios se rompen, y ponen en peligro la democracia cada vez que los poderes, sean económicos o políticos, se acumulan o, peor aún, se confunden en formas absolutas”.

“Este complejo sistema de vínculos y equilibrios –nos comenta Ferrajoli- no es otra cosa que el Derecho, y más precisamente la Constitución, que debe ser, pues, reconocida como la principal garantía de la democracia: no sólo desde el punto de vista formal, o sea, como conjunto de procedimientos y de controles estipulados en garantía de la representación y del principio de mayoría; sino también desde el punto de vista sustancial, en cuanto sistema de derechos fundamentales estipulados contra cualquier tentación absolutista, en garantía de la igualdad y de las necesidades vitales de todos. Este papel del Derecho como sistema de garantías tanto de las formas como de los contenidos de la democracia se funda en una característica estructural propia del actual

Estado Constitucional de Derecho: la sujeción al Derecho, según el viejo esquema positivista, no sólo es producido por fuentes y en formas cuyo carácter democrático - representativo es posible garantizar, sino que está también programado en sus contenidos por principios constitucionales que limitan y vinculan a los poderes normativos, finalizándolos al respeto y a la satisfacción de los derechos fundamentales”.

En este sentido podemos hablar de dos características básicas del derecho como son -el ser y el deber ser-, su realidad ontológica y la deontológica. Es en estas dos realidades jurídicas en las que se articulan o se deberían articular todas las Constituciones. El aspecto normativo de las constituciones en su conjunto están integradas por: las normas *formales* sobre la organización del poder, y en particular sobre el principio de mayoría y sobre la división de poderes, que constituirían lo ontológico (el ser constitucional), y las *sustanciales* expresadas por los principios y los derechos fundamentales, lo deontológico (el deber ser constitución). Cabe distinguir, por tanto, dos dimensiones de la democracia: la dimensión *formal*, que hace referencia a las condiciones de la vigencia o *legitimidad formal* aseguradas por el respeto de los principios de la democracia política (régimen democrático basado en la libertad, igualdad y el pluralismo), y la que bien podría llamarse *sustancial* (o de contenido material), y que se refiere a las condiciones de la validez aseguradas por la observancia de los derechos fundamentales. En efecto, mientras los principios de la democracia política regulan las <<formas>> (el quién y el cómo) de las decisiones garantizando la expresión de la voluntad de la mayoría, los derechos fundamentales miran a su <<sustancia>> o <<contenido>> (el qué cosa no se debe o se debe decidir) más allá y acaso contra la voluntad de la mayoría: tanto si se trata de derechos de libertad que imponen prohibiciones, como si se trata de derechos sociales que imponen obligaciones al legislador.

### **El marco constitucional, legal y democrático del Poder Judicial.**

El Estado está organizado para lograr los fines de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En este entramado se encuentra el Poder Judicial cuyo papel entre otros es garantizar jurisdiccionalmente el Estado de Derecho: (a) la supremacía constitucional; (b) la sujeción de los poderes públicos a la ley; (c) la división de poderes; y (ch) el reconocimiento de los derechos fundamentales, y la articulación de cauces idóneos para garantizar la vigencia efectiva de éstos.

Existe una interacción entre el Poder Judicial y la democracia, y es en dos sentidos: por un lado las exigencias que el mismo Estado Democrático de Derecho hace al Poder Judicial, y por el otro, el rol que juega la judicatura en la conservación y garantía del Estado Democrático de Derecho. No puede, por tanto, definirse a un Estado

como Estado de Derecho si el Poder Judicial no cumple con su papel de controlador de la legalidad y garantizador de los derechos fundamentales; tampoco puede hablarse de democracia en un Estado si no está basado en una Constitución que cumpla con los elementos formales y sustanciales que la caracterizan.

Volviendo a Ferrajoli: “de aquí se deriva un papel central de la jurisdicción y su independencia como instrumento de control de la legalidad del poder y de garantía frente a sus desviaciones: de la jurisdicción constitucional sobre la validez de las leyes, de la administrativa sobre la validez de los actos de la administración, de la penal frente a los abusos y las arbitrariedades delictivas de los titulares de los poderes públicos”... “De este modo la relación entre Estado de Derecho y principio de mayoría (democracia), o, dicho de forma más simple, entre Derecho y Política, aparece invertida si se la compara con las imágenes politicistas de la democracia, porque el Derecho ya no puede ser concebido como instrumento de la Política, sino que, por el contrario, es la Política la que tiene que ser asumida como instrumento para la actuación del Derecho”. Por un lado, el Derecho regulando el quehacer político a través del sometimiento a las normas jurídicas, y por el otro, la política como uno de los instrumentos para hacer eficaz el derecho.

En un Estado de Derecho los poderes, como ya se apuntó ampliamente, deben estar sometidos al Derecho, la obligación de los jueces y en parte su legitimidad es la sumisión a la ley. El juez, siguiendo a Vicente Gimeno Sendra, “está sometido a la ley y su función es aplicarla”, por supuesto con todo lo que esto implica. El mandato deviene de la ley, y por tanto, su función está determinada por la misma y la Constitución.

En el caso salvadoreño, el juez tiene la función constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en base a las leyes, posee además, la potestad constitucional de inaplicar aquellas normas secundarias que contradigan el contenido formal y sustancial de la Constitución (control difuso art. 185 Cn), su función no es la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes. La inconstitucionalidad de las leyes únicamente la puede hacer la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a través del proceso de inconstitucionalidad (control concentrado art. 183 Cn). Lo que implica, y lo cerramos entre comillas, “un gran poder del juez en el control de la función legislativa de la asamblea”.

La supremacía constitucional obliga a los jueces a realizar una interpretación conforme a la Constitución, es decir, que los casos concretos conocidos por los jueces, deben ser analizados a la luz de la ley, pero sin perder de vista el contenido sustancial y material de los preceptos constitucionales (art. 246 Cn). En definitiva, reiterando, el juez se debe tanto a la ley como a la Constitución.

De lo anterior se parte para conocer de donde viene el mandato de los jueces. Si a los parlamentarios y a los del ejecutivo su mandato como representantes del pueblo en una democracia deviene directamente de las mayorías, pero circunscritas en los términos constitucionales y legales, el mandato de los jueces procede de la constitución y de la ley.

### **Valores, sistema político y criminalidad.**

Referirse a una crisis de valores, en mi lógica, no sólo significa pérdida y confrontación entre valores aceptados o no por una colectividad, sino que es algo más. He llegado a la conclusión que no se vive, en las sociedades actuales, una crisis de valores o entre valores, sino también se vive una fase de crisis de los sistemas políticos democráticos, manifestada en su incapacidad de representar a la sociedad y de realizar la voluntad de la mayoría; por otro lado, esta crisis se nota en la falta de sujeción a la ley de los poderes públicos, el control de legalidad de sus actuaciones y su funcionalización a la tutela y a la satisfacción de los derechos constitucionalmente garantizados de la sociedad y de los individuos.

Un ejemplo con respecto a la crisis de los sistemas políticos, en los que los dos principales presupuestos del principio de representación han hecho crisis a lo largo de los años es: por un lado, el papel de los partidos como instrumentos de mediación política entre sociedad e instituciones está siendo seriamente cuestionada, por los incumplimientos traducidos en falsas promesas, y por los conocidos de la corrupción; y por otro lado, el de la canalización de las necesidades y de la voluntad de los electores que ha sido frustrada, por lo que la base social tal como se ha venido expresando, durante más de un siglo, ha ido perdiendo la confianza en el mecanismo político electoral.

Tal como lo señala Luigi Ferrajoli: “con ello parece haberse olvidado la existencia ... como en todos los sistemas jurídicos, de principios generales del Derecho tales como el deber constitucional de <<imparcialidad>> de la administración pública, sometida a la <<unidad de dirección política y administrativa del presidente del Gobierno>>; la obligación por parte de éste de <<ejercer sus funciones en interés exclusivo de la nación>>, sancionada con el juramento constitucional; el principio de igualdad, que no permite la existencia de privilegios o discriminaciones fundadas en intereses particulares”. En lo cual, redunda la corrupción.

Con respecto a la crisis y conflicto entre valores que circundan las democracias actuales y el ejercicio gubernamental, podemos encontrar la sustitución del régimen de garantías por el de la lógica del mercado. Según Ferrajoli: “la libertad económica,

desregulada y salvaje, se ha convertido de este modo en el valor básico de la cultura del Gobierno, que hoy forma un todo con la cultura empresarial, en perfecta sintonía con la confusión de intereses públicos y privados personificada por el presidente del Gobierno”. Esto lo hace en alusión al caso italiano, el cual es interesante compararlo con lo que sucede en algunos países latinoamericanos.

En la actualidad es el mercado el que ha mercantilizado la vida en sociedad. Es el mercado el que dispone de la lógica del desarrollo social, y esto, no sólo choca con los principios y valores de la Constitución, sino que está afectando directamente la paz social. El flujo de riqueza de una nación a otra, las transacciones multinacionales que van sin control, sobre todo en aquellos países del tercer mundo, unido a las políticas de ajuste estructural que posibilitan aún más la facilidad en el manejo de las mercancías que el mercado dispone para el consumo de cada vez menos personas. Frente a lo anterior, se estima que los movimientos especulativos de capitales son cada día de sesenta a cien veces más importantes que los movimientos de capitales correspondientes a transacciones económicas reales. La libertad del mercado y sus valores es lo que se está imponiendo y defendiendo aun a costa del sacrificio de grandes mayorías empobrecidas y marginadas de los beneficios sociales y económicos.

En este ambiente hay que agregar el factor criminógeno que se beneficia por la lógica del mercado: Crimen, que como se dijo en un principio va acompañado de corrupción e impunidad. Lo cual hace pensar que el crimen paga. Al hablar de crimen nos referimos, entre muchos otros, al asesinato, al secuestro, a la extorsión, a la trata de blancas, a la explotación de menores, al narcotráfico, al lavado de dinero, a los delitos informáticos, al fraude financiero, y en general a la corrupción.

Tampoco el crimen reconoce fronteras nacionales. En el mundo de la informática, del desarrollo de la tecnología, y la globalización en general, la criminalidad aprovecha estos medios para lograr sus fines por lo que las fronteras ya no son un obstáculo para éstos. Como lo dice Clemente Auger Liñán: “es curioso que la presencia de fronteras no ha conseguido obstaculizar el desarrollo de la criminalidad organizada moderna. La caída de las barreras aduaneras, *de jure o de facto*, no terminará de hacer atractivo el territorio extranjero. En efecto, la línea de demarcación entre los territorios de los Estados seguirá marcando el principio de la diferencia. Diferencia de lengua, de cultura, de régimen político, de organización estatal, de reglamentación de la actividad económica, de estructura y funcionamiento de la justicia”.

En materia legislativa y de cooperación para la investigación del crimen con respecto a las diferencias, Auger Liñán nos sigue diciendo: “Diferencia de leyes, de

procedimientos y de prácticas judiciales y policiales. Diferencia para la criminalidad internacional significa aumento de las posibilidades de acción y de las posibilidades de clandestinidad. Diferencia significa también desconfianza: desconfianza del juez, del funcionario y del operador económico respecto de sus correspondientes en el extranjero. La actividad del juez extranjero está siempre y aun sometida al control del juez nacional. Es el principio que inspira todavía el régimen de cooperación judicial y policial internacional”.

### **El papel que juega el Poder Judicial frente a la realidad.**

En el marco anteriormente descrito es en el que debemos acostumbrarnos a entender al Poder Judicial, en el que debe abandonar el anonimato en que le permite vivir su esencia burocrática, para empezar a ocupar un lugar, efectiva y no sólo nominalmente, en el juego de poderes y contrapoderes que caracterizan la vida de una democracia. Al respecto son claras las palabras de Cristina García Pascual, en su obra *“Legitimidad Democrática y Poder Judicial”* que en este sentido nos dice: “el poder judicial, en la medida que no puede o no debe tolerar la ilegalidad ni la contravención al ideal normativo que constituye la Constitución (y ello a pesar de que tales ilegalidades o contravenciones vengán desde la más altas cimas del poder económico o del Estado), se ha convertido” ... “en un poder que bien podemos calificar de incómodo para la Administración y para el resto de poderes del Estado, incluidos los poderes fácticos”, sean económicos, políticos o sociales. “Es curiosamente en la capacidad para <<incomodar>> a los demás poderes o para frenar posibles actividades ilegales de los mismos donde radica su esencia democrática”.

Pues no parece suficiente en el marco del Estado Constitucional seguir afirmando que la legitimidad de la función de los jueces reside solamente en la estricta aplicación de la ley. En este sentido pensamos como Cristina García Pacual que “para el poder judicial en Democracia sólo cabe una justificación de tipo racional y legal”. La racional en cuanto a la capacidad que debe tener el juez para el análisis del caso, que va acompañada de la interpretación de las normas que ha de aplicar, y la legal, como conjunto de valores constitucionales y de intereses legítimamente legalizados.

“Al igual que la misma Democracia –nos dice la profesora de Valencia-, la jurisdicción debe tener dos fuentes de justificación: una formal y otra material. La fuente de legitimidad material deriva de la vinculación de los jueces a los principios, valores y normas, tanto morales como jurídicos, que forman el ordenamiento jurídico, principalmente de la Constitución. A tal fuente de legitimidad corresponde una concepción de la función judicial como valedora de los derechos del individuo y de la constitucionalidad de las

normas. La fuente de legitimidad formal deriva, a su vez, de la sujeción del juez a la ley, pero sobre todo a la ley procesal, es decir, al conjunto de normas que limitan y encauzan la función judicial y que no permiten la discrecionalidad de los jueces en sus actuaciones (la obligación de argumentar o motivar sus decisiones, su imparcialidad, el carácter contradictorio del proceso o el hecho de que la potestad jurisdiccional no pueda ponerse en funcionamiento por la propia iniciativa del juez”).

Debe por tanto ser un juez, que defienda la legalidad frente a la arbitrariedad, haga respetar los derechos fundamentales, garantice la división de los poderes, pero como se dijo antes, incomodar a los poderes oficiales y fácticos (cuando actúan contrarios al derecho) en garantía de la gobernabilidad.

### **El caso italiano.**

Para poner un ejemplo he escogido el caso italiano que describe el papel que han jugado un grupo de jueces de Milán al combatir la corrupción desde su función y en cumplimiento de su papel. Para describir mejor esta experiencia me baso en algunas partes del artículo de Pier Luigi Zanchetta, jurista Italiano, que considero oportunas para nuestros efectos y que recomiendo su lectura completa. El artículo se titula “Tangentópolis entre perspectivas políticas y soluciones judiciales” en “Corrupción y Estado de Derecho, el papel de la jurisdicción”, editado por Perfecto Andrés Ibañez, editorial Trotta.

A continuación se describen algunos acontecimientos judiciales que causaron un gran impacto en la vida política y social en Italia: “El 17 de febrero de 1992 fue arrestado Mario Chiesa <<con las manos en la masa>>: se le incautaron siete millones de liras provenientes de una *tangente* (que es como se llama en Italia al beneficio de la corrupción; de aquí la etiqueta periodística de *Tangentópolis* alusiva al conjunto de la investigaciones en curso sobre aquélla).”

Respecto al conjunto de las investigaciones milanesas, que se abren con el caso Chiesa y paralelamente con los acontecimientos políticos (elecciones anticipadas, transformaciones políticas, etc) en Italia, “después de dos años, las personas implicadas son cerca de mil quinientas; de éstas, unas ochenta son parlamentarios, tres ex presidentes del Consejo de Ministros, varias ex ministras o ministros, todos los últimos secretarios de los partidos de Gobierno; ex alcaldes de las grandes ciudades, etc. El total de aquellos para los que se solicita el envío a juicio es, en la primavera de 1994, de en torno a quinientos. En muchos casos, los procesos se han visto ya en primer grado (sobre todo por el cauce de procedimientos alternativos). En un caso hay ya sentencia de segundo grado.”

“De los delitos contra la Administración Pública el que se imputa con más frecuencia es el de corrupción; más raramente el de cohecho. Es bastante frecuente la acusación de financiación ilegal a partidos, porque en muchas ocasiones el producto de la corrupción estaba destinado -en todo o en parte- a los partidos; y también el de falsedad en balance, necesario para constituir fondos ocultos destinados a la corrupción.”

“Pero con Tangentópolis se alude a un fenómeno político - judicial extendido por toda Italia. Son poquísimas las áreas del país donde no hay en curso alguna investigación judicial por cuestiones de corrupción.”

“Entre tantas, vale la pena recordar dos. La primera tiene que ver con el servicio sanitario nacional. Se desarrolla en Nápoles y ha llevado a la cárcel, entre otros, al ex ministro de Sanidad, Francesco De Lorenzo. A una sola persona, un altísimo funcionario del Ministerio, Duilio Poggiolini, le han sido incautados valores por más de cien mil millones de liras. Otra investigación, con sede en Roma, tiene por objeto gastos de miles de millones de liras no documentados (para decirlo con un eufemismo) realizados por el Servicio Secreto Interno, el SIDE, y ha salpicado también al actual presidente de la República como ex ministro de Interior que fue. Un efecto de estas actuaciones los constituyen ciertos comportamientos de los políticos desconocidos hasta la fecha. Cinco ministros han dimitido en el curso de la legislatura al verse envueltos en investigaciones (entre ellos el de justicia, Martelli, antes vice-secretario del PSI).”

Estos casos concretos nos ayudan a tener una idea del papel que puede jugar la judicatura frente a la corrupción, y como ejemplos el caso italiano en mención, en el cual se ha llegado a niveles muy altos de la representación política y funcional italiana. Lo mismo ha sucedido en Francia, se han abierto investigaciones en España, Alemania, y muchos otros países democráticos.

En el mismo artículo de Zanchetta, Luigi Ferrajoli valora la labor judicial de los jueces Italianos en estos términos: “<<el mérito histórico de los magistrados de Mani pulite -más allá de los errores y de los excesos en que pudieran haber incurrido- ha sido no sólo y no tanto haberse llevado por delante a una clase política corrupta, cuanto, sobre todo, haber rehabilitado en nuestro país el principio de subordinación del poder público a la Ley, sobre el que se apoya no sólo el Estado de Derecho, sino también la democracia>>”. Zanchetta añade, “una legalidad, ... que vale para todos los poderes, públicos y privados: los intereses públicos no pueden ser vendidos por quien se halla obligado a custodiarlos, pero tampoco pueden ser adquiridos por particulares”.

En este caso como en el de otros países democráticos hay que añadir la importancia que tiene la organización institucional para investigar y combatir estos hechos delictivos, siguiendo con Zanchetta al respecto, “la capacidad profesional y la inteligencia procesal de los magistrados investigadores no habría servido de nada si su acción no se hubiera visto enmarcada en el cuadro de las garantías orgánicas italianas: la completa autonomía e independencia del ministerio público asegurada por el hecho de que exista un único orden judicial (compuesto de jueces y fiscales) gobernado por el Consiglio Superior della Magistratura...”.

### **Breve conclusión.**

Es necesario concluir con la siguiente reflexión: en El Salvador después de la reforma de la justicia penal y procesal penal, el peso de la investigación y de la acción penal recae constitucional y legalmente en manos de la Fiscalía General de la República, cuya misión es dirigir la investigación del delito en coordinación con la Policía Nacional Civil. La responsabilidad política, social, y jurídica en la investigación y juzgamiento del crimen es compartida por estas tres instituciones: la Fiscalía General, la Policía Nacional Civil, y el Poder Judicial en su función juzgadora. Con respecto a la Corte de Cuentas de la República se ha escrito bastante sobre su responsabilidad y la necesidad que existe de su reforma y fortalecimiento. Mi tarea en este breve ensayo ha sido analizar el papel del Poder Judicial en la democracia y el Estado de Derecho frente al fenómeno de la corrupción. En otra ocasión analizaré el papel de la Fiscalía General de la República y de la Policía Nacional Civil en el combate de la Corrupción, y añadiría otra institución, el papel que juega en todo esto el Consejo Nacional de la Judicatura como partes del sistema de justicia.

Con respecto al Poder Judicial en El Salvador, no se tiene un caso que haya causado un precedente histórico en el juzgamiento de altos representantes de la vida política salvadoreña. Sobre ello la historia hablará por sí sola. Son muchos los retos y dificultades que se presentan, ya que el fenómeno como se dijo en el principio nos atañe a todos, pero en esto la responsabilidad del Poder Judicial frente a la sociedad es grande, ya que al cumplir con su labor (descrita en las páginas que anteceden) la cual vale para cualquier otro poder judicial, estaría contribuyendo a la moralización, pacificación y educación de la sociedad.

En este sentido sigo la reflexión de Cristina García Pascual, en su obra ya citada, en la que nos dice: “Sin duda el poder judicial y los problemas a los que se enfrenta requieren una seria reflexión: una reflexión que incida tanto sobre los aspectos estructurales del poder judicial (lentitud cuando no paralización de la justicia, insuficiencia de medios,

etc.) como en aspectos que tienen que ver directamente con el estatuto de los jueces, la mejora de su cultura, formación y selección. Parece necesario, sin duda, fomentar y añadir controles a la función jurisdiccional, regular adecuadamente la responsabilidad disciplinaria de los jueces y magistrados, así como extremar los mecanismos que protegen la independencia judicial tanto externa como interna. Es necesario en definitiva poner las ideas y los medios para hacer real ... la tutela judicial efectiva. Ahora bien mantener una actitud crítica ante determinadas actuaciones judiciales o más en general frente a los lastres tradicionales del Poder Judicial no puede ser la coartada que desde instancias políticas se esgrima frente a las acusaciones de ilegalidad políticas, no puede ser un discurso coyuntural que se está dispuesto abandonar en el preciso momento en que la tensión política se apacigüe.”

### **Epílogo.**

Ahora nos toca a nosotros seguir trabajando y luchando por construir una sociedad democrática, en la cual se respete el derecho y se hagan cumplir los mandatos constitucionales. Nos toca dar un paso, a cada uno de nosotros, ser responsables y no perder la esperanza de que algún día veremos una patria mejor, tal como la quisieron personas que con sus vidas nos mostraron el camino y con su sacrificio de muerte nos han dado la dignidad de ser hijos de El Salvador.

### **Bibliografía utilizada.**

Antonio Manuel Peña Freire, “*La garantía en el Estado constitucional de derecho*”. Editorial Trotta, 1997.

Cristina García Pascual, “*Legitimidad Democrática y Poder Judicial*”. Edición Alfons El Magnánim. Institució Valenciana d’Estudis i Investigació, 1996.

Héctor Samour, “*Curso de Filosofía del Derecho*”. UCA Editores, 1999.

Luigi Ferrajoli, “*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*”. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, y Rocío Cantarero Bandrés (trad.), Trotta, Madrid, 1995.

Miguel Ángel Aparicio Pérez, “Prólogo” a Dieter SIMON, “*La independencia del juez*”. Carlos Ximénez Carrillo (trad.). Ariel, Barcelona, 1985.

Norberto Bobbio, “*El futuro de la democracia*”. Editorial Plazay Janés, Barcelona, 1985.

Perfecto Andrés Ibáñez y otros autores, “*Corrupción y Estado de Derecho, el papel de la jurisdicción*”. Perfecto Andrés Ibáñez editor. Editorial Trotta, 1996.



Esta revista se terminó de imprimir  
en los Talleres Gráficos UCA  
en el mes de agosto de 2006  
la edición consta de 3,000 ejemplares