

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

Por: Patricia Ivonne Inglés Aquino

Asesor:

SUMARIO:

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

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

INTRODUCCION:

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

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

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

Al respecto, observamos como día a día los medios de

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. UNA PRIMERA APROXIMACION AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

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

Sumario:

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

1.1 Concepto.

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

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

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

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

1.2 Características.

Miguel Trejo,⁵ considera que el principio de oportunidad tiene las siguientes características:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.3 Fundamentos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.4 Su relación con los principios del ordenamiento jurídico penal.

1.4.1 Su relación con el principio de legalidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

12. HASSEMER, Ob.cit., Pág. 8.

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

este código ...”; ésta función se complementa con lo establecido en el Art.83 (1) el cual dispone que: “Corresponderá a la Fiscalía General de la República dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal ante los jueces y tribunales”;...aunándose lo anterior con el Art. 235 (1) que dispone para el fiscal la obligación de presentar el requerimiento respectivo ante el juez de paz al recibir cualquier denuncia, querrela o informe policial del cometimiento de un hecho delictivo.

El principio de oportunidad se encuentra regulado en el Art. 20 del Código Procesal Penal, el cual establece que en las acciones públicas el fiscal puede solicitar al juez que se prescinda de la persecución penal de uno o varios de los hechos imputados, respecto de uno o algunos de los partícipes o se limite a alguna de las calificaciones jurídicas posibles que en los casos allí enumerados.

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

1.4.2 Su relación con el principio de obligatoriedad.

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

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

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

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

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

Art. 83 (1) del Código Procesal Penal el cual dispone que: “Corresponderá a la Fiscalía General de la República dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal ante los jueces y tribunales.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

llevar aparejada la imposición de una pena, pues ésta se verá justificada en la medida de su utilidad¹⁹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.5 Modelos de aplicación del principio de oportunidad.

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

1.5.1 La oportunidad libre.

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

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

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

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

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

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

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

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

1.5.2 La oportunidad reglada.

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

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

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

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

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

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

Sumario:

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

2.1 Argumentos a favor.

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

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

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

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

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

a) Señalar las causas y casos en que procede un tratamiento sencillo y rápido de los asuntos penales.

b) Controlar la legalidad de las negociaciones y facilitar su conocimiento público.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2 Argumentos en contra.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3 Toma de postura.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

40. BRUZONE, Gustavo: Las llamadas instrucciones de los fiscales, Revista Pena y Estado, No 2, año 2, Editores del Puerto, S.l.r., Buenos Aires, 1997, Págs. 221-226.

41. BOVINO, Alberto; Ob. cit, Págs. 35-79.

resultado ser un medio eficaz en la lucha contra la delincuencia, que ha sido el principal argumento para su adopción, para lo cual evidentemente se necesita de un estudio criminológico que ponga de manifiesto este tipo de información.

- La innecesariedad, por existir otras alternativas más moderadas susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia. Así por ejemplo, deberá analizarse si existían o no en cada caso otros elementos de prueba por medio de los cuales la Fiscalía podía haber descubierto la información que pretende obtener del imputado que va a colaborar en el proceso o si efectivamente éste representaba la única vía para lograr tal fin.

- El desequilibrio, porque genera más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos e intereses en conflicto. Este tipo de análisis deberá efectuarlo cada fiscal y juez al conceder o denegar la aplicación del criterio de oportunidad, pues en algunas ocasiones optar por la aplicación de un principio de oportunidad podría acarrear un desequilibrio en el proceso cuando, por ejemplo, se pretenda otorgar el criterio al imputado que realizó el delito más grave, o al autor directo, para perseguir a los cómplices, ya que en tales supuestos podría denotarse fácilmente un desequilibrio con respecto al privilegio del que está gozando el imputado cuya acción desde el punto de vista del derecho penal merece un mayor reproche.

Finalmente, podemos afirmar que la aprobación o no de un criterio de oportunidad deberá pasar en todo caso por este “test” de proporcionalidad que será negativo, únicamente cuando la medida que se adopte sea innecesaria, inútil o desequilibrada, pues sólo una desproporción o irrazonabilidad extrema adquiere relevancia constitucional, siendo los operadores de justicia los encargados de realizar estas valoraciones en cada caso concreto.

La comunidad internacional ha recogido esta preocupación de uniformar criterios, en algunos instrumentos legales. Así, en el Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para el proceso penal (Reglas de Mallorca) específicamente en la Regla A3, se recomienda la adopción de esta política general para orientar la acusación y evitar desigualdades y tratos discriminatorios, al disponer que: “Cuando los fiscales estén investidos de las facultades discrecionales se establecerán en la ley o reglamento publicado, directivas para promover la equidad y coherencia de los criterios que adopten para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento...”; lo cual también se recomendó en el punto 17 del VII Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y el tratamiento del delincuente celebrada en la Habana, Cuba, en el año de 1990.

Este sistema de instrucciones encuentra como límite la ley, y

pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

INSTRUCCIONES REFERIDAS AL SERVICIO DE LAS FUNCIONES DE LOS FISCALES: Son aquellas dictadas con el objeto de organizar el trabajo, distribuir tareas entre el personal, determinar las modalidades de relación con las demás autoridades o todas aquellas referidas al funcionamiento del departamento, sección o Sub regional de la Fiscalía.

INSTRUCCIONES RELATIVAS AL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES: Las cuales sirven para determinar, en el marco de la política criminal que ejecuta el Ministerio Público, los ámbitos de discrecionalidad que la ley permite en el ejercicio de sus funciones, en este punto se podría, por ejemplo, determinar por parte del Fiscal General de la República algunas pautas que sirvan para aplicar uniformemente los criterios de oportunidad por medio de la elaboración de lineamientos generales (para el caso puede pensarse que en los casos de colaboración del imputado sean utilizados únicamente en casos de criminalidad organizada, o ser utilizados sólo como un último recurso luego de agotar una investigación infructuosa, prever la necesidad previa de la corroboración de la información etc.).⁴²

A través de estas instrucciones se da forma, o se diseña, la política criminal del Estado cuya ejecución está confiada a la Fiscalía, pues la ley procesal penal deja siempre espacios de interpretación que deben formularse atendiendo las reales necesidades político criminales en un lugar y momento determinados. Ahora bien, con el objeto de darle certeza al sistema de instrucciones, sólo se le pueden otorgar validez si constan por escrito, salvo que exista demora en el trámite, y si así no fuera el fiscal no tiene la obligación de cumplirlas, pues se trata de defenderlo de decisiones arbitrarias de sus superiores jerárquicos.

En Estados Unidos, por ejemplo, el fiscal cuenta con un Manual del Fiscal Federal (United States Attorney Manual) que establece las pautas globales de persecución que deben ser aplicadas por los fiscales, así la regla 9-27. 20 establece los motivos para decidir acerca del inicio de la persecución penal. En igual sentido, Costa Rica cuenta con la circular 1-98 donde se dictaron las Directrices para la aplicación de los principales institutos jurídicos que prevé el Código Procesal Penal de 1998, atinentes a la actuación del Ministerio Público. También Honduras, Argentina y Venezuela, entre otros países, cuentan ya con este tipo de directrices.

42. MINISTERIO PÚBLICO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA; Manual del Fiscal, Guatemala, 2000, Págs. 41-56.

El peligro de no armonizar la política criminal en la aplicación de la justicia premial ya era advertido por Trejo,⁴³ quien al referirse al principio de oportunidad expresó que “...Es de esperar que estas decisiones no se conviertan en antojadizas y causen en el conglomerado social la sensación de inseguridad jurídica y por consiguiente desconfianza en el nuevo modelo de justicia...” Su temor era razonable, pues al serle concedido al Ministerio Fiscal la discrecionalidad de prescindir de la persecución penal en ciertos casos, una aplicación no unificada de esta atribución podría ser un mensaje equivocado desde el punto de vista de la prevención general y crear en la población una sensación de promoverse la impunidad.

En ese orden de ideas, Gustavo Bruzone,⁴⁴ ha expresado que las instrucciones de los fiscales deben de poseer las siguientes características:

1. Deben ser dictadas por el autorizado para ello. (Esto constituye la competencia funcional, que en este caso la posee el Fiscal General de la República.)
2. Debe hacerlo justificando la necesidad del dictado de instrucciones.
3. Nunca se deben contravenir disposiciones legales. (Se debe recordar que el límite de toda potestad discrecional lo franquea la ley.)
4. Como todo acto administrativo, estas deben de ser escritas, públicas e incluso oficializadas por medios escritos de publicación, ya sean públicos o privados.
5. Debe haber un mecanismo para cuestionarlas o revisarlas.
6. Deben establecerse claramente prioridades en materia de persecución penal que sean uniformes.
7. Debe recordarse que los fiscales actúan como representantes del Fiscal General y nunca a título personal (principio de unidad) y sus dictámenes se entienden realizados por los propios jefes de la institución, por lo que deben uniformarse sus decisiones.

Sobre este punto, la Comisión especial que efectuó el Diagnóstico de la Fiscalía General de la República de El Salvador,⁴⁵ recomendó que para corto plazo: “en el monopolio de la investigación se diseñe una política institucional apropiada basada en prioridades otorgadas por el Fiscal General y orientadas por los principios de economía procesal, con una selección cuidadosa de casos y estableciendo los controles y filtros

43. TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto y Otros: Ob. cit., Págs. 387-417.

44. BRUZONE, Gustavo: Ob. cit. Págs. 221-226.

45. COMISIÓN INTEGRAL PARA UNA EVALUACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Diagnóstico integral y recomendaciones para el fortalecimiento de la Fiscalía General de la República de El Salvador, CREA, 1ra Edición, El Salvador, Septiembre 2002, Págs. 20-32.

adecuados para el nivel de entrada del sistema procesal...;” estableciéndose además como recomendación para mediano plazo “la necesidad indispensable de elaborar el sistema de indicadores para medir el impacto y orientadores del quehacer institucional y la formulación de una política criminal...”.

Precisamente, uno de los objetivos que plantea esta investigación es determinar si en la Fiscalía General de la República de El Salvador existen al momento parámetros definidos para la aplicación del criterio de oportunidad, que implica la colaboración del imputado en el proceso y concluir por medio del análisis de casos los objetivos que orientan la actual política de persecución penal del Ministerio Fiscal, tema que se abordará en el cuarto capítulo del presente trabajo.

Finalmente, consideramos importante mencionar que a la fecha solamente se cuenta como un indicador de la política de persecución de la Fiscalía con respecto al principio de oportunidad, que es el estudio cuantitativo que sobre las salidas alternas al proceso efectuó Eduardo Urquilla,⁴⁶ relativos al período de abril de 1998 a octubre de 2000, en el cual se analizaron 80 casos donde se aplicaron los criterios de oportunidad, de los cuales el 18.18 por ciento de los mismos se refería al criterio de oportunidad que implica la colaboración del imputado en el proceso, destacándose en el trabajo que se aplicó esta causal principalmente a los delitos contra el patrimonio, los relativos a las drogas y el secuestro. Estos datos indican qué tipo de criminalidad es objeto de la justicia premial.

Asimismo, el estudio reveló que es en la sede del juez de paz donde se solicita más la aplicación de criterios de oportunidad con base en el Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, seguido por los juzgados de instrucción y finalmente por los tribunales de sentencia, agregando que en la mayoría de casos -un 94.28 por ciento-son solicitados a iniciativa fiscal.

El estudio señala que en los casos donde se concedió el criterio de oportunidad en base al Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, un 66.67 por ciento de los jueces condicionaron la extinción de la acción penal a la colaboración del imputado en el proceso, y que en algunos casos la suspensión se ha mantenido indefinida por años. Además, se explicitó que no se reportó ningún caso de impugnación de la resolución que aplicaba un criterio de oportunidad.

Resulta interesante que la investigación pone de manifiesto que existe una ausencia considerable de las víctimas -en un 50 por ciento- detectándose que la mitad de éstos casos no habían sido legalmente

46. URQUILLA, Eduardo A. y Otros; Aplicación de las salidas alternas al sistema penal salvadoreño, Revista Actualidad, año 5, UTE, 2001, Págs. 13-83.

citadas y el resto inasistió al llamado judicial, por causas no especificadas en la investigación y que fueron calificadas como desinterés en el proceso.

Éstos datos nos van aproximando a revelar cuál es la política criminal que encamina al Ministerio Público en la aplicación de la justicia premial e indica que es la segunda causal más aplicada luego del criterio de insignificancia del hecho, que los casos en los cuales se aplica son delitos graves y pone de manifiesto la posible situación de inseguridad jurídica que se genera para las personas a las cuales se les aplica esta salida alterna al proceso de una forma condicionada a la eficacia de la información, al no solicitarse el sobreseimiento definitivo por parte del Ministerio Público al juez de paz o al juez de instrucción respectivo, y además, señala una mínima intervención de las víctimas en el proceso, aspectos que serán examinados a lo largo de esta investigación.

3. El Criterio de Oportunidad reglado en el Art. 20 (2) del Código Procesal Penal

Sumario:

3.1 Sinopsis histórica , 3.2 Otras manifestaciones de este criterio en la legislación vigente, 3.3. Análisis del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal.

3.1 Sinopsis histórica.

Para iniciar esta sinopsis histórica resulta importante determinar si previo a la vigencia del Código Procesal Penal de 1998, existía alguna manifestación en la normativa interna del principio de oportunidad. En este sentido, el Código Penal de 1973, en el Art. 70, establecía como atenuante especial la colaboración del imputado en el proceso en los siguientes términos:

“Art. 70 Atenuación especial.

No obstante lo dispuesto en el Art. 66 el tribunal podrá rebajar la pena hasta la mitad del mínimo señalado por la ley para el delito, en los siguientes casos: (....) 4. Cuando siendo varios los procesados, alguno o algunos de ellos en la fase extrajudicial y judicial o solamente en ésta última, hubieren confesado y colaborado en forma eficaz con la administración de justicia a juicio prudencial del juez.

El beneficio de esta atenuante no admitirá excarcelación.”

Denotamos que en la normativa derogada, no obstante no encontrarse regulado expresamente el principio de oportunidad, se incluía una manifestación de éste como lo es la justicia premial, pero como una atenuante cualificada, y por ende, insertada en la ley penal sustantiva, debiéndose aclarar que al ser esta normativa de corte inquisitivo la potestad de determinar en qué casos era eficaz la información aportada por un imputado, le era conferida al juez, resultando lógico en un modelo donde éste no solamente juzgaba sino también investigaba.

La reforma judicial en materia penal llevada a cabo en nuestro país en 1998, que incluyó la adopción del principio de oportunidad, tuvo como uno de sus antecedentes principales el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Específicamente, el Art. 230, implementa este principio en los siguientes términos:

“En los casos en que la ley penal permita la aplicación de criterios de oportunidad para evitar la promoción de la persecución penal o para hacerla cesar, el Ministerio Público, por intermedio del funcionario que la ley orgánica determine, pedirá el archivo al juez de instrucción competente, quien decidirá sin recurso alguno. El tribunal podrá requerir la opinión del Ministerio Público sobre la cuestión, cuando lo considere conveniente. El archivo no supone la clausura definitiva de la persecución penal, que podrá ser reiniciada por el Ministerio Público cuando lo considere conveniente, salvo que la ley penal le otorgue otros efectos.”

En este documento se añade, al nivel de comentario, que los criterios de oportunidad deben ser fijados por la ley penal, pues representan soluciones normativas materiales para el ejercicio de la persecución penal, sin embargo, podría ocurrir que, según las disposiciones jurídicas relativas a la distribución de competencia legislativa de un Estado, la mayoría de veces constitucionales, la legislación de éstos criterios estuviera atribuida con exclusividad al legislador procesal penal.

La redacción que en este Código, a modo de ejemplo, se propone del criterio de oportunidad que implica colaboración del imputado en el proceso es la siguiente:

“En las acciones que deben ser ejercidas por el Ministerio Público, él, con el consentimiento del juez competente, podrá decidir la clausura del procedimiento en los siguientes casos:

.... 4. Cuando para evitar la consumación del hecho o para facilitar su persecución penal, resulta idóneo prescindir de la persecución de otro hecho, o de una

contribución al mismo hecho, o limitar la pretensión punitiva a una pena o calificación más leve de la que efectivamente corresponde. En este último caso, no procederá la clausura del procedimiento. Esta disposición no será aplicable a hechos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo.”⁴⁷

Al respecto, es importante resaltar que en este código se hace mención a que los criterios de oportunidad deben encontrarse en la normativa sustantiva y no en la procesal, como la opción más idónea. Consideramos que esta afirmación es válida para casos como el de atenuación de pena en aplicación del principio de oportunidad, donde por razones de sistemáticas, debe tratarse en la Parte General del Código Penal, pues es allí donde se regulan las consecuencias jurídicas del delito. Asimismo, resulta interesante que proponen un archivo provisional de las diligencias a fin de poder reabrirlos en caso de ser necesario, pero la anterior propuesta implicaría no definir nunca la situación jurídica del procesado.

A continuación se analizarán documentos legislativos donde se exponen algunas de las razones que el legislador salvadoreño expuso para la implementación del principio de oportunidad en nuestra normativa penal, por considerar que representan un parámetro útil para su correcta interpretación.

En primer lugar, si nos remontamos al anteproyecto del Código Procesal Penal que se presentó, bajo el acápite de Texto para la consulta nacional, por una comisión redactora en mayo de 1993,⁴⁸ encontramos una idéntica redacción entre el actual Art. 20 del Código Procesal Penal y el Art. 22 del anteproyecto, en lo que se refiere a la regulación de los criterios por los cuales se podía prescindir de la persecución penal por parte del Ministerio Fiscal.

La diferencia estriba en que en el anteproyecto no se tomaba en consideración las opciones de prescindir de la persecución penal pública de uno o varios hechos imputados o de limitar las calificaciones jurídicas posibles, a diferencia del texto aprobado que si las incluyó.

Más adelante, la Asamblea Legislativa en la exposición de motivos del Código Procesal Penal elaborado el 25 de mayo de 1994 el cual entró en vigencia hasta el 20 de abril de 1998, al referirse al principio de oportunidad expresaba:

47. CENTRO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA; Códigos Latinoamericanos de Procedimiento Penal, Editores José María Rico y Luis Salas, Miami, 1991, Pág. CM 45.

48. DIRECCIÓN GENERAL DE ASISTENCIA TÉCNICO JURÍDICA; Anteproyecto del Código Procesal Penal, Ministerio de Justicia, El Salvador, Mayo, 1993, Págs. 67- 69.

“Hoy día resulta innegable que aún cuando la persecución penal sea obligatoria, el mismo sistema frente a su incapacidad de poder presentar una solución efectiva para cada uno de sus conflictos sociales que se le presentan, ha generado un sistema de selectividad que ha terminado por concentrarlo y desgastarlo en la delincuencia de bagatela sin que se pueda desarrollar una acción eficaz frente aquella delincuencia que en realidad ocasiona mayores perjuicios en el seno social (por ejemplo, el contrabando, el narcotráfico, la corrupción estatal, las grandes defraudaciones, los delitos ecológicos, etc.). Por esta razón, es importante la introducción de éstos criterios de discrecionalidad en el ejercicio de la persecución que le permitan a sus órganos una utilización más racional de los recursos tanto humanos y materiales para un efectivo control y combate de lucha contra la delincuencia...”⁴⁹.

Los argumentos antes esgrimidos denotan una elaboración de política criminal estatal tendente a lograr una mayor eficacia en el proceso, y pasa por el reconocimiento de la incapacidad estatal de perseguir absolutamente todos los delitos y los grandes obstáculos que se presentan en la investigación de la criminalidad organizada, y los delitos complejos, considerando como una solución para éstos fenómenos la implementación del principio de oportunidad.

Por otro lado, la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa, en su dictamen del 4 de noviembre de 1996, sobre el proyecto del Código Procesal Penal, expresó:

“... Que otra innovación que se plantea en el proyecto del Código Procesal Penal es la referida al valor probatorio que se le da a la declaración del imputado cuando ha contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave, pues hoy en día la regla general es que la declaración del imputado contra otros no tiene ningún valor probatorio, a excepción de los delitos de extorsión, secuestro y narcotráfico. Con lo anterior se pretende buscar mecanismos que nos ayuden al esclarecimiento de los hechos tomando en cuenta la

49. EL SALVADOR; Código Procesal Penal y exposición de motivos, 1997, Págs. 133 a 136.

declaración del imputado contra otros en cualquier tipo de delitos”⁵⁰.

En este punto, resulta interesante que la Asamblea considerara que el imputado “colaborador” o testigo de la corona -como es llamado en la doctrina- no perdía la calidad de imputado y en tal sentido declararía, otorgándosele valor probatorio a su declaración. No obstante ello, se perdía de vista que la confesión del imputado debía estar sujeta a varias garantías, entre ellas el derecho a no auto incriminarse, que debe ser analizada tanto en lo favorable como en lo desfavorable y que no constituye un medio de prueba a diferencia de la prueba testimonial. Sobre este punto se volverá más adelante en este trabajo.

Otro aspecto que nos llama la atención es que en esta comisión se consideró que la aplicación de la justicia premial era posible para todo tipo de delitos, no obstante encontramos que en el derecho comparado se establecen claramente cuáles son los hechos delictivos en los cuales se puede aplicar este criterio de oportunidad, pues se considera que su utilización se destina para los casos donde la complejidad en la investigación que es el fundamento de su utilización⁵¹.

3.2 Otras manifestaciones de este criterio en la legislación vigente.

A continuación analizaremos otras manifestaciones del principio de oportunidad en la normativa vigente.

La “Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas” promulgada en 1991, en el Art. 61 establece como una atenuante especial la colaboración del imputado en el proceso en los siguientes términos:

“Art. 61 Atenuantes especiales.

Podrá rebajarse la pena hasta la mitad del mínimo señalado en esta ley, en los casos siguientes:

- a) Si durante las diligencias extrajudiciales o dentro de la fase de instrucción del proceso, el imputado revelare la identidad de autores o cómplices y aportare datos suficientes para procesar a éstos.
- b) Si durante las diligencias extrajudiciales o dentro de la fase

50. EL SALVADOR; Asamblea Legislativa y Proyecto de las Naciones Unidas para el Desarrollo; Documentos básicos de la nueva normativa penal, 1996, Pág. 167.

51. Para el caso, en Alemania se utiliza en casos de terrorismo, en Costa Rica, se utiliza para los casos de delincuencia organizada, delitos graves o de tramitación compleja, etc.

de instrucción del proceso, hasta antes de la sentencia, diere información o haga posible la incautación o decomiso de drogas o de bienes que sean su producto.”

Resulta interesante que en esta ley sea tratada como una atenuante privilegiada la colaboración del imputado en el proceso, a fin de que esté obtenga como beneficio únicamente la atenuación de pena y no la completa eximición de responsabilidad penal. No obstante ello, al ser posterior a esta ley el Código Procesal Penal, puede aplicarse el Art. 20 del Código Procesal Penal y eximir por completo de pena al imputado.

En la Ley del Menor Infractor de 1994, encontramos una manifestación del principio de oportunidad en el Art. 50, el cual dispone que corresponde a la Fiscalía General de la República, la investigación de infracciones penales atribuidas al menor sujeto a esta ley y tendrá la atribución de promover la acción penal o abstenerse de ello.

Asimismo, el Art. 70 de la misma ley, otorga como facultad a la Fiscalía General de la República, la posibilidad de renunciar de la acción por hechos tipificados en la legislación penal como faltas o delitos sancionados con pena de prisión cuyo mínimo no exceda de tres años. Para ello, deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho, las causas que lo motivaron o la reparación del daño. Agregando que si la reparación del daño fuere total, la Fiscalía deberá renunciar a la acción. Esta renuncia impide promover la acción ante el tribunal de menores.

En la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, creada en 1998, el Art. 4 (4) establece que las personas naturales que por sí o como representantes legales, informen oportunamente sobre las actividades y delitos regulados en la dicha ley, no incurrirán en ningún tipo de responsabilidad.

Consideramos que esta es una posible manifestación del principio de oportunidad, ya que el denunciante, por regla general, no tiene responsabilidad alguna, pero en este caso al prever que una persona implicada en este tipo de delitos puede aportar información con sólo denunciar estos hechos, aunque tenga algún tipo de responsabilidad penal se exime de ella, en pro de la eficacia del proceso.

A continuación, analizaremos como el derecho internacional ha recogido el principio de oportunidad en tratados internacionales, los cuales, una vez ratificados por El Salvador a tenor del Art. 144 de la Constitución, constituyen leyes de obligatorio cumplimiento.

La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas prevé la aplicación de la justicia premial bajo los siguientes términos:

“Art. 7 Asistencia judicial recíproca.

(...) 18. El testigo o perito u otra persona que consienta en deponer en juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio de la parte requirente, no será objeto de detención procesamiento o castigo, ni de ningún tipo de restricción de su libertad personal por actos omisiones o por declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio de la parte requerida. Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido durante 15 días consecutivos, o durante el período acordado por las partes, después de la fecha en que se le haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requerirían de su presencia, la oportunidad de salir del país y, no obstante permanezca voluntariamente en el territorio o regrese espontáneamente a él después de haberlo abandonado.”

Por otro lado, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional dispone:

"Art. 18 Asistencia judicial recíproca".

(....) 10. La persona que se encuentre detenida o cumpliendo una condena en el territorio de un Estado parte y cuya presencia se solicite en otro Estado parte para fines de identificación, para prestar testimonio o para que ayude de alguna forma a obtener pruebas necesarias para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales respecto de delitos comprendidos en la presente Convención podrá ser trasladada, si se cumplen las condiciones siguientes:

La persona, debidamente informada, da su libre consentimiento.

Las autoridades competentes de ambos Estados parte, están de acuerdo con sujeción a las condiciones que

éstos consideren apropiadas.

(...) 12. A menos que el Estado parte desde el cual se ha de trasladar a una persona de conformidad con los párrafos 10 y 11 del presente artículo esté de acuerdo, dicha persona, cualquiera que sea su nacionalidad, no podrá ser enjuiciada, detenida, condenada ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal en el territorio del Estado al que sea trasladada en relación con actos, omisiones o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado del que ha sido trasladada.

(...) 27. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 12 del presente artículo, el testigo, perito u otra persona que a instancias del Estado parte requirente, consienta en prestar testimonio en un juicio o colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio del Estado parte requirente, no podrá ser enjuiciado, detenido condenado ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad personal en ese territorio por actos, omisiones, o declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandono el territorio del Estado parte requerido. Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido, durante quince días consecutivos o durante el período acordado por los Estados partes después de la fecha en que se le haya informado oficialmente que las autoridades judiciales ya no requirieran su presencia, la oportunidad de salir del país y no obstante permanezca voluntariamente en ese territorio o regrese libremente a él después de haberlo abandonado.

Art. 26 Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley-

Cada Estado parte adoptara medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como:

La identidad naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos

organizados.

Los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados.

Los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer.

Prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito.

Cada Estado parte considerará la posibilidad de prever, en los casos apropiados, la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.

Cada Estado parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a las personas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente convención...”⁵²

Se denota del contenido de las Convenciones antes relacionadas la preocupación de la comunidad internacional por combatir la delincuencia organizada, utilizando para ello instrumentos tales como la justicia premial, permitiéndose que un mismo imputado colaborador de la justicia pueda ser utilizado como testigo en varios casos, gozando de inmunidad mientras brinda su testimonio.

3.3 Análisis del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal.

En primer lugar, es importante señalar que la regulación del criterio de oportunidad del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal ha sufrido algunas modificaciones desde su implementación, en especial lo relativo a sus efectos. En ese sentido, al Art. 21 se le adicionó el hecho que al imputado a quien se le otorgaba un criterio de oportunidad condicionado a la efectividad de la información, podía imponérsele o

52. MARCOS ARANDA, Rafael; Recopilación de Tratados internacionales en materia penal, Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 200, Págs. 420, 521, 522, 524.

mantenerse alguna de las medidas del Art. 295 del Código Procesal Penal, y que además podía quedar sujeto al régimen de protección de testigos.⁵³

Con la anterior reforma se pretende mantener al imputado vinculado al proceso mediante la imposición de alguna o algunas medidas sustitutivas a la detención provisional y además protegerlo de las posibles represalias que en su contra podrían adoptar las personas a quienes delata.

El Art. 20 en su inciso primero, establece tres posibles beneficios que se pueden otorgar a las personas a quienes se les aplique algún criterio de oportunidad, los cuales son:

3.3.1 Beneficios derivados de la aplicación de un criterio de oportunidad

a) PRESCINDIR DE LA PERSECUCIÓN PENAL DE UNO O DE VARIOS DE LOS HECHOS IMPUTADOS

En este caso se establece la posibilidad que la Fiscalía pueda negociar con un imputado, al cual se le atribuye la comisión de una serie de delitos, ofreciéndole no presentar cargos en su contra por alguno o algunos de los hechos delictivos que haya cometido a cambio de su colaboración. Se trata de los casos de concursos de delitos, delitos continuados o delitos masa.

b) PRESCINDIR DE LA PERSECUCIÓN PENAL RESPECTO DE UNO O ALGUNOS DE LOS PARTICÍPES.

Este es el supuesto de eximir completamente de la persecución penal a uno de los partícipes del hecho que se investiga. Nótese el uso del término partícipes que puede interpretarse como excluyente de otros títulos de responsabilidad penal como son los autores, ya sean directos o indirectos.

Esta interpretación la consideramos congruente con el principio que inspira la creación de este instituto procesal, por medio del cual se intenta desarticular a las bandas organizadas, pero por medio de la colaboración de una persona que tenga un nivel de participación menor que del resto de sus compañeros, pues de lo contrario existiría una desproporcionalidad entre el fin y el medio empleado. No obstante lo anterior, en el siguiente capítulo analizaremos en la práctica que título de imputación ostentan las personas a las cuales se les aplicaba la

53. DECRETO LEGISLATIVO NO 487; Diario Oficial, No. 144, Tomo 352, 31 de julio de 2001.

justicia premial.

c) LIMITARSE A UNA O ALGUNAS DE LAS CALIFICACIONES JURÍDICAS POSIBLES.

En este caso se discrimina por parte de la Fiscalía ciertos hechos punibles cometidos por el imputado colaborador, por medio del control que ésta ejerce para fijar la imputación jurídica de los hechos, por medio de la limitación de la calificación jurídica.

3.3.2 Supuestos de colaboración del imputado en el proceso.

El Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, presenta varias posibilidades con respecto a las modalidades de la colaboración del imputado en el proceso, las cuales son:

1. QUE HAYA REALIZADO CUANTO ESTABA A SU ALCANCE PARA IMPEDIR LA EJECUCIÓN DEL HECHO.

En este caso, la información que brinde el imputado debe servir para que se evite la comisión del hecho delictivo, puede pensarse en supuestos tales como imputados que revelen por ejemplo, datos del lugar donde se encuentra una persona secuestrada, que permitan su rescate, ya que al ser el secuestro un delito permanente en curso puede interrumpirse su consumación; o se puede pensar en los delitos de drogas en los cuales con la información que se puede obtener de un imputado colaborador, pueden planificarse emboscadas que logren el decomiso de grandes cantidades de drogas.

2. QUE EL IMPUTADO HAYA CONTRIBUIDO AL ESCLARECIMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN DE OTROS IMPUTADOS EN EL MISMO HECHO.

En este supuesto se trata de que el imputado que tiene cierto nivel de participación en el hecho investigado colabore, aportando información esencial acerca de la participación de sus compañeros en el delito, partiendo de que el hecho ya se consumó.

3. QUE EL IMPUTADO HAYA CONTRIBUIDO AL ESCLARECIMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN DE OTROS IMPUTADOS EN OTRO HECHO MÁS GRAVE.

En este caso, se trata de personas que poseen información

valiosa sobre delinquentes que han cometido delitos, en los cuales el informante no ha tenido ningún tipo de participación, pero se ha enterado de su comisión y aporta los datos que conoce para su esclarecimiento.

Es importante señalar que la colaboración del imputado puede residir, aparte de los supuestos enumerados, en la aportación de datos que sirvan para la identificación de lugares, objetos obtenidos a consecuencia de la perpetración del delito o bien el hallazgo de evidencias que pueden servir como pruebas en el juicio.

3.3.3 Legitimación activa.

La solicitud de la aplicación de un criterio de oportunidad le corresponde en primer lugar al fiscal, al ser éste el titular de la persecución penal, pero también nuestro Código Procesal Penal le permite a la defensa y al querellante, debidamente constituido, el presentar esta solicitud (Arts.313 (3) y 316 (3) del Código Procesal Penal).

Debe entenderse que estas disposiciones a pesar de encontrarse reguladas en la fase de instrucción, pueden ser solicitadas por las partes también en la audiencia inicial, pues el juez de paz se encuentra facultado para pronunciarse sobre esta petición con base en el Art. 248 (4) del mismo cuerpo normativo.

Debe recordarse que al igual que cualquier otra solicitud que presenten las partes, está debe ser debidamente fundamentada, adjuntándose a la petición las actuaciones y evidencias que se tengan, con base a los Arts. 3 (3) y 130 del Código Procesal Penal.

Inclusive, el inciso final del Art. 20 del mismo Código, establece la posibilidad que el juez de oficio, si considera conveniente la aplicación de uno de estos criterios de oportunidad, solicite la opinión del fiscal, quien deberá dictaminar dentro de tres días, no pudiendo aplicar ningún criterio sin el acuerdo del fiscal.

Es necesario aclarar, que a nuestro juicio en este tipo de casos el juez no debe actuar oficiosamente proponiendo la aplicación de un criterio de oportunidad, pues la facultad de investigar los delitos le corresponde a la Fiscalía, con base al Art. 193 de la Constitución, correspondiéndole a ésta toda la carga de la prueba, y al proponer el juez de oficio la incorporación de un posible medio de prueba, perdería completamente su imparcialidad, que es una garantía para los ciudadanos y además rompería con el principio de separación de poderes.

En este sentido, se afirma,⁵⁴ que la exigencia expresa de imparcialidad ha permitido redescubrir que la principal misión del juez no es la de investigar ni perseguir el delito, sino la de juzgar; por lo que

54. CAFFERATTA NORES, José I.; Proceso Penal y Derechos Humanos, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto S.r.l., Buenos Aires, 2000, Pág. 31.

no deben admitirse como funciones del juez penal la de investigar de oficio, intervenir en la preparación o formulación de la acusación o procurar por su propia iniciativa los datos probatorios sobre el caso a fin de obtener el conocimiento necesario para basar su decisión sobre el fundamento de aquélla.

Esta garantía de imparcialidad se encuentra plasmada en el Art. 8 (1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconociéndosele su carácter bilateral, pues no solamente ampara al acusado, sino también alcanza a cualquier persona que procure por a tutela de sus derechos.

3.3.4 Efectos.

El principal efecto que se logra con la aplicación de un criterio de oportunidad es que extingue la acción penal respecto al imputado en cuyo favor se decide, Arts. 21 y 31 (6) ambos del Código Procesal Penal. Sin embargo, en los supuestos de colaboración del imputado en el proceso, únicamente se suspende el ejercicio de la acción penal hasta que se cumpla con una condición suspensiva, que tiene dos variantes las cuales son:

- a. El cumplimiento de la colaboración o,
- b. La eficacia de la información.

Verificada cualquiera de estas dos situaciones el tribunal debe decidir definitivamente sobre la extinción de la responsabilidad penal.

Esta definición de la situación jurídica del imputado se efectúa a través del dictado de un sobreseimiento definitivo, lo cual tiene su base en el Art. 45 (2) (b) del Código Procesal Penal. La causal de sobreseimiento definitivo que se utiliza es la del Art. 308 (4), que establece la extinción de la responsabilidad penal. Resulta importante resaltar que la solución jurídica que prevé nuestro Código Procesal Penal define de una vez y para siempre la situación jurídica del imputado, pues debe recordarse que el sobreseimiento definitivo es equiparable a una sentencia absolutoria, lo que impide a la Fiscalía iniciar nuevamente la persecución penal contra el imputado colaborador.

El problema que se plantea en este punto radica en el hecho que verdaderamente se extingue la acción penal y no la responsabilidad penal, cuyas causales de extinción se encuentran determinadas en el Art. 96 del Código Penal, y no coinciden las causales de extinción de la responsabilidad penal del Art. 31 del Código Procesal Penal. Este tema solamente es esbozado en este capítulo, pero será retomado más adelante al analizar la solución que le dan los operadores de justicia a

esta temática.

3.3.5 Plazo en que debe interponerse.

El Código Procesal Penal no prevé un momento específico en que debe interponerse la solicitud para la aplicación de un criterio de oportunidad, pero al efectuar un análisis sistemático del mismo, se pueden desprender los siguientes momentos:

- En audiencia inicial. (Art. 256 (5) del Código Procesal Penal).
- Diez días antes de la audiencia preliminar o en la misma audiencia. (Arts. 313 (3), 316 (8) y 320 (5) todos del Código Procesal Penal).
- En audiencia especial en la fase de instrucción. (Art. 153 del Código Procesal Penal).⁵⁵
- Antes de iniciar el debate, en la fase del juicio con las siguientes matizaciones:

Un primer supuesto lo constituye que el imputado colabore en un juicio, en el cual él se encuentra también procesado, consideramos que el último momento procesal oportuno para presentar la solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad es hasta la realización de la audiencia preliminar, ya que de conformidad con el Art. 265 del Código Procesal Penal, es en la etapa de la instrucción, donde debe establecerse la base del debate para el juicio oral, que incluye, no sólo la determinación de los hechos y del derecho aplicable, sino también todo el material probatorio que va a desfilarse en el debate y abrir la posibilidad de admitir la solicitud de un criterio de oportunidad en la fase de sentencia desnaturalizaría este diseño del proceso penal.

Además, podría violentarse el derecho de defensa del resto de los imputados, pues se trataría de una prueba sorpresiva la deposición de este delator que no fue ofrecida en el momento procesal oportuno y no se encuentra comprendida en los casos de la prueba para mejor proveer del Art. 352 del Código Procesal Penal. Además, debe recordarse que existe el denominado principio de preclusión procesal, que implica que una vez cerrada una etapa no puede volverse a ella por la simple voluntad de las partes.

No obstante lo antes afirmando, no puede negarse que la casuística es tan amplia que puede presentarse excepcionalmente algún supuesto en el cual se pueda recibir el testimonio de un delator en la etapa del juicio, como puede ser el caso que un imputado se haya

⁵⁵. Debe aclararse que al regir el principio de oralidad en el proceso penal es viable, proponer esta solicitud verbalmente, pero esto no excluye el deber de motivar la petición.

encontrado en un estado grave de salud y hasta el momento del juicio se recupere y decida colaborar, etc. Acá, los jueces de sentencia deberán valorar entre la repercusión que puede tener su decisión en el éxito de la investigación y el derecho de defensa del resto de procesados.

Diferente es el caso cuando se solicita la aplicación de un criterio de oportunidad antes del debate para un procesado que va a declarar en otro juicio diferente, el cual se encuentra todavía en la fase de instrucción. En este supuesto, es permisible que el tribunal de sentencia en audiencia especial otorgue dicho criterio para que el imputado colabore en otro caso.

3.3.6 La víctima.

Es importante agregar que para la aplicación de esta salida alterna al proceso no se exige el consentimiento de la víctima, pero obviamente su notificación se hace necesaria a fin que pueda ejercer todos los derechos que le confiere el Art. 13 del Código Procesal Penal, ya que tiene derecho a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción, siempre que ella lo solicite.

Ahora bien, al preguntarnos cuál puede ser la razón por la que se establece este deber de información de la víctima encontramos que esto es acorde con la nueva tendencia del Derecho internacional de los derechos humanos de proteger a las víctimas de los delitos.⁵⁶

Así por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁷ ha planteado el criterio jurídico de que la disciplina en mención no tiene sólo el fin de aplicar sanciones a los culpables sino más bien amparar a las víctimas y disponer de la reparación de los daños causados a éstas.

En ese mismo sentido, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad o Reglas de Tokio señalan en la regla 1 (4), que al aplicar las reglas los Estados miembros se esforzaran por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.

Con esa intención, el 29 de noviembre de 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución A-RES-40-34 en la que se indican medidas que han de tomarse en los planos internacional y regional para mejorar el acceso a la justicia y al trato justo, al resarcimiento, la indemnización y la asistencia social a las víctimas del delito.

56. MENÉNDEZ LEAL, Salvador; La víctima: Aproximación al problema procesal, Ensayos doctrinarios, Nuevo Código Procesal Penal, 1ra Edición, El Salvador, 1998, Págs. 469 a 481.

57. Caso VELÁSQUEZ RODRIGUEZ, CIDH. 29. 7.98.

También en las Directrices sobre la función de los fiscales aprobadas en el 8vo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente de La Habana, Cuba, en 1990, disponen lo siguiente:

"Art. 13 (d) En cumplimiento de sus obligaciones los fiscales... consideraran las opiniones e inquietudes de las víctimas cuando se vean afectados sus intereses personales y aseguraran que se informe a las víctimas de sus derechos".

Debe recordarse que si bien este tipo de declaraciones no resultan vinculantes, pero sí tienen fuerza política y peso moral, y en ese sentido vinculan a los estados miembros de dichas organizaciones.

Lo anterior nos puede servir de parámetro para interpretar las normas de derecho interno. De esa forma, el derecho a ser escuchada la víctima en la aplicación del criterio de oportunidad del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, que en principio no admite la posibilidad de conversión de la acción a diferencia de los demás criterios Art. 29 (3) del mismo código, implicaría aceptar que la víctima del delito no posee ningún tipo de control sobre la petición fiscal.

También debe tomarse en cuenta que como este tipo de criterios se otorga condicionado se cierra la posibilidad que se pueda impugnar la resolución por no admitir recurso alguno hasta que se dicte el sobreseimiento definitivo.

Ante esta situación, resulta interesante analizar el contenido del Art. 321 (3) del Código Procesal Penal, que prevé la posibilidad que el juicio se abra únicamente por la acusación particular, facultando al fiscal para intervenir en la vista pública.

La interpretación de esta disposición puede convertirse en un mecanismo eficaz de control de la víctima, en casos tales como cuando el fiscal no acuse y pida a cambio la aplicación de un criterio de oportunidad y éste no se le otorgue por el juez por ser manifiestamente improcedente, por no reunirse, por ejemplo, los requisitos del Art. 20 del Código Procesal Penal, y el querellante fundamente la procedencia de pasar a la siguiente fase procesal por medio de la presentación de la acusación respectiva y, claro está, el juez se encuentre de acuerdo con la solicitud de esta parte procesal.

Esta interpretación es acorde con el Derecho internacional de los derechos fundamentales de la víctima en el cual se pretende que se tutelen efectivamente sus derechos y se garantice la reparación.

En este sentido, el Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en términos generales la obligación que tiene el Estado de proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción de una protección especial.

Este es el llamado derecho a la tutela judicial efectiva que

comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho a incoar un proceso y de seguirlo, de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esta cuestión, el derecho a la utilización de los recursos y el derecho a que la sentencia se ejecute.

En ese orden de ideas, los organismos regionales de protección de los derechos humanos, como es la Comisión del Instituto de Derechos Humanos en los informes 34-96, y casos 11.228, 5-96 y 10.970, han expresado que la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es:

“...la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas, entendiendo la persecución penal como un corolario necesario del derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique a los responsables y se les imponga las sanciones pertinentes.”

Está novedosa concepción lleva a pensar en un Ministerio Público que antes de tomar sus decisiones tenga en cuenta a la víctima, asumiendo una función de representante de ella, e influirá sobre el concepto de exclusividad del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la persecución penal pública, pues si bien la actividad oficial no puede ser obstaculizada o condicionada por los ofendidos más allá de las facultades que le confiere el Código Procesal Penal, si puede ser compartida por ellos -querrela de la acción pública- e incluso desarrollada en forma autónoma, en los casos en que aquella autoridad no inicie la persecución o la concluya en sentido discriminatorio.⁵⁸

También influye en la anterior interpretación el hecho que se ha reconocido a nivel de la normativa internacional, el derecho a la reparación e indemnización de la víctima, tal como lo establece el Art. 63 (1) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que incluye el restablecimiento de la situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y también el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extramatrimoniales, incluyendo el daño moral.⁵⁹

Además esta forma resulta ser mucho más efectiva que el mecanismo de la disconformidad que presenta el problema que sea el fiscal superior, quien a lo mejor autorizó la aplicación de un criterio de

58. CAFFERATA NORES, José I.; *Derechos Procesal penal-consensos y nuevas ideas*, Buenos Aires, 1999, Pág. 66.
59. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8-XII-95.

oportunidad, el que ratifique la solicitud del anterior. El querellante de adhesivo pasa a ser en estos casos autónomo; y esto lo posibilita el hecho que si bien la promoción de la acción penal le corresponde a la Fiscalía, su posterior prosecución puede ser otorgada a los particulares, como en el caso de la Conversión de la acción que regula el Art. 29 del Código Procesal Penal.

Otro problema es el vacío que deja esta disposición en cuanto al procedimiento a seguirse en esta hipótesis, pues existen dos opciones o se sigue con el procedimiento ordinario o se debe tramitar la acusación bajo la modalidad de acción privada, al igual que en el caso de la Conversión.

Será entonces el juez de instrucción el que finalmente valorará esta situación, pero no puede perder de vista que no dejará en manos de los particulares la persecución de los delitos y sólo se pronunciará a favor del querellante cuando sea manifiestamente improcedente la solicitud fiscal; pues de lo contrario se podría poner en duda la credibilidad de los criterios de oportunidad, como salida alterna al proceso y un imputado puede abstenerse a prestar su colaboración al enterarse por medio de su abogado que existe la posibilidad que se pueda pasar a juicio únicamente con la acusación del querellante.

Finalmente, consideramos que el mecanismo que puede resultar más eficaz a fin de tutelar los derechos de las víctimas, es que éstas participen en la fase de negociación del criterio de oportunidad, y que sea el fiscal quien le informe acerca de la posible colaboración del imputado en el hecho, a fin que la víctima decida libremente sobre si renuncia o no a la pretensión civil dada esa colaboración o se busca el mecanismo para que está sea reparada, tomándose en cuenta que la reparación no necesariamente debe ser de tipo patrimonial.

3.3.7 Responsabilidad civil.

El Art. 45 del Código Procesal Penal establece las causales de extinción de la acción civil. Una de estas causales es el sobreseimiento definitivo, salvo que este se pronuncie por ciertos motivos entre los que se encuentra la aplicación de un criterio de oportunidad. Esto significa, para el caso de los imputados colaboradores, que al definírseles su situación jurídica, luego de haber colaborado efectivamente en el proceso, por medio del dictado de un sobreseimiento definitivo, el juez puede pronunciarse con respecto a la responsabilidad civil dimanante del delito. Obviamente deberá presentarse la prueba acerca de la responsabilidad civil y el juez deberá fundamentar su decisión.

Al respecto, consideramos que si lo que se pretende es darle una mayor efectividad a salidas alternas como la aplicación de un criterio

de oportunidad, este resarcimiento deberá ser negociado por el fiscal con la víctima, explicándole que la colaboración del imputado es vital y que puede ser un parámetro para que ésta decida libremente renunciar o no a la misma. Otra solución que se puede proponer es que en ciertos hechos de delincuencia organizada, sea el Estado el que asuma la reparación de la víctima en pro de la investigación del proceso.

Lo anterior, nos hace recordar que el juez penal, se haya situado no sólo entre el derecho y el delincuente, sino también entre éste y el ofendido para realizar la composición del conflicto entre ambos. Descuidar el interés del perjudicado, significaría olvidar el sentido histórico de la punición y hacer imposible la subsanación de la ruptura. Junto a esto interesa especialmente cuidar la reparación civil para fomentar la confianza de la población en la administración de justicia y también en vista a la reforma del penado.⁶⁰

3.3.8 Recursos.

Un primer control que puede ejercer el juez acerca de la petición fiscal, aunque no tiene las características de un recurso, es el incidente de disconformidad, en cuyo caso el juez que no esté de acuerdo con al aplicación de un criterio de oportunidad, remite el proceso a un fiscal superior, para que decida sobre el ejercicio o no de la acción penal dentro de los tres días siguientes, estando facultado el fiscal superior para ratificar lo solicitado por el inferior o formular un nuevo requerimiento.

En caso de ratificación, el juez resolverá de acuerdo a la petición fiscal, todo de conformidad a los Arts. 258 y 321 (1) ambos del Código Procesal Penal.

El problema que presenta este tipo de control es que el caso será revisado por un fiscal superior, que en la mayoría de ocasiones, otorgó la autorización para la aplicación de dicho criterio y de antemano se puede prever el sentido resolverá.

El recurso que se puede interponer por la aplicación de un criterio de oportunidad es el de Apelación, debido a que al otorgarse esta salida alterna al proceso la ley procesal penal prevé que debe dictarse un sobreseimiento definitivo, al haberse extinguido la acción penal y este auto admite dicho recurso, de conformidad a los Arts. 21, 45 (2) (f), 308 (4) y 312 todos, del Código Procesal Penal.

60. LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo A.; La víctima del delito y el sistema jurídico penal. Hacia un sistema de alternativas. Revista Poder Judicial, Consejo Nacional del Poder Judicial 2, Época No. 34, Junio de 1994, España, Pág. 127.

En ese mismo sentido, el Art. 417 del Código Procesal Penal prevé que el recurso de Apelación procede contra las resoluciones de los jueces de paz y los jueces de instrucción que pongan fin a la acción o imposibiliten su continuación y además causen agravio a la parte recurrente, efectivamente la aplicación de un criterio de oportunidad extingue la acción penal, con base al Art. 31 (6) del mismo Código. El trámite del mismo se encuentra regulado en los Arts. 418 y siguientes del Código Procesal Penal.

Un problema que se da en el caso de los imputados colaboradores o arrepentidos es que al verse condicionada la definición de su situación jurídica al cumplimiento de la colaboración o a la eficacia de la investigación, el juez de paz e instrucción a los cuales se les halla solicitado la aplicación del criterio de oportunidad, dictan el sobreseimiento definitivo hasta que la Fiscalía informa que se ha cumplido esa condición. En muchas ocasiones esto acontece después del juicio y es hasta ese momento que a la víctima le nace el derecho de impugnar esta decisión.

Lo anterior torna inoperante el recurso de Apelación, pues ya no tiene sentido que una Cámara de Segunda Instancia revoque la decisión de otorgar un criterio de oportunidad a un imputado por no reunirse los supuestos del Art. 20 del Código Procesal Penal, cuando ha pasado el juicio y éste ya declaró.

Aunado a lo anterior, puede la parte agraviada alegar en Casación violación a las reglas de la sana crítica sobre la valoración del testimonio del imputado colaborador, como vicio de la sentencia de conformidad al Art. 362 (3) y (4) del mismo cuerpo normativo.

Consideramos que en este punto la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en materia de casación penal podría jugar un rol sumamente importante a fin de definir los parámetros que se deben tomar en cuenta para valorar este tipo de declaraciones.

4. El rol del juez y del fiscal en la aplicación del Criterio de Oportunidad reglado en el Art. 20 (2) del Código Procesal Penal

Sumario:

4.1 Consideraciones generales, 4.2 Criterios que debe tomar en cuenta la Fiscalía General de la República , 4.3 Tipo de análisis que el juez

debe realizar al solicitársele la aplicación del Art. 20 (2) del CPP 4.4 Variantes en el derecho comparado de la aplicación de la justicia premial, 4.5 Ideas para el diseño de una política criminal fiscal en la aplicación del criterio de oportunidad que implica colaboración del imputado en el proceso penal.

4.1 Consideraciones generales.

Este capítulo comprende el análisis de la información empírica que se recolectó a lo largo de esta investigación con la intención de identificar los problemas que presenta en la actualidad la aplicación de la justicia premial y proponer en su caso posibles soluciones al mismo.

Para tal fin se efectuaron entrevistas a nueve jueces del área de San Salvador, los cuales pertenecen a los siguientes tribunales:

1. Juzgado 12^o de Paz de San Salvador.
2. Juzgado 11^o de Paz de San Salvador.
3. Juzgado 10^o de Paz de San Salvador.
4. Juzgado 2^o de Instrucción de San Salvador.
5. Juzgado 9^o de Instrucción de San Salvador.
6. Juzgado 5^o de Instrucción de San Salvador.
7. Tribunal 3^o de Sentencia de San Salvador.
8. Tribunal 4^o de Sentencia de San Salvador.
9. Tribunal 6^o de Sentencia de San Salvador.

Del Órgano Judicial se entrevistó además a dos magistrados de segunda instancia; el primero, de la Cámara de Menores de San Salvador; y el segundo, de la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. Asimismo, se entrevistó a seis fiscales pertenecientes a las siguientes unidades: División del Área Penal, Unidad de Investigación Financiera, Unidad Contra el Crimen Organizado, Unidad de Hurto y Robo de Vehículos, Unidad de Delitos Relativos a la Administración de Justicia y Fe Pública y Unidad Antinarco tráfico.

Además, por parte de la defensa, se entrevistó al Coordinador de Defensores Públicos de la Procuraduría General de la República y a dos defensores particulares.

La entrevista realizada se hizo de forma personal con base en una guía de preguntas que será anexada al final del presente trabajo. A lo largo del análisis de los casos se hará referencia a las respuestas que los entrevistados dieron a dichas preguntas.

Asimismo, se tomó una muestra al azar de los casos en los cuales se había aplicado el criterio de oportunidad que implica colaboración del imputado, correspondientes a los años 2001, 2002 y 2003, recopilada en los quince juzgados de paz, diez de instrucción y seis de sentencia

de San Salvador, obteniéndose una muestra de 17 casos que incluyen la petición fiscal y la resolución del juez.

Es importante hacer la observación que se tuvieron ciertas limitantes al momento de recopilar la información. La primera, referida a que no en todos los tribunales se ha solicitado la aplicación de este instituto procesal; la segunda, que la mayoría de casos donde se aplicó tenían reserva total y se encontraban aún en trámite por lo que no se pudo tener acceso.

No obstante lo anterior, de los casos obtenidos, la mayoría se encuentran en la misma situación que los anteriormente mencionados. Por tal motivo, al referirnos a ellos se hará por medio del número de referencia y el juzgado donde se localizó omitiéndose los nombres de los imputados, víctimas y partes intervinientes.

De la misma manera, se analizarán dos incidentes de Apelación de la detención provisional dictados por la Cámara 3ª de lo Penal de la Primera Sección del Centro, y la demanda de un proceso de inconstitucionalidad del Art. 20 del Código Procesal Penal que se encuentra admitida y en trámite en la Corte Suprema de Justicia.

A fin de facilitar el análisis de los casos se relacionarán a lo largo del trabajo con un número, casos 1, 2, 3, etc., y que corresponden a los siguientes procesos judiciales:

TABLA DE CASOS ANALIZADOS

No de Caso	Juzgado o Tribunal	No de Causa	Fecha de la Resolución
1	Juzgado 7º de Paz de San Salvador	305-P-3-02	12-12-02
2	Juzgado 3º de Paz de San Salvador	313-1-02	18-12-02
3	Juzgado 3º de Paz de San Salvador	232-2-02	27-9-02
4	Juzgado 12º de Paz de San Salvador	255-2002	14-4-02
5	Juzgado 2º de Paz de San Salvador	45-02	10-4-02
6	Juzgado 6º de Paz de San Salvador	76-6-02	18-3-02
7	Juzgado 3º de Paz de San Salvador	27-2003	31-1-03
8	Juzgado 1º de Paz de San Salvador	75-3-2003	2-4-03
9	Juzgado 7º de Paz de San Salvador 1	57-P-03	30-3-03
10	Juzgado 6º de Instrucción de San Salvador	114-2001	5-2-01
11	Juzgado 6º de Instrucción de San Salvador	120-01-7	12-2-02
12	Juzgado 9º de Instrucción de San Salvador	127-2002	28-2-03
13	Juzgado 5º de Instrucción de San Salvador	81-2002-9	3-9-02
14	Tribunal 3º de Sentencia de San Salvador	252-1-01	2-4-02
15	Tribunal 2º de Sentencia de San Salvador	100-2002	1-4-03
16	Tribunal 3º de Sentencia de San Salvador	46-2002-1	6-6-02
17	Tribunal 4º de Sentencia de San Salvador	56-2-03	6-6-02

Nota: Además se analizará una demanda de inconstitucionalidad 5-2001, presentada el día 5-2-01 y los incidentes de apelación de la detención provisional dictados por la Cámara Tercera de lo Penal de la 1ra Sección del Centro, de fechas 10-2-03 y 4-3-03.

4.2 Criterios que debe tomar en cuenta la Fiscalía General de la República.

Consideramos que la adopción por parte de la Fiscalía del criterio de oportunidad que implica la colaboración del imputado en el proceso, debe seguir el siguiente esquema propuesto:

1. Fase de negociación;
2. Fase de corroboración mínima;
3. Fase de suscripción de convenio;
4. Fase de declaración extrajudicial;
5. Fase judicial que comprende la presentación de petición al juez, realización de audiencia y aseguramiento de información -vía anticipo de prueba- en los casos que proceda;
6. Fase de cumplimiento de la colaboración y definición de situación jurídica del imputado colaborador

4.2.1 Fase de negociación.

En esta fase debe existir una estrategia de negociación del fiscal asignado al caso, que se encuentre acorde a la política de persecución dictada por el Fiscal General de la República.

Una estrategia de negociación interesante fue la propuesta en el manual denominado "Nociones generales sobre la labor del fiscal en el nuevo proceso penal",⁶¹ dónde se propone el siguiente esquema de negociación:

1. Identificación de los intereses públicos respecto al caso.
2. Identificación de intereses del imputado.
3. Identificación de posibles opciones que podrían resultar de un acuerdo.
4. Identificación de posibles pautas que se podrán aplicar a fin de llegar a un acuerdo.
5. La identificación de una mejor alternativa en caso de no llegar a un acuerdo.
6. La selección de la opción que más satisface los intereses del fiscal o de la víctima en su caso y en lo posible los intereses del imputado.

61. FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR; Nociones generales sobre la labor del fiscal en el nuevo proceso penal, El Salvador, 1996, Págs. 46-51.

7. La discusión de las partes.

Otros autores señalan que la valoración del fiscal debe tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- (a) Causas relacionadas con la naturaleza del hecho: carácter de la infracción penal, culpabilidad del autor, antigüedad de la infracción.
- (b) Causas relacionadas con el autor del hecho: delincuente primario o habitual, edad, relaciones con el resto de imputados, parentesco, etc.
- (c) Causas basadas en la relación del delincuente con su víctima: parentesco próximo, reparación del daño.
- (d) Causas basadas en el interés general: interés estatal de eficacia, falta de interés nacional en el castigo, posible mensaje de prevención general que se enviará a la población, injusticia obvia ⁶².

Al respecto, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el 17 de septiembre de 1989, la recomendación No R (87) 18, sobre la simplificación de la justicia penal en relación con la oportunidad en el ejercicio de la acción penal recomienda:

"5. Al ejercer esta facultad, la autoridad debe de inspirarse, de conformidad al derecho nacional, en el principio de igualdad de todos ante la ley y en el de la individualización de la justicia penal, y concretamente teniendo en cuenta:

- la gravedad, naturaleza y circunstancias de la infracción.
- la personalidad del denunciado.
- la condena que se puede imponer.
- los efectos de esta condena sobre el denunciado
- la situación de la víctima."⁶³

Antes de iniciar esta negociación el fiscal auxiliar debe contar necesariamente con la autorización del jefe de unidad cuando menos, para garantizar una mayor uniformidad en la aplicación de la justicia premial. Está autorización necesariamente deberá constar por escrito, y sólo en casos de suma urgencia podría darse verbal, pero requerirá en todo caso que posteriormente el fiscal superior otorgue el visto bueno.

62. CONDE PUMPIDO, Ferreiro: Ob. Cit., Pág. 8 y ss.

63. BOLETÍN DE INFORMACIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, No. 1518, de 15-12- 1989, Madrid, Pág. 117 y ss.

La utilidad de esta autorización radica en que ayudaría a unificar los criterios de la Fiscalía y sería una garantía de unidad de interpretación y objetividad en la actuación fiscal. En las entrevistas realizadas a los fiscales éstos expresaron que la decisión de prescindir de la persecución penal en aplicación del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, siempre requiere de la autorización de un fiscal superior. Pero, denotamos que no se encuentra claramente definido en todas las unidades quien es la persona autorizada para ello, pues para algunos puede ser el coordinador y para otros el jefe de unidad.

En ese sentido, debe determinarse por parte del Fiscal General de la República, mediante una directriz, quién será el encargado de autorizar este tipo de decisiones. Lo anterior, debe ser congruente con la estructura jerárquica de la Fiscalía establecida en el Art. 7 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Desde el inicio de esta etapa de negociación el fiscal debe de encontrarse debidamente apoyado de uno o varios agentes investigadores y miembros de las unidades especializadas de la Policía Nacional Civil asignados al caso, quienes tendrán la función de corroborar la versión del imputado colaborador podrán discutir con el fiscal los pro y los contra de negociar con este imputado e intentar identificar con su ayuda la mayor cantidad de delitos y la participación del mayor número posible de personas involucradas en los hechos, además se debe valorar el subordinar la custodia del imputado colaborador al agente de la policía en caso de ser necesario, por razones de seguridad.

También debe dirigirse una dirección funcional a toda la Policía, donde se les haga saber que no tienen facultades para negociar con los imputados ni para ofrecerles ningún tipo de beneficio o comprometer la palabra del fiscal. En la misma, debe establecerse que en caso que un imputado les exprese su deseo de colaborar, deberán hacerlo del conocimiento inmediato del fiscal asignado al caso.

El fiscal en esta fase tiene la obligación de verificar el historial delincencial de la persona a quien se le solicita la aplicación de este criterio de oportunidad, pero con la aclaración que el hecho que el imputado tenga antecedentes penales, no es óbice para solicitar la aplicación de este instituto procesal; sin embargo, puede ser un punto a atacar por parte de la defensa del resto de imputados y puede incidir directamente en la credibilidad que los jueces y en especial del tribunal de sentencia le proporcione a dicho testimonio.

Además, es importante señalar que en vista que a los imputados a quienes se les otorga un criterio de oportunidad carecen de antecedentes penales, es indispensable que se cree el Ministerio Público un "Registro administrativo de imputados colaboradores", al cual debe tener un acceso limitado únicamente a las jefaturas, en el que se hará constar

las generales de la persona, el delito que se le atribuye, la fecha en la cual se solicitó la aplicación del criterio, el número de expediente fiscal y en su caso del expediente judicial, a fin que exista esta información a nivel nacional que pueda ser consultada antes de otorgar una concesión de este tipo a los imputados.

La anterior recomendación posee un doble propósito: evitar que algunos individuos logren una impunidad mediante la colaboración en diferentes procesos, estableciendo esto como un *modus vivendi* para evadir cualquier tipo de responsabilidad penal o bien, para que la Fiscalía no sea sorprendida en el juicio por una defensa que averigua esta situación y que posteriormente la utilizará en contra del imputado delator.

Además, debe recordarse que para aplicar este tipo de instituto procesal deben existir, en contra del imputado colaborador elementos de convicción que lo incriminen, pues en ningún caso puede ser utilizado como un mecanismo de presión para personas capturadas contra las cuales no consten elementos de convicción suficientes y sólo se sospeche de su participación en los hechos, pues podría existir un error en el delator que viciaría su voluntad y generar una nulidad de lo actuado por violación a la garantía a no auto incriminarse de los Arts. 87 (7) y 224 (6), ambos del Código Procesal Penal. En este punto es crucial el asesoramiento del defensor, quien deberá verificar que la conducta del colaborador es constitutiva de delito y existen algunos elementos de convicción que lo incriminan.

Asimismo, el fiscal debe verificar los móviles del imputado para prestar su colaboración, pues la existencia de móviles espurios también puede ser atacado por la defensa al momento del juicio.

Otro factor importante de mencionar es que desde el inicio de la negociación debe proveerse al imputado para cualquier tipo de interrogatorio o de diligencia de un abogado defensor, a fin de garantizar su derecho a la defensa técnica.

Por otra parte, en caso que los imputados tengan un defensor común, desde el inicio de las negociaciones debe nombrarse otro defensor al imputado, previa consulta a éste, pues de lo contrario podría existir un conflicto de intereses (Art.111 del Código Procesal Penal). Además, debe recordarse que el defensor de este imputado delator prácticamente viene a coadyuvar a la acusación pública, pues el testimonio de su defendido será utilizado como prueba de cargo por parte de la representación fiscal.

Otro factor que podría valorarse también por parte de los fiscales para prescindir de la persecución penal contra una persona es el posible grado de responsabilidad civil que el imputado colaborador pueda tener en el hecho, ya que su intervención pudo no ser relevante en el delito, pero existen sospechas fundadas que él fue quien obtuvo el mayor

beneficio económico del mismo y ser ésta una de sus motivaciones para delatar a los demás.

Aunado a lo anteriormente expuesto, debe tomarse en consideración que por los efectos de impunidad que genera la aplicación de este criterio de oportunidad, éste debe ser valorado como una última opción a utilizarse por parte de la Fiscalía como herramienta de investigación del delito y, únicamente, en casos en los cuales, una vez agotada toda la investigación, ésta se paralice por no contar con elementos de convicción que vinculen a personas con los hechos. Además, es indispensable que sea utilizada racionalmente en los casos donde la complejidad de los delitos no permitan una investigación efectiva de los mismos y se tenga que echar mano de este tipo de recursos extraordinarios.

De lo contrario, se correría el peligro de retornar a un sistema inquisitivo donde la confesión era la prueba reina, con la única diferencia que ahora si se delata a los demás, se obtiene una inmunidad.

Los casos revelaron que con respecto al título de imputación que ostentaban las personas a quienes se le otorgaba el principio de oportunidad, en la mayoría de ocasiones fue otorgado a coautores (casos 1, 3, 4, 5, 6, 7, 10 y 11) y a tres autores directos (casos 2, 15 y 9) y, únicamente, en el caso 8 se aplicó a un cómplice.

En este punto es relevante mencionar que la colaboración de los imputados que ostentaban la calidad de coautores y autores directos sirvió no solamente para esclarecer un hecho delictivo, sino varios.

Las personas entrevistadas expresaron sobre este aspecto que consideraban que este tipo de institutos jurídicos debía aplicarse a personas que tuvieran un grado de participación mínima en los hechos. Esta opinión no fue compartida por los fiscales de las unidades que investigan el crimen organizado, quienes consideran que si se puede ofrecer a coautores siempre y cuando se utilice para desarticular organizaciones delinuenciales y delatar a otras personas que tengan el mismo título de imputación.

Al respecto, es indispensable reconocer que en la legislación comparada la utilización de este tipo de criterios en algunas ocasiones tiene como límite este título de imputación. Para el caso el Art. 22 No II (b) del Código Procesal Penal de Costa Rica dispone:

“Cuando se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente en la investigación, brinde información esencial, para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho u otros conexos o proporcione

información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita...”

En este mismo sentido, el decreto legislativo 114-96 de reforma al Código Procesal Penal de Guatemala introdujo un cuarto criterio de oportunidad, al Art. 25 bajo los siguientes términos:

1. Que el imputado sea participe o encubridor en uno de los delitos enumerados en el Art. 25 (4).⁶⁴ Por lo tanto, no podrá aplicarse para tipos penales distintos citados en la ley, ni cuando el imputado haya actuado como autor.

2. Que el imputado declare en el proceso aportando elementos que contribuyan eficazmente a determinar la responsabilidad penal de los autores materiales e intelectuales de los citados delitos. La valoración sobre la eficacia de la declaración corre a cargo del fiscal.”

Al respecto, nuestro Código Procesal Penal en el Art. 20 (1) no define esta situación, no obstante utiliza la expresión, “respecto de alguno o algunos de los partícipes”, pero la interpretación que se le ha dado que esta expresión incluye a autores y partícipes.

Sobre este punto consideramos que al otorgársele a la Fiscalía una facultad tan amplia como es decidir prescindir de la persecución penal contra un coautor o autor directo, definitivamente su decisión tiene que ser en los casos en los cuales logrará la captura de individuos que posean el mismo título de imputación, pero nunca menor, pues sería desproporcionada la medida con respecto a los resultados.

Además, perdería su sentido la aplicación de la justicia premial, ya que lograría impunidad la persona que está más involucrada en la comisión del delito, sin atacarse las verdaderas cauces del crimen organizado, lo que volvería ineficaz su combate, pues el crimen organizado debe ser desarticulado desde sus cúpulas; que de conseguir impunidad, pueden volver a organizarse y continuar delinquiendo.

La petición fiscal en estos supuestos podría ser rechazada por el juez del caso por ser contraria al principio constitucional de proporcionalidad.

Es que en verdad en estos supuestos existe una desproporción entre el castigo impuesto y el suceso que se dejó de sancionar. Diferente

⁶⁴. Delitos contra la salud, defraudación, contrabando, contra la hacienda pública, contra la economía nacional, contra la seguridad del Estado, contra la Constitución, contra el orden público, contra la tranquilidad social, cohecho, peculado y asociaciones ilícitas.

es el caso de imputados que tienen el mismo grado de autoría o participación en el hecho, y pretenden colaborar con la justicia, pues, para ellos la decisión va a depender del arbitrio del fiscal, el cual determinará quién puede ser juzgado y quién no, lo que genera que la aplicación de este criterio de oportunidad se torne arbitrario y provoque inseguridad. Pero, finalmente en estos casos el fiscal valorara cuál de estos testimonios le conviene utilizar en la persecución penal.

En este sentido, la Sala Tercera de Costa Rica, en el voto 737-2001 del 27-7-2001 con respecto a la aplicación de este criterio de oportunidad a coautores expresó:

“Interesa destacar aquí que el criterio de oportunidad tiene como presupuesto lógico que la persona a cuyo favor se aplica incurrió, efectivamente, en un hecho punible, sea como coautor o partícipe y que puede ser el mismo delito principal que se investiga u otro distinto, siempre y cuando sus actuaciones ameriten un reproche menor que aquél que corresponde a las personas que serán sometidas al proceso.... El tema medular sobre el que habrá de hacerse un juicio con miras a determinar si puede recurrirse al criterio que se comenta, es la irreprochabilidad de la conducta del colaborador...y su menor entidad al compararla con las restantes personas en cuya persecución se coopera...”⁶⁵

Otro límite que la legislación comparada le da a la justicia premial, se encuentra referido al tipo de delitos en los cuales es utilizado. Los artículos antes citados de los Códigos Procesales Penales de Costa Rica y Guatemala, restringen su aplicación para delitos de delincuencia organizada, delitos graves y de compleja investigación.

En ese sentido, el Art. 33 (6) del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, lo restringe para los casos de delincuencia organizada y criminalidad violenta.

Por su parte, el Art. 153 de la Ordenanza Procesal Alemana, limita su ámbito de aplicación a los casos de delitos contra la seguridad del Estado, distinguiendo tres aspectos:

1. Su aplicación está limitada a delitos de protección del Estado.
2. El comportamiento esperado como participación activa puede ser general.

65. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier; Código Procesal Penal Comentado, Editorial Jurídica, Continental, San José, 2003.

3. La competencia para conocer y decidir el archivo correspondiente es otorgada al Fiscal General Federal, con la anuencia del tribunal superior competente del Estado federado.

Al respecto, consideramos que es urgente una reforma al Art. 20 (2) del Código Procesal Penal en el sentido de especificar a cuáles delitos se aplicará la justicia premial, pues su génesis responde a la investigación de la criminalidad organizada, grave o de investigación compleja y no a todo tipo de delitos, pues se podría llegar al extremo de utilizarla como mecanismo de investigación de delitos menos graves, con lo que se estaría desnaturalizando.

Aunado a lo anterior, debe recordarse que este tipo de instituciones jurídicas provoca la impunidad de la persona a quien se le otorga y esta decisión implica que no será perseguida penalmente con posterioridad. Utilizar una medida de esta magnitud con tales efectos para todo tipo de delitos, lo único que conllevaría es a una sensación generalizada de selectividad e impunidad, e implicará reconocer una total ineficacia en el aparato de investigación estatal.

Las personas entrevistadas estuvieron de acuerdo con delimitar los delitos en los cuales se debe aplicar este instituto procesal, vía reforma legislativa. La solución más rápida que se puede dar a esta situación en la actualidad es que el Fiscal General por medio de directrices, determine crear unas pautas generales de persecución penal, en las cuales establezca claramente en qué casos se aplicará el criterio de oportunidad reglado en el Art. 20 (2) del Código Procesal Penal.

En los casos analizados encontramos que en la mayoría de ocasiones era utilizado para resolver asuntos de criminalidad organizada, especialmente en la averiguación de delitos de secuestros, robos agravados cometidos por bandas organizadas en bancos o robos de vehículos, en casos de homicidios agravados (casos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 12 y 17), y en la investigación de falsedades documentales –tal es el caso de la falsificación de tarjetas de circulación o licencias de conducir (casos 13, 15 y 16). También se aplicó en un caso de extorsión (caso 14) siendo estos últimos supuestos los que ameritan una mayor reflexión.

Finalmente consideramos importante mencionar que la fase de negociación resulta vital incluir a la víctima como parte de la misma, a fin de hacerle saber las ventajas que supone para ella la aplicación de este criterio de oportunidad, y la importancia que la colaboración del imputado delator tiene para el proceso.

No obstante, lo anterior no implica que la víctima se encuentre presente al momento que el imputado brinde su información, sino más bien hacer de su conocimiento que existe la posibilidad de prescindir

de la persecución penal contra esa persona y escuchar su opinión al respecto. Lo anterior, se recomienda para efectivizar los derechos de la víctima plasmados en el Art. 13 del Código Procesal Penal.

Pese a ello, si la víctima no asiste a la Fiscalía o se niega a aceptar la aplicación del criterio de oportunidad, su decisión no es vinculante para el Ministerio Público, quien lo tendrá en consideración únicamente como un factor al momento de ponderar su decisión.

La utilidad de lo anterior radica en que no se puede olvidar que el Ministerio Público ejerce no sólo la pretensión penal, sino también la pretensión civil de una manera conjunta y el concientizar a la víctima acerca de la relevancia que para el proceso tiene la cooperación del imputado y los riesgos que este adquiere al delatar a los demás pueden lograr que la misma considere la posibilidad de renunciar a la pretensión civil en contra de éste, pues no se extingue con el dictado del sobreseimiento definitivo Art. 45 (2) (f) del Código Procesal Penal lo que podría facilitar la negociación con el imputado colaborador. Pero nunca debe olvidarse que es una decisión que únicamente le compete a la víctima o a sus familiares.

Sobre este punto, se observó que en los casos 2, 3, 5, 11, 6, 7, y 9, la Fiscalía solicitó se tuviera por ejercida la acción civil en contra de todos los imputados procesados, incluyendo a los que solicitaba la aplicación de un criterio de oportunidad. En el resto de casos, sobre todo en los que se solicitó la aplicación del criterio en audiencia, no se hizo alusión a este aspecto por parte de la Fiscalía.

Nos llamó la atención el caso 4, en el cual las víctimas sí fueron parte de la negociación y renunciaron voluntariamente a la pretensión civil. Además, en el caso 1, la Fiscalía se auto atribuyó la potestad de renunciar a la pretensión civil argumentado que;

“... Para que exista congruencia con la acreditación del concepto de justicia premial, y siendo que se rescinde del ejercicio de la acción pública, pedimos a su autoridad tenga por renunciada a la acción civil en contra del criteriado...”

Sobre este último caso, nos parece importante señalar que con base a los Arts. 42 y 43 del Código Procesal Penal, la Fiscalía no posee ninguna potestad para renunciar a la pretensión civil, pues la ley lo obliga a ejercerla juntamente con la penal en los delitos de acción pública, no estando facultada para hacer renunciaciones de este tipo, que solamente es atribución de la víctima. En este punto adquiere mucha relevancia la función controladora que sobre las peticiones fiscales ejercen los jueces a fin de tutelar los derechos de las víctimas, que incluyen el derecho de reparación.

Se puede pensar como recomendación de lege referenda, para garantizar aún más los derechos de las víctimas, crear en la Ley Orgánica del Ministerio Público un mecanismo de control interno, que consista en la posibilidad para la víctima de recurrir al interior del Ministerio Público de la decisión de prescindir de la persecución penal que tome el fiscal asignado al caso, ante una autoridad superior dentro de la Fiscalía. Este sistema funciona en países como Portugal, Alemania, Estados Unidos y Puerto Rico.

También se puede pensar en la posibilidad que en los delitos graves sea el Estado el que asuma esta reparación, ya que está es una de sus obligaciones principales en el campo de los derechos humanos, junto con la prevención de la violencia y el combate de la impunidad. Además, es importante mencionar que la asistencia a las audiencias por parte de las víctimas es mínima, a pesar de convocárseles al efecto (casos 1, 2, 3, 5, 10, 11, 12 y 14), por ello su intervención en esta fase es vital.

4.2.2 Fase de corroboración mínima.

Otro elemento importante a valorar por la representación fiscal es la existencia de otros elementos de convicción que corroboren el dicho del imputado colaborador. Para ello, el fiscal debe hacer un ejercicio de supresión hipotética, sustrayendo la declaración del delator y examinando con qué tipo de pruebas cuenta en contra del resto de imputados, para presentar el respectivo requerimiento fiscal o la acusación. Esto le puede ser útil para valorar supuestos tales como que la información del testigo no sea veraz, en caso se anule su testimonio por algún motivo ajeno a éste, etc. Para lograr este objetivo debe trabajar de la mano de la Policía.

En las peticiones fiscales de los casos 1, 3, 5, 11, 15, 16 y 17, la Fiscalía expresó que la corroboración de la información ya se había verificado, y en los casos 2, 4, 5, y 9, se establecía que la corroboración había sido parcial, en el resto de casos no se estableció si se había corroborado o no la información.

La mayoría de entrevistados expresó su acuerdo en que debe corroborarse la versión del imputado delator antes de solicitar la aplicación del criterio de oportunidad, para evitar problemas posteriores, y en todo caso sirve de parámetro a la Fiscalía para valorar la eficacia y utilidad de la información brindada.

No obstante ello, algunos fiscales consideraron que para eso era el plazo de instrucción, donde corroborarían la información.

Consideramos importante resaltar en este punto, que si bien es cierto que en las primeras etapas del proceso se cuenta con un plazo

de instrucción en el cual se supone el fiscal, puede continuar investigando el hecho y corroborando en su totalidad la información que le ha sido proporcionada por el imputado delator, previo a solicitar la aplicación de este criterio de oportunidad, el fiscal debe de corroborar mínimamente la versión del imputado delator, como parte de una investigación seria.

Lo anterior, es una exigencia del proceso lógico que exige la persecución penal para lograr efectivos resultados que implica primero investigar y luego acusar, y no viceversa, evitándose así posibles "sorpresas" con relación al testimonio del imputado delator, que tendrían serias repercusiones en el proceso.

Piénsese en el caso de un imputado que proporciona datos sobre la comisión de un homicidio e involucra a ciertas personas, por móviles de odio y luego la defensa comprueba, por ejemplo, que sus defendidos se encontraban fuera del país o reclusos en un centro penitenciario a la fecha de los hechos, lo que desvirtuaría toda la investigación y sus resultados, si la Fiscalía basa únicamente en el testimonio de este imputado delator ⁶⁶. No obstante lo anterior, debe aclararse que esta corroboración se puede efectuar por prueba directa o indirecta, e incluso la ausencia de algún dato que corrobore la versión del imputado delator, puede ser un parámetro para no prescindir de la persecución penal en contra de éste.

Además, juntamente con la petición de aplicación de un criterio de oportunidad el fiscal debe anexar las diligencias que hubiere practicado, incluidas las de corroboración, esto derivado del deber de motivar sus peticiones, tanto fáctica como jurídicamente, señalado en el Art. 83 (2) del Código Procesal Penal.

4.2.3 Fase de suscripción de convenio.

Una vez que se ha corroborado aunque sea mínimamente la información del imputado delator y se ha tomado en cuenta todos los factores antes mencionados, además de contar con la autorización por escrito del jefe de unidad respectivo, el fiscal debe elaborar un "Acta de acuerdo negociado para el esclarecimiento del hecho", en la que se debe hacer constar al menos:

1. Lugar, día, fecha y hora.
2. Nombre y apellido de las personas que asistieron y la calidad en que actuaron.

⁶⁶. El fundamento de esto radica en la importancia del interés público que se encuentra en juego que es la libertad del resto de los imputados sobre los cuáles recae la delación, la que no puede ser restringida o eliminada injustamente por una pena o medida cautelar, sino se logra la certeza de su responsabilidad penal en los hechos. Para lo cual resulta insuficiente la incriminación de un delator.

3. Resultados de la negociación.
4. Relación del informe de corroboración de la información o de al menos alguna parte de la misma, rendido por los investigadores asignados al caso.
5. Acuerdo al que se llegó y ofrecimiento del fiscal -acá se puede incluir lo de la reserva del proceso- de la posible aplicación del régimen de protección de testigos, el plazo en que quedará en suspenso la acción penal, además de informar al imputado de las medidas sustitutivas de la detención provisional que se solicitaran en caso de ser necesarias.
6. La designación de los investigadores a quienes se encomienda la completa verificación de la información.
7. Precisión del contenido concreto de la colaboración del imputado -que proporcione nombres de personas involucradas, lugares, que declare en juicio-etc.
8. Constancia que el imputado comprende el contenido del convenio, que ha prestado su consentimiento de una forma libre y que fue asistido por defensor.⁶⁷
9. Prevención al imputado, si el criterio de oportunidad que otorga es condicionado, que se puede continuar con el caso en su contra, de no resultar efectiva su información o de no cumplir con su colaboración y explicarle en que consistirá la misma.

Esta acta quedará resguarda en la Fiscalía y será estrictamente confidencial. Para que no entorpezca la investigación no se dará copia a las partes, pero una copia deberá ser enviada al Fiscal General de la República. Asimismo, en caso de ser solicitada por un juez deberá extenderse certificación de la misma.

La importancia de la elaboración de esta acta radica en que puede ser un mecanismo que sirva de garantía al imputado colaborador, que una vez que brinde la información que posee, la Fiscalía no se retractará de su obligación de solicitar un criterio de oportunidad a su favor, claro está, siempre que dicha información sea eficaz.

También en esta acta se puede hacer constar las diligencias de investigación que se verificarán con el imputado, a fin que el defensor cuente con la posibilidad de asistir a las mismas.

En esta acta no necesariamente debe plasmarse la información que posee el imputado colaborador, pues resulta más conveniente que por aparte se haga constar su declaración. En este punto es importante hacer mención que en los casos 2, 3 y 4, se hizo constar en el

67. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha declarado en los casos Golder del 21 de febrero de 1975, Airey del 9 de octubre de 1999, y caso Deweer del 27 de febrero de 1980, que no se produce violación del convenio porque existan transacciones con los imputados siempre que se cumplan con determinados requisitos como la ausencia de amenazas.

requerimiento respectivo que se había elaborado un acta de compromiso en sede fiscal, pero no se anexaron a los expedientes judiciales examinados o fueron devueltos al Ministerio Público.

En el resto de casos no se hizo constar la existencia de este tipo de documentos y al entrevistar a un fiscal sobre el contenido del mismo expresó que poseía los requisitos generales de las actas (lugar, fecha, comparecientes) y el compromiso fiscal de otorgar un criterio de oportunidad

al imputado X, haciéndose constar que la información se verificará posteriormente y la firma de los asistentes.

En este punto debe preverse que en el caso que la petición de aplicación de este criterio de oportunidad se diere en el transcurso de una audiencia, en dicha acta se deberá hacer constar el contenido del acta de compromiso del imputado, debiéndose solicitar una copia para ser anexada al expediente fiscal para ser resguardada en el archivo respectivo.

4.2.4 Fase de declaración extrajudicial del imputado.

El mecanismo que más utiliza la Fiscalía para materializar la información que aporta el imputado colaborador es la confesión extrajudicial (casos 1, 2, 3, 4, 6, 7, 9 y 11). Algunos de los entrevistados expresaron que este tipo de mecanismos puede vulnerar el derecho del imputado a no autoincriminarse, ya que sus declaraciones son un medio de defensa y la misma es indivisible, por lo que debe ser valorada en lo favorable como en lo desfavorable.

Al respecto consideramos pertinente aclarar que si bien el mecanismo de la confesión extrajudicial no resulta el más idóneo, es el más acorde con la normativa vigente, pues en la fase extrajudicial el colaborador continua teniendo la calidad de imputado, que perderá hasta que el juez dicte el correspondiente sobreseimiento definitivo a su favor a consecuencia de haber autorizado la aplicación del criterio de oportunidad.

Con respecto al argumento que son un medio de defensa, no puede pasar por alto que, específicamente, las declaraciones de este imputado colaborador se deben considerar como una estrategia misma de la defensa del mismo, consistente en renunciar a ese derecho de no auto incriminarse, proporcionando información que le generara la exención de responsabilidad penal.

Además, es importante mencionar que si se le tomase declaración en calidad de testigo en esta etapa preprocesal no se justificaría la presencia de defensor.

Algunos alegan que en puridad no es una confesión porque no

es libre ni espontánea, al estar sujeta a la expectativa de recibir un posible beneficio, pero este argumento de análisis de voluntad, no es verificable.

En este punto es importante determinar qué clase de confesión es la que rinde el imputado colaborador y cuáles son los requisitos necesarios para su validez. Al respecto, se afirma que la confesión puede ser de tres tipos:

- a. Confesión propia o auto inculpación, donde se refiere al reconocimiento de la propia autoría o participación en el delito.
- b. Confesión ajena, que significa que un acusado atribuye a otro la ejecución del delito en que ambos son procesados.
- c. Confesión mixta, en la cual el imputado a la vez que se auto inculpa también inculpa a otros. Estos dos últimos tipos de confesión son los que se da en la mayoría de criterios de oportunidad aplicados en base al Art. 20 (2) del Código Procesal Penal.

Los requisitos que debe reunir esta confesión extrajudicial, incluidos en el Art. 222 del mismo Código, son:

- a. Debe acreditarse que se ha prestado de una forma libre y espontánea fuera de toda idea de presión, amenaza, intimidación o violencia..
- b. Es necesario que se pruebe el contenido por uno o más testigos que merecieren fe al juez.
- c. Es necesario que sea verdadera, en el sentido que guarde concordancia con otros elementos de juicio que existan en el proceso.
- d. Que los testigos den fe que el confesante al rendir su declaración o al suscribir la escrita, no fue objeto de violencia física o moral.
- e. Con información del derecho a no declararse culpable
- f. Rendida con asistencia de defensor.

Cuando esta confesión reúna todos los requisitos antes enumerados puede ser presentada por el fiscal como uno de los fundamentos para solicitar la aplicación el criterio de oportunidad ante el juez respectivo.

Las pautas generales de valoración de las confesiones de los imputados son: la presunción de veracidad de las mismas, que implica que se presumen verídicas en lo abstracto, la verosimilitud de lo confesado, la coherencia y espontaneidad y la coincidencia con otros elementos de convicción.⁶⁸

En relación con el valor probatorio de esta confesión extrajudicial,

68. JAUCHEN, Eduardo M.; La prueba en materia penal, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1998, Págs. 76-79.

si bien el Art. 222 del Código Procesal Penal, establece que si reúne todos los requisitos mencionados en dicha disposición tiene el valor de prueba, se debe tomar en consideración que este tipo de confesiones no tienen el mismo valor probatorio de otros medios de prueba, pues no han sido vertidas ante un juez imparcial que garantice su legalidad, ni tampoco se ha hecho respetando el principio contradictorio, que son requisitos mínimos para toda producción de prueba que debe ser incorporada por su lectura al momento del juicio.

Este respeto al contradictorio no se da por la misma naturaleza de la confesión, pues al imputado no se le puede pedir juramento o promesa de decir verdad, no puede interrogar de manera a inducirlo a decir la verdad, pues las preguntas no pueden ser capciosas ni sugestivas, así como tampoco se le pueden hacer reconvenções tendientes a obtener una confesión. La inobservancia de las prohibiciones antes referidas, acarrearía la nulidad de lo actuado.

Debe recordarse además que estas declaraciones no son pruebas anticipadas ni pruebas preconstituidas, que puedan ser incorporadas al debate, constituyendo únicamente elementos de convicción que el juez valorará en las primeras etapas del proceso y que por sí solas nunca van a destruir la presunción de inocencia de los individuos, ya que solamente concatenados a otros elementos de convicción pueden servir de fundamento para decretar la detención provisional de imputado u ordenar la instrucción o apertura a juicio en un proceso.

Ahora bien, surge la duda de cuál debe ser la interpretación más adecuada del Art. 330 (3) del Código Procesal Penal que establece la posibilidad de incorporar mediante lectura las declaraciones de coimputados rebeldes o ya sentenciados, si aparecen como partícipes del delito que se investiga u otro conexo.

Debe entenderse que esta disposición se refiere a aquellas declaraciones de imputados delatores que reúnen las siguientes condiciones:

1. Que exista una comprobada imposibilidad de reproducción oral en el juicio dada la rebeldía del imputado delator u otro tipo de causal.
2. La práctica de la misma debió haberse realizado con la intervención judicial.
3. Posibilidad de contradicción, que incluye el derecho de las partes de interrogar al imputado delator, la presencia de los procesados en dicha diligencia para ejercer su derecho de defensa material o bien el uso del derecho al careo. Aunque en este punto es importante mencionar que al menos debió de haberse garantizado “la posibilidad de asistencia”, pues la negligencia de la defensa no puede impedir que se lleve a cabo

la misma.

4. Su reproducción mediante lectura en el juicio oral.

Los requisitos antes mencionados no pueden ser cubiertos definitivamente en una confesión extrajudicial por varios motivos, entre los cuales se encuentran: que el imputado delator al confesar no puede ser sujeto a contra interrogatorios; la confesión extrajudicial está diseñada para que no se haga en presencia judicial porque para tal fin esta diseñada la confesión judicial, por lo que bajo ningún supuesto podrían admitirse como prueba documental para ser valorada en juicio ante los tribunales de sentencia.

En todo caso, las declaraciones que el imputado rinda en sede extrajudicial, si reúnen los requisitos antes mencionados, únicamente podrán ser utilizadas en el juicio como prueba de refutación, en caso de existir contradicciones con posteriores declaraciones del imputado delator sobre los mismos hechos, encontrándose el juez de sentencia facultado para ordenar la lectura de las mismas y escuchar las explicaciones del imputado sobre las discrepancias para decidir a cual dará preferencia, con base a las reglas de la sana crítica (Art. 340 del Código Procesal Penal).

En el derecho comparado se discute la validez de las declaraciones de coimputados, que se auto incriminaron e incriminaban a otros, en la creencia que se le iba a conceder un criterio de oportunidad, con total desconocimiento de sus derechos.

En ese sentido, en el caso Pueblo v. De Jesús, 99 TSPR 113, el Tribunal Supremo de Puerto Rico consideró que estas confesiones en las que se incrimina a otros sin las advertencias legales u obrando el imputado bajo la creencia que le será otorgada la Inmunidad, no valen, pues:

“...los agentes investigadores vienen en la obligación de hacerle las advertencias a éste, pues no se trata de un juego del más listo, de lo que se trata es de la observación de derechos fundamentales garantizados en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, ya que toda persona sospechosa tiene derecho a permanecer callado, a un abogado, etc., y debe hacerse saber por los órganos de investigación sus derechos...”.

Finalmente, el Tribunal Supremo de Puerto Rico consideró procedente suprimir en su totalidad esa evidencia aunque incriminaba

a otros, ya que la consideraron inadmisibile, pues no fue voluntaria -es decir, producto de una decisión libre- y con completo conocimiento del derecho al que se renunciaba.

Por su parte, en España, en la STS del 30 de junio de 1997, se le dio valor a la declaración auto inculpatória que resulta también acusatoria de otros, obtenida sin información de derechos y sin asistencia letrada, con respecto a lo referido a los datos de la delación de otros imputados, pues consideraron que el principio *nemo tenetur*, no resulta vulnerado cuando se trata de declaraciones que incriminan a otro procesado.

Agregan, que una cuestión diversa es que si esa declaración pueda llegar a ser ponderada en contra de quien la fórmula, pues no valen en ese caso por la garantía de no autoincriminación que posee el imputado, pero si es respecto de otros, puede tomarse como prueba indiciaria⁶⁹.

Sobre este punto consideramos importante aclarar que en nuestro país, si por alguna razón se negara la aplicación del criterio de oportunidad a un imputado que ha proporcionado su colaboración en el proceso aportando información en una confesión extrajudicial, su contenido no podría ser utilizado en su totalidad, pues constituiría prueba ilícita, porque su voluntad de declarar no sería producto de una decisión libre y deliberada ni con pleno conocimiento de la naturaleza del derecho al que se renuncia, requisitos indispensables para la validez de toda confesión.

Esta por ser una prueba ilícita en ningún caso podría ser valorada como indicio, a pesar de lo dispuesto en el Art. 15, inciso final, del Código Procesal Penal, ya que un Estado no puede basar una investigación en actos violatorios de derechos fundamentales, pues en tal caso esta se convertiría en ilegítima.

No obstante lo anterior, consideramos que sería más recomendable que al igual que en el procedimiento abreviado del Art. 380, inciso final, del Código Procesal Penal, existiera una disposición que establezca que las declaraciones de los imputados en estos casos no tendrán ningún valor probatorio en contra de los mismos en el supuesto que no se conceda la aplicación del criterio de oportunidad.

La redacción propuesta para tal fin es la siguiente:

“Art. ____ Restricciones

Las declaraciones del imputado que colabore

69. ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel; Guía práctica de la prueba en el proceso penal, Editorial Práctica de Derecho, S.L., Madrid, 2000, Págs. 68 y 69.

decisivamente con la investigación brindando información esencial para evitar la consumación o continuación del delito en que haya participado o para lograr la condena de otros copartícipes del mismo delito o de otro diferente, no tendrán ningún valor de convicción sino se producen bajo el control de la acusación y la defensa y ante la presencia de un juez.”

4.2.5. Fase judicial que comprende la presentación de petición al juez, realización de audiencia y aseguramiento de la información -vía anticipo de prueba- en los casos que proceda.

En relación con la fundamentación de las peticiones fiscales para la aplicación del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, encontramos que los fiscales utilizan fórmulas genéricas, tales como :

(a) "Que el imputado proporciona información de lugares, personas y contribuye decisivamente al esclarecimiento del hecho, por lo que se solicita la aplicación de un criterio de oportunidad a favor de..."

(b) "Que el imputado...detalla acciones y delata a otros coautores del ilícito, contribuyendo decisivamente al esclarecimiento de los hechos por lo que nos comprometimos a otorgar un criterio de oportunidad a favor de"

(c) "Que el imputado detalla sus acciones, delata a otros coautores del delito por lo que la representación fiscal se comprometió a otorgar un criterio de oportunidad al señor ... por haber contribuido decisivamente al esclarecimiento del hecho..."

En tal sentido, se encuentran las peticiones fiscales de los casos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11 y 14. Al respecto, consideramos que estas fundamentaciones resultan insuficientes, ya que el fiscal debe establecer que se comprobó la posible participación del imputado en el hecho, en qué consiste la colaboración del imputado en el proceso, si fue o no corroborada mínimamente la información, el fundamento para declararlo condicionado, (lo cual únicamente se realizó en el caso 11), el plazo en que se mantendrá en suspenso la acción penal y las diligencias de corroboración que se pretenden realizar, anexando a su petición las ya realizadas.

Además debe fundamentar las medidas cautelares que solicita se apliquen al imputado colaborador y en su caso la necesidad de aplicación del régimen de protección de testigos. En los casos analizados se solicitó la aplicación de medidas sustitutivas de la detención provisional (casos 2, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14 y 16), las medidas sustitutivas más

solicitadas en su orden fueron las del Art. 295 (3), (5), (1), y (6), del Código Procesal Penal.

Con respecto a la medida cautelar establecida en el Art. 295 (2) del mismo cuerpo normativo, consistente en la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una institución, la mayoría de imputados delatores fueron puestos bajo la vigilancia de la Policía Nacional Civil.

Consideramos pertinente la aplicación de estas medidas cautelares, pues el imputado colaborador no debe ser completamente desligado del proceso penal y de esa forma se puede garantizar su presencia en el juicio.

Referente al régimen de protección de testigos fue solicitado en los casos 2, 3, 5, 6, 7, 9, 12 y 14, pero las peticiones no fueron debidamente fundadas a nuestro criterio, pues solamente se hacía uso de la siguiente fórmula genérica:

“Se aplique en el presente caso el régimen de protección de testigos y peritos en el sentido que sean borrados los datos de filiación de las víctimas y testigos del hecho y los mismos sean sustituidos por números acordes a una lista que debe permanecer en poder el juez competente y disposición reservada de las partes”

En este punto se debe recordar que toda clase de peticiones que formule la Fiscalía deben encontrarse debidamente fundamentada, no sólo jurídicamente sino también de facto. La aplicación de este régimen tiene su fundamento en el derecho de protección que esta plasmado en el Art. 2 de la Constitución.

Al momento de otorgarlo la Fiscalía debe ponderar el hecho que la protección de estas personas no sólo se satisface con la salvaguarda de su identidad, sino que se requiere de medidas complementarias tales como la protección policial de los mismos durante el proceso y aún hasta cierto tiempo después de concluido el mismo e incluso la eventual concesión de ayudas económicas en aquéllos casos excepcionales en que el imputado colaborador abandona su domicilio y trabajo habitual, pues descuidos en este aspecto pueden generar consecuencias fatales para los delatores.

En relación con la fase de aseguramiento, el mecanismo más utilizado es el anticipo de prueba al que se hará referencia en otro apartado de este capítulo.

4.2.6 Fase de cumplimiento de la colaboración y definición de la situación jurídica del imputado colaborador.

En la mayoría de casos el criterio de oportunidad por colaboración del imputado en el proceso, a excepción del caso 15 -donde se sobreseyó definitivamente- se condicionó al cumplimiento de la colaboración o a la

eficacia de la información.

Al entrevistar a los fiscales acerca de cuál era el momento que consideraban oportuno para definir la situación jurídica del imputado encontramos dos criterios al interior de la Fiscalía: el primero, establecía que una vez corroborada la información brindada por el imputado era el momento para considerar que había cumplido con su colaboración y; el segundo, que consideraba que era hasta después que el imputado colaborador declaraba en el juicio que se podía definir su situación jurídica, pues consideraban muy riesgoso el sobreseer definitivamente a un imputado que podía retractarse a la hora del juicio, si se definía con anterioridad su situación jurídica.

Al respecto, consideramos que el Art. 21 (3) del Código Procesal Penal plantea dos situaciones diferentes como condiciones suspensivas para el dictado del sobreseimiento definitivo a favor del imputado colaborador.

La primera es el concepto de “cumplimiento de la colaboración”, al respecto debe entenderse que esto se verifica hasta que el imputado termina su función de colaboración en la última de las etapas procesales que es el juicio, debido a que es hasta este momento cuando verdaderamente se vertirá su declaración y su testimonio será utilizado como prueba de cargo contra el resto de imputados.

En algunos requerimientos se hizo alusión a que este cumplimiento se podía dar tanto cuando el imputado declaraba en el juicio, o bien cuando rinda por medio de un anticipo de prueba su testimonio, tema que se analizará más adelante. Este concepto de cumplimiento de la colaboración, necesariamente abarca que la misma sea eficaz.

Un aspecto polémico se refiere al contenido de la colaboración. No cabe duda que para la información sea relevante o esencial debe revelar datos sobre la existencia del hecho y la individualización o detención de sus autores, los medios de ejecución y los provechos obtenidos, pues no debe olvidarse que: (i) una información puede ser relevante aunque sólo haya servido como noticia criminis y, (ii) revelaciones causalmente esenciales para obtener aquellos datos pueden desperdiciarse por técnicas investigativas inadecuadas no atribuibles al colaborador ⁷⁰.

La segunda situación es la eficacia de la información. Este tipo de condición puede verse cumplida, únicamente, cuando el imputado proporciona información veraz, sobre delitos aún no consumados que permita lograr resultados en su frustración, como decomisos de mercaderías, drogas, etc. En estos supuestos, definitivamente, su

70. RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander; El arrepentido y la investigación penal encubierta. Aspectos problemáticos de la persecución del crimen organizado, Trabajo inédito, San José, 2003, Págs. 1-23.

colaboración en evitar la consumación de los ilícitos debe provocar que el Ministerio Público lo desvincule del proceso.

No obstante, por regla general consideramos que es prudente definir la situación jurídica del imputado hasta que éste declare en juicio, pues es la única vía con que cuenta la Fiscalía para continuar con la persecución penal de un delincuente que se retracta al momento de declarar.

Esto puede evitar situaciones en las cuales el imputado, como coartada, luego de concedérsele el criterio de oportunidad, simplemente no declara en juicio o se retracta con la idea que las únicas penas a las que podría enfrentarse serían las del fraude procesal del Art. 306 del Código Penal, que prevén penas mucho menos severas que las que hubiera afrontado en caso de ser enjuiciado.

Es que no podemos desconocer que en la realidad el fiscal puede encontrarse ante “falsos arrepentidos”, quienes, con la finalidad de desorientar las pesquisas, pueden comprometer la dignidad y la seguridad de personas que no tengan vinculación alguna con los delitos que se trata de perseguir. Dos podrían los correctivos que en la práctica se podría asumir para disminuir tal eventualidad: el primero, evitar que la hipótesis investigativa grave únicamente sobre aquella información. La exclusiva dependencia de la colaboración puede inducir a error al fiscal, quien -equivocadamente- puede desechar otras alternativas de investigación, tal vez relevantes y acaso las verdaderas. Luego, tal como se ha puesto en evidencia en Italia, el Ministerio Público podría revertir los beneficios otorgados con base en una colaboración fraudulenta, cuando existan hechos nuevos que acrediten el error judicial. Sería pues, una causal de revisión (contra el reo).⁷¹

En otros países, la solución que se propone en estos casos es la elevación de la pena para los delitos de falso testimonio para el caso de los delatores,⁷² otorgándole la calidad de testigo al imputado y obligándolo a declarar, pudiendo ser en éstos casos juramentado y tratado en todo como un testigo.

El problema es que nuestro Código, la situación jurídica del imputado delator se define hasta el dictado del sobreseimiento definitivo, pero a lo largo del proceso continua siendo imputado, pero es tratado en lo demás como un testigo, por esa razón se habla en la doctrina que este rinde un testimonio impropio.⁷³

Por otro lado, tampoco puede ser considerado un testigo en

71. RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander; Ob. cit., Pág. 18.

72. Para el caso el art. 1479 del Código de Enjuiciamiento Criminal de Puerto Rico, dispone como sanciones a quienes se les concedió inmunidad contra procesamiento que luego se nieguen a contestar el interrogatorio. Las multas van de 500 a 5,000 dólares dependiendo de la gravedad del delito y penas que van desde los seis meses hasta los diez años, existiendo la posibilidad de imponer ambas penas simultáneamente a discreción del juez.

73. CLIMENT DURAN, Carlos; La Prueba Penal, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1999, Pag. 302.

puridad, pues relata hechos de causa propia y tiene un interés en la resolución, casos en los cuales se permitiría tachar a un testigo.

A fin de solucionar esta problemática, algunos proponen la siguiente reforma al Art. 87 (5) del Código Procesal Penal:

“Art. 87 Derechos del imputado El imputado tendrá derecho:

“...5. A abstenerse a declarar y a no declarar contra si mismo. Si lo desee el imputado, podrá renunciar voluntaria y espontáneamente a estos derechos y declarar ante un fiscal, debiendo estar acompañado de su defensor. Las partes podrán interrogarlo. Durante el juicio si el imputado decide declarar estará sujeto a ser sometido al contra interrogatorio del fiscal o del querellante o acusador, de conformidad a lo establecido por este código.”

Asimismo, se propone una modificación al Art. 262 (1) del mismo Código, en los siguientes términos:

“Art. 262 Métodos prohibidos de interrogación.

En ningún momento se le requerirá al imputado juramento o promesa, salvo en los casos en que declare bajo un criterio de oportunidad.”

Además se recomienda adicionar a la regulación de los criterios de oportunidad un procedimiento de aplicación en los siguientes términos:

“Art. _____

...3. La persona a la cual se beneficia con la aplicación de un criterio de oportunidad tendrá la calidad de testigo, estando sometido a las reglas previstas para éstos en este Código.

La presente disposición operará también para el imputado detenido o acusado...”

En todo caso, consideramos que se necesita definir esta situación en la ley, pues en la praxis judicial automáticamente que se concede criterio de oportunidad al imputado colaborador se considera a éste como un testigo, y en esa calidad se le toma el anticipo de prueba, a pesar que no se ha extinguido la persecución penal en su contra, por encontrarse condicionado el dictado del sobreseimiento definitivo al cumplimiento de la colaboración y definir su situación jurídica en el proceso podría traer beneficios para aclarar dudas del trato que se dará en el juicio.

Debemos recordar que al encontrarse suspendida la acción penal en su contra esto implica que no ha perdido su calidad de imputado y mientras no se defina su situación jurídica mantiene esa posición siempre y cuando se trate de los mismos hechos.⁷⁴ Por ello, no es

razonable que a un imputado se le juramente y se le hagan las advertencias de las consecuencias que le podría acarrear un testimonio falso, cuando va a declarar acerca de hechos en que está involucrado, ya que no podría ocultar información o mentir además de la responsabilidad penal que le podría acarrear.

Las diferencias entre la confesión y la declaración testimonial son sintetizadas en el siguiente cuadro:

CONFESIÓN	DECLARACIÓN TESTIMONIAL
<ol style="list-style-type: none"> 1. Antes que un medio de prueba es un medio de defensa material. 2. Siempre es el relato de un hecho propio y perjudicial para el que lo presta. 3. No es juramentado ni tiene la obligación de decir la verdad del hecho investigado, reconociéndosele incluso el derecho a mentir. 4. Sus declaraciones falsas no le acarrear ningún tipo de responsabilidad penal. 5. Nunca puede ser tachado. 6. Las técnicas de su interrogatorio son limitadas. 7. Tiene el derecho a callar. 8. En el transcurso de su declaración puede consultar a su defensor. 9. Es indivisible y debe ser tomado en lo favorable como en lo desfavorable. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Es un medio de prueba. 2. Versa sobre el conocimiento que el testigo tenga sobre hechos propios o ajenos cuando ninguno de ellos lo perjudica. 3. Tiene un deber de veracidad y para tal fin presta juramento o promesa de decir la verdad. 4. En caso de ser falsa su declaración puede incurrir en el delito de falso testimonio. 5. Puede ser tachado. 6. Las técnicas para su interrogatorio son amplias. 7. No posee el derecho a callar y si lo hace puede ser procesado por desacato. 8. En el transcurso de su declaración no puede consultar a su abogado. 9. Es divisible.

El problema que surge es que al declarar este colaborador en calidad de imputado, restringe las posibilidades de interrogatorio de la defensa del resto de coimputados, lo que va en desmedro del derecho de defensa y de contradicción. Con base a tales argumentos es que surge la necesidad de una inmediata reforma a la normativa, para definir la situación del imputado colaborador en el proceso.

Diferente es el supuesto en que el delator brinda información en un proceso en el cual no ostenta la calidad de autor o partícipe, pues en estos casos puede declarar como testigo.⁷⁵ Este es el caso cuando el imputado no ha participado en el hecho o ha sido absuelto o previamente condenado y por razones objetivas (Rebeldía), no se hubiere realizado

74. Esta misma postura es apoyada por Jauchen, que estima que si el imputado colaborador incrimina a otros sí puede ostentar la calidad de testigo, pero si además se autoincrimina debe de ostentar la calidad de imputado, pues considera peligroso exigirle juramento, a lo que se agrega la sospecha de sus dichos. Cfr., Ob. Cit., Pág. 137. También Cafferata Nores, Ob. cit., Pág. 227, se adhiere a esta postura, sostenida también por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

75. En ese sentido se encuentra la Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Exp. 01-002001-0059-PE, Res. 2003-00136, del 28 de febrero de 2003.

el juicio para ambos.

En todo caso, y con la regulación actual, si se toma un anticipo de prueba a un imputado colaborador, sería en la forma de un confesión judicial, siendo los requisitos para la validez de la misma los siguientes: (a) debe ser prestada ante un juez; (b) es un acto personalísimo del imputado por lo que sólo puede ser rendida por éste; (c) debe ser expresa, voluntaria y espontánea; (d) debe tener por objeto hechos; (e) debe ser pormenorizada, clara y concreta; (f) el acto que la contiene debe ser válido; (g) debe existir sanidad mental en el confesante; (h) debe ser rendida con asistencia de defensor; (i) debe hacerse con el conocimiento de sus derechos.

Sólo en el caso que esta confesión reúna los requisitos antes mencionados, “podrá” ser apreciada como prueba en el juicio a tenor del Art. 221 del Código Procesal Penal, y además, cumplir con los requisitos del Art. 270 del mismo Código, en caso que el imputado colaborador no pueda asistir al juicio por alguna causa comprobada.

En relación con el plazo en cual se mantiene en suspenso la acción penal, éste no se encuentra determinado en la ley. En los casos 1, 3, 4, 5, 6, 11, 13, y 16, algunos fiscales solicitaron un plazo para definir la situación jurídica del imputado que oscilaba entre dos y seis meses.

Este plazo es importante porque de la determinación del mismo depende la certeza del momento en que se definirá la definición jurídica del imputado y le otorga cierto margen de seguridad jurídica a éste.

Esto además genera la obligación de la Fiscalía de estar pendiente del cumplimiento de estos plazos, a fin de informar al juez a quien se le solicitó la aplicación del criterio de oportunidad al finalizar los mismos, dicte el sobreseimiento definitivo a favor del imputado delator.

En el caso 14, aconteció que transcurrido el plazo de tres meses solicitado por la Fiscalía, ésta no presentó ninguna petición ante el Tribunal de sentencia que otorgó el criterio de oportunidad por lo que el tribunal oficiosamente le previno que se pronunciara al respecto, presentado la Fiscalía posteriormente la solicitud de sobreseimiento definitivo.

También, la defensa debe jugar un rol fundamental en la determinación de la situación jurídica del imputado y estar atento a que la Fiscalía solicite al correspondiente sobreseimiento definitivo una vez cumplida la colaboración.

No obstante lo anterior, consideramos que lo más saludable es incluir en el Art. 21 del Código Procesal Penal, un plazo que no puede exceder de un año, en el cual puede quedar en suspenso la persecución penal.

4.3 Tipo de análisis que el juez debe realizar al solicitársele la aplicación del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal.

4.3.1 Análisis de forma.

Este tema aún se encuentra en discusión en la doctrina, pues algunos autores, como Bovino,⁷⁶ opinan respecto al control judicial de las peticiones de prescindir de la persecución penal, que el tribunal no puede reemplazar el juicio discrecional del fiscal, pues el juicio de oportunidad político criminal sobre la persecución no es una función que pueda ser ejercida por los jueces.

Este criterio es apoyado por el principio de división de poderes, pues con base al Art. 172 de la Constitución a los jueces le corresponde juzgar y ejecutar lo juzgado, y a los fiscales acusar, de conformidad al Art. 193 de la Constitución.

Otros autores, como Daniel González,⁷⁷ lo formulan como un problema de controles externos que necesariamente deben existir sobre las peticiones fiscales donde se solicita que se prescinda de la persecución penal.

Al respecto, nuestro Código Procesal Penal al regular los criterios de oportunidad, retoma esta segunda opción, según la cual el juez controla, por medio de su aprobación o desaprobación la potestad discrecional de la Fiscalía de prescindir de la persecución penal.

No obstante dicha regulación, consideramos que con la finalidad de garantizarle al ciudadano que efectivamente existirá una división entre las funciones de acusar y juzgar se debe delimitar cuál debe ser el alcance del análisis que el juez hace de dicha petición fiscal, a fin de respetar el diseño constitucional del proceso penal, evitando que el juez se convierta en un fiscal superior que avala o rechaza esta petición. En ese sentido la jurisprudencia costarricense ha sostenido que:

“...el órgano jurisdiccional ha de ser un activo garante de la legalidad, sin que pueda sustituir al fiscal en la apreciación de la conveniencia de la persecución penal, pero debe constatar que al menos el convenio a cumplido las expectativas programadas...el tribunal debe informarse a través del Ministerio Público, acerca de los resultados de la negociación, sin que resulte lícito discrepar sobre la utilidad reportada, pues por mandato del principio acusatorio, tal calificación corresponde al ente acusador...”⁷⁸ En los casos analizados encontramos que en la mayoría de ocasiones el juez se limitaba a “avalarse” la petición fiscal

76. BOVINO, Alberto; La persecución penal pública en el derecho anglosajón, Revista Pena y Estado No 2, año 3, Editores del Puerto, S.r.l., Buenos Aires, 1997, Págs. 50-79.

77. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel; El criterio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, Revista de Ciencias Penales, año 5, No. 7, San José, Julio de 1993, Pág. 67.

78. SENTENCIA de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Exp. 98-200856-275 PE, Res. 00392-99, 9 de abril de 1999.

de aplicar este criterio de oportunidad, sin efectuar un análisis de la petición, utilizando fórmulas tales como:

(a) “El imputado ha demostrado que desea colaborar por lo que es procedente otorgarle el criterio de oportunidad a...”.

(b) “El imputado ha ayudado al esclarecimiento de los hechos, lo que justifica la aplicación de un criterio de oportunidad a favor de...”.

(c) “La Fiscalía posee el monopolio de la investigación y si ella lo solicita no hay objeción para la aplicación de un criterio de oportunidad a favor de...”.

Con este tipo de fundamentos se encuentran los casos 2, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16. Los casos en los cuales se encontró un análisis más detallado de las peticiones fiscales fueron los casos 4 y 9.

En el caso 4 el juez verificó que existía voluntad del imputado de colaborar en el proceso y que estaba consciente de las consecuencias de ello. Se estableció en qué consistía la colaboración que se había obtenido del mismo, que era aceptable pues se solicitaba en la investigación de delitos de criminalidad organizada y se advirtió a la Fiscalía de la necesidad de verificar totalmente la información que este aportaba.

En el caso 9 se analizó que efectivamente contra el imputado, a quien se le iba a conceder el criterio de oportunidad, existían elementos de convicción que lo incriminaban en el hecho, se estableció en que consistió la colaboración, que la Fiscalía lo solicitó en uso de su facultad persecutoria y que se accedía a aplicarlo porque se trataba de un caso de criminalidad organizada.

Los entrevistados no coincidieron en este punto, pues mientras para algunos el análisis del juez debía ser meramente revisión de la forma de la petición y referirse únicamente a la verificación de los supuestos del Art. 20 y siguientes del Código Procesal Penal, otros consideraban que se debía analizar también el fondo de esa petición fiscal.

Al respecto, consideramos que el juez en ningún caso puede suplir la determinación del fiscal de acusar, siempre y cuando ésta se encuentre fundamentada, fáctica y jurídicamente y, además, no viole ningún principio o derecho constitucional.

En tal sentido, el juez debe verificar el cumplimiento de los requisitos formales de la petición -control de la legalidad- establecido en el Art. 20 y siguiente del Código Procesal Penal.

Para tal fin, se propone el siguiente esquema de análisis judicial de la petición fiscal:

(a) Análisis del cumplimiento de requisitos legales para la aplicación de este criterio de oportunidad.

(b) Que sea el momento procesal oportuno para solicitarlo.

(c) Que sea solicitado por las personas autorizadas en el Código Procesal Penal.

(d) Debe verificar que el imputado haya tomado libre y voluntariamente su decisión, fuera de cualquier tipo de presión y que fue asistido por abogado defensor.

(e) Que el imputado comprende los efectos de la aplicación del criterio de oportunidad y en que consistirá su colaboración, en los términos descritos en el convenio.

(f) Que se garanticen los derechos de las víctimas, ya sea tomándolas en cuenta en la negociación o bien, ejerciendo la representación fiscal la pretensión civil a favor de las mismas, en caso de no haber renunciado a ésta.

(g) Que existan elementos de convicción para determinar que la persona a quien se le otorga este criterio de oportunidad ostenta la calidad de imputado, esto en caso de estar siendo procesado simultáneamente con sus co imputados.

(h) Que exista como parte de la fundamentación fáctica de la petición fiscal una mínima corroboración del dicho del imputado colaborador.

(i) Un análisis de proporcionalidad de la medida, pues en casos donde se viola este principio constitucional puede denegarse⁷⁹.

(j) En caso de que el criterio de oportunidad que se solicite sea condicionado a la efectividad de la información o al cumplimiento de la colaboración, se debe establecer claramente el plazo en que se mantendrá en suspenso la extinción de la acción penal.

(k) Análisis del cumplimiento de requisitos legales para la aplicación de medidas cautelares y régimen de protección de testigos.

4.3.2 La posibilidad de efectuar un análisis de fondo.

En relación con a la valoración del fondo de la petición, se argumenta que el juez no puede analizar la conveniencia o utilidad de prescindir de la persecución penal, o de la credibilidad del testimonio de este imputado colaborador.

Al respecto, consideramos importante aclarar que una cosa es el análisis del juez de la solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad, el cual se esbozó con anterioridad, y otra muy diferente, es

⁷⁹. Piénsese en el caso que la Fiscalía solicite la aplicación de este criterio de oportunidad en a favor del autor directo de los hechos, en detrimento de los partícipes, este tipo de peticiones desnaturalizaría por completo la aplicación de la justicia premial.

el valor probatorio que se le dará al testimonio del imputado colaborador, ya sea para decretar la detención provisional de los delatados, la instrucción, la apertura a juicio o bien la condena en un juicio.

Por tal motivo, consideramos conveniente esbozar el análisis que para la etapa del juicio le es permitido efectuar al juez de sentencia,⁸⁰ a fin de valorar la credibilidad de este imputado colaborador, con la aclaración que si éste es efectuado por el juez de paz o de instrucción al momento de dictar sus resoluciones debe ser menos riguroso, por la etapa en la cual se encuentra el proceso, ya que en las primeras etapas del mismo no se puede, por ejemplo, exigir una total corroboración de los hechos o impugnar a priori el dicho del imputado colaborador cuando no ha sido contrastado con las pruebas que desfilaran hasta el momento del juicio.

A. NECESIDAD DE CORROBORACIÓN DE VERSIÓN DEL IMPUTADO DELATOR POR MEDIO DE ALGÚN DATO EXTERNO QUE COMPRUEBE EFECTIVAMENTE SU MANIFESTACIÓN

Este requisito es importante al ser innegable que los imputados a quienes se les concede la aplicación del criterio de oportunidad por delatar a otros, hacen surgir en el juzgador una inevitable sospecha objetiva de parcialidad, motivada por un interés del imputado dirigido a autoexculparse, obtener un trato favorable o bien por la intención de perjudicar a quienes delata.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado señalando que la pruebas de declaraciones de coimputados y arrepentidos no están prohibidas y no cabe dudas del carácter testimonial de sus manifestaciones basado en su conocimiento extra procesal de los hechos, no violentándose con su inclusión la presunción de inocencia, sino constituyéndose en un dato que el tribunal tomará en cuenta a la hora de ponderar su credibilidad⁸¹. Añadiendo en la sentencia del Tribunal Supremo 2-1998, “que no es admisible contentarse con que la versión de éste sea compatible con algunas circunstancias que no contradigan las afirmaciones del coimputado.” Por ello se exige a partir de los resultados de las pruebas que existen en la causa y no dar por acreditada la verdad de las declaraciones del coimputado simplemente por la comprobación que algunos datos del proceso no contradicen las imputaciones vertidas; agregan que si se da valor probatorio a una inculpación proveniente de un coacusado interesado en la misma y además carente de comprobación objetiva, la indefensión de los afectados

80. Para la elaboración de este esquema se tomó como base el propuesto por Carlos Climent Durán, en su obra *La Prueba Penal, Tirant lo blanch*, Valencia, 1999, Págs. 298 a 331, destinado a la valoración de las declaraciones de coimputados, que en España son equiparados a los arrepentidos, con las valoraciones aplicables a estos últimos.

81. Sentencias del Tribunal Constitucional Español 137-1988 y 51-1995 y Sentencias del Tribunal Supremo 655-1996, 438-1996 y 692-1997.

es manifiesta.

La sentencia citada pone de relieve un punto neurálgico en este tema, el cual es la ponderación de credibilidad del testimonio del imputado delator, pues de no existir una corroboración, ya sea mediante prueba directa o indirecta de su dicho, se trata únicamente de la palabra de una contra otro, no extendiendo un fundamento para darle total validez a un testimonio que además de interesado es sospechoso.

En ese sentido, es interesante que en el derecho anglosajón, también se exija este requisito de la corroboración al momento de valorar el testimonio de un imputado al cual se le ha concedido inmunidad por su colaboración en el proceso.

Al respecto, es ilustrativo que en el caso *El Pueblo de Puerto Rico v. Víctor Negrón Vélez*, 96 DPR 499, el Tribunal Supremo de Puerto Rico sostuvo que la prueba de corroboración del testimonio de un cómplice, requerida para la convicción del acusado, participa de las siguientes características:

“1. No es necesario que sea corroborante en cuanto a cada hecho testificado por él.

2. Será suficiente si no requiere interpretación profunda y la dirección de este testimonio tiende a relacionar al acusado con la comisión del delito de manera que satisfaga al Jurado de que el cómplice está diciendo la verdad.

3. Debe tender a implicar al acusado y, por lo tanto, debe relacionarlo con algún hecho que sea elemento esencial del delito.

4. No es esencial que dicha evidencia corroborativa sea suficiente por sí misma para establecer cada elemento del delito.⁸²”

B. AUSENCIA DE CREDIBILIDAD SUBJETIVA.

El tribunal de sentencia al momento de valorar la credibilidad de este testigo debe examinar las razones o motivos que pueden haber impulsado al imputado para delatar a sus compañeros del delito. Sobre esto se distinguen los siguientes móviles:

(a) Móviles espurios: por razones de odio, venganza, rencor, adversión o similares.

(b) Móviles de lograr la propia autoexculpación.

(c) Móviles derivados de presión fiscal o policial.

⁸². En este caso la interpretación se basó en la Regla 156 de Procedimiento Criminal de Puerto Rico que literalmente dice: “No procederá convicción por la sola declaración del cómplice a no ser esta corroborada por alguna otra prueba que, por sí misma y sin tomar en consideración la declaración del cómplice, tienda a demostrar la relación del acusado con la comisión del delito. Esta corroboración no será suficiente si probare solamente la perpetración del delito o las circunstancias del mismo”

(d) Móviles de lograr una hábil coartada.

(e) Móviles derivados de la personalidad del autor -trastornos psicopáticos, trastornos antisociales de la personalidad, etc.- y de las relaciones previas de la personas a quienes se delata-pertenencia a grupos delictivos rivales, problemas derivados de repartición de las ganancias derivadas del delito, etc.

En este punto es importante resaltar que la concurrencia de éstas circunstancias no invalidan este medio de prueba, pero son factores que influyen en la credibilidad de las declaraciones de los imputados delatores.

C. AUSENCIA DE AMBIGÜEDADES O CONTRADICCIONES.

El hecho que en las declaraciones que el imputado delator rinda a lo largo del proceso, no existan contradicciones relevantes es otro elemento a ponderar.

El análisis antes descrito ya fue utilizado en la jurisprudencia nacional sostenida por la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, en las resoluciones de incidentes de apelación de la detención provisional de fechas 4-03-2003 y 10-02-2003.

En el primero de los casos, se sustituyó la medida cautelar de la detención provisional, ya que está se basó únicamente en el testimonio de un imputado a quien se le había otorgado un criterio de oportunidad, no constando en el proceso ningún dato objetivo que corroborara su dicho, sino por el contrario constando elementos de convicción que lo contradecían.

En este caso, la Cámara también efectuó un análisis de la credibilidad subjetiva que le merecía este testimonio, como sus móviles de autoexculparse, sus antecedentes delincuenciales etc., argumentándose que, "...la sola declaración no prueba la participación del imputado en el hecho, por ello no se cumple con la exigencia para decretar la detención provisional de apariencia de buen derecho del Art. 292 del Código Procesal Penal....".

En el segundo caso, se estableció que el valor que tiene la confesión extrajudicial del imputado delator es de ser un elemento de convicción, que debe ser valorado sobre la base de la libertad probatoria, ya que no reúne todos los requisitos de la prueba (contradicción, realización ante autoridad judicial, al momento del juicio, etc.) procediendo a examinar los requisitos de suficiencia de la declaración del delator que clasificó en tres grupos: 1. Rasgos de personalidad de la fuente; 2. Móvil de la delación, y; 3. Ausencia de elementos de convicción suficientes que corroboren su dicho.

En ambos casos, la Cámara revocó la detención provisional de

los imputados al no superar el testimonio del imputado delator el análisis antes descrito.

Como se afirmó al inicio de este apartado, el análisis antes descrito debe ser atenuado en las primeras fases del proceso penal, pero es indispensable hacer estas valoraciones al momento de fundamentar decisiones que afectan los derechos del resto de procesados.

4.3.3 Los anticipos de prueba.

Un dato relevante respecto a este tema es lo relativo a los anticipos de prueba, ya que en la práctica los fiscales, solicitan que el testimonio de los imputados colaboradores sea introducido al proceso mediante este mecanismo (casos 1, 2, 4, 10, 11, 12 y 7), siendo el fundamento para solicitarlo que esto era parte del cumplimiento de la colaboración. En todos los anticipos de prueba observados el imputado declaraba en calidad de testigo.

Al respecto, consideramos importante destacar los requisitos que debe cumplir toda prueba anticipada, los cuales son: 1. Irreproducibilidad de la declaración en el juicio; 2. Ante presencia judicial; 3. Respeto del principio de contradicción.

No obstante que estos requisitos son exigidos en el Art. 270 del Código Procesal Penal, la reforma que se hizo al inciso quinto de dicha disposición, dispone que en los casos de criminalidad organizada se entiende necesaria la práctica de cualquiera de las diligencias mencionadas en el citado artículo, desnaturalizando con ello, la excepcionalidad de la utilización de los anticipos de prueba.

En todo caso, consideramos que para efectivizar el principio de contradicción, este anticipo de prueba debe de realizarse intentando en lo posible reproducir todas las condiciones del juicio, es decir que debe ser ante un juez imparcial y deben haber sido convocadas todas las partes incluyendo a los imputados, pues éstos tienen derecho a la defensa material y a la posibilidad del careo. Pero, como aclaramos con anterioridad, al no haberse definido la situación jurídica del imputado colaborador, en caso de considerarse necesario que declare anticipadamente en el proceso, su declaración será en la forma de una confesión judicial.

No nos resta hacer el comentario que consideramos que este tipo de reformas al proceso penal desnaturalizan el contenido del mismo, inspirado en un proceso acusatorio, que tiene como una de sus principales características la celebración de un juicio oral, contradictorio y público. Será pues, labor del tribunal de sentencia el admitir estos anticipos de prueba únicamente en los casos donde se haya comprobado la imposibilidad que el imputado delator de comparecer al juicio, pues lo contrario implicaría un retorno al proceso inquisitivo, donde las pruebas eran escritas y recabadas en la fase del sumario, lo que impedía al juez

tener inmediatez sobre las mismas y a las partes contradecirlas de una manera efectiva.

4.3.4 Solicitud de aplicación de criterios de oportunidad en audiencia o durante la realización del juicio.

Otra cuestión interesante que se suscitó en la práctica, es que en ocasiones la petición fiscal de prescindir de la persecución penal se llevó a cabo en el transcurso de una audiencia. En el caso 8, por ejemplo, se solicitó en audiencia inicial ordenándose la suspensión de la misma, tomándosele declaración indagatoria al imputado, para posteriormente conceder el criterio de oportunidad condicionado.

En audiencia preliminar fue solicitado en los casos 12 y 13. En el primero de ellos no se le tomó ningún tipo de declaración al imputado, y en el segundo, por medio de un anticipo de prueba, se le tomó su declaración en calidad de testigo.

En audiencias especiales, antes de la vista pública fue el momento procesal en que se solicitó en los casos 14, 15, y 16, con la aclaración que el testimonio de éstos imputados colaboradores iba a ser utilizado en un proceso penal distinto.

Interesante fue el caso 17, cuando en el tribunal de sentencia -y ya iniciada la vista pública- se solicitó la aplicación de este criterio de oportunidad, declarando los jueces sin lugar la petición del fiscal por considerar que ese ya no era el momento procesal oportuno para “verificar la información que proporcionaría el imputado”, ya que el criterio fue solicitado condicionado por parte de la representación fiscal para ser utilizado en ese mismo proceso, argumentándose que no se cumplían los supuestos del Art. 20 del Código Procesal Penal para otorgarlo.

Creemos que en este estadio procesal efectivamente ya había precluido el momento procesal para solicitar un criterio de oportunidad condicionado, que sería utilizado en ese mismo proceso, siendo atinada la resolución del tribunal.

Consideramos además importante señalar que si bien es cierto la praxis judicial ha demostrado que en la realización de una audiencia se puede solicitar la aplicación de este criterio de oportunidad, la petición de la Fiscalía siempre debe fundamentarse y el compromiso que adquiere ésta institución con el imputado debe hacerse constar en el acta respectiva.

4.3.5 Algunas menciones acerca del sobreseimiento definitivo.

Sobre este punto se observó que en la práctica en todos los casos en los cuales se dictó un sobreseimiento definitivo, la causal que

se invocó fue la del Art. 308 (4) del Código Procesal Penal, expresando los jueces entrevistados que efectivamente ese es el numeral que utilizaban al dictar esta absolución a favor del imputado colaborador.

Al respecto, es importante mencionar que la causal a la que se hace referencia en el Art. 308 (4) se refiere a la extinción de la responsabilidad penal. No obstante ello, lo que realmente se extingue al aplicarse un criterio de oportunidad no es la responsabilidad penal, cuyas causales de extinción se encuentran en el Art. 96 del Código Penal, sino es una causal de extinción de la acción (pretensión) penal, Art. 31 (6) del Código Procesal Penal. Al respecto consideramos que es necesaria una reforma al Art. 308 en el sentido que se incluya como causal del sobreseimiento definitivo la extinción de la acción penal.

La anterior necesidad resulta que no son equiparables los términos de responsabilidad penal y acción penal ya que la responsabilidad penal se dicta como consecuencia de la realización de un delito penado por la ley, realizado por una persona imputable, culpable o carente de excusa absolutoria, traduciéndose en la aplicación de una pena; en cambio la acción penal es la que se ejercita para establecer esa responsabilidad criminal ocasionada por la comisión de un delito o falta.

En ese sentido, la aplicación de un criterio de oportunidad lo que provoca efectivamente es que se prescinda por parte de la Fiscalía de la persecución penal originada por ese delito, con la consecuente imposibilidad de imponer la pena que la ley prevé para el mismo. En estos casos, el juzgador no se pronuncia acerca de la punibilidad de estos hechos constitutivos de delitos, pues no existe la posibilidad de aplicar una pena, que es la forma en que se concreta la responsabilidad penal, pues nunca se hace el juicio de culpabilidad en contra del imputado colaborador.

En ese sentido puede añadirse como numeral 5 del Art. 308 el siguiente:

“Art. 308 Procedencia del sobreseimiento definitivo.

El juez podrá dictar el sobreseimiento definitivo en los casos siguientes:

...5º. Cuando se ha extinguido la acción penal en los casos previstos en este Código.”

Por otra parte, es indispensable insistir en el hecho que de conformidad al Art. 45 (2) (F) del Código Procesal Penal, el dictado de un sobreseimiento definitivo no extingue la acción civil cuando se trata de la aplicación de un criterio de oportunidad. Por ello, consideramos conveniente que a fin de determinar el monto de dicha responsabilidad

civil en contra del imputado colaborador se realice, por parte del juez antes de dictar el sobreseimiento definitivo, una audiencia especial como expresa el Art. 153 del mismo Código, en la que se aporte y contradiga la prueba que la Fiscalía posea sobre la responsabilidad civil derivada del delito, en caso de existir la misma.

Sobre este punto, en los casos 14, 15 y 16 en los cuales se dictó sobreseimiento definitivo, se declaró también extinguida la acción civil, tomando como base el Art. 45 (2) del Código Procesal Penal, a pesar que esta disposición lo que establece en el literal (f), es que al sobreseer definitivamente en aplicación de un criterio de oportunidad, la pretensión civil no se extingue.

4.3.6 Utilización de los controles difusos y concentrado de constitucionalidad en relación con el Art. 2 (2) del Código Procesal Penal.

En relación con la aplicación del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, encontramos que sobre el control difuso de inaplicabilidad, que únicamente el Juez Quinto de Instrucción de San Salvador, consideraba esta disposición como contraria a la Constitución. Al entrevistar a dicho funcionario éste expresó que sobre el criterio de colaboración del imputado en el proceso, se encontraba regulado en el Art. 26 del Código Penal en la figura del desistimiento y que una investigación basada en la declaración de un “arrepentido” pone de manifiesto la inmoralidad del Estado que entra en negociaciones con la delincuencia, agregando que consideraba que el criterio de oportunidad violaba el principio de legalidad.

Asimismo, se ubicó una demanda de inconstitucionalidad del Art. 20 relacionado, presentada ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia el 5 de febrero de 2001, la cual se encuentra en trámite. Los argumentos que se esgrimen en la misma para basar la inconstitucionalidad del Art. 20.(2) son que este violenta el principio de legalidad, el juicio previo y el debido proceso garantizados en los Arts.11, 12 y 15 de la Constitución, violentándose además la obligación constitucional del fiscal de perseguir los delitos conforme al Art. 193 (4) de la Constitución y del juez de cumplir la función que la Constitución manda.

Agrega que con respecto al Art. 20 (2), ya existe en el Código Penal la atenuante de disminución del daño en el Art. 29 (4) y la figura del desistimiento en el Art. 26, por lo que institutos jurídicos de este tipo lo que favorecen es la impunidad.

Sobre los argumentos esgrimidos anteriormente, no haremos

más comentarios, pues nos referimos al tema en los dos primeros capítulos de este trabajo.

4.4 Variantes en el derecho comparado de la aplicación de la justicia premial.

A. LA POSIBILIDAD DE ATENUAR LA PENA.

Una primer variante que encontramos es no solamente conceder una eximición total de pena para el imputado colaborador, sino la posibilidad en algunos casos se atenúe la pena, o bien al estilo del Código Francés una conjugación de ambas opciones dependiendo de la importancia de la colaboración.

Así por ejemplo, en Francia se exime de pena al responsable de una tentativa de actos de terrorismo que es advertida a las autoridades y permite evitar su consumación Art. 422 del Código Penal, reduciéndose la pena a la mitad cuando la advertencia es posterior a la consumación⁸³.

En Alemania, el delito de formar una asociación terrorista contemplado en el Art. 129 del Código Penal, da lugar a la aplicación de una pena disminuida que puede llegar a la excención total cuando su autor se haya esforzado espontánea y seriamente, en impedir la continuación de la asociación y haya hecho revelaciones oportunas a la autoridad.

También en la Ley de Estupefacientes No 23,737 de Argentina, el Art. 29, establece atenuantes de penalidad que pueden llegar a la eximición completa para quienes revelen la identidad de otros partícipes o den información sobre sustancias o productos del delito o bien sobre organizaciones delictivas.

En España, los Arts. 579 y 376 del Código Penal, del 23 de noviembre de 1995, dispensan un trato más favorable, en los delitos de terrorismo y tráfico de drogas, consistente en la posibilidad en imponer una pena inferior en uno o dos grados al delincuente que haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se halla presentado a las autoridades confesando el hecho en que hubiere participado y colabore además para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

Al respecto, en un estudio realizado por la Dra. Kari Converse, abogada estadounidense, titulado, "Seguimiento del programa de salidas alternas en El Salvador"⁸⁴, ella señaló que un problema que ve en el criterio de oportunidad es que es un todo o nada, pues extingue la

83. PADREL, Jean; Derecho Penal comparado, Dalloz, España, 1999, Págs. 308 y 309.

84. CONVERSE, Kari, Informe de Trabajo. Seguimiento al programa de salidas alternas, Consultoría realizada para Proyecto PAS-DPK Consulting, El Salvador, Septiembre 2002, Pág. 35.

responsabilidad penal de una forma absoluta. Consideraba que era prudente que existiese un campo intermedio que permitiera al fiscal pedir al juez una sentencia menor de la que establece el Código, por las mismas razones expuestas en el Art. 20 del Código Procesal Penal, para casos en que el imputado merece algún castigo.

Al respecto, propuso la siguiente reforma al inciso primero de la citada disposición legal:

“Art. 20 En las acciones públicas el fiscal podrá solicitar al juez que se prescinda de la persecución penal de uno o varios hechos imputados, respecto de uno o algunos de los partícipes o se limite a una de las calificaciones jurídicas posibles o se imponga una pena menor de la señalada en el código penal en los casos siguientes:...”.

Consideramos que la opción de atenuar la pena es viable para casos en los cuales la contribución del imputado es útil, pero no decisiva para el esclarecimiento de los hechos. No obstante es indispensable tomar en cuenta que la delación es un delito dentro de las organizaciones delictivas y definitivamente para implementar una reforma de este tipo, debería coexistir con una reforma al sistema penitenciario que garantice su seguridad.

Para tal fin, consideramos que la pena podría reducirse al modo previsto para la tentativa, pero esto merece un análisis más profundo, pues incluso podría manejarse como una atenuante privilegiada en el Código Penal.

B. LA POSIBILIDAD DE CONCEDER BENEFICIOS PENITENCIARIOS A IMPUTADOS CONDENADOS QUE COLABOREN CON LA JUSTICIA.

El ordenamiento penitenciario italiano, dispone que los imputados condenados por delitos de asociación mafiosa del Art. 416 Bis del Código Penal, no gozan de beneficios penitenciarios, pero si pueden hacerlo si resultan colaboradores de la justicia, aún si su colaboración no es tan relevante, pero ha aportado elementos tales que permiten excluir la actualidad de la vinculación con la criminalidad organizada ⁸⁵.

En nuestro país podría implementarse esta figura debido a que el Art. 103 de la Ley Penitenciaria prohíbe en ciertos delitos otorgar beneficios penitenciarios a imputados que cometen los delitos ahí enumerados, que podrían gozar de los mismos en casos de colaboración con la justicia, obviamente una reforma de este tipo debe ser analizada por los expertos en derecho penitenciario, ya que no se pueden obviar las evaluaciones pronósticas de no reincidencia y las psicológicas del

85. PAVARINI, Massimo y otros; Lucha contra la criminalidad organizada y negociación de la pena: En Nada personal...ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2001, Pág. 23.

imputado.

C. LA DECISIÓN DE PRESCINDIR DE LA PERSECUCIÓN PENAL EXCLUSIVAMENTE A CARGO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En Estados Unidos, el fiscal puede concluir que la cooperación o testimonio de un delincuente menor puede ser significativa y que la importancia de este testimonio sobrepasan la necesidad de acusarlo.

El fiscal puede ponerse de acuerdo en no acusar a esa persona por los delitos sobre los cuales va a testificar o cooperar lo que se denomina, “inmunidad de acusación por delitos específicos”.

En segundo lugar, el fiscal puede decidir conceder una “inmunidad limitada” o “inmunidad de uso” (use immunity), que tiene el propósito de impedir que el testigo pueda usar su privilegio contra la no auto incriminación y escudarse en éste para evitar testificar en contra de sus cómplices, a pesar de habersele concedido la inmunidad.

En estos casos el fiscal le pide a la Corte que obligue al testigo a dar su testimonio ⁸⁶ y al mismo se le garantiza que cualquier información que proporcione durante el mismo o se derive de la información brindada no puede ser usada en su contra ⁸⁷.

No obstante, un fiscal puede acusar aún a una persona con este segundo tipo de inmunidad, siempre que no use el testimonio con inmunidad o cualquier otra prueba al que fue obligado, trasladándose el expediente a otro fiscal.

En el orden Federal, se presentó en 1892 el caso *Counselman v. Hitchcock*, 42 US 547, en el cual se registró un precedente interpretativo de la Corte Suprema según el cual se consideraba inconstitucional la ley que obligaba a declarar, pero no aseguraba más que la prohibición de no utilizar lo declarado en una acusación posterior.

Se entendió necesario que para poder imponer una obligación de este tipo debía de existir una inmunidad de mayor alcance, a la cual se denominó inmunidad de transacción o inmunidad transaccional, que implica inmunidad sobre los hechos declarados, ya que se le concede a la persona la garantía que no va a ser procesada por el delito-transacción en relación con el cual podría incriminarse ⁸⁸.

Finalmente, cuando parecía adoptado este criterio amplio, fue modificado por un fallo de la Corte Suprema dictado en 1972 en el caso *Kastigar v. United States*, 406 US 441, donde quedó consagrado el

⁸⁶. Se le puede obligar a declarar puesto que al concedérsele inmunidad -es decir, que no se le someterán cargos penales por su testimonio, y por tanto, no se le privará de su libertad- ya no puede negarse a declarar amparándose en el derecho a la autoincriminación, pues este derecho sólo es reclamable cuando hay un peligro real de convicción y encarcelamiento como consecuencia de la información brindada.

⁸⁷. RIOS TORRES, Jorge; *Procesos Penales en los Estados Unidos*, Revista para una nueva justicia criminal, Fundación Paz Ciudadana, Universidad Diego Portales, Chile, 1994, Págs. 104 a 105.

⁸⁸. En ese sentido la Regla 24 de Evidencia de Puerto Rico, dispone que toda persona tiene el privilegio a no revelar materia que tienda a incriminarle a menos que se le haya concedido inmunidad. Ver, VELEZ RODRÍGUEZ, Enrique; *Derecho a la prueba*, Fundación para el Estudio y el Repaso del Derecho, San Juan, 1999, Pág. 109.

criterio que puede denominarse “inmunidad de uso derivativo”, según el cual, aunque no es necesaria una inmunidad tan amplia con la de transacción, se requiere la seguridad de que lo declarado no puede utilizarse y que tampoco ninguna prueba derivada de esa declaración.

Eso significa que la persona favorecida por el otorgamiento de la inmunidad únicamente puede ser acusada por el hecho a que se refiere su declaración, cuando la acusación demuestra que la prueba de cargo ha sido obtenida por una fuente totalmente independiente ⁸⁹. Agregando en esta sentencia que el derecho constitucional contra la autoincriminación se protege adecuadamente con la concesión de inmunidad de uso y de uso derivado.

En ninguno de estos casos se necesita autorización del juez para prescindir de la persecución penal, interviniendo sólo para resolver una controversia planteada por la víctima, y no para imponer su juicio de oportunidad al fiscal, verificando únicamente la legalidad de éstas solicitudes.

Bovino ⁹⁰ agrega que sólo existen dos mecanismos para controlar esta discrecionalidad por parte de los jueces: en primer lugar, la alegación de violación de la cláusula constitucional de igualdad -equal protection of the laws clause-, o por violación a la cláusula constitucional del debido proceso -due process clause-. El criterio prevaleciente en el resto de Estados es el de aplicar la inmunidad de transacción.

Este modelo lo que intenta separar son las funciones de juzgar y acusar, limitando la intervención del juez en las decisiones fiscales de no continuar con persecución penal, en casos de impugnaciones de las víctimas. Este modelo es ideal para garantizar la división de funciones en el proceso penal, pero su implementación pasa necesariamente por una confianza en la objetividad e imparcialidad en las instituciones, encargadas de la persecución penal, lo cual podría implementarse a mediano plazo en nuestro país, siempre y cuando se creen mecanismos eficaces de impugnación a favor de las víctimas al interior del Ministerio Público y sólo en caso de ser completamente ineficaces los anteriores, admitir la posibilidad de revisión de un juez de la decisión, reducido únicamente al supuesto que exista controversia planteada por la víctima o violaciones derechos fundamentales y fortaleciendo la capacidad de acusar autónomamente del querellante.

D. ESPECIAL MENCIÓN DE LOS JURADOS.

Consideramos importante mencionar que en el derecho comparado, cuando se trata de delito sometidos al conocimiento del

89. HENDLER, Edmundo y Otros; Teorías actuales en el derecho penal, Editorial Ad hoc, Buenos Aires, 1998, Págs. 400-404.

90. BOVINO, Alberto; Ob. cit, Pág. 76

jurado, en cuya investigación se utilizó el testimonio de un imputado al que se le ha otorgado inmunidad, es obligación del juez advertir al jurado que este testimonio debe mirarse con cautela y explicarle las motivaciones que el fiscal tuvo para conceder la inmunidad ⁹¹.

4.5 Ideas para el diseño de una política criminal fiscal en la aplicación del Criterio de Oportunidad que implica colaboración del imputado en el proceso penal.

En primer lugar debemos señalar que por política criminal, siguiendo el concepto de Delmas Marty, entendemos que se trata del conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal.

Indudablemente una institución que juega un rol fundamental en las respuestas este fenómeno es la Fiscalía, por lo que se exige de la misma que cuente con políticas claras y definidas de cómo hacer frente a la criminalidad.

Esta función la debe realizar tomando como límites la Constitución y las leyes, pero además debe considerar la realidad social donde se desarrolla, pues estas decisiones no pueden armarse únicamente dentro de las paredes del Ministerio Fiscal, sino que deben tomar en cuenta a la sociedad civil en que se desenvuelve.

Debe tenerse presente que el fenómeno de la criminalidad es complejo, porque incluye factores sociales, económicos, etc., y de esa forma deben elaborarse las soluciones al mismo. Esta política criminal basada en la realidad salvadoreña, debe considerar las expectativas e intereses de sus componentes y sustentarse en estudios articulados e interdisciplinarios sobre aspectos del delito, de la aplicación de las leyes, de la criminalidad, etc.

Por ello, al momento de elaborarla, el Ministerio Público debe contar con una meta previamente establecida y para cada caso problemático debe existir una Política Criminal Marco, pues no se puede concebir que dentro de la una misma institución converjan en la aplicación de institutos procesales, criterios dispersos o que se contradigan entre sí. Para evitar lo anterior surge la necesidad de la creación de directrices fiscales que uniformen criterios de actuación al interior de la Fiscalía.

Para la creación de esta política criminal marco, la Fiscalía debe elaborar un análisis político criminal respecto a los principales problemas que surgen en la aplicación de las leyes de su competencia, el cual debe seguir los siguientes pasos:

91. LEY No 1476 de Inmunidad de Puerto Rico, 1954.

1. Planteamiento del problema.
2. Sujetos que intervienen en el delito y preferencia de su persecución (autores intelectuales y su función, coautores, etc.).
3. Finalidades perseguidas.
4. Objetivos específicos.
5. Instrumentos, ya sean estos propios -código penal, cárcel, leyes especiales etc.; como impropios -medios de comunicación, etc.-.
6. Decisiones.
7. Sujetos permanentes que intervendrán y su rol (jueces, policías, fiscales, etc.).
8. Sujetos circunstanciales que intervendrán y su rol.(Puede pensarse en los medios de comunicación).
9. Recursos materiales y humanos con que se cuenta.
10. Nivel de articulación para proponer posibles reformas a las leyes.

El análisis antes descrito es indispensable con la finalidad de eliminar cualquier clase de subjetivismo, que llevaría al fiscal a decidir sobre la base de motivaciones extra procesales y hasta políticas, que es contrario al principio de oportunidad creado en la ley, con supuestos reglados cuya aplicación implica también una regulación uniforme y garantizándose de esa manera la seguridad de los ciudadanos.

A manera de propuesta en relación con la aplicación del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, consideramos que la directriz sobre este tema, podría quedar redactada en los siguientes términos:

No
1-2003

CIRCULAR
FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA REPÚBLICA DE EL
SALVADOR
MINISTERIO PÚBLICO

Fecha: Octubre de 2003
De: Fiscal General de la República
Para: Fiscales Adjuntos, y Fiscales Auxiliares de todo el país
Asunto: Directrices para la aplicación del Art. 20 (2) del Código
Procesal Penal

A fin de uniformar la actuación de esta fiscalía en el trámite del criterio de oportunidad reglado en el Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, se dispone lo siguiente:

El Principio de Oportunidad ⁹²

a. Conceptualización.

El principio de oportunidad se puede definir como “la potestad discrecional conferida al ente estatal que posee el monopolio de la acción penal pública, de prescindir excepcionalmente de la persecución penal de ciertos delitos en casos predeterminados por la ley”.

Este principio, debe ligarse a una concepción utilitaria y realista sobre la legitimación y el fundamento, el fin y el límite de la aplicación de las penas. Constituye un intento de conducir la selección en forma racional, con criterios de política criminal más que arbitrarios, y sobre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican.

De acuerdo con estas ideas, el principio de oportunidad tendría como uno de sus objetivos la eficiencia del sistema frente a hechos más relevantes y de mayor gravedad social, con la inclusión de figura tales como los testigos de la corona, arrepentidos o imputados colaboradores, mediante los cuales se pretende obtener datos relevantes en la investigación de los delitos que más gravemente afectan a nuestra sociedad ⁹³.

b. El Principio de Oportunidad en el Código Procesal Penal.

El Código Procesal Penal de 1998 vino a constituir una innovación en el campo de la justicia penal al provocar un sustancial cambio en la actuación de la Fiscalía, como órgano encargado de promover y ejercer la acción penal pública.

Pero fundamentalmente se introduce un significativo cambio al rígido principio de obligatoriedad de la acción penal, estableciéndose el principio de oportunidad reglado.

c. Análisis del supuesto de colaboración en la investigación.

El Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, viene a proteger la conducta de aquellos sujetos que luego de participar en un hecho, o conociendo que un hecho delictivo que se va a consumir, ayude o brinde información para esclarecer ese hecho u otro conexo, proporcione

⁹². Para la elaboración de esta directriz se tomó como base la circular I-98 de la Fiscalía general de la República de Costa Rica con las respectivas adecuaciones a nuestra normativa y a las ideas de este trabajo.

⁹³. En este punto el Fiscal General puede enumerar cuáles son los delitos en los cuáles se aplicará esta estrategia de investigación.

información útil para probar la participación de otros imputados. En términos generales, se refiere a aquellos sujetos “arrepentidos” de participar, colaborar en un determinado delito o delitos.

Dentro de nuestra práctica judicial es el campo de los delitos de secuestro donde más se ha aplicado el principio de oportunidad, con fines investigativos. Lo importante para la aplicación de este instituto es la existencia de una política de persecución penal previamente establecida, tendente a combatir la criminalidad no convencional. Y que cada fiscal, previo a aplicar esta discrecionalidad, cuente con una estrategia de investigación.

Dicha estrategia, puede consistir en la identificación de los intereses públicos del caso, la identificación de los intereses del imputado, las consecuencias del acuerdo, las pautas a seguir con el fin de llegar a un acuerdo, pensar en la solución que mejor satisfaga los intereses de la sociedad y de la víctima.

No se pretende con esto solamente obtener declaraciones de coimputados, sino que estos proporcionen la mayor cantidad de información valiosa que permita la persecución de los verdaderos generadores del tipo de delincuencia que se pretende atacar. No debemos olvidar la importancia de este instituto por lo que esta Fiscalía General de la República asume la obligación de establecer pautas generales que permitan que el mismo sea eficaz, y no un mecanismo de "burla" por parte de los acusados, lo cual también traería una sensación de impunidad en la población.

Además, debe recordarse que a fin de respetar los derechos fundamentales estos criterios de oportunidad no podrán ser aplicados a los delitos que se cometan por funcionarios públicos, al amparo del poder que impliquen violación a derechos fundamentales.

En primer lugar, debe tenerse claro, que a fin de respetar el principio de proporcionalidad el sujeto que se dispone a colaborar, debe tener un grado de participación menor que el de las personas que involucra. La utilización de la justicia premial para casos de un “autor intelectual”, sólo se justifica cuando se pretende capturar a otros coautores del hecho.

En su aplicación se requiere que el jefe de unidad analice la situación y autorice la aplicación del instituto bajo presupuestos claros. Además, es necesario que contra el imputado que pretende “colaborar”, exista algún elemento de prueba incriminatorio. Asimismo, es indispensable que se cuente un asesor (policía) para verificar si la información suministrada era ya conocida o no es verdadera, previo a comprometer al Ministerio Público a gestionar la aplicación del criterio, o sea, antes de la firma del convenio correspondiente.

Es necesario además que previo a la aplicación de este instituto

procesal, se hayan agotado todas las vías de investigación posibles, y sea utilizado como una última opción. También es vital que se efectúe una corroboración mínima de los datos que proporcione el imputado.

El aspecto de la corroboración puede ser por medio de otros elementos de prueba ya sean éstos directos o indirectos, cobra importancia en tanto, que los efectos de la aplicación de este instituto procesal son suspensivos, conforme al Art. 21 (3) del Código Procesal Penal, siendo indispensable que se establezca un plazo que no puede exceder de un año, para definir la situación jurídica del imputado.

Si la colaboración del sujeto no satisface las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción, se deberá solicitar al juzgado o tribunal, al cual se le solicitó la aplicación de este criterio de oportunidad, que ordene reanudar el procedimiento, continuándolo en la fase en la cual se suspendió.

Asimismo, se recuerda que aquellas solicitudes requerimientos, acusaciones, etc., que se sustenten exclusivamente en la información dada por el imputado en una transacción fallida, podría contener vicios de legitimidad, vulnerándose principios esenciales del debido proceso.

c. Efectos del criterio de oportunidad.

El Art. 21 del Código Procesal Penal establece concretamente cuales son los efectos de aplicación del criterio de oportunidad. Según esta disposición el efecto principal es el de extinguir la acción penal pública.

Dicha norma debe complementarse con el numeral 31 (6) que establece que la acción penal se extingue por la aplicación de un criterio de oportunidad. Igualmente, la primera norma citada que tratándose de la aplicación del criterio de oportunidad por colaboración del imputado se logra la suspensión del ejercicio de la acción penal, el cual está sometido a dos condiciones suspensivas que son el cumplimiento de la colaboración o la eficacia de la información, y es obligación del fiscal solicitar al momento al juez o tribunal que resuelva definitivamente sobre la procedencia de la persecución penal.

Debe recordarse que en estos casos a tenor de Art. 45 (2) (f) del Código Procesal Penal, la acción civil no se extingue con respecto al imputado colaborador, por lo que en caso de no haber renunciado la víctima a esta pretensión se deberá presentar la respectiva prueba para la condena del imputado, en caso de existir la misma, y para garantizar el derecho de reparación de las víctimas.

En cuanto al momento procesal oportuno para plantear la solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad, la normativa procesal penal

no señala un plazo dentro del cual se deba presentarse esta solicitud, pero se entiende que es hasta la audiencia preliminar, si el testimonio va a ser utilizado en contra de coimputados o hasta antes del debate si se solicita para ser utilizado en un proceso diferente.

Conclusiones

Tomando en consideración lo anteriormente señalado en este apartado, pongo en conocimiento de todos los funcionarios del Ministerio Público los lineamientos que se deben seguir para la aplicación práctica del Principio de Oportunidad:

I. Se debe analizar si la no persecución provoca indirectamente la comisión de más delitos, si el hecho provoca alarma social o reacción social, el daño social, el número de víctimas, si con la no persecución se genera un problema de impunidad o desconfianza en el sistema penal, en este último caso, cobra importancia la gravedad del hecho.

En esa primera valoración debe el fiscal igualmente examinar si efectivamente se encuentra ante un supuesto de aplicación de un criterio de oportunidad, o por contrario, si la situación sometida a su conocimiento es propia de otro instituto, tales como el sobreseimiento definitivo o provisional, o una simple desestimación.

II. En el caso del Art. 20 (2) es indispensable que el fiscal se plantee una estrategia de investigación, y si dentro de la solución de ese caso o de otros conexos, es favorable a los intereses de esta Institución la negociación procurando la transacción. En este caso, es indispensable tener presente que para promover una negociación el fiscal deberá tener efectivamente un caso con suficiente fundamentación probatoria para llevar a juicio al acusado y que la negociación que se plantea sea un instrumento para combatir delincuencia organizada o no convencional. Y no limitarse a pretender obtener "su testimonio", como única prueba de cargo.

En todo caso, el fiscal debe realizar la supresión hipotética de ese "testimonio", en caso que haya algún cuestionamiento sobre la legitimidad de la prueba recabada. Es obligación del jefe de unidad, llevar un control estricto en la aplicación de este instituto, y del proceso de negociación, evitando la utilización de mecanismo de coacción que lleven al imputado a tomar una decisión en contra de su voluntad. Sobre este punto es importante tener presente lo preceptuado en el Art. 262 del Código Procesal Penal, el cual prohíbe la utilización de amenazas o coacción contra el imputado para "...obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le formularán cargos o reconveniones tendientes a obtener su confesión...".

III- Corresponde a los fiscales jefes de unidad, autorizar la aplicación del principio de oportunidad y es su responsabilidad velar porque se lleve un adecuado registro de los casos en los que se aplicó el citado criterio y los presupuestos en que se fundamentó cada caso concreto. La autorización debe solicitarse por escrito (presentación del libelo, remisión por fax) en todos los casos, y sólo por vía de excepción y de urgencia en forma verbal, sin embargo dicha autorización no exime del deber fundamentar y obtener visto bueno por escrito, posteriormente.

IV- Sólo quedan autorizados para realizar los tratos regulados en el Art. 22 (b), los fiscales jefes de unidad, no así los fiscales auxiliares. En este evento los fiscales auxiliares que requieran negociar deberán coordinar con el jefe de unidad, según la distribución del trabajo.

V- Los cuerpos policiales no están autorizados a realizar negociaciones ni a comprometer la palabra del fiscal. El fiscal no estará sujeto a las negociaciones que lleven a cabo los cuerpos policiales. En tal caso, existe obligación de dichos funcionarios de poner de manifiesto dicha situación ante los órganos superiores respectivos. La transacción en un inicio se hará en forma verbal entre imputado, fiscal y defensor. En todos los casos debe intervenir la defensa técnica. En dicha negociación podrá intervenir un oficial de la policía el cual cumplirá el papel de asesor del fiscal. A este oficial le corresponderá determinar la veracidad de la información asimismo informar sobre su trascendencia en el proceso de investigación. Está negociación debe ser informada a la víctima a la cual se le harán saber las ventajas que para la investigación supone el testimonio del imputado colaborador.

Verificada la información se confeccionará un "Acta del acuerdo negociado para esclarecer el hecho", la cual contendrá los siguientes datos: fecha, lugar, intervinientes, información ofrecida y verificada, el compromiso del fiscal, la designación de los investigadores a los que se encomienda la total verificación de la información, la precisión del colaboración del imputado, la constancia que el imputado comprende el contenido del convenio y que ha prestado su consentimiento libremente y asesorado de un defensor, las advertencias de suspensión que prevé el Art. 21 del Código Procesal Penal y el plazo de la misma, y prevención al imputado de que en caso de no ser efectiva la información se puede continuar con la tramitación del proceso en su contra. En ningún caso se le dará copia a las partes. El acta quedará en custodia del fiscal jefe de la unidad. Una copia deberá ser remitida a la Fiscalía General de la República, bajo estrictas medidas de confidencialidad. Asimismo, el fiscal jefe de unidad tendrá la obligación de mostrar la misma al juez o autoridad que lo requiera, o extender una certificación en caso de ser solicitada.

Esta medida se toma con fines meramente de seguridad y protección al propio imputado, ya que el permitir que todas las partes

conserven el documento podría provocar fuga de información en perjuicio de los fines de la investigación.

Posteriormente se debe tomar una confesión extrajudicial al imputado colaborador donde se haga constar la información que posee. Luego se efectúa la solicitud de aplicación del criterio de oportunidad al juez respectivo, a la cual se anexará la declaración antes mencionada y las diligencias de corroboración que se hubieren practicado.

El criterio de oportunidad en estos casos, por regla general, será solicitado condicionado al cumplimiento de la colaboración y a la eficacia de la información, por un plazo que no puede exceder de un año. En caso de ser necesario se solicitará la aplicación de medidas sustitutivas de la detención provisional para el colaborador y/o el régimen de protección de testigos.

En caso de tener sospechas fundadas de que el imputado corre algún peligro y no se podrá presentar al momento del juicio, se solicitará al juez un anticipo de prueba donde éste rendirá su confesión judicial, pero en lo posible debe ser presentado al debate.

No se debe olvidar además la obligación de esta Fiscalía de proteger los derechos de las víctimas, para lo cual el fiscal asignado al caso deberá escuchar su opinión desde la fase de negociación del criterio de oportunidad y de ser posible procurar la reparación o la renuncia voluntaria de la pretensión civil.

Lic. _____
Fiscal General de la República

Conclusiones

El problema de la justicia premial parece no gravitar alrededor de la violación al principio de legalidad o de cualquier otro principio del ordenamiento jurídico, sino más bien resulta un problema de enfrentamiento entre moralidad y eficacia. En este sentido, son ilustrativas las palabras de Zaffaroni, en relación con este tema:

“...el Estado se está valiendo de la cooperación de un delincuente comprado al precio de su impunidad para hacer justicia...”⁹⁴.

Ante esta innegable realidad, debe reconocerse que el uso de este medio de prueba debe ser necesariamente limitado por las

94. ZAFFARONI, Eugenio; El crimen organizado: una categorización frustrada, Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, No 1, año 1995, Buenos Aires, 1995, Pág. 279 y ss.

consecuencias que conlleva y su aplicación subsidiaria, luego de agotar todos los medios tradicionales de investigación de los delitos; además se debe aplicar en los casos que taxativamente determine la ley y bajo criterios uniformes a fin de evitar cualquier tipo de abusos.

Este criterio también debe utilizarse en aquellos delitos donde la complejidad de la investigación permita establecer la proporcionalidad en la utilización de esta medida, pues es imposible desconocer que las nuevas formas de criminalidad exigen el uso de medios de investigación no tradicionales.

Por ello, la creación de directrices fiscales por parte de los entes encargados de aplicarla —en este caso la Fiscalía General de la República— surgen como una necesidad imperiosa que permitirá evitar que estos criterios de oportunidad se transformen en “criterios políticos de oportunidad”, donde la conveniencia y la arbitrariedad sean los límites de la discrecionalidad.

Por otra parte, debe recordarse que en ciertos casos la no persecución de un delito puede ser inaceptable para la sociedad y para el derecho mismo lo que nos hace reflexionar en las repercusiones que a mediano plazo puede tener en la conciencia social como lo son la generación de desconfianza en el sistema penal y la imagen de una aplicación desigualitaria de la ley.

Para lograr los fines de este mecanismo legal la Fiscalía debe contar con una política criminal estructurada y encaminada al logro de metas y objetivos claros, lo cual se va a materializar en la creación de directrices a nivel institucional donde se regule, en términos generales la aplicación de los principales institutos procesales que permitirán una mayor eficacia en la gestión. Esta facultad que debe estar a cargo del Fiscal General de la República, apoyado de la Unidad de Política Criminal.

Para tal fin, es urgente una reforma a la Ley Orgánica del Ministerio Público, a fin que sea rediseñada la Fiscalía para atender de una mejor manera a las nuevas exigencias del combate a la criminalidad, procurando la optimización de los recursos humanos y materiales con que cuentan, surgiendo además la necesidad de crear programas de capacitación permanentes para los fiscales.

También, resulta necesario que se garantice la independencia de la Fiscalía, pues de otra manera de nada servirán excelentes leyes o jueces independientes e imparciales.

Asimismo, se debe retomar el tema del rol de las víctimas y para tal fin la Fiscalía debe generar en su interior mecanismos eficaces que permitan garantizar los derechos de aquéllas.

En relación con los mutuos reproches entre los operadores de justicia al clasificar las peticiones de unos como eficientistas y las resoluciones de otros como excesivamente garantistas, es necesario

recordar que en un Estado democrático eficiencia y garantismo no deben ser conceptos antagónicos sino complementarios a fin de lograr un equilibrio entre los intereses individuales y los colectivos.

En ese sentido, la aplicación de la justicia premial como criterio de oportunidad debe ser respetando los derechos y garantías fundamentales para convertirlo en un instrumento eficaz en la lucha contra la criminalidad organizada.

También debe recordarse que cualquier iniciativa de reforma a los actuales institutos procesales debe ser fruto de una reflexión que no pierde de vista el respeto de los derechos fundamentales, lo cual se lograría si al Órgano Judicial se le permite únicamente juzgar y tutelar derechos fundamentales y a la Fiscalía atribuirle la titularidad absoluta de las facultades investigativas.

Debemos estar conscientes que a pesar que los medios de comunicación insisten con la exigencia de mayor seguridad ciudadana el proceso penal no puede ser desnaturalizado hasta convertirlo en un arma ciega de la lucha contra la delincuencia, pues esto implica una concepción bélica del mismo ⁹⁵.

Por otra parte consideramos una obligación de toda la comunidad jurídica salvadoreña el evitar caer en el error de responsabilizar al proceso penal de todas y cada una de las dificultades de la justicia en el combate de la delincuencia que en realidad corresponde a otros entes estatales prevenir y evitar; así como tampoco se debe permitir que el pago de una mayor eficiencia en la investigación sea cancelado con el cheque del sacrificio de derechos y garantías previstos en la Constitución.

Por ello, lograr la vigencia de la eficacia y el garantismo es el reto de la administración de justicia en El Salvador y la única política criminal que consideramos puede verdaderamente llegar a ser eficaz en la lucha contra la criminalidad es aquella que adopte las medidas necesarias para reducir los problemas sociales que en definitiva causan la delincuencia.

Finalmente no nos resta más que agregar que independientemente si profesamos o no una fe, la historia demostró que la delación de Judas hacia su maestro implicó la condena de un inocente.

Bibliografía

95. Cfr. CAFFERATA NORES, José; Ob. cit., Págs.221, 222.

ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel; Guía práctica de la prueba en el proceso penal, Editorial Práctica de Derecho, Madrid, 2000.

ANDRADE BARAHONA, Dorian Elizabeth y Otros; La contribución del imputado como un mecanismo viable para la aplicación de los criterios de oportunidad, Trabajo de graduación para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2000.

ARMENTA DEU, Teresa; Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España, Editorial PPU, Barcelona 1991, 1ra Edición.

BINDER, Alberto M.; El proceso penal, Ilanud, Furcap, San José, 1991.

BOVINO, Alberto; La persecución penal pública en el derecho anglosajón, Ministerio Público, Revista Pena y Estado, año 2, Editores del Puerto S.r.l., Buenos Aires, 1997.

BRUZONE Gustavo; Las Llamadas instrucciones de los fiscales, Revista Pena y Estado No 2, año 2 , Editores del Puerto S.r.l., Buenos Aires, 1997.

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

CAFFERATA NORES, José I.; Proceso Penal y Derechos Humanos, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto S.r.l., Buenos Aires, 2000.

CAFFERATA NORES, José I.; Derechos Procesal penal-consensos y nuevas ideas, Buenos Aires, 1999.

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

CENTRO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA; Códigos Latinoamericanos de Procedimiento Penal, Editores José María Rico y Luis Salas, Miami, 1991, Pág. CM 45.

CLIMENT DURÁN , Carlos; La prueba penal, Editorial tirant lo blanch, Valencia, 1999.

COMISIÓN INTEGRAL PARA UNA EVALUACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Diagnóstico integral y recomendaciones para el fortalecimiento de la Fiscalía General de la República de El Salvador, CREA, El Salvador, Septiembre, 2001.

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

CONVERSE, Kary; Informe de Trabajo: seguimiento al programa de salidas alternas, Consulta realizada para el Proyecto PAS-DPK Consulting, El Salvador, 2002.

CHANG PIZARRO, Luis Antonio; Criterios de oportunidad en el Código Procesal Penal, Editorial Jurídica Continental, 2da Edición, San

José , 2000.

CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo; A propósito del principio de oportunidad y del criterio de insignificancia del hecho: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Costa Rica, 1996.

DIRECCIÓN GENERAL DE ASISTENCIA TÉCNICO JURÍDICA; Anteproyecto del Código Procesal Penal, Ministerio de Justicia, El Salvador, Mayo, 1993.

EL SALVADOR; Asamblea Legislativa y Proyecto de las Naciones Unidas para el Desarrollo: Documentos básicos de la nueva normativa penal, 1996.

EL SALVADOR; Código Procesal Penal y exposición de motivos, 1997.

FERRAJOLI, Luigi; Derecho y Razón, Editorial Trotta, España, 1997.

FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR; Nociones generales sobre la labor del fiscal en el nuevo proceso penal, El Salvador, 1998.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO DE COSTA RICA; Directrices fiscales para al aplicación de los principales institutos jurídicos que prevé el Código Procesal Penal de 1996, San José, 1998.

GASCÓN ABELLÁN, Marina; Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999.

GIMENO SENDRA, Vicente y Otros; Derecho Procesal Proceso Penal, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1993.

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

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

HASSEMMER, Winfried; El destino de los ciudadanos en un derecho penal eficaz, Editorial Bosch, España, 1990.

HASSEMER, Winfried; La persecución penal: legalidad y oportunidad, Revista Jueces para la Democracia, Edición especial, Madrid, 1989.

HENDLER, Edmundo y Otros; Teorías actuales en el derecho penal, Editorial Ad hoc, Buenos Aires, 1998.

JAUCHEN, Eduardo M.; La prueba en materia penal, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 1998.

LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo A.; La víctima del delito y el

sistema jurídico penal: Hacia un sistema de alternativas, Revista Poder Judicial, Consejo Nacional del Poder Judicial, 2da Época, No 34, Junio, 1994, España.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; Instituciones de Derecho Procesal Penal, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 2000.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier; Código Procesal Penal comentado, Editorial Jurídica Continental, San José, 2003.

MAIER, Julio; Derecho Procesal Penal Argentino, Editorial Hammurabi S.r.l., Buenos Aires, 1989.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis; Oportunidad y Conformidad, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo Nacional del Poder Judicial, Madrid, 1992.

MARCOS ARANDA, Rafael; Recopilación de Tratados internacionales en materia penal, Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2000.

MENÉNDEZ LEAL, Salvador; La víctima: Aproximación al problema procesal, Ensayos doctrinarios, Nuevo Código Procesal Penal, 1ra Edición, E1 Salvador, 1998.

MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA; Boletín de información del Ministerio de Justicia de España No.1518, de fecha 15-12-1989, Madrid, 1989.

MINISTERIO PÚBLICO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA; Manual del Fiscal, Guatemala, 2000.

MONTERO AROCA, Juan; El Derecho procesal en el siglo XX, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

MORENO CARRASCO, Fernando y Otros; Código Penal comentado, Corte Suprema de Justicia, Proyecto de Asistencia a los Juzgados de Paz, El Salvador, 1999.

PADREL, Jean; Derecho Penal comparado, Dalloz, París, 1995.

PAVARINI, Massimo y Otros; Lucha contra la criminalidad organizada y negociación de la pena: Nada personal... ensayos sobre criminalidad organizada y sistema de justicia., Ediciones Desalma, Buenos Aires, 2001.

RÍOS TORRES, Jorge; Procesos penales en los Estados Unidos, Revista para una Nueva Justicia Criminal, Fundación Paz Ciudadana, Universidad Diego Portales, Chile, 1994, Págs. 104 a 105.

RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander; El arrepentido y la investigación penal encubierta. Aspectos problemáticos de la persecución del crimen organizado, Trabajo inédito, San José, 2003.

RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander y Otros; El principio de oportunidad: conveniencia procesal de la persecución penal, Editorial Juritexto, 1ra Edición, San José, 2000.

ROXÍN, Claus; Derecho Penal parte general, Tomo I, Civitas,

España, 1997.

ROXÍN , Claus; Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto S.r.l., Buenos Aires, 2000.

RUSCONI, Maximiliano A.; Luces y sombras en las relaciones político criminales y Ministerio Público, Revista Pena y Estado, No 2, año 2, Editores del Puerto, S.r.l., 1997.

SANCHO GARGALLO, Ignacio; Legalidad, Oportunidad y Transacción Penal en el Procedimiento abreviado, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo Nacional del Poder Judicial, Madrid, 1992.

SERRANO, Armando Antonio y Otros; Manual de Derecho Procesal Penal, Proyecto PNUD, ELS, 1ra Edición, El Salvador, 1998.

TIJERINO PACHECO, José María; El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Costa Rica, 1996.

TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto y Otros; Selección de ensayos doctrinarios: Nuevo Código Procesal Penal, Comisión Coordinadora del Sector Justicia (UTE), El Salvador, 1ra Edición, 1989.

URQUILLA, Eduardo A.; Aplicación de las salidas alternas al sistema penal salvadoreño, Revista Actualidad, año 5, UTE, El Salvador, 2001.

VÉLEZ RODRÍGUEZ, Enrique; Derecho de la prueba, Fundación para el Estudio y el Repaso del Derecho, San Juan, Puerto Rico, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio; El crimen organizado: una categorización frustrada, Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, No 1, año 95, Buenos Aires, 1995.

Anexos

ANEXO # 1

GUÍA DE ENTREVISTA

Tema:

Criterios de Oportunidad

La colaboración del imputado en el proceso penal

(Art. 20 (2) del Código Procesal Penal)

1. ¿Considera usted que la redacción actual del criterio de oportunidad regulado en el Art. 20 (2) del Código Procesal Penal, permite

una adecuada aplicación del mismo por parte de los operadores judiciales?.

2. ¿Cuál es el análisis de forma y de contenido que el juez debe efectuar al solicitársele la aplicación de este criterio de oportunidad?.

3. ¿En qué casos se negaría usted a aplicarlo?.

4. ¿Cree usted que debería ser reformado el actual Art. 20 (2) del Código Procesal Pe-nal?.

5. ¿Qué opina usted de una posible reforma a dicha disposición legal en el sentido de añadir una posible atenuación de pena en lugar de una eximición completa de responsabilidad para el colaborador? Proponga mecanismos.

6. ¿Cuáles considera usted que deben ser los parámetros que los fiscales deben tomar en cuenta para aplicar esta norma?.

7. ¿Debe tomar en cuenta la Fiscalía el grado de autoría o participación del imputado como una limitante para la aplicación de este instituto procesal?.

8. ¿En qué calidad debe de declarar el imputado colaborador cuando el criterio de oportunidad es condicionado?.

9. ¿Cree que el Art. 20 (2) del Código Procesal Penal riñe con algún principio o derecho constitucional?.

10. ¿Cree que la aplicación de ese criterio en específico puede generar impunidad?.

11. ¿Puede el juez, de oficio, proponer la aplicación de este criterio?.

12. ¿Cuáles pueden ser las repercusiones político criminales de la aplicación de este criterio?.

13. ¿Qué repercusiones tiene para el tema de la responsabilidad civil la aplicación del Art. 20 (2) del Código Procesal Penal?.

14. ¿Cuándo considera usted que es efectiva la colaboración de un imputado en el proceso?.

15. A su criterio, ¿podrían reñir los criterios de oportunidad con el principio de legalidad?.

16. ¿Considera que la participación de la víctima se encuentra debidamente garantizada en la regulación de este criterio?.

17. ¿Puede prescindirse de la aplicación de medidas cautelares para los imputados a quienes se les conceda este criterio de oportunidad condicionado?.

18. ¿Considera usted que existen parámetros definidos en la Fiscalía para la aplicación de este criterio de oportunidad? En caso de ser negativa su respuesta, ¿los considera necesarios?.

19. A su criterio, ¿cómo considera que debe interpretarse el Art. 321 (3) del Código Procesal Penal?.

Este trabajo se terminó el 3 de septiembre de 2003 y fue realizado como requisito de graduación

para los participantes del primer grupo del Programa de Formación Inicial para Jueces de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura.

El mismo contó con la asesoría y supervisión del

Lic. Delmer Edmundo Rodríguez

Director Ejecutivo del Ministerio de Gobernación de la República de El Salvador.