

CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL SALVADOREÑO.*

Ricardo Montoya Cardoza¹.

En memoria de mi amigo Ricardo Membreño.

I. Introducción

El Salvador implementó la reforma en su sistema procesal penal a partir del 20 de abril de 1998, incorporando un conjunto de instituciones procesales que dan vigencia a las garantías y derechos constitucionales. Los nuevos institutos procesales, han demostrado su utilidad, garantizando el respeto de los derechos de los imputados, víctimas y partes procesales dentro del proceso. Todo ello sin entrar en mayores consideraciones respecto al alcance y dificultades de dichos avances, que para algunos es totalmente exitosa y para otros es limitado.

El principio de oportunidad es uno de esos institutos procesales que ha demostrado su utilidad, sin embargo existen problemas de interpretación y aplicación en la práctica judicial salvadoreña, los cuales han diferido en el transcurso de estos años.

II. Salidas alternas y el principio de oportunidad

El principio de oportunidad es la facultad de la Fiscalía General de la República, como ente encargado de la promoción y persecución de los hechos delictivos, para prescindir de la acción penal en aquellos casos expresamente señaladas en la ley.

Tal definición comparte diversos presupuestos con las salidas alternas del proceso penal como lo son: la conciliación, la reparación integral del daño, la conversión de la acción penal pública a acción privada o la suspensión condicional del proceso a prueba, sin embargo sólo en la aplicación de los criterios de oportunidad regulados en la ley, el ente requirente goza de la facultad para prescindir de la acción penal pública de forma autónoma e independiente respecto de la víctima y el imputado. El órgano encargado de la persecución penal no necesita consultar o requerir la autorización de las víctimas o del imputado para prescindir de la persecución penal pública, como en el resto de salidas alternas.

Teóricamente dicha facultad discrecional no es arbitraria, pues esta sujeta a condiciones y circunstancias expresamente señaladas en la ley. Nuestro proceso penal no goza de una naturaleza acusatoria pura, que le permita al ente requirente prescindir con discrecionalidad de la persecución penal pública, ello le obliga a ratificar decisiones de no persecución penal ante la autoridad judicial correspondiente.

* Publicado en Justicia Penal y Derechos Humanos. FESPAD ediciones. 2005.

¹ Abogado especialista en derecho penal, miembro fundador del Centro de Estudios Penales de El Salvador (CEPES), docente de la Escuela de Capacitación Judicial, ex Defensor Público.

A su vez el Ministerio Público no puede transar a su antojo la acción penal contra una persona, sin reconocer valores jurídicos superiores plasmados en nuestra constitución en su artículo 1. La justicia, igualdad y el bien común se convierten en claras directrices para el funcionamiento “con sentido común” de las instituciones jurídicas y de estado². Por ello la facultad de prescindir de la acción penal pública se hace mediante el control judicial, especialmente si recordamos que los criterios de oportunidad incorporan una concepción utilitarista sobre el fin y fundamento de las penas, que requiere ser verificada para buscar la eficiencia del sistema penal y su intervención en hechos más lesivos y esenciales para la comunidad y los ciudadanos.

Especialmente problemática es la interpretación del artículo 258 del código procesal penal, que regula la disconformidad, en aquellos casos que el juez no estando de acuerdo con la petición de oportunidad formulada por la fiscalía, remite el procedimiento al fiscal superior que reitera la petición del fiscal. ¿Puede el juez aún negar la petición o esta obligado frente a la misma? La respuesta requiere de un análisis de los límites (que sí hay) y facultades de la Fiscalía General, reguladas en el artículo 193 de la constitución; para luego recordar que los jueces, también deben responder frente a las exigencias de los valores jurídicos superiores, contenidos en la constitución y fundamentadas en su carácter normativo.

En general los criterios de oportunidad no están exentos de polémica, en virtud que, al igual que las salidas alternativas al proceso penal, fueron cuestionados en su momento de incumplir el principio de legalidad, por ello se les consideraba excepciones legales de la obligación persecutoria del Estado. Por el contrario otros autores lo consideran complementario del mismo principio, ello con base en el replanteamiento teórico del principio de legalidad, tal como fue elaborado en su momento por la filosofía liberal.

El replanteamiento del principio de legalidad, que llamaremos “*funcional*”, no tiene contornos definidos, sosteniéndose sobre los cimientos teóricos del principio de legalidad liberal. Mientras tanto teorías funcionalistas del delito, salidas alternas del proceso y criterios de oportunidad son algunos aportes de los nuevos planteamientos que desde ya gozan de pleno reconocimiento en nuestras legislaciones.

III. El principio de legalidad liberal

Considerado originalmente como un aporte político más que jurídico del pensamiento liberal ilustrado, al exigir la sujeción del poder político al marco jurídico existente, dicho principio se transforma hasta convertirse en una de las formas de legitimación del poder, nos referimos a la sujeción de las actuaciones del Estado a la legalidad, lo cual es propio de las democracias parlamentarias. En el orden jurídico el principio de

² V. Rodríguez Meléndez, Roberto. *El Fundamento Material de la Constitución: Una Aproximación a la Idea de Valor, Principio y Norma Constitucional*, en *Teoría de la Constitución Salvadoreña*, 1ª. Edición, editado por el Proyecto de Fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en El Salvador, y Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2000, Pág. 142 y siguientes.

legalidad adquiere una función de garantía del ciudadano frente a las acciones del Estado, y en especial frente a las resoluciones de los jueces.

Este principio es sistematizado a partir de la propuesta de Anselm Von Feurbach, quien sintetiza el principio con el aforismo latino “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” (no hay crimen ni pena sin ley), derivándose de ella originalmente tres garantías fundamentales: una garantía criminal, una penal y una judicial³.

La garantía judicial obliga al juzgamiento de la persona, conforme a los procedimientos establecidos previamente en la ley, y respecto al hecho que se imputa. Convirtiéndose así en la garantía que permite la operatividad del mandato de la ley: para un supuesto de hecho (conducta prohibida) debe ser una consecuencia jurídica (sanción); esta garantía fundamenta el principio de legalidad procesal, que se encuentra regulado en el artículo 2 del código procesal penal salvadoreño⁴.

El principio de legalidad procesal no debe ni puede confundirse con la acción penal pública, mientras el principio permite la operatividad de la ley sustantiva, la acción penal pública es el facultamiento del Estado a un ente especializado para perseguir conductas consideradas delictivas, sin embargo ese facultamiento requiere de una forma específica de actuación y sujeción a determinados procedimientos, de aquí la importancia de la legalidad procesal. La pregunta que se debe formular es por el contenido y límites de las funciones punitivas encomendadas al ente persecutor, denominada genéricamente como acción penal pública.

IV. Origen de la acción penal pública.

La “*Constitutio Criminalis Carolina*” de 1532, es citada con frecuencia para señalar el momento histórico de la conformación de los estados nacionales en Europa, ello en perjuicio del poder político y jurídico de los señores feudales. En esencia se trata de la expropiación del poder individual contenido en cada ciudadano, para reaccionar contra su agresor, es decir, se elimina la venganza privada, creando en su lugar ciertas instituciones del Estado para proceder de *oficio*, sin importar la voluntad de los individuos, logrando instrumentalizar el poder sancionatorio monopólico del Estado como un medio de control social⁵. El poder sancionatorio del Estado es construido en distintos niveles, pero es su acción operativa la que permite visualizar sus facultades y obligaciones, de ahí la importancia de la acción penal pública, puesto que puede definirse como la puesta en práctica o ejecución de dicho poder monopólico.

³ Con el actual reconocimiento de la fase de ejecución del proceso como parte integrante del mismo, se incorpora una cuarta garantía, denominada: “garantía ejecutiva del principio de legalidad”.

⁴ Principio de Legalidad del Proceso

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

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

⁵ Maier, Julio. *Derecho procesal penal argentino*, 2°. Edición, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, Pág. 533.

La monopolización del poder sancionatorio fue un instrumento importante durante los estados absolutistas, pero lo fue más para los estados liberales, quienes inspirados en la exigencia igualitaria de la ley y de la filosofía retribucionista de Kant y Hegel, permitieron interpretar el derecho penal como un derecho meramente sancionador y no como un ente regulador de conductas. La diferencia de cada postura es el énfasis en la obligatoriedad de la imposición de la sanción, con base al hecho cometido, dejando por fuera las consideraciones “funcionales” o simbólicas del derecho penal, como ente regulador de la vida en sociedad.

La operatividad de esta idea de derecho penal, es decir, la acción penal pública, se interpretó en los mismos términos absolutos con algunas excepciones expresamente señaladas, (como el caso de los delitos de acción privada), de aquí el surgimiento de los principios de oficiosidad, oficialidad y obligatoriedad, que impulsan por **iniciativa propia**⁶ al **ente requirente**⁷, para perseguir **todas**⁸ las denuncias o noticias delictivas, impidiendo con ello cualquier tratamiento procesal diferenciado con base al hecho cometido, o con base a las personas que son señaladas como autores o partícipes de un hecho punible.

La íntima relación entre la acción penal pública y el principio de legalidad procesal permitió al sistema procesal inquisitivo vincular estrechamente la “obligatoriedad” de la acción penal pública con el principio de legalidad⁹, provocando graves ineficiencias en la administración de justicia. Un cambio en el modelo procesal requería a su vez, una nueva racionalización o re-conceptualización de la acción penal pública.

V. El principio de legalidad funcional

La nueva racionalidad se expresa en la transformación del mismo principio que le da fundamento a la imposición de sanciones y permite mantener el monopolio sancionador del Estado, nos referimos al principio de legalidad.

En primer lugar hay que reconocer que el monopolio sancionador se transformó en un poder distinto, y mucho mayor que la suma de las expropiaciones de poder de los ciudadanos, que junto a la creación del estado moderno y las facultades otorgadas para dirigir la sociedad, le permitieron a los estados liberales justificar sus decisiones sobre la base de un poder originario y superior: nos referimos a la soberanía.

⁶ La iniciativa propia se convirtió en el contenido esencial del principio de oficiosidad.

⁷ La oficialidad se construye a partir de la designación legal de una institución para el ejercicio de las facultades persecutorias del Estado.

⁸ Aquí el fundamento del principio de obligatoriedad, que entiende que la acción penal pública no admite excepciones surgidas a partir de las mismas facultades requirentes, pues significa un trato desigual frente a la ley, que atenta contra la institucionalidad del Estado.

⁹ Tijerino Pacheco, José María. *El Principio de Oportunidad en el Ejercicio de la Acción Penal*, en *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*, Colegio de Abogados de Costa Rica/Asociación de Ciencias Penales, San José, 1996, Pág. 88.

El poder originario, constituyente, fundador o simplemente llamado “titular de la soberanía”, evolucionó de acuerdo a los requerimientos políticos de la época, justificando su titularidad, en primer lugar, en las manos del monarca como depositario del poder divino, hasta llegar a las nociones modernas de soberanía, en que el pueblo es su único titular.

Con ello el principio de legalidad y sus exigencias, se transformaron en una de las expresiones consustanciales de la soberanía de los estados, como expresión de la voluntad popular, sin embargo en la actualidad la soberanía ha dado lugar, y ha dado su lugar, a nuevos centros de poder de carácter supranacional que requieren de facultades sancionatorias para actuar y legitimar sus acciones. Las transformaciones políticas han permitido dudar de la existencia de un único monopolio sancionador, generando un verdadero pluralismo jurídico. Por ejemplo, cortes internacionales de justicia exigen una aplicación racional del poder sancionador y administrador de los estados partes, frente a sus propios ciudadanos, e incluso entre los mismos estados.

Por otra parte, la ley ya no es vista como expresión de la voluntad popular, tal como se concebía en los estados liberales. Actualmente la ley es sólo una expresión de la transacción de pequeños grupos de intereses, representados en los congresos y parlamentos de nuestros estados, lo que obliga a una postura crítica frente a la ley y a un mayor esfuerzo por parte del juez para la “coherente”, “racional” y “con sentido común” aplicación de la misma.

La nueva racionalidad exige fundamentar, en este caso el poder sancionatorio, a partir de visiones integrales de sociedad, lo que permite sustituir nociones retribucionistas del derecho por orientaciones utilitaristas que satisfagan los fines asumidos por los Estados nacionales. La antigua racionalidad de “máxima punición” y “cero tolerancia”, simplemente es impracticable, a pesar de los esfuerzos de los estados de mantener sus viejas prácticas.

A medida que las instancias internacionales han fortalecido su injerencia en la toma de decisiones de los estados nacionales, condicionan cada vez más su “ayuda”, (entiéndase comercio e inversión) a la misma transformación de las estructuras judiciales, como herramienta para la estabilización y seguridad de los estados¹⁰.

Con ello, la nueva forma de ver el derecho se orienta como un instrumento pacificador, que pretende la solución de los conflictos sociales, regulando las conductas de los individuos, para lograr la *seguridad, racionalidad e igualdad* dentro de los estados. De esta forma se potencian salidas utilitaristas o “pacíficas” de los conflictos. La conciliación y las salidas alternas en el proceso penal son un ejemplo.

Los enfoques utilitaristas han permitido analizar la acción penal pública a la luz del funcionamiento global de las instituciones sociales y no a la luz del imperativo de una

¹⁰ Luis Prieto Sanchís, hace un análisis detallado sobre la decadencia de la ley, v. *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las casas”, Universidad Carlos III de Madrid, editorial Dykinson, 1998, Pág. 5.

pena. Actualmente se reconoce que la finalidad de las penas está orientada hacia consideraciones de prevención general y especial, procurando armonizarlas con el principio de culpabilidad personal, por ello consideramos que los criterios de oportunidad son parte integrante y complementaria del principio de legalidad procesal y no su excepción.¹¹

Los fundamentos teóricos que sistematizan dichas relaciones no son claros aún, sin embargo, en materia penal se vislumbra dicha necesidad cuando se discute sobre la conveniencia de nuevos mecanismos sancionadores para las personas jurídicas, nuevos delitos no convencionales de peligro abstracto y nuevas sanciones, potenciación de institutos procesales que ayuden a combatir con efectividad los delitos transnacionales como el tráfico ilícito de drogas, lavado de dinero y migración ilegal, por ejemplo.¹²

VI. Expectativas de los criterios de oportunidad

Antes de la reforma del código procesal penal se reconocía la existencia de altos niveles de impunidad y conflictividad social, se hablaba de procesos de selección arbitrarios de la criminalidad por parte de la policía, graves delitos de cuello blanco y corrupción gubernamental, incluso la selectividad delictiva del sistema penal con base a factores sociales. Frente a ello los criterios de oportunidad surgieron como mecanismos óptimos para la aplicación funcional de la acción penal pública, puesto que permitirían evitar la sobrecarga de la administración de justicia, potenciar la investigación de los delitos complejos, así como prescindir de la acción penal pública en aquellos casos de escasa relevancia social¹³, sea por la exigua ofensividad de la conducta¹⁴, por el desistimiento voluntario del sujeto activo¹⁵, por la pena natural recibida por el sujeto activo¹⁶ o bien, en virtud de la innecesariedad de la pena en comparación con la pena ya impuesta¹⁷.

Cada uno de los anteriores “criterios de oportunidad” responde a situaciones y valoraciones jurídicas de distinta naturaleza. El numeral primero del artículo 20 del Código Procesal Penal salvadoreño, reconoce el criterio de oportunidad por valoraciones propias de la teoría jurídica del delito: por la no afectación del bien jurídico penal protegido por la norma, por la mínima afectación del bien jurídico (denominada también como no incremento del riesgo), y por mínima culpabilidad con base a cualquiera de los tres elementos que integran la culpabilidad normativa.

¹¹ Chang, Luis Antonio. *Criterios de oportunidad en el código procesal penal*, 1°. Edición, editorial Jurídica Continental, San José, 1998, Pág. 41.

¹² V. García Martín, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 1°. Edición, editorial, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

¹³ Maier, Op. Cit., Págs. 551. En igual sentido Bovino, Alberto. *Temas de Derecho Procesal Penal Guatemalteco*, 1°. Edición, Myrna Macck, Guatemala, 1996, Pág. 96.

¹⁴ V. artículo 20 numeral 1 del código procesal penal salvadoreño.

¹⁵ Artículo 20 numeral 2 del código procesal penal.

¹⁶ Artículo 20 numeral 3 del código procesal penal.

¹⁷ Artículo 20 numeral 4 del código procesal penal.

El numeral segundo recuerda las condiciones del desistimiento voluntario regulado en el código penal, y a su vez incorpora de forma muy exigua una institución históricamente rechazada, pero muy de moda en los nuevos códigos procesales de América Latina, nos referimos al denominado “imputado colaborador”, “arrepentido” o “criteriado”, fundamentada por razones de eficacia judicial.

El numeral tercero atiende a valoraciones sustentadas en el fin de la pena, en especial de fines preventivo especiales, considerando el daño físico, síquico o moral del sujeto activo.

El numeral cuarto también valora, igual que el anterior, la necesidad o no de la pena pero desde la perspectiva de la prevención general.

La diversidad de fundamentos “de origen” de los criterios de oportunidad hacen más difícil calcular sus efectos, en especial si tomamos en cuenta que nada se dice sobre la responsabilidad civil del sujeto activo por el ilícito cometido, el derecho de la víctima a intervenir y oponerse a dicho criterio, los parámetros y procedimientos para solicitar la aplicación de los mismos.

Las deficiencias señaladas no son subsanadas por el artículo 21 del código procesal que regula los efectos de la aplicación de los criterios de oportunidad. Por ello algunas legislaciones desarrollan en leyes especiales sus límites y contenidos, mientras tanto, podemos reconocer que jueces y fiscales pueden condicionar su solicitud o resolución, al cumplimiento satisfactorio de la responsabilidad civil, atendiendo a las reglas generales del mismo y sus específicas diferencias¹⁸; así también condicionar en base a las consecuencias accesorias reguladas en el artículo 126 y 127 del código penal, y con mayor razón las de carácter constitucional. Todas ellas facultades que presuponen claros parámetros plasmados en manuales y directrices institucionales, y bien fundamentadas resoluciones judiciales.

El surgimiento de los criterios de oportunidad para efectivizar el sistema, en especial el que permite prescindir de la acción penal pública a aquel que colabore con información que posibilite establecer responsabilidades penales, en el mismo hecho o en otro más grave, se presentó como un instituto procesal eficaz contra los delitos no convencionales, de compleja investigación o contra la corrupción gubernamental, y por ello de gran aplicación dentro del proceso penal.

La realidad desmitificó tan altas expectativas, según datos estadísticos proporcionados por la Fiscalía General de la República, los criterios de oportunidad representan una escasa incidencia dentro de la aplicación del código procesal penal, perfilándose una proyección descendente desde su aplicación, tal como puede observarse en la información que se presenta en la tabla siguiente:

¹⁸ Recordemos que la responsabilidad civil por la que se pronuncia el juez dentro de un proceso penal, puede tener diversos fundamentos “civiles”, por ejemplo: responsabilidad civil derivada del hecho delictivo, responsabilidad por daño moral, entre otras.

Tabla 1. Criterios de oportunidad en relación con requerimientos presentados.

Año	Criterios de oportunidad	Requerimientos.	Porcentaje
1999	541	30,242	1.79
2000	506	36,837	1.37
2001	390	38,234	1.02

Fuente: Elaboración propia con datos de la Fiscalía General de la República.

Lamentablemente los datos proporcionados por la Fiscalía, no especifican aún más el tipo de criterio de oportunidad que se aplica.

VII. Procedimiento para la aplicación de criterios de oportunidad, especialmente el otorgado por colaborar con la investigación

Cada uno de los criterios de oportunidad tiene un fundamento y consecuencias jurídicas diferentes, lo que permite una aplicación más o menos diferenciada de cada uno de ellos, pero el más problemático en su aplicación es el numeral segundo del artículo 20 procesal penal, pues incorpora los beneficios de un desistimiento voluntario, junto con criterios político criminales del ente fiscal en razón de la eficacia investigativa, sin entrar a desarrollar mecanismos o parámetros para otorgar dicho beneficio.

En general los criterios de oportunidad regulados en el artículo 20 del código procesal penal, valoran circunstancias pasadas o hechos “ex post”, como la insignificancia del hecho realizado, el desistimiento voluntario realizado, el daño físico o moral sufrido por el sujeto activo, o bien la gravedad de la pena ya impuesta, permitiendo una resolución judicial definitiva sobre la petición de prescindir la acción penal pública. Sin embargo el beneficio otorgado por colaborar “eficazmente” con la investigación o contribuir decididamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en hechos delictivos, se condiciona de una u otra forma, a la realización de actos posteriores que aporten prueba dentro del proceso penal, lo que conlleva muchas dificultades para una aplicación transparente y homogénea; es decir apegada a los principios constitucionales superiores de justicia, igualdad y proporcionalidad.

Las preguntas inmediatas que se deben contestar sobre el procedimiento aplicable son: ¿Se suspende o extingue la acción penal pública?, ¿Cómo se suspende?, ¿Por cuánto tiempo?, ¿De qué forma colaboró el criteriado eficazmente?, ¿Quién controla la eficacia de la información?, ¿Cómo se introduce la información al proceso?, ¿Qué valor tiene la prueba incorporada al proceso?

Los artículos 20 y 21 del procesal penal son escuetos en la determinación del procedimiento y parámetros para la aplicación de un criterio de oportunidad, ello se agrava en el criterio fundado en la colaboración eficaz de una investigación, por los actos procesales posteriores que se requieren. En principio rechazamos que la solicitud de “criteriar” a un imputado tenga como efecto inmediato la extinción de la acción penal, en virtud que se convertiría en un procedimiento criminógeno, es decir generador de

impunidad, puesto que la Fiscalía no tendría ninguna garantía que el criteriado reitere la información o colabore con la misma en juicio, una vez reciba la extinción de la acción.

Un procedimiento lógico para beneficiar a una persona con este tipo de criterio de oportunidad, de acuerdo con el artículo 20 numeral dos CPP, significaría el ejercicio de la facultad del ente requirente, para solicitar la suspensión de la acción penal pública, mientras se logra la colaboración eficaz, o la necesaria confirmación de la información brindada por el sujeto. Por otra parte, la suspensión requiere del control judicial, considerando que el fundamento de la petición no puede ser arbitrario o sin límite de tiempo, siendo necesario controlar la suspensión dentro de un plazo razonable para el cumplimiento de los fines que persigue, por ello es perfectamente aplicable en lo atinente, lo establecido en el artículo 23 del código procesal penal, que regula precisamente las condiciones y reglas de conducta para la suspensión condicional del procedimiento¹⁹.

Con la anterior interpretación se completaría el procedimiento para la aplicación lógica del instituto procesal, suspendiendo el juez la acción penal pública a petición de la fiscalía, a través de la suspensión condicional del procedimiento, imponiendo al “criteriado” determinadas medidas o reglas de conducta mientras dure la suspensión, y se verifican e incorporen los elementos probatorios necesarios para la efectiva investigación. Una vez comprobada la información o habiendo contribuido con la misma, una segunda petición de la fiscalía ante el juez, solicitaría la resolución para ordenar la extinción definitiva de la acción penal pública.

El primero que debe controlar y valorar la eficacia de la investigación es el ente fiscal, siendo necesaria la validación última del juez para controlar la legalidad de la información obtenida y su adecuada incorporación al proceso, y en caso de controversia entre el criteriado y el fiscal, decidir sobre la “contribución decisiva al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave”.

La primera objeción a este tipo de procedimiento para otorgar este criterio de oportunidad, proviene de la desconfianza justificada de los mismos operadores de la justicia. Algunos jueces y abogados han considerado, de forma correcta, que la declaración de una persona que ha recibido un criterio de oportunidad, es una declaración que la realiza siempre en su calidad de imputado, y por ello es siempre una declaración de coimputado, cuando son dos o más, remitiéndose automáticamente a las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales de este tipo de problemática probatoria.

VIII. Testigo o coimputado, testigo impropio o semi-imputado

En primer lugar hay que recordar, que actualmente la declaración testimonial de una persona física como medio probatorio, es aquella rendida bajo determinadas

¹⁹ El código procesal penal de Honduras vigente a partir del 20 de febrero de 2002, expresamente faculta en la aplicación de criterios de oportunidad por colaboración eficaz, la imposición de medidas propias de la suspensión de la persecución penal. V. artículo 28 numeral 5 con el artículo 36 de dicho cuerpo de leyes.

condiciones y circunstancias dentro de una fase del proceso penal, ilustrando lo que conoce por medio de sus sentidos, sobre los hechos y circunstancias investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción de éstos.

Las características que debe poseer el testigo como medio para incorporar la información probatoria dentro del proceso son: a) **objetividad de su declaración**, basado en hechos que haya presenciado directamente por los sentidos, incluso los testigos de referencia se manifiestan únicamente sobre hechos que les consta; b) **legalidad**, tanto en la obtención e incorporación en el proceso, como por el respeto a las derechos y garantías constitucionales; c) **pertinencia**, por su relación directa o indirecta con el objeto de averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad.

Precisamente con base en la falta de objetividad y pertinencia se sostiene, que el “criteriado” no puede ser testigo en razón del interés que lo motiva para declarar en el juicio, el cuál es un interés eminentemente egoísta al buscar obtener una ventaja prescindiendo de la persecución penal en su contra, por ello, al igual que la declaración de co-acusado²⁰, la declaración del criteriado no puede ser admitida como prueba en un proceso penal, o en todo caso, no puede ser considerada al mismo nivel que la declaración testimonial.

Por otra parte, se argumenta que el criteriado no tiene las mismas condiciones y exigencias que un testigo imparcial, no siéndole exigible una declaración **objetiva**, y principalmente veraz, puesto que aún pende en su contra una posibilidad de imputación penal. Esta desigualdad de condiciones le exime de responsabilidad penal, por los delitos de falso testimonio en que pudiera incurrir al momento de su declaración en juicio, debido a la no exigibilidad de otra conducta, y por el derecho constitucional de no declarar en su propia contra. En este sentido no existen diferencias cualitativas entre la declaración de un criteriado y la declaración de coimputado.

Asimismo se señala que el contenido de la declaración de un criteriado, se asemeja a una confesión rendida a través de una declaración indagatoria, o declaración de coimputado²¹, puesto que la persona acepta su autoría o participación en los hechos investigados, con la diferencia que su confesión involucra al resto de imputados como requisito para excluirse de toda responsabilidad penal. Por ello la imputación delictiva

²⁰ Al respecto Bacigalupo señala: “En efecto, el coacusado declara sin obligación de decir verdad, sin prestar juramento y sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio, tres condiciones que se consideran esenciales para asegurar la verdad de lo declarado por cualquier testigo” citado por Muñoz Conde, Francisco, en *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Colección claves del derecho penal, Vol. 1, editorial Hammurabi, Argentina, 2000, Pág. 69.

²¹ La declaración de coimputado se entiende como la información incriminatoria que uno de los imputados realiza contra otro, o bien incriminándose y a la vez incriminando a otros. Sin embargo es de tener en cuenta que ello significa que la persona que declara tiene la calidad de imputado. En este punto la doctrina señala la vinculatoriedad de la declaración respecto del imputado que declara, no así respecto los demás imputados, si no existen otros elementos probatorios directos o indirectos que sustenten o complementen la información proporcionada por el imputado que declara. En otros ordenamientos jurídicos como España o Argentina, la declaración de coimputados proporciona una importante disminución de la pena para aquellos que la realizan.

contra el criteriado permanece en términos materiales, aunque no formales, impidiéndole declarar como testigo y que se valore en tal sentido.

Es de considerar a su vez las transformaciones de la confesión como medio probatorio dentro del nuevo modelo procesal, actualmente carece de la importancia probatoria que tuvo. Ahora el fiscal frente a una confesión, debe continuar con la investigación dado que el juez puede considerarla insuficiente, falsa, involuntaria, incluso dentro de procedimientos especiales como el abreviado. La declaración indagatoria se ha enfatizado como un medio de defensa más que una herramienta para lograr una confesión, aunque las prácticas policiales sigan buscando a la otrora “reina de las pruebas”.

A su vez no es admisible en el proceso penal moderno, la idea de la indivisibilidad de la confesión. De aquí que, se pueda tomar la parte, que de acuerdo a la sana crítica del juez parezca objetiva, rechazando las demás partes que no lo parezcan, aunque éstas se relacionen con circunstancias esgrimidas para eliminar o atenuar la responsabilidad.

Lo cierto es que la declaración del criteriado no puede considerarse como una declaración testimonial normal, la denominación jurisprudencial de testimonio impropio o irregular, es un eufemismo jurídico que no cambia las pronunciadas condiciones subjetivas en las que declara el criteriado, tampoco el juramento o amenaza de pena por delito de falso testimonio, elimina el interés que tiene de declarar e inculpar a otros para prescindir de la persecución penal contra él. En esencia se trata siempre de una declaración de co-imputado.

Sin embargo, la verdadera discusión o problemática no consiste en establecer si se trata de una declaración testimonial o de una variante de la declaración indagatoria, pues ambos son medios probatorios válidos. Además el principio de libertad probatoria posibilita la aplicación analógica de los medios probatorios,²² permitiendo la incorporación de prueba por medios similares²³.

La verdadera problemática consiste en el valor probatorio de la información, y garantizar la objetividad, legalidad y pertinencia probatoria, por ello se debe reiterar la necesaria existencia de otros elementos probatorios, para que en conjunto se pueda valorar la credibilidad de la declaración. Se trata de un elemento de prueba muy dudoso, pero uno más dentro del universo de pruebas a valorar.

También se requiere hacer énfasis en la función del juez, al momento de autorizar la aplicación de un criterio de oportunidad por colaborar con la investigación, a fin de respetar los valores jurídicos superiores como la justicia, la igualdad y la proporcionalidad. Estos valores deben ser considerados a partir de criterios de merecimiento y necesidad de la sanción, de las personas que solicitan ser beneficiadas

²² También se le denomina principio de no taxatividad de los medios probatorios.

²³ El inciso tercero del artículo 162 del código procesal señala: “Para que las pruebas tengan validez deben ser incorporadas al proceso conforme a las disposiciones de este Código y en su defecto, de la manera que esté prevista la incorporación de pruebas similares (...)”

por un criterio de oportunidad. La finalidad última es no cometer injusticias o excesos, como lo sería el beneficiar con un criterio de oportunidad, a los autores intelectuales o materiales de un hecho delictivo, para lograr la sanción de los partícipes del mismo. Precisamente éste es el abuso decantado en, escasos y famosos, procedimientos incoados por corrupción gubernamental en El Salvador.

El control de la legalidad frente a la Constitución por parte del juez, no es una mera formalidad. El control jurisdiccional debe vigilar el respeto de las garantías procesales, y en especial las probatorias, para un adecuado debido proceso.

IX. Aplicación del criterio de oportunidad por colaborar con la investigación

Al inicio de la implementación del código procesal, el órgano requirente no lograba vincular o garantizar la participación posterior, de la persona beneficiada por un criterio de oportunidad por colaborar con la investigación. Las razones fueron diversas, unas atribuidas al mismo criteriado y otras ocasionadas por los mismos jueces, fiscales y defensores, que solicitaban u otorgaban un sobreseimiento definitivo, pues se consideraba como el único mecanismo procesal para extinguir la imputación formulada, y poder declarar en calidad de testigo en el mismo caso.

Algunos jueces que no declaraban un sobreseimiento definitivo a favor del criteriado, estipulaban un plazo relativamente corto para definir la situación jurídica de la persona, tiempo que era insuficiente para que el imputado se presentara a declarar en juicio, especialmente si la celebración del juicio se dilataba por lo complejo del mismo.

Muchos criteriados al verse librados de la imputación penal, por haber obtenido un sobreseimiento definitivo a su favor, lograron salir del país, u optaron por desdecirse o negarse a declarar al momento del juicio. El riesgo de ser sometidos a una nueva investigación por falso testimonio era más favorable para ellos, especialmente si consideramos que las sanciones por falso testimonio son relativamente menores a los hechos y delitos imputados inicialmente al criteriado, que por lo general consistían en delitos de homicidio, secuestro o robos.

El incremento de los delitos de secuestro en todo el país durante el año 2002, que afectaba directamente a muchos empresarios y comerciantes, obligó al gobierno a tomar medidas concretas para su persecución, para ello se formularon reformas al código penal y procesal que incrementaron la sanción de los delitos de homicidio y secuestro, e introdujeron un procedimiento para la protección de la identidad de los testigos.

Por otra parte se crearon unidades policiales y fiscales especializadas en la persecución de los delitos de secuestro y de crimen organizado, los cuales recurrieron a los "criteriados" para introducir al proceso información proveniente de informantes, agentes encubiertos, o de los mismos imputados que siendo capturados por un delito fueron "convencidos" para colaborar con información de hechos delictivos anteriores y señalar quienes participaron en los mismos.

Lo anterior provocó que la declaración de dichos “criteriados”, sirviera para señalamientos y condenas masivas de personas por el cometimiento de hechos delictivos, en especial los de secuestro, muchas veces sin que existieran otros elementos probatorios para sostener la acusación, lo cual es jurídicamente inaceptable por la doctrina y jurisprudencia.

El mecanismo para incorporar al proceso la información de los criteriados fue diverso, desde confesiones extrajudiciales, entrevistas de testigos en sede administrativas, que luego eran validadas en sede judicial por los mismos jueces y defensores para autorizar el criterio de oportunidad. Muchas de las actas de declaraciones extrajudiciales, o bien judiciales, sirvieron como prueba documental en los juicios, ante la imposibilidad de contar directamente con la declaración del criteriado, lo anterior niega la posibilidad controvertir e inmediar la prueba por parte de la defensa, y aún así sirvió como fundamento para las sentencias condenatorias.

Las dificultades para contar con la declaración del criteriado en juicio, provocó un aumento en los anticipos de prueba, convirtiéndose en la actualidad, en un procedimiento generalizado e inmediato para las personas que son beneficiadas con un criterio de oportunidad. En dichos anticipos de prueba la defensa aún no cuenta con toda la información y preparación necesaria para una adecuada contradicción de la prueba. En muchos casos la presencia de la defensa es un mero trámite para formalizar el acto, especialmente si son defensores públicos que desconocen el caso o tienen, en ese momento, su primer contacto con el imputado.

De este modo se ha producido una paradoja, ya que dos instituciones de corte acusatorio –como son los criterios de oportunidad y los anticipos de prueba–, pensadas e implementadas para impregnar al nuevo proceso penal de una tendencia acusatoria, perversamente han funcionado para conservar resabios inquisitivos.

X. A modo de conclusión

La figura del criteriado, arrepentido o simplemente delator, siempre ha sido controvertido históricamente, incluso desde antes de la revolución francesa por ser de gran utilidad para combatir las conspiraciones contra la monarquía, de ahí que fuera abolida por dicha revolución. Su renacimiento ha facilitado la instrumentalización del derecho penal como medio de control social, provocando excesos e incoherencias en su aplicación. Sin embargo, su actual validez no se pone en duda, pero sí su necesidad, especialmente si no existen los parámetros legales y controles jurisprudenciales adecuados, y mucho menos el suficiente talante ético de los funcionarios encargados de su interpretación y aplicación. Por ello se vuelve necesaria una reforma de dicha figura para un proceso penal objetivo y transparente.

Hasta el momento los criterios de oportunidad no han demostrado la satisfacción de sus expectativas para el combate de la corrupción, investigaciones complejas o delitos de cuello blanco, mucho menos en delitos contra la corrupción gubernamental. Por el contrario su aplicación ha respondido a intereses sectoriales para el combate específico

de ciertos delitos que afectan principalmente a determinados sectores sociales y económicos como los secuestros o el hurto y robo de mercaderías, lo que hace pensar en la necesidad del fortalecimiento y transformación institucional, técnica e incluso político, del órgano requirente.

BIBLIOGRAFÍA

Libros.

Asociación de Ciencias penales de Costa Rica, "Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal", Corte Suprema de Justicia, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, 1996.

Bovino, Alberto. "Temas de Derecho Procesal Penal Guatemalteco", 1º. Edición, Myrna Macck, Guatemala, 1996.

Chang, Luis Antonio. "Criterios de oportunidad en el código procesal penal", 1º. Edición, Editorial Jurídica Continental, San José, 1998.

García Martín, Luis. "Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia", 1º. Edición, editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

Maier, Julio. "Derecho procesal penal argentino", 2º. Edición, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

Muñoz Conde, Francisco. "Búsqueda de la verdad en el proceso penal". Colección claves del derecho penal, Volumen 1, editorial Hammurabi, Argentina, 2000.

Prieto Sanchís, Luis. "Ley, principios, derechos", Instituto de derechos humanos "Bartolomé de las casas", Universidad Carlos III de Madrid, editorial Dykinson, Madrid, 1998.

Rodríguez Meléndez, Roberto y otros. "Teoría de la Constitución Salvadoreña", 1º. Edición, editado por el Proyecto de Fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en El Salvador, y Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2000.

Revistas.

Justicia penal y sociedad, Año II N° 3-4, Revista Guatemalteca de ciencias penales. Noviembre, 1993.

Legislación.

Código Procesal Penal, Decreto Legislativo No. 904, del 4-12-1996, Diario Oficial No. 11, Tomo 334 del 20-01-1997.