

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE POSTGRADO
MAESTRIA JUDICIAL



**“LÍMITES Y ALCANCE DE LOS MEDIOS PROBATORIOS
EXTRAORDINARIOS, PARA LA DETERMINACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DELITO DE EXTORSIÓN”**
TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAESTRO JUDICIAL

PRESENTADO POR:

LIC. JOSÉ VIRGILIO JURADO MARTÍNEZ

ASESOR

MSC. FRANCISCO OPORTO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, SEPTIEMBRE DE 2019

**AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
MSC. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO
RECTOR**

**DR. MANUEL DE JESUS JOYA ABREGO
VICE-RECTOR ACADÉMICO**

**ING. AGR. NELSON BERNABÉ GRANADOS ALVARADO
VICE-RECTOR ADMINISTRATIVO**

**MSC. CRISTONBAL HERNÁN RIOS MARÍN
SECRETARIO GENERAL**

**LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN
FISCAL GENERAL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA
DECANA**

**DR. JOSÉ NICOLAS ASCENCIO HERNÁNDEZ
VICE DECANO**

**MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ
SECRETARIO**

**LIC. RENÉ MAURICIO MEJÍA MÉNDEZ
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**DR. REYNALDO GONZÁLEZ
COORDINADOR UNIDAD DE POSTGRADOS**

AGRADECIMIENTOS

A Dios por darme una vida hasta ahora con suficiente salud y conocimiento para hacer un aporte aunque sea mínimo al sistema procesal penal salvadoreño y a la comunidad jurídica en general sobre lo novedoso del tópico denominado “*Límites y Alcance de los Medios Probatorios Extraordinarios para la Determinación de la Responsabilidad Penal en el Delito de Extorsión*”, para conocer de mejor forma las técnicas especiales de investigación y probatorias que utiliza el cuerpo de seguridad del Estado para enfrentar el auge de las organizaciones criminales de los terroristas denominados “*MS y M18*”, que operan en nuestro país.

A mis padres: Berta Jurado y Virgilio Martínez (Q.D.D.G), por haber sido el medio para estar en este mundo.

A mis hermanos, y especialmente a mis bellos y maravillosos hijos; Lléneli Onixa y Luizáo Abdael.

A todos los excelentes maestros: Especialmente al Dr. Reinaldo González, Coordinador Unidad de Postgrados, por su apoyo y paciencias; al Msc. Francisco Oporto, Asesor de Tesis, por sus observaciones acertadas para mejorar la calidad del tema investigado; y, Dra. Sandra Carolina Rendón Rivera, por su incondicional apoyo en el seminario de tesis.

A mis compañeros jueces con quienes, en la interrelación durante la maestría, compartimos y aprendimos mucho de cada uno de ellos, permitiendo fortalecer nuestras amistades que culminó con un contacto más fraternal dentro del grupo de maestrando.

Finalmente, a todos los lectores que consulten este trabajo para enriquecer sus conocimientos académicos, les pueda ser de mucha utilidad para la vida jurídica cotidiana.

ÍNDICE

Abreviaturas y Siglas

INTRODUCCIÓN..... i

CAPITULO I

DIFERENCIA ENTRE MEDIOS DE PRUEBA ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIO

1. Generalidades de la prueba.....	1
1.1. Definición y naturaleza de la prueba.....	5
2. Principios de la prueba.....	10
2.1. Diferencia entre principios de la prueba y los principios del proceso.....	14
2.2. Aplicación de los principios procesales en un estado constitucional de derecho con tendencia democrático.....	17
2.3. Limitaciones a los principios de la prueba.....	19
3. Los medios probatorios en general.....	22
4. Medios de investigación criminal.....	27
5. Diferencia de medios de prueba general y medios de investigación criminal.....	33
6. Origen de los medios extraordinarios de prueba.....	34
7. Clasificación de los medios extraordinarios de prueba.....	42

CAPITULO II

MEDIOS EXTRAORDINARIOS DE PRUEBA

1. Nociones generales.....	50
2. agente encubierto.....	50
2.1. Antecedentes generales.....	52
2.2. Concepto doctrinario del agente encubierto.....	57
2.3. Modalidades del agente encubierto: infiltrado, provocador, negociador, informante, compra vigilada o controlada.	57
3. El agente encubierto como instrumento extraordinario en la investigación criminal.....	67
4. El agente encubierto como instrumento extraordinario de prueba.....	72
5. El testigo protegido y figuras afines (testigo anónimo, testigo con identidad protegida y testigo oculto).....	80
6. El arrepentido y sus figuras afines (imputado-criteriado-delator).....	86
7. La prueba científica.....	88
8. El agente encubierto y su vulneración de garantías fundamentales.....	92

CAPITULO III

REGULACIÓN DE LOS MEDIOS EXTRAORDINARIOS DE PRUEBA

EN LA LEGISLACION PENAL SALVADOREÑA

1. Nociones generales del positivismo de los medios extraordinarios de prueba.....	102
2. Regulación constitucional de los medios extraordinarios de prueba.....	109
3. Regulacion internacional de los medios extraordinarios de prueba.....	115

4. Regulacion legal o infraconstitucional de los medios extraordinarios de prueba.....	121
4.1. Leyes Especiales.....	121
4.2. Código Procesal Penal.....	126

CAPITULO IV

VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS EXTRAORDINARIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL SALVADOREÑO

1. Noción general de la valoración de la prueba.....	142
2. Sistema de valoración de la prueba.....	146
2.1. Prueba legal o tasada.....	148
2.2. Íntima convicción.....	150
2.3. Libre convicción o sana crítica racional.....	152
3. Regulación del sistema de la sana crítica y su relación con los medios extraordinarios de prueba en el proceso penal.....	154
4. Principio de la presunción de inocencia en relación a los medios extraordinarios de prueba.....	157
5. Obligación de probar del ministerio público fiscal.....	161
6. Límites o reglas de admisibilidad de los medios extraordinarios de prueba.....	165
7. Valoración de los medios extraordinarios de prueba en juicio.....	171
CONCLUSIONES.....	192
RECOMENDACIONES.....	196
ANEXOS.....	218

i. ABREVIATURAS y SIGLAS

Art.	Artículo
Cn.	Constitución de la República
FGR	Fiscalía General de la República
PNC	Policía Nacional Civil
PGR	Procuraduría General de la República
CSJ	Corte Suprema de Justicia
SCCSJ	Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
CNJ	Consejo Nacional de la Judicatura
CIDH	Corte Internacional de Derechos Humanos
SICA	Sistema de Integración Centroamericana
CPN.	Código Penal
C.PR.PN.	Código Procesal Penal
UTE	Unidad Técnica Ejecutiva
TI	Tratados Internacionales
LECRIM.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
DO	Diario Oficial
ED.	Edición
No.	Número
OP. CIT.	Obra citada
ÍDEM.	Misma obra
IBÍD.	En el mismo lugar
M-S	Mara Salvatrucha
M-18	Mara Dieciocho
VID.	En igual sentido
VOL.	Volumen

INTRODUCCIÓN

El presente documento constituye el informe de la investigación denominada *“Límites y Alcance de los Medios Probatorios Extraordinarios Para la Determinación de la Responsabilidad Penal en el Delito de Extorsión”*, el cual se presenta como requisito para optar al grado académico de Maestría Judicial, impartido por la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. El propósito de exponer y establecer los límites y alcance del tópico, se enfoca esencialmente, que en la legislación procesal penal salvadoreña no se encuentra regulado y por ende hay falta de conocimiento del mismo en la mayoría de la comunidad jurídica.

Se aborda este trabajo desde la perspectiva del problema de investigación *¿Cuáles son los límites y alcances de los medios probatorios extraordinarios para determinar la responsabilidad penal en el delito de extorsión?*, instituyéndose El Estado por medio del ente fiscal, el garante de los derechos humanos en coordinación con la Policía Nacional Civil, con facultades no absolutas en sus procedimientos de la investigación de los delitos cumpliendo con el principio de legalidad para no caer en arbitrariedad (Art. 193 Inc. 2 ° y 3 ° y 159 Cn.).

Para cumplir la obligación de garante de los derechos humanos el Estado, se tiene como elemento esencial que soporta la responsabilidad penal en el tópico de la investigación extraordinaria a la persona humana reconocida en la Constitución de El Salvador, como el origen y el fin de la actividad del Estado, y por consiguiente, se constituye como una de las limitaciones que todo procedimiento de investigación de un delito que se impute a una persona, es que esté condicionado al irrestricto respeto de los derechos fundamentales como el de no ser privada de su libertad sin ser oído y venció

en juicio, por la relevancia del principio de presunción de inocente, Art. 11 y 12 Cn.

Para el desarrollo de la investigación se utilizó el método dogmático jurídico, el derecho comparado, jurisprudencia nacional e internacional y doctrina, para lograr la existencia y regulación del tópico investigado de los “*medios extraordinarios de prueba*”, cuyos protagonistas son: las figuras del “*agente encubierto*”, “*agente informante*”, “*agente infiltrado*”, *entre otros*, y “*prueba científica*”, que están fragmentadas en la ley común y leyes especiales bajo la denominación de “*mecanismos o técnicas especiales de investigación o de prueba*”, para comprobar la existencia del delito y la participación delincencial de los miembros de las organizaciones criminales que han cometido los delitos graves o complejos, incluyendo el ilícito de extorsión.

Exceptuándose la legislación nacional, en la cual se regula bajo el epígrafe de “*mecanismos o técnicas especiales de investigación o de prueba*”, que están fragmentados en la ley común y leyes especiales para comprobar la existencia del delito y la participación delincencial de los miembros de las organizaciones criminales que han cometido los delitos graves o complejos, incluyendo el ilícito de extorsión, siendo actores los mismos protagonistas de los medios extraordinarios de investigación.

Entre los “*medios extraordinarios de prueba*” y los “*mecanismos o técnicas especiales de investigación o de prueba*”, hay similitudes y diferencia desde la óptica siguiente: 1) Desde su contenido: Se trata de los mismos protagonistas del nuevo escenario de los medios extraordinarios de investigación; 2) Desde su procedimiento, los primeros, establecen requisitos esenciales que deben de cumplirse para que tengan validez en el proceso

penal y su valoración en juicio; los segundos, no tienen de forma clara ni precisan el procedimiento bajo autorización y control judicial.

Una de las limitantes del tema de investigación es la escasa la información en la legislación comparada, para lograr un mayor desarrollo científico respecto a dicho tópico, de igual manera se tuvo dicha limitante para indagar bajo una interpretación jurisprudencia internacional, ya que solo se hace referencia al “*agente encubierto*”.

Finalmente, se cumplió con el objetivo general de la investigación del límite y el alcance del dilema investigado, al haberse identificado la existencia de los medios extraordinarios de prueba en la legislación comparada, jurisprudencia nacional e internacional y la doctrina, tema que no está regulado en el derecho procesal penal salvadoreño, es por ello: a) novedoso, por cuanto constituye un avance al derecho procesal penal; b) pertinente, porque coadyuva en la investigación de los delitos graves o complejos que se convierten en un mecanismo excepcional cuando los medios tradicionales de investigación quedan estériles para determinar la responsabilidad penal; y, c) necesario, porque el mismo avance del derecho procesal penal, se vuelve ineludible para actualizar el conocimiento de la comunidad jurídica en general sobre la existencia del tópico investigado, por la falta de conocimiento que se ha identificado en la mayoría de abogados en el ejercicio libre, Agentes auxiliares de Fiscal General de la República, Agentes de la Procuraduría General de la República, Secretarios Judiciales, Colaboradores del Órgano Judicial y Estudiantes de la Facultad de derecho de la Universidad de El Salvador.

Los resultados del presente trabajo investigación se presentan a través de cuatro capítulos que se describen de la forma siguiente:

Capítulo Uno denominado “*Diferencia entre Medios de Prueba Ordinarios y Extraordinarios*”, es un enfoque doctrinario que viene a poner de manifiesto la definición de los medios de prueba en general, el avance contemporáneo del derecho penal en su dimensión sociocultural, política, económica y jurídica en la incorporación de los nuevos escenarios extraordinarios de prueba al sistema procesal penal con carácter excepcional y que se explican en el siguiente capítulo.

Es un enfoque doctrinario que viene a poner de manifiesto la definición de los medios de prueba en general, el avance contemporáneo del derecho penal en su dimensión sociocultural, política, económica y jurídica en la incorporación de los nuevos escenarios extraordinarios de prueba al sistema procesal penal con carácter excepcional y que se explican en el siguiente capítulo.

Capítulo Dos denominado “*Medios Extraordinarios de Prueba*”, su abordaje es principalmente conocer el origen de cada uno de esos nuevos protagonistas de investigación que la doctrina moderna viene llamando “*Medios Extraordinarios de Prueba*”, desde Gobiernos de Francia de Luis XIV y Luis XVI, con actividades de espionaje político, es decir, agentes de policía que provocaban disturbios, atentados con la idea de crear un estado en el cual justificaban medidas de persecución en contra de los enemigos del régimen absolutista. Sin embargo, hay autores que sostienen que la figura principal del agente encubierto apareció en España en el período de la inquisición a fin de hacer efectiva la aplicación de la Ley de Alcoholes, y luego se desarrolla en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX, bajo la figura del Agent Provocateur.

Posteriormente surge la figura del agente encubierto como nuevo medio de investigación penal de carácter excepcional en el Convenio de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1971, adoptado en la Legislación Argentina en la Ley 23.737/73 de Estupefacientes, en la Legislación Chilena en la Ley 19.366, en la Legislación de España, en la Ley Orgánica 5/99, modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico de droga y otras actividades ilícitas.

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, define al agente encubierto, como *“persona autorizada para utilizar medios engañosos e infiltrarse al interior de una organización delictiva con el objeto de coleccionar elementos de prueba que permitan a la Fiscalía General de la República, sin vulnerar derechos constitucionales en su autorización como autoridad competente, de lo contrario la prueba recabada como producto de la investigación se obtendría con vulneración a derechos fundamentales especialmente el derecho a la seguridad jurídica y no podría ser introducida en el proceso por ser contraria a la Constitución”*. Sin embargo, debe decirse que en la jurisprudencia internacional se encontró la limitante para profundizar en el tópico, de no haber un desarrollo interpretativo ya que solo se hace referencia al *“agente encubierto”*.

Capítulo Tres denominado *“Regulación de los Medios Extraordinarios de Prueba en la Legislación Penal Salvadoreña”*, parte del abordaje de las nociones del positivismo de los medios extraordinarios de prueba, su regulación novedosa constituye una evolución del sistema procesal penal salvadoreño y su necesidad de sistematizar y estandarizar en un sólo capítulo de los medios de extraordinarios de prueba integrados con procedimientos y requisitos de procesabilidad más claros que contribuya al

conocimiento cultural y académico de la comunidad jurídica, que en su gran mayoría desconoce la existencia del tópico como herramienta legal para determinar la responsabilidad penal en los delitos graves y especialmente en el delito de extorsión realizado por las organizaciones terroristas denominadas “*pandillas o maras*” que operan en distintas zonas del país.

Regulación que se constituye como novedoso por la evolución del sistema procesal penal salvadoreño y su necesidad de sistematizar y estandarizar en un sólo capítulo de los medios de extraordinarios de prueba integrados con procedimientos y requisitos de procesabilidad más claros que contribuya al conocimiento cultural y académico de la comunidad jurídica, que en su gran mayoría desconoce la existencia del tópico como herramienta legal para determinar la responsabilidad penal en los delitos graves y especialmente en el delito de extorsión realizado por las organizaciones terroristas denominadas “*pandillas o maras*” que operan en distintas zonas del país.

En el derecho internacional hace un abordaje de los medios extraordinarios de prueba determinando el límite y alcance de mismos, adoptando extraordinariamente una investigación respecto al crimen organizado, regulado específicamente en el Convenio de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, aprobada por la Conferencia en su sexta sesión plenaria, celebrada el 19 de diciembre de 1988.

Capítulo Cuatro denominado “*Valoración de los Medios Extraordinarios de Prueba*”, se desarrolla las nociones generales de la valoración del tema, el sistema de valoración de la prueba, su triple clasificación tradicional: la prueba legal o tasada, la íntima convicción y la libre convicción o sana crítica racional; asimismo, la regulación del sistema de la sana crítica en el proceso

penal salvadoreño y los medios extraordinarios de prueba; el principio de la presunción de inocencia, y la obligación de probar del ministerio público fiscal; identificando los límites o reglas de admisibilidad de los medios probatorios extraordinarios y su valoración en juicio.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden que para llegar a la convicción judicial, se debe conceder una ponderación a cada elemento probatorio de los nuevos escenarios extraordinarios de prueba de forma individual y colectiva conforme a las reglas del buen entendimiento humano de la sana crítica, respetando los principios de la justa razón, es decir, las normas de la lógica, la psicología y la experiencia común, colmen los estados intelectuales que la doctrina llama como verdad, de certeza, de duda, de probabilidad y la improbabilidad de los hechos controvertido en juicio.

Y, por último, contiene las conclusiones y recomendaciones como resultado de la investigación, en las primeras de haberse logrado el propósito de la misma, y en las segundas, se propone sistematizar y estandarizar dentro de la legislación común los “*medios extraordinario de investigación y de prueba*”, como está reglamentado en el derecho comparado, acentuado en la doctrina y jurisprudencia como instrumentos excepcionales en la investigación, tutelando y garantizando irrestrictamente los derechos fundamentales de la persona humana, proponiéndose reformar el art. 362.10) del Código Procesal Penal, como requisito de admisibilidad en el proceso, cuando se investiguen personas pertenecientes a organizaciones criminales conocidas en el país como pandillas o maras de la “*MS o M18*” que operan en el país.

CAPÍTULO I

DIFERENCIA ENTRE MEDIOS DE PRUEBA ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS

SUMARIO: 1.1. Generalidades de la prueba. 2. Definición y Naturaleza de la Prueba; 3. Principios de la prueba. 3.1. Diferencia de principios de la prueba y los principios del proceso. 3.2. Aplicación de los principios procesales en un Estado Constitucional de derecho democrático. 3.3. Limitaciones a los principios de la prueba. 4. Los medios probatorios en general. 5. Medios de prueba de investigación criminal. 6. Diferencia de los medios de prueba general y medios de investigación criminal. 7. Origen de los medios extraordinarios de prueba. 8. Clasificación de los medios extraordinarios de prueba.

1. Generalidades de la prueba

El concepto y las nociones de la prueba, permite conocer la historia de la prueba en general, la cual orienta que el fundamento histórico de la prueba es el proceso civil que parte del derecho romano¹, la dinámica de la evolución social de la época del Imperio Romano permitió que la prueba civil se diferenciara de la prueba penal, por la restructuración en la organización del sistema jurídico de las instituciones públicas de aquella época imperial, en la cual todo lo decidía el emperador y se reconoce la división de instancias, uno de los tratadistas sostiene que "*Históricamente la prueba penal ha sufrido una notable transformación especialmente cuando el procedimiento penal logró independizarse del proceso civil*"².

¹ Jorge Malvárez Contreras, *Derecho procesal penal*, 2° ed. (Editorial Porrúa, México, 2006), 134. Etapa del Imperio en el cual se separó el derecho público, el derecho privado y el religioso, en el año 134 D.C.

² *Ibíd.* 445.

En la época del imperio romano, los medios de prueba ordinarios con los cuales se castigaba los hechos delictivos eran los mismos que hoy todavía se conoce como medios de prueba: la testimonial, la confesión, la documental, la inspección ocular, el registro, con la diferencia que se examinaban sin haber reglas precisas que regularan la forma sobre la cual se tenían que valorar jurídicamente, ya que no se había separado de aspectos de hecho y de derecho, y por esa razón se confiaba en las deposiciones de los laudadores³ en quienes se confiaba porque deponían acerca del buen hombre refiriéndose al sujeto activo del delito⁴.

El postulado anterior de la historia romana relacionado a la prueba en el derecho penal, es lo que constituye la base para afirmar que determina el género de los medios ordinarios de prueba y se aplicaban para todas las áreas del derecho hasta que logra independizar del proceso civil, dando pautas que el derecho probatorio no debe quedarse estancado y buscar siempre adaptarse a los cambios sociales de la época.

Contemporáneamente, esos medios ordinarios de prueba se ven limitados para probar hechos graves o complejos realizados por grupos del crimen organizado, cuyos avances socioculturales, políticos, económicos y jurídicos exigen la incorporación de los nuevos escenarios extraordinarios de prueba

³ Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, (1955), 159. Define a los laudadores como los que deben de actuar en los Tribunales, porque el poder de juzgar no se otorga a uno u otro juez aisladamente, sino en concurrencia con los demás y por lo tanto no puede dividirse sin que deje de existir por entero. Cif. Julián E. Miranda, "El Juicio Arbitral", p. 347.

⁴ Malvárez Contreras, (2006) 445. Señala que, "*la prueba en el derecho penal no estaba sujeta a formalidades legales, como sí lo estaba el derecho civil, la confesión no tenía el valor absoluto que en el derecho civil, las declaraciones de los hombres libres, debe advertirse que en la instrucción del proceso criminal se tomaba, en general, y se tomaba en cuenta la condición personal de los mismos para apreciar el valor de aquellas, más no para el acto mismo de recibirlas. No faltan documentos que acrediten que en el procedimiento criminal romano sirvieron de testigos mujeres y aun niños, y que cuando se trataba de hombres no libres, lo único que se variaba era la forma de prestar el testimonio. En cambio, se interponían aquí motivos de piedad*". Ello porque el procedimiento de cognición estaba libre de formalidades, y se regía por las reglas procesales de la prueba general. TEODORO MOMMSEN, en Derecho Penal Romano, Charlottenburgo, (1898), 259.

al sistema procesal penal con carácter excepcional, refiriéndose a los medios de prueba que son considerados los nuevos protagonistas del proceso penal, como son: como el "*agente encubierto*", el "*informante*", el "*arrepentido*", entre otros⁵.

La doctrina respecto a las pruebas en general las define como aquellas circunstancias sometidas a los sentidos del juez y las cuales ponen de manifiesto el contenido del juicio; en otros términos, las pruebas vienen a ser los atestados de personas o de cosas acerca de la existencia de un hecho, sin diferenciarse de lo que se sostenía por prueba penal en el derecho civil⁶.

Otro autor a la prueba la define como "*el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo*"⁷, son aspectos que generalmente nos conllevan a formar ideas sobre lo que debe de entender por prueba.

La prueba, "*es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente*"⁸.

En general son posturas de nociones de prueba que en el transcurrir del tiempo se han venido superando con el único fin de lograr la verdad material o la verdad formal ajustada a la realidad objetiva que se refleja en una sentencia, no importando que lo afirmado en dicho instrumento jurídico sea la verdad a la cual se haya llegado en la actividad probatoria jurídica o

⁵ José I, Cafferata Nores, *La Prueba en el Proceso Penal* con especial a la Ley 23.984, 3^o ed. Actualizada y Ampliada, (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998), 3.

⁶ Pietro Ellero, *De la Certidumbre en los juicios criminales o tratados de la prueba en materia penal*. Traducción: Adolfo Posada, comentario: Carlos M. de Elía, Argentina, 74.

⁷ Juan Jaime Guasp, Revista de la Universidad de Oviedo, *La Prueba en el proceso civil español, principios fundamentales*, texto de conferencia de la Universidad los días 31 de agosto, 1 y 2 de septiembre de (1994), 25.

⁸ Cafferata Nores, 3-4.

judicialmente construida, la doctrina define la prueba como “*la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el Juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos*”⁹.

Con todas esas acepciones sobre la prueba, se puede afirmar que la noción de prueba, según la doctrina ha venido variando en el tiempo, tomando en cuenta los avances sociales del momento en que se interpreta ya sea por la doctrina o por la jurisprudencia, partiendo del enfoque legal que el legislador le haya dado a los medios de prueba en general, es decir, que las afirmaciones que se han dado, y que continúan surgiendo sobre la prueba, siempre irán modulándose en tanto las sociedades vayan cambiando y adaptándose a la realidad social del momento, aunque en este punto, hay autores que lo contradicen cuando se refiere a la evolución de la prueba, afirma que la prueba no ha evolucionado, y lo que ha sucedido es adaptarse a los adelantos de la civilización, superando ciertos estadios de primitivismo¹⁰.

La primera acepción de prueba, se sustenta para afirmar científicamente con claridad, que modernamente, la prueba tiene que ir modulándose en la medida en que la sociedad vaya avanzando en lo social, cultural, política y jurídicamente, bajo la influencia de las nuevas tecnologías que son utilizadas por las organizaciones criminales, en la cual, la prueba penal tiene que irse adaptando en busca de la realización de la justicia para evitar que los hechos

⁹ Juan Montero Roca, *La prueba en el proceso civil*, Civitas, 2º ed. (Madrid 1998). 12.

¹⁰ Cafferata Nores, 4. El autor sostiene que la prueba no ha evolucionado, explica que lo que ha sucedido es superar estadios de primitivismo adaptados a los vaivenes políticos de cada momento histórico. Ubica dos momentos, uno se ponía a cargo de la divinidad el señalamiento del culpable y los tribunales practicaban los actos necesarios para su manifestación, y el otro momento es impuso a los jueces el deber de formarse por sí mismo el convencimiento de la culpabilidad del acusado.

queden impunes y determinar la culpabilidad de o los acusados, especialmente cuando se enfrenta a una investigación compleja y de muchos riesgos para los miembros policiales en la investigación del delito cometido por organizaciones terroristas que operan utilizando los medios tecnológicos, por ejemplo las redes comerciales de telecomunicaciones.

Es decir, que con los avances de la sociedad, en el derecho probatorio la prueba ordinaria o convencional queda limitada para confirmar o desvirtuar una hipótesis de investigación, y por ende, insuficiente para determinar la existencia de los ilícito graves o complejos cometido por las organizaciones criminales y determinar la responsabilidad penal de sus autores, siendo necesario utilizar medios extraordinarios de investigación y de prueba que faciliten detectar, identificar y controlar el auge del fenómeno de las pandillas debidamente organizadas, a fin de evitar la impunidad de su accionar en nuestro país.

1.1. Definición y naturaleza de la prueba

El vocablo de prueba etimológicamente viene del latín “*probe*”, que significa honradez, y del vocablo “*probandum*”, cuya traducción es patentizan hacer fe, dar fe, criterio derivado del viejo derecho español¹¹; es decir, puede afirmarse que hay abundantes acepciones del término, las cuales se encuentran en diferentes textos doctrinarios.

La doctrina clásica ha afirmado que hay tantas definiciones de la prueba: como la razón, el argumento o el instrumento con el que se pretende o se logra demostrar la verdad o falsedad de algo¹², y sostienen a su vez, que la

¹¹ Malvárez Contreras, 446 y ss.

¹² Michele Taruffo, Monografías Jurídicas Universitarias, *La Prueba, Artículos y Conferencias*, (Editorial Metropolitana, 1979), 61. Aun cuando es un postulado clásico, modernamente se mantiene, ya que diferentes autores se refieren a la prueba de forma general y también de forma particular, ello en atención al tema en el cual estén abordando en ese momento.

prueba es considerada de forma general o de forma particular¹³, o bien, que en las partidas se consideró prueba a los elementos de convicción necesarios para demostrar lo que se pretendía en un asunto sometido a los tribunales (parte tercera, ley I, título XIV)¹⁴.

En general el tema de la definición y naturaleza de prueba, por tantas acepciones que la doctrina presenta, se afirma, que es la actividad procesal de los sujetos procesales que pretenden en el proceso se cumplan con las formalidades legales de lugar, tiempo y forma, y el respeto a determinados principios constitucionales y legales, a fin de convencer psicológicamente al juez de la veracidad o falsedad de las posiciones antitéticas de las partes, debiendo aquel decidir, de acuerdo con las reglas de la lógica y de la experiencia, sobre la exactitud y certeza de las afirmaciones de hecho efectuadas por aquellas¹⁵.

Entre otros aspecto la doctrina cuando se refiere a la prueba, es consecuente en sostener que la prueba es una actividad necesaria que implica demostrar de una acción u omisión, su existencia o contenido según los medios previamente establecidos en la ley¹⁶, es decir, que en un proceso la prueba no se activa si no hay un hecho que se represente a sí mismo y por tanto, se constituye el tema de prueba¹⁷.

Vale decir, que cuando se refiere a que la prueba tiene por objeto demostrar una acción u omisión, se hace a través de cualquier instrumento, método,

¹³ *Ibíd.* 277.

¹⁴ Malvárez Contreras, 447. Sin duda, su postulado no es ajeno a los demás criterios doctrinarios relativos a lo que se considera como prueba.

¹⁵ José María Casado Pérez, et al, *Derecho Procesal Penal Salvadoreño*, "La Prueba en el Proceso Penal", Editorial Lis, (El Salvador, junio-2000), 426.

¹⁶ Casado Pérez, *La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño*, Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz, (AECI-CSJ), 18 y ss.

¹⁷ Manuel A. Borja Niño, *La prueba en el Derecho Procesal Penal Colombiano*, Tomo II, Elementos objetivos aspectos complementarios de la prueba, Sic Editorial, Ltda. Bucaramanga, 2000, 15.

persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver la incertidumbre del tema o hecho probando¹⁸, ya sea, confirmando o desvirtuando una hipótesis o una afirmación precedente.

Debe afirmarse también, que la naturaleza de la prueba, no puede soslayarse de aquel axioma que enfoca la definición de la prueba, puesto que su misma relación íntima revela el valor conviccional que se pretende arribar en el proceso activado a consecuencia de un hecho investigado. Cuando se dice que la definición tiene por objeto demostrar una acción u omisión, tal como ya se expresó ít supra, la utilización, de instrumentos, métodos, persona, cosas o circunstancia, que pueda proporcionar información útil para un tema probatorio en general, también debe extenderse que su naturaleza jurídico-procesal, conlleva también su alcance a los medios de prueba extraordinaria, ya que están orientados a generar la convicción judicial para confirmar o desvirtuar una hipótesis o una afirmación de un hecho precedente.

Las particularidades del proceso penal, por la trascendencia de los intereses de las partes, es conveniente que en la definición de tan vital institución se ponga énfasis en los aspectos procedimentales de la recepción de la prueba, porque las garantías del justiciable dependen, en buena medida del procedimiento probatorio.

De ahí, que hay procesalistas contemporáneos que define la prueba en el proceso penal como *“la actividad de los sujetos procesales dirigida a obtener la convicción del Juez o tribunal sobre la preexistencia de los hechos afirmados por las partes, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia del principio de contradicción y de las garantías constitucionales tendientes a asegurar su espontaneidad e introducida en el juicio oral a*

¹⁸ Taruffo, 59. Es un autor que coincide con el resto de la doctrina sobre el alcance de la valoración de la prueba.

*través de medios lícitos de prueba*¹⁹.

Finalmente, hay un autor que define la prueba en sentido estrictamente técnico procesal como el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez, el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe de decidir²⁰.

De tal manera que cuando se habla de naturaleza de la prueba, no puede soslayarse del axioma que enfoca la definición de la prueba en su dimensión general, puesto que su misma relación íntima que tiene con la naturaleza de la prueba, revela el valor conviccional que se pretende arribar en el proceso activado a consecuencia de un hecho investigado.

Se ha sostenido que la definición tiene por objeto demostrar una acción u omisión, tal como ya se expresó supra, la utilización de instrumentos, métodos, persona, cosas o circunstancia, que pueda proporcionar información útil para un tema probatorio en general, también debe extenderse que su naturaleza jurídico-procesal, conlleva su alcance a los medios de prueba extraordinaria, ya que están orientados a generar la convicción judicial para confirmar o desvirtuar una hipótesis o una afirmación de un hecho precedente en esa línea excepción probatoria.

Debe de concluirse entonces que los conceptos genéricos enunciados, permiten considerar que la acepción más clara del concepto de prueba implica que es toda actividad necesaria dentro de un proceso penal para acreditar la ocurrencia de un hecho sometido a conocimiento jurisdiccional

¹⁹ Casado Pérez, et al, 425. Lo que muestra que la definición es adaptada al tema y al tiempo social en el cual se aborde, aunque con una técnica procesal diferente.

²⁰ Eduardo M. Jauchen, *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Rubinzal-Culzoni, Editores, (Buenos Aires (2009), 19. Es una definición que, en el fondo, siempre mantienen en común que los elementos introducidos al proceso son la base para que el juez determine la existencia o inexistencia de los hechos objeto del juicio.

que llevará al convencimiento del juzgador para la toma de decisiones sobre la responsabilidad penal del justiciable.

Por consiguiente, con dichas definiciones genéricas de la prueba y los enunciados de las acepciones técnicas de la actividad probatoria, son parte del contenido y naturaleza misma de la prueba, ya que es de donde se parte para estudiar, entender, comprender y definir el concepto de prueba. Debe de aclararse que la doctrina se pronuncia respecto a que los códigos no deben de contener definiciones de prueba, ya que consideran que cuando figuran conceptos en el código o normas, estos responden a redacciones o épocas ya superadas²¹.

Por tanto, debe de afirmarse que el código procesal penal, responde a esta situación ya superada, por cuanto, en el Título V dedicado a la prueba, desarrolla el contenido de la misma a partir del Capítulo "I", como disposiciones generales, iniciando por la finalidad de la prueba, es decir, que ha normativizado que la prueba tiene por finalidad llevar al conocimiento del juez o tribunal los hechos y circunstancias del juicio para determinar la responsabilidad penal y civil, pero no tiene regulado una definición de prueba que esté determinado como una acepción técnica jurídica de los que señala la doctrina de referencia.

De ahí, que se puede concluir que tanto la definición y naturaleza de la prueba, parten de un término en común, la existencia de un proceso penal,

²¹ Santiago Sentis Melendo, *La Prueba, Los Grandes Temas del derecho Probatorio, "Naturaleza de la Prueba"*, Ediciones Jurídicas, (Europa-América, Buenos Aires), 31. Respecto a la naturaleza de la prueba, señala: "*Que los códigos no deben contener definiciones, ya que cuando figuran expresamente en ellos es porque su redacción responde a épocas superadas en material de codificación o a una tradición o situaciones legislativas y científica especiales...El código o debe decirnos lo que se entiende por prueba; pero ello debe resultar con claridad de sus normas y también puede ayudar en todo cuerpo leal la exposición de motivos*". Sin embargo, contemporáneamente, para mayor comprensión introducen definiciones, por ejemplo: en la Ley Reguladora de las Actividades de las Drogas de El Salvador, contiene una serie de definiciones en el Art. 4.

que no se aparta de la existencia de una relación íntima en su postulado de definición y naturaleza que tiene por objeto análogo arribar a la convicción judicial de un hecho precedente, negando o afirmando el mismo; claro, sin apartarse de las definiciones doctrinarias, en tanto, busca que la comprobación efectiva de que se ha vulnerado la normativa preestablecida y que aquel a quien se pretende castigar ha intervenido en la acción delictiva²².

2. Principios de la prueba

Cuando se habla de los principios de la prueba, inmediatamente nos ubicamos en aquellos principios generales de la prueba, es decir, los principios clásicos, entendiéndose como aquellos principios que, aun existiendo diferencias entre procesos civil, laboral, penal, entre otros, deben de conservar siempre la unidad en los lineamientos y principios de la prueba en general.

Los principios deben de verse siempre independientemente que su origen sea un proceso inquisitivo o clásico, o un proceso contemporáneo o acusatorio, como aquellos, que correspondan a una época antigua y que pudiera decirse que no tienen aplicabilidad en el sistema acusatorio, esa postura quedaría de forma teórica, desechada, ya que muchos de ellos aún no son ajenos a los actuales²³, y por último señala la cantidad de veintisiete principios de la prueba judicial, pero aclara, que con esa lista no deben agotarse, no obstante ello, atendiendo al tema investigado, se expondrán aquellos principios que mayor vengan a relacionarse al mismo según la

²² Casado Pérez, et al, 423. Sostiene: que el derecho a castigar se configura constitucionalmente como un poder exclusivo del Estado, cuyo monopolio en el ejercicio de la violencia, como consecuencia de la imposible intervención estatal en el momento de la agresión.

²³ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo II, Víctor P. de Zavalía, Editor Buenos Aires, 114-141.

doctrina clásica²⁴, de la manera siguientes²⁵:

1) Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos, relativo a los hechos que deben fundar la decisión judicial en pruebas aportadas al proceso por los interesados;

2) Principio de la pertinencia, idoneidad y utilidad de la prueba, se constituye como una limitación al principio de la libertad de la prueba;

3) Principio de la contradicción de la prueba, significa que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes;

4) Principio de la publicidad de la prueba, significa es aquel en que las partes conocen e intervienen en la práctica, analizan, objetan y discuten la prueba para poner ante el juez el valor que tienen, en alegaciones oportunas; a su vez significa que el examen y las conclusiones del juez sobre la prueba deben ser conocidas de las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello;

5) Principio de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba²⁶; significa que la eficacia de la prueba, el cumplimiento de sus formalidades, la lealtad e igualdad en el debate y su contradicción efectiva,

²⁴ Ídem. autores clásicos como FRANCESCO CARNELUTTI, LESONA CARLO.

²⁵ Echandía, *Ibíd.* 139, desarrolla todos los principios con sus propias definiciones que se explican en el texto principal por su importancia, por su valor tradicional o clásico que todavía guardan vigencia en el derecho procesal penal.

²⁶ El autor Echandía, explica: "*La eficacia de la prueba, el cumplimiento de sus formalidades, la lealtad e igualdad en el debate y su contradicción efectiva, es indispensable que el juez sea quien de manera inmediata la dirija, resolviendo primero sobre su admisibilidad, por su validez de la prueba*". Sin duda es un autor clásico que dio aportes importantes para el buen funcionamiento de la imparcialidad del juez en el proceso penal.

es indispensable que el juez sea quien de manera inmediata la dirija, resolviendo primero sobre su admisibilidad, por su validez de la prueba;

6) Principio de la concentración de la prueba, es *aquel que procura se practique la prueba de una vez, en una misma etapa del proceso*;

7) Principio de la oralidad en la práctica de la prueba²⁷, es uno de los fundamentales, no sólo de la prueba, sino del proceso en general.

Hay principios considerados de suma importancia por el tópico investigado que el precitado autor clásico no menciona, como son: a) el principio de legalidad y, b) El Principio de la excepción de la prueba extraordinaria.

8) Principio de legalidad de la prueba²⁸, regulado en el art. 175 del CPP, que determina que los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones del proceso penal, límite y alcance que está conforme a lo estatuido en el art. 15 de la Constitución, por cuando los tribunales jurisdiccionales tienen que respetar el principio esencial de la –unidad del ordenamiento jurídico; y,

9) Principio excepcional de la prueba extraordinaria: Este principio tiene relación no solo con el principio de la necesidad de la prueba, utilidad y pertinencia, sino que con todos los principios que se han descrito, por cuanto forman parte del derecho positivo contemporáneo, y adquieren mayor relevancia con nuestro sistema democrático de derecho garantista que tenemos desde la entrada en vigencia del actual Código Procesal Penal, que

²⁷ El autor Echandía, explica: “*Como un aspecto del sistema oral o escrito que rija en el proceso, puede enunciarse este principio en relación con la prueba*”.

²⁸ Juan Montero Aroca, et al, *Derecho Jurisdiccional II*, Proceso Civil, 12^a ed. (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003), 266. Sostiene que la legalidad lo que significa como aspecto más importante en el proceso es que se llegue a la verificación de las afirmaciones de los hechos, realizada por las partes, pero cumpliendo con la regulación de la ley.

en su Exposición de Motivos marca el sistema procesal mixto de tendencia acusatoria, y distingue la función del ejercicio del poder punitivo del Estado bajo el Órgano Persecutor del delito de la Fiscalía General de la República, para la promoción de la acción penal conforme el art. 193 numeral 3º Constitución de la República, y la función del Órgano Judicial como garante de los derechos fundamentales de las personas y de la potestad de juzgar, en el Art. 172 de la misma carta magna.

No obstante debe de resaltarse el postulado de un autor, cuando se refiere a los principios de la prueba, y que a su vez, los considera como un desahogo de la misma, denominándolos como: a) de inmediación; b) de contradicción; c) de publicidad; d) de legalidad; e) de equilibrio entre las partes; y, f) el de la idoneidad²⁹. Es decir, que se queda corto en relación a la cantidad de principios que describe el autor del derecho clásico DEVIS ECHANDÍA, quien es muy amplio en su descripción de los mismos. Con ello, se afirma que dichos principios no se agotan y como tal, la referencia a los mismos, como pueden ser mínimos al catálogo del autor, pueden ser mas en razón del tema abordado.

Los principios son brocardos³⁰ que por ser de carácter general, hay autores como que los ubican también como requisitos de la prueba, por ejemplo el principio de la pertinencia, idoneidad y utilidad de la prueba³¹. O bien, dentro del ámbito contemporáneo, no todos esos principios clásicos son retomados para enfocar de los principios que rigen la prueba. Algunos tratadista, sostiene que los principios de la teoría general de la prueba, orientan tanto el

²⁹ Malvárez Contreras, 484. Se queda corto al comentar los principios generales del derecho en general.

³⁰ Tiene su origen en roma. Su definición se constituye como “*un veredicto, un axioma legal o máxima jurídica*”.

³¹ Lino Enrique Palacio, *La Prueba en el Proceso Penal*, (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000), 29. Son requisitos de la prueba que enriquecen las normas jurídico-procesales que regulan la prueba en el proceso penal.

estudio como a la aplicación del derecho probatorio, y los describe como: 1) Principio de la necesidad de la prueba, 2) Principio de la prohibición de aplicar el conocimiento derivado del juez sobre los hechos, 3) Principio de la adquisición de la prueba, 4) Principio de igualdad de oportunidades de la prueba³², con lo cual, se reafirma la tesis clásica y que sigue vigente hoy en día.

2.1. Diferencia entre principios de la prueba y los principios del proceso

Como bien se ha mencionado, hay una conexión importante entre los principios de la prueba penal y los principios procesales, no obstante que los primeros se diferencian de los segundos por cuanto forman parte de los principios denominados por regla general como aquellos que tienen carácter de directrices penales, que a su vez, por su naturaleza la doctrina los categoriza como principios abiertos y principios de norma jurídicas³³, distinción que se hace en primer lugar, en que no están declarados en la ley, pero están contenidos en ella en cuanto la ley les estatuye excepciones. El legislador no los ha declarado, porque los consideró tan "evidentes", en su opinión no precisaba ser mencionado el principio sino sólo las excepciones, pero si tiene que ser garantizados por el Juez.

La conexión jurídica procesal, que se enuncia que tienen los principios de la prueba con los principios procesales, está basada en los primeros orienta al

³² José Ovalle Favela, *La Teoría General de la Prueba*, 5ª ed. (Editorial Oxford), México, 2001, 285-286. Si bien desarrolla los principios generales de la prueba, lo hace de forma limitada, ya que el autor Echandía, los desarrolla con mayor amplitud para orientar el estudio y la aplicación del derecho probatorio desde el enfoque antiguo del derecho.

³³ Larenz, Karl: *Guía para la creación judicial del Derecho*, en el *Festschrift für Arlthur Nikisch* 75 ss., 299 ss., los he distinguido de los "principios", como "normas básicas" ("Grundsätze"). No obstante, las más de las veces las expresiones "Rechtsgrundsatz" ("norma jurídica básica") y "Rechtsprinzip" ("principio jurídico") se usan como equivalentes; así, por ejemplo, ya en el título del libro de Esser sobre *Grundsatz und Norm*". Por ello, yo distingo ahora entre principios abiertos y principios en forma de norma jurídica; citado por Rafael Sánchez Vásquez, *Los principios generales del Derecho y su Importancia en la Cultura de la Legalidad*, 5, cit. al autor 471.

sistema penal mixto acusatorio moderno o transversal que ha implementado El Salvador y que está regido también por principios esenciales del proceso penal. O, dicho en otras palabras, los principios de la prueba, tienen operatividad bajo los principios del proceso penal, ya que, aunque constituyen reglas preceptivas su eficacia depende de los principios del proceso penal que se constituye el medio para garantizar los derechos fundamentales de la persona humana, especialmente, el derecho constitucional de la presunción de inocencia del que goza toda persona acusada de un ilícito penal.

Por ello, es que adquiere relevancia el principio de legalidad de la prueba que se instituye como base de los demás principios, ya que sin este no funcionaría el procedimiento procesal penal. Poniendo como punto de partida el principio de oficialidad, que lleva consigo implícito los principios de estatalidad, oficialidad y legalidad, que como tal, para la ejecución del mismo, regula en el motivo II, de los Considerando de Proceso Penal, la distinción del ejercicio del poder punitivo del Estado y a su vez, la función del Órgano Judicial, como garante de los derechos fundamentales de las personas y de la potestad de juzgar.

Así, el Tratado de Derecho Probatorio Salvadoreño, se limita a enfocar cinco principios de esos clásicos, como son: Principio de libertad probatoria, principio de contradicción, principio de inmediación, principio de concentración y principio de no oficiosidad de la prueba³⁴, los cuales, aunque son de gran importancia para perspectiva del tema de la prueba, son utilizados de acuerdo a la relevancia que tengan en el desarrollo de la investigación que se esté enfocando sobre la prueba.

³⁴ Ana Montes Calderón, et al, *Tratado de Derecho Probatorio Penal Salvadoreño, Proyecto Mejorando el Sistema de Justicia en El Salvador, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID)*, 12.

Es sumamente importante establecer si los principios generales del derecho son útiles para el abordaje del tema de los “*medios extraordinarios de prueba*”, como mecanismos extraordinarios y limitativos de derechos fundamentales, deben por su naturaleza aparecer cuando aquellos medios ordinarios no sean suficientes para probar hechos delictivos de grave complejidad y de riesgo para el agente policial que se haya autorizado para detectar y/o capturar y probar los hechos en juicio. Si bien como ya se dijo, no se modifica el catálogo de los principios por cuanto son considerados principios generales, los mismos se amplían con los principios de legalidad de la prueba y el principio de excepcionalidad de la prueba considerados como pertinentes, idóneo y eficaces a los efectos del tema investigado, cuyos requisitos procedimentales son detallados en el apartado 4.6 referido a los Límites o reglas de admisibilidad de los medios probatorios extraordinarios.

Con especial atención a los hechos investigados para determinar la responsabilidad penal en el delito de extorsión, por cuanto en el sistema penal salvadoreño se ha aprobado recientemente la Ley Especial Contra el Delito de Extorsión, que regula y habilita la valoración de las técnicas especiales de investigación y probatorias, que pueden desencadenar en la violación de las garantías fundamentales de los derechos humanos, si esos medios de prueba extraordinarios no son controlados y garantizados judicialmente, de ahí, la importancia del juez en garantizar y controlar los medios de prueba que las partes hagan llegar al proceso.

En ese mismo sentido los rubrica la doctrina salvadoreña³⁵, sosteniendo que

³⁵ Manuel Arturo Montecino Giralt, et al. *En la obra Selección de Ensayos Doctrinarios Nuevo Código Procesal Penal, Principios procesales que rigen el código procesal penal*, (elaborada e impresa por la Unidad de Programa de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia, UTE/UPARSJ. UCA-junio 2000), 5 y Ss. En el abordaje de cada uno de dichas categorías, desarrollan los principios del procedimiento: principio de contradicción, principio de igualdad, principio de concentración, principio de preclusión y de principio de publicidad.

los principios que rigen el proceso, los distinguen dentro de las categorías: 1) principio inherente a la estructura; 2) principio relativos a la acción y al derecho material subyacente; 3) Principio referentes a la formación del material de hecho; y, 4) principio relativos a la valoración de la prueba.

Pero que en atención al abordaje de tópico investigado de los “*medios extraordinarios de prueba*”, por tener una orientación potencial de legalizar la limitación de derechos fundamentales de los investigados, se considera importante para garantizar el control constitucional de los principios que rigen el proceso, que se adhiera a las referidas categorías, como 5º Principio, el principio de la inviolabilidad de los derechos fundamentales de la persona humana.

2.2. Aplicación de los principios procesales en un Estado constitucional de derecho con tendencia democrático

Es evidente, que los principios del proceso penal están particularmente relacionados con los derechos fundamentales, ello en razón que la idea del Estado de Derecho Democrático en un sistema penal como el salvadoreño incipiente, exige al Estado, utilizar eficazmente los mecanismos probatorios y seguros para descubrir la verdad de los hechos, especialmente en las investigaciones de aquellos hechos considerados de mayor riesgo y de alto grado complejidad realizados por organizaciones criminales. Por cuanto en el ejercicio del poder el Estado, busca afianzar la prueba para descubrir la verdad utilizando mecanismos de investigación que pueden reñir con la legalidad en la actividad probatoria, a lo que la doctrina le llaman “*dos caras de la misma moneda*”³⁶.

³⁶ Julio B. J, Mair–Kai Ambos, et al, en su obra *La Reformas Procesales Penales en América Latina*, Buenos Aires, Argentina, (2000), 392. Es un abordaje que puede verse como una crítica positiva respecto a la investigación que realiza el Estado, no se puede salir del marco constitucional, de lo contrario su actuación puede caer en arbitraria e ilegal, contraria al Estado de Derecho.

Pero esos medios probatorios en la praxis no solo son utilizados para descubrir la verdad, sino que también es una herramienta para evitar los excesos de poder y la arbitrariedad por parte del Estado. De ahí que adquiere protagonismo la función del órgano jurisdiccional, como contralor de la actividad probatoria en el proceso penal, garantizando el cumplimiento de las garantías del debido proceso constitucionalmente que tiene como base en los arts. 1, 2, 11, 12, 13 y 15 de la Constitución de la República de El Salvador, que impiden situaciones especiales que obstaculicen el respecto a tutelar y proteger los derechos fundamentales de la persona humana³⁷.

De tal manera que los principios de la prueba que tienen su eficacia jurídico penal a través de los principios que estructuran el proceso penal, estos últimos están inspirados en el principio de legalidad de la prueba regulado en el art. 175 del Código Procesal Penal, y sometido a las reglas de valoración que obliga al Juzgador a garantizar que la prueba sea obtenida regularmente, de lo contrario carece de eficacia probatoria, de ahí, la importancia que se controle la producción de los “*medios extraordinarios de prueba*”, a fin de impedir los excesos del poder punitivo del Estado, y evitar la arbitrariedad de éste al momento de autorizar un mecanismo extraordinario de investigación o de prueba regulados en el art. 282 del Código Procesal Penal, y el art. 8 de la Ley Especial Contra el Delito de Extorsión.

Por ello, debe afirmarse que estos últimos principios por su naturaleza y aplicación en un Estado Constitucional de Derecho con tendencia democrática, por su orientación penal, tienden a ser principios de carácter garantista para proteger y tutelar los derechos de los ciudadanos frente al ejercicio del poder del Estado. He aquí la gran diferencia con los principios

³⁷ Blanco Escandón, C., *El nuevo proceso penal en América Latina*. <http://www.bibliojuridica.org>. Se considera que su postura es correcta, puesto que el proceso penal no debe ser utilizado a ultranza por el Estado, tiene que regirse bajo procedimientos que respeten los derechos fundamentales de los ciudadanos.

clásicos eran considerados eminentemente principios enunciativos de carácter general y que servían para ser utilizados en diferentes áreas del derecho.

Es decir, que hoy en día, los principios respecto a la función que deben tener en cada área del derecho, se pone de manifiesto la diferencia, así para la aplicación del derecho penal, ya no tienen una significación meramente legal o que únicamente se agotan con la voluntad del poder legislativo, sino que tienen que estar en concordancia con los grandes principios constitucionales para la persecución del delito, de tal manera que ya no son simples enunciados, sino que se constituyen en valores y normas de aplicación práctica cuando no hay una norma en específica para resolver un determinado asunto jurídico-penal, es por ello que se vuelven principios vinculantes y de naturaleza inderogable³⁸, pues, en cada enfoque del derecho se constituyen reglas del derecho y por tanto, por esa relación dichos principios se vuelven normas vigentes y aplicables porque ambos dicen lo que debe ser, y que la distinción dentro de un juicio concreto del deber ser, está en que toda norma es una regla o es un principio, y que la distinción se caracteriza por la categorización normativa aplicable³⁹.

2.3. Limitaciones a los principios de la prueba

A efecto de entender las limitaciones a los principios generales de la prueba, primero debe de señalarse que éstos como ya se dijo supra, no solo son reglas que orientan la prueba, sino que constituyen valores y normas de aplicación práctica cuando no hay una norma específica para resolver un

³⁸ Carlos Ernesto Sánchez Escobar, *Ensayos Doctrinarios sobre el Nuevo Proceso Penal Salvadoreño*, "Los Principios y Garantías del Nuevo Proceso Penal", Corte Suprema de Justicia, ed. 2011, San Salvador, 3. Recalcando que los principios forman parte del debido proceso constitucionalmente configurado.

³⁹ Guillermo J. Yacobucci, *El Sentido de los Principios Penales*, su naturaleza y funciones en la argumentación penal, "Los Principios Penales dentro del Ordenamiento Jurídico", Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, (Buenos Aires, (1998), 103.

determinado asunto jurídico-penal, de tal forma que si bien son considerados por la doctrina como valores y normas, son reglas que siguen la suerte de los enunciados normativos y sus limitaciones es facultad del legislador, como el único poder que puede limitar el alcance de las mismas.

En ese orden de ideas, la doctrina sostiene que dichos principios generales no son considerados absolutos, puesto que existen limitaciones legales que cumplir para que tengan eficacia, así por ejemplo cuando se refiere al principio de la libertad de la prueba, se sostiene que todo se puede probar por cualquier medio, pero la amplitud de dicho principio no es absoluta, ya que existen limitaciones⁴⁰, en tanto sirven de fundamento para lograr los fines punitivos del Estado, como es la responsabilidad penal de los sujetos vinculados al proceso penal⁴¹.

En el sistema procesal penal mixto acusatorio, el legislador dejó limitaciones sobre la incidencia de la prueba, limitando al juez de paz, la valoración de la prueba, para aquellos casos cuando resulte con certeza que el hecho no ha existido, no constituye delito o haya certeza de la existencia de una excluyente de responsabilidad penal, y de forma especial, cuando se trate de agentes de autoridad, o personal administrativo en funciones operativas de la Policía Nacional Civil, o de elementos militares con funciones de seguridad pública, que hayan afectado bienes jurídicos en el cumplimiento de un deber legal, siempre que se pronuncia el fiscal al respecto en este último supuesto art. 350 CPP., pueda dictar sobreseimiento definitivo, como casos excepcionales.

⁴⁰ Jorge A., Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, actualizado por Jorge E. Vásquez Rossi, (Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1998), 226. Los límites de dichos principios radican en el procedimiento regular de la obtención del elemento o medio de prueba.

⁴¹ Sánchez Escobar, *Ensayos Doctrinarios sobre el Nuevo Proceso Penal Salvadoreño*, “*Los Principios y Garantías del Nuevo Proceso Penal*”, Corte Suprema de Justicia, (San Salvador, 2011), 3 y Ss.

De lo contrario en la etapa inicial, la regla general está diseñada para valorar los elementos indiciarios de prueba únicamente para decidir sobre la imposición de medidas cautelares, con incidencia en la libertad ambulatoria de las personas señaladas del cometimiento de un ilícito penal, en función a la fuerza probatoria o de mérito que tales elementos de prueba puedan tener para que sean discutidos en audiencia preliminar sobre las probabilidades de autoría de las personas indicadas o no, y de haber mérito, son elevadas al juicio oral y público, para su contradictorio final.

El principio de contradicción en audiencia inicial y audiencia preliminar, no es absoluto, guarda cierta limitación por cuanto tiene su fuerza de discusión absoluto en el juicio oral y público, no obstante, se hace la crítica al sistema procesal penal acusatorio salvadoreño que en las audiencias iniciales y preliminares son modelos de audiencias del sistema oral, pero no como modelos del sistema acusatorio adversativo⁴², lo que permite sostener que los elementos prueba adquiere su validez para probar los hechos en el juicio oral y público.

Finalmente, se puede advertir que dichos principios generales, por su misma naturaleza que se caracterizan como básicos para el derecho civil, penal, laboral. En el proceso penal contemporáneo o acusatorio adversativo, su finalidad material y procesal, tampoco es absoluto, puesto que en el sistema acusatorio especialmente en las dos primeras etapas del proceso, no tienen incidencia para probar los hechos, sino que su plenitud de prueba lo alcanza en el juicio oral y público, lo que viene a afirmar el postulado de la tesis clásica que sostiene que los principios generales no son considerados absolutos, puesto que existen limitaciones legales que cumplir para que

⁴² Héctor Quiñonez Vargas, *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño, Un análisis crítico del sistema oral en el proceso penal salvadoreño desde una perspectiva acusatoria adversativa*, "El juez-fiscal", (San Salvador, El Salvador, 2003), 40.

tengan eficacia⁴³.

3. Los medios probatorios en general

Cuando se estudian los medios probatorios, siempre se recurre a consultar diversos textos de la doctrina clásica del derecho⁴⁴, con el propósito de tener una instrucción más técnica del tópico, desde esa óptica general del derecho, encontramos la corriente filosófica alemana que sostiene que la *“comprobación judicial consiste en un procedimiento de experimentación personal, por cuyo medio se entera el Juez de la existencia de ciertas circunstancias decisivas”*⁴⁵.

El tema de la noción o concepto de la prueba, parte de la idea de la naturaleza jurídica del acto probatorio, y se afirma desde la época clásica que *“las pruebas son actos jurídicos procesales, porque en ellos interviene la voluntad humana”*⁴⁶.

La diferencia entre noción de prueba y noción de medio de prueba, es en un sentido riguroso o estricto, así, prueba son *“actos jurídicos procesales, incluso cuando se practican antes del proceso como sucede con las inspecciones judiciales”*, y, medios de prueba son *“actos jurídicos*

⁴³ Devis Echandía, *Ibíd.* 116 y Ss.

⁴⁴ Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, CARNELUTTI, FRANCESCO, *“La Prueba Civil”*, y LESONA CARLO, *Teoría General de la Prueba en el Derecho Civil*. 1969. Si bien es una fuente clásica de los medios probatorios, contemporáneamente se sigue aplicando dicha doctrina para fundamentar decisiones judiciales, por ejemplo: Sentencia de Casación, Referencia 1274, de la Sala de lo Civil, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2001, respecto al principio de caducidad.

⁴⁵ C.J.A, Mittermaier, *Tratado de la Prueba en Materia Criminal, “Exposición Comparada de los Principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania”*, Francia, Inglaterra, etc., 3ª ed. (Madrid), 1877. Son principios de carácter universal por tener contenido de orientación para la eficacia y aplicación directa del proceso penal.

⁴⁶ Echandía, *Ibíd.* 19. No hay forma de contradecir modernamente el efecto orientador de estos postulados clásicos utilizados por la doctrina moderna en general y base para estudios científicos como el presente trabajo de investigación científica, entre otros, la tesis doctoral sobre *“Admisibilidad y Pertinencia de la Prueba en Materia Civil”* del Dr. Ernesto Ramírez Guatemala, Universidad de El Salvador, 1970.

materiales”; forman parte del contrato o acto para cuya existencia o validez se ejecutan bajo formalidad para legitimar o no la existencia del acto o contrato según el sistema de apreciación de las pruebas⁴⁷.

La tesis clásica cuando se refiere a la diferencia rigurosa o estricta, lo hace en consideración al concepto o noción del proceso de la prueba parte de la idea general, procesal y extraprocesal, ya que tienen un significado polifacético⁴⁸.

En cuanto a los medios de prueba que hay autores que sostienen que “es el acto por el cual la persona física aporta al proceso el conocimiento de un objeto de prueba, poniendo como ejemplo la declaración del testigo, el informe del perito, entre otros”⁴⁹.

De lo cual se puede concluir que entre los tratadistas comentados si bien no coinciden en definir qué se entiende por medio de prueba, al final coinciden que es un acto por medio del cual se lleva un conocimiento al juez para que tome la decisión si un hecho es o no es verdadero, como resultado final de ese proceso cognitivo del medio de prueba⁵⁰ y es el proceso formal mediante

⁴⁷ *Ibíd.* 20. Es una diferenciación general de medios de prueba, es decir, para el derecho privado y social, o para el derecho público, siempre que hay un acto o contrato por voluntad de parte, debe de regirse por normas jurídicas que determinen su validez.

⁴⁸ Melero Silva, *La Prueba Procesal*, Madrid, Edit. Rev., de Derecho Privado, 1993, T.I, 301.

⁴⁹ Eugenio Florián, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, traducido por L. Prieto Castro, Bosch, casa Editorial. Barcelona, 305. Quien también es citado por JORGE MALVAEZ CONTRERAS, *Derecho Procesal Penal*, “medios de Prueba”, 351.

⁵⁰ Como: a) Por resultado de la prueba se entiende la consecuencia que mediante ésta se logra, o sea, el hecho mismo de la convicción judicial. b) En virtud de que la obtención de la certeza constituye por lo general una tarea sumamente compleja, resulta pertinente distinguir, pese a la antigüedad de la terminología 3*, entre *plena* y *semiplena* prueba. c) Es plena prueba aquella que se dirige a conseguir la plena convicción del juzgador sobre la existencia de un hecho relevante para el proceso, aunque cabe tener presente que, fuera del caso de los documentos auténticos, difícilmente puede encontrarse un medio probatorio provisto autónomamente de la referida aptitud. d) Debe entenderse por semiplena prueba a aquella que persigue lograr la creencia en la probabilidad de la existencia de un hecho. De ese carácter participa la casi totalidad de los medios de prueba, por cuanto mediante ellos sólo cabe aspirar a la convicción judicial y éste es independiente de la naturaleza de la prueba en cuanto el juez puede valorar sin otra limitación su conciencia, PALACIO, LINO ENRIQUE, en el Manual de Derecho Procesal Penal, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 28.

la cual se materializada o no la decisión del juez⁵¹. Que constituye al final lo que se llama “*valoración judicial de la prueba*”.

Otro tratadista aborda el tema de los medios probatorios, y sostiene “*es difícil desde el punto de vista teórico precisar el término de medios de prueba, y hace su propio cuestionamiento respecto a considerar qué es y en qué consiste el medio de prueba*”⁵²; sin embargo, ese cuestionamiento, es uno más de las acepciones doctrinarias del vocablo medios de prueba.

Asimismo, otro autor define al medio de prueba como “*el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso*”⁵³, definición que también se encuentra replicada en la obra “*La Prueba y su Valoración en el Proceso Penal*”⁵⁴.

Debe advertirse que si bien existe una relación entre prueba y medio de prueba, debe de quedar claro, que hay diferencias sustanciales entre las mismas, partiendo no solo de la definición del término de prueba que es variado y cada autor da su propia conceptualización sea esta legal o doctrinal, ya que algunos lo abordan desde una concepción general y doctrinal y otros desde una concepción concreta y legal, pero sin apartarse de su finalidad de probar hechos (por su abordaje, no se relaciona lo relativo a su clasificación y valoración), ya que al final tanto la doctrina como lo legal, coinciden en arribar en lo sustancial que se constituye para probar hechos,

⁵¹ Malvárez Contreras, 457. Proceso cognoscitivo que al final es el resultado que procesalmente se llama “valoración judicial de la prueba”.

⁵² Manuel A. Borja Niño, *La Prueba en el Derecho Colombiano*, Editorial, Ltda. Bucaramanga, 2000 “*Los Medios de Prueba*,” 83-84. Científicamente se ha sostenido que hay tanta doctrina como acepciones de la definición de medios de prueba.

⁵³ Cafferata Nores, 22. Definición, aunque diferente de otros autores coinciden en lo esencial que es el procedimiento establecido por la ley para el ingreso de los medios de prueba al proceso o de la decisión judicial.

⁵⁴ Medio de prueba, es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso de elementos de prueba en el proceso, Mario A. Houed Vega en su obra *La Prueba y su Valoración en el Proceso Penal*, Instituto de Investigación Jurídica, INEJ-2007, Impreso en Nicaragua, por Servicios Gráficos, 23.

poniendo como principal ejemplo la inspección judicial, como forma de entender mejor la parte objetiva de la prueba, y que hoy en día sigue manteniéndose como referente no solo en la doctrina sino también en el aspecto legal, así está diseñado en el proceso penal salvadoreño a partir del art. 180 del Código Procesal Penal vigente.

Por otra parte, los medios de prueba, si bien se afirma que hay variación en su definición doctrinaria, también se afirma que hay variación en su definición legal, pero en definitiva todos coinciden en que los medios de prueba se vuelve objetivo cuando ya está regulado en un cuerpo normativo procesal independientemente sea este proceso civil, penal, laboral entre otros, que desarrolle la forma en que la prueba tiene que ingresar al proceso. Con ello, queda claro, que los medios de prueba tienen eficacia una vez que exista un proceso, de lo contrario, no puede haber medio de prueba si no hay una configuración de un proceso que regula la forma en que este medio de prueba ingrese legalmente al proceso⁵⁵.

En el caso del proceso penal salvadoreño, tiene que regirse por el principio de legalidad de todo medio de prueba que se pretenda hacer valer en el proceso, el Art. 175 establece que los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones del mismo cuerpo de ley, consiguientemente, regula que no tendrán valor los obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito, determinando las excepciones al mismo, que serán admitidos siempre que hayan sido

⁵⁵ Fernando Escribano Mora, Monografía *La Prueba en el Proceso Civil*, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (2002), 63. Se sostiene que sin proceso no hay medio de prueba. Este autor moderno en su definición es preciso en sostener que solo hay configuración de medio de prueba cuando existe un proceso penal. Ello es así, porque antes tiene que existir un hecho humano que ha cambiado un bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico penal, a partir de allí, nace la prueba.

obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente. Igualmente, regula lo relativo a las operaciones encubiertas practicadas por la policía, que vienen a formar parte sustancial del tema investigado “*Los medios extraordinarios de prueba*”, pero siempre que haya previamente autorización por escrito del fiscal superior, como parte de los límites que se regula el legislador en consonancia con los principios constitucionales por estar amenazados potencialmente la vulneración derechos fundamentales.

Es por ello, que en consideración a esas acepciones doctrinaria con influencia en el legislador salvadoreña tal como se ha descrito it supra, sin perder la visión que el abordaje del tópico, el fin es que sirva de pasarela para llegar hasta al tema principal de los “*medios extraordinarios de prueba*”.

Es oportuno señalar que la jurisprudencia salvadoreña, si bien se ha referido a la figura del agente encubierto como mecanismo extraordinario de prueba, debe de decirse que respecto a diferenciar la prueba de los medios de prueba, por ser un tema eminentemente académico, no se ha planteado como problema de valoración, razón por la cual no ha habido pronunciado jurisprudencial, y cuando se ha referido al tema de la prueba, lo ha hecho desde una concepción distinta, es decir, ya sea para referirse a la valoración y finalidad de la prueba, medios de prueba o medios probatorios que se producen en juicio para la convicción judicial (Sentencia 14-CAS-2007, de fecha 13 de mayo de 2008), o bien para referirse a al tipo de la prueba instrumental (Sentencia 02-C-2003, de fecha 08 de marzo de 2012).

En ese sentido, ya no se profundiza más en el enfoque de los medios de prueba en general, considerando suficiente los aspectos ya abordados para concluir con mayor facilidad que los medios de prueba, no son más que los instrumentos o mecanismos legales (conocida también como actividad

probatoria establecidos por el legislador)⁵⁶ para que las partes hagan llegar al proceso indistintamente sea penal, civil, laboral, los elementos de prueba para que el juez los valore y según la convicción que tenga sobre los mismos, y decida sobre la existencia o inexistencia de los hechos sometidos a su conocimiento.

4. Medios de investigación criminal

El tópico de los medios de investigación criminal, se refiere a una investigación que tiene por finalidad el descubrimiento de la verdad de un hecho criminal⁵⁷. Por la naturaleza del tema de investigación no se profundará en el mismo, el cual es conocido también como investigación del delito y del delincuente⁵⁸.

Por la razón anterior, se hará un breve enfoque de los medios de la investigación criminal como parte del desarrollo general de la investigación criminal, y luego se pasará con mayor profundidad a los medios de la investigación extraordinaria como parte sustancial del tópico que nos ocupa.

a) Medios de Investigación criminal en general, son aquellos indicios probatorios que se recolectan en la investigación criminal extra proceso o puede ser también intra proceso, todo partirá de una noticia criminal sobre la cual, la autoridad judicial tendrá que verificar a fin de recolectar todos esos medios de prueba que le puedan ser útil para una eventual teoría del caso, medios de investigación criminal, puede ser de carácter testimonial, pericial y

⁵⁶ Código Procesal Penal de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011). Art. 174 que dice: Las pruebas tienen por finalidad llevar al conocimiento del juez o tribunal los hechos y circunstancias objeto del juicio, especialmente lo relativo a la responsabilidad penal y civil derivada de los mismos.

⁵⁷ Luciano Walter Posada García, *Manual Básico de Investigación Criminal*, define a la investigación criminal, como el proceso tendiente a comprobar la existencia de un delito y tendiente a comprobar la responsabilidad del autor. Vigilans-Antis, (2009),10.

⁵⁸ Pedro Ruiz Chunga, *La Criminalística en la Investigación Criminal*. Perito PNP, Patólogo Forense, Especialista en Patología y en Medicina Legal, Lima-Perú. (2007), 34.

documental u otros de carácter científico como ADN, que estén orientados a probar los hechos y también la autoría o participación delincinencial de los sujetos intervinientes en los mismos.

En el sistema procesal penal salvadoreño, es la Policía Nacional Civil, como en cualquier otro sistema procesal, a la que le está encomendada la función de recolectar y cuidar las evidencias que serán utilizadas en la investigación criminal, art. 271 y siguientes del CPP., e incluso para los actos urgentes de investigación art. 180 y siguientes del mismo cuerpo de ley procesal, claro, que siempre la Policía Nacional Civil⁵⁹, actuará bajo coordinación de la fiscalía general de la república, quien por mandato constitucional es a quien le compete la investigación del delito, art. 103 de la Constitución de la República.

b) Los medios de la investigación extraordinaria, son aquellos mecanismos o técnicas especiales que la doctrina viene llamando como nuevas formas o medios de investigación que el Estado echa mano cuando se enfrenta a investigar aquellos casos considerados complejos y de mucho riesgo para los agentes policiales que le son encomendados el trabajo policial de detectar y/o descubrir el delito y la autoría o participación delincinencia dentro del crimen organizado, especialmente en el delito de extorsión que se ha tomado como base en el presente tópico que se investiga, por ser insuficiente el método tradicional para su investigación en virtud de utilizarse para su cometimiento formas más complejas y sistémicas en perjuicio

⁵⁹ José Ovalle Favela, *Teoría general del proceso*, México, Harla, (1991), 166. El autor señala, “desde el momento que tenga conocimiento de la noticia criminal, la existencia de un hecho que la ley señale como delito; en el desarrollo de la investigación ordenará la realización de diversas actuaciones y actos, de los cuales deberá dejar registro por separado y firmado por quienes hubieren intervenido en aquellos, para la investigación de los hechos que han de esclarecerse el Código autoriza las técnicas de investigación siguientes: La cadena de custodia; el aseguramiento de bienes; las actuaciones de investigación que no requieren autorización judicial; y los actos de investigación que requieren dicha autorización....”.

económico no solo a las familias, pequeñas y medianas empresas, sino que ha diversos sectores de la vida nacional y por esa razón se ha visto incrementado el costo de producción desincentivado la inversión al grado que ha distorsionado el sistema socioeconómica en general.

Como advierte, al igual que en la forma convencional, los medios extraordinarios de investigación criminal, el Estado parte para su implementación del mecanismo o medio de investigación criminal bajo una justificación que ocurra una infracción penal, que para la investigación de esa infracción penal, se requiere un rol especial en el descubrimiento del delito y por eso se justifica que en esa investigación iniciada puede usarse por la misma complejidad y naturaleza de riesgo a lo que la doctrina llama “*el nuevos escenario de investigación o técnicas especiales de investigación criminal*” y dentro de estos técnicas está la implementación del agente encubierto y figuras afines⁶⁰, entre otros aspectos no se descarta como operaciones técnicas la implementación de la prueba científica, por ser parte como ya se dijo de una técnica de investigación criminal si bien de carácter general, pero útil siempre para coadyuvar en la investigación criminal en delitos complejos del crimen organizado, del cual, no es ajeno el delito de extorsión para comprobar su existencia y la responsabilidad penal de sus autores.

De tal manera que el sistema procesal penal salvadoreño, aparecen recogidas de forma aisladas la figura de esos escenarios o técnicas especiales de investigación criminal de agentes encubiertos y sus figuras a fines, entregas vigiladas o compras controladas, a partir del art. 175 Inc. 4º del CPP, con los fines específicos ya indicados y para investigar delitos del

⁶⁰ Marcelo A. Riuert, Conferencia *Un nuevo escenario expansivo de medios extraordinarios de prueba*, XIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal y Primer Encuentro de Jóvenes Penalistas” INFOJUS, 65.

crimen organizado, en relación al art. 282 del mismo cuerpo de ley procesal, pero siempre que se cumplan requisitos indispensables que tenga validez la técnica de investigación policial que se ha autorizado, es decir, que no es arbitraria la adopción de la utilización del método o técnica de investigación policial, sino que se tienen que cumplir como requisitos, los establecidos en la última disposición procesal, con límites específicos en la investigación criminal extraordinaria, son requisitos son: a) Que haya autorización por escrito por la Fiscalía General de la Republica; b) Que haya una vigilancia y seguimiento previo en la investigación de un caso concreto de una persona o varias personas, que habilite la vigilancia de lugar, inmueble, vehículo, naves entre otros, que tengan relación con el ilícito complejo; c) Que en la investigación se determinen ramificaciones de estructuras, asociación u organización criminal.

Requisitos especiales para la validez del acto de investigación especial, son consecuente, del mismo contenido del Inc. 4º del art. 175 de referencia, que remiten a las leyes especiales que han sido creadas para la investigación del crimen organizado, fija los parámetros para no dudar de la exigencia en los límites de la investigación que el legislador salvadoreño impone al ente fiscal para utilizar las técnicas especiales de investigación, recogidas precisamente en las leyes especiales de *Ley Contra Actos de Terrorismo*, *Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos*, *Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas* y *la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras*, y aunque no mencionada por ser más recientes las *Leyes Especiales de Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja*⁶¹ y *Ley*

⁶¹ El art. 5, en el acápite de las Reglas de Prueba, indica: “*En la investigación de los delitos previstos en esta ley, la fiscalía general de la república ejercerá todas las facultades investigativas, conforme a lo dispuesto en la constitución y las leyes, así como determinará responsabilidad de los autores o partícipes y evitará ulteriores consecuencias. El fiscal del caso autorizará por escrito el empleo de métodos especiales de investigación tales como operaciones encubiertas o entregas vigiladas*”.

*Especial Contra el Delito de Extorsión*⁶², pero siempre respetándose el principio de legalidad y de subsidiariedad en la investigación de organizaciones criminales la figura del agente encubierto, o entregas vigiladas entre otros aspectos técnicos de investigación policial.

Con la descripción de los medios de investigación criminal de carácter convencional y de los medios de investigación criminal de carácter extraordinarios, la características que los diferencia de forma esencial, es que a los últimos el legislador limita no solo a la policía actuar de oficio, sino que va más allá, limita al Ministerio Público Fiscal, quien tiene el monopolio de la investigación a no utilizar dichos medios extraordinarios de investigación en cualquier caso, sino únicamente cuando se encuentre un proceso de investigación abierto en un delito complejo, y que los medios de investigación convencional no puedan resolver la comprobación y la autoría de las personas investigadas, es ahí, donde se habilita la utilización del mecanismo extraordinario de investigación, pero siempre sometido a una identificación de un proceso penal para que se pueda autorizar en ese específico caso la figura del agente encubierto, infiltrado o bien la nueva modalidad del agente negociador en la investigación del delito de extorsión bajo entrega controlada.

La jurisprudencia salvadoreña es consecuente con estos parámetros

⁶² El art. 8, en el Acápito “*Técnicas de Investigación y Aspectos Probatorios*”, establece: “*En la investigación del delito de extorsión, podrán emplearse las técnicas de investigación policiales, como el caso de las entregas bajo cobertura policial o las establecidas en el Art. 282 del Código Procesal Penal, tales como agentes encubiertos entre otras, previa autorización de la Fiscalía General de la República, así como la grabación de las llamadas de uno de los interlocutores, de conformidad con el Art. 46 de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones.*

En el enjuiciamiento del delito de extorsión, se deberá favorecer la aplicación de anticipos de prueba y la admisión del testimonio de referencia. Los Jueces otorgarán valor probatorio a los análisis de bitácoras de llamadas y a las declaraciones de los agentes policiales o particulares que participaron en la negociación entrega bajo cobertura policial, o científico que les lleve al convencimiento de la existencia del delito y la participación delictiva”.

diferenciadores de los medios de investigación criminal de carácter convencional y los medios de investigación criminal de carácter extraordinario o excepcional, ya que parte de un desarrollo cuantitativo y cualitativo de la criminalidad organizada, y desde esa dimensión sostiene que los métodos convencionales de investigación son insuficientes para combatir esa criminalidad organizada y que su represión puede tener éxito cuando se pueda conocer desde adentro de las mismas la conformación de las estructuras organizativa de ellas, haciendo necesario que el ente persecutor del delito recurre a las operaciones especiales o técnicas policiales de infiltración policial, es la razón por la cual, se recurre a la figura del agente encubierto y sus figuras afines, incluyendo aquí la figura de la entrega controlada en el delito de extorsión, pero siempre que se respeten las garantías constitucionales de defensa y contradicción con elementos probatorios sujetos a valoración judicial en juicio⁶³.

No obstante, debe de quedar claro, que la doctrina moderna no comparte de forma absoluta la adopción de este mecanismo excepcional de investigación criminal, ya que hace algunas críticas respecto a la operatividad del agente encubierto que vuelva eficaz y válido tal técnica de investigación, señalando al menos tres aspectos importantes a considerar, como son: 1) que el agente infiltrado este autorizado para cometer delitos, 2) que por su actividad legitimada por el Estado esté exento de responsabilidad penal, y 3) en su

⁶³ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 5-2001 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2001). dijo: “*métodos convencionales de investigación son insuficientes para combatir tales formas de delincuencia y su represión únicamente puede llevarse a cabo con éxito en la medida que se pueda conocer interiormente tales estructuras organizativas. Por ello, los órganos de persecución penal recurren a las operaciones de “infiltración policial”, logrando así conocer o descifrar dichas estructuras mediante la intervención en la preparación y ejecución del hecho delictivo, o mediante el establecimiento de relaciones con los previsibles partícipes del mismo. [...] el agente encubierto constituye sin discusión, el arquetipo básico de la infiltración policial. De tal caracterización, se desprende entonces que su finalidad es proporcionar “desde adentro” la información que permita el enjuiciamiento de los integrantes de la asociación ilícita y su posterior disolución*”.

operatividad se viole el principio de lealtad con graves repercusiones en la valoración de la prueba obtenida bajo ese mecanismo de investigación especial⁶⁴.

5. Diferencia de medios de prueba general y medios de investigación criminal

De acuerdo a la doctrina en los medios de prueba, existen distintos postulados que varían en sus axiomas, pero axiológicamente convergen al mismo sentido, es decir, siempre hacen referencia a formar la convicción de la existencia o no de hechos sometido a conocimiento del Juez, uno de los principales referentes a nivel latinoamericano define al medio de prueba como “*el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso*”⁶⁵, y en términos parecidos otros autores, sostiene que medio o elemento de prueba, “*es toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos*”⁶⁶.

De lo anterior, se advierte que como enlace a los medios de prueba, aparece la fuente de información, y se constituye como conexión a la existencia del proceso mismo, donde se realiza toda la actividad probatoria que se conoce como medio de prueba de forma general⁶⁷. Entonces, queda claro que la diferencia entre medio de prueba y la fuente de prueba, no es más, que aquel dato que constituye una relación intrínseca con el medio prueba,

⁶⁴ Flavio Cardozo Pereira, *Agente Encubierto: Orígenes Históricos y Marco Conceptual. un Medio de Investigación Necesario para Combatir el Crimen Organizado*, 290.

⁶⁵ Cafferata Nores, 23.

⁶⁶ Margarita Nahuatt, Javier, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, número 38 (2014), 165.

⁶⁷ Montero, afirma que se debe a CARNELUTTI y a SENTIS, y concluye que todas las pruebas tienen algo de procesal y de extraprocesal, dado que en todas ellas existe algo previo al proceso (la fuente) y algo que se realiza en el proceso (el medio), por lo que no puede existir medio de prueba si no existe previamente una fuente de prueba. ESCRIBANO MORA, FERNANDO; *La Prueba en el Proceso Civil*, (San Salvador, El Salvador. 2001), 62.

puesto que potencialmente la fuente de prueba se convierte de forma general en medio de prueba, y es este último en que finalmente es el que ingresa al proceso para generar la convicción judicial al juez sobre determinado hecho.

Así se tiene a otro autor que define a los medios de prueba como “*la obtención del cercioramiento del juzgador sobre los hechos cuyo esclarecimiento es necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso*”⁶⁸, es decir, que aunque su abordaje es distinto, siempre culminan con el ingreso de un elemento o fuente de prueba al proceso para lograr la convicción del juez sobre los hechos investigados, y tienen como característica de validez, el ofrecimiento, admisibilidad, y la incorporación al proceso para que tenga aptitud de prueba y sujeta a valoración judicial⁶⁹.

6. Origen de los medios extraordinarios de prueba

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, se convierte en el principal antecedente de los medios extraordinarios de prueba, en su art. 282 bis, las figuras del agente encubierto y la entrega controlada, que ya regulaba la Ley Orgánica 8/1992, en su art. 263 exclusivamente para los delitos del tráfico de drogas que ya se extendían a las nuevas formas de operar de la criminalidad organizada, a fin de ponerla en concordancia con el art. 11 de la Convención

⁶⁸ José Ovalle Favela, *Ibíd.* 305. Es otra acepción de la definición de medios de prueba, que confirma la variabilidad de en la definición del tema.

⁶⁹ Montes Calderón, et al, *Tratado de Derecho Procesal Penal Salvadoreño*, “*Reglas de la Investigación de la Prueba*”, Proyecto de Mejoramiento al Sistema de Justicia en El Salvador, USAID. 30. Respecto a las reglas de investigación señala que “*La investigación en un sistema acusatorio, en relación con la prueba, tiene por objeto ubicar, identificar, preparar los medios de prueba. La investigación sirve para que las partes puedan determinar quién tiene información sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado, identifica a la fuente de la información. Una vez identificada la fuente de la información se deben utilizar los mecanismos legales para obtener esa información. (Entrevista de testigos, entrevista del sospechoso, búsqueda en bases de datos, allanamientos, registros, pericias, etc.) identificando la fuente de la información y el medio para su obtención, debemos determinar cuál es el procedimiento legal para poder llevar a cabo ese acto de investigación, si se requiere o no autorización judicial para realizarlo*”.

de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de Viena del 20 de diciembre de 1988, creada por preocupaciones constantes que tenía la Asamblea General de las Naciones Unidas, en virtud del desequilibrio social y económico que se estaba dando en aquella época en los países del medio oriente, Sudeste de Asia, Centro América y en América Latina y, consciente de la necesidad de asistir a los países que forman parte de las Naciones Unidas, estableció planes para el combate de dichas criminalidad organizada y ayudar a todos los países miembros⁷⁰.

Los medios extraordinarios de prueba⁷¹, en la legislación argentina, se justifican que su origen obedece a la necesidad de reforzar la investigación de los hechos delictivos también “*extraordinarios*”, se explica que no sólo aparecen por la inusitada gravedad, sino también por los serios problemas que presentan para su investigación, pero advierte que encierran el grave riesgo o propósito de legitimar la ilegalidad en la averiguación penal, como medio no tan novedoso como explícito de darle más eficacia respecto a los medios de prueba lícitos.

El adjetivo de los medios extraordinarios de prueba es un término genérico doctrinario, su fundamento son las figuras del *agente encubierto*, *entrega vigilada*, *el informante*, *el infiltrado* entre otros que se instituye como la

⁷⁰ Asamblea General, Resolución 2434 XXIII (Naciones Unidas, 1968). Dijo, que: “reconociendo que los países donde se cultivan las materias primas que sirven para la fabricación de estupefacientes pueden no conseguir, con sus solos esfuerzos poner fin al cultivo ilícito”. Por ello, la Asamblea General, rogaba al Secretario General la preparación de planes de asistencia técnica en este ámbito...”.

⁷¹ Cafferata Nores, 221. En los últimos tiempos han ido apareciendo, en la legislación argentina, los llamados “medios de prueba extraordinarios”, justificados originariamente por la necesidad de reforzar la investigación de hechos delictivos también “extraordinarios” (no sólo por su inusitada gravedad, sino también por los serios problemas que presentan para su investigación), encierran el grave riesgo (o, lo que es peor, el propósito) de legitimar la ilegalidad en la averiguación penal, como medio -no tan novedoso como explícito- de darle más eficacia respecto de aquellos ilícitos.

especie del término genérico de referencia, denominado “*técnicas especiales de investigación*”⁷² para enfrentar la criminalidad organizada cuya preocupación fue externada en la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de Viena de 1988⁷³, y que tuvo como base la Convención de 1961 sobre Estupefacientes, que fue enmendada por el Protocolo de 1972 consagrada a la Convención Única de Estupefacientes y al Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, en la que se proclamó la preocupación por la magnitud y la tendencia creciente de la producción y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que representaban una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos, menoscabando las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad, y la necesidad de robustecer e intensificar los medios jurídicos eficaces de operación internacional en asuntos penales para suprimir las actividades delictivas internacionales del tráfico ilícito.

En Europa los primeros en cumplir esa recomendación son los españoles al introducir en la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁷⁴, la figura de circulación o entrega vigilada, entre otros aspectos importantes para la investigación en los delitos del tráfico ilícito, determinando características importantes para

⁷² Manual de Técnicas Especiales de Investigación, “*Agente Encubierto y Entrega Vigilada, de las Naciones Unidas, Oficina Contra la Droga y el Delito de Bolivia*”, aprobado en Resolución Interinstitucional entre el Ministerio Público de Bolivia y la Policía Boliviana No. 01/2009. Ha sido impulsado por el Convenio de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de 1988.

⁷³ Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Naciones Unidas, 1988). Art. 11, anota: “*Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades...*”. Es la base para que los demás países adopten las medidas legislativas para el combate al tráfico de drogas.

⁷⁴ Ley de Enjuiciamiento Criminal, (España: 1882, última modificación el 06 de octubre de 2015). Art. 263 bis. Afirma que el derecho no es estático y de acuerdo a los avances sociales y tecnológicos el derecho procesal tiene que irse adaptando creando las herramientas jurídicas procesales más idóneas para enfrentar el crimen organizado cuando aquellas ya no son suficientes para neutralizar sus acciones delictivas.

que legitiman la operatividad de las mismas, dándole competencia al Juez de Instrucción, al Ministerio Fiscal, Jefes de Unidades Orgánicas de la Policía Judicial, sean estas centrales o provinciales, para que autoricen la técnica de investigación para que circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines.

Herramientas jurídicas de carácter europeo son los primeros antecedentes que la doctrina latinoamericana hoy en día llaman “*Medios Extraordinarios de Prueba*” y que viene a constituir sin duda el origen y por ende un avance en la doctrina de los medios probatorios en general, que se convierten en un desafío por estar destinados a obtener y a asegurar la eficacia en la investigación penal del crimen organizado, ya que estos solo podrán admitirse cuando los objetivos de la investigación no se logren obtener de otro modo⁷⁵, es decir, con la utilización de los medios probatorios convencionales u ordinarios de prueba.

Es obvio que ese apareamiento de los medios probatorios extraordinarios que han aparecido en la doctrina latinoamericana, vienen a constituir un aporte importante al avance del derecho probatorio contemporáneo como lo sostienen algunos autores que concluyen que “*el derecho debe entender como la búsqueda por entender y aplicar adecuadamente los cambios que la permanente dinámica del mundo y sus transformaciones les imprimen a las*

⁷⁵ César Fortete, et al, *Artículo Investigación Penal, Protección del Testigo, Delincuencia Organizada y Derecho de Defensa del Imputado*, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE), 13. Postulado que corresponde a la sostenida por la doctrina y acogida por la legislación argentina entre otras de la región.

*disciplinas jurídicas*⁷⁶. Afirmándose con ello que la figura del agente encubierto se crea por primera vez bajo la denominación de “*técnicas especiales de investigación*” para enfrentar la criminalidad organizada en la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de Viena de 1988, ya referida antes.

Constituyendo dichos instrumentos internacionales el antecedente principal para sostener que el origen de los “*medios extraordinarios*” de prueba por su contenido viene de Europa, influyendo de manera sustancial para la incorporación en la Legislación Argentina tal como lo ha sostenido doctrina ya antes comentada⁷⁷, y por ende constituye a su vez, un avance del derecho probatorio contemporáneo al adecuarse a los cambios sociales que exigen las disciplinas jurídicas del mismo, y que han permitido influir enormemente en los países latinoamericanos a la utilización dichos medios extraordinarios en la investigación de delitos graves o complejos para evitar que los mismos queden en la impunidad.

Por ello, se afirman que el contenido de los medios extraordinarios de prueba se colman con los medios de investigación especial conocidos como “*agente encubierto*”, el “*informante*”, el “*arrepentido*” o el “*testigo de identidad protegida*”, arguyendo que la mayoría son inaceptables para el sistema constitucional argentino⁷⁸, y que los pocos restantes podrían tener una mínima y transitoria aceptación vía excepcional sólo cuando su auxilio fuere

⁷⁶ Diana María Ramírez Carvajal, *Derecho Probatorio Contemporáneo, Prueba Científica y Técnicas Forenses*. “*Algunas apreciaciones sobre el derecho contemporáneo*” (Medellín, Colombia, 2012), 44. Cuando analiza el derecho probatorio lo hace desde una visión macrosistema que viene en permanente evolución por las nuevas formas en que se viene desarrollando el mismo sistema político, social, filosófico, epistémico y que empujan para que el sistema jurídico procesal entre en el cambio del marco de la modernidad, que tiene su base en los tres momentos históricos: Antigüedad, modernidad y la posmodernidad, que produjeron en aquella época cambios drásticos en la aplicación del derecho probatorio.

⁷⁷ Cafferata Nores, 221.

⁷⁸ *Ibíd.*, 221.

indispensable para superar dificultades insalvables con los medios probatorios ordinarios en la investigación de gravísimos delitos. Resaltando que el valor de su información debe enmarcarse en una rígida legalidad, es decir, respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La idea de la proteger y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, recae en los jueces, fiscales y empleados judiciales y policiales cuyas cualidades personales y funcionales estén verdaderamente acordes con su investidura, como forma de controlar el cumplimiento las garantías y derechos constitucionales de los ciudadanos por excesos o arbitrariedad en la utilización de dichos medios extraordinarios de investigación⁷⁹, que de acuerdo a las leyes 23.737 y 25.241, se constituyen como axiomas para generar la implementación del presente tópico de investigación en nuestra legislación procesal penal.

En tal sentido, surgen los nuevos protagonistas del proceso penal, como son: “*agente encubierto*”, “*agente informante*”, “*agente infiltrado*”, “*el arrepentido*”, “*testigo de identidad protegida*”, “*agente provocador*”, “*agente negociador*”, “*agente de compra vigilada o controlada*”, “*prueba científica*”, aunque la mayoría son inaceptables para el sistema constitucional, según la jurisprudencia salvadoreña⁸⁰ que se ha pronunciado respecto al tópico de los mecanismos o técnicas conocidas por la doctrina y cuerpos legales como mecanismos o técnicas especiales de investigación, pero que se refieren

⁷⁹ Alejandro D. Carrió, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, 3ª ed. Actualizada y ampliada, (Buenos Aires, 1994), 185. Expone el Caso “Fiscal v. Fernández, considerado relevante por la forma en que se detuvo al Cónsul con nueve paquetes de un kilogramo de cocaína cada uno, y con engaño de un agente de policía es sacado del Consulado y luego ser detenido, es decir, se considera que hubo vicio en el consentimiento para el ingreso al consulado por el agente de policía. Consecuencia, detención ilegal.

⁸⁰ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 5-2001/Ac., y Sentencia de Habeas corpus, Referencia: 147-2010 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2001). Constan los parámetros constitucionales de los medios extraordinarios.

siempre a los medios “*extraordinarios*” de prueba.

En la legislación salvadoreña, se ha incorporado en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, la figura del “*agente encubierto*”, “*compra controlada*”, “*entrega vigilada*”, “*identidad protegida*”, no como “*medios extraordinarios de prueba*”, sino que los ha denominado “*técnicas de investigación de la prueba*”, bajo el contenido de las figuras que la doctrina llama “*medios extraordinarios de prueba*”, que es un término más amplia del término “*técnicas de investigación de prueba*” que regula dicha ley.

Debiendo concluirse por tanto, que la diferencia de los medios de prueba ordinaria o convencional con los medios extraordinarios de prueba consisten en: (i) que los medios de prueba ordinaria o convencional, llamados también *clásicos*, para su obtención y recolección por no violentar derechos fundamentales de la persona humana, no necesitan autorización judicial, por los avances sociales modernamente ya no son suficientes para lograr determinar la responsabilidad penal en los hechos punibles graves o de naturaleza compleja, especialmente con la aparición de la tecnología moderna como de las redes sociales (internet, Facebook, Youtube, Twitter, entre otros) que son medios de comunicación que ha permitido con mayor facilidad la comunicación social y por de los grupos criminales, que está utilizado para realizar distintos delitos entre estos el delito de extorsión, a fin de evitar ser descubiertos y generando impunidad en el castigo de tales ilícitos.

(ii) por su parte, los “*medios extraordinarios de prueba*” denominados también “*medios excepcionalmente de investigación criminal y de prueba*”, por violentar potencialmente los derechos fundamentales de las personas humanas, requieren en nuestro sistema procesal penal de autorización de la

fiscalía por cuanto se utilizan para superar las dificultades insalvables que aquellos medios ordinarios o clásicos no sean suficientes para lograr la responsabilidad penal en los hechos punibles graves o complejos que encierren grave riesgo en la investigación de los mismos. Afirmándose que la utilización de dichos medios extraordinarios de prueba, su actuación y el valor de la información que se obtenga a través de los mismos debe de enmarcarse en una “*rígida legalidad*”, respetuosa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, a través de los protagonistas del sistema judicial, principalmente de los jueces y fiscales y de los policías que actúan bajo la coordinación de los segundos⁸¹.

Pues, la inobservancia al referido principio de legalidad en la utilización de los medios extraordinarios de prueba por los agentes del Estado en aras de lograr la potestad punitiva, les obliga a cumplir con las garantías que derivan del principio de legalidad y por ende del respeto a los principios constitucionales de inocencia y de defensa de las personas con calidad de imputado regulado en el art. 12 de la Constitución de la República, lo cual viene a constituirse en límites al poder de persecución penal del Estado desde el inicio de la investigación y con mayor rigor en la utilización de estos mecanismos excepcionales de investigación, y la contravención al precepto constitucional puede acarrear responsabilidad penal al infractor, y así es sostenido por la jurisprudencia salvadoreña en sentencia 3-VII-97. HC 169-167⁸².

⁸¹ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983). Art. 193 Ord. 3°, describe: Corresponde al Fiscal General de la República, “Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley.

⁸² En dicha sentencia, se sostiene: “*que la contravención al precepto constitucional antes citado, puede acarrear responsabilidad penal al infractor, aludiendo dicho precepto constitucional a los casos eminentemente administrativos realizados por la autoridad policial de referencia, pues bien, cuando un acto administrativo realizado por la autoridad policial cumpliendo orden judicial para capturar a una persona, en este caso ya ha iniciado proceso judicial decretando la detención provisional, en este caso, ya no se requeriría la actuación previa de la fiscalía. En ese mismo sentido lo sostiene el autor RODOLFO ERNESTO GONZÁLEZ BONILLA, Constitución y Jurisprudencia Constitucional, CSJ. San Salvador, El Salvador, (2003), 277. Deja claro que los actos administrativos y judiciales tiene que realizarse en base a la constitución.*”

7. Clasificación de los medios extraordinarios de prueba

Los medios extraordinarios de prueba, es un tópico de reciente denominación especialmente por la legislación argentina, lo que es obvio que al igual como se sostiene por la doctrina mayoritaria en relación a las pruebas judiciales, hay diversos criterios que a menudo tiende a confundir⁸³, pero no obstante esa situación, los “*medios extraordinarios de prueba*” que siguen marcando la evolución de la prueba en general, es decir, aquellos constituyen una especie del género y como tal, forma parte de la misma evolución del derecho procesal penal, consecuentemente, cualitativamente dicho procedimiento inusitado debe seguir la clasificación general⁸⁴, O sea, el más usual de la actividad probatoria, que por no ser punto de desarrollo en el objeto de estudio de esta investigación no se profundiza en la misma, y únicamente se orientará más al tópico de la clasificación los medios extraordinarios de investigación, de la manera siguiente:

1) Prueba de medios extraordinarios de investigación según la función⁸⁵, se clasifica como: a) prueba directa e indirecta, b) prueba lícita e ilícita, c) prueba pertinente e impertinente, y, d) prueba excepcional.

a.1. Dentro de prueba directa o inmediata de los medios extraordinarios de prueba. Debe entenderse que cuando se habla de prueba directa o inmediata, por su naturaleza general, debe de tener como base siempre su dimensión general de la prueba directa⁸⁶, en por cuanto es percibida

⁸³ Devis Echandía, *Ibíd.* 521.

⁸⁴ Ricardo Levene (h.), *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Tomo II, (Depalma, Buenos Aires, 1993), 571.

⁸⁵ Héctor Molina González, *Teoría General de la Prueba*, Revista de la Facultad de Derecho de la UNAN, 1978, 161.

⁸⁶ Pietro Ellero, *De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal*, (1994), 91, define la prueba directa como “*aquella prueba que se refieren a una circunstancia del delito*”.

directamente por el juez⁸⁷, pero orientado a la prueba extraordinaria por la misma naturaleza de complejidad y riesgo de la investigación del caso, a fin de garantizar el criterio de objetividad de los hechos con el objeto de no desnaturalizar la percepción directa del juez sobre los hechos a probar⁸⁸, manteniendo la inspección judicial, la confesión, la prueba científica ejemplo ADN, informes periciales, entre otras como medio extraordinaria de prueba directa.

a.2. El medio de prueba indirecta de los medios extraordinarios de prueba, por su naturaleza general, debe de tener como base siempre su dimensión general de la prueba indirecta⁸⁹. Esta tiene una sub-clasificación en históricos o críticos tradicionales de documentos, de declaraciones de testigos, imputado o informantes y dictamen de los peritos⁹⁰, atendiendo a la circunstancia de que el dato percibido por el juez revista o no carácter representativo del hecho a probar, pero sin dar mayores detalles⁹¹.

En relación a los medios extraordinarios de prueba, se ubican los testimonios de los agentes encubiertos y figuras afines, atendiendo al carácter complejo o delitos graves para no comprometer la integridad física de los intervinientes en las investigaciones, especialmente en la investigación del delito de

⁸⁷ Devis Echandía, 520. El autor señala como único ejemplo de la prueba directa “*la inspección judicial*”, porque es el hecho directamente percibido por el juez, es el hecho mismo objeto de la prueba. No obstante, el autor PIETRO ELLERO, vas más allá, por cuanto sostiene que, “*El juez, en la mayoría de las veces tiene que formar una certeza histórica...*”.

⁸⁸ Jorge L. Kielmanovich, “*Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*”, (Buenos Aires, Abeldo-Perrot, 1996), 26.

⁸⁹ Pietro Ellero, *De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal*, (1994), 91, definida la prueba indirecta como aquellas otras que se refieren a circunstancias de donde se inducen las del delito.

⁹⁰ Palacio, 23. Sostiene, que suministran un dato del cual el juez debe deducir la existencia del hecho que se intenta probar”.

⁹¹ Francesco Carnelutti, *La Prueba Civil*. (Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982), 55. Sostiene que la prueba histórica “*representa un hecho pretérito que se trata de demostrar, las pruebas críticas o lógicas, no representan un hecho pasado, sino tan sólo una imagen, objeto o cosa a examinar*”.

extorsión por ejemplo: las huellas físicas o cibernéticas (INTERNET), que posibilita la ejecución de conductas criminales a distancia⁹², las firmas electrónicas en su dimensión simple o certificada⁹³, objetos como la memoria USB⁹⁴, discos externos, que contengan información importante sobre hechos graves o de característica compleja que sirven de base frente al hecho objeto de prueba, es decir, son indicios, y así son reconocidos dentro del régimen de prueba legal⁹⁵.

En el derecho procesal penal salvadoreño, la Prueba se regula a partir del Título V “*La Prueba*”, Capítulo I, del Código Procesal Penal, dentro de las Disposiciones Generales, como requisito sine quo non⁹⁶ aparece siempre la obligación del Estado de garantizar en la recolección de los elementos de prueba bajo la relevancia al principio de legalidad (art. 175 CPP) y su extensión excepcional “*cuando se trate de operaciones encubiertas practicadas por la policía, se permitirá el uso de los medios de prueba engañosos con el exclusivo objeto de investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado, delitos de realización compleja*”, que interpretado gramaticalmente (art. 177 CPP) regula la pertinencia y utilidad de la prueba, fácilmente se extrae la clasificación legal de la prueba

⁹² Javier Gustavo Fernández Toruelo, *Artículo “Ciberdelitos: Los delitos cometidos a través de nuevas tecnologías en la nueva ley especial contra los delitos informáticos y conexos”* “Monografía “Debates sobre el sistema de justicia penal y penitenciario”, Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, (San Salvador, El Salvador, 2016), 31.

⁹³ Ley de Firma Electrónica, creada mediante D.L. No. 133, del D.O No. 196, Tomo 409, de 26 octubre 2015.

⁹⁴ Universal Serial Bus, conocida como USB, atribuida su creación al Ingeniero Israelí Dov Morán.

⁹⁵ Ley Especial Contra Actos de Terrorismo de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016). Art. 42, relaciona además de los contemplados en el Código Procesal Penal, los medios de prueba las: filmaciones, grabaciones, fotocopias, videocintas, discos compactos, digitales y otros dispositivos de almacenamiento, telefax, comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas.

⁹⁶ Germán Cisneros Farías, *Diccionario de frases y aforismos latinos. Una compilación sencilla de términos jurídicos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, (México, 2003), determina que el significado del término sine qua non, “es una condición sin la cual no es posible referirse a algo que no es posible sin una condición determinada”.

consistente en: Prueba lícita o legal y prueba ilícita, prueba pertinente e impertinente, prueba directa e indirecta sobre la prueba en general, que por su naturaleza de extraordinaria, se le adhiere la calidad de prueba excepcional.

b.1) El medio de prueba lícita de los medios extraordinarios de prueba, tiene su fuente en la Constitución de la República, en el art. 15, el cual regula que *“Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales previamente haya establecido la ley”*. Es decir, constituye el origen del principio de legalidad, y como tal, debe de definirse la prueba lícita como aquel procedimiento que debe seguir el Estado a través del Fiscal General de la República en la investigación del delito y su práctica debe de ir encaminada a respetar los derechos y las garantías fundamentales de las personas que están consagradas en la misma carta magna de referencia.

Es de considerar que si bien la Institución Fiscal, es la que tiene el monopolio de la investigación, éste no debe de realizar de forma arbitraria la recolección de la prueba de forma irregular para establecer los hechos punibles, puesto que la facultad investigativa que le es conferida no es de manera absoluta y la misma constitución le pone límites a su actuación para investigar los hechos delictivos, ello, en razón, que la Constitución en el art. 1, reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, y es en base a este reconociendo que en el Art. 2, 11, 12 y 13 de la Constitución le ponen los límites a la actividad de la persecución penal del Estado a través del Fiscal General de la República y del auxilio de la Policía Nacional Civil (art. 159 Cn).

El legislador, consecuente con dichos límites, al desarrollar la prueba en el art. 175 del Código Procesal Penal, incorpora dentro de la prueba en general,

la “*prueba extraordinaria de investigación*”, a través del usual término de “*operaciones encubiertas*” practicadas por la policía, facultando al ente fiscal para el uso de los medios engañosos, pero con el exclusivo objeto de investigar, probar conductas delincuenciales del crimen organizado, disposición procesal penal que se complementa con el art. 282 del mismo cuerpo de ley y las leyes especiales que más adelante se desarrollan en un apartado especial de este trabajo de investigación.

Se advierte que para evitar que se violenten derechos y garantías constitucionales, se impone como requisito esencial de control de la obtención de la información encubierta, la autorización previa por escrito del fiscal superior, que no tiene otro fin sino la de garantizar la regularidad de la investigación respetando los derechos fundamentales de la persona humana.

b.2) El medio de prueba ilícita de los medios extraordinarios de prueba, viene a constituir lo contrario al principio de licitud o de legalidad de la prueba, ya que, indica que carecen de valor los elementos de prueba que hayan sido obtenidos de forma ilícita o ilegal, lo cual no se puede justificar absolutamente nada el medio que se haya utilizado para su obtención, llámese agente encubierto, agente infiltrado o las demás figuras afines u otra prueba de carácter científico, en los cuales se advierte que no se han respetado los derechos y garantías fundamentales de la persona humana reconocidos desde el art. 1 de la Constitución de la República.

c.1) El medio de prueba Pertinente de los medios extraordinarios de prueba, siempre tiene que ver con los hechos que se pretende probar, con la adhesión de carecer de un irrespeto a los derechos y garantías fundamentales de la persona humana, y observando los requisitos mínimos excepcionales para su obtención.

c.2. El medio de prueba impertinente de los medios extraordinarios de

prueba, es obvio que es aquella que no guarda ningún tipo de relación con los hechos a probar.

d.1. El medio de prueba excepcional de los medios extraordinarios de prueba, guarda relación directa con las anteriores, no obstante, por la naturaleza jurídico procesal y excepcional del medio probatorio, tiene que estar revestida del principio de legalidad su validez como prueba directa y pertinente, y además concurren los requisitos que la ley, la doctrina y la jurisprudencia señalan como: (i) la investigación sea crimen organizado, que tenga el objetivo de probar la existencia de los hechos y la autoría o participación delincinencial, cuando los medios ordinarios de prueba sean insuficientes; (ii) que exista previa autorización de la Fiscalía General de la República⁹⁷, como garante de la legalidad en la investigación penal; (iii) que se observe el respeto a los derechos y garantías fundamentales de la persona humana; (iv) que la admisión en el proceso penal, sea imprescindible por el juez que autorice su incorporación al mismo, dejando claro que se han cumplido dichos requisitos excepcionales de la prueba, para que sea incorporado al juicio legalmente, para su posterior valoración, so pena de no ser valorada por el juez en juicio, todo lo cual, marcan el camino evolutivo de la prueba en general, por su sentido y alcance de la misma⁹⁸.

Es importante destacar, si bien las clasificaciones de la prueba tienen como fuente derecho civil, modernamente ya está incorporado en las legislaciones del derecho procesal penal, mismas que responden a postulados doctrinarios

⁹⁷ Sala de lo Constitucional, *sentencia de inconstitucional*, Referencia: 25C2014 (El Salvador, Cortes Suprema de Justicia, 2014). Dijo: “Asimismo, esta Sede considera que el actual Código en su Art. 175 Inc. 4° Pr. Pn., dispone la forma y procedencia de la figura, su autorización a cargo del Fiscal General de la República y sobre todo el listado específico de delitos en los que puede intervenir el citado agente, así como la necesidad de su actuación.” Lo cual así se ha sostenido en el transcurso de este trabajo de investigación.

⁹⁸ Ricardo Levene (h.), 571. El autor, sin duda viene a fortalecer la doctrina respecto a que los medios extraordinarios de prueba marcan un avance en el derecho procesal penal, superando los postulados clásicos del derecho en general de DEVIS ECHANDIA.

y jurisprudenciales, ello, por cuanto la mayoría del tratadista del derecho procesal penal tiende a clasificar la prueba de manera distinta, y otros afirman que las clasificaciones de las pruebas son inútiles y sin ninguna repercusión en la vida del proceso⁹⁹; sin embargo, hay otros autores pos clásicos, que han considerado importante hacer clasificación de la prueba en el desarrollo del proceso probatorio de distintas maneras¹⁰⁰.

La jurisprudencia salvadoreña cuando se ha referido a la clasificación de la prueba, no ha profundizado en la clasificación de los medios de prueba o medios probatorios, y por ende, respecto a los medios probatorios extraordinarios de prueba, pues se ha referido de forma limitada sosteniendo la clasificación que regula el Código Procesal Civil y Mercantil desde la perspectiva general de la utilización de los medios de prueba, de dos tipos: públicos y privados en Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo 316-2011, de las catorce horas treinta minutos del trece de junio de dos mil dieciséis¹⁰¹. Es decir, se clasifica dependiendo el tema o área en la cual se esté analizando, por ello, no puede ser diferente, por

⁹⁹ Santiago Sentís Melendo, *La Prueba, grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires señala: “que de las pruebas se hacen infinitas clasificaciones, la mayoría de ellas perfectamente inútiles, sin ninguna repercusión en la vida del proceso, por el hecho de catalogarlas como simples o compuestas, como internas o externas, como integrales o sintéticas...” Filosofía jurídica clásica que sigue vigente, a la fecha no hay un autor que sostenga lo contrario, puesto que cada autor hace la clasificación que sobre el tema de interés tenga.

¹⁰⁰ A. Gustavo, Alberto Rocena, et al, *Prueba en el Materia Penal*, Editorial Astrea, (Buenos Aires, 2009), 23. Ha clasificado a la prueba de múltiples maneras, como en atención a su estructura, en personales y reales, según la convicción, de cargo y de descargo, positiva y negativa, directa e indirecta, entre otras, Obra “*De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal*”, Buenos Aires, 1994. 85”. Clasifica la prueba como: pruebas simples y compuestas, inmediatas y mediatas, personales y reales, internas y externas, directas e indirectas, positivas y negativas, de inculpación y de descargo, objetivas y subjetivas, intencionales y de ejecución, principales y accesorias, y hasta perfectas e imperfectas.

¹⁰¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sentencia de Amparo, Referencia: 316-2011* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016). Dijo: “El Código Procesal Civil y Mercantil regula esta afirmación, desde la perspectiva de su utilización como medio de prueba judicial. Los clasifica en dos tipos: públicos y privados... “Los instrumentos públicos se considerarán auténticos mientras no se pruebe su falsedad”.

cuanto la misma naturaleza del tema investigado es de reciente denominación y sin duda viene a sumarse a la evolución del siglo XXI de la prueba en general.

CAPÍTULO II

MEDIOS EXTRAORDINARIOS DE PRUEBA

SUMARIO: 1. Nociones generales. 2. Agente encubierto: 2.1. Antecedentes generales del agente encubierto. 2.2. Concepto doctrinario del Agente Encubierto. 2.3. Modalidades del Agente Encubierto: Infiltrado, Provocador, Negociador, Compra vigilada o controlada. 3. Agente encubierto como instrumento extraordinario en la investigación criminal. 4. Agente encubierto como instrumento extraordinario de prueba. 5. El Testigo Protegido y sus figuras afines: testigo anónimo, testigo con identidad protegida y testigo oculto. 6. El arrepentido y sus figuras afines (imputado-criteriado-delator). 7. La prueba científica. 8. Agente encubierto y su vulneración de garantías fundamentales.

1. Nociones generales

Los medios extraordinarios de prueba, es un tópico de data reciente en la doctrina Argentina, su abordaje está orientado a establecer el fundamento histórico del mismo, el tratamiento legal por indicar su incipiente historia que están justificados originariamente por la necesidad de reforzar la investigación de hechos delictivos de naturaleza "*extraordinarios*", no sólo por su inusitada gravedad, sino también por los *serios* problemas que presentan para su investigación, se ha afirmado que encierra graves riesgo al obtener un resultado positivo de la misma, señalando el peligro de legitimar la ilegalidad en la averiguación penal, como medio -no tan novedoso como explícito- de darle *más eficacia* respecto de ilícitos investigados de naturaleza del crimen organizado o de alto riesgo para la investigación¹⁰².

¹⁰² Cafferata Nores, p. 221. El autor, advierte que considerarse justificada la utilización de los medios extraordinarios de prueba, bajo los parámetros indicados si deja entrever que también pueden darse problemas de legitimar la ilegalidad en la averiguación penal y potenciar más la eficacia de lo ilícito, tal como lo advierte la jurisprudencia salvadoreña en la sentencia 05-2001 acumulada del 23 de diciembre de 2010, en la que determinó entre otros aspectos que no deben aplicar en aquellos casos de bagatela o de escasa complejidad.

Se afirma que dentro de los medios de prueba extraordinarios, surgen nuevos protagonistas del proceso penal, como: el "agente encubierto", el "informante", el "arrepentido" o el "testigo de identidad protegida", pero advierte que la mayoría de ellos son *inaceptables* para el sistema constitucional Argentino, y que los pocos restantes podrían tener una mínima y transitoria aceptación excepcional sólo cuando su auxilio fuere indispensable para superar dificultades insalvables con los medios probatorios ordinarios en la investigación de gravísimos delitos, y siempre que su actuación y el valor de su información se enmarcan en una *rígida legalidad*, respetuosa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, dejando tal circunstancia bajo la responsabilidad y control a jueces, fiscales, empleados judiciales y policiales cuyas cualidades personales y funcionales estén verdaderamente acordes con su investidura.

En la doctrina mencionada, se advierte que la figura del arrepentido y el agente encubierto, ya están incorporados en la legislación Argentina, principalmente en la ley 23.73737 de Estupeficientes, que, entre otras conductas, que reprime la producción, el tráfico ilegales de estupeficientes, y su introducción ilegítima al país de Argentina y la organización y financiación del tráfico ilegal¹⁰³.

¹⁰³ "Para hacer más eficiente la lucha contra las organizaciones dedicadas al narcotráfico, esta ley introdujo las figuras del arrepentido (art. 29 ter) y del agente encubierto (art. 31 bis) con sus correlatos de carácter procesal (arts. 33, 2º párrafo, 33 bis y 34 bis). El artículo 29 ter introdujo una cláusula de beneficios para personas imputadas por cualquier delito contemplado en la ley de estupeficientes o el artículo 866 del Código Aduanero que brinden información sobre la identidad de otros partícipes del ilícito, o que permita el secuestro de sustancias, bienes o cualquier otro tipo de activos provenientes de los delitos previstos en la ley. De acuerdo a la relevancia de la información que aporte a la causa, el beneficio que reciba el "arrepentido" podrá ser desde una reducción hasta una eventual eximición de pena. Con relación al agente encubierto, el artículo 31 bis dispone que en una investigación el juez podrá autorizar que agentes de las fuerzas de seguridad se introduzcan en las organizaciones delictivas y participen en actividades de éstas para comprobar la comisión de delitos previsto en la ley de Estupeficientes o el artículo 866 del Código Aduanero, impedir su consumación, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios".

Asimismo, en dicho instrumento legal, se preceptuó en el art. 33, la adopción de medidas especiales para la protección de la vida o la integridad física de testigos e imputados (arrepentidos) que hubiesen colaborado con las investigaciones judiciales, para su eficacia fue necesaria la creación de la Oficina de Protección de Testigos e Imputados, como encargada de adoptar las medidas especiales para evitar poner en riesgo la vida y la integridad física de los mismos, y bajo control del Ministerio del Gobierno Nacional del país (Argentina), dotadas con la provisión de medios económicos necesarios para cambiar de domicilio y ocupación a los intervinientes.

En la actualidad el crimen organizado¹⁰⁴, ha dirigido su visión a otros delitos graves y de naturaleza compleja como es el delito de extorsión, lavado de dinero, entre otros, y en aras de proteger los derechos fundamentales de la persona sometidas a las investigaciones de esos eventuales ilícitos, es ineludible que la actuación de esos nuevos protagonistas del derecho procesal penal, sea analizada bajo los términos de las afectaciones de los derechos y garantías fundamentales que protege los derechos humanos.

2. Agente encubierto

2.1. Antecedentes generales

El origen de la figura del agente encubierto, es todavía un aspecto que no han sido consensuado en el devenir de la historia, muchos coinciden en que el origen de esta figura está en la expresión francesa “*agent provocateur*”. Precisamente porque se relacionaba con las actividades de espionaje político que surgían en Francia bajo los Gobiernos de Luis XIV y Luis XVI,

¹⁰⁴ CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL II-2001, *La Criminalidad Organizada Aspectos Sustantivos, Procesales y Orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, (2001), 88. Señalan que el crimen organizado se dirige al cometimiento del delito del tráfico y a otros tipos delictivos con alto grado de complejidad y riesgo para los medios extraordinarios de investigación u otros aspectos probatorios del delito.

promoviendo disturbios, atentados con la idea de crear un Estado en el cual justificaban medidas de persecución en contra de los enemigos del régimen absolutista. Es decir, eran agentes de policía que inducían a otros a cometer delitos políticos con el fin de eliminar a los individuos que presentaban peligro para el gobierno francés.

Hay otros autores que sostienen que la figura del agente encubierto apareció en España en el periodo de la inquisición y demás países bajos para hacer efectiva la aplicación de la Ley de Alcoholes. Después de un periodo en olvido en Francia resurge en la jurisprudencia y doctrina del mismo país hasta la Segunda Guerra Mundial, y posteriormente es desarrollada en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX, se afirma que el agente provocador fue una presencia constante en la historia política de Francia, durante el régimen, en la fase revolucionaria y posrevolucionaria¹⁰⁵ y se afirma que la figura del agente encubierto, fue utilizada como forma de control de los intereses políticos de aquella época histórica y de trascendencia política europea, se trataba de una forma de conocer al oponente de los detalles de su estructura con la finalidad de descubrir el poderío del grupo más fuerte, y que posteriormente facilitó el logro de la ocupación de los territorios adversarios. De ahí el antecedente histórico más importante del agente encubierto atribuido a la institución del agent provocateur.

En materia penal, el origen de la figura del “*agente encubierto*”, tiene como base el Convenio de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, aprobada en Viena el 20 de

¹⁰⁵ Mario Daniel Montoya, *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis procesal y constitucional*. Editorial Ad-hoc, (Buenos Aires, 1998), 36., citado en la Tesis “*El Agente Encubierto, Peligro o beneficio en Estados Democráticos*”, Felipe Sologuren Insúa, Profesora Guía: Myrna Villegas Díaz, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias Penales, (Santiago, Chile, 2008).

diciembre de 1988, en la cual se instó a las partes firmantes, entre ellas España, adopta las medidas necesarias, incluidas la de orden legislativo y administrativo que, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos para hacer frente con la mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tenga una proyección internacional. Es ahí donde comienzan a operativizar la figura del agente encubierto, como un nuevo medio de investigación penal de carácter excepcional ya que debe de utilizarse bajo vigilancia, control y autorización del funcionario de instrucción¹⁰⁶.

En la legislación Argentina la figura del agente encubierto ya no solo es un medio de investigación excepcional, sino que viene surgiendo y funcionando como “*medio de prueba extraordinario*”, justificados originariamente por la necesidad de reforzar la investigación de hechos delictivos, especialmente aquellos hechos que por su naturaleza son graves, y que presentan serios problemas para su investigación, aunque se advierte que con el afán de ser eficaces pueden llegar a convertir la figura del agente encubierto en legitimar su actuación siendo ilegal en la averiguación penal¹⁰⁷.

Se afirma que la figura del agente encubierto entre otras figuras¹⁰⁸, se incorpora en la legislación argentina en la Ley 23.73737 de Estupefacientes

¹⁰⁶ Cardoso Pereira, *Colección Ciencias Penales: El Agente Encubierto: Desde el punto de vista del Garantismo Procesal Penal*, San Salvador, Centroamérica, Editorial Cuscatleca, (2018), 230, doctrina que dejó plasmado también en su Tesis Doctoral, “*El Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y Desafíos*”, Universidad de Salamanca, (2012), 221.

¹⁰⁷ Cafferata Nores, 221. Principal autor que sostiene que los “*Los Medios Extraordinarios de Prueba*”, es lo que conocemos como agente encubierto y otras figuras afines, que son utilizados de forma excepcional en la investigación del delito grave y de alto grado de complejidad para el que interviene en la investigación de organizaciones criminales.

¹⁰⁸ Fortete, *Artículo Investigación Penal, Protección del Testigo, Delincuencia Organizada y Derecho de Defensa del Imputado*, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE). 2011.

que, entre otras conductas para reprimir la producción y tráfico ilegal de estupefacientes, específicamente en el art. 31 bis de dicha ley. Pero, de forma más integral lo ha hecho la legislación Peruana en el título IV, denominándolo “*Actos Especiales de Investigación*”¹⁰⁹.

En la legislación Chilena, la figura del agente encubierto tiene su aparición a partir del “*Informe de la Comisión Especial del Problema de la Droga en Chile*”, se elabora el proyecto de la ley 19.366, con el fin de hacer más eficaz en el combate del narcotráfico, considera necesario hacer modificaciones, señalando la incorporación a la actual legislación de la figura del “*agente encubierto*” y el “*informante*”, y prevista su participación con normas legales y administrativas que precisen su desempeño y debido control¹¹⁰, y así fue regulado en la referida ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefaciente y sustancias psicotrópicas, y se ha mantenido en la ley 20.000.

En España, con la Ley Orgánica 5/99, de 13 de enero, se modificó la Ley de Enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico de droga y otras actividades ilícitas, incorporándose el art. 282 bis, que proporciona habilitación legal a la figura del “*agente encubierto*” en el marco de las investigaciones relacionadas con la “*delincuencia organizada*” habilitando la utilización de una identidad supuesta a funcionarios de la Policía Judicial, con la cual se complementaba el régimen de protección que preveía la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de

¹⁰⁹ Código Procesal Penal de Perú (Perú, Poder Ejecutivo de Perú, 2004). Art. 340 y ss. Determina que las operaciones son autorizadas por la Fiscalía, impone remitir copia de la autorización al Fiscal de la Nación y a su vez, abrir un registro reservado de las autorizaciones los que llama Circulación y Entrega vigilada, y en el caso del agente encubierto, la autorización es para seis meses prorrogables por periodos iguales, es temporal, entre otros aspectos preliminares, define la operatividad de cada acto especial de investigación, que no desarrolla el Código Procesal Penal nuestro.

¹¹⁰ Felipe Sologuren Insúa, Tesis: *El agente encubierto: Un peligro o beneficio en Estados Democráticos*, Santiago de Chile, 2008, 72. Cita “Historia De La Ley 19.366 (D. OFICIAL 23 de septiembre 1994) Estupefacientes. Santiago, Chile, 1994.

diciembre respecto a peritos y testigos de causas criminales.

Otros autores interpretan más allá el contenido del art. 282 bis, LEcrim, argumentan que dentro de las variables de la expresión “*agente encubierto*”, están varias acepciones, la del “*agente policial*”, cuyo adjetivo “*encubierto*” hace referencia a la ocultación de la identidad, y afirman que la expresión “*agente encubierto*” en la forma que es empleada en la LEcrim debería con mayor rigor denominarse “*infiltrado policial*” por referirse al funcionario de la Policía Judicial que desarrolla la labor de infiltración a instancia del poder público a los fines de la persecución del delito¹¹¹.

De ahí, que al adjetivo del agente encubierto y a la forma en que la técnica o método es empleado como “*infiltrado policial*” en el crimen organizado, es consecuente con la Ley Orgánica 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora, relacionada con el tráfico de drogas y otras actividades ilícitas; en su exposición de motivo recoge la figura del “*infiltrado policial*” de investigación como la elegida por el legislador para materializar la infiltración e investigar hechos delictivos del crimen organizado¹¹², entre ellos el delito de extorsión entre otros¹¹³.

¹¹¹ Juan Sellés Ferreiro, *Tratamiento procesal de la delincuencia organizada, Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos*, (CNJ-EC 2006), 9 y ss.

¹¹² Juan José López Ortega, *Revista Judicial*, Año II, Vol. I, Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz, (enero-abril 1999), 1. Sostiene, además, que “*hoy en día constituye una realidad unánime aceptada la afirmación de que los métodos convencionales de investigación son insuficientes para combatir ciertas formas de delincuencia*.”

¹¹³ José Antonio Martín Pallín, *Delitos Contra la Salud Pública y Contrabando*, Consejo General del Poder Judicial, (Madrid, 2000), 160 y ss. Cuando se refiere al Art. 82 bis, LEcrim responde a los criterios de otras legislaciones sobre la necesidad de limitar las formas extraordinarias de lucha contra la delincuencia en función de los principios de especialidad y proporcionalidad. Los delitos en los que se autoriza la utilización del agente encubierto son. a) Delito de Secuestro de personas, b) Delitos relativos a la Prostitución, c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (Robo, Extorsión, Robo y Hurto de Vehículos, Estafas y Receptación, blanqueo, c) Delitos contra los derechos de los trabajadores.

Modernamente se sostiene que cuando se analiza el clima de inseguridad y la impunidad crónica en Latinoamérica por actividades delictivas y sus nuevas formas de delinquir de las organizaciones criminales hoy denominadas “*maras o pandillas*”, es necesario el empleo de la figura del agente encubierto y otras figuras afines para combatir, prevenir y erradicar el cometimiento de los mismos, en los últimos tiempos se incluye tal efecto al delito de extorsión¹¹⁴.

2.2. Concepto doctrinario del agente encubierto

Se conceptualiza la figura del agente encubierto “*como aquel funcionario policial que actúa en la clandestinidad, generalmente con otra identidad que desempeña tareas de represión o prevención del crimen mediante infiltración en organizaciones criminales para descubrir a las personas que las dirigen*”¹¹⁵. Por ello, afirma que es un provocador en tanto que induce a otro a cometer un delito y que como tal, contribuye a su ejecución con actos de coautoría, aunque sin intención de lesionar o poner en peligro el bien jurídico afectado, ya que el único fin es lograr que el provocado sea sancionado por su conducta¹¹⁶.

Otro autor define a la figura del agente encubierto, como “*un policía actor, hábil para engañar a quienes se supone viven del engaño y la ocultación, que está autorizado para cometer hechos punibles pese a ser funcionario estatal*”, pero debe decirse que para la conducta de investigador no rigen las

¹¹⁴ Vania Pérez Morales, *Diagnóstico de la Evolución del Delito de Extorsión en México, 1997 a 2013*. 2 y ss. En la cual se hace ver, según el diagnóstico realizado por el Observatorio Nacional Ciudadano (ONC), el clima de inseguridad y la impunidad crónica que ha perjudicado las condiciones de vida de los habitantes de los países, como consecuencia de la evolución del delito de Extorsión ha recomendado se atienda esa problemática nacional con la prontitud debida tal fenómeno”.

¹¹⁵ Eduardo Riquelme Portilla, *El agente encubierto en la ley de drogas. "La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo"*, Revista Electrónica Política Criminal nº2, A2, (2006), 8.

¹¹⁶ Felipe Sologuren Insúa, 9, Cit. a Ángel Daniel, Rendo, “*Agente Encubierto*” en <http://www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm>.

reglas de autolimitación que se impone el Estado como, por ejemplo, la necesidad de conseguir autorización judicial para el allanamiento de una morada o prohibición del engaño para conseguir la información del autor¹¹⁷.

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en la sentencia 236-2002, de fecha dieciséis de diciembre de dos mil tres, define a la figura del agente encubierto, como: *“es una persona autorizada para utilizar medios engañosos e infiltrarse al interior de una organización delictiva con el objeto de coleccionar elementos de prueba que permitan a la Fiscalía General de la República entre otros probar conductas delictivas atribuidas a una persona o a un grupo de personas por ello y a efecto de no vulnerar derechos constitucionales es que su autorización debe ser otorgada por autoridad competente, de lo contrario la prueba recabada como producto de la investigación se obtendría con vulneración a derechos fundamentales especialmente el derecho a la seguridad jurídica y no podría ser introducida en el proceso por ser contraria a la Constitución”*. Indicando, que es el Fiscal General o su delegado el que debe de autorizar como competente el mecanismo de la figura del agente encubierto para la investigación de los delitos graves o complejos, y no se refiere la autoridad judicial (Sentencia N° 147 de la Sala de lo Constitucional, de las 12.57 del día 09 de marzo de 2010, criterio jurisprudencial que no es coincidente con los postulados de la legislación comparada, la jurisprudencia internacional y la doctrina, que exigen que la autorización del agente encubierto tiene que ser expedida por la autoridad judicial.

Por lo tanto, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que el agente encubierto es el arquetipo básico de la infiltración policial, utilizado como

¹¹⁷Julio Maier, Derecho Procesal Penal II parte general: *“Sujetos Procesales”*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, 422-433. Señala los procedimientos que limitan la investigación de los medios extraordinarios de prueba, en correspondencia con los límites establecidos en la Constitución de la República de El Salvador, y las leyes secundarias.

medio extraordinario de investigación criminal o en su caso, como medio probatorio, justificando que los métodos convencionales de investigación son insuficientes para combatir las formas de delincuencia y su represión únicamente puede llevarse a cabo con éxito en la medida que se pueda conocer interiormente en tales estructuras organizativas, y es por ello, que el órgano de persecución penal recurre a las operaciones de “*infiltración policial*”, para lograr conocer o descifrar las estructuras mediante la intervención en la preparación y ejecución del hecho delictivo, o mediante el establecimiento de relaciones con los previsibles partícipes del mismo, y es por ello, que resultan admisibles constitucionalmente dichas operaciones por no haber otra forma, pues de lo contrario, se vería seriamente en dificultad el órgano persecutor del delito. (Sentencia acumulada 5-2001/Ac, de fecha veintitrés de diciembre de dos mil diez), haciendo la distinción entre la figura del agente encubierto y el agente provocador.

2.3. Modalidades del agente encubierto: infiltrado, provocador, negociador, informante, compra vigilada o controlada.

La doctrina y la jurisprudencia, han coincidido en afirmar que la figura del agente encubierto o agente infiltrado como nuevo personaje del proceso penal, deberá ser un funcionario de la “*policía*” que utilizara una “*identidad supuesta*”, deberá contar con previa autorización de la autoridad competente, posee una tarea única y distinta de otros institutos penales del proceso, que podrá ser notoria su actuación y la correspondiente responsabilidad penal, civil y disciplinaria¹¹⁸, en las operaciones que realiza con identidad supuesta o falsa o de identidad oculta, lo hace con el objetivo de obtención de

¹¹⁸ Gisbert Pomata, advierte una posición contraria, al señalar que “*el infiltrado una vez que está dentro de la organización actúa también como confidente o bien como agente provocador*”. Vid. Gisbert Pomata, M., “*La circulación o entrega vigilada y el agente encubierto*”, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, núm. 55, (2002), 35-58.

informaciones sobre trampas u operaciones ilícitas practicadas por miembros de organizaciones criminales, posibilitando posteriormente la concreta desarticulación del grupo de delincuentes como forma preventiva y a la vez, represiva de la organización criminal¹¹⁹.

La doctrina Española, sostiene que el agente encubierto como técnica de infiltración, lo denomina también infiltrado o “*topo*”, ubicando a la persona que ejerce la función policial bajo subordinación de la autoridad competente y con autorización judicial, se introduce a la organización criminal con el fin principal de obtener información y datos de la comisión de delitos graves por los miembros del clan criminal para lograr la desarticulación de la estructura de todo el marco criminal a través de la condena de los delincuentes¹²⁰, sin vulnerar los derechos y garantías fundamentales de la persona cuando realice su actividad dentro de la organización criminal¹²¹.

El informante, es aquella persona que actúa de forma reservada y confidencial, brinda información acerca de ilícitos, prestando ayuda a los funcionarios de policía en la investigación del delito¹²². Hay un autor que define al informante como “*quien sin formar parte de ninguna institución pública, es encargado o autorizado por el Estado para cumplir tareas similares a la del agente encubierto, o directamente para realizar misiones de espionaje particular*”¹²³. Sin embargo, la figura del informante que por su

¹¹⁹ Fonseca-Herrera Gómez De Liaño, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, 131.

¹²⁰ Cardoso Pereira, 221. Su postulado es el que ha adoptado el Estado de El Salvador en la ley común y leyes especiales.

¹²¹ Cardoso Pereira, 701, cit. Vid. Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, cit. 701; J. Delgado Martín, “*El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto*”, cit. 5-6.

¹²² Montoya, *Ibíd.*199.

¹²³ César Fortete y Otro, *Investigación Penal, Protección del Testigo, Delincuencia Organizada y Derecho de Defensa del Imputado, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, 8. Cfr. Nores Cafferata “La ‘desnaturalización bélica’...”, *Ibíd.* 15.

naturaleza reservada o confidencial o anónimo no puede ser suficiente para implementarse como mecanismo de investigación extraordinario, por cuanto su información no puede servir de base para ordenar limitación de derechos fundamentales¹²⁴, sino únicamente ayuda a los funcionarios de policía.

Agente provocador, es otra forma de “*investigación encubierta*”, su antecedente histórico más importante data del periodo del absolutismo francés, en tiempos de Luis XIV, donde para reforzar el régimen se crea la figura del delator, compuesta por ciudadanos que descubrían a los enemigos políticos a fin de recibir favores del príncipe, si bien en esta época su labor se limitaba a espiar y poner los hechos en conocimiento de la autoridad, sin que se realizara una actividad de provocación. Con el paso del tiempo, la actividad de vigilar no sería suficiente para neutralizar la oposición al régimen y se pasa del espionaje a la provocación¹²⁵.

Señalándose que la actividad tradicional del agente provocador es inducir o instigar la persona sospechosa a practicar actos delictuosos por los cuales deberá responder penalmente dentro de los límites del respeto a las garantías esenciales de un Estado social y democrático de Derecho.

La jurisprudencia española coincide con la tesis doctrinaria¹²⁶, distingue entre el delito provocado y el agente provocador, el primero, se integra por una actuación engañosa del agente policial que supone una apariencia de delito,

¹²⁴ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Habeas Corpus, Referencia: 147-2010* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011).

¹²⁵ M. R. Pérez Arroyo, *La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho Penal y Procesal Penal*, cit., pág. 1. En el mismo sentido, señala Montoya que “el agente provocador fue una presencia constante en la historia de la política francesa, durante el Ancien Régimen, en la fase revolucionaria y pos revolucionaria”. Vid. M. D. Montoya, *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal Penal*, cit. 40.

¹²⁶ Sala Segunda de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 395/2014* (España, Tribunal Supremo, 2014).

por existir ya un control policial; y el segundo, realiza una actividad tendiente a verificar el delito, evitando caer en la conducta injerta en el dolo de delinquir en la otra persona, lo cual constituye el delito provocado¹²⁷. En suma, debe de evitar el agente provocador, inducir a otra persona a delinquir, de suerte que sin esa inducción tal persona no habría cometido el delito porque violenta el principio de legalidad, en tanto su conducta se adecua a la del delito provocado¹²⁸.

La jurisprudencia salvadoreña¹²⁹, reconoce la legalidad de la figura del agente encubierto, siempre que no provoque al sujeto investigado a realizar la acción ilícita, cuando dice: *“en ningún momento los agentes encubiertos han llegado a la oficina del imputado a “provocarlo”..., no se desprende en ningún momento que los agentes encubiertos hayan sobrepasado los límites establecidos en el art. 175 Inc. 4° Pr. Pn.; no observándose que dichos agentes hayan provocado o incitado al imputado a cometer hechos delictivos; sino, por el contrario, la actuación evidenciada por los agentes fue en estricto apego a las facultades previamente establecidas por el legislador en la disposición legal mencionada; no configurándose, en ese sentido, la vulneración alegada por el recurrente, por lo que se deberá desestimar el*

¹²⁷ *Ibíd. Sentencia Referencia 427/2013* (España, Tribunal Supremo, 2013). Dijo: recordamos que la existencia del delito provocado supone que este agente policial induce a otra persona a delinquir, de suerte que sin esa inducción tal persona no habría cometido el delito. En síntesis, el agente provocador quien injerta el dolo de delinquir en la otra persona, por lo que el delito cometido por éste, sería delito provocado se compone de tres elementos esencial, subjetivo, objetivo-teleológico y material. Diferente es la actuación del agente encubierto que, con conocimiento de la intención de delinquir ya existente en la persona concernida, trata con su actuación de obtener pruebas del delito que se quiere cometer. El delito provocado se integra por una actuación engañosa del agente policial que supone una apariencia de delito, ya que desde el inicio existe un control absoluto por parte de la policía. Supuesto distinto es la actividad del agente tendente a verificar la comprobación del delito. No puede pues confundirse el delito provocado instigado por el agente con el delito comprobado a cuya acreditación tiende la actividad policial.

¹²⁸ Montoya, 159 y ss.

¹²⁹ Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, Santa Ana, *Sentencia de Incidente de Apelación, Referencia: 12-2014* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

presente motivo”.

Doctrina y jurisprudencia que coinciden en sostener que el agente provocador actuando como agente infiltrado, debe de evitar hacer delinquir a otra persona, donde esté claramente que sin esa inducción tal persona no habría cometido el delito. Por ejemplo, si el agente provocador es quien injerta o coloca el dolo de delinquir en la otra persona, cae en el delito provocado por su intención de sorprender o de engañar a la otra persona que no tenía intención de realizar voluntariamente el delito. Diferente es la actuación del agente encubierto que, con conocimiento de la intención de delinquir ya existente en la persona concernida, trata con su actuación de obtener pruebas del delito que se quiere cometer. El delito provocado se integra por una actuación engañosa del agente policial que supone una apariencia de delito, ya que desde el inicio existe un control absoluto por parte de la policía. Supuesto distinto es la actividad del agente tendente a verificar la comprobación del delito. Es por tal razón que, no puede confundirse el delito provocado instigado por el agente con el delito comprobado a cuya acreditación tiende la actividad policial.

Agente negociador, es una figura que no está regulada como tal en la normativa del derecho procesal penal, ni en las leyes especiales creadas para combatir el crimen organizada, en las cuales se regula la figura del agente encubierto y otras figuras afines para efectos de ser empleadas como “*técnicas de investigación policial o comprobación*” de los hechos delictivos que son cometidos por las mismas. En el Salvador, es una figura utilizada a partir de la aprobación de la Ley Especial contra el Delito de Extorsión, confundiéndola con la figura de “*entrega bajo cobertura policial*”, para perseguir a las organizaciones criminales nominadas “*MS y M18*” para cometer el delito de extorsión y por su forma compleja y sistemático de su realización ha menoscabado en gran escala el patrimonio de las familias,

pequeña empresa y a diversos sectores de la vida nacional, que no solo ha dañado el sistema socio económico en general, sino también ha causado muerte y desaparecimiento de muchos salvadoreños causando terror en la población, y para evitar la impunidad de esas acciones terroristas.

Por consiguiente, ha sido la práctica policial la que ha creado la figura del agente negociador como sinónimo la figura de la entrega controlada en el delito de extorsión, técnica moderna que ha permitido ser más eficaz para enfrentar y combatir el fenómeno del crimen organizado en el delito de droga, de extorsión, secuestro, entre otros, confirmada por la jurisprudencia salvadoreña¹³⁰,

Con la jurisprudencia anterior, se confirma que ha sido la práctica la que ha motivado se regule en la ley de extorsión bajo el epígrafe de las “*técnicas de investigación y aspectos probatorios*”, el uso de la figura de la entrega vigilada, previa autorización del Ministerio Público Fiscal, aunque no de forma clara sea admitida las declaraciones de los agentes policiales o particulares que hayan participado en la negociación y entrega de referencia, a partir de ahí, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la legitimidad de la figura del “*agente negociador*” como técnica de investigación y a su vez,

¹³⁰ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 5-CAS-2007* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008). dijo: ... “*se empiezan a recibir las llamadas en la residencia de la víctima; se empieza a negociar con el agente autorizado...*”; *Sentencia de Casación, Referencia Sentencia 139-CAS-2011* (2013). Caso delito de Extorsión, sostuvo: ... “*Pues la declaración del agente nombrado como negociador, no aporta insumos suficientes para llenar el vacío probatorio que deriva de la ausencia de la declaración de la víctima, ni tampoco el acta y remisión del acusado, y menos podría suplirlo la denuncia, ...*”; y *Sentencia de Casación, Referencia 353C2015, (2016)*. Caso delito de Extorsión Agravada, dijo: ... “*En el caso de autos, se acreditó que a uno de los empleados de la empresa clave “PERÚ”, un sujeto conocido como alias “[...]” le expresó que había dado a los socios de la empresa mencionada que se comunicarán a un número telefónico, situación ante la cual se interpuso la denuncia a la Policía Nacional Civil, y donde el representante de la empresa víctima, autorizó que el agente [...] actuara como negociador en el caso,...* Queda claro, que es la jurisprudencia la que ha legitimado la figura del agente negociador como mecanismo o técnica policial extraordinario de investigación, y no por el legislador.

medio de prueba para probar los hechos en juicio¹³¹. Por ello, según la interpretación jurisprudencial de referencia, la utilización de este medio de investigación (negociador) dentro de la práctica policial de investigación no está prohibida, cuando no exista presencia de una operación encubierta y que reúna los requisitos del agente encubierto¹³².

La compra vigilada o controlada, es un mecanismo de información que en el devenir de la historia se ha aplicado de manera informal por agentes policiales, cuando la droga se halla bajo poder directo inmediato y eficaz de la policía¹³³, pero formalmente comienza a partir de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre de 1988, conocida como Convención de Viena, desarrollando el art. 11, los requisitos y controles que deben de observarse para la aplicación del procedimiento de entrega vigilada. Posteriormente la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de diciembre de 2000, en su art. 20, describe los procedimientos de las “*técnicas especiales de investigación*” que evidencia el crecimiento que ha tenido a nivel del mundo el fenómeno del

¹³¹ Ley Contra Especial Contra el Delito de Extorsión de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2015). Art. 8 Inc. Último.

¹³² Cámara de la Tercera Sección de Occidente, *Sentencia Incidente de Apelación, Referencia: ASDC-62-12* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012). Dijo: “Al analizar las exigencias que rodean al agente encubierto y compararlas con la actuación del agente (...) dentro de la investigación del presente caso, es claro que éste no se encontraba dentro de los parámetros del agente encubierto, pues no hemos encontrado los siguientes requisitos que son básicos para que la investigación haya adquirido la calidad de “operación encubierta”. Vid. Sentencia ADC-197-13, y que están explicitados en el párrafo cinco del sub título Principio de la Presunción de Inocencia en relación a los Medios Extraordinarios de Prueba, 162.

¹³³ María Teresa Alcolado Chico, Tesis Doctoral: “*La entrega vigilada y su impacto en la esfera de los derechos fundamentales y la sociedad globalizada*”, 106. *La entrega controlada o vigilada, la droga se halla bajo el poder directo, inmediato y eficaz de la Policía siendo ella misma la que hace entrega de la droga. En estos casos, está asegurada la imposibilidad de que la droga llegue a manos del destinatario. Según el criterio jurisprudencial expuesto, esa simple vigilancia no impedía el riesgo de perder el control de la droga, por lo que hay que concluir que existió una posibilidad de circulación efectiva de la droga*”. Cif. STS. 7050/2010, de 23 de noviembre, Recurso 10599/2010, Ponente Sr. Monterde Ferrer.

delito del tráfico, constituyendo su justificación para que se acentúe en todos los países del mundo¹³⁴, pero siempre bajo la vigilancia de una red de agentes de policía especialmente entrenados para realizar esa tarea¹³⁵.

El legislador salvadoreño ha adoptado los postulados de la doctrina cuando en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en el art. 4, define la técnica de la compra controlada, como: “*La adquisición de cualquier tipo de sustancia de las regladas por esta Ley, realizada por un agente encubierto en el transcurso de una investigación, hecha en territorio salvadoreño, o fuera del mismo, de acuerdo a lo establecido en los Tratados y Convenios ratificados por nuestro país*”, regulación que ha sido lo ha sostenido la jurisprudencia salvadoreña en la sentencia No. 203C2015, de fecha 30 de octubre de 2015 de la Sala de lo Penal¹³⁶, en la cual no hace distinción entre las técnicas de investigación “*extraordinaria*” de entrega vigilada y compra controlada utilizada, por lo que, la diferencia entre ambas figuras no va más allá de las definiciones que hace la Ley Especial de Droga ya antes apuntadas, pero que tendrá validez en su actuación siempre que sean autorizadas por la Fiscalía General de la República, en los casos

¹³⁴ Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre de 1988, conocida como Convención de Viena, y Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000).

¹³⁵ Andrés David Ramírez Jaramillo, *El agente Encubierto Frente los Derechos Fundamentales a la Intimidad y a la no Autoincriminación*, (2010), 23 y ss.

¹³⁶ Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, *Sentencia de Casación, Referencia: 203C2015* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015). Dijo: “*al remitirse a las diligencias anexadas al proceso, se observa que la Fiscalía General de la República ha utilizado una de las facultades que la ley le otorga, concretamente el Art. 282 Pr. Pn., que en su literal D señala dentro de las técnicas de investigación policial “especiales” utilizadas a través de agentes encubiertos, entregas vigiladas o compras controladas, para la comprobación tanto de la existencia del ilícito como de la participación en el mismo... autoriza al agente investigador [...], del Departamento de Investigaciones de la Policía Nacional Civil, para efectuar la técnica de Entrega Vigilada o Controlada en este caso en particular.*” Sentencia que viene sin duda a legitimar la actuación la figura de la compra controlada por no violentar derechos fundamentales, en la medida que se cumplan las reglas procedimentales para su actuación como técnica excepcional para lograr detectar, prevenir, sancionar al que trafica con droga.

concretos ya no solo para el delito de droga, sino para todos aquellos de naturaleza compleja del crimen organizado inmerso también el delito de extorsión.

3. El agente encubierto como instrumento extraordinario en la investigación criminal.

La figura del agente encubierto también llamado agente de policía “*infiltrado*” se introduce al interior de una estructura criminal es el instrumento extraordinario de investigación criminal más eficaz no solo para la obtención de información sobre los delitos cometidos por las organizaciones criminales, sino que el objetivo principal de descubrir la existencia del delito y sus autores como miembros de las estructuras criminales. No obstante, inicialmente no fue esa la finalidad con la cual surge en la antigua época romana, su fin era inducir a otros a cometer delitos de carácter políticos con el propósito de eliminar a los individuos que presentaban peligro para el gobierno francés. Posteriormente, aparecen en España en el periodo de la inquisición y demás países bajos para hacer efectiva la aplicación de la Ley de Alcoholes, y luego de la Segunda Guerra Mundial, se desarrolla en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX¹³⁷.

En materia penal, teniendo como base la Ley Orgánica 5/99, de 13 de enero, de referencia, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico de drogas y otras actividades ilícitas graves, recoge en su Exposición de Motivos que la criminalidad organizada, tanto por su importancia como por el “*modus operandi*” con que actúa, son circunstancias que ha obligado a los gobiernos a crear instrumentos y métodos para perseguir y reprimir

¹³⁷ Montoya, 36., citado en la Tesis “*El Agente Encubierto, Peligro o beneficio en Estados Democráticos*”, Felipe Sologuren Insúa, Profesora Guía: Myrna Villegas Díaz, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de ciencias Penales, (Santiago, Chile, 2008).

conductas relacionadas al crimen organizado; se insta a los Estados partes a elaborar distintos instrumentos internacionales, entre estos el Convenio de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, aprobada en Viena el 20 de diciembre de 1988. España el primero en adoptar las medidas necesarias y comienza a ser operativa la figura del agente encubierto, como nuevo medio de investigación penal de carácter excepcional ya que debe de utilizarse bajo vigilancia, control y autorización del funcionario de instrucción¹³⁸, para detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores¹³⁹.

En la legislación salvadoreña, la figura del agente encubierto como medio de investigación criminal, aparece por primera vez en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, aprobada mediante D.L. No. 153, del 02 de octubre de 2003, D. O. No.208, de fecha del 07 de noviembre de 2003, se introduce dicha figura para ser utilizado como medio engañosos y con exclusivo objeto de detectar, investigar y probar conductas delincuenciales contempladas en la misma, es decir, conductas delictivas relativas a las droga, y posteriormente en el Art. 215 y 282 del CPP, como reglas supletorias¹⁴⁰, que determina cuándo, cómo y el modo en que dicha figura procesal debe de ser utilizado como técnicas especiales o extraordinarias de investigación criminal o de prueba.

¹³⁸ Cardoso Pereira, 221.

¹³⁹ Cuadernos de Derecho Judicial, II-2001, *La criminalidad organizada. Aspectos Sustantivos, Procesales y Orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, (Madrid, 2001). 73 y ss.

¹⁴⁰ "La FGR., podrá disponer: a) Que al imputado o investigado, sus familiares, socios comerciales o cualquier otra persona con la que tenga relación permanente, se les realice vigilancia y seguimiento. b) Que se vigile un lugar, inmueble, vehículo, o cualquier otro objeto que se considere puede ser utilizado para realizar una actividad ilícita. c) Que se analicen las actividades y ramificaciones de una estructura, asociación u organización criminal. d) Que... agentes encubiertos, entregas vigiladas o compras controladas para la comprobación de la existencia y participación en delitos. e) Que se realicen cotejo de bases de datos de acceso público o cruce de información. f) Cualquiera otra actividad que la técnica policial aconseje".

La doctrina ha contribuido mucho para que se incorpore la figura del agente encubierto, entre otras a fines, en la legislación especial salvadoreña, no sólo para investigar hechos delictivos respecto al tráfico ilegal de drogas, mediando el elemento de “*engaño*”¹⁴¹, sino que también para probar los hechos ilícitos de la materia¹⁴², con el requisito que debe pertenecer a la Unidad Especializada de la División Antinarcóticos y actúan con órdenes y autorizaciones del Jefe de dicha División (art. 19 de la Ley Orgánica de la FGR.), habilitándolo para que pueda declarar como testigo y no como imputado, aun cuando lesione algún bien jurídico, se constituye a su favor una presunción el obrar del mismo como una causa de justificación o inculpación teniendo como base el informe de rendido por la Fiscalía General de la República¹⁴³. Actualmente la investigación criminal se ha ampliado a otras materias delictivas como: 1) Comercio de personas; 2) Administración fraudulenta; 3) Hurto y Robo de vehículos; 4) Secuestro; 5) Extorsión; 6) Enriquecimiento ilícito; 7) Negociaciones ilícitas; 8) Peculado; 9) Soborno; 10) Comercio ilegal y depósito de armas; 11) Evasión de impuestos; 12) Contrabando de mercadería; 13) Prevaricato; 15) Estafa; y, 16) Todo acto de encubrimiento y legalización de dinero o bienes procedentes de actividades delictivas¹⁴⁴.

¹⁴¹ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Hábeas Corpus, Referencia: 147-2010, Ibíd.* Dijo: “...Sostuvo que la mera intensidad del “*engaño*” propio del tipo de actividades, no constituye un tema con relevancia constitucional, por lo que no es posible conocer sobre la pretensión planteada”. Es decir, que es válido que el agente encubierto realice la función utilizando la forma del engaño, pero dentro de los límites que la constitución y las leyes fijan para realizar dichas actividades de acuerdo a lo regulado en la Sentencia 5-2001/Ac.

¹⁴² Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2003).

¹⁴³ Ídem. Art. 4, establece: “*Todo miembro de la corporación policial, independientemente de su rango institucional, que haya sido nombrado por escrito como tal por el Director General de la Policía, o por agente de autoridad en la que él delegare dicha función, y que fuere autorizado por escrito por la FGR para el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de detectar, investigar y probar conductas delincuenciales contempladas en la presente Ley*”.

¹⁴⁴ Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos de El Salvador, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998). Art. 6.

La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en sostener que la figura del agente encubierto es una de las formas extraordinarias más eficaz de investigación contra la lucha de la criminalidad organizada, no solo en delitos políticos, delitos de drogas, prostitución, secuestro de personas, sino en delitos contra la promoción, favorecimiento o facilitación de personas menor de edad o incapaz, y delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, dentro del cual está el delito de extorsión, último que ha sido utilizado por el crimen organizado¹⁴⁵, el cual por sus ganancias económicas se ha visto incrementado realizando actividades especialmente en el país de Guatemala, donde se han identificado las amenazas de: narcoactividad, el tráfico ilegal de migrantes y personas, el lavado de activos, tráfico de armas de fuego de tipo defensivo, extorsión, secuestro, robo de vehículos y el sicariato entre otros¹⁴⁶.

El delito de extorsión hoy en día ha evolucionado en su formas más complejas y sistémicas por las organizaciones criminales de la “MS y M18”, causando perjuicio que finalmente se traslada a las familias, a la pequeña y mediana empresa y a diversos sectores de la vida nacional, incrementando los costos de producción y desincentivando la inversión, con lo cual se

¹⁴⁵ Un Grupo de Crimen Organizado, es un grupo estructurado de tres o más personas que se mantienen durante un periodo y cuyos miembros actúan de común acuerdo con el objetivo de cometer uno o más crímenes o delitos graves para obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de cualquier otra índole. El delito es transnacional si: a) se comete en más de un Estado (país), b) se comete en un Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control tiene lugar en otro Estado, c) se comete en un Estado, pero en él interviene un grupo criminal organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado, y d) se comete en un Estado, pero produce efectos importantes en otro Estado. Julio Rivera Chavería, Instituto de Estudios en Seguridad, *El Crimen Organizado*, Guatemala, enero 2011. Cifr. Trends in Organized Crime, vol. 6, No. 2, 2000, 48-49.

¹⁴⁶ Julio Rivera Chavería, Instituto de Estudios en Seguridad, *“El Crimen Organizado”*, (Guatemala, enero 2011). Es un ejemplo que por la especialización del delito de extorsión que ha ido siendo en los últimos tiempos más rentable para el crimen organizado, es que ha tenido el salto del crimen organizado de droga a otras acciones delictivas como el delito de extorsión por conllevar un beneficio directo y de menor riesgo para obtener las ganancias económicas de forma ilícita.

distorsiona el sistema socioeconómico en general; asimismo, produce daños en el tejido social y la tranquilidad, con lo que resultan lesionados bienes jurídicos de carácter colectivo, tales como: el orden económico y la paz pública, entre otros, ha tenido una ineficacia en la investigación y por ende en la comprobación del referido delito y para evitar se siga con esas actividades ilícitas y que no queden impunes el Estado dicta como herramienta jurídica la Ley Especial Contra el Delito de Extorsión¹⁴⁷, no solo como herramienta para combatir y prevenir el delito de extorsión, sino para darle mayor eficacia a la investigación y persecución penal en la extinción del dominio de los bienes obtenidos ilícitamente, producto del referido ilícito y otras actividades delictivas conexas a favor del Estado.

La creación de ese Instrumento jurídico especial contra el delito de extorsión, se convierte en una muestra más de la evidente preocupación que tiene el Estado de El Salvador, al igual que otros países de la región Latinoamericana, Suramericana y Europea¹⁴⁸ según lo afirman notables autores que se han ocupado de la figura del agente encubierto¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Ley Especial Contra el Delito de Extorsión de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2015). Art. 8, regula: *"En la investigación del delito de extorsión, podrán emplearse las técnicas de investigación policiales como el caso de las entregas bajo cobertura policial y/o las establecidas en el art. 282 del Código Procesal Penal, tales como agentes encubiertos, entregas vigiladas, entre otras, previa autorización de la Fiscalía General de la República, así como la grabación de las llamadas de uno de los interlocutores, de conformidad con el art. 46 de la Ley Especial para la intervención de las Telecomunicaciones... es una facultad potestativa sujeta a interpretaciones diversas en casos concretos de investigación compleja y de alto riesgo para el uso de las técnicas de investigación.*

¹⁴⁸ Marta del Pozo Pérez, *El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española*, (2006) 279. La autora afirma que ese fenómeno sería, por tanto, la internacionalización, o lo que es lo mismo que la única banda organizada lleva a cabo su actividad ilegal en el territorio de más de un Estado. como ejemplo, pueden pensarse en las redes que roban vehículos de lujo en España o Francia para después venderlos en países de Europa del este, o viceversa.

¹⁴⁹ Juan José López Ortega, *El agente encubierto: Infiltración policial y provocación del delito*, Revista Justicia de Paz, Año II – Vol. I, Enero – abril 1999, 2. Afirma que *"en Europa la utilización por la policía de las técnicas de infiltración ha adquirido mayor relieve, debido a la frecuencia creciente con que la policía acude a provocar la infracción delictiva como medio de obtener las pruebas fehacientes de la actividad criminal"*.

Por tanto, se ha comprobado que el agente encubierto en el sistema legal salvadoreño, no está identificado como “*medio extraordinario de investigación*”, si lo está como “*técnica de investigación policial*”; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia si coinciden en identificar al agente encubierto y figuras afines, como instrumento extraordinario de investigación criminal que por estar debidamente justificada su actuación para introducirse dentro de una estructura de organización criminal, y en el Estado de El Salvador, operan esas estructuras de criminales bajo las denominaciones de “*maras o pandillas de la MS o M-18*”, hoy “*declaradas grupos terroristas*” por la Sala de lo Constitucional de El Salvador, en Sentencia de Inconstitucionalidad 5-2001/acumulada, comentada supra.

4. El agente encubierto como instrumento extraordinario de prueba

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar que la figura del agente encubierto quien actúa a través de la técnica de policía de infiltración, no solo adquiere el adjetivo de “*medio extraordinario de investigación*”, sino también de “*medio extraordinario de prueba*”, se justifica su utilización por considerar que los métodos convencionales de investigación son insuficientes para combatir las formas de delincuencia y su represión combatiendo las estructuras organizativas desde el interior de las mismas, y es por ello, que el órgano de persecución penal recurre a las operaciones de “*infiltración policial*”, para lograr conocer o descifrar las estructuras mediante la intervención en la preparación y ejecución del hecho delictivo, o mediante el establecimiento de relaciones con los previsibles partícipes del mismo, como medio o elemento probatorio eficaz legalmente regulado para lograr evitar la impunidad de esos hechos ilícitos, ya no solo en el sistema europeo, y del sistema anglosajón¹⁵⁰, sino que también en la región latinoamericana.

¹⁵⁰ López Ortega, *Ibíd.*, 2.

Los medios extraordinarios de prueba en Latinoamérica, con el XIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penales y I Encuentro de Jóvenes Penales¹⁵¹, se expande abordando los problemas constitucionales, dogmáticos y la consideración del bloque regional del Mercosur, el tratamiento del delito de lavado y activo, desde las perspectivas de las llamadas “*técnicas especiales de investigación*” o “*medios extraordinarios de prueba*”, necesarios en un mundo globalizado, que por la complejidad enfrentar las estructuras de las organizaciones criminales, exige la puesta en marcha de instrumentos jurídico-procesales adecuados respecto a proteger las garantías constitucionales dentro de un sistema jurídico democrático, conscientes de las dudas que ofrece la persecución a la delincuencia con las técnicas “*no convencionales*”.

En el Encuentro de referencia a requerimientos de GAFISUD, se impulsó el instrumento de las “*Directivas sobre Técnicas Especiales de Investigación*” del GASIFUD. Órgano intergubernamental creado a semejanza del Grupo de Acción Financiera Internacional (FAFI), para combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo y se recomienda la adopción de normas legales en argentina para la regulación de Investigaciones encubiertas, entrega controlada, arrepentido, vigilancia electrónica, Uso de recompensa, y, protección de testigos, en las Leyes 26.683 y 25.246 que sean respetuosas con la normativa constitucional, de donde se originan lo que la doctrina llama los nuevo de investigación que hoy llamamos “*medios extraordinarios de*

¹⁵¹ Marcelo A. Riquert, Conferencia XIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penales y I Encuentro de Jóvenes Penales, “*Un nuevo escenario expansivo de medios extraordinarios de prueba*”, 61. De esa misma forma, se considera necesario que ese nuevo escenario de los medios extraordinarios de prueba, se busca sean implementados en nuestra legislación procesal, por considerar que están justificados por la jurisprudencia salvadoreña, aunque con reglas claras en los casos que sean necesarios utilizar dichas figuras de investigación especial conocida generalmente como métodos o técnicas especiales de investigación.

prueba"¹⁵².

Por ello, los “*medios extraordinarios de prueba*” constituyen un avances del proceso penal en general, su contenido esencial son la figura del “*agente encubierto*”, el “*informante*”, el “*arrepentido*” o el “*testigo de identidad protegida*”, aunque como ha afirmado la doctrina que en su mayoría son inaceptables para el sistema constitucional, su legalidad está enmarcada dentro del parámetro que la misma doctrina y la jurisprudencia han dictado, estableciendo su aceptación mínima y excepcional bajo los límites de la legalidad de los mismos, sólo cuando su auxilio fuere indispensable para superar dificultades insalvables con los medios probatorios ordinarios en la investigación de gravísimos delitos y no se haya vulnerado en su recolección los derechos fundamentales de los ciudadanos. Medios “*extraordinarios*” de prueba que constituyen la respuesta a las nuevas modalidades delictivas del crimen organizado que ha sorprendido poniendo en jaque al Estado.

La legislación salvadoreña ha evolucionado introduciendo la figura del agente en el Código Procesal Penal y leyes especiales, como “*técnica especiales investigación policial*” en virtud del auge de las actividades realizadas por las estructuras del crimen organizado en el ilícito de droga y en otros tipos penales graves o de alto grado de complejidad como por ejemplo el delito de extorsión, según se reflejará en gráfica que se anexará al final de este documento refleja la eficacia o no de las técnica extraordinaria de investigación probatoria de los hechos punibles en los cuales han participado

¹⁵² Cafferata Nores, *Ibíd.*, 3^a. ed. 221, en la cual desarrolla lo que “*Los Medios Extraordinarios de Prueba*”, y sus consecuencias y efectos jurídicos sobre la implementación de dicho instituto jurídico procesal.

los funcionarios de policía en operaciones encubiertas¹⁵³.

La jurisprudencia salvadoreña ha sostenido que el agente encubierto es el arquetipo básico de la infiltración policial que tiene por finalidad proporcionar desde adentro de la estructura de una organización con fines delictivos información que permita el enjuiciamiento de sus integrantes y su posterior disolución siempre respetándose los límites claros para el ejercicio de la actividad de indagación y su control judicial efectivo sin que la misma colisione con derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución¹⁵⁴.

En cuando al fenómeno del tráfico ilícito droga, la jurisprudencia salvadoreña en la sentencia 12-2014 de 30/01/15, la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, invocó el art. 175 Inc. 4° Pr. Pn., establece: *“No obstante, tratándose de operaciones encubiertas practicadas por la policía, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado, delitos de realización compleja, delitos de defraudación al fisco y delitos contenidos en la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo, la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, la Ley Reguladora de las Actividades relativas a las*

¹⁵³ Código Procesal Penal, *Ibíd.* Art. 215, determina que los funcionarios y empleados o agentes de autoridad que hayan participado en operaciones encubiertas, con autorización del fiscal, podrán declarar como testigos y sujetarse al régimen de protección cuando corresponda. Es decir, habilita dicha disposición que el agente encubierto al realizar la operación de infiltración oculte su identidad conforme los parámetros de la Ley de Protección de Víctimas y Testigos, aprobada según D. L. No.1029, Publicada en D. O. No. 95, del Tomo 31, del 25 de mayo 2006, como mecanismo que conlleva mayor eficacia en el procesamiento de los hechos delictivos tutelando no solo los derechos fundamentales del agente encubierto sino también los derechos de las víctimas buscando el equilibrio con los derechos del imputado, y los supuestos del Art. 282 del Código Procesal Penal. relacionado a la investigación del delito de droga, descritos en el Art 4 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.

¹⁵⁴ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 498-2014* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

Drogas y la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, previa autorización por escrito del fiscal superior". De lo anterior, se logra deducir que, el legislador expresamente ha permitido que el agente encubierto actúe como tal, empleando y utilizando un medio engañoso, único y exclusivamente para investigar y probar aquellas conductas delincuenciales sólo en los casos señalados en dicho artículo¹⁵⁵.

Se afirma la necesidad de emplear las técnicas "*extraordinarias*" de investigación probatorias en el delito de extorsión por ser este el que más está generando enriquecimiento ilícito a las estructuras de las organizaciones criminales conocidas como maras o pandillas, finanzas que, además, es empleado para la compra de droga y armas de fuego para su expansión y fortalecimiento en detrimento del trabajo honestos de la población.

Y es que, a efecto de reflejar y comprobar la ineficacia o no de estos medios de investigación extraordinarios en el Estado de El Salvador, aun con los esfuerzos que el legislador ha realizado de implementar dichos métodos o técnicas "*extraordinarias*" de investigación y de prueba en los delitos realizados por el crimen organizado y específicamente respecto al delito de extorsión cometido por los grupos terroristas denominadas maras o pandillas

¹⁵⁵José Antonio Martín Pallín, 160. Cuando se refiere al Impacto Social, Criminológico, Político y Normativo del Tráfico de Drogas", *Sostiene que "es una categorización que responde a criterios establecidos en otras legislaciones sobre la necesidad de limitar las formas extraordinarias de lucha contra la delincuencia en función de los principios de especialidad y proporcionalidad". Así lo sostiene la Sala de lo Constitucional en la Sentencia 50-2010AC del 18 de mayo de 2015, en la que dijo: "dado que el derecho fundamental al ambiente no es absoluto, porque su ejercicio entra en potencial colisión con el ejercicio de otros derechos o con la promoción de intereses y bienes que también reciben protección del orden jurídico, corresponde al Estado fijar el grado de adecuación pertinente de tales bienes, en cada momento y según las posibilidades concretas de la sociedad".* Es decir, que los criterios de restricción de derechos, responderán en cada caso concreto.

de la “MS o M18”¹⁵⁶, aplicando el art. 214 del Código Procesal Penal, y posteriormente, con la aplicación de la Ley Especial Contra el Delito de Extorsión, se cuenta con datos obtenidos del Tribunal de Sentencia de la ciudad de Cojutepeque, desde el año 2010 al año 2015, según libro de entrada de causas penales referido al delito de extorsión que se conoció en juicio, según hechos acusados.

Se ha determinado que no solo es una percepción social que se tiene del auge del fenómeno de la delincuencia organizada de las “*Maras o Pandillas*” denominadas “MS o M18”, sino también en el sistema judicial (ver gráfica ANEXO I), el cual refleja de forma estadística que las organizaciones terroristas han orientado sus acciones ilícitas utilizando como forma más idónea para fortalecer las estructuras y finanzas el delito de extorsión de forma complejas y sistemáticas en perjuicio no solo de la familia, la pequeña empresa y a diversos sectores de la vida nacional que ha producido mucho temor en la sociedad, utilizando como instrumento facilitador el servicios de telefonía como por ejemplo líneas móviles dentro de los centros penales, con el fin de no ser descubiertos fácilmente y llevar a la impunidad sus crímenes. Situación que obligó al Estado a implementar la Ley Especial Contra el Delito de Extorsión como herramienta para el combate y la prevención del delito,

¹⁵⁶ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucional*, Referencia: 22-2007Ac, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015). Establece: “Son grupos terroristas las pandillas denominadas Mara Salvatrucha o MS-13 y la Pandilla 18 o Mara 18, y cualquier otra pandilla u organización criminal que busque arrogarse el ejercicio de las potestades pertenecientes al ámbito de la soberanía del Estado –v. gr., control territorial, así como el monopolio del ejercicio legítimo de la fuerza por parte de las diferentes instituciones que componen la justicia penal, atemorizando, poniendo en grave riesgo o afectando sistemática e indiscriminadamente los derechos fundamentales de la población o de parte de ella; en consecuencia, sus jefes, miembros, colaboradores, apologistas y financistas, quedan comprendidos dentro del concepto de “terroristas”, en sus diferentes grados y formas de participación, e independientemente de que tales grupos armados u organizaciones delictivas tengan fines políticos, criminales, económicos (extorsiones, lavado de dinero, narcotráfico), o de otra índole.

incorporando la figura del agente encubierto como método o técnica y de prueba para mayor eficacia en la Investigación de las acciones extorsivas realizadas por los grupos terroristas de la “MS y M18”, para enjuiciar y sancionar penalmente el referido ilícito.

Para la elaboración de los gráficos que se relaciona como Anexo I, se ha recopilado del Tribunal de Sentencia de Cojutepeque, departamento de Cuscatlán, El Salvador, las sentencias representativas siguientes: (a) Sentencia definitiva, Referencia 95-C3-2010, del 19 de agosto de 2010, contra (...) por delito de Extorsión en Grado de Tentativa, en infracción al art. 214 N° 1 y 7 en relación con los arts. 24 y 68, todos del Código Penal en perjuicio del patrimonio víctima identificada con la clave “Aspirante”¹⁵⁷; b) Sentencia definitiva, Referencia 002-U2-2012, del 10 de febrero de 2012, contra (...), por delito de Extorsión Agravada Imperfecta, en perjuicio de clave “Dorado”¹⁵⁸; c) Sentencia definitiva, Referencia 117-U3-NP11, del 11 de noviembre del 2011, contra (...), por el delito de Extorsión, en infracción art.

¹⁵⁷ Tribunal de Sentencia de Cojutepeque, departamento de Cuscatlán, *Sentencia definitiva, Referencia: 95-C3-2010* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010). Dijo: “afirmaciones de éste testigo, la Representación Fiscal no aportó en audiencia pruebas independientes que confirmaran el dicho de éste, así no hizo practicar inspección corporal en el procesado a efecto de establecer que presentaba los tatuajes en referencia y por otra ante la indisponibilidad del testigo clave “Aspirante” quien no compareció a declarar en contra del acusado, no se constató de forma directa la conminación violenta sobre la voluntad de la víctima para realizar el negocio jurídico descrito, en consecuencia insuficiente la prueba referencial del agente de autoridad (...) para probar este extremo del tipo penal, imposibilitando tener certeza de la conducta, y fallido el juicio de tipicidad, por lo que correspondería absolver de responsabilidad penal y civil al procesado Pablo Mena, por el delito acusado”.

¹⁵⁸ *Ibíd.* Dijo: “..., al haberse prescindido del testigo principal clave “Blanco” los indicios del billete de diez dólares con la marca de la letra “L”, el reconocimiento en rueda de personas del imputado por clave “Blanco”, declaración del testigo clave “Dorado” y la captura dentro del término de la flagrancia, es prueba insuficiente para arribar a la certeza jurídica positiva, generando la “DUDA”, de la autoría de (...) en los hechos probados, y como consecuencia el “In dubio Pro-reo”, en la valoración de la prueba, y su aplicación se refiere a elementos de convicción positivos o negativos, pero, de hecho, no de derecho, por lo que el art. 7 del Código Procesal Penal, nos lleva a lo que establece el art. 12 de la Constitución, en lo favorable al imputado”.

214 No.1 y 7 del Código Penal¹⁵⁹, y d) Sentencia definitiva, Referencia 18-U3-12, del 16 de noviembre del 2011, contra de la acusada (...), por el delito de Extorsión Agravada, en infracción art. 214 No.1 y 7 del Código Penal, en perjuicio del patrimonio de la víctima clave “Luna”¹⁶⁰.

En todos los casos, no aparece la figura del agente encubierto para investigar los casos como medios o mecanismo “*extraordinario*” de prueba, pero si han intervenido la figura del “*testigo protegido*” y el “*agente negociador*” como medio “*extraordinario de prueba*” para determinar la responsabilidad penal de los miembros de las organizaciones criminales que fueron acusados en los casos concretos por ser delitos complejos y graves, advirtiendo que la ineficacia del medio u órgano de prueba, se dio por circunstancias diversas, no por la valoración directa de la figura del “*agente policial*” que intervino bajo la técnica o método considerado más eficaz en la investigación del delito y su aspecto probatorio con “*identidad protegida*” y de

¹⁵⁹ Tribunal de Sentencia de Cojutepeque, departamento de Cuscatlán, *sentencia definitiva*, Referencia: 117-U3-NP11 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011). Dijo: “... *En este caso analizado bajo las causales de excluyente de responsabilidad penal, se ha probado que (...) actuó bajo coacción al haber sido constreñido por otro sujeto activo a realizar esa acción contraria a su voluntad, ya que la realizó por encontrarse bajo amenazas grave, actual o inminente y real, esta coacción se homologa con la causa de justificación del estado de necesidad disculpante,...* “-lo habían mandado a hacerlo”-, accediendo a violentar el bien jurídico del patrimonio en la víctima clave “Judá”. En este sentido es aplicable la excluyente de responsabilidad penal del art. 27 No. 3 del Código Penal, que dice: “Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo”, por lo tanto, es procedente absolver de toda responsabilidad penal y civil.

¹⁶⁰ Tribunal de Sentencia de Cojutepeque, departamento de Cuscatlán, *sentencia definitiva*, Referencia: 18-U3-12, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011). Dijo: “*determinó la relación del nexo causal entre la procesada y el compañero de vida que estaba interno (...) en el centro penal de ciudad Barrios, motivo por el cual retiró del Banco Agrícola Agencia Aguilares la cantidad exigida por los sujetos extorsionistas a la víctima clave “Luna”, una hora después que este último realizó el depósito base de la denuncia, acreditando los hechos acusados pero no se pudo determinar a ciencia cierta qué clase de negocio se realizó, y que provocó que la procesada retirara el dinero que yacía en su cuenta de ahorros número DE003810343775, por lo cual, se absolvió de responsabilidad penal a la acusada por el delito de extorsión*”.

la “*figura del negociador*”¹⁶¹ para determinar con mayor facilidad la existencia del delito de extorsión y la participación de sus autores como se refleja en el anexo I, ya indicado supra.

5. El testigo protegido y figuras afines (testigo anónimo, testigo con identidad protegida y testigo oculto)

La figura del testigo protegido tiene su origen en el Código de Instrucción Criminal del 3 de abril de 1882, el Art. 149, regulaba las actuaciones del juez en lo que se denominaba ordinariamente <*primeras diligencias de investigación*>, establecía reglas de protección a favor de la víctima, en el inciso segundo de forma literal ordenaba: “*En consecuencia, si el delito por su naturaleza ha podido dejar señales en el lugar en que se cometió, se trasladará a él el Juez, asociado del secretario, si fuere dentro de su jurisdicción, y hará constar en los autos la descripción del mismo sin omitir ningún detalle que pueda tener valor, tanto para la acusación como para la defensa; y procurará al ofendido todos los auxilios que pueda y deba suministrarle para su socorro y seguridad, no debiendo omitir esta diligencia, bajo la pena de ...*”¹⁶².

En muchos Estados para combatir el fenómeno de la delincuencia organizada, han optado por crear Programas Especiales de Protección de Testigos para generar confianza en el sistema judicial y fomentar la participación de las personas implicadas en el crimen organizado a fin de que proporcionen información que permita el desmembramiento de dichas

¹⁶¹ Ley Especial Contra el Delito de Extorsión de El Salvador, *Ibíd.* Art. 8, dispone que, en la investigación del delito de Extorsión, se podrán emplearse las técnicas de investigación policial, como entregas bajo cobertura policial y las demás figuras que se señalan en el art. 282 del Código Procesal Penal.

¹⁶² Código de Instrucción Criminal (España: Asamblea Nacional Constituyente de España, 1880-1882).

organizaciones criminales con alto poder ofensivo y capacidad de generar impunidad, cuyo efecto directo e indirecto lo padece la sociedad que se siente menoscabada con el accionar indiscriminado de dichas organizaciones criminales¹⁶³.

En la Ley Orgánica 19/2094, de 23/12, sobre Protección de testigos y peritos en causas criminales, en su Exposición de Motivos señala que la experiencia diaria pone de manifiesto en algunos casos las reticencias de los ciudadanos a colaborar con la policía judicial y con la Administración de Justicia en determinadas causas penales ante el temor a sufrir represalias¹⁶⁴. Por eso la Organización de las Naciones Unidas hace dos años publicó un Manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada que sirva de base para sus legislaciones.

Los Procuradores de Justicia de países miembros de la Organización de Estados Americanos por la importancia que les genera la protección de testigos en causas criminales se reúnen periódicamente para conocer sus avances al respecto, Gregory Lacko, asesor del Departamento de Justicia de Canadá, sostiene que *“la aplicación de un régimen de protección de testigos es una empresa extremadamente exigente. Tanto las apuestas como los riesgos son altos. Ello, en consideración al crecimiento, la complejidad del comercio y la alta tecnología que les permiten a estas organizaciones aprovechar al máximo de manera fácilmente burla a la autoridad estatal de*

¹⁶³ Leonardo, Ramírez Murcia, *“Las Agrupaciones Ilícitas Como Delincuencias Organizada”*, San Salvador, El Salv. Multilibros, 2015, 128.

¹⁶⁴ Consejo General del Poder Judicial, *La Criminalidad Organizada: Aspectos Sustantivos Procesales y Orgánicos*, 2001, 99. Advierte, ello conlleva, con frecuencia, que no se pueda contar con testimonios y prueba muy valiosos en estos procesos”. El legislador debe proceder a dictar normas que resulten eficaces en la salvaguarda de quienes, como testigos o peritos, deben cumplir con el deber constitucional de obligación con la justicia.

*todos los países y creando impunidad de sus acciones delictivas*¹⁶⁵.

En la Región Centroamericana, también los gobiernos han hecho esfuerzos para combatir a través de la figura del testigo protegido el crimen organizado desde adentro de la estructura criminal aunque salgan fuera de los territorios, los gobiernos de los países integrantes del SICA¹⁶⁶, tomaron la decisión de crear el Convenio Centroamericano para la Protección de Víctimas, Testigos, Peritos y demás sujetos que intervienen en la investigación y en el proceso penal, aunque orientado a la persecución del delito de droga, y que tiene como base la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos.

Por ello, dentro de la política criminal de cada Estado, se soslaya que en un Estado de Derecho Democrático, se busca que impere el derecho constitucional, y dentro del cual, la utilización del mecanismo “*extraordinario*” de investigación “*testigo protegido*” en su dimensión general, no debe de ser usado de forma indiscriminada, ya que se antepone al mismo el derecho constitucional de la presunción de inocencia del imputado, como parte del debido proceso constitucionalmente configurado, y que viene a constituir el límite para la utilización de dicha figura “*extraordinaria*” de investigación que se convierte en fundamental para la persecución y desmantelamiento de la criminalidad organizada.

De tal manera que el uso del mecanismo de la figura del “*testigo protegido*”, es un régimen de protección que puede otorgarse entre otras medidas, la

¹⁶⁵ Gabriel Mario Santos Villareal, *Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior Protección de testigos contra la delincuencia organizada, “Protección de Testigos contra la delincuencia organizada*, 2010, 1.

¹⁶⁶ Sistema de Integración Centroamericana, llevada a cabo en Bosques de Zambrano, Francisco Morazán, Honduras, el tres de octubre de 2006, suscrito por los gobiernos de Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana.

ocultación de la identidad del testigo, datos que podrían ser accesibles únicamente para el juez, configurándose lo que la doctrina denomina “*testigos de identidad protegida*”¹⁶⁷, que en principio son inaceptables por afectar los derechos de defensa de los encausados y además por violar el art. 8 apartado 2 inc. F de la CADH y el art. 14 apartado 3 Inc. e) del PIDCP. Las garantías establecidas a favor del testigo protegido no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, es decir, no pueden violar los principios del proceso penal. Es necesario un equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de los derechos inherentes a las víctimas, testigos y sus familiares¹⁶⁸.

La evolución en el contexto internacional y en el contexto del desarrollo que ha tenido la legislación salvadoreña a consecuencia del incontrolable fenómeno la delincuencia organizada para combatir el delito de extorsión que ha evolucionado tanto como ha hecho la tecnología en el mundo globalizado, se aprobó la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, en 2006, con los límites a respetar los principios de: a) Protección, b) Proporcionalidad y, c) Confidencialidad, que deben de ser considerados por la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia de autorizar las medidas solicitadas por Jueces, Fiscalía General de la República, Procuraduría general de la República, la Policía Nacional Civil y la misma UTE., previa explicación de los derechos de dichas personas establecidas en el art. 13 de dicha ley, y las obligaciones reguladas en el art. 15 de la misma, y la Ley Especial Contra el Delito de Extorsión, en el art. 8, se incorporó la “*técnica de investigación policial*”, con el fin de combatir a los grupos criminales reconocidos en la actualidad como terroristas aquello que tengan pertenencia

¹⁶⁷ Cafferata Nores, *La Prueba en el Proceso Penal*, 5a ed. Ediciones Depalma, (Buenos Aires, Argentina, Lexis Nexis, Argentina S.A. Impreso en Argentina el 15 de agosto de 2003), 112.

¹⁶⁸ Gerardo Landrove Díaz, *La Moderna Victimología*, Editorial, (Tirant Blanch, 1998), 129.

a las pandillas de la “MS o M-18” que operan en diferentes zonas del país¹⁶⁹.

Directriz de confidencialidad que debe de mantenerse evitando que el “*testigo Protegido*” como mecanismo “*extraordinario*” de investigación y de comprobación de los hechos investigados, se garanticen, proteja y conserve la identidad, manteniendo los datos en archivo de forma más segura para evitar delatar o que las partes conozcan dichos datos poniendo en riesgo la vida y la integridad física de los “*testigos con identidad protegida*” al momento de realizar como órgano de prueba su testimonio en juicio, en cumplimiento a los principios de protección, necesidad, proporcionalidad, confidencialidad, celeridad y de eficiencia¹⁷⁰, en el resultado del eventual juicio como parte del compromiso que el Estado ha asumido no solo de protección al testigo “*extraordinario*”¹⁷¹ de investigación y de prueba, sino también, para darle seguridad física, asistencia médica, legal, social, psicológica y alojamiento en el transcurso del proceso.

La jurisprudencia salvadoreña, ha afirmado que el régimen de protección de testigos en nuestro ordenamiento, constituye un mecanismo excepcional, con el fin de preservar la vida e integridad de aquellos por la existencia de un peligro grave para la persona, libertad o bienes, apreciado racionalmente por el Juez o Tribunal mediante decisión fundada. Aplicando medidas específicas como el ocultar la identidad nominal y física del testigo, sin comprometer la

¹⁶⁹ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 5-2001 Ac.* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

¹⁷⁰ Ramírez Murcia, (2017), 136. Agrega el autor, “*el resguardo de la identidad de las personas sujetas a protección e impedir que estas sean identificadas en la práctica de diligencias penales*”.

¹⁷¹ Cafferata Nores, 3ª ed. (1998), 221. El mismo autor hace la crítica en el sentido que dichos medios “*extraordinarios*” de prueba son inaceptables para el sistema constitucional argentino, sin referirse a cuales, ya que únicamente se limita a expresar que “*y los pocos restantes podrían tener una mínima y transitoria aceptación excepcional sólo cuando su auxilio fuere indispensable para superar dificultades insalvables con los medios probatorios ordinarios en la investigación de gravísimos delitos, y siempre que su actuación y el valor de su información se enmarcasen en una rígida legalidad, respetuoso de los derechos fundamentales de los ciudadanos*”.

garantía de defensa material y técnica del imputado¹⁷². Por ello, se justifican y legitiman su adopción sin comprometer el contenido esencial del derecho de defensa, el cual se materializa al interrogar libremente al testigo¹⁷³, bajo la interpretación conforme a la constitución que de acuerdo a lo regulado en el art. 144 de la Constitución de la República, manda que en caso de conflicto entre la ley y los tratados internacionales, prevalecerá el Tratado Internacional, es por ello, que resulta aplicable para garantizar y proteger conforme el principio de igualdad constitucional, el derecho a interrogar del imputado al testigo que declare en su contra en un proceso penal¹⁷⁴, testigo a quien desde el inicio del proceso con su denuncia anónima o de identidad protegida u oculta para todos aquellos que intervienen en el proceso¹⁷⁵, suele ser siempre un particular que pone en conocimiento de la autoridad la comisión de hechos delictivos.

¹⁷² La Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 485-CAS-2008* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011). Caso contra de JORGE EZEQUIEL JIMÉNEZ PAIZ y otros, por el delito calificado como Extorsión, en infracción al art. 214 Nos. 1 y 7 del Código Penal, en perjuicio de la víctima con clave "Agosto" y otro".

¹⁷³ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966). Art. 14 literal e), determina el derecho de toda persona acusada a "interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo...".

¹⁷⁴ *Ibíd.* Art. 14.3. e). Dispone que, durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que todos estos sean interrogados en las mismas condiciones que los de cargo. El Art. 6.3.d del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, dispone que todo acusado tiene, como mínimo, el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hacen en su contra. En ese mismo Sentido la CADH en Art. 8.2.

¹⁷⁵ Fernando Gascón Inchausti, *Infiltración policial y agente encubierto*, Edición, Illustrated, Publisher, Comares, (2001), 21. Sobre los problemas que plantea la denuncia anónima como instrumento para motivar la apertura de un proceso penal, Vid. La opinión de, J. Montero Aroca, "La denuncia anónima y su eficacia como acto de iniciación del procedimiento preliminar penal", VV.AA., Primeras Jornadas sobre Problemas Actuales de la Justicia Penal, Granada, 1994, págs. 15 y ss. Con más profundidad, Cfr. Moreno Cátana, V., *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Madrid, 1980. Cif. Flávio Cardoso Pereira, Tesis del "Agente encubierto y Proceso Penal Garantista: Límites y Desafíos", Universidad de Salamanca Facultad de Derecho Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal, Salamanca, (2012), 210.

6. El arrepentido y sus figuras afines (imputado-criteriado-delator)

La figura del arrepentido, toma relevancia en la XI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Penal (Mar de Plata, 1986) se propuso como nuevas formas de soluciones jurídicas frente a los delitos de extrema gravedad como ejemplo: delitos de terrorismo, tráfico de drogas, que facilitan la punición de sus principales responsables de los delitos bajo conciencia de disminuir o eliminar las penas de los partícipes secundarios, posición que también se mantuvo en la Doctrina Penal, 1987, en un artículo titulado “*Relaciones entre el derecho penal y el derecho procesal penal*”, de ampliar los efectos de beneficios para el autor del delito de su arrepentimiento activo (disminución o eliminación de la pena).

Otro autor conceptualiza al arrepentido, como “*aquella persona a quien se le imputa cualquier delito referido a estupefaciente, y que brinda a la autoridad judicial información significativa sobre la identidad de los autores, coautores, partícipes o encubridores del tráfico ilícito de estupefacientes, o permita el secuestro de sustancias, bienes, entre otros perteneciente a este tipo de delincuencia, beneficiándose en la reducción o eximición de pena*”, quien a su vez, afirma que posee cinco elementos, como: a) el arrepentido reviste la calidad de imputado de un delito referido a estupefacientes; b) debe brindar información; c) debe tratarse de información significativa; d) esa información tiene una finalidad de identificación de personas o de secuestro de cosas, y, e) se favorecerá con una reducción o eximición de pena¹⁷⁶.

Posteriormente, se incorpora la figura del “*arrepentido*” en la Ley 23.737, con el propósito de lograr un accionar más eficaz frente a los tipos de delitos contra el terrorismo y el narcotráfico, ilícitos transnacional organizada, de alto

¹⁷⁶ Carlos Enrique Edwards, “*El Arrepentido, el agente encubierto y entrega vigilada: Modificación a la ley de estupefacientes, análisis de la 24,424*”, (1996), 42.

poder corruptivo, cuyos medios económicos y modalidades operativas hacen difícil su persecución mediante los métodos de investigación tradicionales. Posteriormente luego de argumentos diversos de la figura del “*arrepentido*”, se publica en la revista Nueva Doctrina Penal No. 1, 995, bajo el título “*El principio de oportunidad en el derecho penal argentino*”¹⁷⁷.

Se reguló en la ley 23.737, entre otros aspectos, que los datos probatorios que se puedan obtener mediante esa vía excepcional solo pueden ser utilizados en el proceso en el que se ordenaron y por los delitos que taxativamente se autoricen, jamás se permitirá su abuso en otros procesos o respecto a otros delitos. No puede autorizarse bajo ningún argumento irrespetando el principio de inmediación dichas declaraciones, introduciéndolas por la lectura las que se formularen por escrito y durante el procedimiento preliminar. El arrepentido, no es más que de un coimputado, que es considerado “*soplón*”, y de quien no se debe ignorar que puede dar datos falsos, buscando mejorar su situación procesal, tomando cautelas a su favor al afirmar que es eficaz la información proporcionada en la investigación que ha “*colaborado*”, de ahí, que surgen entre otras las figuras afines del arrepentido, “*soplón*”, “*colaborador*”, “*informante*”, “*delator*”, que no deja de estar vinculado de forma directa a la organización que se investiga, siempre a cambio de la concesión o beneficio de la pena como parte de la oportunidad de la acción penal, cuyo objetivo es el que se persigue según

¹⁷⁷ Cafferata Nores, et al. *Temas de Derecho Procesal Penal* (Contemporáneos), “*El arrepentido, según la ley 25.241*”, editorial Mediterránea, Córdoba Argentina, 1942. 142. Este mismo autor en la Obra “*La Prueba en El Proceso Penal con especial referencia a la ley 23.984, afirma que “en los últimos tiempos ha surgido la posibilidad de reducir la escala penal que correspondería al coimputado en caso de que colabore en la investigación de “delitos organizados” –es decir, aportando datos esencialmente importantes para la investigación y sanción penal de sus coparticipes líderes de aquellas o de los coautores, instigadores o cómplices necesarios de éstos –y no a la inversa-*”.

CAFFERATA NORES¹⁷⁸.

En el sistema procesal penal salvadoreño, la oportunidad de la acción o criterio de oportunidad, se desarrolla como salida anticipada del proceso¹⁷⁹, en la mayoría de los casos por los cuales se condiciona su aplicabilidad, dado que se prescinde de la persecución penal, y de esa forma viene a formar parte del conjunto de opciones adoptadas por el Estado salvadoreño para propiciar salidas alternas dentro del proceso penal, reglamentado a partir del art. 20 del CPP., aunque si bien conlleva un control judicial, debe decirse que solo opera bajo acuerdo del Fiscal, en los supuestos que regula dicha disposición procesal penal, cuyo efecto jurídico-penal, es la extinción de la acción penal, criterio sostenido por la doctrina de forma general, a excepción del numeral 2 de la misma disposición adjetiva que lo mantiene suspenso con medidas conforme lo regula el art. 295 y con régimen de protección conforme la Ley de Protección de Testigos y Peritos, hasta determinar la eficacia de la información proporcionada.

7. La prueba científica

En materia procesal penal, es lógico que cuando se habla de prueba científica, la doctrina se refiere principalmente a medios de prueba en general, pero la prueba científica debe distinguirse de aquellas pruebas generales en tanto que se afirma que es una prueba que viene a verificar

¹⁷⁸ Cafferata Nores, *Ibíd.*, 3° ed., 221, afirma que “en los últimos tiempos ha surgido la posibilidad de reducir la escala penal que correspondería al coimputado en caso de que colabore en la investigación de “delitos organizados”.

¹⁷⁹ Ramírez Murcia, *La Reforma Procesal Penal en El Salvador, “Una aproximación a las dificultades y alcances, con especial referencia a las salidas alternas al juicio”*, Corte Suprema de Justicia, Departamento de Publicaciones, (2017), 65. Pues las salidas alternas al proceso penal vienen configuradas para simplificar y descongestionar el proceso penal, a fin de adquirir mayor eficacia en relación a las formas de criminalidad organizada, en la cual, se usa con mayor eficacia la salida del Procedimiento Abreviado que no solo conlleva implícita la colaboración del imputado al confesar los hechos, con lo que se logra garantizar de forma efectiva los derechos de las víctimas, sino que también facilita la administración de justicia y ayuda a descongestionar la misma, lo cual es el objeto de dicho instrumento procesal penal.

otros medios de prueba, con carácter objetivo y reproductivo que sostiene o refuta una teoría científica o una hipótesis con alto grado de seriedad e irrefutables¹⁸⁰.

Otro autor sostiene que la prueba científica es un concepto útil, pero su definición está resultando incompleta porque no se sabe precisar bien su significado porque intervienen múltiples variables no jurídicas, pero que tienen la enorme ventaja de que cuando se habla de prueba científica la mente del ser humano se dirige a pensar que necesita conocimientos profesionales muy actualizados y exigentes basados en las ciencias más modernas, sobre todo, médicas e informáticas, utilizando en su ejecución medios tecnológicamente muy avanzados para que puedan ser probado¹⁸¹ los hechos sobre los cuales el juez necesita lograr la convicción judicial sea ésta negativa o positiva.

En ese mismo orden de idea, la doctrina afirma que la sola denominación de “*ciencia*” es confusa, porque el razonamiento incuestionable no proviene de la seguridad en los resultados que se obtienen de un medio producido con técnicas especializadas, sino de otros estándares que son la base para conseguir una opinión irrefutable. Así por ejemplo: en el proceso civil de las pruebas científicas exige acordar, previamente, qué se interpreta como tal, porque una cosa es la denominación como “*ciencias duras*” o “*no humanas*”, tales como la física, la química, la matemática, la biología, la genética, que por los conocimientos que proporcionan son relevantes para establecer, valorar e interpretar hechos que deben ser probados, y no generan problemas de admisión para que el juez ordene se emitan los informes técnicos; a diferencia de las ciencias humanas o “*sociales*”, como la

¹⁸⁰ Osvaldo A Gozaíni, *La Prueba Científica y Verdad “El mito del razonamiento incuestionable”*.

¹⁸¹ Juan Luis Gómez Colomer, *La prueba científica, motor de cambios esenciales en el proceso penal moderno*, 2.

psicología, la psiquiatría, la sociología, la crítica literaria, la economía, la estética o la ciencia de las religiones donde el saber científico permite discutir las conclusiones, aun reconociendo que se trata de “*ciencia*”, algunos sostienen que forman parte del sentido común y no de específicas áreas científicas¹⁸².

En el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, 1995), sobre la científicidad de la prueba, se sostuvo que la elección depende del grado de verosimilitud fáctica que se pueda desprender del estudio, teniendo en cuenta los puntos de mayor o menor probabilidad que conduzcan a resultados ciertos o prevalecientes sobre una hipótesis (v.gr.: si el grado de confirmación es del 70% la incertidumbre es del 30%, de modo que la probabilidad prevaleciente es alta, pero la duda no es menor ni insignificante), o en el mismo sentido, la prueba científica del ADN, cuando el resultado es del 99% de certeza. Concluyendo en dicho Congreso por esa razón no corresponde hablar de prueba científica sino más bien de pruebas en las que se aplican tales conocimientos de disciplinas no jurídicas por cuanto no corresponde privilegiar algunas ciencias en relación con las restantes, la posibilidad de expulsión por rechazo al ofrecimiento, o por oposición a la dispuesta, puede llegar desde puntos de vista distinto sobre la convicción judicial.

El legislador salvadoreño es congruente con la doctrina cuando en el actual código procesal penal, regula los actos urgentes de comprobación (técnicas de investigación probatorias), como actos inaplazables que la Policía Nacional Civil bajo coordinación de la Fiscalía General de la República, art.

¹⁸² Taruffo, *La prueba científica en el proceso civil*, traducción de Mercedes Fernández López y Daniel González Lagier, (2008), 46, passim; también en “Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal”, (Universidad de Medellín, 1979), 15 y ss.

193 Cn., en relación con los arts. 74, 75, 277 y 304 del CPP¹⁸³, consideren necesarios practicar las diligencias y actuaciones de investigación señaladas en el art. 186 CPP¹⁸⁴, refiriéndose en primer plano para mayor eficacia de las inspecciones y reconstrucciones, y en segundo plano, se refiere siempre que sea *conveniente, a las operaciones técnicas y científicas*, tales como exámenes serológicos, químicos, microscópicos, microfotografía, macrofotografía, pruebas ópticas, biogenéticas, antropométricas, fonográficas, grafoscópicas, electrónicas, acústicas, de rayos X, perfiles genéticos y las demás disponibles por la ciencia y la técnica.

Además, estableció reglas básicas en cumplimiento al principio de legalidad establecido en el Art. 175 del CPP¹⁸⁵, regulando, que los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código, aquellos obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito, no tendrán valor. Es decir, que en vocatio legis, el incumplimiento a esa regulación legal vulnera requisitos de validez constitucional cuya consecuencia, por ejemplo en la obtención del resultado de ADN, requiera cotejarlos con exámenes de la materia o con información genética de la persona investigada mediante acceso a bancos de esperma y

¹⁸³ Código Procesal Penal, *Ibíd.*, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009. En un Estado de Derecho con Tendencia Democrático lo menos que se espera es que se aseguren los elementos probatorios desde el inicio de la investigación a efecto de tutelar y garantizar los derechos de las víctimas, pero resguardando el derecho del señalado como imputable del ilícito que se investiga.

¹⁸⁴ *Ídem.* El Art. 74, respecto a la función encomendada en el Art. 193 Cn., el Art. 75, respecto a la exclusividad de la coordinación, control jurídico de las actividades de la investigación que desarrolla la Policía, e incluso incluye a otras instituciones que colaboren en las mismas; el Art. 277 es el que habilita a la fiscalía ejercer su función con poder coercitivo de tal manera que obliga a funcionarios públicos, personas naturales y jurídicas de carácter público o privado a colaborar y expedir sin demora cualquier información que sea requerida por la Fiscalía General de la República, sean estos de carácter urgente o no tal como lo relaciona el Art. 304 del citado cuerpo de ley adjetivo.

¹⁸⁵ *Ídem.* Art. 175, que regula el principio de Legalidad de la Prueba, es decir, la prueba lícita e incorporada al proceso conforme las reglas señaladas en el mismo cuerpo de ley procesal.

de sangre, de tal manera que si el fiscal no ha solicitado la autorización del juez, ese resultado científico contraviene lo dispuesto en el Art. 187 del mismo cuerpo procesal penal¹⁸⁶, y no solo deviene en una prueba irregular, sino que también, potencialmente se considera que violenta el derecho fundamental de la intimidad regulado el Art. 2 de la constitución de la república de El Salvador, de la persona que soporta tal examen físico¹⁸⁷, y en el Art. 20 Inc. 2º de la Constitución. Sin embargo, se considera relevante resaltar que dentro del mismo procedimiento legal, se regula que la prueba científica se practicará siempre que sea necesario, es decir, que si no es necesaria, por considerar que es suficiente la prueba ordinaria, la prueba técnica o científica como mecanismo “*extraordinaria*”, no se practicará¹⁸⁸.

8. El agente encubierto y su vulneración de garantías fundamentales

En el Salvador, los derechos y garantías constitucionales están reconocidos a partir del Art. 2 de la Constitución de la Republica, teniendo la obligación no solo de garantizar, sino también de proteger y conservar que no se vulneren los bienes jurídicos inherentes a los derechos humanos, entre los cuales está el derecho a la vida, a la integridad física, la moral, la libertad, la seguridad,

¹⁸⁶ Art. 187 Inc. 2º establece: Si se requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética de la persona investigada, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, el fiscal deberá solicitar al juez la autorización de la diligencia.

¹⁸⁷ La Sala de lo civil, en la Sentencia 64-CAF-2014, de 06 de febrero de 2015, respecto al derecho a la intimidad, dijo: "El derecho a la intimidad personal supone reservar para sí un determinado ambiente o sector, donde la intromisión de extraños perjudicaría la autonomía de la voluntad para determinar su conducta."... Según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, la Intimidad se define como "zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia".

¹⁸⁸ Taruffo, *Ibíd.*, 117. El autor, además, afirma que “*debemos de admitir que la prueba científica puede acompañarse o integrarse con otras pruebas, con pruebas “ordinarias que puedan contribuir a fundar conclusiones válidas sobre hechos que debe probarse. Pero también advierte que, por ejemplo, es posible que una prueba del ADN sea el único elemento de prueba para decidir sobre la identificación de un sujeto, dado que esta prueba cuando se realiza con todas las condiciones necesarias y su resultado se interprete correctamente*”.

al trabajo, a la propiedad y posesión; así como al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, ya que son derechos humanos que se le reconoce a toda persona desde el instante de la concepción, conforme lo regula el Art. 1 de la misma ley soberana.

El legislador salvadoreño, reconociendo la limitación constitucional de proteger y garantizar que no se vulneren los derechos de las personas sometidas a una investigación, cuando aprobó la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en el Art. 4, reguló: *“Todo miembro de la corporación policial, independientemente de su rango institucional, que haya sido nombrado por escrito como tal por el Director General de la Policía, o por agente de autoridad en la que él delegare dicha función, y que fuere autorizado por escrito por la Fiscalía General de la República para el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de detectar, investigar y probar conductas delincuenciales contempladas en la presente Ley; o que igualmente haya sido autorizado dentro de la investigación y bajo estricta supervisión de la Fiscalía General de la República, para la incitación o provocación de conductas a efecto de poder comprobar los hechos delictivos que se investigan”*.

De lo anterior, se advierte que el legislador estableció en dicha normativa como requisito, que la Policía haga uso de medios engañosos o técnicas extraordinarias de investigación o de prueba, con el exclusivo objeto de detectar, investigar y probar conductas delincuenciales contempladas en la presente Ley; siempre que la Fiscalía General de la República, de acuerdo al art. 193 Ord. 3º de la Constitución de la República¹⁸⁹ autorice, conforme a la

¹⁸⁹ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador). Art. 193, determina: Corresponde al Fiscal General de la República, Ord. 3º *“Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional civil en la forma que determine la ley*. El legislador salvadoreño explicitó la facultad a la Fiscalía General de la República, para supervisar a la Policía Nacional Civil en la investigación del delito.

atribución técnica jurídica que tiene de dirigir la investigación del delito e inclusive aprobar cualquier detención administrativa, de tal forma que la contravención a dicho artículo puede acarrear responsabilidad penal (Sentencia de 3 VII-97, HC 169-97).

La Fiscalía General de la República, constitucionalmente tiene la atribución de controlar las diligencias extrajudiciales que sean practicadas por la Policía Nacional Civil, de lo contrario, si ya se ha iniciado proceso penal, pueden darse medidas cautelares diferentes, por ejemplo, la detención provisional, orden de captura por haberse declarado rebelde, entre otras, pero ya está bajo control judicial todo acto de recolección de prueba que pueda ser incorporado al proceso para ser valorado en un eventual juicio oral y público.

Para determinar el alcance de las facultades antes referidas, es necesario referirnos en primer término al aspecto de las diligencias extrajudiciales o administrativas bajo control del Fiscal General de la República, quien tiene la responsabilidad de controlar y vigilar que en la investigación que realiza la Policía Nacional Civil, en el sentido que se observe el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana, ya que según el art. 1 de la Constitución de la República, son reconocidos a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, el cual, está organizada para la consecución de la justicia, la seguridad jurídica y del bien común.

El art. 2 de dicha carta fundamental, establece: *“Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”*.

Lo anterior significa, que la regulación constitucional de los derechos

humanos o fundamentales¹⁹⁰, son barreras establecidas en la Constitución a la acción del poder público a favor de los gobernados. Derechos que no solo deben de ser protegidos sino también garantizados contra toda intervención arbitraria del Estado, a través de su representante institucional el Fiscal General de la República, según el mandato constitucional del art. 193 de la Constitución ya antes descrito, que le da la atribución a la FGR de dirigir la investigación del delito, con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley, todo con el objeto de preservar incólume los derechos fundamentales de todo individuo que esté siendo investigado por señalamiento de haber cometido un ilícito penal.

La Policía Nacional Civil en el uso las “*técnicas extraordinarias*” de investigación criminal, a través del agente encubierto, el testigo protegido, el arrepentido y la prueba científica, ya sea para detectar, reprimir las acciones delictivas de las organizaciones criminales y descubrir a los partícipes, autores o coautores de los mismos, está obligada a observar los supuestos legales exigidos para su actuación, como son: a) Que al imputado o investigado, sus familiares, socios comerciales o cualquier otra persona con la que tenga relación permanente, se les realice vigilancia y seguimiento. b) Que se vigile un lugar, inmueble, vehículo, nave, aeronave o cualquier otro objeto que se considere puede ser utilizado para realizar una actividad ilícita.

¹⁹⁰ Salomón Enrique Landaverde Hernández, et al, *Notas sobre el registro y allanamiento de la morada como medida restrictiva a derechos fundamentales en el Proceso Penal Salvadoreño*, Consejo Nacional de la Judicatura, (2006), 9. Establece que Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, haciendo eco del pensamiento del profesor norteamericano Karl Loewenstein, considera que "los llamados Derechos Individuales, Derechos del Hombre, Garantías Individuales o Garantías Fundamentales de la persona, son barreras establecidas en la Constitución a la acción del poder público a favor de los gobernados. Es la parte de la soberanía que cada uno de los hombres se reservó para sí y por consiguiente no delegó a las autoridades al concurrir por medio de sus representantes a formar la Constitución. El propósito jurídico-político de tales Derechos es, garantizar contra toda intervención arbitraria del Estado, un mínimo de libertad a la persona, concebida esta libertad, no solo como una potestad psicológica de elegir, sino como una actividad externa que debe ser no sólo permitida, sino también protegida y tutelada por el Estado, para que la persona se realice.

c) Que se analicen las actividades y ramificaciones de una estructura, asociación u organización criminal. d) Que se utilicen técnicas especiales de investigación, como agentes encubiertos, entregas vigiladas o compras controladas para la comprobación de la existencia y participación en delitos. e) *Que se realicen cotejo de bases de datos de acceso público o cruce de información.* f) *Cualquiera otra actividad que la técnica policial aconseje*¹⁹¹.

Es decir, no tiene que actuar de forma subjetiva para inferir que una persona está participando en la comisión de un hecho delictivo, o realizar de forma engañosa actividades con apariencia lícita para obtener información útil en una investigación de organizaciones criminales de las reconocidas contemporáneamente en el país, sino que previo a ello, tiene que tener una base objetiva, que le permita tener por fundada su inferencia, caso contrario, la FGR, caería en una actuación arbitraria o abusiva, y por ende, el acto de investigación vendría en ilegal.

La Constitución utiliza indistintamente diversas denominaciones "*derechos fundamentales*", "*derechos individuales*", "*derechos constitucionales*", "*derechos de los ciudadanos*", entre otras), la primera de ellas es utilizada predominantemente en la literatura jurídica desde la promulgación de la Constitución vigente, para designar a todos aquellos derechos que la Constitución garantiza a los ciudadanos como aceptación en el ordenamiento positivo nacional de los que se conocen generalmente como "derechos humanos" en el lenguaje jurídico supranacional.

Hay abundante doctrina que ha sostenido que los agentes encubiertos son aquellos funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, generalmente

¹⁹¹ Código Procesal Penal de El Salvador, *Ibíd.* Art. 282 CPP. Esta disposición elimina toda clase de subjetividad o arbitrariedad con la que pueda investigarse los delitos del crimen organizado, la investigación tiene que ajustarse al irrespeto estricto de los derechos y garantías fundamentales de la persona humana.

con otra identidad, y que desempeñan tareas de represión y prevención del crimen mediante la infiltración en organizaciones criminales a fin de descubrir a las personas que las dirigen, recabando pruebas y prestando testimonio de cargo ante la justicia¹⁹².

Debe de sostenerse que tal función de la actuación del agente encubierto no vulnera las garantías constitucionales¹⁹³, por cuanto la autorización que por escrito tiene por parte del Ministerio Público, está regulado en el art. 193 de la Constitución, que en su numeral 3º dispone: “*Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley*”, disposición que a su vez, es consecuente con el art. 159 inc. 3º de la Constitución de la República de el Salvador, que dispone “*la Policía Nacional Civil, tendrá a su cargo las funciones de la policía urbana y policía rural que garanticen el orden, la seguridad y la tranquilidad pública, así como la colaboración en el procedimiento de investigación del delito, y todo ello, con apego a la ley y estricto respeto a los Derechos Humanos*”. De lo contrario, se cae en un acto inválido como lo declaró la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁹⁴.

El respeto a los derechos fundamentales es esencial para la configuración del debido proceso regulado en el art. 11, prescribe “*que ninguna persona*

¹⁹² Eduardo Riquelme, *El agente encubierto en la ley de drogas. La Lucha contra la droga en la sociedad del riesgo*. Poiltt. Crim. No. 2, A2, 2006, 1-17, Cita en su argumento a Juan Muñoz Sánchez, *El agente provocador*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, 41.

¹⁹³ D. Carrió, (1994),185. Expone el Caso “*Fiscal v. Fernández*”, considerado relevante por la forma en que se detuvo al Cónsul con nueve paquetes de un kilogramo de cocaína cada uno, y con engaño de un agente de policía es sacado del Consulado y luego ser detenido, es decir, se considera que hubo vicio en el consentimiento para el ingreso al consulado por el agente de policía. Consecuencia, detención ilegal.

¹⁹⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia caso *Affire?Van Mechelen c/Países Bajos?*, (Europa, 1997). Resolvió: “*el testimonio innominado violatorio de las garantías judiciales del art. 6º, 1, combinado con el art. 6º, 3, d, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4/11/50). Art. 6º.1.*”

puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes...”, es decir, la misma constitución tiene reglado el procedimiento y los límites dentro de los cuales, se puede restringir los derechos fundamentales de la persona humana¹⁹⁵, en tanto no tienen carácter de derecho absoluto¹⁹⁶, todos pueden ser restringidos o limitados¹⁹⁷ en el curso de una investigación, siempre que se desarrolle conforme a la ley, por tal razón, se afirma que las técnicas “*extraordinarias*” de investigación de hechos delictivos graves y de naturaleza compleja cometidos por las organizaciones criminales como maras o pandillas de la “*MS o M-18*” que operan en el país, son métodos válidos por no violentar derechos fundamentales reconocidos y garantizados por la Constitución de la República.

Por ello, se sostiene que excepcionalmente los derechos fundamentales pueden ser restringidos, siempre y cuando se den las condiciones mínimas

¹⁹⁵ Luis Navajas Ramos, *La Prueba Videográfica en el Proceso Penal: Su valor y límites para su obtención*. (Revista Eguzfilore, No. 12, San Sebastián, diciembre 1998), 149. “sostiene *“la anterior afirmación no puede a falsa creencia de que los derechos fundamentales recogidos en el Título I, Capítulo II, Sección I de nuestra Constitución no puedan ser restringidos o limitados en el curso de una investigación procesal penal. Como bien señala el tribunal constitucional en su auto 103/82, no existen derechos fundamentales de carácter absoluto, todos pueden sufrir restricciones, de mayor o menor entidad, a condición de que se lleven a cabo con determinados requisitos.”*”

¹⁹⁶ Ejemplo, los art. 273, 275 y 323 del CPP., hablan de la privación de libertad a las personas en casos urgentes. Así lo sostiene Vicente Gimeno Sendra y otros, *Derecho Procesal Penal*, ed. COLEX. Año (1996), 383, que los derechos no son absolutos.

¹⁹⁷ Ventana Jurídica No. 5, Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos (AECI-CNJ), Año III, Vol. 1, enero-junio 2005, 181 y ss. Reitera que sea un derecho absoluto, carente de limitaciones. Destaca que lo que interesa es que, dado su carácter de derecho fundamental, las limitaciones a su ejercicio sólo pueden realizarse por la Constitución o por la ley formal. Lo afirma la sentencia 26-VII-99, Inc. 2-92, siempre que sea necesario garantizar iguales derechos para todos, así como la de proteger el bien común y la seguridad jurídica como las condiciones que crean el marco político-jurídico para la plena realización de la persona humana y que habilitan al legislador para limitar los derechos de una persona con el fin de hacerlos compatibles con el ejercicio de los derechos de los demás, o para preservar dichos fines constitucionalmente proclamados. Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97/ 15-97.

para su válida limitación, así por ejemplo: el caso del art. 5 Inc. 2º, que prevé la posibilidad en abstracto de obligar a una persona a cambiar de domicilio o residencia; el art. 6 Inc.2º, que norma implícitamente el secuestro; el art. 13 Inc. 3º, prescribe la detención administrativa, la detención por inquirir y la detención provisional de la persona; el art. 19 que autoriza el registro o pesquisa de la persona; el art. 20, que autoriza el ingreso a la morada en determinados supuestos; el art. 24, sobre la interceptación de la correspondencia, en caso de concurso y quiebra; entre otros, todos de la Constitución¹⁹⁸.

Los requisitos imprescindibles para llevar a cabo una restricción de derechos¹⁹⁹, son tres:

a) *Exigencia del principio de legalidad*, de forma que habrá de estarse siempre a la regulación constitucional de cada derecho fundamental para determinar hasta qué punto y en qué medida la exigencia del desarrollo legislativo debe cumplirse para proceder a la restricción del derecho, cuyos requisitos a los que se refiere el art. 8.2 del Convenio de Derechos Humanos que requiere que toda injerencia de la autoridad pública en la esfera privada ha de estar “*revestida por la Ley*”, y es sostenido en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2.8.1984 y 4.4. 1990, que el ordenamiento interno de cada país autorice expresamente a la Autoridad Judicial para disponer tales actos de prueba, lo cual así se ha señalado al inicio de apartado.

b) *Autorización Judicial*, establecida como sistema de control de la limitación de los derechos fundamentales y como expresión del ejercicio de la potestad

¹⁹⁸ Salomón Enrique Landaverde Hernández, et al, *Ibíd.* Ventana Jurídica 2, Consejo Nacional de la Judicatura, (2014), 5.

¹⁹⁹ José Antonio Díaz Cabiale, “*La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*”. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Premio Poder Judicial año (1992), 133 y ss.

jurisdiccional que en exclusiva pertenece a Jueces y Tribunales (*Art.117.3 CE.*). Como suele decirse, en este terreno “*la Jurisdicción ostenta, no sólo la última, sino también la primera palabra*”, actuación jurisdiccional que habrá de llevarse a cabo siempre mediante resolución debidamente *motivada*, como exige el *Tribunal Constitucional* en su STC. 23.6.1992, como medio de realizar el adecuado juicio de ponderación entre los intereses de la investigación y el derecho que se pretende sacrificar y como único procedimiento para garantizar el debido control de las resoluciones judiciales mediante los recursos, resolución tomada en el curso de un procedimiento penal en el que existan indicios racionales de criminalidad respecto a un delito grave, como exige el *Tribunal Supremo* en su STS., de 6.4.1994.

c) Principio de proporcionalidad, que obliga en cada caso a realizar una ponderación de los intereses en juego, de forma que sólo se recurrirá a la restricción del derecho fundamental cuando no se tenga otro medio de investigación que evite la lesión de los derechos del individuo, lo que conlleva además la prohibición de un exceso en la ejecución de la restricción del derecho. La importancia y trascendencia actuales de este principio, como resumen de las garantías de los Derechos Fundamentales, ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en su Auto de 18.6.1992 y en las SSTC. 113/1989, 85/1992 y 158/1993, de forma que siempre habrá de adoptarse, cuando sea necesaria la restricción del derecho fundamental, la alternativa menos gravosa para el mismo. Sin embargo, se afirma una relativización de los mismos y de las garantías de las personas frente a la coacción estatal, al elaborarse leyes que no respetan materialmente las garantías ni los derechos humanos. Es un comportamiento grave que necesita una fuerte reacción estatal, para que no queden impunes, pero es tarea ya del legislador penal general la creación de leyes²⁰⁰.

²⁰⁰ Maier, Derecho Procesal Penal II parte general: “*Sujetos Procesales*”. Editores del Puerto, (Buenos Aires, 2003), 422-433.

La jurisprudencia constitucional en la Sentencia acumulada 5-2001 /acumulada, de fecha veintitrés de diciembre de dos mil diez, respecto a los límites de la investigación del delito a través de la utilización de los medios extraordinarios de investigación, expresa que:... *“resulta posible conciliar la utilización de estos mecanismos de inteligencia policial, con los principios fundamentales que informan el proceso penal constitucionalmente configurado, por medio de la fijación de límites claros a su ejercicio y de un control judicial efectivo”*. Recalcando que el imputado como la defensa, deben de tener la posibilidad de conocer quien declara en su contra, aunque sea los datos de la identidad *“infiltrada”* y no real, posibilidad de interrogarlo. Aclarando que la actuación del policía, para que sea constitucional no debe de provocar o generar la idea criminal.

CAPITULO III

REGULACION DE LOS MEDIOS EXTRAORDINARIOS DE PRUEBA EN LA LEGISLACION PENAL SALVADOREÑA

SUMARIO: 1. Nociones generales del positivismo de los medios extraordinarios de Prueba. 2. Regulación Constitucional de los Medios extraordinarios de prueba. 3. Regulación Internacional de los medios extraordinarios de prueba. 4. Regulación Legal o Infra constitucional de los medios extraordinarios de prueba. 4.1. Leyes Especiales. 4.2 Código Procesal Penal.

1. Nociones generales del positivismo de los medios extraordinarios de prueba

La corriente doctrinaria del positivismo jurídico se viene desarrollando bajo el método jurídico, con el fin de darle claridad, lógica y sistemática, a través del método comparativo exclusivamente empíricos utilizando la lógica jurídica en particular. Filosofía del positivismo jurídica que ha llevado al derecho a una relación cercana con los hechos, realidades, problemas y fenómenos enmarcados en el contexto empírico. Por ello, la utopía de la filosofía del derecho que era concebido supra humano, bajó a lo intrínsecamente humano considerado este un mérito para el valor social.

El tópico de los medios extraordinarios de prueba, se considera de suma importancia por su contenido esencial, adquiriendo relevancia no solo en el contexto histórico-cultural de la filosofía positivista, atribuida al matemático y filósofo AUGUSTO CONTE, quien consideró que el conocimiento Humano había evolucionado atravesando tres etapas: la primera del estado teológico,

el segundo, el estado metafísico y el tercero, el estado positivo²⁰¹.

El término del positivismo fue elegido por el autor de referencia, sobre la base que señalaba la realidad y tendencia constructiva que él reclamó para el aspecto teórico de la doctrina. Véase que se interesó por la reorganización de la vida social buscando el bien de la humanidad a través del conocimiento científico, y por ende controlar las fuerzas naturales, dentro de los cuales no se puede excluir las reacciones sociales y culturales que persigue el ser humano en busca de encontrar un bienestar individual o colectivo sin considerar el menoscabo de los demás seres humanos que componen la totalidad del mundo humano que se compone de una diversidad de pensamiento, en especial el religioso, del cual, recibió rechazo de sus mismos discípulo, pero más tarde fueron aceptadas y desarrolladas por los filósofos sociales británicos JOHN STUART MILL y HERBERT SPENCER y el filósofo y físico austriaco ERNST MACH.

Por la noción del desarrollo que ha tenido el positivismo histórico, se considera importante el aspecto de la evolución científica que vincula de forma directa la teoría del positivismo del siglo XIX, en esa época se tenía la ventaja de poder referirse a un complejo de ciencia más desarrollado, y ese enorme progreso de las ciencias ofreció al positivismo una manera más exhaustiva y definitiva de la visión de la realidad, tanto natural como humana, sustituyendo cualquier otro conocimiento²⁰². Afirmando, por tanto, que las ciencias se limitan a establecer relaciones entre los fenómenos observables.

²⁰¹ Marín Maglio Federico, Monografía *El positivismo y las ciencias sociales*, (Argentina: 1998).

²⁰² María Ángeles Vitoria, *“La filosofía positiva”, Augusto Conte. Sostiene* que se tenía especial influjo por los filósofos más sobresalientes de la época, como D’Alembert, Montesquieu, Turgot y Condorcet. además, en cuanto a la crítica de la metafísica, Comte se inspira en el empirismo de Hume, al que señala en el Cathéchisme positiviste como su principal precursor en filosofía. Y, de modo más inmediato, las ideas del desarrollo científico y social, depende de Saint-Simón. <http://www.philosphica.info/autores.html#mav>.

En el devenir de la historia del positivismo, se llega hasta la física social o sociología que estudia el hecho de la sociedad y la constante de los comportamientos humanos²⁰³, creando enfoques combinados de las ciencias naturales con una cosmovisión etimológica que no puede separarse de la historia²⁰⁴.

Dinámica social, que se viene desarrollando en el acontecer de la historia social, basándose en estudios desde las leyes que regulan el comportamiento del hombre avanzando hacia la ciencia positiva que no es otra sino la que estudia los hechos sociales por los conflictos que es natural que surjan de la sociedad, y para su regulación es que aparece con su fuerza el Estado, según el método positivo de Comte, a través de la ley de los tres estadios contiguos, aunque con un complejo problema enfrentarse antagónicamente a otras ciencias, por ejemplo con la misma metafísica, pero debe de decirse que entra ya a la ciencia filosófica del positivismo. V.gr. La genética, por ejemplo, no se limitaba a cálculos estadísticos y de predicción de caracteres de la descendencia, sino que ha continuado en el intento de buscar el principio explicativo de las proporciones, primero de las unidades hereditarias y luego de los genes desde aquél siglo XIX.

La filosofía del positivismo nos manda un mensaje fuerte a las actuales generales, no escapa de la realidad de las cosas, en aquel momento nació como la única alternativa de aquellas nacientes generaciones que carecían de convicciones intelectuales para buscar la verdad para mantener un orden social y remediar los males de las nuevas generaciones que buscan la fuente

²⁰³ Cursos de Filosofía positiva, (1830-1842), 100, 101, 113. Relaciona al sociólogo BARAJAS MARTÍNEZ, JUAN CARLOS, Explica y define la sociología la ciencia social que se encarga del análisis científico de la estructura y funcionamiento de la sociedad humana o población regional, en su 2ª edición, 4ª reimpresión UNED, Madrid (1998), 58.

²⁰⁴ Yenise Hernández-Cordero, *La historia y su relación con otras ciencias. Sociología y Antropología*, Revista Ra Ximhai, vol. 9, núm. 2, mayo-agosto, (2013), 145-150, Universidad Autónoma Indígena de México, El Fuerte, México, 149.

segura de la verdad emprendiendo la verdadera posición del hombre en la sociedad en la cual se encuentra tratando de satisfacer su inteligencia bajo límites y abriendo horizontes vastos y desconocidos²⁰⁵ como el que ahora tenemos una generación que muestra inteligencia equivocada tratando de sobreponerse al poder del Estado, evidenciándose con ello la existencia de los dos componentes del positivismo, la filosofía y el Gobierno, orientado a la reorganización de la vida social y el bien de la humanidad a través del conocimiento científico, y del cual nace la fuerza coercitiva del Estado.

Ello, por cuanto, se subraya que la contribución de la filosofía positiva como contraposición al derecho natural, pues este último se diferencia con el derecho positivo a través de tres factores: a) el derecho positivo se inscribe en el plano de los medios que la prudencia jurídica va estableciendo para los fines o bienes inscriptos en la naturaleza humana; b) la potestad de dar normas positivas y la capacidad de compromisos y pactos remite al orden social natural y al derecho natural; y, c) las relaciones jurídicas básicas naturales y fundamentales necesitan del complemento y adaptación que posibilita el derecho positivo²⁰⁶.

La fuerza estatal que posteriormente se convierte en Poder, a priori no se piensa en cierta clase de individuos que tiene instrumento y que de alguna manera puede utilizarse a voluntad, más bien, se refiere a diversas formas de subordinación y al equilibrio asimétrico de las fuerzas que actúan, siempre que existan relaciones sociales, no en una sociedad única, sino a través de una multiplicidad de campos de fuerzas que están relacionados entre sí, por eso se afirma que el poder es una tecnología que implica una serie de

²⁰⁵ Augusto Conte, *Principios de Filosofía Positiva*, (Santiago: 1875). 75

²⁰⁶ Javier Hervada, *Introducción Crítica Al Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, (1981). 179

instrumentos mediante el cual una sociedad regula a sus miembros²⁰⁷. Bajo ese contexto es que se considera que se constituye como el fundamento histórico constitucional de los Estados²⁰⁸.

Desde esa perspectiva del positivismo social cultural en nuestra realidad, la situación de crisis social y política que su vez ha enfrentado el Estado de El Salvador, consiente de la realidad del adagio “*un Estado sin sociedad no existe, y que si hay Estado es porque existe una sociedad*”, cuyo fundamento lo marcó la Constitución de la República en el Art. 1, en el cual, reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común, y por tanto, tiene la obligación de asegurar a la sociedad el goce no solo de la libertad, salud, cultura, bienestar económico y la justicia social, sino de generar también que su organización política y soberana que le es dada por el pueblo salvadoreño, es fuerza y poder que deberá mantener siempre a fin de mantener un control en todo su territorio y en todas las actividades del Estado.

Para garantizar la fuerza de Estado, este realizó acciones legislativas tendientes a positivizar conductas extorsivas que ya no eran alcanzadas con la regulación del Art. 214 derogado del Código Penal, con la aprobación de la Ley Especial contra el Delito de Extorsión, se deroga el Art. 214 de referencia

²⁰⁷ Roger Cotterrell, *Introducción a la Sociología del Derecho*, “*El Poder, la Verdad y el Derecho*”, Ed. Ariel, Barcelona, 96, Cifra a DURKHEIM, quien sostiene “*la idea de que la sociedad prevalece sobre el individuo rescata que la integración social se funda en una creencia moral compartida de ahí, la técnica de poder. Señala tres obstáculos para analizar las relaciones de poder en la sociedad moderna (también denominada disciplinarias): la reducción del poder al marco de las instituciones representativas, la sustitución de la política a lo económico y la asimilación del poder a los aparatos de Estado*”.

²⁰⁸ Salvador Enrique Anaya B, et al., *Teoría de la Constitución Salvadoreña, Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y de la Cultura Constitucional en la República de El Salvador*, Prólogo i, San Salvador, (2003), 59.

general²⁰⁹, con el fin de intentar nuevamente de reconstruir la seguridad y la confianza de la sociedad. Situación que se ha visto más evidenciado con el Gobierno actual, quien ha realizado cambios importantes en el gabinete de Gobierno con el propósito firme de combatir frontalmente las estructuras del crimen organizado de los terroristas pandilleros, quienes con su accionar delictivo utilizando como estrategia la tecnología moderna por ejemplo: Redes Sociales dentro y fuera de los centros penitenciarios y armas de distintos calibres, han puesto resistencia no solo en lo social, sino que también enfrentando de forma directa a los miembros de la Policía Nacional Civil y de la Fuerza Armada de El Salvador, tratando de ejercer control social y político y por ende poder y control en el territorio nacional.

En ese contexto de la realidad, se señala que el cambio histórico-sociocultural es una evolución social y científica del derecho positivo en El Salvador, que implícitamente conlleva un humus para reconstruir el orden social que entró y ha estado en crisis no solo de forma política y social, sino también con deficiencia en el orden jurídico desde el año 90, a consecuencia del accionar extorsivo y otros ilícitos derivados de éste, que no solo lesiona o pone en peligro el patrimonio de un individuo y aun cuando no llegue a configurarse un menoscabo patrimonial efectivo, dichas acciones ya han afectado otros bienes jurídicos individuales, tales como la autonomía personal, integridad física, entre otros bienes jurídicos tutelados por el

²⁰⁹ Ley Especial Contra el Delito de Extorsión en El Salvador, ibíd. En la explosión de motivos en su romano I, dijo: *Que el delito de extorsión, previsto y sancionado en el Art. 214 del Código Penal, actualmente tiene una configuración legal insuficiente, que no corresponde con la realidad, ya que el mismo, por su carácter pluriofensivo, no solamente lesiona o pone en peligro el patrimonio de un individuo y aun cuando no llegue a configurarse un menoscabo patrimonial efectivo, dichas acciones ya han afectado otros bienes jurídicos individuales, tales como la autonomía personal*". Lo cual constituye una acción precisa de positivizar conductas que no estaban sancionadas o era insuficiente la configuración legal existente.

Estado de El Salvador, con la finalidad que las acciones delictivas realizadas por los grupos terroristas “MS y M18”, no queden impunes.

El auge de esa actividad delictiva de las organizaciones terroristas antes señaladas, ha permitido que el derecho natural revolucionario se transforme en derecho positivo, en la región centroamericana y en la región suramericana, dictando normas prohibitivas de conductas antisociales que exigen ese cambio sociocultural y jurídico que debe adaptarse a los poderes del Estado, aun cuando el positivismo jurídico considera que el derecho está instituido por una convención, por un artificio, consiente que el derecho no es una característica natural del ser humano, sino un elemento cultural²¹⁰ que se contrapone al iusfilosófica del derecho natural del ser humano con intereses contrapuestos al Poder del Estado.

Consecuentemente, es lo que ya se dijo respecto al aforismo “*no hay Estado sin sociedad*”, por ende, “*no hay sociedad sin Estado*” regido por normas preceptivas, es decir, si hay Estado, se reconoce que hay poder, y si hay poder hay un derecho positivo que controle con reglas claras ese poder. Se afirma por la doctrina que donde hay poder hay resistencia²¹¹, para el caso, la investigación se enmarca sobre la resistencia de las organizaciones criminales que de épocas han tratado de poner en jaque a los gobiernos de los países del mundo, con el tráfico de droga, como fuente de obtener finanzas y más recientemente aprovechando los avances tecnológicos más modernos, dichas organizaciones criminales han orientados sus acciones delictivas al cometimiento de otros ilícitos, dentro de los cuales se señala se encuentra el delito de extorsión, que ya no sólo es cometido por dichas organizaciones criminales, sino también ha sido aprovechado por los grupos

²¹⁰ Ernesto Alejandro Calleja Menjivar, at et, *La Influencia del Iusnaturalismo en las Resoluciones de la Sala de lo Constitucional Periodo 2009-2013 en materia de Derechos Fundamentales* (Tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2007). 93.

²¹¹ Cotterrell, *Ibid.*, 96.

terroristas denominados “MS y M18”, que operan en todo el territorio de El Salvador, y también a nivel internacional²¹², generando un clima de inseguridad y consiguientemente de impunidad crónica por falta de colaboración de los ciudadanos en colaborar con la administración de justicia para castigar los hechos cometidos por las referidas organizaciones criminales, fenómeno que se ve incrementado a partir de la década de los 90²¹³.

2. Regulación constitucional de los medios extraordinarios de prueba

El marco jurídico de El Salvador, por circunstancias humanas de la época del conflicto social y político armado y beligerante que deterioró durante más de una década los bienes jurídicos del ser humano, sino también los bienes jurídicos que conforma la estructura pública del Estado, provocando cambios importantes a nivel de derecho constitucional y por ende, dentro del derecho positivo interno, en el contexto de combatir, prevenir y erradicar el fenómeno del crimen organizado, luego de los acuerdos de paz, se introducen reformas importantes que tienen que ver con la seguridad del Estado, determina que la seguridad pública estará a cargo de la Policía Nacional Civil, como cuerpo profesional, independiente de la Fuerza Armada y ajeno a toda actividad partidista y que dentro de sus funciones de policía urbana y policía rural que garanticen el orden, la seguridad y la tranquilidad pública, está también la colaboración en el procedimiento de investigación del delito, y todo ello con

²¹² Vania Pérez Morales, *Diagnóstico de la evolución del delito de extorsión en México*, (1997 a 2013), 5. Quien afirma: “es un cuadro general de lo que está sucediendo a nivel regional, sin embargo, en el ONC creemos que esto no basta para reflejar, cómo a lo largo del territorio latinoamericano puede apreciarse un abanico disímil de esta conducta delictiva. No podemos decir que las extorsiones cometidas por las milicias en las favelas de Brasil, impliquen lo mismo que el pago de renteo a las pandillas en El Salvador, entre otros países de Sur América, respecto al delito de extorsión”.

²¹³ Claudia Virginia Samayoa, *Ejecuciones Extrajudiciales de Jóvenes Estigmatizados*, (2011), 51.

apego a la ley y estricto respeto a los Derechos Humanos²¹⁴.

El legislador en el art. 193 de dicho instrumento constitucional, establece es al Fiscal General de la República a quien le corresponde, según el numeral 3º) *“Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley”*, de lo cual, debe de hacerse énfasis en el tópico que nos ocupa (*medios extraordinarios de prueba*) y que estén debidamente determinado en dichas ley, en sentido formal²¹⁵, la ley procesal penal común y las leyes en especiales que más adelante nos referiremos, limitadas al respeto de los derechos humanos reconocido en el art. 1 de la mencionada ley suprema, naciendo por tanto, la obligación del Estado de asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social como ente organizado para la consecución de mantener los valores supremas de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.

²¹⁴ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983), art. 159 Inc. 2º) establece: *“La Defensa Nacional y la Seguridad Pública estarán adscritas a Ministerios diferentes. La Seguridad Pública estará a cargo de la Policía Nacional Civil, que será un cuerpo profesional, independiente de la Fuerza Armada y ajeno a toda actividad partidista, y el inc. 3º) regula: “La Policía Nacional Civil tendrá a su cargo las funciones de policía urbana y policía rural que garanticen el orden, la seguridad y la tranquilidad pública, así como la colaboración en el procedimiento de investigación del delito, y todo ello con apego a la ley y estricto respeto a los Derechos Humanos”*.

²¹⁵ Sala de lo Constitucional, Sentencia Incidente de Apelación, Referencia de 13-VI-95, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1994). Sostuvo que *“la regulación de un derecho constitucional conforme al artículo 246 de la Constitución, sólo puede hacerse en virtud de una ley (...). Él constituyente manda que la ley, no deba alterar los principios establecidos por la Constitución. Se refiere a la ley en sentido formal o sea aquella norma jurídica que, independientemente de su contenido, fue creada por el Órgano Legislativo del Estado, ajustándose al procedimiento de formación de la ley”. Es decir, que los derechos constitucionales, cuando no han sido regulados o limitados por la misma Constitución, lo pueden ser por normas infraconstitucionales, en las que se establecerán los alcances, manifestaciones, condiciones para su ejercicio y garantías, no es per se inconstitucional, como tampoco lo es -desde una interpretación de la Constitución basada en el principio de concordancia práctica- el establecimiento de ciertos impedimentos para su ejercicio, cuando está de por medio la garantía de otros derechos constitucionales, la seguridad de la generalidad y el bien común”*.

El Estado con el afán de cumplir ese poder conferido por el pueblo salvadoreño, y con la obligación constitucional adquirida, motivado en el auge del fenómeno de la criminalidad organizada y siendo que El Salvador, consciente de la realidad actual y los avances tecnológicos implementados por las organizaciones criminales, y cumplir con los acuerdos internacionales respecto a Convenios Multilaterales en materia de drogas, que deterioran la salud física y mental de los ciudadanos y la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, que contiene principios fundamentales para los Estados dentro de los cuales están mantener la paz y la seguridad internacional, atendiendo las resoluciones dictadas²¹⁶, respecto a tomar medidas eficaces para prevenir, combatir y erradicar amenazas contra la paz por las organizaciones terroristas, se crean leyes especiales que se enunciarán en los subsiguientes subcapítulos en las cuales se introducen las técnicas especiales de investigación como la figura del agente encubierto, compra controlada, entrega vigilada, identidad protegida y se habilitan para que en calidad de testigos puedan declarar en juicio para probar los hechos y la participación de los miembros de las organizaciones terroristas que han intervenido de forma directa e indirecta en los ilícitos inicialmente investigados como delitos de droga y contra el terrorismo.

Con el tiempo, han ido apareciendo dentro del accionar de estas organizaciones criminales otros ilícitos como el delito de secuestro, trata de personas, tráfico de personas, extorsión, entre otros, que para neutralizar todas las acciones delictivas, se debe tomar en cuenta que los medios convencionales de prueba reconocidos durante la historia como *“medios de prueba”*, por ser insuficientes para cumplir los compromisos adquiridos por el

²¹⁶ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (ONU). En la Carta de las Naciones Unidas se establecieron seis órganos principales en la Organización, incluido el Consejo de Seguridad. La responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales corresponde al Consejo de Seguridad, que podrá reunirse cada vez que la paz se vea amenazada.

Estado de El Salvador al suscribir los precitados tratados y convenios internacionales, es el fundamento por la cual se han creado las técnicas o mecanismos especiales de investigación antes indicada y que la doctrina viene reconociendo ya como “*medios extraordinarios de prueba*” y su uso debe de hacerse siempre que sean necesarios y útiles para la eficacia de la investigación de los hechos delictivos graves y complejos, y además, para determinar la participación u autoría de los miembros de las organizaciones criminales que han intervenido directa e indirectamente en los mismos, siempre que no se vulneren derechos fundamentales de la persona humana.

De tal manera que, al reconocer el Estado que la persona humana es el origen y el fin del mismo, deriva también la obligación de respetar el derecho humano de la dignidad de la persona, como derecho esencial y connatural de la misma, especialmente cuando una persona es señalada del cometimiento de un delito, se activa inmediatamente el derecho que tiene de presumirse su inocencia, derecho que los Estados están obligados a respetar y garantizar al igual que el resto de los derechos inherentes a la persona, según lo describe el art.1 de la misma carta primaria del Estado, iniciando con los órganos auxiliares de la administración de justicia que practican los primeros actos de investigación hasta en el eventual juicio oral y público, cumpliendo con el debido proceso constitucionalmente configurado como lo exige todo Estado Auténtico de Derecho Democrático.

la Sala de lo Constitucional sobre el alcance del principio de la presunción de inocencia, ha afirmado que *"toda persona sometida a un proceso o procedimiento, es inocente y se mantendrá como tal dentro del proceso o procedimiento, mientras no se determine su culpabilidad por sentencia definitiva condenatoria o resolución motivada, y respetando los principios constitucionales procesales. Por lo tanto, se considera que ninguna persona*

natural o jurídica puede verse privada de algún derecho por aplicaciones automáticas y aisladas de ‘presunciones de culpabilidad’, sean legales o judiciales, ya que las mismas son inconstitucionales si no se acompañan de otros medios de prueba que lleven a una conclusión objetiva de culpabilidad”²¹⁷.

Para cumplir con el fin del Garantismo Jurídico Constitucional, parte esencial de la evolución de las ciencias penales en todas las regiones del mundo en donde todos los sistemas procesales de carácter inquisitivo, prácticamente han quedado en el pasado por no adecuarse a la realidad actual. El legislador salvadoreño, ha tratado de adecuar su legislación en materia procesal penal siendo coherente con el marco constitucional que tiene como fundamento esencial fortalecer dicho sistema del garantismo jurídico procesal penal sin apartarse de nuestros propios patrones socioculturales, bajo los compromisos adquiridos y ser más efectivo en el combate de la delincuencia, aprueba mediante D.L. No. 733 de fecha 22 de octubre de 2008, Publicado en el D.O. No. 20, Tomo 382 del 30 de enero de 2009, el Código Procesal Penal que entró en vigencia el uno de enero del año dos mil once, Instrumento jurídico procesal que contiene los principios y las normas procesales desarrollando las garantías constitucionales, especialmente en la persecución del delito como función propia del Fiscal General de la República, que la contravención a las disposiciones constitucionales puede conllevar responsabilidad penal al infractor, siendo consecuente con la jurisprudencia constitucional²¹⁸, ya no solo al ente Fiscal, sino también al

²¹⁷ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 360-97*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1997). Considerando III 2. Resalta como parte del principio de legalidad, que toda persona sometida a un procedimiento judicial, se le debe de garantizar el derecho a la presunción de inocencia en tanto no se determine su culpabilidad o inocencia en un juicio oral y público.

²¹⁸ Sala de lo Constitucional *Sentencia de Habeas Corpus, Referencia: HC 169-97*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1997).

Juez como garante de los derechos fundamentales de las personas y de la potestad de juzgar.

Y, es que, ante las facultades constitucionales en la investigación del delito que tiene el Fiscal General de la República, la actividad investigativa no es absoluta, aun cuando la ley formal material le faculte para utilizar las “*técnicas especiales o extraordinarias*” en la investigación de delitos en casos concretos y cuando hayan sospechas fundadas²¹⁹ como para presumir que en un lugar público o privado existen objetos relacionados con la comisión del hecho punible que se investiga, o que ahí puedan efectuarse detenciones, el fiscal o la policía, deberán solicitar al juez la expedición de una orden de registro de ese lugar, quien deberá resolver en un plazo no mayor de dos horas. Establece la responsabilidad penal del Juez.

De esa manera, se constituye una contrapartida a la facultad del Ministerio Pública Fiscal, el mismo legislador le impone limitaciones a efecto de no violentar derechos elementales en el ejercicio del poder Estatal, así por ejemplo: (i) el derecho a la intimidad no puede ser vulnerado, ya que no solo está garantizado por el Art. 186 del CPP, cuando se intercepte, impida o interrumpa una comunicación telegráfica o telefónica o se utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación de sonido, la imagen o cualquier otra señal de comunicación, por ser un derecho fundamental protegido en el art. 24 Inc. 2º de la Constitución al prohibir la interferencia y la intervención de las comunicaciones²²⁰, (ii) la protección a la

²¹⁹ Código Procesal Penal de El Salvador Ibíd. Art. 191.

²²⁰ Sala de lo Constitucional Sentencia *de Habeas Corpus*, Referencia: 145-HC-2001 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2002). dijo: “*En esta delimitación del contenido esencial de la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas cobran especial significado los sujetos que pueden resultar lesionados en una intervención telefónica, pueden ser dos los perjudicados, el titular del derecho fundamental violado, es la persona que sufre la intromisión ilegítima (emisor o retores, y el sujeto legitimado, si no participó, se ve afectado*”.

libertad ambulatoria, art. 20 de la Constitución, respecto a la inviolabilidad de la morada²²¹.

Es decir, que en ambos casos si no hay voluntad solo se puede ingresar a ella, por orden judicial, y así otros casos como la limitación a emitir una orden de detención administrativa no podrá exceder de setenta dos horas, caso contrario, el incumplimiento al plazo de referencia, vulnera el derecho a la libertad ambulatoria de esa persona que ha sido privada con esa orden administrativa, o por ejemplo, en la investigación de un delito en concreto de droga, donde ha participado un agente encubierto sin autorización fiscal como técnica “*extraordinaria de prueba*”, esa fuente de prueba se vuelve ineficaz por afectación de derechos fundamentales, constituye prueba ilícita, y por tanto, carece de valor para la autoridad judicial, reafirmandose así, un auténtico Estado Democrático de Derecho²²².

3. Regulación internacional de los medios extraordinarios de prueba

En relación a la regulación a nivel internacional de los “*medios extraordinarios*” de prueba, tenemos:

1) Convenio de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, aprobada por la Conferencia en su sexta sesión plenaria, celebrada el 19 de diciembre de 1988, en virtud de

²²¹ Sala de lo Constitucional *Sentencia de Habeas Corpus, Referencia: 249-HC-2002* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2002). Dijo: “*en la delimitación del contenido de la garantía e inviolabilidad de morada, cobra especial significado los supuestos que pueden resultar lesionados, entendiendo este Tribunal que pueden ser dos los perjudicados: uno será la persona natural, cuando se trate del ingreso a la morada de un individuo en particular, y otro la persona jurídica, en razón de los individuos que conforman la persona jurídica pueden verse afectados cuando se ingrese sin ningún tipo de autorización a las oficinas, establecimientos mercantiles o locales comerciales e la misma*”.

²²² Reinaldo González, *La Prueba Indiciaria*, fundamentos para una formulación teoría en material criminal”, Colección Jurisprudencia y Ciencias Sociales Universidad de El Salvador, Escuela de Ciencias Jurídicas No. 3, Aequus ed., (2015), 136 y ss.

la preocupación del crecimiento del tráfico ilícito a nivel internacional, con el fin de prevenir y erradicar y privar de libertad a las personas dedicadas a ese fenómeno delictivo, y para fortalecer medidas²²³ en su art. 1, define: *““Por "entrega vigilada" se entiende la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o el Cuadro II anexos a la presente Convención o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del art. 3º de la presente Convención””*.

Instrumento internacional, que se constituye como el mayor referente por contener de forma expresa *“técnicas extraordinarias de investigación”* con el fin de identificar a las personas intervinientes en la comisión de delitos de estupefacientes y otras sustancias controladas, en el cual las partes se comprometieron a mantener una estrecha colaboración entre sí y en armonía con los ordenamientos internos y administrativos en el seguimiento y otras técnicas especiales para la detección de los movimientos para la comisión de los ilícitos de droga, y en el art. 11, establecieron siempre y cuando los principios fundamentales de la legislación interna lo permitan, utilizar la técnica de entrega vigilada como fuente *“extraordinaria”* para probar los hechos delictivos de droga y sancionar a los culpables²²⁴. A diferencia de

²²³ Tenía como finalidad, enfrentarse a la magnitud y difusión del tráfico ilícito y sus graves consecuencias.

²²⁴ Convenio de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1988). Art. 11. Véase que este instrumento jurídico internacional, es potestativo, no obliga, pero debe de entenderse que para los Estados partes, hay una vinculación moral para adaptar sus legislaciones a los efectos jurídicos del mismo.

otros instrumentos internacionales únicos que anteceden al comentado, no se introducen en los mismos las técnicas policiales de investigación para los fines de prevenir, erradicar y capturar a los traficantes de droga, y es la razón por la cual, no suman en esta investigación.

2) Convenio Centroamericano para la Protección de Víctimas, Peritos y demás Sujetos que Intervienen en la Investigación y en el Proceso Penal, Particularmente en la Narcoactividad y Delincuencia Organizada, instrumento de derecho comunitario que tiene por objeto brindar mecanismos y medidas de protección a las personas que intervienen en la investigación penal en carácter de testigos, víctimas y peritos especialmente en el ámbito de la delincuencia organizada y el narcotráfico²²⁵.

3) Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional²²⁶, establece en el art. 24, *“Cada Estado parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas...”* el art. 25 amplía la idea de protección, así, *“Cada Estado parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para prestar asistencia y protección a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención, en particular en casos de amenaza de represalia o intimidación...”*.

Por lo anterior, ambas disposiciones de las Convenciones de referencia, establecen las reglas claras para la utilización de medidas *“extraordinarias”* en la investigación para las víctimas que intervengan como testigos en

²²⁵ Suscrito por los países Centroamericanos el 12 de julio del año 2007.

²²⁶ Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, (Asamblea General, Naciones Unidas, 2000). Mediante resolución A/RES/55/25.

general y especialmente para testigos criteriados que colaboren en la investigación de delitos contemplados en dicha Convención a cambio de ventajas procesales penales y que pueden llegar incluso a la inmunidad judicial²²⁷.

4) Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder²²⁸, reconoce expresamente que las víctimas pueden sufrir dificultades cuando comparecen en juicio, por lo que los procedimientos judiciales y administrativos deben adecuarse a las necesidades de las víctimas, adoptando medidas para minimizar las molestias causadas, proteger su intimidad en caso necesario y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares, contra todo acto de intimidación y represalia²²⁹.

Instrumento jurídico internacionales, que si bien no es un tratado internacional, y que no produce por si misma efectos jurídicos vinculantes para los Estados, puede ser interpretado y aplicado en términos extensivos y amplios en concordancia con convenios vigentes, y con normas constitucionales y secundarias de derecho interno, para que el juez asegure en cada caso concreto mayores niveles de protección para las víctimas, en relación al acceso a la justicia y la participación de las víctimas en los procedimientos²³⁰.

²²⁷ *Ibíd.* Mediante resolución A/RES/55/25. Idénticas medidas de protección se prevén en el artículo 25 para las víctimas en el caso de que intervengan como testigos y para los testigos criteriados que colaboren en la investigación de delitos contemplados en la Convención, a cambio de ventajas procesales y penales, que pueden llegar incluso a la inmunidad judicial según el artículo 26 del mismo instrumento.

²²⁸ Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1985).

²²⁹ Juana del Carpio Delgado, *Las Víctimas ante los tribunales penales internacionales Ad Hoc*, 162.

²³⁰ Florentín Meléndez, *Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos...*, “La interpretación y aplicación de las normas sobre derechos humanos”, Sexta Edición, 2008, 135.

5) Declaración Universal de Derechos Humanos, encontramos una regulación en términos generales, que puede servir de base para fundamentar la aplicación de medidas de protección a favor de víctimas y testigos, el artículo 3 expresa: *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”²³¹*.

6) Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, específicamente regula medidas de protección a las víctimas y testigos, protección que se hace extensiva al grupo familiar en consonancia con el concepto de víctima que define este instrumento. Estableciendo en el artículo A-6. d. *“Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas”, d) “Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia”²³²*.

7) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como instrumento de orden internacional, el artículo V, otorga a los operadores de justicia la posibilidad de dispensar unas medidas de protección a favor de las personas que comparecen a una investigación en calidad de víctimas o testigos; al preceptuar: *“Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”²³³*. Trata sobre declaraciones de orden internacional habrá que

²³¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, *Ibíd.* Desde luego que para aplicar esta disposición habrá que hacer una interpretación en consonancia con convenios o tratados internacionales y con la Constitución y demás leyes internas como la Ley procesal penal y la ley Especial de Protección de Víctimas y Testigos, para producir efectos vinculantes.

²³² Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia Para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1985). Artículo A.6. d.

²³³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (Asamblea General de las Naciones Unidas, Bogotá, Colombia, 1948). Artículo V.

interpretarlas en consonancia con tratados generales y la legislación interna a fin de poder fundamentar medidas de protección.

8) Convención Americana Sobre Derechos Humanos, el artículo 5.1 regula el Derecho a la integridad Personal, al expresar: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”*. En el mismo sentido el artículo 7 de ese instrumento dice: *“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”*. Normas de carácter internacional que interpretadas en coherencia con otras de su misma naturaleza y en armonía con la legislación interna, puede servir para fundamentar medidas de protección a favor de víctimas vulnerables en el curso de una investigación²³⁴.

9) Convención Interamericana Contra la Corrupción, es un tratado internacional que involucra medidas de protección, a funcionarios y ciudadanos que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la medida de ocultar la identidad, por lo que dispone medidas de protección²³⁵.

10) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de entre una variedad de derechos civiles que incorpora este Tratado Internacional, en general algunas disposiciones del mismo conciernen a las víctimas. Sin embargo, es en el artículo 9.1. Donde específicamente se refiere a la seguridad inherente a las personas, así: *“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”*, y el artículo 14.3 g. señala que *toda persona acusada de un delito tendrá derecho «A no ser obligada a declarar*

²³⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Estados Americanos, San José Costa Rica, 1969). Artículos 5.1 y 7, de La Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y Ratificada por El Salvador, mediante Decreto Legislativo No. 5 de 15 de junio de 1978, Publicado en el Diario Oficial No. 113 de 19 de junio de 1978.

²³⁵ Convención Interamericana Contra la Corrupción, (Estados Americanos, Suscrita por El Salvador, 1996). Fue ratificada por la Asamblea Legislativa mediante Decreto 351/1998 de 9 de julio de 1998 y publicada en el diario Oficial No. 340 de 17 de agosto de 1998.

contra sí misma ni a confesarse culpable.» .Expresión que podría servir de base a los operadores para decretar determinadas medidas de protección²³⁶.

4. Regulación legal o infraconstitucional de los medios extraordinarios de prueba

4.1. Leyes especiales

1) Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja, creada bajo la inspiración de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas para prevenir, investigar, sancionar y erradicar las actividades terroristas que no solo afectan al país, sino también a la comunidad internacional, establecen dentro del régimen de prueba: prueba científica y declaraciones del agente encubierto, víctimas o testigos, además de los medios convencionales que contempla el código procesal penal²³⁷.

Su creación obedece a las obligaciones del Estado de proteger, conservar y defender el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad al trabajo, a propiedad y posesión de las personas, ello, en razón que en la actualidad los delitos más graves que se cometen tanto en el ámbito nacional como internacional, revisten las características del crimen organizado o son de realización compleja.

²³⁶ Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200 A (XXI), 1966). Ratificado por El Salvador mediante Decreto Legislativo No. 27 de 23 de noviembre de 1979, Publicado en el Diario Oficial 218 de 23 de noviembre de 1979.

²³⁷ Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2006). Art. 42, literal a) establece: *“La información contenida en filmaciones, grabaciones, fotocopias, videocintas, discos compactos, digitales y otros dispositivos de almacenamiento, telefax, comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas, en los términos a que se refiere el art. 302 inciso Segundo del Código Penal, tratándose de delitos previstos por esta Ley”, art. 45, establece: Será admisible como prueba la declaración del agente encubierto, víctima o testigo a través de medios electrónicos que permitan el interrogatorio en tiempo real y con distorsión de voz e imagen por razones justificadas no disponibles para realizarla en persona ante la autoridad competente. Esta medida será ordenada por el juez, a petición de cualquiera de las partes”.*

Instrumento considerando necesario que regula un procedimiento especializado con mayor celeridad y eficacia sancionando los delitos de homicidio, secuestro y extorsión, y para contrarrestar y prevenir y desarticular las estructuras de criminalidad organizada, se le recalcó a la FGR., su facultad de la persecución penal y determinar la responsabilidad penal de sus autores o partícipes, para que se empleen en el caso concreto los “*métodos especiales de investigación*” (agente encubierto y entrega vigiladas) auxiliándose de la policía nacional civil por medio científicos y tecnológicos y otros instrumentos o artificio técnico de transmisión o grabación del sonido, la imagen o de cualquier otra señal de comunicación u otro medio científico regulado en la referida disposición procesal penal.

2) Ley Reguladora de las Actividades Relativa a las Drogas²³⁸, creada con el fin de adecuar a la realidad actual y a los avances tecnológicos implementados por quienes se dedican a ejercer acciones que riñen con disposiciones contempladas en acuerdos o convenciones internacionales y asumidas por el Estado de El Salvador, para combatir y controlar y erradicar las actividades ilícitas a las drogas, se contemplan para ese fin la creación de las figuras del agente encubierto, la compra controlada, entrega vigilada, identidad protegida, y su definición legal²³⁹, como formas necesarias que deben de utilizarse previa autorización por escrito del Jefe de la División de Antinarcóticos o de quien haga sus veces, y la FGR., autorizará y supervisará el procedimiento de la “*entrega vigilada*”.

Instrumento jurídico especial, que se vuelve importante por contener las

²³⁸ Ley Reguladora de las Actividades Relativa a las Drogas de El Salvador, Ibíd. 2003). Se derogó el Decreto Legislativo No. 728 de fecha 5 de marzo de 1991, publicado en el Diario Oficial No. 52, Tomo 310 del 15 del mismo mes y año, se emitió Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, que carecía de las técnicas especiales de referencia.

²³⁹ Ibíd. Art. 4, ver definiciones de las figuras del agente encubierto, compra controlada, entrega vigilada e identidad protegida.

definiciones de las figuras que conforma parte del objeto de la investigación de los “*medios extraordinarios de investigación criminal y de prueba*”, el cual no deja duda fue inspirado en el Convenio de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, aprobada por la Conferencia en su sexta sesión plenaria, celebrada el 19 de diciembre de 1988, y Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional que se constituyen también leyes de la república por formar parte El Salvador, de Las Naciones Unidas.

3) Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos²⁴⁰, sustentada en que, la constitución reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, y que todas las personas son titulares de una esfera jurídica individual se conforma entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la propiedad, a la seguridad y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos, en atención a la realidad actual evidencia la necesidad que las víctimas, testigos y otras personas que intervienen en la investigación del delito o en procesos judiciales, sus familiares y otras vinculadas a ellas.

Medidas que están clasificadas para proteger la identidad de las personas sujetas a medidas ordinarias Y/o medidas extraordinarias conforme lo regula el art. 4 de la ley, su objetivo es evitar sean vulnerables en sus derechos y garantizar eficazmente el juzgamiento, para ello, se crea dicho instrumento

²⁴⁰ Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2006). Art. 4, *define como medidas de protección literal a) “Son las acciones o mecanismos tendentes a salvaguardar la vida, la integridad personal, la libertad, el patrimonio y demás derechos de la persona protegida. Estas medidas pueden ser: Ordinarias, extraordinarias y urgentes: 1) Medidas de protección ordinarias. Son las acciones encaminadas a preservar la identidad y localización de las personas protegidas. 2) Medidas de protección extraordinarias. Son las acciones que brindan seguridad integral a las personas protegidas, de manera temporal o definitiva, por condiciones de extremo peligro o riesgo. 3) Medidas de protección urgentes. Son las medidas ordinarias y extraordinarias que se aplican de manera inmediata y provisional, de acuerdo al riesgo o peligro, y que se brindan mientras se resuelve sobre la aplicación definitiva de las mismas”.*

jurídico implementándose el programa integral de protección de testigos y víctimas, que garantice los derechos fundamentales de la persona humana para evitar ponerlas en riesgo y peligro cuando intervengan en un proceso judicial.

4. Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones²⁴¹, creada como instrumento más eficaz para la persecución penal en la lucha contra la delincuencia grave, organizada transnacional, posibilita la intervención telefónica como limitación legítima, necesaria, proporcional y racionalizada para evitar el abuso al derecho constitucional al secreto de comunicaciones en el ámbito del derecho fundamental a la intimidad, siempre que sea necesario la investigación bajo autorización judicial especializada para obtener la prueba científica dentro del catálogo de delitos señalados en el art. 5, dentro de los cuales, se incluye al delito de extorsión base para la investigación del presente tópico, para neutralizar el embate de la delincuencia organizada en el país.

5. Ley Especial Contra el Delito de Extorsión, creada en consideración a la evolución y formas más complejas y sistemáticas que el delito se comete en perjuicio del patrimonio individual y colectivo, de la familia, a la pequeña y mediana empresa, a diversos sectores de la vida nacional incrementando los costos de producción y desincentivando la inversión, con lo cual distorsiona el sistema socioeconómico en general, produce daños en el tejido social y la tranquilidad comunal, que ya no solo se violenta el derecho patrimonial individual y colectivo, la autonomía persona, sino también, la paz nacional entre otros. Utilizando como instrumento para cometer el delito de extorsión las organizaciones criminales los servicios de telecomunicaciones que prestan los operadores de redes comerciales de telecomunicaciones y

²⁴¹ Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2010).

especialmente generadas del interior de los centros penitenciarios, y para evitar el accionar de tales organizaciones criminales (grupos terroristas M-S y M-18), se implementa las técnicas de investigación y aspectos probatorios “medios extraordinarios” de prueba en dicha ley²⁴² para evitar la impunidad del delito extorsivo.

6. Ley Especial de Extinción de Dominio²⁴³, creada para fortalecer y complementar las medidas previstas en la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, en atención que la delincuencia está afectando gravemente los derechos fundamentales y constituye una amenaza para la defensa y la seguridad, el desarrollo y la convivencia pacífica de la sociedad salvadoreña, volviendo imperiosa la necesidad de fortalecer el combate de toda actividad ilícita, a través de dicho mecanismo legal que permita al Estado prevenir y combatir más eficazmente las actividades de dichas organizaciones criminales para proceder sobre los bienes de origen o destinación ilícita y aquellos bienes de

Ley Especial Contra el Delito de Extorsión de El Salvador, Ibíd. Art. 4, dice: “*En la investigación del delito de extorsión, podrán emplearse las técnicas de investigación policiales, como el caso de las entregas bajo cobertura policial o las establecidas en el art. 282 del Código Procesal Penal, tales como agentes encubiertos, entre otras, previa autorización de la Fiscalía General de la República, así como la grabación de las llamadas de uno de los interlocutores, de conformidad con el Art. 46 de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones. En el enjuiciamiento del delito de extorsión, se deberá favorecer la aplicación de anticipos de prueba y la admisión del testimonio de referencia. Los Jueces otorgarán valor probatorio a los análisis de bitácoras de llamadas y a las declaraciones de los agentes policiales o particulares que participaron en la negociación y entrega bajo cobertura policial, así como cualquier otro medio probatorio, científico o tecnológico que les lleve al convencimiento de la existencia del delito y la participación delictiva*”.

²⁴³ Ley Especial de Extinción de Dominio de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2013). Art. 20, regula: “*Además de las facultades señaladas en la normativa procesal penal, el fiscal especializado, en el desarrollo de esta etapa, podrá: a) Utilizar cualquier medio probatorio y todas las técnicas de investigación que estime necesarias, siempre y cuando se garantice el respeto de los derechos fundamentales ...*”

valor equivalente, para cuyo fin en el art. 20 de dicho instrumento se faculta la utilización de cualquier medio probatorio y todas las técnicas de investigación que sean necesarias siempre y cuando se garantice el respeto de los derechos fundamentales en la actuación de investigación de la policía nacional civil bajo dirección funcional del Fiscal General de la República por medio de sus agentes auxiliares.

4.2. Código procesal penal (Vigente 01/01/2011)

El Código Procesal Penal, creado según Decreto número 733, aprobado el día 22 de 2008, Publicado en el Diario Oficial número 20, del 30 de enero de 2009, con el fin de establecer nuevos instrumentos que permitan una administración de justicia más rápida y efectiva, que tutelen de manera más eficaz los derechos de las víctimas en un justo equilibrio con los del imputado, y se potencie una mayor efectividad de las instituciones del sistema penal. Dicho instrumento establece un sistema procesal mixto de tendencia acusatoria, sistematiza un mejor ejercicio del poder punitivo del Estado, reafirmando el carácter de órgano persecutor del delito a la Fiscalía General de la República, así como del ejercicio democrático de la promoción de la acción penal; y la función del Órgano Judicial, como garante de los derechos fundamentales de las personas y de la potestad de juzgar.

En dicho instrumento jurídico procesal penal, se desarrolla la función constitucional que tiene el ente Fiscal, en el art. 18 y siguientes, se regula el Principio de Oportunidad de la Acción Penal Pública, de cara a combatir de forma más efectiva y contundente la delincuencia no convencional²⁴⁴, es decir, todos aquellos hechos realizados por las organizaciones criminales

²⁴⁴ Ramírez Murcia, 65. El autor define al principio de oportunidad como “*aquel en que el Estado a través del ente acusador en su momento y con la vigilancia del juzgador, decide prescindir de la persecución penal, de uno, varios o todos los delitos que se le pueda adjudicar al hecho y a uno, varios o todos los imputados, en razón de las diversas circunstancias relacionadas a cuestiones de política criminal*”.

como política criminal del Estado, dándole la oportunidad a uno o varios imputados que hayan intervenido directamente en alguno de los delitos que están dentro del catálogo de delitos de acción pública, siempre que se cumplan los requisitos exigidos para la exoneración de la sanción penal.

Se regula también a la víctima y testigo como sujeto procesal, en el art. 106 y 186²⁴⁵ y que supletoriamente complementa la regulación especial de la protección de la víctima y testigo, especialmente en la declaración en juicio oral, momento en el cual adquiere mayor importancia su deposición y por ende relevancia el régimen de protección a efecto de no poner en riesgo o peligro su derecho fundamental de la vida, integridad física, entre otros.

Asimismo, en el art. 175, el principio de legalidad de la prueba, establece una prohibición general al tormento, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona; todo lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar. Debe decirse, que posteriormente en el inciso cuarto establece que: *“No obstante, tratándose de operaciones encubiertas practicadas por la policía, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado, delitos de realización compleja, delitos de defraudación al fisco y delitos contenidos en la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, la Ley Reguladora de las Actividades relativas a las Drogas y la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, previa autorización por escrito del fiscal superior”*. Es decir, que permite las técnicas especiales de investigación policial de carácter excepcional, incluyendo al imputado (arrepentido o con

²⁴⁵ Código Procesal Penal de El Salvador, *Ibíd.* Arts. 106 y 186, resuelve en alguna medida el vacío sobre el régimen jurídico procesal de la declaración de la víctima, al incorporar como uno de sus derechos la posibilidad de rendir su declaración, incluso de manera protegida y la posibilidad de valorarla de acuerdo al principio de libertad probatoria.

criterio de oportunidad) cuando se cumplan los presupuestos que señala el art. 282²⁴⁶ del mismo cuerpo de ley procesal penal.

Por otra parte, como operaciones técnicas y científicas como actos urgentes de comprobación en el art. 186 y 187 del Código Procesal Penal²⁴⁷, faculta a la Policía Nacional Civil bajo supervisión fiscal, ordenar exámenes serológicos, químicos, microscópicos, microfotografía, macrofotografía, pruebas ópticas, biogenéticas, antropométricas, fonográficas, grafoscópicas, electrónicas, acústicas, de rayos X, perfiles genéticos y las demás disponibles por la ciencia y la técnica. ante presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico u otro vestigio que permita determinar datos como la raza o el tipo de sangre en una escena del delito realizar exámenes de ADN para el levantamiento de perfiles genéticos, en estos últimos a fin de respetar los derechos fundamentales cuya garantía corresponde dentro del sistema de administrar justicia, al Ministerio Público Fiscal y al Órgano Jurisdiccional, ya que comparten una función constitucional de ser garantes del cumplimiento de las reglas del debido proceso y de vigilar la vigencia del respeto a los derechos humanos²⁴⁸.

²⁴⁶ *Ibíd.* Art. 282.

²⁴⁷ *Ibíd.* Art. 86, establece: "..., se podrán ordenar operaciones técnicas y científicas, tales como exámenes serológicos, químicos, microscópicos, microfotografía, macrofotografía, pruebas ópticas, biogenéticas, antropométricas, fonográficas, grafoscópicas, electrónicas, acústicas, de rayos X, perfiles genéticos y las demás disponibles por la ciencia y la técnica", que se relaciona con el procedimiento del art. 187, regula: "Ante la presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico u otro vestigio que permita determinar datos como la raza o el tipo de sangre en una escena del delito, el fiscal podrá requerir la realización de exámenes de ADN para el levantamiento de perfiles genéticos. Si se requiere cotejo con la información genética de la persona investigada, con muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, el fiscal deberá solicitar al juez la autorización de la diligencia".

²⁴⁸ Montecino Giralt, et al, *Ibíd.* 27. Aquí a su vez, se resalta la inflexibilidad de la Fiscalía General de la República al momento de fundamentar la acusación, le obliga a hacerlo extensiva a las circunstancias de cargo y de descargo para con el imputado. Situación que en la práctica por políticas internas de la FGR., no se extiende a las circunstancias de descargo.

Vale Conspicar, que al Ministerio Público Fiscal, se le da la función de Dirección de la Investigación que realiza la Policía Nacional Civil, por no ser consecuente con la creciente criminalidad organizada, dedicadas al cometimientos de los delitos de robo en general, de contrabando, sicariato, narcotráfico, lavado de dinero y activos, sino porque de acuerdo a los estudios técnicos operativos del sistema procesal inquisitivo que se tenía, ya no estaba acorde con los avances sociales y culturales de aquel momento y era necesario que implementaría el nuevo sistema acusatorio mixto moderno de la administración de justicia en 1996, y posteriormente en 2009, pero debe decirse, que sirvió a los críticos del sistema para lograr el cambio del sistema procesal penal antes mencionado, que si bien ya estaba dotado de garantía, presentaba deficiencias en la investigación y fueron equiparadas respecto a la acusación y la actividad probatoria como parte del debido proceso.

Mutación legal, que por el auge de la delincuencia organizada local y transnacional, fue importante ya que se iniciaba especialmente la delincuencia social denominadas pandillas o maras que se vincularon de forma directa y permanentes con la delincuencia organizada antes referida, dedicándose al tráfico de armas, estupefacientes, trata de personas y por supuesto al delito de extorsión base para este trabajo de investigación, y como ya se dijo, el cambio procesal determinó el rol específico del ente Fiscal y del Juez dentro ese nuevo modelo de derecho procesal penal acusatorio adoptado en El Salvador²⁴⁹.

Se destaca en esa nueva dimensión del proceso penal, el rol del Ministerio Fiscal como representante del Estado, en lo referente a la investigación, recolección, incorporación y producción de la prueba, dentro de la actividad

²⁴⁹ Ramírez Murcia, *La Reforma Procesal Penal en El Salvador*, Corte Suprema de Justicia, Departamento de Publicaciones, (San Salvador, El Salvador, 2017), 25.

de investigación inicial, de instrucción y probatoria, la que debe de realizar apegado además de respetar los procedimientos establecidos por la constitución y la ley, respetar los principios de pertinencia, necesidad, idoneidad, utilidad y legalidad. Sin embargo, si bien la prueba testifical ha sido siempre la base para sustentar la acusación, hoy en día con las evolución social, la tecnología avanzada que tenemos de servicios de telecomunicaciones y redes comerciales (redes sociales), son utilizadas para la comisión delitos comunes y de realización complejos, entre estos últimos, homicidio, secuestro, lavado y activos, tráfico de armas, estupefacientes, trata de personas, en especial el delito de extorsión se ha estado cometiendo desde el interior de centros penitenciarios, ya no es suficiente la prueba testifical en general, sino que es necesario hacer uso de los mecanismos “*extraordinarios de investigación o de prueba*” de técnicas policiales y de la prueba científica²⁵⁰.

Hay autores que afirma que en el curso de una investigación penal por parte de quienes la tienen legalmente encomendada tal facultad, pueden producirse intromisiones en el ámbito propio de determinados derechos fundamentales, como la integridad física, la libertad individual, la intimidad, la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones²⁵¹, reguladas en el art. 2, 20 y 24 de la Constitución, al momento de utilizar las técnicas especiales de investigación, como son: (i) Agente encubierto y sus modalidades, agente infiltrado, agente provocador, agente negociador; (ii) Compra vigilada o controlada. (iii) Testigo protegido y sus figuras afines, identidad protegida, entre otros, (iv) El arrepentido y sus figuras afines, criteriado, colaborador, entre otros, (v) La prueba científica.

²⁵⁰ *Ibíd.* 40 y ss.

²⁵¹ Víctor Moreno Cátana, *Revista Justicia de Paz*, Año II, Vol. I, enero-Abril (1999), 65.

Sin embargo. La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 5-2001/acumulada, sostuvo que la doctrina como la jurisprudencia comparada refiriéndose únicamente a la diferencia entre el provocador y el agente encubierto, coinciden en que son diferentes, pero cuando se refiere al *“empleo de operaciones encubiertas”* aunque no de forma expresa para todas las figuras descritas, ha dicho que *“el empleo de operaciones encubiertas del Inc. 5º del art. 15 del C. Pr.Pn., derogado, hoy del art. 175 del C. Pr. Pn., vigente, siempre que se respeten los parámetros fijados en esta sentencia²⁵², dicha técnica puede ser compatible con el debido proceso constitucionalmente configurado”*.

Véase lo importante que es hablar de la prueba testifical como parte de la actividad probatoria de esos medios extraordinarios de prueba, en la doctrina salvadoreña²⁵³, se afirma que la prueba testifical ha dejado de ser la reina de las pruebas, por cuanto el hecho puede ser establecido con otros medios, destacando por cobrar mayor relevancia los medios técnicos, pero aclara que todos los medios son relevantes así sean directos e indirectos y que cobran mayor relevancia la prueba científica. Siendo ésta última la que hace la diferencia en el manejo de la prueba en el modelo inquisitivo y el acusatorio.

Consecuentes con los cambios técnicos y científicos, se crearon programas de dotación de recurso tecnológicos para el laboratorio de investigación científica del delito perteneciente a la Policía Nacional Civil, con el firme

²⁵² Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 5-2001/10Ac.* Ibíd.

²⁵³ Ramírez Murcia, Ibíd. Explica el autor, que para la efectividad de la prueba científica, la FGR., en coordinación con la PNC., con la creación del reglamento o estatuto que define la dirección funcional, se le dio la facultad a la PNC para que realice la selección de los profesionales que tendrán el manejo de la criminalística con el fin que auxilien las áreas, como la grafotécnica, toxicología forense, análisis físico-químicos, ADN y serología, manejo de escena del crimen, balística, procesamiento, recolección, clasificación y resguardo de las evidencias, Documentoscopia, unidades de análisis de evidencias en general y lo relacionado con delitos financieros, etc.

propósito de ser más eficaz en el combate del delito, ya que antes por no contarse con un laboratorio especializado en nuestro país, se recurría a otros países, situación que hoy en día ya no se da, ello, conlleva el éxito para establecer la responsabilidad penal de los autores o partícipes de los delitos realizados por las organizaciones criminales denominadas pandillas o maras “MS o M18”, que operan a nivel nacional, y de los cuales no se excluye el delito de extorsión.

Vale decir, que la Policía Nacional Civil, actualmente cuenta con el apoyo de tecnología científica que le permite técnicamente hacer análisis incluso de los grafitis de las pandillas, con el fin de reforzar el medio de prueba testifical de los agentes de policía que intervienen en las investigaciones y de aquellos que son autorizados por la Fiscalía General de la República para negociar con los sujetos activos que mediante amenazas exigen a sus víctimas entregas de cantidades de dinero a cambio de respetarle sus vidas y las de sus familiares, o bien, amenazarlos con destruirles sus bienes patrimoniales en el caso del delito de extorsión que se ha tomado como base para determinar la responsabilidad penal de sus autores.

No obstante de haberse implementado esos medios técnicos y científicos para el combate al crimen organizado con relevancia al delito de extorsión, se puede colegir, que dentro del contexto socio histórico, político, cultural, social, económico, y en especial el normativo actual, persiste la debilidad del Estado para el embate de la delincuencia criminal organizada, preocupados por los altos índices de violencia, lo ha obligado a dictar herramientas “legales” consideradas de último recurso como las del decreto No. 321, de fecha 01 de abril de 2016, denominadas “*Disposiciones Especiales Transitorias y Extraordinarias en los Centros Penitenciarios, Granjas*

*Penitenciarias, Centros Intermedios y Centros Temporales de Reclusión*²⁵⁴, mismas que ya fueron incorporadas en la ley competente, según D.L. No. 93, publicado en D.O. No. 161, T. 420, del 31 de agosto de agosto de 2018, cuyo fin es proteger a la población de las organizaciones criminales que subyacen en dichos recintos penitenciarios desde donde han estado cometiendo los hechos delictivos de homicidios por no cumplir con las exigencias de carácter extorsivo.

Es obvio que el Estado recurre a estas medidas de último recurso restrictivas de derechos fundamentales, justificadas únicamente por la existencia del interés superior del “*ius puniendi*”, pero que tales limitaciones sólo pueden ser impuestas por el legislador, como el único legitimado para limitar derechos y libertades²⁵⁵.

Para efectos de entender mejor los alcances de los derechos fundamentales, hay un autor que define los derechos fundamentales como “*todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, en cuanto dotados del estatus de persona, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por “derechos subjetivos” cualquier expectativa positiva de prestaciones o negativas de no sufrir lesiones, adscritas a un sujeto por una norma jurídica; o por status, la*

²⁵⁴ 321, (2016), denominadas Disposiciones Especiales Transitorias y Extraordinarias en los Centros Penitenciarios, Granjas Penitenciarias, Centros Intermedios y Centros Temporales de Reclusión, que en el artículo 1, establece: “tienen por finalidad asegurar la eficacia del régimen penitenciario y proteger a la población de las acciones delictivas que se originan desde dichos lugares,” Lo que sin duda son medidas que limitan derechos fundamentales de los imputados como parte de las preocupaciones del Estado para contrarrestar el crimen organizado en el país.

²⁵⁵ Inés C. Iglesias Canle, *Intervenciones corporales y Prueba Científica*, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, CNJ-ECJ. (2006). Se aclara que no pueden ser restricciones indiscriminadas, sino que deben respetar el contenido esencial de tales derechos, pero que deben de ser impuestas dichas restricciones por el legislador como único legitimado para limitar los derechos fundamentales.

*condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas*²⁵⁶.

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional siguiendo al pensamiento de KARL LOEWNSTEIN, considera que *"los llamados Derechos Individuales, Derechos del Hombre, Garantías Individuales o Garantías Fundamentales de la persona, son barreras establecidas en la Constitución a la acción del poder público a favor de los gobernados. O, mejor dicho, es la parte de la soberanía que cada uno de los hombres se reservó para sí y por consiguiente no delegó a las autoridades a concurrir por medio de sus representantes a formar la Constitución. El propósito jurídico-político de tales Derechos es, pues, garantizar contra toda intervención arbitraria del Estado, un mínimo de libertad a la persona, concebida esta libertad, no solo como una potestad psicológica de elegir, sino como una actividad externa que debe ser no sólo permitida, sino también protegida y tutelada por el Estado, para que la persona se realice"*.

Sin embargo, en la Sentencia INC 8-97, del 23-III-2001, le dio un giro a la definición de referencia, diciendo *"Con el concepto de derechos fundamentales se hace referencia las facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivación desarrollan una función de fundamentación material de todo el*

²⁵⁶ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, La Ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, (España, 1999), 37. Sin duda que el contenido de dicha definición es de carga positiva al estimar que tales derechos tienen que estar en la norma jurídico-positivo, sin importar que si es en la constitución o en una norma secundaria.

*ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución*²⁵⁷.

En la misma sentencia, resalta una triple concepción que debe quedar cubierta por el concepto de derechos fundamentales, a saber: 1) concepción a partir de su conexión con la dignidad, libertad e igualdad; 2) concepción a partir de su positivación constitucional; y 3) concepción a partir de su protección reforzada. Es decir, la SC entiende que un derecho es fundamental, si las facultades o poderes conferidos a la persona se derivan de los valores ético-jurídicos exigidos por la dignidad de la persona, su libertad e igualdad; esas facultades y poderes deben estar previstos en la propia Constitución, de la forma que lo ha afirmado la doctrina de referencia.

Por ello, se sostiene que tanto la doctrina como la jurisprudencia, coinciden en que se deben de respetar los derechos fundamentales de las personas, en toda actuación del Estado, especialmente en la Investigación y persecución del delito tal como lo regula la Constitución, especialmente cuando se trata de la investigación de delitos graves y de alto grado de complejidad, como el homicidio, secuestro, trata de personas, de lavado y activos, de extorsión, último que sirve de base demostrativa para la investigación del presente trabajo académico respecto a los *“Límites y Alcance de los medios probatorios extraordinarios, para la determinación de la responsabilidad penal en el delito de extorsión”*, cuyo contenido esencial es el escenario de las figuras del agente encubierto, y sus figuras a fines, testigo protegido y sus figuras afines, el arrepentido y sus figuras afines y la prueba científica, cuya actuación debe ser de carácter excepcional, es decir, su utilización única y exclusivamente cuando los medios ordinarios sean

²⁵⁷ Ventana Jurídica No. 12, Consejo Nacional de la Judicatura, 7 y ss. Que explica la configuración normativa de los derechos fundamentales, por ende, los límites en la investigación de los *“medios extraordinarios de prueba”*.

insuficientes para detectar, erradicar y sancionar a los autores o partícipes de los referidos hechos punibles, observando el respeto de los derechos y garantías y los procedimientos reglados en el Código Procesal Penal para evitar caer en la vulneración de los mismos.

En esa perspectiva, y teniendo las facultades constitucionales el Estado, a través del legislador, como único ente encargado de limitar derechos constitucionales, es que ha creado el marco jurídico en estudio respecto a regular la actuación del Ministerio Público Fiscal en relación al combate de las acciones delictivas realizadas por las organizaciones criminales, implementando técnicas de investigación policial, como: agente encubierto, agente infiltrado, agente negociador, compra vigilada, compra controlada, testigo protegido-identidad protegida, criteriado-arrepentido, informante, entre otros mecanismos, la prueba científica bajo autorización judicial, que si bien están dispersos en leyes especiales y en la ley común, con el nombre de técnicas especiales de investigación o en otros casos como técnicas de investigación probatoria²⁵⁸, pero que en puridad son mecanismos “*extraordinarios*” de investigación y de prueba que eventualmente en la producción de la misma, puede vulnerar derechos fundamentales, de ahí la exigencia del control que debe de tener el ente Fiscal sobre dicha investigación y en otros casos bajo control judicial. Afirmación que es consecuente con la doctrina y la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia de la Sala de lo Constitucional No 5-2001/acumulada, de las nueve horas con cincuenta minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil diez).

Significa entonces, que el tópico de los “*medios de prueba extraordinarios*”, se constituye como novedoso no solo en la legislación salvadoreña, sino

²⁵⁸ Ley Especial Contra el Delito de Extorsión de El Salvador, Ibíd. Art. 8. En su acápite dice: “*Técnicas de Investigación y Aspectos Probatorios*”.

también para la mayor parte de la comunidad jurídica y académica²⁵⁹. Pues, es la razón por la cual, no solo es importante hablar del mismo, sino también, es un tema propio de la dinámica y evolución del sistema procesal penal salvadoreño, por ello, debe de sistematizarse en un sólo capítulo en el código procesal salvadoreño a efecto de mantener un estándar o catálogo de los mismos y sirva de complemento para todas la leyes especiales que regulan procedimientos más expeditos en aras de enfrentar los problemas específicos que aquejan a la sociedad salvadoreña, como es por ejemplo el caso de la Ley Especial Contra el Delito de Extorsión, que ha implementado últimamente las técnicas especiales de investigación policial para poder frenar el embate de la delincuencia organizada respecto al delito de extorsión²⁶⁰, que no consideró la figura del agente negociador, y no obstante ser un instrumento de reciente aprobación, no fue introducida, no obstante ser considerado ya un medio extraordinario para la investigación criminal del ilícito y su comprobación.

Debe decirse, que ante la ausencia de estandarizar e implementar en un solo cuerpo de ley de los mecanismos especiales “*extraordinarios*” de investigación y prueba en la legislación de el Salvador, es un esfuerzo de investigación que se ha considerado necesario, novedoso y de impacto no solo para la administración de justicia, sino también para la comunidad jurídica y académica en general, ello, en razón de los siguientes factores:

²⁵⁹ Así se proyectó en el apartado 2) del Proyecto de Investigación: respecto a la Justificación de la Investigación y en el apartado 3.2.4. Sobre los objetivos de la investigación, y que se reflejan en la encuesta que aparecen en el anexo II, de este trabajo.

²⁶⁰ Ley Especial Contra el Delito de Extorsión de El Salvador, *Ibíd.* En romano V. Dijo su fin es evitar impunidad a causa de la tipificación penal del delito de extorsión existente, es necesario readecuarlo a las circunstancias reales que enfrentan las víctimas y el sistema de justicia penal, tanto policías, fiscales y jueces, que se encuentran ante tales delitos.

Primer factor; es que la doctrina latinoamericana, sostiene que en los últimos tiempos han venido apareciendo en las legislaciones los llamados “*medios de prueba extraordinarios*”, y como ya se dijo supra, justificados por la necesidad de reforzar la investigación de hechos delictivos a los que también llama “*extraordinarios*”, aclarando que no solo por la inusitada gravedad, sino también por los serios problemas que presentan para su investigación. Advirtiendo por otro lado, que tal situación puede encerrar cierto grado de riesgo por cuanto puede legitimar la legalidad en la investigación penal de aquellos actos de investigación que son ilegales.

Segundo factor; es porque la adopción de los “*medios probatorios extraordinarios*” son parte de la evolución del derecho procesal y dentro de esa dinámica se considera necesario que se reforme el código procesal penal a efecto e incorporar un capítulo exclusivo para dichos medios extraordinarios, y sus requisitos de procesabilidad para legitimar la utilización de los mismos dentro de los parámetros del principio de legalidad constitucional y el principio de la unidad del ordenamiento jurídico²⁶¹, explicados por la jurisprudencia constitucional en la sentencia Amp-148-97, de fecha 21-VII-1998²⁶², sin pretender que dichas incorporación colme un adecuado plano y eficiente sistema procesal penal, sino que sigue siendo parte del hito histórico revolucionario que la misma sociedad demanda y da las pautas para que el Estado actualice sus leyes como parte de la cultura

²⁶¹ Constitución de la República de El Salvador, Ibíd. Art. 15, reza: “*Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley*”. Aquí se refiere el legislador constitucional en el orden penal, al Código Procesal Penal.

²⁶² Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 148-97* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1998). En la relación del principio de legalidad constitucional y el principio de la unidad del ordenamiento jurídico, dijo: “*tal principio rige a los tribunales jurisdiccionales, por lo que toda actuación de éstos ha de presentarse necesariamente como ejercicio de un poder o competencia atribuidos previamente por la ley*.”

jurídica y académica en general.²⁶³

Tercer factor; es que el tema de los “*medios de prueba extraordinarios*” que es de data reciente y pretende su incorporación a un solo cuerpo de ley integrado en un capítulo único, contribuye al desarrollo no solo del sistema procesal penal, sino al conocimiento cultural y académico de la comunidad jurídico en general. En el cual, se establezcan las reglas o normas claras para que puedan utilizarse de forma general en aquellos delitos de gravedad y de un alto nivel de complejidad, que amenazan con una restricción al derecho a la libertad con penas altas y que obligan al Estado, que, para lograr ese fin, se haga respetando en la investigación el debido proceso constitucionalmente configurado para evitar arbitrariedad e ilegalidad en el proceso²⁶⁴.

En atención a que la presente investigación académica iba encaminada a contrastar que los objetivos específicos del tópico denominado límites y alcance de los medios probatorios extraordinarios, es no solo determinar a través del análisis crítico de la normativa nacional e internacional y demás leyes especiales, sino también desarrollar un catálogo de medios probatorios y su estandarización en la normativa de referencia, sino, también si dentro del sistema procesal penal se han utilizado dichas técnicas especiales de

²⁶³ Ramírez Murcia, 25. Explica que los alcances de la reforma además que implicó un hito histórico revolucionario en el sistema judicial, incluyó el comportamiento cultural de la comunidad jurídica, académica y en general, de la sociedad, ello no significa que haya llegado al nivel óptimo adecuado funcionamiento institucional... Lo cual, constituye uno de los objetivos específicos de este trabajo de investigación construir un nuevo enfoque cultural en el proceso penal.

²⁶⁴ Sala de lo Constitucional, *Sentencia*, Referencia: HC-21-2000 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2000). Dijo: “*Esta Sala puede y debe reconocer infracciones constitucionales a las formalidades esenciales del proceso por la relevancia de la lesión que produzca indefensión de los derechos fundamentales del imputado y no ante situaciones de poca importancia como el exceso de unos minutos en la remisión a sede judicial...*” Es decir, que exige en la investigación del delito el cumplimiento por el ente encargado de la investigación, de las formalidades legales para obtención de elementos probatorios.

investigación en los diferentes procesos judiciales para determinar la responsabilidad penal de los sujetos imputables en el delito de extorsión que se ha tomado como base para la presente investigación, y a su vez, determinar los motivos por las cuales la comunidad jurídica en general no tiene conocimiento de la existencia de los medios probatorios extraordinarios como herramienta jurídica para determinar la responsabilidad penal en el delito de extorsión realizadas por las organizaciones terroristas denominadas “*pandillas o maras*” que operan en distintas zonas del país²⁶⁵.

Finalmente se entra a explicar el análisis que se extraen de las muestras de campo de diez profesionales seleccionados de manera aleatoria que operan en el sistema de justicia y de diez alumnos seleccionados de manera aleatoria de 5ª año de la Universidad de El Salvador, de cuyos resultados se obtienen los porcentajes de conocimiento respecto al tema de objeto de la presente investigación, realizada a cada una de personas con quienes se representan los sectores de la comunidad jurídica en general. Como resultado, se advierte que aparentemente los que más conocen del tema son los abogados que tienen la calidad de Secretarios de los Tribunales, quienes según la gráfica su porcentaje de conocimiento son del 40% en la alternativa de “*alguna vez*”. Sin embargo, debe resaltarse que el conocimiento que afirman tener sobre el tópico analizado, según la explicación de los mismos, está orientado al conocimiento de los recursos extraordinarios que regulan el sistema procesal penal, indicando como ejemplo algunos de ellos, el recurso de casación o revisión en materia penal. Ello, muestra que el conocimiento sobre el contenido de los “*medios probatorios extraordinarios o especiales*”, no se tiene en los operadores del sistema judicial, en la comunidad jurídica en general ni muchos en los programas de estudios de las universidades del

²⁶⁵ Los colaboradores del Juzgado Segundo de Paz de Mejicanos, Tribunal de Sentencia de Cojutepeque, y del Distrito de San Salvador, al preguntarles si conocían y en qué consistían “los medios probatorios extraordinarios de investigación, manifestaron que no.

país, siendo esa la forma que se confirman los objetivos específicos respecto al desconocimiento del tópico investigado, y que se detallan en el anexo II de este documento.

CAPÍTULO IV

VALORACIÓN DE LOS MEDIOS EXTRAORDINARIOS DE PRUEBA EN LA LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA

SUMARIO: 1. Noción general de la valoración: 2. Sistema de valoración de la prueba. 2.1. Prueba Legal o Tasada. 2.2. Íntima Convicción. 2.3. Libre Convicción o Sana Crítica Racional. 3. Regulación del Sistema de la Sana Crítica y su relación con los medios extraordinarios de prueba en el Proceso Penal. 4. Principio de la Presunción de Inocencia en relación a los medios extraordinarios de prueba. 5. Obligación de Probar del Ministerio Público Fiscal. 6. Límites o Reglas de Admisibilidad de los medios extraordinarios de prueba. 7. Valoración de los medios extraordinarios de prueba en el juicio.

1. Noción general de la valoración de la prueba

Para entender y comprender que se entiende por noción de la valoración de la prueba, es necesario analizar la abundante doctrina y jurisprudencia que se ha preocupado por establecer los alcances de realizar una valoración judicial de la prueba, siguiendo su evolución acorde a los avances de la tecnología que empujan los esquemas socioculturales²⁶⁶ de la sociedad moderna en todas las regiones del mundo, lo cual hace insoslayable la transformación también de la cultura jurídico, mental y estructural del derecho penal y procesal penal. Y es que, en el desarrollo del sistema procesal penal en general siempre por su misma naturaleza no puede estar estático sobre los avances que la sociedad va teniendo.

²⁶⁶ Ramírez Murcia, 24 y ss. El autor sostiene que la transformación de los esquemas jurídicos, culturales, mentales y estructurales que provocan la implementación del abordaje de las reformas al Código Procesal Penal en el Salvador, a partir de las décadas de los 90, por ineficiencia de la administración de justicia atribuida a los operadores de justicia: Jueces, fiscales y defensores principalmente, en busca de la verdad histórica y procesal, respetando las garantías fundamentales.

En el devenir de la historia del derecho ha habido abundantes críticas no ir a la vanguardia del desarrollo social, lo que ha permitido dificultades para llegar científicamente a determinar la verdad de los hechos sometidos a conocimiento judicial que se busca en el proceso penal²⁶⁷.

De ahí que los problemas que genera la actividad probatoria dentro de la administración de justicia en el ámbito penal y procesal penal, es donde se pone en juego el máspreciado derecho del hombre sometido a una investigación criminal apegado a una valoración con estricto apego a las reglas de la prueba que están contempladas en todos los códigos procesales²⁶⁸. Por tanto, el juez debe tener claro cuál es el objeto de la prueba, a quien le corresponde probar el hecho, el procedimiento previsto en la ley para obtenerla, y sobre todo los métodos para su valoración²⁶⁹.

Se afirma que la valoración es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos, orienta a establecer cuál es su real utilidad para los fines de la formación de la convicción en el juez, haciendo afirmaciones sobre los hechos que dieron origen al proceso, el objetivo de la valoración es determinar el grado de corroboración que el material probatorio aporta a cada una de las posibles hipótesis fácticas en conflicto²⁷⁰. Hay otro autor que define la valoración de

²⁶⁷ González, *La Prueba Indiciaria: Fundamentos para una formulación teórica en materia criminal*, San Salvador, El Salvador, Aequus (Editorial, 2015), 229. El autor hace la crítica que a la determinación de la verdad en el proceso penal no se le ha puesto mucha atención por la ciencia del derecho, y es hasta hace poco que se ha percibido la dimensión del problema que tiene la administración de justicia sobre la imposición una eventual sanción jurídico penal que conlleva como fin el proceso penal.

²⁶⁸ Código Procesal Penal de El Salvador, *Ibíd.* 2011). Aprobado en D. L. No. 733, de fecha 22 de octubre de 2008, Publicado en D. O. No. 20, del 30 de enero de 2011, Capítulo V, de la Prueba, Capítulo I, Disposiciones Generales.

²⁶⁹ Mario A. Houed Vega, *La Prueba y su Valoración en el Proceso Penal*, Impreso en Nicaragua, Servicios Gráficos, (INEJ, 2007), 59.

²⁷⁰ Jordi Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, (Editorial Marial Pons, Madrid 2008), 139.

las pruebas como un juicio de aceptabilidad de las informaciones aportadas al proceso mediante los medios de prueba. Más exactamente, el término valorar consiste en evaluar si esas afirmaciones (en rigor, hipótesis) pueden aceptarse como verdaderas²⁷¹.

De ahí, de acuerdo a lo anterior, la valoración de la prueba es la operación intelectual realizada por los jueces, la valoración de la prueba presenta dos características: de una parte, ser un procedimiento progresivo y, de otra, ser una operación compleja. En relación con la primera de estas características, no se debe perder de vista que para poder dictar un relato de hechos probados, el juez debe previamente realizar diversas operaciones (valorar la fiabilidad probatoria del concreto medio de prueba como una exigencia moral y legal²⁷², interpretar la prueba practicada, entre otros aspectos), las cuales suministran los elementos necesarios para la valoración final de la prueba. En lo que respecta al carácter complejo de la actividad probatoria, no se debe olvidar que en la valoración de las pruebas el juez maneja un conjunto de elementos de diversas naturalezas que le permitirán llegar a deducir un relato global de los hechos probados²⁷³.

²⁷¹ Marina Gastón Abellán, *Los hechos en el derecho*. Bases argumentales de la prueba, Segunda Edición. (Editorial Marcial Pons. Madrid 2004), 157. Este autor, lo expresa de diferente forma, y aunque no es claro, afirma al final que todas las hipótesis pueden ser verdaderas, dejándola sensación sean estas afirmativas o negativas.

²⁷² Casado Pérez, *Ibíd.*, 141. Sostiene que “*La valoración es, por consiguiente, una actividad en la que la evaluación psicológica de la prueba no ofrece aún exteriorización alguna, porque nos encontramos en el ámbito íntimo de la conciencia del juez, y del proceso intelectual previo a la elaboración definitiva de la sentencia. La exteriorización se producirá con la fundamentación fáctica de aquella, siendo ingenuo negar la influencia en el juez, de factores ideológico en ese proceso de maduración de la decisión, aunque la lucha contra aquellos ha de ser una exigencia moral de buen juez, que sólo debe acatamiento a la Constitución y a las leyes*”. Autor que va más allá al sostener que dentro de la evaluación psicológica que el juez hace de la prueba, hay factores que pueden influenciar al juez, lo cual no se puede negar dentro de la realidad, pero la lucha va encaminada a un proceso de maduración de la decisión con un componente de exigencia moral para que ese factor discrecional evidencia que esa decisión es de un buen juez.

²⁷³ Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, 2º ed., (Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2003), 199.

Es en ese contexto que la valoración judicial confina, que para llegar a la convicción de la culpabilidad necesaria para condenar, bajo los parámetros de la valoración de la prueba ordinaria se ha visto según se ha afirmado en los capítulos anteriores, es una prueba que en casos concretos se ha visto que su valoración es insuficiente para llegar a condenar a los autores o partícipes de los hechos criminales investigados, especialmente los cometidos por las organizaciones terroristas denominadas “MS y M18” en el delito de extorsión, que por su complejidad que presentan las investigaciones han obligado al Estado salvadoreño a utilizar mecanismos inusitados o excepcionales “*métodos o técnicas de investigación policial*” que la doctrina y la jurisprudencia modernamente llama “*medios extraordinarios de prueba*” para detectar, comprobar y neutralizar las acciones criminales de estas organizaciones criminales.

Con base en la doctrina antes señalada y por la insuficiencia en la convicción judicial de los medios de prueba “*extraordinarios*” se puede afirmar que hay una razón por la cual adquiere vital importancia la labor del juez. No hay otra tarea más delicada e importante en la administración de justicia que destinar toda la fuerza intelectual para establecer eficacia conviccional de los elementos extraordinarios de prueba recibida en los delitos complejos o de niveles de elevado riesgo que ponga en peligro la vida de víctimas y testigos y otros sujetos que intervengan en la investigación.

Es en ese camino intelectual donde el juez pone al servicio de la justicia su intelecto, su sabiduría y experiencia, y sobre todo, su honestidad, especialmente dentro de su facultad de controlar el procedimiento establecido para la obtención, ofrecimiento, admisibilidad e incorporación de la prueba en juicio, debe de observarse las reglas establecidas para cada estadio procesal de la prueba cuidando que no se violente los derechos fundamentales de la persona, y haciendo la valoración bajo la apreciación de

las reglas de la sana crítica²⁷⁴ para determinar la responsabilidad y por consiguiente la sanción penal.

La convicción judicial de culpabilidad a la que llegue el juez, es necesaria para condenar, únicamente puede derivarse de la prueba incorporada al proceso, la actividad intelectual del juez para hacer esa derivación, sin duda, adquiere capital importancia. Y no se trata de saber qué es en sí misma la prueba, ni sobre qué debe recaer, ni por quién o cómo debe ser producida. Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba ordinarios y aquellos con característica excepcional, el procedimiento que utiliza el juez o magistrado para la valoración de la prueba, pasando los diversos estados de conocimiento intelectual en relación con la verdad sobre los hechos sobre los cuales debe expedir su decisión, tomando en cuenta los estados intelectuales son la verdad, la certeza, la duda, la probabilidad y la improbabilidad²⁷⁵.

2. Sistema de valoración de la prueba

Según la doctrina que ha estudiado el "*sistema de valoración de la prueba*", señala que se conoce con la mayor exactitud posible de cómo gravitan y qué influencias ejercen los diferentes medios de prueba, sobre la decisión que el

²⁷⁴ Cafferata Nores, *Ibíd.*, 3ª. ed. 45. Explica que, si bien para el juez no hay reglas jurídicas que limiten sus posibilidades de convencerse, por las amplias facultades que tiene, su libertad tiene un infranqueable que debe ajustarse al respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano como son: la lógica, psicológicas y la experiencia común.

²⁷⁵ Cafferata Nores, *Ibíd.*, 3ª. ed. 6-7. Así es sostenido por la jurisprudencia constitucional de El Salvador, en la sentencia No. Sentencia 155-CAS-2012, de 20 de agosto de 2014, cuando dice: "*..., pues de conformidad con el sistema de libre valoración de la prueba que rige en nuestro proceso penal, el Juez debe conceder una ponderación determinada a cada elemento conforme a las reglas del correcto entendimiento humano como ha sido lo expuesto. Para el tribunal, la hipótesis acusatoria quedó demostrada fuera de toda duda razonable*". Es decir, la sala resalta el recorrido intelectual que hizo el juez en ese caso en concreto.

magistrado debe expedir. Con ello, se sostiene que con el devenir histórico la valorización de la prueba, se ha logrado dividir en tres grandes y diferentes sistemas, estos son: sistema de prueba legal o tasada, sistema de la íntima convicción y sistema de la sana crítica racional²⁷⁶.

De lo anterior, se afirma que no todos los autores coinciden al momento de referirse a la valoración de la prueba, ya que hay uno de los más modernos que sostiene que hay tres momentos de la actividad probatoria que llama: a) De adquisición de la prueba, b) La decisión sobre hecho principal, referido al “*tema probandum*”, y, c) Valoración de la Prueba. Este último es donde se pondera el rendimiento obtenido de cada fuente de prueba, merced a cada uno de los medios probatorios utilizados. Es una operación de atribución de valor convictivo a ciertos datos, en donde no está reglada jurídicamente porque no son de carácter jurídico los parámetros y criterios que deben operar en la apreciación de la prueba, en el cual rige el principio de libre convicción²⁷⁷, es decir, éste autor no señala de entrada los “*tres sistemas de valoración de la prueba*”, que tradicionalmente son los que señalan los autores de la corriente del derecho civil.

Por otro lado, es necesario destacar que los tres momentos de la actividad

²⁷⁶ Eduardo J. Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3° ed. (Editorial Depalma, Buenos Aires, 1996), 161; José Ignacio Cafferata Nores y Mario Houed Vega, *La Prueba y su Valoración en el Proceso Penal*, Instituto de Estudio e Investigación Judicial, ANEJ, 2007, 66, Ambos autores coinciden en el sentido que la valoración de la prueba gravitan los tres sistema clásico de la valoración de la prueba, que se conocen como: sistema de prueba legal o tasada, sistema de la íntima convicción y sistema de la sana crítica racional. Sin embargo, hay autores como José María Casado Pérez y Escuela Nacional de La Judicatura, Seminario “Valoración de la Prueba” “Jurisdicción Penal” que sostienen que hoy en día solo hay dos sistemas que son: el sistema de la prueba legal y el sistema de la prueba que ha evolucionado al sistema de la sana crítica, obliga al juez a que fundamente o motive expresamente el resultado probatorio.

²⁷⁷ Perfecto Andrés Ibáñez, *Guía de Trabajo para los Textos de Apoyo del Curso: “Valoración de la Prueba en el Proceso Penal”*, Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos. AECI – CNJ. 176. Este auto moderno desde el inicio de su enfoque de la valoración de la prueba penal, afirma rige el principio de la Libre Convicción.

de valoración probatoria, no se aparta del contenido fundamental del sistema de la libre convicción, pues, este no es, sino aquel sistema que surgió como campo intermedio para minimizar la rigidez absoluta de la prueba legal o tasada, y de la arbitrariedad estimada del sistema de la íntima convicción, es decir, que le sirve al juzgador de guía para que sus resoluciones se sustenten en todo medio de prueba aplicando la sana crítica, respetando los principios de la justa razón, es decir, las normas de lógica, de la psicología y la experiencia común²⁷⁸.

2.1. Prueba legal o tasada

Se ha considerado a la prueba legal o tasada al Régimen Procesal opuesto a la libre apreciación de las pruebas hechas por el juez, este sistema es característico del antiguo procedimiento, en el que la ley especificaba en cada caso, la eficacia de los medios probatorios y la valoración de la misma; para el caso podemos citar, la clásica ociosidad con que se ha visto el testimonio de un solo testigo, y la aceptación tradicional que se ha dado (muchas veces erróneamente) al testimonio coherente de dos o más personas, las que pudieron hábilmente haberse puesto de acuerdo para que sus testimonios concordaran entre sí.

Más recientemente se ha definido este sistema de valorización de la prueba estableciendo, que es aquel en donde la ley señala con anticipación al juez el grado de eficacia asignado a determinado medio de prueba, en este sistema prevalece la valoración contenida en la Ley que la valoración a la que podría llegar el juez, en cada caso concreto.

Con este sistema de valoración de la prueba el Juez queda privado de libertad Judicial, puesto que el Legislador ha establecido taxativamente los

²⁷⁸ Cafferata Nores, *La Prueba en el Proceso Penal*, 2a ed. Depalma, (Buenos Aires 1988), 40.

medios de prueba y a cada uno de ellos, predeterminada su fuerza probatoria, de manera que solo era posible incorporar al proceso las pruebas que contaban con reglamentación previa y con valoración preestablecida. En el devenir histórico dentro del Régimen de pruebas legales, siempre fue considerada como la principal la confesión, que por su estructura se adecuaba a la reglamentación legal.

Por tanto, la eficacia conviccional de cada prueba, es una condición propia del Juez, quien deberá darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) a la vez establece los casos en los que no puede darse por convencido externamente (aunque íntimamente sí lo esté). Este sistema es propio de tipo inquisitivo que predominó en épocas de escasa libertad política, como un curioso intento de garantía para el imputado, en el momento de la sentencia definitiva, y ante los ilimitados poderes con que contaban los Jueces. Indudablemente este sistema, no se considera como el más apropiado para descubrir la verdad de los hechos, ya que la realidad de lo acontecido puede ser probado de diferentes modos del establecido por la Ley, es por esta razón que hoy en día se encuentra un tanto relegado, no obstante es de hacer notar, que sus reglas no deben ser descuidadas al momento de la libre valoración del Juez²⁷⁹

Este sistema de valoración de la prueba, se Introdujo a la Legislación Salvadoreña, fundamentalmente por influencia de la Legislación Española, que habían adoptado el sistema de prueba Legal o Tasada. A mediados del siglo XIX, mediante el Código de Procedimientos y Fórmulas, del padre de la Legislación Salvadoreña, Presbítero y Doctor ISIDRO MENÉNDEZ, de 1857, hasta el actual Código de Procedimientos Civiles, Código de Instrucción

²⁷⁹ *Ibíd.* 2ª ed. 38.

Criminal y aun el actual Código Procesal Penal, en los que se puede ver claramente el tan conocido y mencionado sistema de prueba legal o tasada.

2.2. Íntima convicción

La aparición del Jurado en el siglo XIX, trajo consigo la instauración de un nuevo modelo de apreciación de la prueba llamado "*íntima convicción*" que significa "*EN CONCIENCIA*". La expresión de íntima convicción en la apreciación de la prueba adquiere plena eficacia en el Código de Instrucción Criminal Francés, de 1808, también esta forma de apreciar la prueba ya la utilizaban Jueces profesionales. Con la aparición del jurado, se dio un cambio sustancial en el Proceso Penal, que dejó de ser inquisitivo para acomodarse a los esquemas que configuran el modelo acusatorio formal, y por ello surge el juicio oral que estaba precedido por principios rectores tales como: oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, dichos principios son contrarios al sistema de prueba legal o tasada, en donde regla la escritura, mediación, secreto y el imputado era considerado como objeto, y no como sujeto procesal²⁸⁰.

Dicho sistema se entiende como la fase sentimental o de íntima convicción moral y enuncia que son admisibles todos los medios de prueba, aun no estando expresamente regulados por la ley, la eficacia de cada uno de ellos dependerá de la valoración que el Juzgador quiera darle.

Hay un autor que explica que en el sistema de valoración de la prueba, la ley no establece regla alguna para apreciar las pruebas a tal grado que el juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o no de los hechos que se investigan, por lo que puede valorar las pruebas que

²⁸⁰ José María Asencio Mellado, *Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida*, 2º ed. (Editorial Trivium, Madrid, 1989), 33.

conozca según su real saber y entender²⁸¹.

La característica principal que posee este sistema es que no se obliga al Juzgador a que fundamente sus decisiones Judiciales, esta característica puede también considerarse como una profunda desventaja del sistema ya que supone un peligro de arbitrariedad y de injusticia; no obstante lo anterior este sistema presenta una ventaja en relación al sistema de prueba legal o tasada, pues no vincula al Juez a formalidades preestablecidas para emitir su resolución; al grado de que en muchas ocasiones se ha llegado a emitir resoluciones contrarias o ajenas a la verdad real.

La legislación Procesal Penal actual, también contiene este sistema de valoración de la prueba, puesto que se le concede al Juzgador una absoluta libertad en la valoración de la prueba, es decir permite valorar la prueba sin reglas establecidas de ninguna índole. como un ejemplo claro que nuestra legislación contempla este sistema; podemos mencionar los veredictos emitidos por el tribunal de jurado, puesto que dicho tribunal no tiene la obligación de razonar él mismo, esta figura se encuentra regulada en el Capítulo V, que denomina juicio por jurado, a partir del artículo 404 del cuerpo de Ley ya mencionado, en el que se establece la facultad que se les otorga a los miembros del jurado, y de igual manera no se les exige que expresen las razones que tuvieron para aceptar o rechazar la prueba y concluir sobre la inocencia o culpabilidad del Imputado.

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, también se ha referido al origen histórico de la institución del jurado, aunque de forma breve, arguyendo que tiene como base esencial la relación con los principios democráticos y de soberanía popular, cuya naturaleza jurídica está marcada

²⁸¹ Cafferata Nores, 2ª ed. 39. Punto coincidente de la posición tradicional de la libertad del juez de apreciar la prueba.

en los límites que la Constitución determina conforme la competencia del Órgano Legislativo, pero guardando un equilibrio no solo en los dos poderes representativos de la voluntad del pueblo, sino que además, en el Órgano Judicial, en el cual se manifiesta necesariamente la intervención directa del pueblo en la administración de justicia, en la función constitucional de juzgar, que no solo corresponde a los jueces de derecho, sino que su importancia es garantizar la neutralidad en el acceso de los ciudadanos de participar activamente en el proceso penal, para conocer de aquellos delitos que carecen de complejidad conforme lo regula los arts. 83, 85 y 189 de la Constitución de la República²⁸², sin exigir mayores requisitos que poseer estudios de educación media, cuyo fin es no afectar la participación ciudadana o que es lo mismo, que dicha institución se vuelva impracticable, únicamente con las facultades de fallar los casos sometidos a su conocimiento únicamente bajo su íntima convicción.

De tal manera que el análisis de la Jurisprudencia y la doctrina revela el contenido de la convicción, ya que como referencia histórica señala que el principio de la libre apreciación de la prueba exige en todas las especies procedimentales que el juez tenga la convicción de la verdad, de tal manera que coinciden ambos en afirmar que propugnan por los tres sistemas en comento.

2.3. Libre convicción o sana crítica racional

El sistema de la libre convicción o sana crítica racional, surgió como campo intermedio para minimizar la rigidez absoluta de la prueba legal o tasada, y de la arbitrariedad apreciadora del sistema de la íntima convicción y consiste

²⁸² Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucional*, Referencia: 5-2001/10 Ac (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010). La importancia del Jurado, es la afirmación que resulta incoherente negar la participación de los ciudadanos en el Órgano Judicial cuando el poder punitivo deriva de la soberanía popular.

en dar normas abstractas, que sirven de guía al Juzgador de manera que sus resoluciones se funden mediante una apreciación crítica de cada medio probatorio, conteniendo razonamientos lógicos que admiten o rechazan las probanzas.

Este sistema, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, sin embargo, exige a diferencia del Sistema de Prueba Legal, que las conclusiones a las que se llegue sean fruto racional de la valoración de las pruebas en que se apoyan en cada caso concreto.

La libre convicción se caracteriza en que el juez o magistrado logra sus conclusiones sobre los hechos, valorando la prueba con total libertad; pero respetando los principios de la justa razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y la experiencia común²⁸³, llamadas también reglas del correcto entendimiento humano y que es reconocido por la doctrina en general²⁸⁴.

Este sistema de Sana Crítica Racional, no tiene reglas que limiten sus propiedades de convencerse, y goza de las más amplias facultades al respecto, no obstante dicha libertad tiene un límite²⁸⁵, que es el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano, La libertad es a los fines de valorar la prueba y sólo se podrá valorar con libertad la prueba, si ésta fue recibida con resguardo de las normas que la reglamentan.

El control sobre la concreta actuación de los Jueces en este sistema se caracteriza por la obligación que se impone a los Jueces de motivar las

²⁸³ Cafferata Nores, 40. Recalca la importancia de valorar la prueba bajo los principios de la lógica con forma de llegar a la justa razón.

²⁸⁴ Houed Vega, *Ibíd.* 70-72. Este autor, postula que es la mejor forma de garantizar una correcta administración de justicia, ya que así lo reconoce unánimemente la doctrina.

²⁸⁵ Talabera Elguera, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, Cooperación Alemana al desarrollo-GTZ, 44.

resoluciones y proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando así el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a las que se llega y los datos de prueba utilizados para alcanzarlo, que en caso de ser contrarios a la razón se vuelven apelables.

En este sistema de la convicción judicial se dan dos operaciones Intellectuales: a) La descripción del elemento probatorio, que consiste en que en una sentencia se debe a precisar el contenido de la prueba enunciando, describiendo o reproduciendo correctamente el dato probatorio, pues solo así, es posible verificar, si esa conclusión deriva racionalmente de esas probanzas invocadas en su sustento, b) Su valoración ética se refiere a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en el elemento probatorio se apoya, es decir, que la mera enunciación o descripción de los elementos de prueba no satisface el requisito de motivación de las sentencias, porque no proporcionan los elementos de juicio necesarios para verificar si el mecanismo o discernimiento utilizados por el Juez para llegar a determinadas conclusiones ha sido cumplido con respeto a las reglas de la Sana Crítica Racional. Se combinan así las exigencias políticas y jurídicas que se refieren a la motivación de las resoluciones Judiciales, con el objeto de descubrir la verdad sin cortapisas legales, en base al elemento probatorio recogido en el proceso penal, es decir la motivación de la sentencia tiene como pilares esenciales la publicidad de los actos de gobierno y la responsabilidad de los funcionarios que los practican, que exigen que se conozcan las razones a que obedecen sus decisiones Judiciales.

3. Regulación del sistema de la sana crítica y su relación con los medios extraordinarios de prueba en el proceso penal

El sistema de la Sana Crítica Racional está regulado en los arts. 175 y 179

del Código Procesal Penal²⁸⁶. El primero, es sin duda el que habilita en su inciso penúltimo que cuando se trate de operaciones encubiertas practicadas por la policía, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado, delitos de realización compleja, delitos de defraudación al fisco y delitos contenidos en la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, la Ley Reguladora de las Actividades relativas a las Drogas y la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, previa autorización por escrito del fiscal superior, y Ley Especial Contra el Delito de Extorsión²⁸⁷, la última no es parte del artículo, pero por recoger las técnicas especiales de investigación bajo cobertura policial y aspectos probatorios se ha incluido por el autor del presente trabajo de investigación.

Se advierte que el legislador moderno preocupados por las formas complejas y sistemáticas con que actúan las organizaciones criminales denominadas pandillas “MS y M18”, dentro de las facultades política criminal especial conferida constitucionalmente, le ha impuesto al juez el deber de otorgar valor probatorio a los análisis de bitácoras de llamadas, a declaraciones de los agentes policiales o particulares que participaron en la negociación y entrega bajo cobertura policial, y cualquier otro medio probatorio, científico o tecnológico que les lleve al convencimiento de la existencia del delito y la participación delictiva, con lo cual está limitando al juez a utilizar el sistema

²⁸⁶ Código Procesal Penal *Ibíd.* En este nuevo cuerpo de ley procesal, se introdujeron cambios importantes respecto a armonizar su contenido en relación a múltiples reformas que se había dado como herramienta jurídica procesal y hacer más eficaz en la investigación de los hechos delictivos realizados por las organizaciones criminales.

²⁸⁷ Ley Especial Contra el Delito de Extorsión de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2015). No regula expresamente reglas de la sana crítica, pero supletoriamente en su art. 8, se remite a lo regulado en el art. 282 del CPP.

de la libre convicción o sana crítica, por reglas positivas que integran el sistema de la prueba legal para determinar el resultado de un medio concreto de prueba, política criminal que forma parte del sistema evolutivo²⁸⁸, y que la deontología busca erradicar la impunidad del actuar de dichas organizaciones criminales.

El Código Procesal Penal de El Salvador, se adscribe al sistema de libre valoración, ya que se decanta por el sistema de la valoración racional de la prueba, ya que contiene un conjunto de normas generales y específicas que constituyen pautas racionales, objetivas y controlables, en aras de garantizar un elevado estándar de suficiencia probatoria compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Es decir, contiene normas jurídicas generales y específicas sobre la valoración de la prueba, así como un conjunto de reglas extrajurídicas, empero por la trascendencia del principio de la presunción de inocencia²⁸⁹, sólo pueden ser objeto de valoración las pruebas incorporadas legítimamente en el juicio oral.

Por ello, en la valoración las pruebas obtenidas directa o indirectamente el

²⁸⁸ Casado Pérez, Ibíd. 142. Postula que, *en el sistema de prueba legal, la ley impone al juez determinadas reglas, positivas o negativas, para determinar el resultado de un medio concreto de prueba. Así, por ejemplo, por influencia del Derecho Canónico, se hacía una clasificación de los testigos por su edad, género, condición social, número de los mismos, etc. (testes classici, testes minus hábiles, testes inhábiles), pudiendo establecerse que para una probatio plena eran necesarios "duo testes classici", regla aritmética que se recoge en la Ley de Partidas (tercera), en la que dos testigos idóneos hacen plena prueba que obliga al juez, y, si las dos partes presenta en testigos en igual número, tenía más valor el testimonio de quien tuviese mejor fama, etc.* Es decir, que limita la aplicación del sistema de la libre valoración de la prueba, bajo un razonamiento lógico a dicha prueba, sin consideración al resto del haber probatorio que pudiera haber en el caso en concreto.

²⁸⁹ Constitución de la República de El Salvador, Ibíd. Art. 12, dice: *"Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa". La persona detenida debe ser informada de inmediato y comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza al detenido la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales, en los términos que la ley establezca".*

juez debe de mantener un control de la legitimidad del ingreso de la prueba en el proceso como parte del debido proceso constitucionalmente configurado, ya que éstas no pueden ser utilizadas por vulnerar el contenido esencial de los derechos y garantías fundamentales art. 346.7 del citado cuerpo de ley procesal de forma general por caer en nulidad absoluta²⁹⁰, y de forma específica en la valoración de la prueba en la sentencia, aquí es donde el juez expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados para evitar caer en los vicios señalados en el art. 400.5 del mismo Código, el cual exige que en la sentencia se observen las reglas de la sana crítica con respecto a la valoración de medios o elementos probatorios de valor decisivo, especialmente las que se derivan de las “*técnicas de operaciones encubiertas*” realizadas a través de figura del agente encubierto, y figuras afines, testigos protegido y figuras afines, el arrepentido y figuras afines y la pruebas científicas que requieran autorización judicial por existir la posibilidad de que se violenten derechos fundamentales, tal como lo limita en los arts. 282 Lit. d) y 215 del CPP²⁹¹.

4. Principio de la presunción de inocencia en relación a los medios extraordinarios de prueba

El principio de la presunción de inocencia su observancia es de estricto

²⁹⁰ Art. 346 numeral. 7, regula: “*Cuando el acto implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en este Código*”. El proceso es nulo absolutamente en todo o en parte. Es parte del desarrollo del art. 12 de la constitución de la República.

²⁹¹ Art. 282, que establece los límites para que la Fiscalía General de la República, cuando tenga razones fundadas, para inferir que una persona está participando en la comisión de un hecho delictivo de gravedad o pudiese conducirlo a obtener información útil para la investigación, podrá disponer: Literal d) Que se utilicen técnicas especiales de investigación, como agentes encubiertos, entregas vigiladas o compras controladas para la comprobación de la existencia y participación en delitos“, y el art. 215, dispone: “Los funcionarios y empleados o agentes de autoridad, que hayan participado en operaciones encubiertas, con autorización del fiscal, podrán declarar como testigos y sujetarse al régimen de protección cuando corresponda”. Caso contrario. Si no hay razones fundadas, no debe utilizar las técnicas especiales de investigación.

cumplimiento por parte del principio de legalidad e integrar la estructura del debido proceso constitucionalmente configurado, se configura como una garantía que condiciona el ejercicio del ius puniendi del Estado, al estar regulado en el art. 12 de la Constitución, en el art. 14 del PIDCP, y Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y desarrollado en el art. 6 del Código Procesal Penal, para mayor comprensión del alcance, ofrece una triple significación: 1) que el imputado no necesita probar nada; 2) que esa labor corresponde a las acusaciones, quienes han de aportar suficiente prueba de cargo para la condena, debiendo dictarse un fallo absolutorio si aquella no es “suficiente”, según criterio racional del tribunal (sana crítica), o si concurren, a la vez, prueba de cargo y de descargo que suscita la duda razonable del tribunal (“*in dubio pro reo*”); y 3) que la prueba, por último, ha de realizarse en la fase plenaria del proceso (juicio oral), salvo justificadas excepciones (anticipo de prueba), y con observancia de las normas constitucionales y legales que regulan la admisibilidad de los medios de prueba y su práctica²⁹².

El contenido y alcance del derecho a la presunción de inocencia, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha afirmado que toda persona sometida a un proceso o procedimiento, es inocente y se mantendrá como tal dentro del proceso o procedimiento, mientras no se determine su culpabilidad por sentencia definitiva condenatoria o resolución motivada, y respetando los principios constitucionales procesales. Por lo tanto, se considera que ninguna persona natural o jurídica puede verse privada de algún derecho por aplicación automática y aislada de “*presunciones de culpabilidad*”, sean legales o judiciales, ya que las mismas son inconstitucionales si no se

²⁹² Casado Pérez, *Ibíd.* 427. La explicación de este autor viene a ser reforzada para mayor claridad con la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, Sentencia Amp. 360-97, de fecha 10-II-1999, al explicar el contenido y alcance del principio de inocencia de forma general, pero también para los aspectos excepcionales de la prueba que trata este trabajo de investigación.

acompañan de otros medios de prueba que lleven a una conclusión objetiva de culpabilidad (Amp-360-97, de fecha 10-II-1999). Por ello, el legislador limitó las facultades conferidas al Ministerio Público Fiscal en el sentido que sólo tiene que utilizar las “*Técnicas de Investigación Especial*” conocidos por la doctrina como “*medios probatorios extraordinarios*”, a través de los agentes policiales encubiertos, cumpliendo con los presupuestos de los arts. 282 y 215 del CPP.

Para evitar vulnerar el derecho a la presunción de inocencia de los inculcados en una investigación extrajudicial o administrativa del Ministerio Público Fiscal, la jurisprudencia de Sala de lo Constitucional ha sido clara en determinar los alcances de la utilización de las técnicas especiales de investigación criminal y de prueba²⁹³, no solo para garantizar la actuación de cada uno de esos medios extraordinarios, sino también para garantizar la no vulnerabilidad de los derechos y en especial del derecho a la presunción de inocencia de las personas que están siendo objeto de la misma, deben de observarse tres características comunes, como son: (i) la ocultación de la condición de agente policial, (ii) el engaño, relación directa y personal entre el agente y el investigado, y (iii) la figura del agente encubierto implica una autorización para que un agente policial delinca en beneficio de la investigación del delito, que al final se traduce en exención de responsabilidad penal.

Con el fin de aclarar algunos aspectos de los alcances de la sentencia referida en el párrafo anterior, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal, ha señalado como exigencias indispensables para la actuación de las operaciones técnicas especiales o extraordinarias de investigación, los siguientes: a) Se necesita la autorización fiscal; b) que la policía infiltre al

²⁹³ sentencia 5-2001ac., ya bastante referida en el iter de este trabajo de investigación.

agente en estructuras criminales de delincuencia no convencional por ejemplo delito de narcotráfico, extorsión entre otros del crimen organizado; c) la razón de otorgar la autorización escrita de infiltración es para garantizar entre otros aspectos: 1) evitar la actuación arbitraria en las operaciones o técnicas “*extraordinarias*” de investigación, es decir, evitar que se violenten la presunción de inocencia del investigado, 2) que pueda delinquir en pro de la investigación, y, 3) que pueda aplicársele la excluyente de responsabilidad, estas dos últimas como parte de garantizar la actuación de los miembros de la policía que han sido autorizados para la intervención en la investigación en el interior de las organizaciones criminales²⁹⁴.

La jurisprudencia citada, si bien no es clara en su premisa, reitera el respeto de los derechos de la persona humana reconocido en el art. 1 de la ley fundamental salvadoreña, los cuales deben de ser garantizados en todo procedimiento en el que se persiga penalmente a uno o varios individuo pertenecientes a una organización criminal que sea señalado por el

²⁹⁴ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Casación, Referencia: 695-CAS-2007* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007). Respecto al “el agente encubierto y su autorización”,... “*hay que señalar que en casos en los que se concede es para garantizar al miembro de la corporación policial que su actuación se encuentre bajo los parámetros dados por un superior de forma escrita y, que no le acarrearían una responsabilidad penal sino que tendrá como efecto coadyuvar a través de su testimonio a la comprobación de la comisión de un delito y de quién lo comete...*” y se refirió a la sentencia 115-2005, del 21 de febrero de 2006, la Sala de lo Constitucional sostuvo... “*el agente encubierto se constituye como una técnica de investigación necesaria para enfrentar cierto tipo de delincuencia no convencional o especialmente grave, que se desarrolla en forma altamente organizada...*”... todas las operaciones presentan tres características comunes: la ocultación de la condición de agente policial, el engaño, -relación directa y personal entre el agente y el investigado-, la figura del agente encubierto implica una autorización para que un agente policial delinca en beneficio del delito –lo que se traduce en exención de responsabilidad penal... Se extraen los requisitos indispensables para que la actuación del agente policial pueda reputarse como de “encubierto”: a) se necesita la autorización del Fiscal; b) que la policía infiltre al agente en estructuras criminales de delincuencia no convencional –como el narcotráfico o el crimen organizado-, c) que la razón para otorgar la autorización escrita de infiltrarse es para –entre otros- los siguientes efectos: 1) evitar la actuación arbitraria del agente en la investigación, 2) que pueda delinquir en pro de la investigación, y 3) que pueda aplicársele la excluyente de responsabilidad. Cif. ASDC-197-13, del 25/11/2013, de la Cámara de la Tercera Sección de Occidente.

cometimiento de un ilícito penal grave o complejo, para ello, se exige como requisito esencial ad initio la orden escrita del fiscal para habilitar al agente encubierto su intervención en la organización criminal, como parte del procedimiento legal en respeto al debido proceso constitucionalmente configurado que es parte del cumplimiento al principio de legalidad y que para su materialización se vuelve obligatorio para el ente Fiscal²⁹⁵.

5. Obligación de probar del ministerio público fiscal

En un sistema penal acusatorio, se ha sostenido por la doctrina mayoritaria quien afirma algo debe probarlo, es por ello que puede aseverar que cuando el Ministerio Público Fiscal decide acusar a una persona como autor responsable en la comisión de un hecho delictivo, debe probar que el hecho existió, que es una conducta delictiva, que la persona a la que acusa es autor del delito y que actuó con responsabilidad, cuyo objetivo es que se declare la culpabilidad del acusado en el hecho delictivo, porque la Fiscalía debe ofrecer al menos un medio probatorio para acreditar cada una de los hechos que afirma con su acusación. Es el ente que representa al Estado conforme lo regula el art. 193 de la Constitución, y como tal, es el único titular en el proceso penal para ejercer la acción penal y acusar cuando haya incorporado al proceso los medios necesarios, útiles y pertinentes para probar los hechos acusados en contra de la (s) personas (s) contra quienes se haya iniciado el proceso penal para el descubrimiento de la verdad a fin de que se dicte sentencia condenatoria²⁹⁶.

²⁹⁵ Política de Persecución Fiscal, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2010). Regula que, dentro del marco de acción, los criterios de persecución penal de acuerdo a la constitución, tienen que respetar los principios siguientes: “*dignidad humana, presunción de inocencia, legalidad, oficialidad, oficiosidad, oportunidad reglada, proporcionalidad, lesividad, objetividad, racionalidad, unidad de acción y dependencia jerárquica...*”.

²⁹⁶ Casado Pérez, *La Prueba en el Proceso Pena*, (Editorial Lis, San Salvador, 2000), 440. Debe de tomarse en cuenta que este autor, lo hace desde la perspectiva de la carga de la prueba.

Debe de resaltarse, a su vez, que la presunción de inocencia se activa desde el momento en que es sometida una persona a un proceso o procedimiento, la cual, no está obligado a probar su inocencia, por cuanto el art. 6 del CPP., de forma expresa establece que la carga de la prueba corresponde a los acusadores, de ahí que, la defensa no obstante que afirma la no responsabilidad del acusado no está obligada a probarla Art. 6 del Código Procesal Penal vigente, por cuanto la presunción de la inocencia no es una afirmación de defensa sino una proposición del legislador constitucional salvadoreño.

Y si bien, el legislador ha creado la obligación o carga de probar al ente Fiscal, no significa per sé que dicha actuación fiscal no sea controlada por el órgano judicial o el juez, a quien por mandato de la misma Constitución art. 172 inc. 1o le ha sido encomendado de forma exclusiva la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y para cuyo fin éstos son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes, es decir, que en el ejercicio de administrar justicia el órgano judicial, la constitución le impone límites al magistrado o juez, por ejemplo, lo regulado en el art. 17 inc. 1º, donde le prohíbe al magistrado o juez, avocarse causas pendientes, so pena de ser sancionado conforme lo regula el art 182 Ord. 9º esa atribución²⁹⁷.

En tal sentido, al Ministerio Publica Fiscal, como órgano persecutor del delito, por mandato de la Constitución, Art. 193 numerales 2º, 3º y 4º, le ha sido encomendado de forma exclusiva la potestad no solo de promover de oficio o

²⁹⁷ Rodolfo Ernesto González Bonilla, *Constitución y Jurisprudencia Constitucional*, San Salvador, El Salvador, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2003, 257. Con lo cual, se garantiza que haya un control judicial, con independencia de los demás órganos del Estado, lo que constituye un verdadero Estado de Derecho, cuál fue el espíritu del constituyente en su “*exposición de motivación*” para construir una sociedad más justa, esencia de la democracia y del espíritu de la libertad y justicia como parte de los valores de la herencia humanitaria.

a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad, sino también la obligación de probar los hechos, exegesis que orientan la persecución penal al ente Fiscal, y el servicio público lo obliga a cumplir la función de acuerdo a la Constitución y la ley, respetando los principios de la dignidad humana, presunción de inocencia, legalidad, oficialidad, oficiosidad, oportunidad reglada, proporcionalidad, lesividad, objetividad, racionalidad, unidad de acción y dependencia jerárquica, siempre bajo el límite establecido en el 17 inc. 1º de la Constitución, en relación con los Arts. 17 y 74 del Código Procesal Penal, en el sentido de no caer en arbitrariedad en la persecución del delito por inobservancia a los derechos fundamentales de la persona humana. Si bien tiene un margen de discrecionalidad en la persecución de los delitos, ésta debe de estar definida en el marco jurídico de la política de persecución penal, en respeto a los principios, valores y garantías contenidas en la Constitución de la República.

Esa obligación abstracta y material que tiene el ente Público Fiscal, lo ha reconocido en el Plan Estratégico 2007-2011, donde adquirió un compromiso institucional respecto a la misión de defender, representar y tutelar los intereses de la sociedad y del Estado salvadoreño, actuando con seriedad, eficiencia y responsabilidad conforme a los principio de legalidad, justicia, seguridad y objetividad²⁹⁸, lo cual se materializa a partir de la acusación Fiscal, regulada en el art. 356 numeral 5) en cuyo instrumento debe de ofrecer la prueba penal y civil, para que sea incorporada en la vista pública, y

²⁹⁸ Política de Persecución Penal, *Ibíd.* En el preámbulo Literal c) Política de Persecución Penal. Significa que el mismo Ministerio Fiscal está reconocimiento su marco de acción constitucional y legal, en base a los principios básicos en que se enmarca su actuación, evitando caer en la arbitrariedad, ya que toda petición hacia el órgano judicial debe de hacerse en respeto a lo regulado en el Capítulo Primero de la misma, que desarrolla los principio de dignidad humana, legalidad, racionalidad proporcionalidad, y objetividad debe de comportarse de manera leal en función de la justicia, aportando los elementos probatorios que legalmente haya obtenido en la investigación del delito.

de igual forma, para las otras partes está regulada su facultad en el art. 358 numeral 13, para producirla en la vista pública.

La formalidad y obligación material del ofrecimiento de la prueba, constituye una parte esencial del marco jurídico constitucional y penal trazado dentro de las aludidas políticas de persecución fiscal; el Ministerio Público Fiscal tiene que estarse al procedimiento establecido para el ofrecimiento de la prueba para probar los hechos investigados, cumpliendo con el principio de legalidad procesal del Art. 175 relacionado intrínsecamente con el art. 177 del Código Procesal Penal, como límites a la función de la investigación del delito y evitar caer en intromisiones en los derechos fundamentales²⁹⁹.

Consecuentemente, la obligación de realizar la función de investigar y de aportar la prueba para probar los hechos en aquellos casos de mayor complejidad y que ponen en riesgo la intervención de los agentes de la policía que actúan bajo técnicas de operaciones encubiertas, la doctrina reciente les llama "*medios extraordinarias de investigación y de prueba*" y subyacen como ya vastamente se ha dicho fragmentados en leyes especiales y el código procesal penal, requiere para su implementación legal, la autorización del Fiscal o su delegado, cuyo fin es salvaguardar los derechos de las personas investigados en esos casos concretos, y que potencialmente pueden constituir una fuente de prueba para probar los hechos investigados en juicio, bajo las mismas reglas comunes para los medios de prueba convencionales establecidos por la ley³⁰⁰.

Premisa máxima anterior, que afirma la obligación de probar que tiene el

²⁹⁹ Moreno Cátana, *Ibíd.*, 65

³⁰⁰ Código Procesal Penal, *Ibíd.* Art. 372.

Ministerio Público Fiscal, el art. 6 del Código Procesal Penal³⁰¹ determina claramente que la persona a quien se le impute un delito se presume inocente y será tratada como tal en todo momento, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio oral y público, remarcando la exigencia que se le deben de asegurar por el órgano jurisdiccional todas las garantías necesarias para su defensa, por ello, la carga de la prueba le corresponde a los acusadores por la naturaleza de los hechos graves, éstos son delitos de acción pública que le corresponden ejercer directamente al Ministerio Público Fiscal³⁰² como acusador público; la categorización de medios de prueba extraordinaria, exige la observancia de otros requisitos adicionales para su obtención, como son: (i) se determine la relación con el crimen organizado; (ii) sea indispensable para superar las dificultades con los medios de investigación y de prueba convencionales; (iii) existir autorización motivada el Fiscal o su delegación, indicando plazo para su realización; (iv) la información obtenida debe ser puesta inmediatamente ante quien la autorizó, e ingresada al proceso íntegramente; (v) Irrestricto respeto de las garantías constitucionales de defensa y contradicción³⁰³.

6. Límites o reglas de admisibilidad de los medios extraordinarios de prueba

De forma general, debe decirse que es competencia del Juez instructor, la tarea hacer un análisis exhaustivo, ponderando la procedencia de los medios probatorios que han sido ofertados por las partes. En el código procesal

³⁰¹ Ídem., art. 6. Que establece: “*Toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente y será tratada como tal en todo momento, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio oral y público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa. La carga de la prueba corresponde a los acusadores*”.

³⁰² Montes Calderón, *Ibíd.* 55.

³⁰³ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 5-2001Ac*, *Ibíd.* Requisitos deben ser de estricto control no sólo por el juez instructor que admita la prueba, sino también por el juez sentenciador que la medie y valore el medio probatorio en el juicio oral y público.

penal, no está diseñado como una fase procesal, se encuentra regulado a partir del art. 356 numeral 5) en el art. 359 numeral 13 del C.Pr.Pn, la regulación general del ofrecimiento de la prueba y para la admisibilidad de la prueba testimonial, se exige como reglas: 1) lista de testigos, con indicación del nombre, profesión, domicilio, residencia o el lugar donde puede ser localizado, y, 2) para los casos de la prueba extraordinaria (el agente encubierto, testigos protegido, el arrepentido, entre otros), además de los requisitos generales, deben cumplirse con los requisitos legales especiales de delitos complejos, de: (i) tiene que ser por hechos delictivos relacionados al crimen organizado, (ii) tiene que ser autorizada por escrito por el ente Fiscal, (iii) de uso excepcional³⁰⁴, (iv) no se vulneren las garantías y derechos fundamentales, y, (v) específica al caso autorizado, que se exige por la doctrina³⁰⁵.

Instrumento procesal penal salvadoreño, que en el Art. 215³⁰⁶, nuevamente reitera que el uso y valoración de la figura del agente encubierto, es un

³⁰⁴ Código Procesal Penal, *Ibíd.* Art. 282, determina que la autorización es necesaria en hechos graves para obtener información útil en la investigación, se deben de utilizar las técnicas especiales de investigación, como agentes encubiertos, entregas vigiladas o compras controladas.

³⁰⁵ Casado Pérez, *Ibíd.* 458, Este autor señala como requisitos legales para que no se violenten los derechos fundamentales, los siguientes: a) Que el agente, funcionario o empleado actuante lo haga en el marco de una operación encubierta practicada por la Policía Nacional Civil, sin que, a mi criterio, sea necesario que aquellos obtengan la estricta condición de miembros de la PNC; b) Que exista autorización previa y por escrito del Fiscal General de la República, en la que deberán establecerse los límites (temporales, espaciales, etc.) de la operación y valorar la proporcionalidad, necesidad, utilidad e idoneidad de la medida, procediendo, a mi criterio, autorizar la operación encubierta sólo en los casos de delitos graves vinculados al crimen organizado; c) Que la actuación del agente se concrete a “detectar, investigar y probar” hechos delictivos, sin que, en consecuencia, sea válida la incitación a realizar conductas delincuenciales (art. 35 C.Pn.) o, lo que es lo mismo, “influir psíquicamente en otro a fin de que resuelva y realice un acto típico delictivo, sin que con anterioridad aquel estuviera resuelto a ejecutarlo” (Moreno Carrasco). Doctrina que es consecuente con la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional según Sentencia 5-2001Ac, ya relacionada vastamente en este trabajo de investigación.

³⁰⁶ Su interpretación sistemática con el Art. 175 Inc. 4° y 282, no le dan una facultad absoluta al Ministerio Fiscal para el uso de ese mecanismo excepcional de prueba, es una facultad limitada y, por ende, su declaración tiene que ser sometida a un riguroso examen de valoración judicial.

medio engañoso utilizado de forma antojadiza, de ahí que le nace al juez la obligación de garantizar y tutelar los derechos fundamentales de la persona humana, al valorar cuidadosamente la información que haya aportado al proceso como medio excepcional o extraordinario de prueba legalmente autorizado por su útil y pertinente para determinar la responsabilidad penal de los miembros de las organizaciones criminales. Es decir, que, para el caso de valorar un elemento extraordinario de prueba, también tiene que ser riguroso el examen judicial valorativo por tener límites legales para considerarse un medio extraordinario de prueba.

Asimismo, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, ha sostenido *“que los límites deben de ser controlados dentro del proceso penal, es decir, junto a la autorización fiscal para aplicar este mecanismo de investigación no es exigible una autorización judicial que legitime la limitación de derechos de la persona hacia quien se dirige la investigación, como lo reclaman los pretenses de este hábeas corpus; sino que será dentro del proceso penal que se realizará un control judicial sobre la aplicación de esta medida y sus resultados”*³⁰⁷.

La jurisprudencia anterior, que fija que es el Juez de Instrucción el que está obligado por ley para controlar los requisitos general de admisibilidad de la prueba en la audiencia preliminar, cuando se trate de valorar la admisibilidad de prueba exclusivamente de medios probatorios de carácter extraordinarios que generen la probabilidad de la existencia de los delitos graves o complejos y la autoría o participación de los miembros de las organizaciones criminales que hayan sido acusados por los hechos ilícitos investigados, observando los requisitos generales, y adicionalmente los siguientes requisitos:

³⁰⁷ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Habeas Corpus*, Referencia: HC-147-2010 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011). Aquí ha dejado claro la Sala de lo Constitucional, que la Fiscalía tiene limitaciones autorizar la figura del agente encubierto, es constitucionalmente válida pero controlable por el órgano judicial, para que se cumpla los principios fundamentales que informan el proceso penal constitucionalmente configurado.

1) Licitud o legalidad; 2) pertinencia y utilidad de la prueba conforme lo regula el art. 177 del CPP, que indica los requisitos especiales para la admisibilidad de la prueba excepcional o limitaciones constitucionales y legales que sirven de control para evitar que se violenten derechos fundamentales de la persona humana investigada, de manera excepcional lo podrá hacer el Juez o Tribunal de Sentencia, bajo los supuestos establecidos en el Art. 366 Inc. 3° del Código Procesal Penal. Es decir, siempre que la prueba ofrecida para su admisión en la fase crítica de la instrucción haya sido indebidamente rechazada, una vez interpuesto el recurso de revocatoria, queda habilitado en la fase plenaria la posibilidad de realizar ese control de admisibilidad de la prueba, y en especial de los medios de prueba extraordinarias que han sido ofrecidos por parte del Ministerio Público Fiscal. Es ahí el momento procesal, donde el tribunal de sentencia tiene habilitado para valorar la admisibilidad de la prueba rechazada indebidamente³⁰⁸.

Se señala que por la naturaleza del tópico investigado, no se profundiza en las excepciones de carácter general que plantea el art. 175 Inc. 2° del CPP, respecto a la admisibilidad de una prueba originada en un procedimiento ilegal, cuando se ha procedido de buena fe, hallazgo inevitable o de una fuente independiente, por considerar que es impertinente; lo que interesa saber es en relación a los límites de la prueba extraordinaria que es relevante a sus efectos jurídicos del presente tópico, sin dejar de considerar que un medio de prueba puede ser admitido para ser introducido en juicio solamente si ha sido obtenido sin violación de derechos fundamentales e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones del referido Código Procesal Penal. En ese sentido la reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que los caracteres

³⁰⁸ Código Procesal Penal de El Salvador, *Ibíd.* Art.366 Inc. 2° y 3° en relación a los arts. 215 y 282 CPP.; art. 4 de la LRARD y art. 8 de la LECDE.

de la prueba son: la pertinencia, relevancia, objetividad y legalidad (Sentencia 84-CAS-2008).

La doctrina salvadoreña desarrolla los límites generales, y los define de la siguiente manera: 1) licitud o legalidad; se entiende en el sentido que la investigación del delito y la obtención de la prueba han de realizarse respetando las garantías fundamentales de las personas, consagradas en la Constitución y demás leyes, art. 175 CPP., en cuyo caso la obtención de esa prueba se vuelve regular y lícita, pertinente y útil; ya sea prueba directa o que indirectamente se refiere al objeto de la averiguación y sean útiles para el descubrimiento de la verdad, de esa forma se incorpore al proceso conforme lo prevé la ley, cuyo incumplimiento da lugar por regla general a los supuestos de prueba irregular o ilícita³⁰⁹. Se señala que estos límites tienen su origen en el nuevo código procesal penal de Alemania³¹⁰.

La limitación general del control judicial de la licitud de la prueba, cuando se trate de prueba especial o extraordinaria que se pretende incorporar en juicio, se tiene que examinar si reúne los requisitos de prueba, como: (i) tiene que ser necesaria, (ii) tiene que ser autorizada previamente por el Fiscal, (iii) tiene que ser excepcional, siempre que se trate de esclarecimiento de hechos delictivos relacionados con la criminalidad organizada. Es decir, esas limitaciones o controles judiciales extras en la valoración de admisibilidad de prueba extraordinaria no resulta posible su aplicación cuando se trate de esclarecimientos de delincuenciales de bagatela o de escasa complejidad, así por ejemplo: el delito de Tráfico Ilegal de Personas, así lo ha sostenido la

³⁰⁹ Casado Pérez, 110.

³¹⁰ Talavera Elguera, *La prueba en el nuevo proceso penal*, Proyecto a la Consolidación de la Reforma Procesal Penal y de la Administración de Justicia en (Perú-RPP F2, (2010), 36.

jurisprudencia en la Sentencia HC-147-2010, de 09-03-2011³¹¹, por carecer de trascendencia constitucional, y por tanto, en esos casos la figura del agente encubierto no requiere autorización judicial.

La jurisprudencia y el marco legal salvadoreño, no es consecuente con la doctrina de la mayoría de las legislaciones, entre las cuales se pueden citar: Portugal, Francia, Argentina, Brasil, Colombia, entre otros países, que contemplan que es exclusivamente la autoridad judicial la encargada de autorizar una operación encubierta mediante el uso de agente infiltrado como figura que disfraza al agente encubierto policial, sosteniendo que la autorización del mismo debe ser otorgada por un órgano estatal ajeno a la propia organización policial, por ser la única forma de garantizar la adecuación del juicio de proporcionalidad, siendo la minoría de las legislaciones que optan por darle esa facultad al Ministerio Público Fiscal³¹², tal es el caso de nuestra legislación salvadoreña, que recoge la tesis de la minoría en el art. 282 del CPP en relación con el art. 4 de la LRARD y art. 8 de la LECDE en el sentido que es el Fiscal quien debe de autorizar las

³¹¹ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Habeas Corpus, Referencia: HC-147-2010*, Ibíd. *En el delito de tráfico ilegal de personas, dijo: “Al respecto, la jurisprudencia de este tribunal ha señalado que la posibilidad de controlar la constitucionalidad de los actos de la Fiscalía General República, se fundamenta en los roles que la Constitución establece en el artículo 193, entre otros, ..., se encuentran supeditadas al cumplimiento del principio de legalidad...., actividad que reviste una labor auténtica de averiguación y de búsqueda constante de los elementos de prueba que demuestren la existencia o no de un delito y la posible participación de los autores o responsables del mismo, es decir, a partir de la recolección de la prueba de cargo y descargo – v. gr. resolución de HC 37-2009 de fecha 19/11/2010–..., para que sea procedente el análisis constitucional requerido por los peticionarios, a través del juicio de proporcionalidad entre la diligencia realizada y el sacrificio que pudo representar a los derechos de la persona investigada, se requiere más que una presunción de lo que podía haber acontecido durante la investigación del delito para concluir que el mecanismo utilizado por la representación fiscal no resultaba necesario a efecto de investigar la comisión del delito atribuido”.*

³¹² Cardoso Pereira, Ibíd., 386. El Código Procesal Penal Salvadoreño, ya es parte de los avances modernos y fue creado sobre la base de formalizar mayores garantías de los derechos fundamentales de las personas y de la potestad de juzgar, pero se decantó por darle las facultades al Fiscal de autorizar las operaciones encubiertas, entre otros, la acción y al Órgano Judicial, la función de garante de los derechos fundamentales y de juzgar.

operaciones técnicas de investigación, y por consiguiente, se convierte en un límite o requisito más del control de admisibilidad del elemento probatorio al proceso, de lo contrario por no cumplir con el requisito de procesabilidad previo de autorización fiscal, es ilegal y no tendría que admitirse en el proceso³¹³.

7. Valoración de los medios extraordinarios de prueba en juicio

Como ya quedó abordado el tema la dimensión de los modelos de la valoración ordinaria de los medios de prueba, dada la naturaleza del tema de la valoración de los medios probatorios extraordinarios en el juicio, se inicia su enfoque a partir del respeto al principio de legalidad constitucional que de acuerdo a lo regulado en el art. 15 de la Cn., obliga a los tribunales jurisdiccionales someterse en todo momento a las reglas ya establecidas en la ley, concretamente para la valoración de los medios probatorios, y en especial a aquellos medios probatorios que se hayan vulnerado los derechos fundamentales desde su recolección, admisión e incorporación al proceso. Es decir, que la ley establece prohibiciones o limitaciones para la autoridad judicial, y también a la autoridad administrativa en materia de operaciones técnicas o encubiertas que son parte del contenido esencial de los medios extraordinarios de prueba, máxime cuando se pone en riesgo por vulneración al principio de legalidad de la pena, el bien jurídico de la libertad de una persona a consecuencia de una acción u omisión no solo en la obtención de un elemento probatorio que se admite y se incorpora al proceso, sino también en la valoración que el juez o tribunal le dé a dicho medio probatorio

³¹³ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Habeas Corpus, Referencia: 236-2002* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013). “Por ello y a efecto de no vulnerar derechos constitucionales, es que su autorización debe ser otorgada por autoridad competente, de lo contrario se vulneran derechos fundamentales –específicamente el derecho a la seguridad jurídica- y no podría ser introducida en el proceso por ser contraria a la Constitución”. Cit. por Flavio Cardozo Pereira, en “El Agente encubierto-desde un punto de vista del Garantismo procesal penal”, 217.

de carácter excepcional³¹⁴.

La Constitución de la República, el art. 11, que ninguna persona puede ser privada al derechos de la libertad, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes;... y el art. 12 de la misma Constitución, determina que toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa... y además, entre otras cosas, regula que la persona contra quien se le imputa un delito, no puede ser obligada a declarar, y en el caso de ser detenida se le debe de garantizar la asistencia de defensor desde las diligencias iniciales de investigación hasta el juicio, y a su vez, enfatizando que las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona carecen de valor; quien así las obtuviere y empleare incurrirá en responsabilidad penal.

En dichas disposiciones constitucionales, el legislador constitucional estableció las reglas del debido proceso constitucionalmente configurado dentro del contexto de consolidar un auténtico Estado de Derecho Democrático en el cual se le garanticen los derechos fundamentales a todas las personas en igualdad de condiciones, en el caso penal, del imputado y de las víctimas, de cuyo irrespeto deviene las responsabilidades penales, y así lo ha desarrollado a partir del art.1 del Código Procesal Penal que regula que nadie podrá ser condenado ni sometido a una medida de seguridad sino mediante una sentencia firme, dictada en juicio oral y público, llevado a cabo conforme a los principios constitucionales, del código citado y demás leyes, con observancia estricta de las garantías y derechos fundamentales de las

³¹⁴ Constitución de la República de El Salvador, Ibíd. Regula: “*Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la Ley*”.

personas³¹⁵.

El instrumento procesal penal salvadoreño, en el art. 174, establece que el conocimiento de la prueba le corresponde al Juez o Tribunal y las circunstancias objeto del juicio, especialmente lo relativo a la responsabilidad penal y civil derivada del delito, estableciendo las reglas de valoración en el art. 175 del mismo cuerpo de ley, que regula el Principio de Legalidad de la Prueba, pero impone las reglas o los límites a su vez, prescribiendo: *“Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código”*, en principio, regula de forma general que sólo aquellos elementos de prueba que han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso tendrían que ser valorados por el juez sentenciador.

Además, establece como regla, la limitación a la valoración cuando dice: *“no tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente inciso, los elementos de prueba serán admitidos cuando hayan sido obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente, y deberán ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica, cuando corresponda”*.

La interpretación de la descripción anterior, cuando refiere al término *“cuando corresponda”*, es por efecto del inciso tercero, que prácticamente obliga al juez, a qué cuando valorare dichos elementos de prueba, lo haga observando que no concurra ninguna circunstancia que vulnera el derecho constitucional a la presunción de inocencia, o, cuando en ellos se revele

³¹⁵ Código Procesal Penal, *Ibíd.* Instrumento creado dentro de un modelo garantista distribuyendo el papel de la Fiscalía General de la República como encargado de perseguir el delito y del ejercicio democrático de la promoción de la acción penal y del órgano judicial, este último como garante de los derechos fundamentales y de la potestad de juzgar.

alguna especie de tormento, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona; e incluso, advierte que el incumplimiento a tal regla o limitación de valoración, amenaza al juez de incurrir en responsabilidad penal a que hubiere lugar. A fin de ser consecuente con lo regulado en el inciso 3º del art. Art. 12 de la Constitución³¹⁶ que está en consonancia con lo regulado en el art. 7 del PIDCP,³¹⁷ que prohíbe que se obtenga elementos de prueba en contra de la voluntad de la persona humana, en cuyo caso los elemento obtenidos de esa forma se vuelve ilícita y no tendría efecto probatorio³¹⁸.

El tema de los “límites y alcance de los medios extraordinarios de prueba”, se desenlaza a partir de estas disposiciones procesales penales que revelan la decisión político-criminal de ponderar los intereses de la investigación con vigencia efectiva y material de los derechos fundamentales de la persona, refleja la irradiación normativa de los derechos y garantías constitucionales según lo sostiene REINALDO GONZÁLEZ³¹⁹, el legislador, legitimó bajo el principio de proporcionalidad y previsibilidad en el inciso 4º del art. 175 CPP., que cuando se trate de investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado, delitos de realización compleja, se permitirá las

³¹⁶ Constitución de la República de El Salvador, *Ibíd.* Art. 12, regula: “*Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa...*”

³¹⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas) Art. 7, regula: “*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*”. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos. Violenta el derecho a la presunción de inocencia.

³¹⁸ González, 229. El autor sostiene que el inciso segundo, estatuye que las fuentes e indicios de prueba obtenidas ilícitamente no surtirán ningún efecto probatorio, levantándose como una regla de exclusión probatoria.

³¹⁹ *Ídem*, 162. Explica sobre la dispersión de la normativa que garantiza de forma efectiva y material los derechos y garantías constitucionales.

operaciones encubiertas practicadas por la policía³²⁰, previa autorización fiscal, quiere decir, esta última circunstancia tiene que acreditarse dentro del proceso en la valoración de la prueba, y en todo caso, será objeto de control judicial el no cumplimiento de dicha exigencia legal, conforme art. 130 CPP.

Por ello, es importante considerar en el inciso último del referido Art. 175 del CPP., que regula que los elementos de prueba que no hayan sido incorporados con las formalidades prescritas por este Código, podrán ser valorados por el juez como indicios, aplicando las reglas de la sana crítica, o lo que conocemos como principio de la libertad probatoria regulado en el Art. 176 del mismo cuerpo de ley procesal, que determina que *“Los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio de prueba establecido en este Código y en su defecto, de la manera que esté prevista la incorporación de pruebas similares, siempre que se respeten las garantías fundamentales de las personas consagradas en la Constitución y demás leyes”*.

Reglas de la sana crítica ya vastamente comentada, es un deber de los jueces de fundamentar la sentencia como lo manda el legislador en el art. 4 en relación art. 144 del CPP, tiene que valorarse por el juez observando las reglas de la sana crítica³²¹ especialmente cuando se examinan medios extraordinarios de prueba, preservando la característica de la independencia

³²⁰ *“No obstante, tratándose de operaciones encubiertas practicadas por la policía, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado, delitos de realización compleja, delitos de defraudación al fisco y delitos contenidos en la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, la Ley Reguladora de las Actividades relativas a las Drogas y la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, previa autorización por escrito del fiscal superior”*, e incluso los delitos contenido en la LECDE, en vista que fue aprobada posterior a la vigencia del Código Procesal Penal vigente.

³²¹ Código Procesal Penal, *Ibíd.* Art. 179 CPP., reza: *“Los jueces deberán valorar, en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, las pruebas lícitas, pertinentes y útiles que hubiesen sido admitidas y producidas conforme a las previsiones de este Código”*. Disposición que se constituye el fundamento de la valoración de la prueba.

judicial, caso contrario, se vulneran dichas reglas y es causa de casación conforme lo regula el art. 478.3 del mismo cuerpo de ley procesal.

No es automático que el juez sentenciador al valorar la pertinencia, utilidad y legalidad de los medios extraordinarios de prueba, lo haga por estar habilitados por la facultad que expresa la Ley Especial Contra el Delito de Extorsión, en el Art. en relación con el art. 215 del Código Procesal Penal, si bien son potestativos, no lo son los art. 45 de la Ley Contra Actos de Terrorismo y art. 57 de la Ley Especial de las Actividades Relativas a las Drogas, que van más allá, imperativamente establece que será admisible como prueba la declaración del agente encubierto, víctimas o testigos efectuados a través de medios electrónicos que permitan el interrogatorio en tiempo real y con distorsión de voz e imagen cuando por razones justificadas no estuvieren disponibles para realizar en persona ante la autoridad competente, se está refiriendo que el testigo esté imposibilidad para estar presente en juicio, las declaraciones de los mismos, bajo identidad protegida.

Por ello, se colige, que la admisibilidad automática del agente encubierto para su valoración no es per se suficiente para tener por destruida la presunción de inocencia con la cual el procesado ha entrado al juicio; es menester que los instrumentos o medios de "*prueba extraordinarias*" tengan concordancia con otros elementos de juicio incorporados de la misma manera al proceso penal³²² para su valoración integral, caso contrario, debe de mantenerse intacto o sano el derecho a la presunción inocencia del imputado en juicio, como parte de un estado intelectual al que pueda expedir el juez o magistrado, tal como lo afirma MARIO A. HOUEDL VEGA³²³.

³²² Montes Calderón, 92. Al analizar los *Principios que rigen la prueba*, Cit. Art. 6.1 y 6.3 Lit. d) del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales; por ende, garantizar el derecho fundamental de la defensa material.

³²³ Houed Vega, *La Prueba y su Valoración en el proceso penal*, "*La Valoración de la Prueba*", Nicaragua, 61. Sostiene: "Cualquiera que sea el procedimiento que utilice el juez para la valoración de la prueba, en los hechos sometidos a su decisión, tiene que pasar por los Estados de la verdad, la certeza, la duda, la probabilidad y la improbabilidad".

Por consiguiente, por exigencia de las reglas del buen entendimiento humano (sana crítica), las declaraciones de los agentes encubiertos y el resto de sus figuras afines (testigos protegidos, arrepentidos, entre otros que pertenecen a los “*medios extraordinarios de prueba*” tal como se ha venido afirmando en esta investigación, tienen que ser valorados por el juez sentenciador en aplicación del Principio de la Libertad Probatoria y su relación con el principio de proporcionalidad, tomando en cuenta que el principio de inocencia de la persona imputada, conforme lo regula el art. 12 de la Constitución de la República, su alcance es que se mantiene dentro del procedimiento mientras no se determine su culpabilidad con prueba suficiente, robusta e idónea, solo así será destruido y declarado en sentencia definitiva condenatoria debidamente motivada³²⁴.

En la fase de deliberación del juicio, el Juez sentenciador, tiene límites de tiempo perentorio para que tome su decisión judicial, o como lo llama el legislador en el art. 394 del CPP, apreciar las pruebas producidas en juicio de un modo integral y según las reglas de la sana crítica, disposición que ya determina las cuestiones y orden que debe de seguirse para ese fin, o sea, para fundamentar la sentencia, que a su vez, tiene sus requisitos según lo regula el art. 395 del mismo cuerpo de ley adjetiva. Véase que es por mandato legal que toda prueba tiene que valorarse de un modo integral, de lo contrario se convierte en un vicio de la sentencia, conforme lo regula el art. 400.8 en relación al art. 478 del citado cuerpo de ley procesal.

La valoración judicial es una obligación constitucional y legal de fundamentar cualquier decisión judicial que se emita en cualesquier proceso del derecho

³²⁴ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Referencia: 360-97 (Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1999). Considerando III 2.

en general, y específicamente en el derecho procesal salvadoreño la sentencia documento debe de reunir las características siguientes: a) expresa, b) clara, c) completa, d) legal y legítima, d) concordante, e) no contradictoria, f) lógica³²⁵.

La jurisprudencia de Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia que en la Sentencia 338-CAS-2008, es concordante con la doctrina al sostiene que *“...considera oportuno recordar, tal como se ha sostenido en reiterada jurisprudencia, que los jueces de instancia, si bien es cierto son soberanos en las valoraciones de las pruebas que estiman o desestiman, deben siempre indicar las razones suficientes para acreditar o no tomar en cuenta determinados elementos probatorios; además, de que tales razonamientos tienen que estar acordes a las reglas del pensamiento humano...”*. Es decir, que debe de quedar clara en la sentencia, de cual prueba desestima y cuál no, con lo cual se denota que se ha valorado de forma íntegra la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

La tarea del Juez de valorar la prueba testimonial de la figura del testigo protegida, anónima o sin rostro como es conocido por la doctrina, así por ejemplo, cuando se valora la declaración del agente encubierto con régimen de protección u ocultando su nombre verdadero, debe garantizar el respeto al debido proceso constitucionalmente configurado regulado en los art. 11 y 12 de la Constitución de la República, dentro del cual se encuentra el derecho de defensa material del acusado y, además, de saber quién lo acusa para que pueda ejercer su derecho de interrogar al testigo de cargo con identidad supuesta, de acuerdo a lo regulado en el art. 14.3 e) del PIDCP, en igual sentido se regula en el art. 8.2. f) de la CADH, ratificado por El Salvador, conforme el art. 144 de la Constitución, es Ley de la República y

³²⁵ Montes Calderón, et at, *Ibíd.*, 47. Es decir, que, al cumplirse con las características de la sentencia, se puede afirmar que no se violente las reglas de la sana crítica.

de estricto cumplimiento, 6, 10, 17, 81, 82, 90 del Código Procesal Penal. Lo que obliga al juzgador a realizar un juicio de ponderación de los derechos que aparentemente entren en conflicto, conforme lo regulado en el art. 246 Inc. Último de la misma Carta Magna³²⁶.

La jurisprudencia salvadoreña y/o extranjera, especialmente lo relacionado a la valoración de esos medios o fuentes de prueba que la doctrina llama "*medios extraordinarios de prueba*", identificados en las leyes especiales y ley ordinaria de El Salvador, bajo la denomina de "*técnicas*", "*técnicas de investigación y aspectos probatorios*", o "*técnicos de investigación policial*", indistintamente de cómo se llamen, se refieren a la actuación de agentes encubiertos u otras figuras protegidas para garantizar que las personas que gozan del régimen de protección, efectivamente han sido un medio eficaz o decisivo para probar los hechos y la participación delincuenciales en los delitos de droga, y especialmente respecto al delito de extorsión que ha sido de mayor auge utilización para los fines delictivos de las organizaciones terroristas conocidas como "*MS y M18*" operando a nivel nacional, según se refleja en las sentencias siguiente:

(i) Sentencia 147-2010, de fecha 25 de enero d 2016, la Sala de lo Penal, respecto a la valoración de ausencia de autorización judicial en el ejercicio de la investigación encubierta, no es necesario, sino dentro del proceso penal donde se debe de materializar como parte del principio de legalidad las limitaciones de los derechos fundamentales, la Sala dijo:

"Con relación a ello, el control judicial de dicha actividad debe realizarse al momento de la introducción al proceso penal de los datos obtenidos por el agente encubierto, ya que su legitimación se encuentra condicionada al irrestricto respeto de las garantías

³²⁶ Constitución de la República de El Salvador, *Ibíd.* Art. 246 Inc. Último, regula que el Interés público tiene primacía sobre el interés privado, que los derechos fundamentales no son absolutos y pueden ser limitados.

constitucionales de defensa y contradicción como elementos probatorios sujetos a valoración judicial dentro del juicio oral. Es decir, junto a la autorización fiscal para aplicar este mecanismo de investigación no es exigible una autorización judicial que legitime la limitación de derechos de la persona hacia quien se dirige la investigación, como lo reclaman los pretensores de este hábeas corpus; sino que será dentro del proceso penal que se realizará un control judicial sobre la aplicación de esta medida y sus resultados”.

La Sala aclaró que para que haya un control judicial efectivo de la utilización del mecanismo de investigación y de prueba, es necesario que se cumpla con los parámetros expuestos en los apartados (i), (ii), (iii), (iv), (v) y (vi) de la Sentencia 5-2001Ac, de nueve horas con cincuenta minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil diez, caso contrario sería ineficaz la utilización de la figura del agente encubierto.

(ii) Sentencia 353C2015, de fecha 25 de enero de 2016, la Sala de lo Penal, respecto a la eficacia de la intervención policial en la entrega del dinero exigido por medio de testigo con régimen de protección en el delito de extorsión, dijo:

“...En armonía con lo anterior, los referentes jurisprudenciales citados por el impetrante en su escrito casacional, están referidos a un contexto de hecho diferente al caso de mérito, pues en aquellos eventos fácticos se había llevado a cabo una detención en flagrancia, es decir, que la intervención policial frustró la consumación del ilícito, evitando el provecho económico de los imputados como consecuencia del despojo dinerario injusto constreñido a la víctima; lo cual no ocurrió en el caso de autos, donde la intervención policial, mediante la entrega controlada, no coartó el hecho ilícito llevado a cabo por los encausados, sino que tuvo por objeto únicamente individualizar a los sujetos que participaban en el acto criminal, pero de ninguna manera evitó que los hechores ejecutaran la extorsión, de tal forma que se llevó a cabo tanto el despojo del patrimonio de la víctima, como el lucro económico de los imputados, configurándose de esa manera tanto el elemento objetivo como subjetivo del delito de extorsión”.

De la misma exposición de la Sala, se advierte que, en el caso sometido a

casación, si generó eficacia la interpretación respecto a la intervención policial para el único efecto de la identificación de los sujetos extorsivos, pero no se reclamó respecto a la violación o el menoscabo de estar ante un medio extraordinario de investigación ausente de la legalidad, y es la razón por la cual, la Sala no se pronunció al respecto.

(iii) Sentencia 155-CAS-2012 de fecha 20 de agosto de 2014, la Sala de lo Penal, sostuvo:

“...Esta Sala no avala la tesis de la defensa, de no haberse contado con la declaración de la víctima "Sol" en la vista pública, afirmando que por ello no se ratificó la denuncia interpuesta, pues de conformidad con el sistema de libre valoración de la prueba que rige en nuestro proceso penal, el Juez debe conceder una ponderación determinada a cada elemento conforme a las reglas del correcto entendimiento humano como ha sido en el presente asunto, ya que los sentenciadores tuvieron elementos corroborativos que le permitieron verificar los hechos que fueron sometidos al juicio, tales como la deposición del señor [...], quien confirmó que la víctima interpuso la correspondiente denuncia ante la exigencia de entregar la cantidad de diez mil dólares, que sujetos desconocidos le hacían; de igual forma, contaron con el testimonio del agente negociador [...] con el cual acreditaron la existencia del injusto penal, por cuanto fue él quien refirió cómo los extorsionistas lo persuadían y lo amenazaban para hacer efectiva la transacción monetaria, y la manera en que llega al lugar indicado al que acude el acusado para recibirlo momento en el que es detenido, por el operativo policial que previamente se había establecido”.

La Sala en la sentencia anterior, no se pronunció sobre la legalidad o ilegalidad del agente negociador interviniente en el caso, por no haber sido objeto de reclamo, por cuanto, la valoración fue derivada del incumplimiento a la valoración de la sana crítica. Razón por la cual, no se refiere a la eficacia o no del medio extraordinario de investigación.

iii) Sentencia 139-CAS-2011, de 06-11-13, la Sala de lo Penal, dijo: *“...ésta Sala advierte que se han dejado de examinar elementos periféricos que permitirían conformar una decisión más apegada a la realidad probatoria, ya que ha sido agregada una*

restante prueba testimonial indirecta, conformada por el agente captor, quien puede aclarar y aunar sobre el día de los hechos, la escena del crimen y la captura respecto de la infracción penal que la víctima misma dio noticia. Para este Tribunal, la declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil, en principio, para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Partiendo de la circunstancia que el testigo-víctima no es exactamente un tercero ajeno a los eventos objeto de enjuiciamiento, en el proceso penal es válida su narración, que estará sujeta a la apreciación controlada del tribunal de primera instancia”.

La Sala en esta sentencia advierte que el testigo protegido (víctima), no compareció a declarar en el juicio, pero si compareció el agente negociador “*medio extraordinario de prueba*” a quien, si se le da pleno valor probatorio, por guardar coherencia con el resto del plexo probatorio, es decir, que es a esta figura extraordinaria que se le da valor probatorio aun cuando no hay un reclamo por su legalidad respecto al cumplimiento de los requisitos exigidos para su validez en juicio. No obstante, ello, es eficaz para determinar la existencia del delito de extorsión, la autoría o participación de los miembros de los grupos criminales que lo realizaron.

(iii) Sentencia 771-CAS-2008, de fecha 24/251/2011, en la cual, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Caso de Delito de Tentativa de Extorsión Agravada, cuya investigación se realizó utilizando la figura del agente negociador, expresó que la actuación del agente de policía no constituye una operación encubierta ni menos una provocación para delinquir en vista que el curso causal del plan estaba en plena ejecución cuando intervino tomando el lugar de la víctima solo para la definición del término de entrega y cantidades de dinero objeto de la extorsión, sin que implicara un sometimiento del delito³²⁷.

³²⁷ Además, sostuvo que la actuación del agente de policía en mención no constituye una operación encubierta ni menos una provocación para delinquir, en vista que el curso causal del plan extorsivo estaba en plena ejecución cuando intervino tomando el lugar de la víctima, concluyó que no necesita autorización fiscal por escrito, según Art.5 (LCODRC).

La Sala ha reconocido la figura del testigo negociador como figura extraordinaria de investigación y de prueba, aun cuando no se encuentre tipificado en la legislación ordinaria ni especial de El Salvador, por haber estado bajo la dirección funcional del fiscal, constituye un elemento probatorio. Al agente negociador la Sala lo denomina “*policía negociador*”, y si no es considerado un agente encubierto, debe considerarse también que el agente negociador por ser un elemento probatorio necesario en un delito complejo y de alto riesgo para una investigador tradicional, es considerado un medio extraordinario de prueba, de ser así, tendrá que cumplir con los requisitos extraordinarios para darle validez a esa prueba, y si es así, al no haber sido punto de reclamo, obvio que la Sala no se pronunció al respecto, y nace la sensación siempre al no haber sido valorado sobre esa circunstancia, es un elemento válido por antonomasia independientemente de la investigación que se esté llevando a cabo, situación que a consideración del autor es atentatorio por generar atisbo.

(iv) Sentencia No. 235, de fecha 11 de septiembre de 2012, la Cámara de la Cuarta Sección del Centro, Santa Tecla, respecto al delito de extorsión, al referirse a la actuación de la figura del agente encubierto llamado también “*testigo protegido o de identidad supuesta*”, que declara oculto a efecto de evitar ser identificado por los imputados, no obstante ello, su declaración debe necesariamente ser valorada siempre en conjunto con otros elementos probatorios³²⁸ para que pueda tenerse como verosímil.

La Cámara de reitera que al testigo con régimen de protección o identidad supuesta, es eficaz por las circunstancias ya referidas para darle valor a su

³²⁸ “...para darle mayor credibilidad a lo declarado por el testigo (...), la naturaleza jurídica de la figura del testigo protegido, en la que resulta obvio por razones lógicas, que la persona favorecida con dicho régimen, a la hora de declarar, va a ocultar información en cuanto a cualquier dato que podría ayudar a que sea identificada por él o los imputados...”.

versión en juicio oral y logrando castigar la conducta extorsiva para que no quede impune el delito, no como “*medio extraordinario de prueba*”, lo reconoce la doctrina cuando se pronuncia sobre crisis del sistema penal en una investigación compleja o de alto riesgo como *última ratio*³²⁹.

Examinadas todas las sentencias, a excepción de la primera, la SCCSJ, en el análisis casacional, no se mete a valorar sobre el control de validez del medio de prueba extraordinario, ni mucho menos de los requisitos exigidos para comprobar que es eficaz el medio excepcional de prueba, sencillamente, por no ser objeto de reclamo de los impetrantes. Es por ello, que su análisis valorativo lo orienta a otros aspectos de legalidad de la actuación del agente encubierto; contrario a la legislación española, donde vía recurso de casación si se examina aspectos legales de actuación del agente encubierto respecto al valor judicial de la medida que la autorizó conforme la previsión legal del art. 282 bis de la LEcrim, sobre la dación de cuenta de las investigaciones a quien lo había nombrado y por eso se pronunció al final del fallo declarando a lugar al recurso de casación³³⁰.

La jurisprudencia anglosajona, al valorar la actuación del agente encubierto como de “*medio de extraordinaria de prueba*”, en el caso UNITED STATES v. RUSSELL, el Magistrado Rehnquist, expresa el parecer del Tribunal, dijo: El acusado Richard Russell fue acusado de tres cargos juntamente con los coacusados John y Patrick Connolly, fue declarado culpable de los tres cargos de haber vendido y repartido ilegalmente esa droga, es un decisión

³²⁹ Oscar Emilio Sarrulle, *Crisis de legitimidad del sistema jurídico penal*, Editorial Universidad, (Buenos Aires, 1998), 44. Postula que “*la justificación de la imposición de una pena como un medio necesario y eficaz para proteger a la sociedad contra males mayores*”, el caso del fenómeno incontrolable del crimen extorsivo que ha estado agobiando a la sociedad salvadoreña en los últimos años y que ha obligado al Gobierno a echar mano de los medios extraordinarios de prueba para frenar dicha delincuencia criminal organizada.

³³⁰ Sala 2ª de lo Penal, *Sentencia definitiva*, Referencia: 395/2014 del TS., 2014, (España, Tribunal Supremo de España, 2014).

judicial que está en consonancia con los aspectos de la doctrina por la eficacia del medio excepcional de prueba para castigar a los responsables del acometimiento ilícito que fue perseguido. Sin embargo, en apelación, el Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos del Noveno Circuito anuló la sentencia condenatoria únicamente alegando que un agente encubierto había proporcionado un componente químico esencial para fabricar la metanfetamina que constituyó la base de la condena del recurrente.

No obstante ello, el Tribunal dijo: *“no puede dudarse de que si no se hubiese podido obtener de ninguna otra manera el fenil-2, propanona de otras fuentes, la oferta del agente encubierto de suministrar al apelado a cambio de parte de la metanfetamina una oferta iniciada y llevada a cabo por el agente con el propósito de acusar al apelado de producir metanfetamina hubiese constituido precisamente el tipo de conducta del gobierno que constituye engaño según cualquier definición, ya que la conducta del agente en esa situación haría posible la comisión del delito que por el contrario sería imposible cometer, y, he de suponer, por consiguiente, sería un ejemplo de libro sobre la instigación en la comisión de un delito para acusar a alguien por el mismo”*.

El Tribunal, explica que la obligación del gobierno es prevenir el crimen, no promocionarlo. Pues el agente del gobierno pidió que se fabricase la droga para él, solucionó los múltiples problemas prácticos de su víctima asegurándole que podría proporcionar la sustancia esencial de difícil obtención, suministró esa sustancia como había prometido, y compró el producto final al recurrente todo ello para que el recurrente pudiera ser acusado de producir y vender la mismísima droga que le había pedido el agente y para la que él le había proporcionado la sustancia necesaria. Posteriormente sostuvo que de conformidad con la teoría objetiva a la cual me sumo, el recurrente fue engañado, sin tener en cuenta su predisposición

o “*inocencia*”³³¹

Jurisprudencia internacional que es coincidente con la jurisprudencia de la Sala de lo Constitución de El Salvador en la Sentencia bastante comentada referencia 5-2001Ac, en la que, determinó como ilegal la provocación y la incitación del agente encubierto, por inducir al investigado a cometer el delito. Además, hace la distinción entre el delito provocado y al agente provocador, al definir: “*Por delito provocado, se entiende aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de las fuerzas de seguridad que, procurando la detención de una persona sospechosa, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en un supuesto concreto; la acción del agente provocador de crear el designio criminal en él provocado –el cual no lo tenía– y, el control que el primero tiene a efectos de evitar el resultado criminal*”³³².

Por otro lado, en relación a la prueba científica, la eficacia de su valoración se percibe en el área del derecho penal, especialmente cuando se refiere a prueba científica cuya utilización se caracteriza por ser de última ratio, considerando que con la producción de la misma se pone en peligro la vulneración de derechos y garantías constitucionales. Sin embargo, modernamente la prueba científica es utilizada en todas las áreas del derecho, como se ejemplifica en las sentencias jurisprudenciales siguientes:

(i) La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en

³³¹ Israel Jerold H., et al, *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, Casos Destacados del tribunal Supremo y Texto Introductorio*, ed. 2011, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2012), 445-446.

³³² La doctrina y la jurisprudencia comparada coinciden que la diferencia entre el provocador y el agente encubierto... el último, admite un juicio de compatibilidad con la Constitución cuando su labor se limita a lo imprescindible para obtener del sospechoso la conducta esperada de la comisión del delito preexistente.

sentencia referencia 25-CAS-2013, de fecha 13/05/2015, caso delito de Violación en Menor O Incapaz, art. 159 Pn., en la que se valoró decisivamente la prueba científica del ADN., diciendo:

... “que no obstante arrojar un resultado de probabilidad estadístico puede estimarse como un alto índice de probabilidad que acredita científicamente, el semen encontrado en la vagina de la menor pertenece al imputado, y es lo que provocó de manera inequívoca la exigencia de la prueba científica del ADN cuyo resultado fue 99.99999999, que no solo demuestra que la presencia de espermatozoides extraídos con el hisopado vaginal demuestra más allá de toda duda razonable, que hubo relación sexual el acusado y la víctima menor de edad, y concluye la configuración del delito de Violación en Menor o Incapaz”.

Resultado de la prueba científica por reconocimiento de la doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia, en casos como éste, por ser incuestionable no se reclamó la ilegalidad o legalidad de la misma, naturalmente este tipo de prueba científica, por lo general siempre es autorizado judicialmente para garantizar que no se violenten derechos fundamentales de la persona sujeta a la obtención de la prueba para su posterior comparación, según el caso. El reclamo se hace por otros aspectos invocados como vicios de la sentencia, razón por la cual, la Sala no se pronunció respecto a la colisión de derechos fundamentales ni sobre la concurrencia de autorización judicial que ordenó la práctica de dicha pericia y su efecto probatorio con el resultado del AND que fue valorado para determinar la existencia y la autoría del inculcado en el proceso penal.

(ii) La Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia referencia 665-2002, las once horas y veinte minutos del veintiocho de noviembre de dos mil dos, en caso de Declaratoria Judicial de Paternidad e Indemnización por daños moral, dijo: *“De acuerdo al art. 51 L. Pr. F., citado como disposición supuestamente infringida, “En el proceso de familia son admisibles los medios de*

prueba reconocidos en el derecho común, la prueba documental y los medios científicos" Al margen que el informe social no constituye prueba, sino que es un elemento importante para la convicción judicial sobre la verdad real de los hechos controvertidos (fallo: 297 Ca. Fam. S. M., del 21/1/2002) y que la función de los especialistas que integran el Equipo Multidisciplinario de los Juzgados de Familia no es, ni debe ser, la de un perito, sino aquella necesaria para diseñar una estrategia conjunta en la atención de una familia en crisis, de carácter interdisciplinario; ...".

Resalta la Sala de lo Civil, que en materia de familia, son reconocidos dentro del derecho común los medios de prueba científicos, y no solo en esa área, sino en todas, es una circunstancia que no se ha negado en el presente trabajo de investigación, pero en asuntos de prueba extraordinaria de carácter científico, aun cuando ordinariamente hoy en día, dicha valoración no es automática para el dictado del juez, mucho menos será automática cuando con la obtención de una prueba científica se sacrifique derechos fundamentales, dependiendo el caso, la decisión judicial, siempre requerirá que se valore con otros elementos periféricos existentes incorporados en legal forma al proceso; resultando superada la prevalencia del orden de la prueba que antiguamente era considerado a la luz de lo regulado en el art. 242 del Código Procesal Civil derogado, como prueba tasada, porque no había una vinculación de los principios, valores y derechos fundamentales de la persona reconocidos en la Constitución de la República; sin embargo, ya en las nuevo sistema procesal vinculó a los jueces de forma directa el respeto a los derechos fundamentales en el art. 2 Inc. Final de Código Procesal Civil y Mercantil³³³.

Por ello, independientemente a qué tipo de prueba técnico científica se

³³³ Como regla general estableció "Las pruebas que se hubieren sido obtenidas de forma recta o indirectamente con infracción a derechos o libertades fundamentales, no surtirán efecto".

refiere, estas pueden ser valoradas por sí misma como plena o reforzada su credibilidad con otros elementos de prueba así lo sostiene el tratadista TARUFFO³³⁴, postulado que sigue nuestro sistema procesal penal mixto acusatorio, en el art. 175 del CPP, regula el principio de legalidad, deja abierta la posibilidad para que el juez valorar la prueba científica, siempre que su obtención sea lícita e incorporados al proceso conforme a las reglas establecidas al efecto, arts. 248 y 372 CPP.

En correlación al proceso civil común, que regula la prueba en general, debe de ser valorada en conjunto y en base a las reglas de la sana crítica, art. 416 CPCM, obliga que el juez o tribunal, aun cuando valore prueba de carácter científica o excepcional denominada por la doctrina como “*medios extraordinarios de prueba científicos*” realizada siempre en respeto al principio de legalidad, que tiene como requisitos de última ratio su autorización judicial, la obtención, admisibilidad e incorporación al proceso penal, y otros que el legislador ha establecido siendo coincidente con la jurisprudencial y la doctrina que la valoración de la prueba debe de hacerse observando las reglas de la sana crítica o del buen entendimiento humano.

En el procesal penal, la exigencia rigurosa de la aplicación de las reglas de la sana crítica es la fuente del intelecto apreciativo del juez, fuentes normativas del intelecto, y que se basa en el conocimiento científico y las máximas de la

³³⁴ Taruffo, *La Prueba*, *Ibíd.* 117 y ss. Explica, que “*La prueba científica es capaz por sí sola, de atribuirle a un enunciado de hecho un grado de probabilidad capaz de satisfacer el estándar de prueba que tiene vigor en esa clase de proceso. En consecuencia, debemos admitir que la prueba científica puede acompañarse o integrarse con otras pruebas, con pruebas “ordinarias” que pueden contribuir a fundar conclusiones válidas sobre el hecho que debe probarse, como la prueba del ADN... sobre la identificación de un sujeto, se realiza con todas las condiciones necesarias y su resultado se interpreta correctamente- alcanza valores de probabilidad del orden de 98-99%... En sustancia, las pruebas científicas son muy útiles, pero raramente resultan decisivas y suficientes para determinar la decisión sobre los hechos. No dejando duda de la prueba científica del valor pleno que pueda generar en sí misma como acompañada o integradas con otras pruebas.*”

experiencia, que aun cuando no se encuentren definidas en las disposiciones legales que regulan la sana critica en la legislación salvadoreña, se conocen como auténticas normas positivas concretas del orden procesal penal vigente, que no pueden ser inobservadas por el juez, porque trasgrede la ley y se convierte en un vicio de casación penal³³⁵.

El juez o tribunal, está obligado a valorar la prueba en base a los principios básicos de la lógica aplicables de: a) El principio de Identidad: en un juicio, el concepto sujeto es idéntico total o parcialmente al concepto-predicado, el juicio es necesariamente verdadero; b) El Principio de Contradicción: no se puede afirmar y negar respecto de algo una misma cosa al mismo tiempo, se viola este principio cuando se afirma y se niega conjuntamente una cosa o una característica de un mismo objeto; c) El Principio de Tercero Excluido: de dos juicios que se niegan, uno es necesariamente verdadero, este principio es similar al de la contradicción, enseña que entre dos proposiciones contradictorias, necesariamente una es verdadera y la otra es falta, y que ambas no pueden ser verdaderas y faltas a la vez; d) Principio de Razón suficiente: Es que entre las reglas de la lógica y las reglase la experiencia, la ley de la razón suficiente se formula así: considerar que una proposición es complemente cierta, ha de ser demostrada; han de conocerse suficientes fundamentos para que dicha proposición sea verdadera; permite controlar o verificar si la motivación de la decisión en general, y el juicio de valor emitido sobre los medios probatorios y la valoración se consideran correctas³³⁶.

La obligación de aplicar judicialmente las reglas tratadas supra, es una garantía efectiva para que se respeten los derechos humanos a las personas sometidas a una investigación por un ilícito penal, especialmente cuando se

³³⁵ Código Procesal Penal de El Salvador, Ibíd. Art. 478 numeral 3°.

³³⁶ Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro (Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2017). Considerando 8.

valora un medio extraordinario de prueba, que por su naturaleza, se sospecha que pueda haberse realizado mediando aspectos engañosos para la comprobación del delito y la participación delincencial de los intervinientes en el mismo; por ello, se obliga al juzgador a realizar un examen más riguroso para evitar una trasgresión a la ley en la valoración de la prueba científica como “*medio probatorio extraordinario*”, tomando en cuenta que la utilización de ese mecanismo es excepcional para determinar la responsabilidad penal en los delitos graves y, por ende, en el delito de extorsión regulado en la ley especial del sistema penal salvadoreño, como herramienta jurídica procesal eficaz para combatir el crimen organizado de los grupos terroristas denominadas “*Pandillas o Maras*” que operan en diferentes zonas de nuestro país³³⁷.

³³⁷ Art. 186 del Código Procesal Penal, anota: “*Para mayor eficacia... y en cualquier caso cuando sea conveniente, se podrán ordenar operaciones técnicas y científicas, tales como exámenes serológicos, químicos, microscópicos, microfotografía, macrofotografía, y otras.*”

CONCLUSIONES

Que en El Salvador, por mandato de la constitución, el Fiscal General de la República, es la facultada para dirigir la investigación del delito y de ejercer la acción penal pública en los casos determinados por la ley, en coordinación con la Policía Nacional Civil, garantizando de manera irrestricta los derechos fundamentales de la persona humana, conforme los Arts. Art. 193 Inc., 2 ° y 3 ° y 159 Cn.), es decir, que su atribución no es absoluta y tiene limitaciones en el ejercicio de la investigación penal, respetando el principio de legalidad para no caer en arbitrariedad, so pena de responsabilidad penal.

Se ha concluido que el límite esencial de los “*Medios Extraordinarios de Prueba*”, está: 1) Garantizar desde el inicio de la investigación el derecho a la presunción de inocencia Art. 12 de la Cn., del que gozan las personas sujetas a la investigación del delito, para el caso del presente trabajo de investigación, de naturaleza grave y compleja realizado por las organizaciones criminales denominadas maras o pandillas de la “*MS o M18*”, que operan en el país.

2) Que el alcance de los medios de investigación convencional u ordinarios, constituye el límite para validar los “*medios extraordinarios de prueba*”, por ser insuficientes aquellos para determinar la responsabilidad penal en dichos ilícitos, y en especial, en el delito de extorsión referente de la presente investigación.

Que el alcance sustancial de los “*Medios Extraordinarios de Prueba*” tiene su base en el respeto irrestricto los derechos fundamentales de la persona humana en la utilización de las figuras del agente encubierto, agente infiltrado entre otros, para lograr determinar la existencia del delito y

participación o autoría de las personas sujetas a la investigación de delitos complejos y de alto riesgo para la actuación policial u otra persona de confianza que fuere autorizado judicialmente para ese fin.

Que existen los “*Medios Extraordinarios de Prueba*” en el derecho comparado, jurisprudencia nacional e internacional y doctrina señalando un procedimiento claro y bajo autorización judicial a efecto que no se violenten los derechos fundamentales de las personas humanas sujetas a la investigación en los delitos del crimen organizado, y en especial del delito de extorsión.

La legislación salvadoreña regula las “*mecanismos o técnicas especiales de investigación o de prueba*”, con un contenido similar a los “*medios extraordinarios de prueba*”, pero se diferencia éstos de aquél en cuanto a que no precisa un procedimiento de autorización jurisdiccional, sino bajo autorización fiscal, pero de forma potestativa que puede ser arbitraria o ilegal.

La jurisprudencia salvadoreña, ha aclarado que, es obligatorio que la Fiscalía General de la República, autorice dicho mecanismo de investigación de prueba para que no se violenten derechos fundamentales de la persona investigada (Sentencias 236-2002, de fecha dieciséis de diciembre de dos mil tres, y 147-2010 de la Sala de lo Constitucional, de las 12.57 del día 09 de marzo de 2010).

La importancia del control judicial para autorizar los “*medios extraordinarios de prueba*”, se basa en establecer los límites y alcance de la investigación del delito imputable a una persona con el irrestricto respeto de las garantías y derechos fundamentales.

Los medios extraordinarios de prueba reconocidos en el derecho comparado,

jurisprudencia nacional e internacional y doctrina, constituyen un avance del derecho procesal penal contemporáneo y, en tal sentido es novedoso, pertinente y necesario para la investigación de los delitos graves o complejos cometidos por la criminalidad organizada.

Con el total del resultado de la encuesta realizada a 50 abogados en el ejercicio libre, Agentes auxiliares de Fiscal General de la República, Agentes de la Procuraduría General de la República, Secretarios Judiciales, Colaboradores del Órgano Judicial y Estudiantes de la Facultad de derecho de la Universidad de El Salvador, se determinó existe un desconocimiento mayoritario de la existencia los medios extraordinarios de prueba.

Se analizaron desde el año 2010 al 2015, 39 sentencias absolutorias y 56 sentencias condenatorias, emitidas por el Tribunal de Cojutepeque, departamento de Cuscatlán, resultando que el 65% de los casos sometidos al juicio han sido condenatorios y un 35% de los mismos absolutorios, pero ambas sentencias no se reclamó la ilegitimidad de adopción del agente encubierto debido al desconocimiento de los requisitos exigidos para su valides.

Que la jurisprudencia nacional, se ha quedado corta al determinar los requisitos que deben de legitimar el uso de los “*medios extraordinarios de prueba*”, por cuanto dentro de los límites fijados para su validez, se remite a realizar una interpretación casi literal de los textos normativos especial y comunes que regulan las figuras que contienen dichos mecanismos de investigación, lo que deben de ser complementado con la doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia internacional, respecto a que es necesario la autorización judicial para garantizar que no se vulneren los derechos fundamentales de la persona humana en la investigación de los delitos graves o complejos realizados por el crimen organizado de las

pandillas “MS o M18” que operan en el país.

Que la Fiscalía General de la República, está facultada de forma explícita que cuando se trate de investigaciones bajo operaciones encubiertas, debe de hacer uso de los medios engañosos con el exclusivo objeto de investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado, evitando caer en actuaciones de investigación que aparentemente se consideren que son legales, pero pueden estar revestidas arbitrariedad y, por consiguiente, vulnerar derechos fundamentales de la persona humana.

Introducido al proceso los “*medios extraordinarios de prueba*”, le corresponde al Juez sentenciador valorar su eficacia jurídico procesal no solo en aplicación irrestricto del principio de legalidad, sino porque está en juego el principio de la presunción de inocencia del que goza toda persona sujeta a una investigación judicial.

Que el juez, se convierte en el garante fundamental de los derechos de la persona humana, al valorar la prueba conforme a las reglas de la lógica o buen entendimiento humano, aplicando con los principios básicos de la lógica, como son: a) El principio de Identidad, b) El Principio de Contradicción, c) El Principio de Tercero Excluido, d) Principio de Razón suficiente, como reglas positivas vigentes en el ordenamiento jurídico salvadoreño, cuya vulneración general trasgrede la ley, especialmente al valorar “*medios extraordinarios de prueba*”, que por ley son medios engañosos y que pueden aparentar ser legal cuando pueden ser ilegal.

RECOMENDACIONES

Se recomienda a:

La Corte Suprema de Justicia, conforme a sus facultades conferidas en el Art. 133 numeral 3° de la Constitución de la República, promueva ante la Asamblea Legislativa reformar el Código Procesal Penal, incorporando un capítulo especial denominado “*Medios Extraordinarios de Investigación y de Prueba*” con sus respectivas reglas de utilización, excepcionalidad y proporcionalidad que resguarden los derechos y garantías fundamentales, a fin de estandarizar y sistematizar dichos medios probatorios.

Que se capacite al Sistema Judicial de forma integral, a fin que conozcan los límites y alcance del tópico de los “*Medios Extraordinarios de Investigación y de Prueba*”, para que se garanticen y evitar que se vulneren los derechos y garantías fundamentales de la persona humana.

La Universidad de El Salvador y Universidades Privadas, para que se inserte al programa de la carrera de jurisprudencia y ciencias sociales, el tópico de los “*medios extraordinarios de investigación y de prueba*”.

La Fiscalía General de la República, para que en resolución motivada autorice la utilización de los “*medios extraordinarios de investigación y de prueba*”, para continuar detectando, neutralizando y erradicando el delito de extorsión cometido por las pandillas “*MS-13 y M-18*”, en la modalidad de crimen organizado bajo control obligatoria del Juez de Instrucción inmediatamente, a fin se garantice no se vulneren los derechos fundamentales a la persona sujeta a la investigación.

Se amplíe la competencia que tiene actualmente el Juez de Instrucción regulado en el art. 362, numeral 10) del Código Procesal Penal vigente, insertando los “*medios extraordinarios de investigación y de prueba*”, como regla de admisibilidad, uso excepcional y el procedimiento regular para la obtención o producción de dichas fuentes o medios de prueba, so pena de declararlos inadmisibles.

A los señores Jueces de Sentencia como garantes de los derechos fundamentales de la persona, al valorar los “*medios extraordinarios de prueba*”, que por ley, son considerados medios engañosos y pueden aparentar ser legal cuando pueden ser ilegal, ya que están obligados a observar de forma estricta las reglas de la lógica o buen entendimiento humano, a fin que las sentencias contengan la estructura de los principios básicos de la lógica, de: El Principio de Identidad, El Principio de Contradicción, El Principio de Tercero Excluido, Principio de Razón Suficiente, consideradas reglas positivas vigentes en el ordenamiento jurídico salvadoreño, cuya vulneración general trasgrede la ley, especialmente al valorar “*medios extraordinarios de prueba*”, que por ley son medios engañosos y que pueden aparentar ser legal cuando pueden ser ilegal.

BIBLIOGRAFÍA

1. LIBROS

Alcolado Chico, María Teresa. Tesis Doctoral: *La entrega vigilada y su impacto en la esfera de los derechos fundamentales y la sociedad globalizada*. 2015.

Anaya B, Salvador Enrique, Rammell Ismael Sandoval R., Rodolfo Ernesto González, B, Salvador Héctor Soriano R., Ivette Elena Cardona A., Manuel Arturo Montecino G., y Juan Antonio Durán R. *Teoría de la Constitución Salvadoreña*, Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y de la Cultura Constitucional en la República de El Salvador, Prólogo i, San Salvador, 2000.

Arrieta Gallegos, Manuel. *Lecciones de Derecho Penal, Fundamento al Derecho de Castigar*, Publicaciones de Corte Suprema de Justicia, 1972.

Asencio Mellado, José María. *Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida*, Editorial Trivium, Madrid, 1989.

Barajas Martínez, Juan Carlos. *Cursos de Filosofía positiva*, 2011.

Bernengo, Roberto J. *Traductor de la Obra Teoría Pura del Derecho*, Alemania, Validez y Eficacia, Universidad Nacional Autónoma de México.

Borja Niño, Manuel A. *La Prueba en el Derecho Colombiano, Los Medios de Prueba*, Editorial, Ltda. Bucaramanga, 2000.

Borja Niño, Manuel A. *La prueba en el Derecho Procesal Penal Colombiano*, Tomo II, Elementos objetivos aspectos complementarios de la prueba, Sic Editorial, Ltda. Bucaramanga, 2000.

Bustamante Rúa, Mónica María. *Coordinadora académica, Fundación Universitaria Tecnológico Confenalco*, 2006.

Carrió, Alejandro D., *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, 3ª Ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1994.

Cafferata Nores, José I. *La prueba en el Proceso Penal*, Con Especial Referencia a la ley 23.984, 3ª Edición, actualizada y ampliada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998.

Cafferata Nores, José I. *La Prueba en el Proceso Penal*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina. LEXIS NEXIS, Argentina S.A. Impreso en Argentina el 15 de agosto de 2003.

Cafferata Nores, José I., Jorge Montero, Víctor M., Vélez, Carlos F., Ferrer, Marcelo Novillo Corvalán, Fabián Balcarce, Maximiliano Hairabedián, María Susana Frascaroli y Gustavo A., Arcena, *MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL, Medios Extraordinarios de Prueba: Límites Constitucionales*". 2012.

Cafferata Nores, José I., Gustavo A. Arocena. *Temas de Derecho Procesal Penal* (Contemporáneos), *El arrepentido, según la ley 25.241*, editorial Mediterránea, Córdoba Argentina, 1942.

Casado Pérez, José María. *La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño*, Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz (AECI-CSJ), Editorial Lis, San Salvador, junio, 2000.

Casado Pérez, José María, y Otros. *Código Procesal Penal Comentado*, Proyecto de Capacitación Inicial y Continúa de Operadores Jurídicos, AECI-CNJ, Tomo I.

Cardoso Pereira, Flavio. *Tesis Doctoral, El Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y Desafíos*, cit. Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, cit. 701; DELGADO MARTÍN, J. *El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto*, Barcelona, 2001.

Cardoso Pereira, Flavio. *Colección Ciencias Penales "El Agente encubierto desde un punto de vista del Garantismo procesal penal"*, (2018).

Couture, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires. José Ignacio Cafferata Nores y Mario Houed Vega, *La Prueba y su Valoración en El Proceso Penal*, Instituto de Estudio e Investigación Judicial, ANEJ, 2007.

Cotterrell, Roger. *Introducción a la Sociología del Derecho, El Poder, la Verdad y el Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona.

Colomer Hernández, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

Clariá Olmedo, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, actualizado por Jorge E. Vásquez Rossi, Rubinzal – Culzoni Editores.

Clariá Olmedo Jorge A. *Derecho Procesal Penal Tomo II*, actualizado por Carlos Alberto Chiará Díaz, “*Los Medios de Prueba*”, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires.

Carnelutti, Francesco. *La Prueba Civil*. Buenos Aires, Ediciones Depalma; 1982.

Calleja Menjívar, Ernesto Alejandro. *At et, La Influencia del Iusnaturalismo en las Resoluciones de la Sala de lo Constitucional Periodo 2009-2013 en materia de Derechos Fundamentales* (Tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2007).

Consejo General del Poder Judicial. *La Criminalidad Organizada: Aspectos Sustantivos Procesales y Orgánicos*, 2001.

Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba*, Tomo I, Víctor P. de Zavalía, Editor Buenos Aires. 1969.

Díaz Cabiale, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Premio Poder Judicial año 1992.

Del Carpio Delgado, Juana. *Las Víctimas ante los tribunales penales internacionales*

Ad Hoc.

Del Pozo Pérez, Marta. *El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española*, Revista Criterio Jurídico, vol. 6, Santiago de Cali, 2006.

Ellero, Pietro. *De la Certidumbre en los juicios criminales o tratados de la prueba en materia penal*. Traducción: Adolfo Posada, cometario: Carlos M. de Elía, Argentina.

Edwards, Carlos Enrique. *El Arrepentido, el agente encubierto y entrega vigilada: Modificación a la ley de estupefacientes, análisis de la ley 24,424*",

Favela, José Ovalle, *La Teoría General de la Prueba*, Editorial Oxford, México, 2001.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías, La Ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999.

Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*. Editorial Marial Pons, Madrid 2007.

Félix, José. *La explicación sociológica: una Introducción a la Sociología*, UNED, Madrid 1998.

Fernández Toruelo, Javier Gustavo. *Cibercrímen: Los delitos cometidos a través de nuevas tecnologías en la nueva ley especial contra los delitos informáticos y conexos Monografía "Debates sobre el sistema de justicia penal y penitenciario, Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo", San Salvador, El Salvador, 2016.*

Fortete, Cesar y José Daniel Cesano. *Investigación Penal, Protección del Testigo, Delincuencia Organizada y Derecho de Defensa del Imputado*, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE). 2011

Florián, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*, traducido por L. Prieto

Castro, Bosch, casa Editorial. Barcelona. 1934.

Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Editorial Marcial Pons. Madrid 2004.

Gascón Inchausti, Fernando. *Infiltración policial y agente encubierto*, Edición illustrated, Publisher, Comares, 2001.

Gisbert Pomata, M. *La circulación o entrega vigilada y el agente encubierto*, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, núm. 55, 2002.

Gimeno Sendra, Vicente, y otros. *Derecho Procesal Penal*, ed. COLEX. Año 1996.

González Bonilla, Rodolfo Ernesto. *Constitución y Jurisprudencia Constitucional*, San Salvador, El Salvador, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2003.

González, Reinaldo. *La Prueba Indiciaria, fundamentos para una formulación teoría en material criminal*, Colección Jurisprudencia y Ciencias Sociales Universidad de El Salvador, Escuela de Ciencias Jurídicas No. 3, Aequus ed., 2015.

Gómez de Liaño Fonseca-Herrera. *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*.

Gómez Colomer, Juan Luis. *La prueba científica, motor de cambios esenciales en el proceso penal moderno*", España, 2008

Gozaíni, Osvaldo A. *La Prueba Científica y Verdad "El mito del razonamiento incuestionable"*, <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deintereses/2015/-gozaini-pruebas-cientificas-y-verdad>.

Guariglia, Fabricio. *El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el*

procedimiento penal? Revistas de Ciencias Penales. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Buenos Aires, 15.7. 1992.

Hernández-Cordero, Yenise. “*La historia y su relación con otras ciencias. Sociología y Antropología*”, Revista Ra Ximhai, vol. 9, núm. 2, mayo-agosto, 2013, 145-150, Universidad Autónoma Indígena de México, El Fuerte, México, 2015.

Houed Vega, Mario A. *La Prueba y su Valoración en el Proceso Penal*, Impreso en Nicaragua, Servicios Gráficos, INEJ, 2007.

Iglesias Canle, Inés C. *Intervenciones corporales y Prueba Científica*, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, CNJ-ECJ. 2006.

Jauchen, Eduardo M. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Rubinzal-Culzoni, Editores, Buenos Aires, 2009.

Ibáñez Perfecto, Andrés. *Guía de Trabajo para los Textos de Apoyo del Curso: “Valoración de la Prueba en el Proceso Penal”*, Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos. AECI – CNJ.

Jerold H. Israel, Yale Kamisar, Wayne R. Lafaver y Nancy J. King. *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, Casos Destacados del tribunal Supremo y Texto Introductorio*”, ed. 2011, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Kielmanovich, Jorge L. *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*. Buenos Aires, Abeldo-Perrot, 1996.

Landrove Díaz, Gerardo. *La Moderna Victimología*, Editorial, Tirant Blanch, 1998.

Landaverde Hernández, Salomón Enrique y Alex David Marroquín Martínez. *Notas sobre el registro y allanamiento de la morada como medida restrictiva a derechos fundamentales en el Proceso Penal Salvadoreño*, Consejo Nacional de la Judicatura, (2006).

Levene (h.) Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1993.

López Ortega, Juan José. *El agente encubierto: Infiltración policial y provocación del delito*, Revista Justicia de Paz, Año II – Vol. I, enero – abril 1999.

Lluch, Xavier Abel. *Derecho Probatorio Contemporáneo, La Valoración de la Prueba Científica*. <https://www.researchgate.net/publication/327873649>. 2012.

Martín Pallín, José Antonio. *Delitos Contra la Salud Pública y Contrabando*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

Malvárez Contreras, Jorge. *Derecho Procesal Penal*, Prologo de Marco Antonio Díaz de León, Editorial Porrúa, Av. República Argentina, 15, México, 2006.

Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal II parte general: "Sujetos Procesales"*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.

Meléndez, Florentín. *Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos...*, "La interpretación y aplicación de las normas sobre derechos humanos, 2008.

Montero Roca, Juan. *La prueba en el proceso civil*, Civitas, 2º Ed. (Madrid 1998).

Montes Calderón, Ana, y otros, *Tratado de Derecho Probatorio Salvadoreño, Proyecto "Mejorando el Sistema de Justicia en El Salvador"*, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID).

Montoya, Mario Daniel. *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis procesal y constitucional*. Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, 36., citado en la Tesis "El Agente Encubierto, Peligro o beneficio en Estados Democráticos", Felipe Sologuren Insúa, Profesora Guía: Myrna Villegas Díaz, *Universidad de Chile, Facultad de Derecho*, Departamento de Ciencias Penales, Santiago, Chile, 2008.

Montecino Giralt, Manuel Arturo, Rodolfo Ernesto González Bonilla, Salvador Enrique Anaya Barraza, Godofredo Salazar Torres, Juan Antonio Duran Ramírez, José David Campos Ventura, Miguel Alberto Trejo Escobar, Lizandro Humberto Quintanilla Navarro, Nelson Rauda Rodas, Martin Rogel Zepeda, José Manuel Cruz, Levis Italmír Orellana, Ana Lucila Fuentes De Paz, Pedro Noubleau, René Arnoldo Castellón y Orlando Antonio Quijano Santamaría. *Selección de Ensayos Doctrinarios del Nuevo Proceso Penal*, Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, Unidad de Programa de Apoyo a la Reforma del sistema de Justicia, UTE/UPARSJ. UCA-junio 2000.

Molina González, Héctor. *Teoría General de la Prueba*, Revista de la Facultad de Derecho de la UNAN, 1978.

Montero Aroca, J. *La denuncia anónima y su eficacia como acto de iniciación del procedimiento preliminar penal*, VV.AA., Primeras Jornadas sobre Problemas Actuales de la Justicia Penal, Granada, 1994.

Moras Mom, Jorge R. *Manual de Derecho Procesal Penal*, "Juicio Oral y Público Penal Nacional", LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Moreno Cátena, V. *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Madrid, 1980.

Mittermaier, C.J.A. *Tratado de la Prueba en Materia Criminal, Exposición Comparada de los Principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc.*, Madrid, 1877.

Muñoz Sánchez, Juan. *El agente provocador*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.

Nahuatt Javier, Margarita. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, número 38/2014.

Talavera Elguera, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal*, "Proyecto a la

Consolidación de la Reforma Procesal Penal y de la Administración de Justicia en Perú-RPP F2”, 2009.

Taruffo, Michele. *La prueba científica en el proceso civil*, traducción de Mercedes Fernández LÓPEZ y Daniel González Lagier, 46, passim; también en “Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal”, Universidad de Medellín.

Taruffo, Michele. *Monografías Jurídicas Universitarias*, “La Prueba, Artículos y Conferencias”. <https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf>. 1979.

Navajas Ramos, Luis. *La Prueba Videográfica en el Proceso Penal: Su valor y límites para su obtención*. Revista Eguzfilore, No. 12, San Sebastián, Diciembre 1998.

Samayoa, Claudia Virginia. *Ejecuciones Extrajudiciales de Jóvenes Estigmatizados*, (2011)

Santos Villareal, Gabriel Mario. *Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior Protección de testigos contra la delincuencia organizada*, “Protección de Testigos contra la delincuencia organizada”, enero 2010.

Sánchez Escobar, Carlos Ernesto. *Ensayos Doctrinarios sobre el Nuevo Código Procesal Penal*, Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos (CN. J-EC) 2006.

Sánchez Escobar, Carlos Ernesto, *Ensayos Doctrinarios sobre el Nuevo Proceso Penal Salvadoreño, Los Principios y Garantías del Nuevo Proceso Penal*, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2011.

Sarrulle, Oscar Emilio. *Crisis de legitimidad del sistema jurídico penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.

Sellés Ferreriro, Juan. *Tratamiento procesal de la delincuencia organizada*, Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos (CN. J-EC) 2006,

Sologuren Insúa, Felipe. *Agente encubierto: Peligro o Beneficio en Estados Democráticos*, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Santiago-Chile, 2018, Cita HISTORIA DE LA LEY 19.366 (D. OFICIAL 23 de septiembre 1994) ESTUPEFACIENTES. Santiago, Chile, 1994.

Sellés Ferreiro, Juan. *Tratamiento procesal de la delincuencia organizada*, Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos, (CN. J-EC) 2006,

Orrego Sánchez, Cristóbal. *Analítica del Derecho Justo*, “*La Crisis del Positivismo Jurídico y la Crítica del derecho natural*”, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

Palacio, Lino Enrique. *La Prueba en el Proceso Penal*, Agente Encubierto, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001.

Pérez Arroyo, M. R. *La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho Penal y Procesal Penal*, 2012.

Pérez Morales, Vania. *Diagnóstico de la evolución del delito de extorsión en México, 1997 a 2013*.

Quiñonez Vargas, Héctor, *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, Un análisis crítico del sistema oral en el proceso penal salvadoreño desde una perspectiva acusatoria adversativa, “*El Juez-fiscal*”, San Salvador, El Salvador, 2003.

Ramírez Jaramillo, Andrés David. *El agente Encubierto Frente los Derechos*

Fundamentales a la Intimidad y a la no Autoincriminación, (2010).

Ramírez Murcia, Leonardo. *La Reforma Procesal Penal en El Salvador, "Una aproximación a las dificultades y alcances, con especial referencia a las salidas alternas al juicio"*, Corte Suprema de Justicia, Departamento de Publicaciones, 2017.

Ramírez Murcia, Leonardo. *Las Agrupaciones Ilícitas Como Delincuencias Organizada*, San Salvador, El Salv. Multilibros, 2015.

Riquert, Marcelo A. *Conferencia XIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penales y I Encuentro de Jóvenes Penales, "Un nuevo escenario expansivo de medios extraordinarios de prueba"*.

Riquelme Portilla, Eduardo. *El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo*, en Revista Electrónica Política Criminal N° 2, A2, 2006.

Rivera Chavería, Julio. *Instituto de Estudios en Seguridad, El Crimen Organizado*, Guatemala, enero 2011. Cifr. Trends in OrganizedCrime, vol. 6, No. 2, 2000.

Vásquez Rossi, Jorge Eduardo. *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, "El Proceso Penal", Rubinzal-Culzoni, Editores. 1998.

Vitoria, María Ángeles. *La filosofía positiva* Augusto Conte. 2005

Yacobucci, Guillermo J, *El Sentido de los Principios Penales, su naturaleza y funciones en la argumentación penal, Los Principios Penales dentro del Ordenamiento Jurídico*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, (1998)

Política de Persecución Penal, aprobado según acuerdo No. 098, y Publicado en D.O. No. 389, de fecha 18 de noviembre de 2010, preámbulo Literal c) Política de Persecución Penal.

Landaverde Hernández, Salomón Enrique, Marroquín Martínez, Alex David, Morán Castaneda, Yanett Arias García, Edwin Roberto Torres Solano, Juan Baudillo. *Notas sobre el Registro y Allanamiento de la Morada como Medida Restrictiva a Derechos Fundamentales en El Proceso Penal Salvadoreño*, Ventana Jurídica 2, Consejo Nacional De La Judicatura, 2014.

Ventana Jurídica No. 5, *Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos*, (AECI-CNJ), Año III, Vol. 1, enero-junio 2005.

Revista Judicial, Año II, Vol. I, *Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz*, enero-abril 1999.

ERIC, IDESO, IDIES, IUDOP (2004). *Maras y pandillas en Centroamérica. Pandillas y capital social*. Volumen II. UCA Editores, San Salvador.

Proceso Penal Salvadoreño”, *Los Principios y Garantías del Nuevo Proceso Penal*, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2011.

Sistema de Integración Centroamericana, *Reunión llevada a cabo en Bosques de Zambrano*, Francisco Morazán, Honduras, el tres de octubre de 2006, suscrito por los gobiernos de Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana.

2. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.

2.1. LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución De La República, D. C. No. 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. No. 281 del 16 de diciembre de 1983.

Código Procesal Penal Salvadoreño, D. L. No. 733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009.

Código Procesal Civil y Mercantil, aprobado mediante D. L. No. 712, de fecha 18 de

septiembre de 2008, publicado en D. O. No. 224, Tomo No. 381, de fecha 27 de noviembre de 2008.

Ley de Protección de Víctimas y Testigos, aprobada mediante D.L. No. 1029, de fecha 26 de abril de 2006, D.O No. 95, Tomo No. 371, de fecha 25 de mayo de 2006.

Ley Especial Contra el Delito de Extorsión, aprobada en D.L. No. 953, D.O No. 56, de fecha 09 de abril de 2015.

Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja, aprobada mediante Decreto Legislativo No. 108, de 21 de septiembre de 2006, D.O. No. 193, tomo 373, de 17 de octubre del dos mil seis.

Ley Reguladora de las Actividades Relativa a las Drogas, decreto 153, de 02 de octubre de 2003, D. O, 208, de 07 de noviembre de 2003, dejando derogado el Decreto Legislativo No. 728 de fecha 5 de marzo de 1991, publicado en el Diario Oficial No. 52, Tomo 310 del 15 del mismo mes y año.

Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones, aprobada mediante D.L. No. 285, de 18 de febrero de 2010, D. O. No. 51, tomo 386, del 15 de marzo de 2010.

Ley Especial de Extinción de Dominio mediante D. L. No.534, D. O. No. 223, aprobada el 26 de noviembre de 2013,

Ley Especial contra la Trata de Personas, Decreto Legislativo No. 824, publicado en el Diario Oficial No. 213, Tomo No. 405, del 14 de noviembre de 2014.

Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, D.L. No. 498, de fecha 02 de diciembre de 1998, D. O. No. 240, del 23 de diciembre de 1998.

Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones Y Organizaciones De Naturaleza Criminal, D. L. 458, de fecha 01 de septiembre de 2010, D. O. No. 169, del 10 de septiembre de 2010.

Decreto Legislativo No. 321, de fecha 01 de abril de 2016, denominadas DISPOSICIONES ESPECIALES TRANSITORIAS Y EXTRAORDINARIAS EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS, GRANJAS PENITENCIARIAS, CENTROS INTERMEDIOS Y CENTROS TEMPORALES DE RECLUSIÓN.

2.2. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971.

Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre de 1988, conocida como Convención de Viena, y Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de diciembre de 2000.

Convenio Centroamericano para la Protección de Víctimas, Peritos y demás sujetos que intervienen en la investigación y en el Proceso Penal, particularmente en la Narcoactividad y Delincuencia Organizada.

Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder.

Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, mediante resolución A/RES/55/25.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre. Aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

Declaración Universal De Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre. Aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas el 17 de julio de 1998.

-Convención de la Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, mediante resolución A/RES/55/25.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y Ratificada por El Salvador, mediante Decreto Legislativo No. 5 de 15 de junio de 1978, Publicado en el Diario Oficial No. 113 de 19 de junio de 1978.

Convención Interamericana Contra la Corrupción, Suscrita por El Salvador el 29 de marzo de 1996 y ratificada por la Asamblea Legislativa mediante Decreto 351/1998 de 9 de julio de 1998 y publicada en el diario Oficial No. 340 de 17 de agosto de 1998.

Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, Entrando en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Ratificado por El Salvador mediante Decreto

Legislativo No. 27 de 23 de noviembre de 1979, Publicado en el Diario Oficial 218 de 23 de noviembre de 1979.

3. LEGISLACION COMPARADA

Ley N° 23.984, Sancionada el 21 de agosto de 1991, y promulgada el 4 de septiembre de 1991

Ley 6,683, del Arrepentido, 30 marzo de 2016

Art. 278 y 279 del Código de Procedimiento Penal, Bogotá, 1º de abril 2008

Título IV, Código Procesal Penal de Perú

Título II, de la Ley 19,366, de Chile, del 6 del 2005

Art. 82 bis, Ley de Enjuiciamiento Criminal española

Ley Orgánica española 19/1992 de protección de testigos y peritos en causas criminales

La Ley de Protección de Testigo en el Proceso Penal de Honduras

Ley Orgánica española 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales

Ley Orgánica española 5/1999, modifica La Ley 8/1992

Código Procesal Penal de la Nación, 1ª ed. Argentina, diciembre 2014

Código Procesal Penal italiano

Código procesal penal. Decreto número 51-92. Del Congreso de la República de Guatemala

4. JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

4.1. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Sentencia acumulada 5-2001/10, 2001/24, 2001/25, 2001/34, 2002/10, 2002/34, 2003/10, 2003/12, 2003/14, 2003/16, 2003/19, 2003/22 y 2003/2004, de fecha veintitrés de diciembre de dos mil diez.

Sentencia Amp-148-97, de fecha 21-VII-1998.

Sentencia HC-147-2010, del 09-03-2011, de la Sala de lo Constitucional.

Sentencia No. 485-CAS-2008, de fecha 08 de marzo de 2011. Caso contra de JORGE EZEQUIEL JIMÉNEZ PAIZ y otros, por el delito calificado como EXTORSIÓN, en infracción al Art. 214 Nos. 1 y 7 del Código Penal, en perjuicio de la víctima con clave "AGOSTO" y otro.

Sentencia HC-21-2000, de fecha 11-IV-2000, la Sala de lo Constitucional,

Sentencia del 10-II-1999, Amp-360-97, Considerando III 2.

Sentencia del 3-VII-97, HC 169-97, en la cual la Sala de lo Constitucional

Sentencia del 3-VII-97, HC 169-97,

Sentencia 145-HC-2001, de 11-II-2002.

Sentencia de 249-HC-2002, de 24-II-2003.

Sentencia de 13-VI-95, Inc. 4-94, la Sala de lo Constitucional.

Sentencia 5-CAS-2007, de 01 de octubre de 2008, caso delito de Secuestro, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia 139-CAS-2011, de 06 de noviembre de 2013, caso delito de Extorsión, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia HC 12-2015, de 13 de febrero de 2015, caso delito de Extorsión, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

EDA-114-2014 de fecha 21 de julio de 2014, de la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente.

Sentencia No. 12-2014, de fecha 30 de enero de 2015. Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, Santa Ana.

Sentencia 353C2015, de 25 de enero de 2016, caso delito de Extorsión Agravada, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia No. 203C2015, de fecha 30 de octubre de 2015, de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia número 95-C3-2010, de fecha 19 de agosto de 2010, contra (...) por delito de EXTORSIÓN EN GRADO DE TENTATIVA, en infracción al Art. 214 N° 1 y 7 en relación con los arts. 24 y 68, todos del Código Penal en perjuicio del patrimonio víctima identificada con la clave "Aspirante".

Sentencia del Proceso Penal No. 002-U2-2012, de fecha 10 de febrero de 2012, contra (...), por delito de EXTORSIÓN AGRAVADA IMPERFECTA, en perjuicio de clave "Dorado".

Sentencia N° 117-U3-NP11, de fecha 11 de noviembre del 2011, contra (...), por el delito de EXTORSIÓN, en infracción art. 214 No.1 y 7 del Código Penal.

Sentencia N° 18-U3-12, de fecha 16 de noviembre del 2011, contra de la acusada (...), por el delito de EXTORSIÓN AGRAVADA, en infracción art. 214 No.1 y 7 del Código Penal.

4.2. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

STS 427/2013 de 10 de mayo.

STC. 23.6.1992.

STS., de 6.4.1994. STS. 7050/2010, de 23 de noviembre, Recurso 10599/2010, Ponente Sr. Monterde Ferrer.

STS. N° 395/2014 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 13 de Mayo de 2014

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2.8.1984 y 4.4. 1990.

Tribunal Constitucional en su Auto de 18.6.1992 y en las SSTC. 113/1989, 85/1992 y 158/1993.

Recurso Revisión SP7855-2016, Sala de Casación Penal CSJ, BOGOTÁ, junio 15 de 2016.

5. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Considerando de la Ley 5/199, de 13 de enero

Considerando I; II; III; IV y V, de la LECDE

Considerando I, II, IV, V y VI, de la LRARD.

Considerando de la Ley Antimaras, D.L. No. 158, del 10 de octubre de 2003.

Considerando II, III, IV, V y VI, de la LPMPAAONC. D.L. No. 458, del 01 de septiembre de 2010.

Considerando I y II de la LEPVT.

6. LEYES DEROGADAS

Código de Instrucción Criminal, Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente del 12 de marzo de 1880, publicado en el D.O. No. 81, Tomo 12 del 20 de abril de 1882. Tenido por Ley de la República por Decreto Ejecutivo del 3 de abril de 1882.

Decreto Legislativo No. 450, del 11 de octubre de 1973, publicado en el Diario Oficial No. 208, Tomo 241, del 9 de noviembre de 1973.

Artículo 350 del Código Procesal Penal salvadoreño de 1974.

D. L. No. 668 del 19 de marzo de 1996.

Ley Antimaras, D. L. 158, del 10 de octubre de 2013.

Ley del Estado Peligroso, D.L. 1028, del 15 de mayo de 1953.

Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, D.L. 924, del 22 de abril de 1988.

Artículo 25 de la Ley Transitoria de emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado

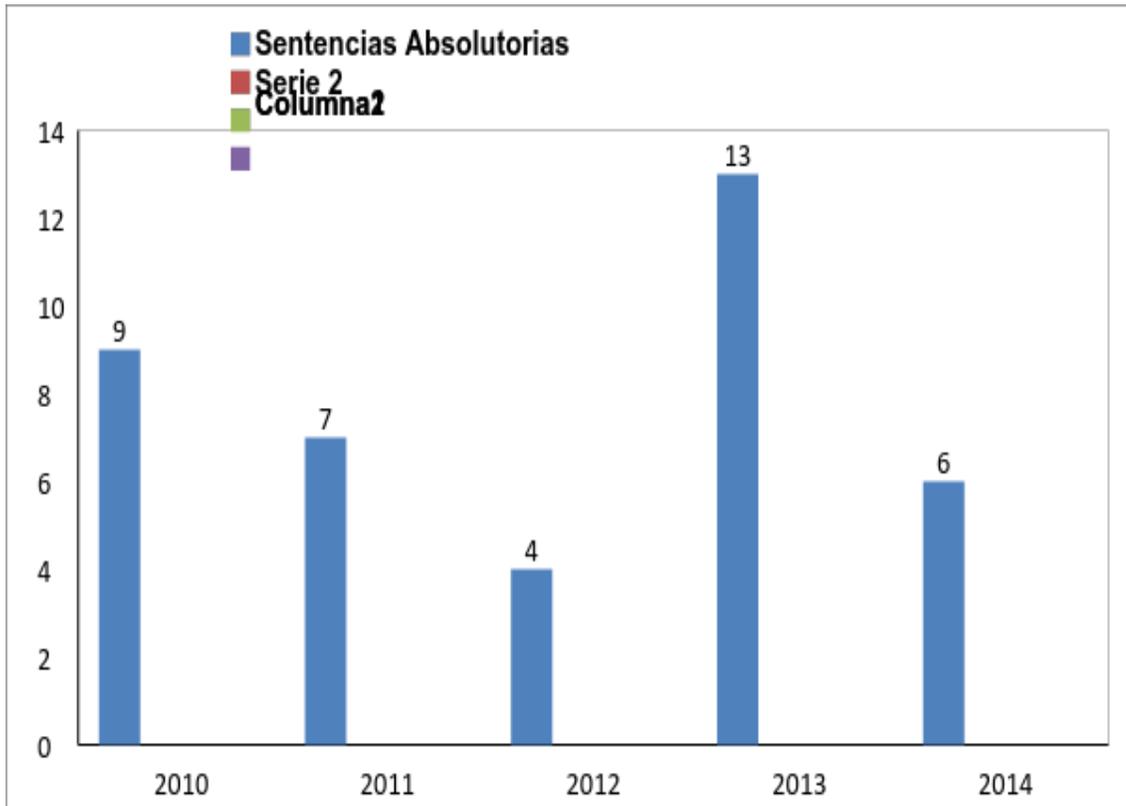
D. L. 281 del 28 de febrero de 2001, mediante el cual se reforman los artículos 210-A, 210-B, 210-C, 210-D y 210-G del Código Procesal Penal que entró en vigencia el 20 de abril de 1998.

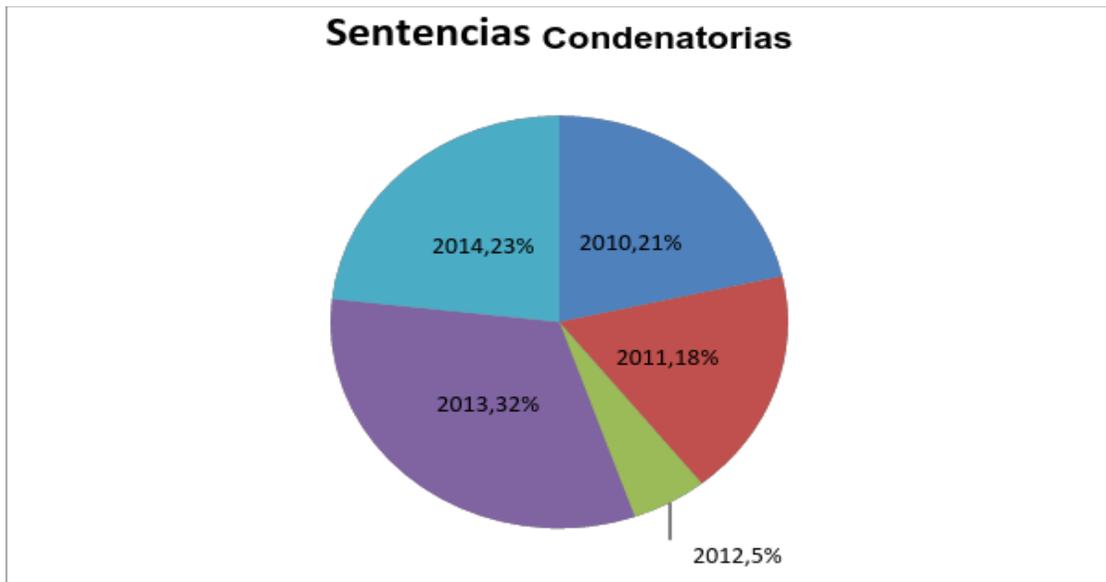
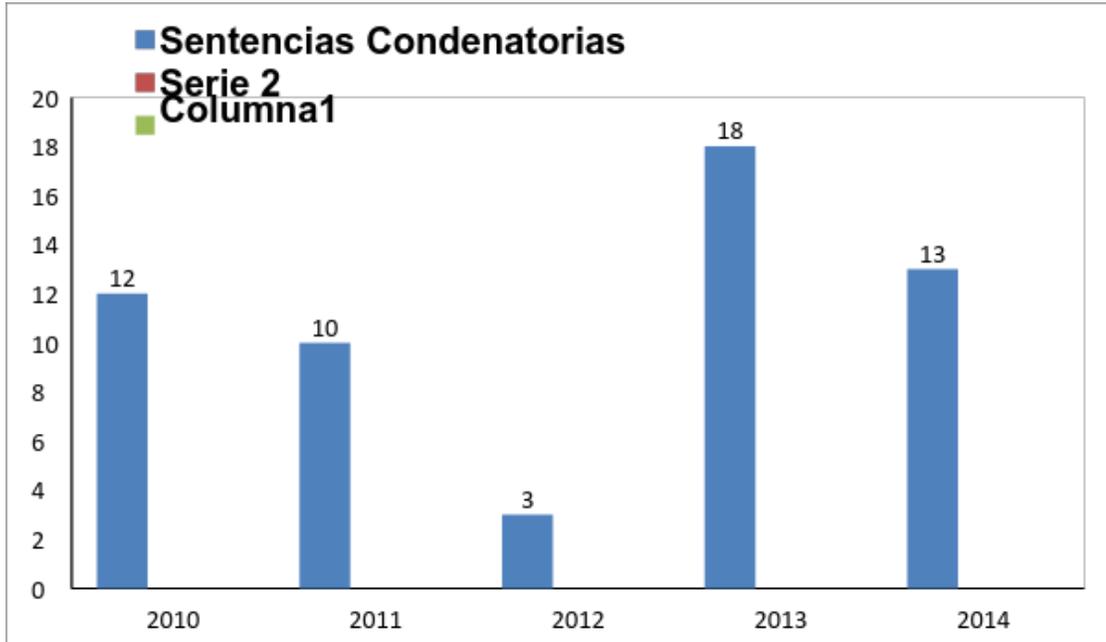
D. L. 665 del 22 de julio de 1999. Mediante el cual se reformó el artículo 13 inciso 6° del CPP vigente desde el 20 de abril de 1998.

ANEXOS

ANEXO I. Gráfico de Sentencias Condenatorias y Absolutorias y Muestras Estadística del Tribunal de Sentencia de Cojutepeque, período 2010 – 2014.

Siendo por todo lo anterior, que se vuelve necesario hacer la representación gráfica en la forma de barra y de pastel del resultado del libro de control de causas penales ingresadas en el Tribunal de Sentencia de Cojutepeque, en el periodo de 2010 al 2014, para visualizar la eficacia o ineficacia de forma estadística de dicha muestra, y seguidamente se procederá al análisis del fundamento por el cual se tuvo la convicción judicial en cada caso en concreto, tomando como base una sentencia absolutoria por año según la delimitación territorial en relación a los medios “*extraordinarios*” de prueba que fueron sometidos al juicio de valoración judicial, así:





ANEXO II

No. 1.

ENCUESTA PARA PROYECTO DE TESIS DE MAESTRIA JUDICIAL.
PARA: COLABORADORES JUDICIALES: TRIBUNAL DE SENTENCIA, COJUTEPEQUE.
REALIZADO DEL 23 DE DICIEMBRE DE 2015

Estimado(a) Colaborador Judicial, con el fin de saber si conoces el término de los **medios probatorios extraordinarios o especiales**, se le solicita su colaboración a efecto que indiques en nivel de conocimientos sobre el tópico antes mencionado, marcando con una "X" en la casilla respectiva, de la forma siguiente:

Nunc a	Alguna s veces	Casi siempre	Siempre
-----------	----------------------	-----------------	---------

1. En clases de la universidad has escuchado hablar de los Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?

2. Has leído en doctrina acerca de los Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?

3. Has leído en la jurisprudencia comparada sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?

4. Has leído en la Jurisprudencia Salvadoreña sobre Medios Probatorios Extraordinarios de Prueba?

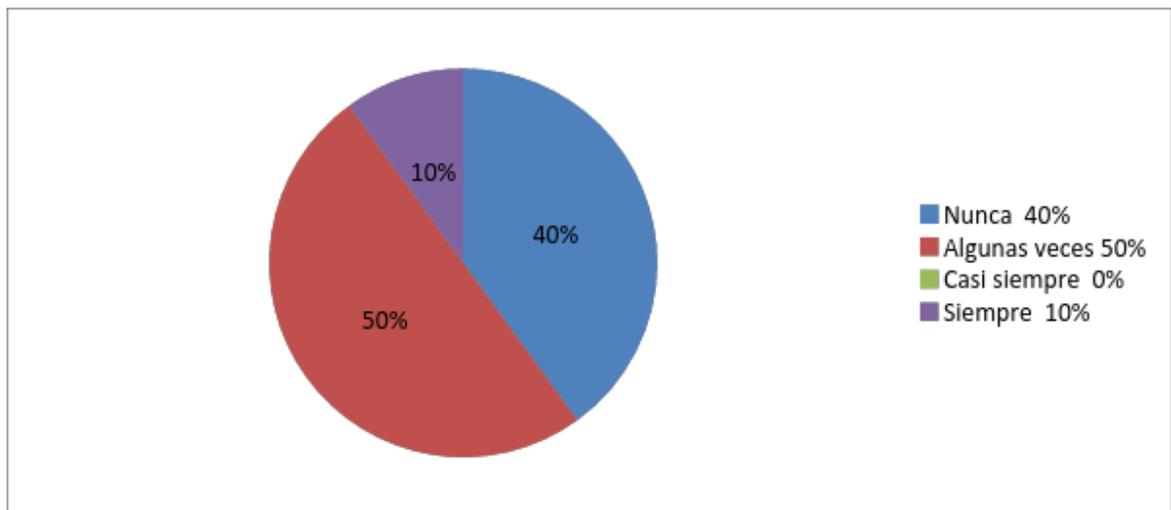
5. Has recibido Cursos sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?

6. Si tu conocimiento es "**casi siempre o siempre**" sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales, escriba dos ejemplos:

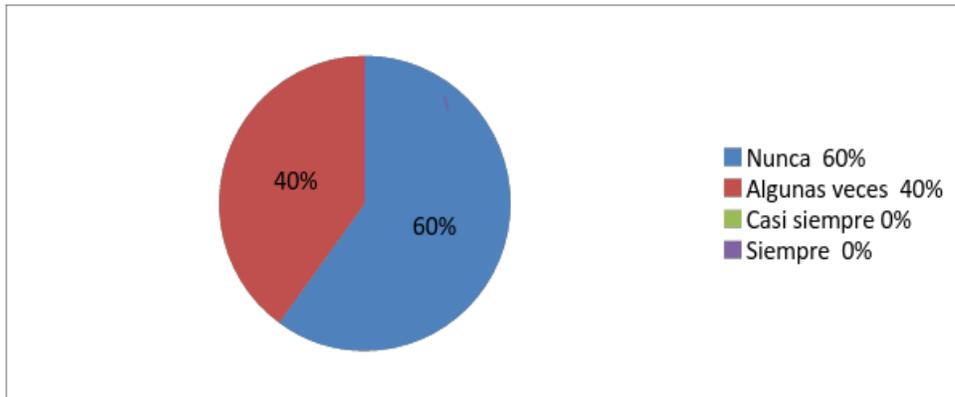
1) _____

2) _____

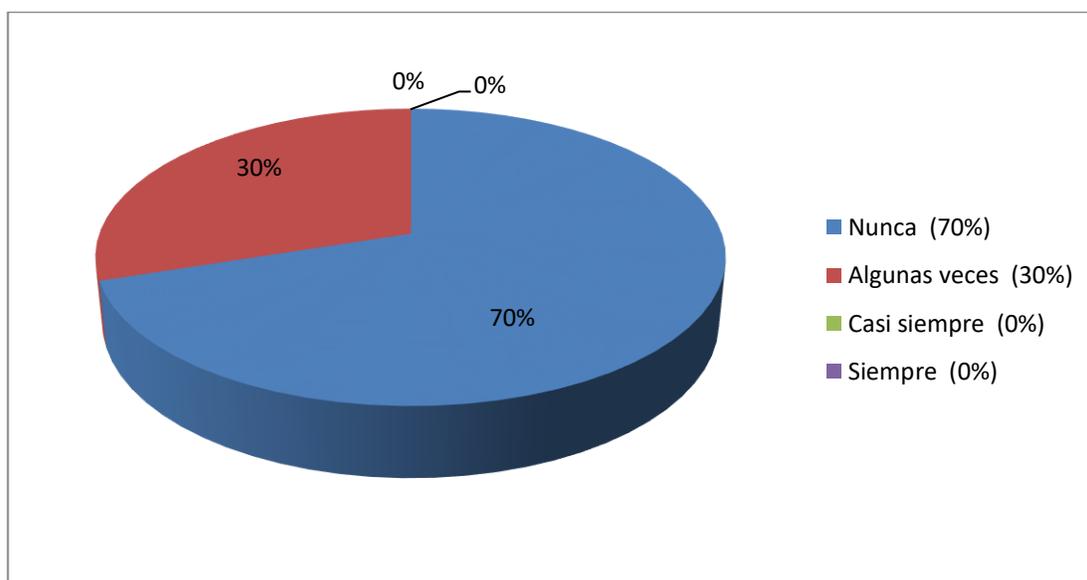
N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
1	¿En clases de la universidad has escuchado hablar de los Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?			50	100%
		20 (40%)	25 (50%)		
		Casi siempre	Siempre		
		0	5 (10%)		



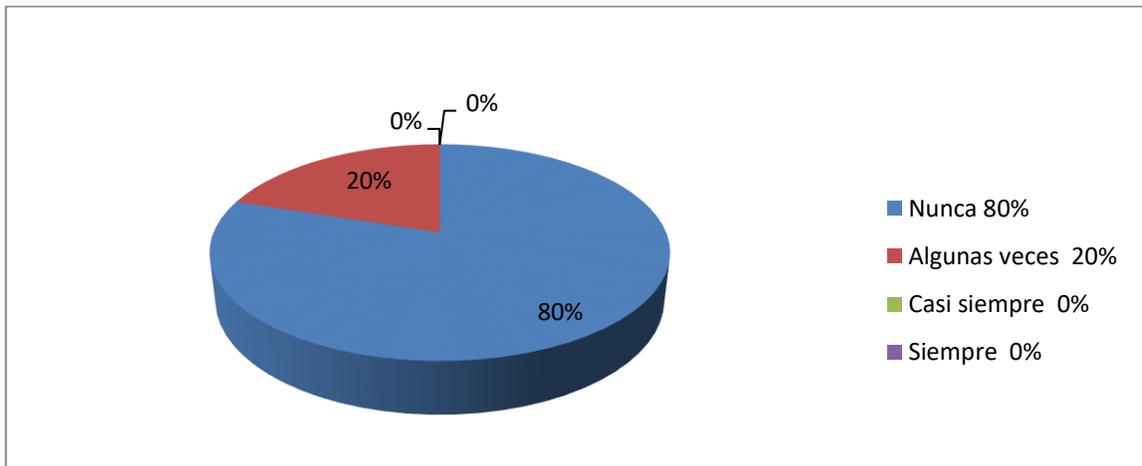
N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
2	¿Has leído en doctrina acerca de los Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?			50	100%
		30(60%)	20 (40%)		
		Casi siempre	Siempre		
		0	0		



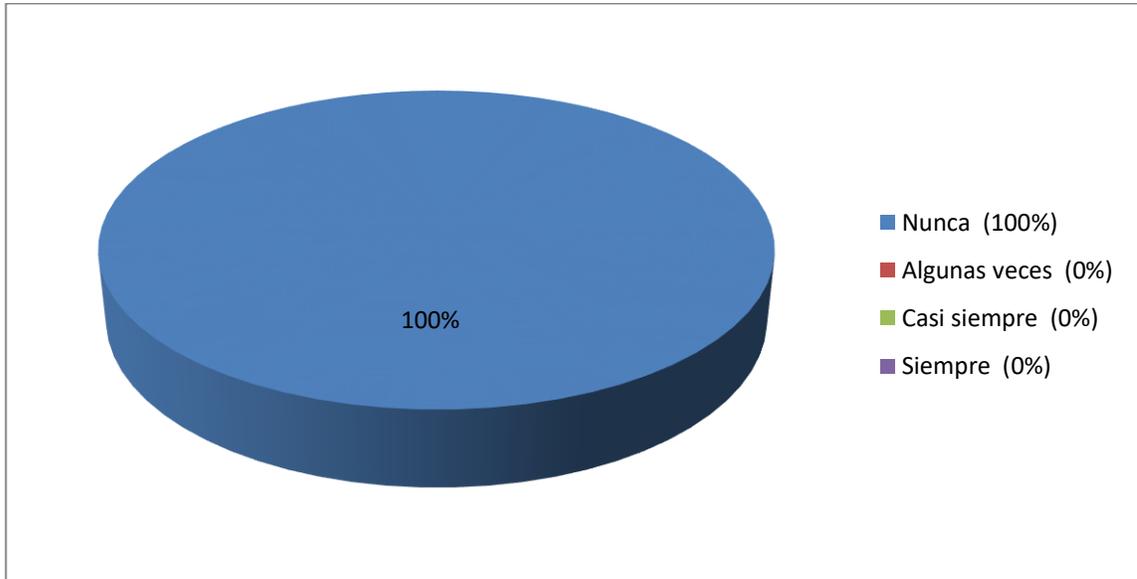
N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
3	¿Has leído en la jurisprudencia comparada sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?				
		35 (70%)	15 (30%)	50	100%
		Casi siempre	Siempre		
		0	0		



N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
4	¿Has leído en la Jurisprudencia Salvadoreña sobre Medios Probatorios Extraordinarios de Prueba?	40 (80%)	10(20%)	50	100%
		Casi siempre	Siempre		
		0	0		



N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
5	¿Has recibido Cursos sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?	50(100%)	0	50	100%
		Casi siempre	Siempre		
		0	0		



No. 2.

ENCUESTA PARA PROYECTO DE TESIS DE MAESTRIA JUDICIAL.
PARA: AGENTES FISCALES AUXILIARES DEL FISCAL GENERAL DE LA REPUBLICA.
REALIZADO: DICIEMBRE DE 2015

Estimado(a) Agente Auxiliar del Fiscal General de la República, con el fin de saber si conoces el término de los **medios probatorios extraordinarios o especiales**, se le solicita su colaboración a efecto que indiques el nivel de conocimientos sobre el tópico antes mencionado, marcando con una "X" en la casilla respectiva, de la forma siguiente:

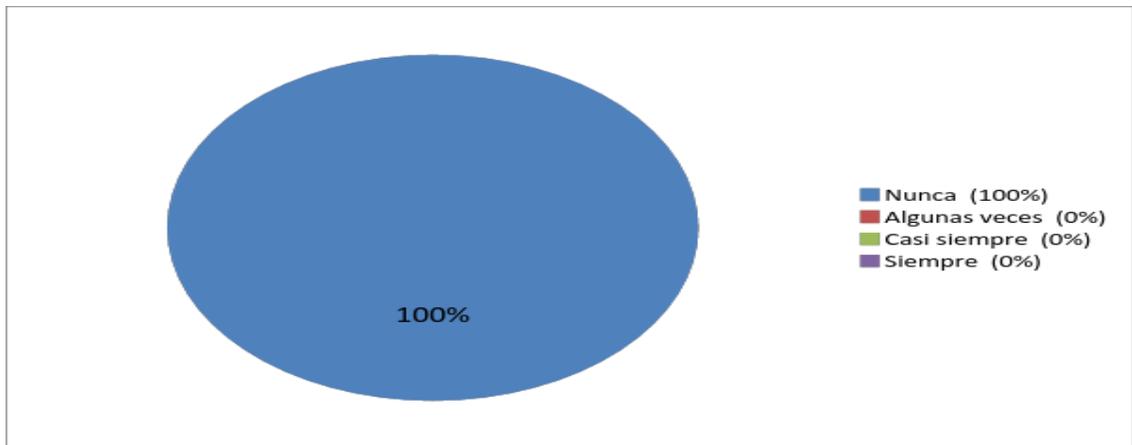
Nunca	Algunas veces	Casi siempre	Siempre
--------------	----------------------	---------------------	----------------

1. En clases de la universidad has escuchado hablar de los Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?
2. Has leído en doctrina acerca de los Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?
3. Has leído en la jurisprudencia comparada sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?
4. Has leído en la Jurisprudencia Salvadoreña sobre Medios Probatorios Extraordinarios de Prueba?
5. Has recibido Cursos sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?
6. Si tu conocimiento es "**casi siempre o siempre**" sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales, escriba dos ejemplos:

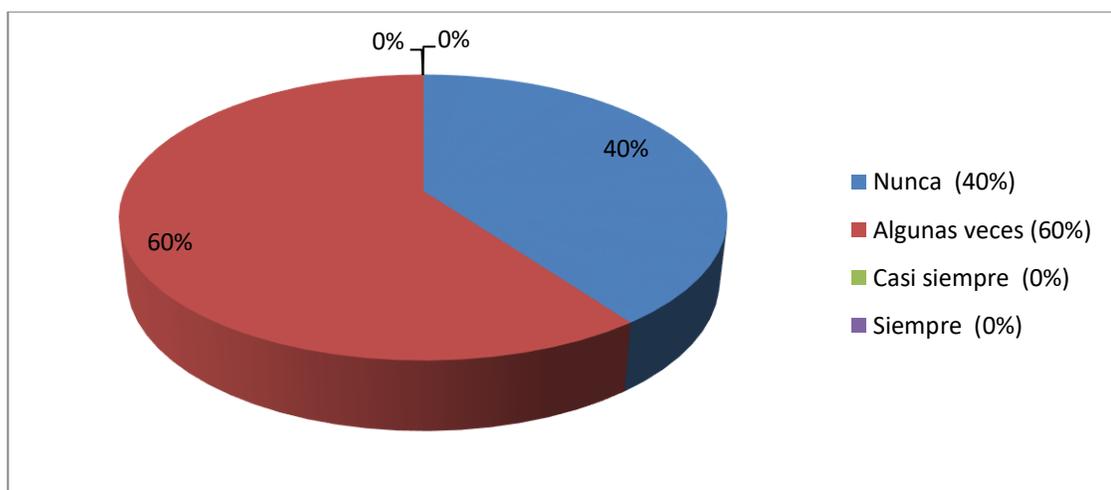
1) _____

2) _____

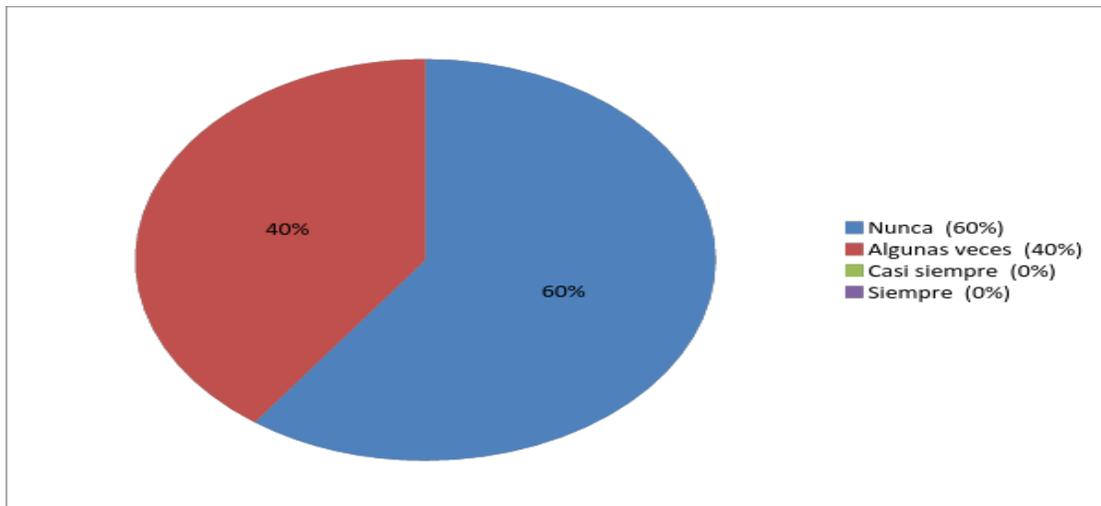
N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
1	¿En clases de la universidad has escuchado hablar de los Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?	50 (100%)	0	50	100%
		Casi siempre	Siempre		
		0	0		



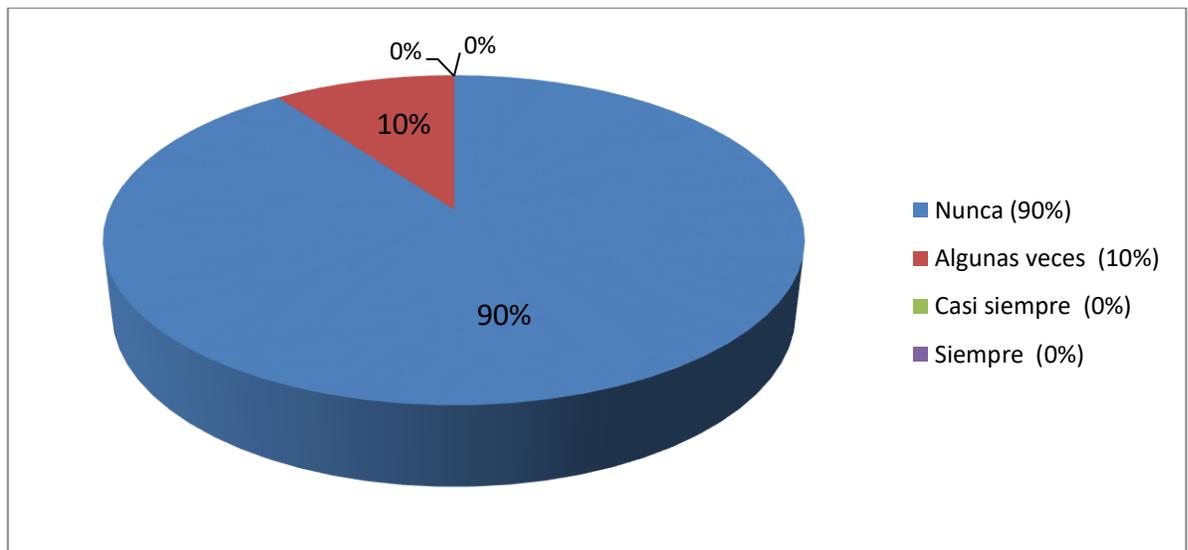
N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
2	¿Has leído en doctrina acerca de los Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?				
		20 (40%)	30 (60%)	50	100%
		Casi siempre	Siempre		
		0	0		



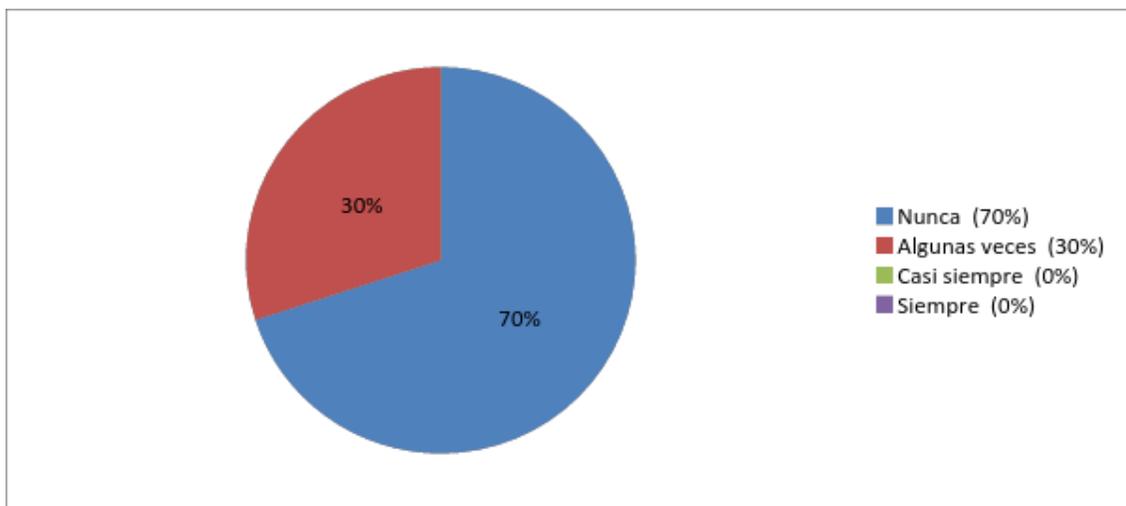
N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
3	¿Has leído en la jurisprudencia comparada sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?				
		30 (60%)	20 (40%)	50	100%
		Casi siempre	Siempre		
		0	0		



N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
4	¿Has leído en la Jurisprudencia Salvadoreña sobre Medios Probatorios Extraordinarios de Prueba?	45 (90%)	5 (10%)	50	100%
		Casi siempre	Siempre		
		0	0		



N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
5	¿Has recibido Cursos sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?	35 (70%)	15 (30%)	50	100%
		Casi siempre	Siempre		
		0	0		



No. 3

ENCUESTA PARA PROYECTO DE TESIS DE MAESTRIA JUDICIAL.
PARA: SECRETARIOS DE TRIBUNALES
REALIZADO: DICIEMBRE DE 2015

Estimado(a) **Agente de Defensoría Penal Pública dela Procuraduría General de la Republica**, con el fin de saber si conoces el término de los **medios probatorios extraordinarios o especiales**, se le solicita su colaboración a efecto que indiques el nivel de conocimientos sobre el tópico antes mencionado, marcando con una "X" en la casilla respectiva, de la forma siguiente:

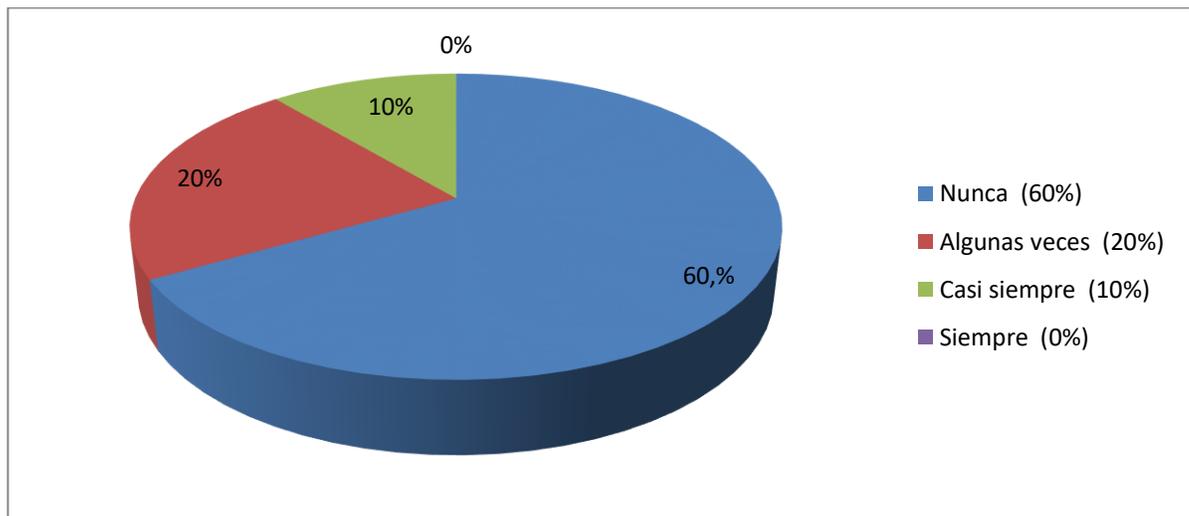
Nunca	Algunas veces	Casi siempre	Siempre
-------	---------------	--------------	---------

En clases de la universidad has escuchado hablar de los Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?

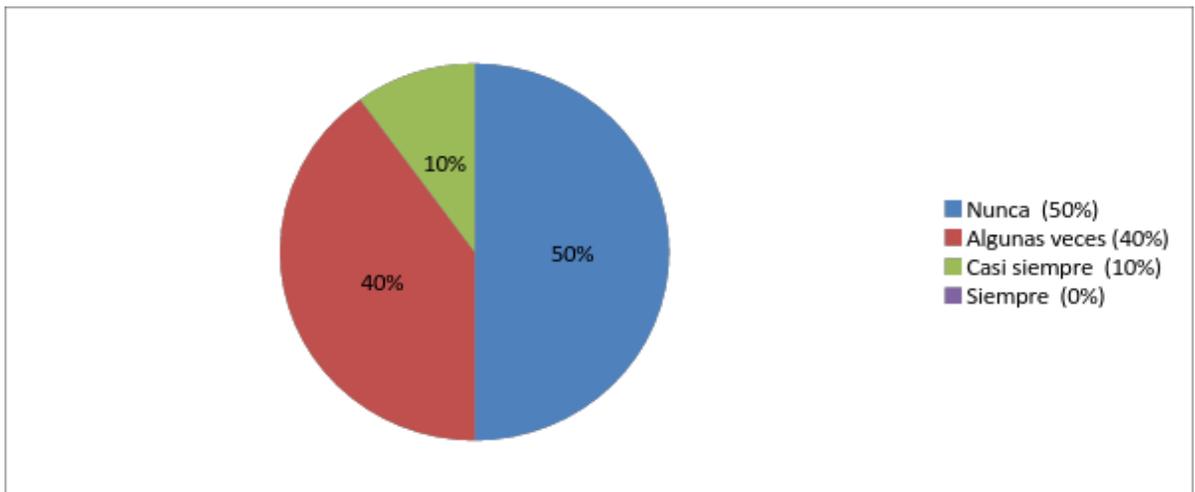
1. Has leído en doctrina acerca de los Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?
2. Has leído en la jurisprudencia comparada sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?
3. Has leído en la Jurisprudencia Salvadoreña sobre Medios Probatorios Extraordinarios de Prueba?
4. Has recibido Cursos sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?
5. Si tu conocimiento es "**casi siempre o siempre**" sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales, escriba dos ejemplos:

- 1) _____
- 2) _____

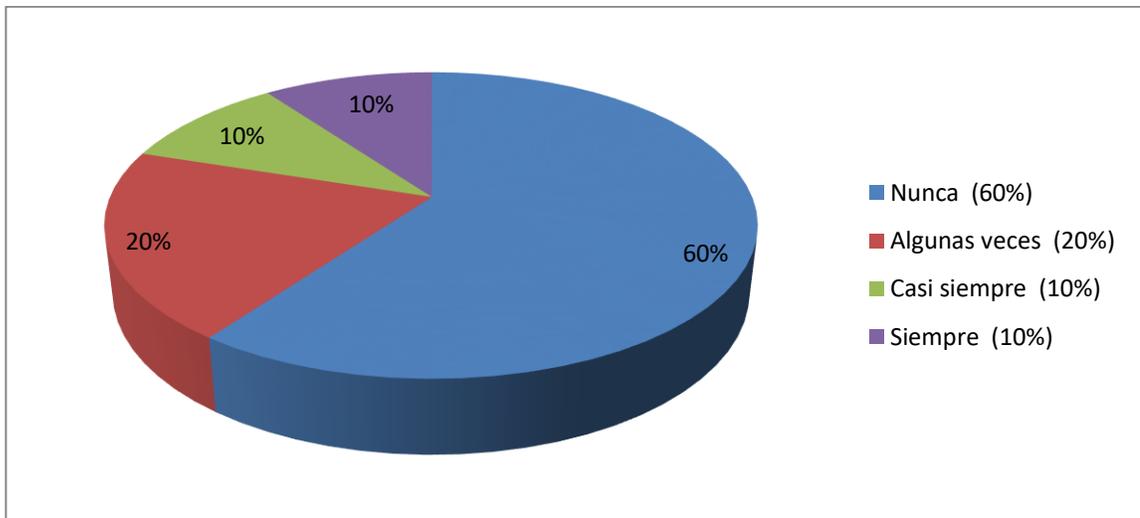
N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
1	¿En clases de la universidad has escuchado hablar de los Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?	30 (60%)	10 (20%)	50	100%
		Casi siempre	Siempre		
		10 (20%)	0		



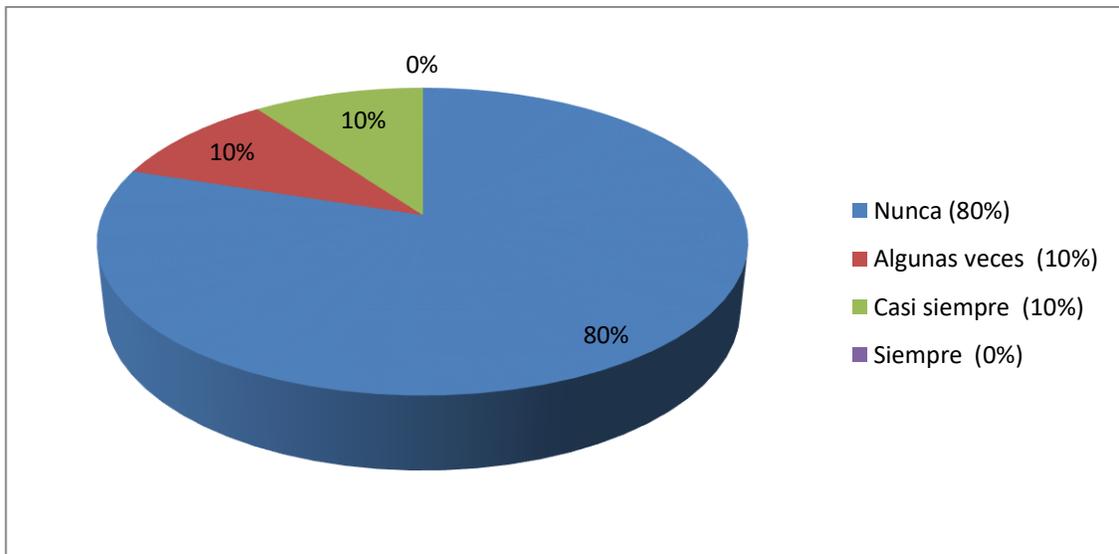
N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
2	¿Has leído en doctrina acerca de los Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?	25 (50%)	20 (40%)	50	100%
		Casi siempre	Siempre		
		5 (10%)	0		



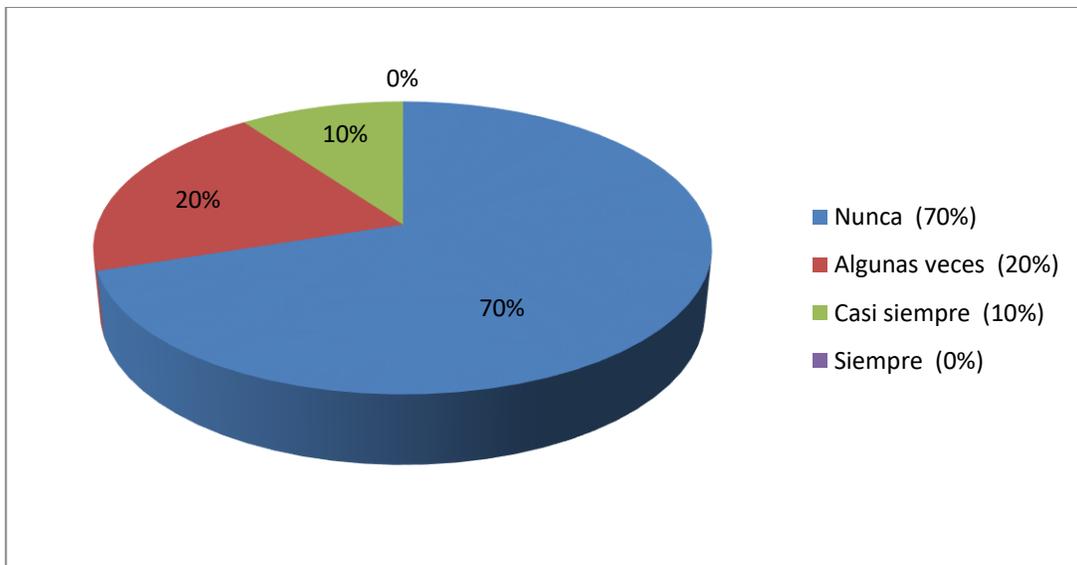
N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
3	¿Has leído en la jurisprudencia comparada sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?	30 (60%)	10 (20%)	50	100%
		Casi siempre	Siempre		
		5 (10%)	5 (10%)		



N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
4	¿Has leído en la jurisprudencia salvadoreña sobre medios probatorios extraordinarios de prueba?	40 (80%)	5 (10%)	10	100%
		Casi siempre	Siempre		
		5 (10%)	0		



N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
5	¿Has recibido cursos sobre medios probatorios extraordinarios o especiales?	35 (70%)	10 (20%)	50	100%
		Casi siempre	Siempre		
		5 (10%)	0		



No. 4

ENCUESTA PARA PROYECTO DE TESIS DE MAESTRIA JUDICIAL.
PARA: ESTUDIANTES.
REALIZADO: DICIEMBRE DE 2015

Estimado(a) estudiante, con el fin de saber si conoces el término de los **medios probatorios extraordinarios o especiales**, se le solicita su colaboración a efecto que indiques en nivel de conocimientos sobre el tópico antes mencionado, marcando con una "X" en la casilla respectiva, de la forma siguiente:

Nunca	Algunas veces	Casi siempre	Siempre
-------	---------------	--------------	---------

1. En clases de la universidad has escuchado hablar de los Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?

2. Has leído en doctrina acerca de los Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?

3. Has leído en la jurisprudencia comparada sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?

4. Has leído en la Jurisprudencia Salvadoreña sobre Medios Probatorios Extraordinarios de Prueba?

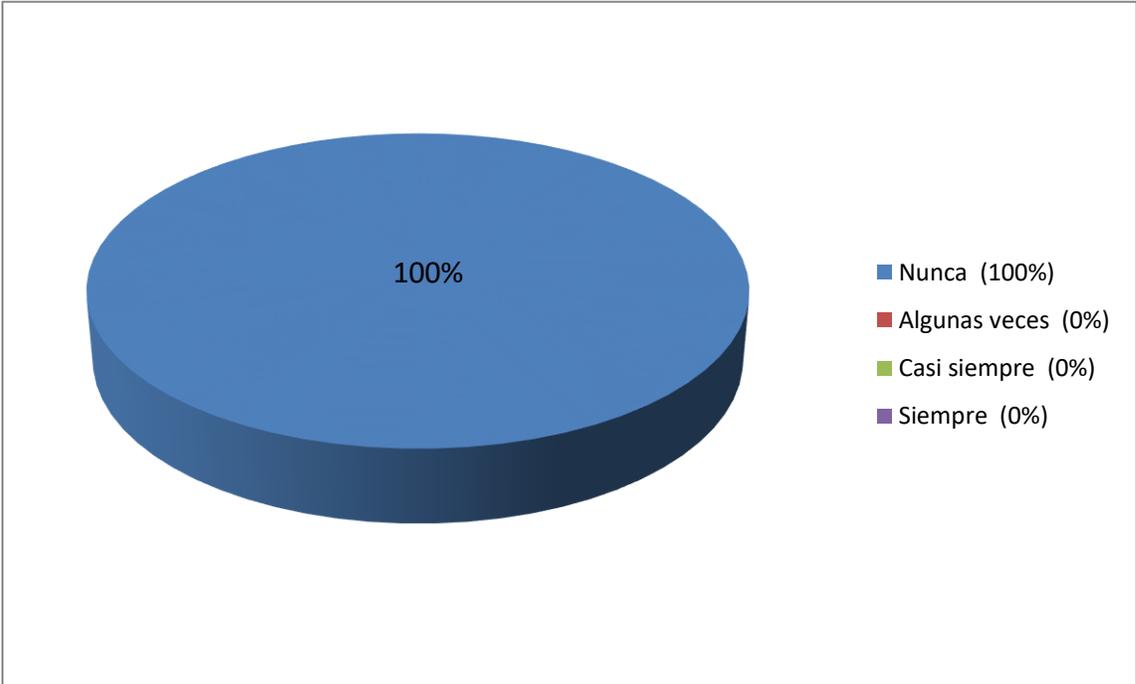
5. Has recibido Cursos sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?

6. Si tu conocimiento es "**casi siempre o siempre**" sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales, escriba dos ejemplos:

1) _____

2) _____

N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS				TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Casi siempre	Siempre	Encuestas	%
1	¿En clases de la Universidad has escuchado hablar de los medios probatorios Extraordinarios o Especiales?	50 (100%)	0	0	0	50	100%
2	¿Has leído en doctrina acerca de los medios probatorios extraordinarios o especiales?	50 (100%)	0	0	0	50	100%
3	¿Has leído en la jurisprudencia comprobada sobre medios extraordinarios de prueba?	50 (100%)	0	0	0	50	100%
4	¿Has leído en la jurisprudencia salvadoreña sobre medios extraordinarios de prueba?	50 (100%)	0	0	0	50	100%
5	¿Has recibido cursos sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?	50 (100%)	0	0	0	50	100%



No. 5

ENCUESTA PARA PROYECTO DE TESIS DE MAESTRIA JUDICIAL.
PARA: A AGENTES DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA PENAL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.
REALIZADO: DICIEMBRE DE 2015

Estimado(a) **Abogado en el Ejercicio Libre**, con el fin de saber si conoce el término de los **medios probatorios extraordinarios o especiales**, se le solicita su colaboración a efecto que indique el nivel de conocimientos sobre el tópico antes mencionado, marcando con una "X" en la casilla respectiva, de la forma siguiente:

Nunca	Algunas veces	Casi siempre	Siempre
--------------	----------------------	---------------------	----------------

1. En clases de la universidad has escuchado hablar de los Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?

2. Has leído en doctrina acerca de los Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?

3. Has leído en la jurisprudencia comparada sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?

4. Has leído en la Jurisprudencia Salvadoreña sobre Medios Probatorios Extraordinarios de Prueba?

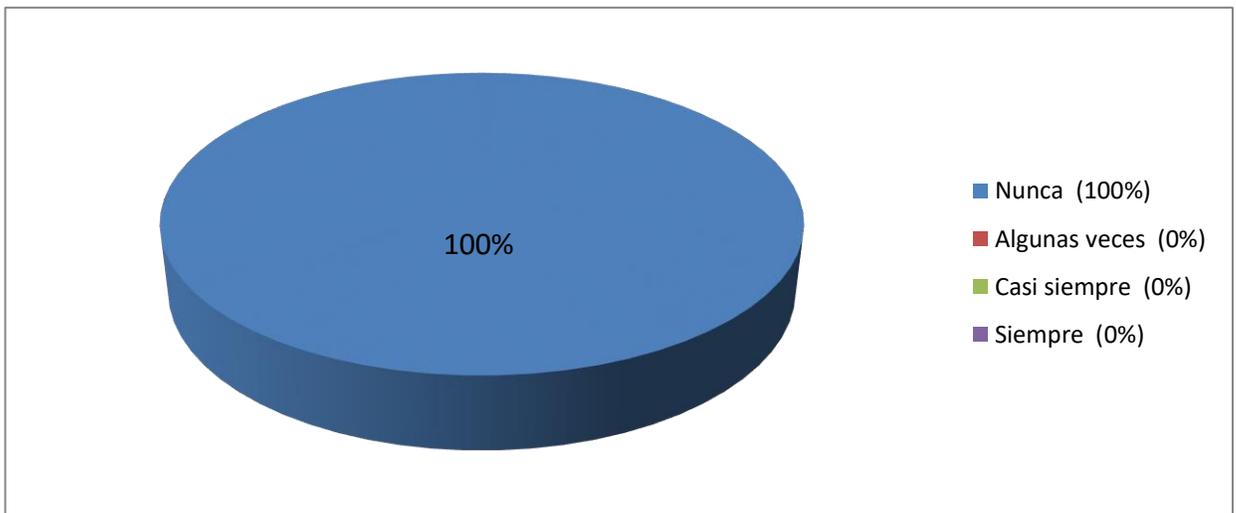
5. Has recibido Cursos sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?

6. Si tu conocimiento es "**casi siempre o siempre**" sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales, escriba dos ejemplos:

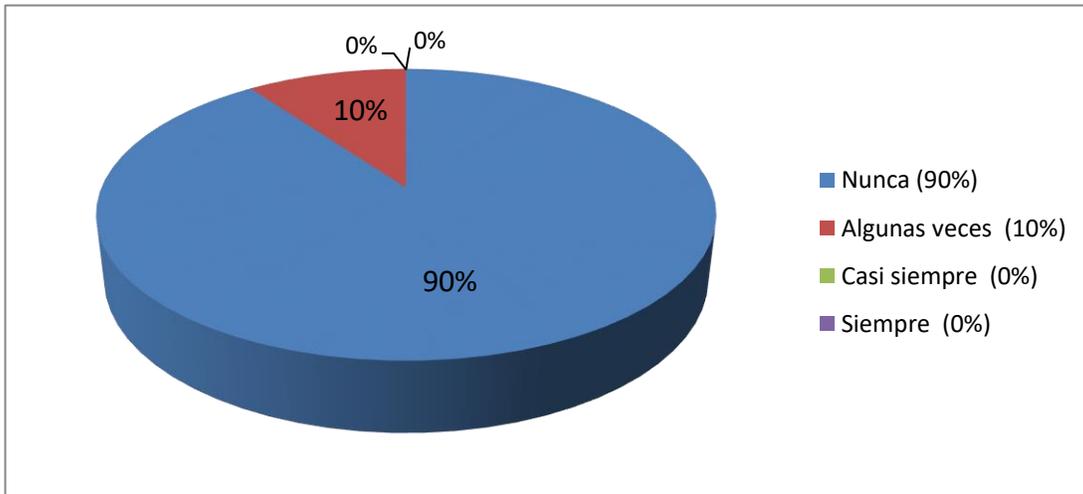
1) _____

2) _____

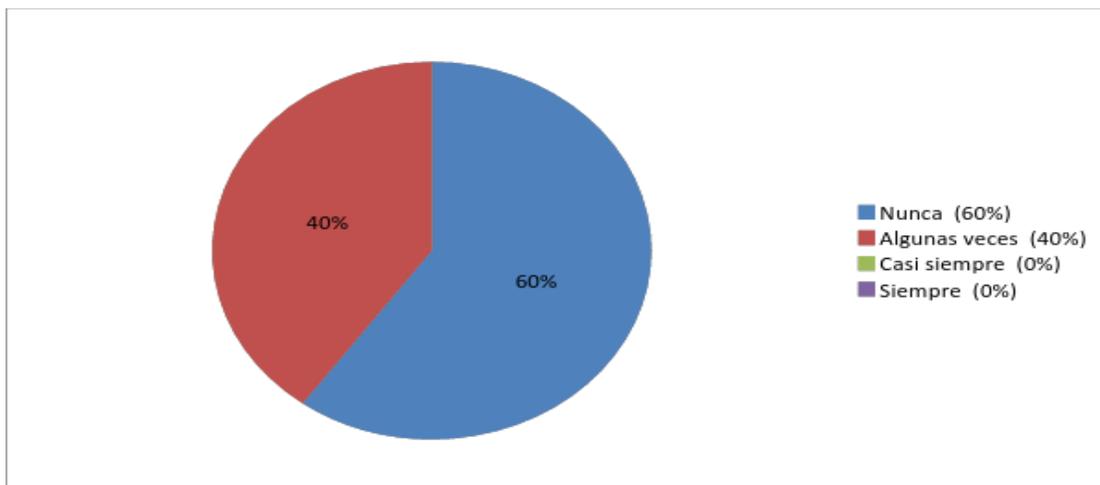
N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
1	¿En clases de la universidad has escuchado hablar de los Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?				
		50 (100%)	0	50	100%
		Casi siempre	Siempre		
		0	0		



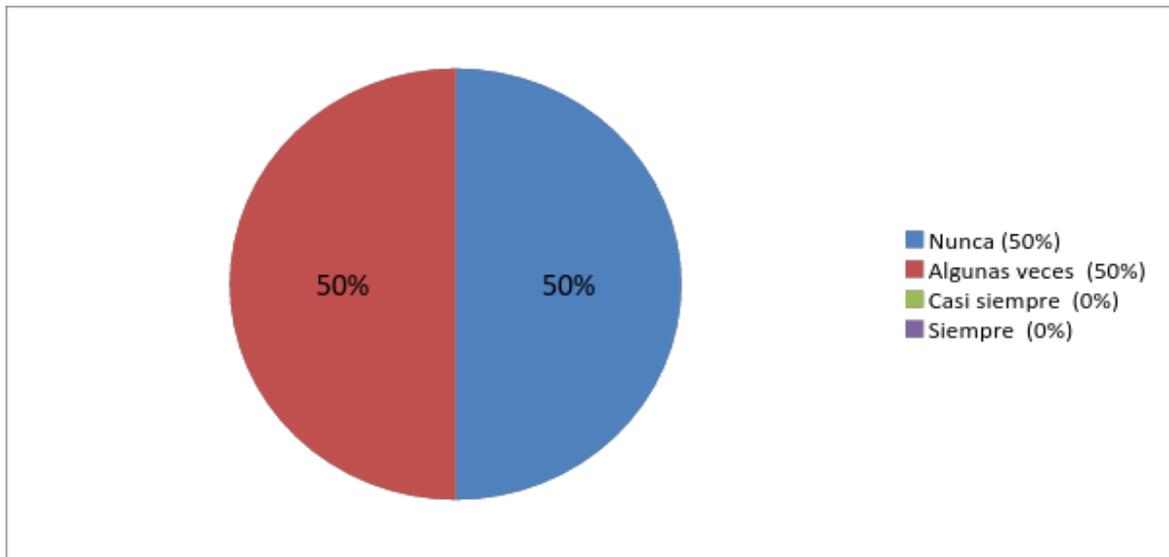
N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
2	¿Has leído en doctrina acerca de los Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?	45 (90%)	5 (10%)	50	100%
		Casi siempre	Siempre		
		0	0		



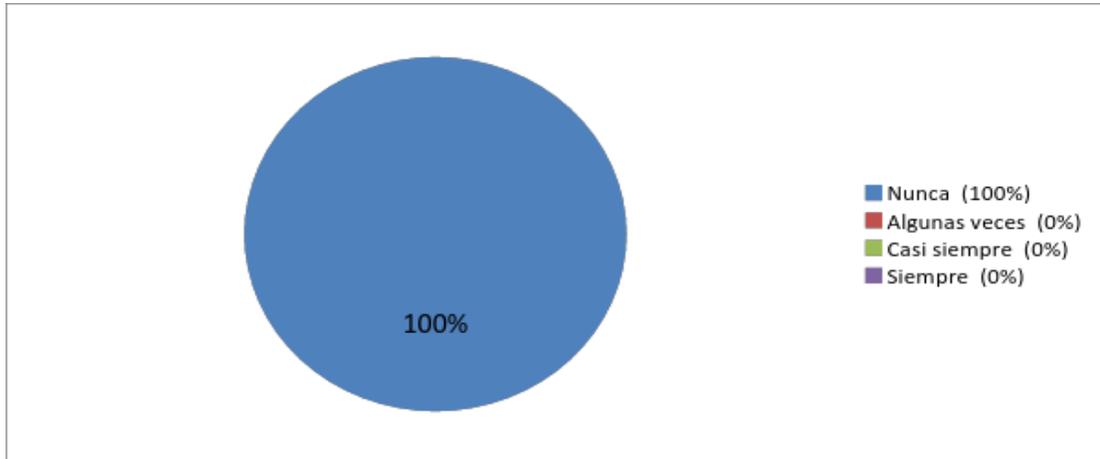
N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
3	¿Has leído en la jurisprudencia comparada sobre Medios Probatorios Extraordinarios o Especiales?	30 (60%)	20 (40%)	50	100%
		Casi siempre	Siempre		
		0	0		



N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
4	¿Has leído en la jurisprudencia salvadoreña sobre Medios probatorios extraordinarios de prueba?	25 (50%)	25 (50%)	50	100%
		Casi siempre	Siempre		
		0	0		



N°	PREGUNTA	ALTERNATIVAS		TOTALES	
		Nunca	Algunas veces	Encuestas	%
5	¿Has recibido cursos sobre medios probatorios extraordinarios o especiales?	50 (100%)	0	50	100%
		Casi siempre	Siempre		
		0	0		



Del análisis que reflejan los porcentajes de conocimiento respecto al tema de “*Los Medios Probatorios extraordinarios o especiales*”, realizada a cada una de personas con quienes se representan los sectores de la comunidad jurídica en general, se advierte que aparentemente los que más conocen del tema son los abogados que tienen la calidad de Secretarios de los Tribunales, quienes según la gráfica su porcentaje de conocimiento del 40% en la alternativa de “*alguna vez*”. Sin embargo, debe concluirse que el conocimiento que afirman tener sobre el tópico analizado, según la explicación de los mismos, está orientado al conocimiento de los recursos extraordinarios que regulan el sistema procesal penal, indicando como ejemplo algunos de ellos, el recurso de casación o revisión en materia penal. Ello, muestra que el conocimiento sobre el contenido de los “*medios probatorios extraordinarios o especiales*”, no se tiene en los operadores del sistema judicial, en la comunidad jurídica en general ni muchos en los programas de estudios de las universidades del país, siendo esa la forma que se confirman los objetivos específicos respecto al desconocimiento del tópico investigado.