

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
MAESTRIA JUDICIAL



TESINA

EL PAPEL DEL JUEZ EN LA INSTRUCCIÓN FORMAL Y LA AUDIENCIA PRELIMINAR

PARA OBTENER EL GRADO DE

MAESTRO JUDICIAL

PRESENTA

LIC. RIGOBERTO CHICAS

ASESOR

MSC. FRANCISCO OPORTO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JULIO DE 2013

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTORA ACADÉMICO

LICENCIADO SALVADOR CASTILLO ARÉVALO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO (interino)

DOCTORA ANA LETICIA ZAVALETA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL

LICENCIADO FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO

LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA
VICEDECANO

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
SECRETARIO

DOCTORA EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

INDICE

INTRODUCCIÓN	i
CAPITULO I. EL PAPEL DEL JUEZ EN LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PROCESAL PENAL	1
1.1. EL JUEZ EN EL PROCESO HAMMURABIANO.....	1
1.2. EL JUEZ EN EL PROCESO GRIEGO.....	2
1.3. EL JUEZ EN EL PROCESO ROMANO.....	4
1.4. EL JUEZ EN EL PROCESO GERMANO.....	6
1.5. EL JUEZ EN EL PROCESO DE LA INQUISICIÓN DEL DERECHO CANÓNICO.....	8
1.6. EL JUEZ EN EL PROCESO INGLÉS.....	9
1.7. EL JUEZ EN EL PROCESO INDIANO.....	11
1.8. EL JUEZ EN EL PROCESO PENAL SALVADOREÑO.....	13
1.9. EL JUEZ Y LOS SISTEMAS PROCESALES.....	19
1.9.1. SISTEMA ACUSATORIO.....	21
1.9.2. SISTEMA INQUISITIVO.....	24
1.9.3. SISTEMA MIXTO O INQUISITIVO MITIGADO.....	26
1.9.4. SISTEMA PROCESAL PENAL SEGÚN LA CONSTITUCIÓN.....	28
CAPITULO II. EL DERECHO PROCESAL PENAL CONTEMPORÁNEO, SUS CARACTERES Y PRINCIPIOS INSERTOS EN LA INSTRUCCIÓN FORMAL Y EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR	33
2.1. CONCEPTO.....	33
2.2. CARACTERES.....	34
2.3. PRINCIPIO DE OFICIALIDAD O ESTATALIDAD.....	36
2.4. PRINCIPIO DE JUICIO PREVIO.....	39
2.5. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	41
2.6. PRINCIPIO ACUSATORIO.....	43
2.7. PRINCIPIO DE ORALIDAD.....	45

2.8. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD	47
2.9. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.....	50
2.10. PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN.....	52
2.11. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.....	53
2.12. PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	55
2.13. PRINCIPIO DE INVIOABILIDAD DE LA DEFENSA.....	57
2.14. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	59
2.15. PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL.....	62
2.16. PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL JUEZ.....	64
CAPITULO III. CONTENIDO TEÓRICO Y GENERALIDADES DEL PAPEL DEL JUEZ EN LA INSTRUCCIÓN FORMAL Y LA AUDIENCIA PRELIMINAR.....	69
3.1. EL PAPEL DEL JUEZ EN LA INSTRUCCIÓN FORMAL.....	69
3.1.1. CARACTERÍSTICAS DE LA INSTRUCCIÓN FORMAL Y LA INCIDENCIA EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.....	72
3.1.2 EL PAPEL DEL JUEZ Y SU RELACIÓN CON LOS SUJETOS PROCESALES.....	77
3.1.2.1. EL JUEZ COMO SUJETO PROCESAL	79
3.1.2.2. EL CONTROL DEL JUEZ SOBRE LA INTERVENCIÓN FISCAL	81
3.1.2.3. EL CONTROL DEL JUEZ SOBRE LA ACTUACIÓN DEL QUERELANTE.....	85
3.1.2.4. EL CONTROL DEL JUEZ SOBRE LA ACTUACIÓN DEL DEFENSOR.....	87
3.1.2.5. EL CONTROL DEL JUEZ SOBRE EL ACTOR CIVIL...	91
3.1.2.6. EL CONTROL DEL JUEZ SOBRE LAS PARTES MATERIALES.....	92
3.2. EL PAPEL DEL JUEZ EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR.....	95
CAPITULO IV. FUNCIÓN DEL JUEZ EN EL DESARROLLO PROCESAL DE LA INSTRUCCIÓN FORMAL Y LA AUDIENCIA PRELIMINAR.....	99

4.1. DICTAR Y CONTROLAR EL CONTENIDO DEL AUTO DE INSTRUCCIÓN.....	99
4.2. CONTROL DEL PLAZO DE INSTRUCCIÓN FORMAL Y SU PRÓRROGA.....	103
4.3. CONTROL DE LA AUTORIZACIÓN Y REALIZACIÓN DE LOS ACTOS URGENTES DE COMPROBACIÓN.....	108
4.4. CONTROL DE LA PROCEDENCIA Y REALIZACIÓN DEL ANTICIPO DE PRUEBA TESTIMONIAL.....	113
4.5. CONTROL SOBRE LA INDICACIÓN DE LOS ACTOS NECESARIOS PARA LA INVESTIGACIÓN DEL HECHO DELICTIVO.....	116
4.6. CONTROL SOBRE LA APLICACIÓN DE MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	118
4.7. CONTROL DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR COMO FASE INTERMEDIA.....	127
4.7.1. CONTROL DEL DICTAMEN FISCAL Y DEL QUERELLANTE.....	129
4.7.2. CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR Y EL CONTROL DEL JUEZ SOBRE SU DESARROLLO.....	134
4.7.3. CONTROL SOBRE LAS SOLICITUDES DE LAS PARTES.....	135
4.7.3.1. CONTROL DE LA ADMISIÓN DE LA ACUSACIÓN Y DE LA APERTURA A JUICIO.....	138
4.7.3.2. CONTROL SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA OFRECIDA PARA LA VISTA PÚBLICA.....	146
4.7.3.2.1. CONTROL SOBRE LA PERTINENCIA, UTILIDAD Y LEGALIDAD DE LA PRUEBA.....	149
4.7.3.3. OTRAS DECISIONES DEL JUEZ EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR.....	154
4.7.4. CONTROL DEL AUTO DE APERTURA A JUICIO.....	156
CONCLUSIONES	159
BIBLIOGRAFÍA	162

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios
Ac.	Acumulada
a. de JC.	Antes de Jesucristo
ADN	Ácido Desoxirribonucleico
AECI	Agencia Española de Cooperación Internacional
AID	Agencia Internacional Para el Desarrollo
Art.	Artículo
Cn.	Constitución
CORELESAL	Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña
CPP/C.Pr. Pn./Pr.Pn.	Código Procesal Penal
CPrCyMr.	Código Procesal Civil y Mercantil
CSJ/C.S.J.	Corte Suprema de Justicia
D.C.	Decreto Constituyente
D.L.	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial.
CADH	Convención Americana de los Derecho Humanos
CAS.	Casación
DUDH	Declaración Universal de los Derecho Humanos
Ed.	Editorial
Edic.	Edición
El. S.	El Salvador
FGR.	Fiscalía General de la República
h	Hijo

Ibídem.	Hace referencia a cita anterior.
Inc.	Inciso
IURISRED	Red Jurídica
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal (España)
N°/N/No	Número
OEA	Organización de Estados Americanos
OJ	Órgano Judicial
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Op. cit.	Obra citada (opus citatum)
Ords.	Ordinales
p.	Página
PIDCP	Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
pp.	Páginas
S.	Siglo
S. A. de C.V.	Sociedad Anónima de Capital Variable
Sig.	Siguiente
StPO	Ordenanza Procesal Penal Alemana
TV.	Televisión
UPARSJ	Unidad de Programa de Apoyo a la Reforma Judicial del Sistema de Justicia
USA	Estados Unidos de América
Vid.	Véase o véanse
v. gr.	Verbi gratia (por ejemplo)

INTRODUCCIÓN

El trabajo que se presenta aborda el tema del papel del juez en la instrucción y la audiencia preliminar en el proceso penal salvadoreño, cuya importancia radica en que el actual Código Procesal Penal, contiene normas orientadas a una concepción garantista, que de alguna manera, ha modificado la función jurisdiccional que tradicionalmente venía realizando el juez y que no guardaba plena concordancia con la Constitución. El propósito del estudio es analizar los aspectos doctrinarios, jurídicos, jurisprudenciales y prácticos de que trata la etapa de instrucción, para identificar los avances y modificaciones de que ha sido objeto esta parte del proceso penal.

Los estudios que se han hecho sobre este tema en la realidad salvadoreña, han perdido vigencia, pues lo han sido sobre normas procesales ya derogadas; siendo entonces de interés el análisis científico que aquí se hace, para destacar el rol del juez en su función como encargado de la instrucción en la actualidad, a fin de establecer como se ha ido superando la carga inquisitiva a la que estaba sometido con las anteriores leyes. La selección del tema estudiado, fue motivada por un interés personal del autor, de generar la existencia de un texto que trate de este tema, acorde al Código Procesal Penal vigente; además de una necesidad profesional, en el sentido de reforzar las bases jurídico-dogmáticas sobre tópico investigado. Por esas razones, este trabajo pretende ser una contribución para que se disponga de información actualizada sobre la instrucción, la audiencia preliminar y el papel del juez de instrucción.

Para comprender la función que realiza el juez de instrucción en la actualidad, se aborda la temática desde su evolución, tanto en el ámbito teórico como legislativo; ello permitirá conocer los cambios que ha experimentado el proceso penal salvadoreño en tal evolución, lo que a su vez justificará establecer la necesidad de la existencia de la fase de instrucción y la del juez que la dirige; por ello el tema se aborda desde las perspectivas teórica doctrinaria, legal y de la jurisprudencia nacional, aspectos en los cuales se basa su diseño.

En atención al tipo de investigación, se trata pues, de un análisis documental de materiales impresos como libros, comentarios, ensayos, sentencias, leyes y expedientes judiciales, en que se ha desarrollado la fase de instrucción y celebrado audiencia preliminar; por tanto la técnica utilizada fue el

análisis documental y de contenido; lo que de alguna manera implicó la observación directa; incluyéndose la vía tecnológica dentro de las herramientas de recolección de información.

Se aborda en el primer capítulo de este trabajo, el papel del juez en la evolución histórica del derecho procesal penal; destacándose los momentos más relevantes del mismo; comenzando por el desempeño que este funcionario tuvo en los procesos: a) Hammurabiano, b) Griego, c) Romano, d) Germano, e) La Inquisición del Derecho Canónico, f) Inglés, g) Indiano y h) Salvadoreño.

Enseguida el trabajo trata los distintos sistemas procesales, en los cuales la figura del juez ha tenido roles diferentes, como son: solo juzgar, juzgar e investigar, así como juzgar y controlar la investigación (guardián del respeto de los derechos y garantías del justiciable). Los sistemas que se desarrollan en este bloque, por la importancia que han tenido en el derecho procesal penal y la figura del juez, son: El Sistema Acusatorio, el Sistema Inquisitivo, el Sistema Mixto o Inquisitivo Mitigado y el Sistema según la Constitución. La labor al desarrollar estos sistemas, está orientada a conocer cómo es que cada uno de éstos influyen en el modelo de proceso penal que tiene El Salvador.

Es muy importante que luego de haber desarrollado los modelos de sistemas procesales, se conozca que un derecho procesal penal contemporáneo tiene sus propias características distintivas y principios que lo sustentan; así es que, el capítulo segundo de este trabajo se enfoca precisamente en el tratamiento de la instrucción formal y en la audiencia preliminar. Se parte de un concepto de derecho procesal penal, haciendo la diferencia entre proceso y procedimiento penal; enseguida la labor se orienta a resaltar sus caracteres, como lo son: a) el pertenecer al derecho público; b) ser su función accesoria o instrumental respecto del derecho penal material; y c) su carácter autónomo y científico. Esta parte del trabajo es aprovechada también para ocuparse de temas esenciales como lo son los principios fundamentales que rigen el proceso penal y por ende aplicables en la instrucción formal y la audiencia preliminar, siendo estos los principios de: Oficialidad o Estatalidad, Juicio Previo, Legalidad, Acusatorio, Oralidad, Publicidad, Inmediación, Concentración, Contradicción, Igualdad, Inviolabilidad de la Defensa, Presunción de Inocencia, Juez Natural, Independencia e Imparcialidad.

En el capítulo tercero de la investigación, se aborda reflexivamente el contenido teórico y generalidades del papel del juez en la instrucción formal y la audiencia preliminar, pero se aprovecha para relacionarlos con aspectos legislativos e inclusive con la práctica judicial; siguiéndose con la

determinación de los sujetos que intervienen en su desarrollo, entre los que encontramos: al juez, que es el funcionario del Estado que ejerce el denominado “poder jurisdiccional”; estando facultado en virtud del mismo para contralorar que las actividades desarrolladas por los demás sujetos se cumplan respetando los derechos y garantías que rigen en el proceso penal; al fiscal, como acusador estatal y encargado de ejercer la acción penal pública; al querellante, como sujeto acusador privado; al defensor, como asesor jurídico del imputado; al actor civil, como el perjudicado por el delito. Finalmente, dentro de este grupo de sujetos procesales se encuentran los sujetos materiales, conformados por el imputado y la víctima; ésta última ya no se contempla como simple sujeto pasivo, sino que asume el protagonismo procesal que le es debido.

A su vez, en el capítulo tercero, la investigación también se centra en la audiencia preliminar; estableciéndose una definición teórica conceptual de ella; además se estudia el antecedente que de la misma institución existe en el derecho procesal penal salvadoreño; así como sus caracteres, finalidad y que como fase intermedia constituye el mecanismo para ejercer el control de la apertura a juicio; por lo que en cada uno de estos aspectos se deja ver el papel del juez, en función de la intervención de los sujetos procesales.

El desarrollo medular de este trabajo se encuentra en el capítulo cuarto; aquí se resalta lo principal de la temática, pues se trata en esencia de las funciones prácticas que desempeña el juez y los demás sujetos procesales, en el desarrollo de la instrucción formal y la audiencia preliminar; abordándose aspectos teórico-doctrinarios, así como lo relativo a la legislación y la jurisprudencia nacional sobre el tema; además de otras cuestiones de índole procesal.

La piedra angular del presente trabajo la encontramos precisamente en el capítulo cuarto, porque es donde se desentrañan las funciones del juez de instrucción; en tal sentido, se parte de la primer actividad que éste realiza en el proceso, siendo la de dictado y control sobre el contenido del auto de instrucción formal, donde debe indicar los actos necesarios para la investigación del hecho; un tema de mucha importancia, por los efectos que puede ocasionar en el trámite sano del proceso; para luego pasar a los de control sobre el plazo de instrucción, la prórroga de la instrucción, la autorización de los actos urgentes de comprobación, del anticipo de prueba y de la aplicación de medidas restrictivas de

derechos fundamentales, otro tema de vital importancia por su trascendencia, ya que a partir de ahí se analiza si su rol principal es de ser juez de garantías.

Ahora bien, en ese mismo capítulo, por su utilidad práctica, se analiza la audiencia preliminar en cuanto al control que realiza el juez sobre su desarrollo, pues, constituye la división del camino procesal de decisiva importancia en su curso; se abordan los temas que comprenden la fase crítica del proceso, comenzando por el dictamen fiscal y del querellante, su contenido, el plazo para su presentación y los efectos que produce su ausencia en el proceso.

En ese mismo apartado, el trabajo de investigación contiene la información necesaria e importante sobre las resoluciones que el juez de instrucción adopta luego de finalizada la audiencia preliminar, que comprenden: la admisión total o parcial de la acusación fiscal o del querellante, cuya significancia radica en que la acusación es la base del juicio; ordenar la apertura a juicio, tanto en el orden penal como en el civil; y la admisión o rechazo de la prueba ofrecida para la vista pública que cobra significado, pues constituye el fundamento del juicio, ya que con ella se confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación. También se explica lo relativo a la pertinencia, utilidad y legalidad de la prueba, que son los requisitos que la legislación exige para que el juez pueda admitir la prueba ofrecida para el juicio oral; y por último, se abordan las demás decisiones que puede adoptar el juez finalizada la audiencia preliminar, haciéndose énfasis en el auto de apertura a juicio, que es la orden del juez de instrucción que habilita el juicio oral.

Culminando el trabajo con las conclusiones que genera el estudio de los temas abordados.

CAPITULO I

EL PAPEL DEL JUEZ EN LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PROCESAL PENAL

SUMARIO: 1.1. El Juez en el Proceso Hammurabiano. 1.2. El Juez en el Proceso Griego. 1.3. El Juez en el Proceso Romano. 1.4. El Juez en el Proceso Germano. 1.5. El Juez en el Proceso de la Inquisición del Derecho Canónico. 1.6. El Juez en el Proceso Inglés. 1.7. El Juez en el Proceso Indiano. 1.8. El Juez en el Proceso Salvadoreño. 1.9. El Juez y los Sistemas Procesales. 1.9.1. Sistema Acusatorio. 1.9.2. Sistema Inquisitivo. 1.9.3. Sistema Mixto o Inquisitivo Mitigado. 1.9.4. Sistema Procesal Penal Según la Constitución.

1.1. EL JUEZ EN EL PROCESO HAMMURABIANO

Los códigos religiosos tienen muchas disposiciones de derecho penal, pero no de derecho procesal, como ocurre con el Código de Hammurabi¹. Los jueces eran dependientes del templo de Schamasch, Dios del Sol, que era el Dios de la justicia, por lo que aquellos eran simples funcionarios. Schamasch, entregó las leyes al rey para que las administrara, siendo por tanto éste el supremo juez. Es así pues, que los hebreos siguieron criterios consuetudinarios: un proceso oral y público ante un tribunal llamado Sanedrín que presidía el Sumo Sacerdote².

Para los delitos se tenía un procedimiento sencillo, la presentación de la causa era una iniciativa privada, no hay existencia de ministerio público para la investigación; pero en algunos casos muy excepcionales, por mandato del rey, se realizaba alguna investigación. Las sentencias y sus correspondientes penas estaban estipuladas para cada delito. Se recurría mucho al juicio divino para la valoración de la prueba; así por ejemplo, cuando se trataba de un asesinato se llevaba el reo al río, se sumergía en las aguas y si sobrevivía, era demostrada su inocencia³.

¹ LEVENE (h), Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2ª edic., Ed., Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 27 y 28. Dice además, que el libro de Josué en la Biblia, distingue los tribunales superiores e inferiores. En Egipto, la escritura caracterizaba los actos de procedimiento, el que tenía escasa importancia. Entre los hebreos, el tribunal supremo se llamaba Sanedrín y lo componían 71 jueces, a quienes presidía el sumo sacerdote; actuaban con un procedimiento público, sumario y oral.

² CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Santa Fe, Argentina, Ed., Rubinzal-culzoni editores, 1998, p. 117.

³ ABALOS, Raúl Washington, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 1ª edic., Ed., Editorial Universitaria, Santiago de Chile 1993, p. 389. No obstante ser sencillo el procedimiento, este autor sostiene que existen algunos puntos oscuros, pues el caudal jurisprudencial que ha llegado a nuestros días surge que los jueces, sobre todo en provincia, manejaban muy poco esta legislación o directamente no la conocían.

1.2. EL JUEZ EN EL PROCESO GRIEGO

En sus inicios la justicia tiene un contenido eminentemente moral, pues quien atentaba contra ella, atentaba contra la divinidad. La justicia en los hechos estaba en manos de la nobleza, por lo que la venganza privada era el único modo de castigo. Hubo necesidad de reformar el sistema, el Estado asumió la responsabilidad de implementar el castigo de los crímenes utilizando la ley de Talión. En el año 487 a. de JC., se instauró el tribunal de las conchas, el que a través de un sistema de propuestas y votación condenaba al ciudadano, catalogándolo como sospechoso político, castigándolo al destierro de diez años⁴. En Atenas surge un régimen de procedimiento penal aunque limitado a los ciudadanos libres y para algunas transgresiones⁵.

Cuando la acción era pública, cualquier ciudadano podía iniciarla ante un Arconte, que era un funcionario estatal encargado de dar inicio al proceso; si no había conciliación, se apelaba a los Heliastas⁶, que se trataba de un tribunal popular conformado por varios ciudadanos, con lo cual se daba cabida al principio de ser juzgado por sus pares, pues eran quienes conocían y entendían las circunstancias que rodearon al ambiente en que se cometió el delito. Conforme a su organización política y como consecuencia de la concepción de que el poder reside en la soberanía ciudadana, “*el régimen ateniense estableció la participación directa de los ciudadanos en la tarea de juzgar y acusar*”⁷. En Grecia, los ciudadanos tomaban parte en el proceso penal, que era oral y público y la asamblea del pueblo tenía poderes sobre los demás tribunales e intervenía especialmente en los delitos políticos⁸.

⁴ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, p. 402. El destierro era una pena que consistía en expulsar a una persona de un territorio determinado, para que temporal o perpetuamente residiera fuera de él.

⁵ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *op. cit.*, p. 117. También dice este autor, que el rito penal se caracteriza por la intervención del pueblo, tanto para integrar el tribunal, como para producir la acusación dentro de un tipo acusatorio puro. Quedan a salvo de este régimen las causas por hechos gravísimos, en las que se daba intervención a la Asamblea. La jurisdicción se distribuía entre el Tribunal de los Ephetas, el de los Heliastas (muy numeroso) y el Areópago; para los delitos públicos, la acusación era popular, pues correspondía a cualquier ciudadano libre, quien asumía fuertes responsabilidades. Sólo subsidiariamente la acusación popular era reemplazada por un embrión de acusador público.

⁶ MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Tomo II, 2ª edic., Ed., Hammurabi s.r.l., Buenos Aires, 1989. p. 30. Da conceptos de Heliastas: tribunal compuesto por un mínimo de 500 ciudadanos honorables, mayores de 30 años, que juzgaban la mayoría de los delitos. Se les llamaba también Helión, por que juzgaban en plaza pública y bajo la luz del sol.

⁷ *Ibidem*.

⁸ LEVENE (h), Ricardo, *op. cit.*, p. 28. Este autor sobre la conformación de los Tribunales griegos, dice: “*El Areópago, cuyos miembros eran más o menos 50, deliberaban de noche y tenía competencia limitada a pocos delitos sancionados con pena de muerte: homicidio premeditado, envenenamiento, incendio, etc. Cincuenta y una*

En este proceso, el acusador era un ciudadano particular, le correspondía ofrecer o aportar las pruebas; el juicio era oral y público, ante el pueblo en general, el cual fungía como testigo activo de todo el proceso. El debate se daba entre acusador y acusado, enfrentados en términos de igualdad; se daba tiempo para que el acusado preparara su defensa, la cual podía ejercer en forma personal o a través de un patrocinante; podía el acusado dar caución para obtener su libertad, mediante un sistema de fianza, que consistía en que tres ciudadanos se responsabilizaban de la presencia del acusado en el juicio. Según RAUL WASHINGTON ABALOS, *“el día del juicio, tanto el acusador, el acusado y los testigos de ambos acudían, un magistrado leía la causa por la que les convocó, luego cada parte interrogaba a sus testigos. Amén a las pruebas, se solía recurrir a las ordalías o juicios divinos e igualmente se utilizaba la tortura como medio válido”*. Los jueces actuaban como árbitros pasivos, limitándose a observar el desenvolvimiento de los hechos, votaban colocando habas blancas o negras en una urna y la decisión se tomaba por simple mayoría. Esta era una forma de procedimiento acusatorio oral y público, que adoleció de graves defectos, la mayoría provocados por la intromisión de posturas políticas en las actuaciones judiciales. Pero, el sistema griego *“ha pasado a la historia, por ser uno de los mejores ejemplos del sistema acusatorio”*⁹.

En el sistema de persecución penal ateniense se hacía una división entre delitos públicos: *“Los que interesaban al orden, la tranquilidad y la paz pública, perseguibles por cualquier ciudadano; y delitos privados, los que afectaban sólo a un interés privado, perseguibles sólo por el ofendido, sus padres, tutor o persona que lo tenía a su cuidado”*¹⁰. Se distinguían los delitos públicos y privados. La acusación de los primeros correspondía a todos los ciudadanos, predominaba el sistema acusatorio y la de los segundos, al ofendido o sus parientes¹¹.

personas sorteadas anualmente entre los senadores, componían el tribunal de los Esphetas, para homicidios voluntarios y no premeditados. En la plaza pública, bajo el sol, de donde derivaba su nombre, funcionaba el tribunal de los heliastas, compuesto por ciudadanos mayores de 30 años de edad, buena reputación y que no fuesen deudores del tesoro público, que anualmente eran elegidos a la suerte y que se dividían en diez secciones para las distintas clases de causas. Los Heliastas intervenía en los juicios criminales no reservados al Areópago o a los Esphetas, así como en los juicios civiles; el tribunal lo integraban 500 jueces”.

⁹ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, p. 407. Las instituciones fundamentales del sistema acusatorio griego han servido de mucho para los posteriores desarrollos de los demás sistemas que conocemos.

¹⁰ MAIER, Julio B.J., *op. cit.*, p.30. El prestigio del régimen de persecución penal ateniense, se debe a su sistema de acusación popular, facultad acordada a cualquier ciudadano para perseguir en nombre del pueblo los delitos públicos

¹¹ LEVENE (h), Ricardo, *op. cit.*, p. 28. En cuanto al sistema predominante, expresa este autor: que el acusador garantizaba sus acusaciones con juramento o caución y tenía derecho a una parte de los bienes del acusado si éste

1.3. EL JUEZ EN EL PROCESO ROMANO

En el derecho Romano primitivo¹², la jurisdicción se centraba en la figura del rey; ya que el juicio podía ser tratado directamente por el rey o delegar la jurisdicción a un magistrado, nombrado directamente o por sorteo. Había otros funcionarios nombrados de antemano, que ejercían el ministerio público para averiguar los crímenes. A la indagación sobre los hechos se le denominaba *cognitio*. La prisión era la regla general y la defensa cabía únicamente si el magistrado la admitía en juicio; luego de desarrollado el juicio, el rey o el juez, en su defecto tomaban la opinión de sus asesores o lictores y dictaban sentencia. “Se practicaba la citación (*vocatio*) del acusado, el que subsidiariamente podía ser detenido (*prehensio*) y su prisión preventiva constituía un medio común que siempre dependía del arbitrio del magistrado”¹³. La *cognitio*, rigió durante la Monarquía, cuyo trámite era sumario y no ofrecía garantías¹⁴.

Vino la época de la República, en la que se dio la codificación, que se volcó en diez tablas y al año siguiente se agregaron otras dos, para su publicación en el *Forum*; son conocidas como la Ley de las Doce Tablas. Trajo a los Romanos esta codificación, la posibilidad de integrar más equidad en su sistema, que permitió como consecuencia una mayor regularidad en la justicia¹⁵. La *Acusatio* o

era condenado, pues de lo contrario, él era castigado con graves penas. La tortura era un medio ordinario de prueba.

¹² MARTÍN y MARTÍN, José Antonio, *La Instrucción Penal*, 2ª edic., Madrid, España, Ed., Marcial Pons, 2004, p. 44. Dice este autor que: “en el Derecho Romano hay que destacar, junto al mantenimiento de un inicial sistema acusatorio, con la *cognitio* tras la *acusatio*, a cargo de un ciudadano romano; la aparición, ya en la época del Imperio, de acusaciones a cargo de funcionarios del Estado (primero por delitos de traición y luego para los más graves y flagrantes) y la posibilidad de iniciación de oficio (partiendo de la *Lex Julia*); con ello se producía el primer embrión del sistema inquisitivo, al asumir el juzgador iniciativas investigadoras, mezclándose además en él, junto a esas funciones de hacer la pesquisa o investigar, el cometido de acusar y juzgar (completado además todo ello con la aplicación del tormento, no ya a los esclavos, sino a los acusados con Tiberio, y hasta a los testigos con Septimio Sebero)”.

¹³ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 3ª edic., Córdoba, Argentina, Ed., Córdoba SRL, 1982, p. 35. En el sistema griego, la indagatoria constituía el alma del proceso y la defensa se ejercía en la medida que el magistrado tenía a bien concederla.

¹⁴ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *op. cit.*, p. 118. Sostiene este autor, que en la *cognitio* el Rey acusaba y juzgaba, a veces con el auxilio del Senado. En algo se mejoró el sistema cuando se introduce la *provocatio ad populum*, especie de revisión o de pedido de clemencia concedido a los varones ciudadanos.

¹⁵ RAÚL WASHINGTON ABALOS, en relación a las doce tablas ha comentado: “Las tres primeras tablas se refieren a la forma del proceso; de cómo deben comparecer las partes y ofrecer la alternativa para los casos en los cuales no se llegue al acuerdo en las transacciones; de cómo se deben ejecutar las sentencias; incluso del plazo en las cuales deben llevarse a acabo y de las sanciones para su incumplimiento. Se establecen los términos y las formas en que se ha de proceder para la citación del imputado, como también indican los medios por los cuales se les obliga a comparecer. Marca a su vez las causas de excepción del comparecimiento, alude así el modo que han de seguir si no existiese un acuerdo del momento en que se ha de llegar al litigio y de su sentencia; hace alusión a la existencia de fiadores en el proceso y de que clase han de ser éstos. La tabla

Quaestatio Romana. Constituyó una forma procesal que logró su apogeo en el esplendor de la República, que tenía sus bases en el sistema acusatorio griego, pero que modificó y perfeccionó ya que incluyó rasgos inquisitivos y acusatorios. El procedimiento romano, único sometido a reglas y principio jurídicos que remplazaban la arbitrariedad para dar paso a la seguridad y equidad, “*tiene su pilar fundamental en el sistema característico que adoptó para regular la función requirente en el procedimiento penal*”¹⁶.

La *Acusatio* o *Quaestatio* Romana, consistió: “*En una etapa procesal preparatoria, en la cual un pretor, actuando en nombre del Estado como Magistrado, recibía la denuncia penal interpuesta por cualquier ciudadano; el pretor nombraba un acusador, el que debía probar solvencia moral y lo investía con suficiente poder para investigar el hecho, es decir, revestido del imperium*”¹⁷. Esto es lo que dio origen a una auténtica fase instructiva, de preparación del juicio, en principio secreta y luego pública. Al concluir la investigación, correspondía al pretor fijar la fecha para el juicio, el cual era oral y público, ante un tribunal compuesto por varios ciudadanos escogidos de listas existentes, que podían ser recusados por ambas partes; este sistema era conocido como *per sortitionem*. Prevalecía el contradictorio en el desarrollo del debate entre acusador y acusado, quienes se encontraban en una relativa igualdad. Se incorporaban las pruebas, entre las que se admitía la tortura pero solo para los esclavos y se fallaba mediante votación de los jueces, en los primeros tiempos en forma oral y después se usó el método secreto, “*mediante la incorporación de tablillas identificada por A (absolución), C (condena) y NL (non liquet), esta última correspondía al pedido de ampliar la investigación y ante la duda, debía abstenerse de ser condenado el acusado, lo que dio origen al principio de in dubio pro reo*”¹⁸.

segunda se refiere específicamente al proceso; hallamos en ella el monto de las penas, estableciéndose una categoría para los litigios; trata del modo de posponer las audiencias por causas justificables y la forma de intimación a los testigos. En la tercera tabla se contempla la situación del deudor confeso, otorgándosele un plazo para el cumplimiento de dicha deuda, pero en caso de no concretarse, observamos la inflexibilidad entregando el condenado al dominio del acreedor, quien puede disponer de él para su venta o aplicársele la pena capital en el comicio. La tabla octava se refiere al delito”. ABALOS, Raúl Washington, op. cit., pp. 414 y 415.

¹⁶ MAIER, Julio B.J., *op. cit.*, pp. 44 y 45. La *Acusatio* Romana, se ha considerado un buen antecedente del sistema Mixto, pero se destacan más sus elementos del sistema acusatorio.

¹⁷ La acción. En general y lo mismo que Atenas, cualquier ciudadano (no los plebeyos) tiene derecho a acusar, excepto los magistrados, las mujeres, los menores y las personas que por sus antecedentes no ofrezcan garantías suficientes de honorabilidad. En VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *op. cit.*, p.38.

¹⁸ Aforismo latino que según Carlos Creus, su significado es: Al dictar sentencia el juez o tribunal deberá estar a lo que sea más favorable al procesado en caso de duda sobre los hechos. CREUS, Carlos, *Derecho Procesal*

Durante la época del imperio, según CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA, aparecieron como figuras jurisdiccionales, el *praefectus urbi* y el *praefectus vigilum*, administradores de justicia en Roma; (el prefecto del latín *praefectus* y *praeficere*, es decir, estar delante de, era un oficial del Imperio Romano y de la República Romana; sus atribuciones abarcaron tanto el ámbito militar como el civil). El cargo tenía un rango variable y normalmente era ocupado por una persona procedente del orden ecuestre. En el ámbito civil, el prefecto no era un magistrado, sino un sustituto del mismo. Recibidos los datos del delito, el magistrado actuaba de oficio, llevando adelante la causa; aquí nace lo que se llamó el sistema inquisitivo. La *Cognitio extra ordinem*, consistía en que la instrucción preliminar se realizaba por escrito y las investigaciones previas eran secretas y el acusador era un simple denunciante, por lo que el magistrado de la causa tenía un rol activo, era un protagonista; esta etapa era realizada por el *praefectus urbi*, se ordenaba la detención del acusado durante el proceso, pero en una época, se ordenaba la detención no solo del acusado, sino que también del acusador, con el fin de evitar acusaciones infundadas y venganzas personales. “*El juicio oral se llevaba a cabo por el mismo magistrado que realizó la investigación secreta, quien a su vez era el que dictaba la sentencia; y en la valoración de la pruebas y la crítica, era obligación de iudex, no solo de las pruebas incorporadas en la instrucción, sino que también de las producidas en el debate, de las cuales obtenía la verdad; se requería la certeza para la condena, de ahí nace el non bis in ídem*”¹⁹. Bajo el Imperio, el procedimiento pasa a ser inquisitivo y secreto²⁰.

1.4. EL JUEZ EN EL PROCESO GERMANO

No poseían un derecho escrito, sino que consuetudinario; el delito era considerado una alteración a la paz, implicaba una ruptura al orden comunal y además implicaba una ofensa a la divinidad. La persecución del delito era potestad del ofendido o su familia. Inicialmente, se restituía la paz por medio

Penal, Buenos Aires, Argentina, Ed., Astrea, 1996, p. 13. Su formulación expresa la encontramos en el art. 7 CPP, el cual establece que: “*En caso de duda el juez considerará lo más favorable al imputado*”.

¹⁹ Según CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA, *non bis in ídem*, significa que: “*nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene*”. BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, 2ª edic., México, Ed., McGraw-Hill Interamericana, 2004, p. 277.

²⁰ LEVENE (h), Ricardo, *op. cit.*, p. 30. Dice este autor, que en los “*delicta privata*” sólo puede ejercer la acusación el ofendido y en los demás hechos el denunciante debe asumir la función de acusador, responsabilizándolo así de su imputación. Además, se podía aplicar el tormento al acusado y aun a los testigos. Los poderes del juez fueron cada vez mayores e invadieron los del acusador privado, pudiendo proceder de oficio.

del combate, que luego se transformó en una compensación pecuniaria al ofendido conocida como la *busse* y en una obligación conocida como *fredus*, para recuperar la paz de la comunidad, que se manifestaba en un pago reconciliatorio; compromisos que se adquirían ante un tribunal. El sistema germano antiguo tiene escasa importancia como antecedente²¹.

Los germanos tenían una Asamblea en la que descansaba la jurisdicción y cuando no se alcanzaba ningún acuerdo entre partes, el acusador realizaba la citación al acusado para el juicio, expresándole día y hora en que se realizaría la exposición del caso ante el tribunal. Una vez iniciado el juicio ante la Asamblea, el actor exponía oralmente su pretensión en forma sencilla, contestando el acusado palabra por palabra, sin derecho a oponer objeciones; si el acusado aceptaba su culpabilidad, se dictaba la sentencia; caso contrario se pasaba al desfile de la prueba. Se contaba con un sistema acusatorio privado, ya que cada parte presentaba a sus testigos y el juez actuaba como un árbitro del debate. La valoración de las pruebas era subjetiva, fundada en la íntima convicción. Este sistema oral, público y contradictorio expresaba la voluntad del pueblo de hacer justicia.

Con la instauración de la monarquía, el proceso germano sufrió modificaciones, aunque el juicio siguió siendo oral y público, pero se instituyó el tribunal de los *scabini*, que eran jurados-creadores de derecho, para proyectar la sentencia; surgieron ciertos funcionarios encargados de averiguar la veracidad de los hechos, quienes actuaban de oficio, por lo que el papel del juez comienza a tener importancia, ya que intervenían en los interrogatorios. El procedimiento penal: *“Se inicia por querrela del ofendido, y para llegar a la condena bastaba, en primer tiempo, el clamor del público y después el juramento sobre la flagrancia del hecho apoyado por conjuradores”*²².

La nota que distingue al Derecho germano²³ de la antigüedad, es el tipo acusatorio privado de su sistema de enjuiciamiento; y unido a éste el fuerte sentido subjetivo de su verificación probatoria; más un procedimiento destinado a buscar la razón de alguno de los contendientes, por signos exteriores que

²¹ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *op. cit.*, p. 118. Además, sobre el procedimiento dice: *“Que el procedimiento penal era una lucha entre dos contendores violentos; muy ritualistas, oral, público y contradictorio; pero otros rasgos lo separan del sistema acusatorio”*.

²² *Ibidem*.

²³ MARTÍN y MARTÍN, José Antonio, *op. cit.*, p. 44. Ha dicho este autor sobre el Derecho Germánico, que: *“Pese a su inicial escaso desarrollo más allá de formalismos (cargados además de los más diversos ritos, como las ordalías y juicios de Dios) y de la prevalencia de los tribunales populares, hasta quedar en gran parte bajo la influencia del Derecho romano, sería de destacar sobre todo el mantenimiento de la instancia única, tan peculiar luego en el sistema acusatorio moderno”*.

revelen directamente verdad histórica²⁴. Los principales medios de prueba eran los conjuradores y los juicios de Dios²⁵.

1.5. EL JUEZ EN EL PROCESO DE LA INQUISICIÓN DEL DERECHO CANÓNICO

El Tribunal de la Inquisición, que también se llamó Tribunal de Santo Oficio, se extendió por Europa durante los siglos XIII y XIV, actuaba como un tribunal criminal pontificio, cuyos jueces tenían que ser instruidos en ciencia teológica y jurídica, ser miembros probos de la comunidad y mayores de cuarenta años; actuaban por delegación de la sede Apostólica y su objetivo era salvar por la remisión al hombre del pecado. El acusado podía probar su inocencia a través del método de la purgación, consistente en el valor que adquiere el juramento realizado por éste y por un número variable de sujetos de la misma clase que se denominaban compurgadores, que deponían a favor del acusado; al juramento del acusado se le consideraba como juramento de verdad y al de los compurgadores juramento de credulidad. Si no prestaba juramento el acusado o no conseguía los conjuradores, se consideraba que había fallado la purgación, por lo que se le castigaba como si hubiese comprobado haber cometido el delito²⁶.

Detenido el imputado, éste no conocía los motivos de la causa, por lo que comenzaba la pérdida de su condición de sujeto procesal para transformarse en objeto de persecución, quien era indagado para obtener su confesión y si se lograba podía sobrevenir su arrepentimiento; si esto no era así, se le comunicaba el contenido de la acusación, la que contestaba *ipso facto*, en forma oral, luego se le permitía hacerlo por escrito; la instancia siguiente era el proceso probatorio, el cual estuvo teñido de crueldad, porque la batalla del bien sobre el mal, no se libraba en lo jurídico, sino que se buscaba el

²⁴ MAIER, Julio B.J., *op. cit.*, pp. 23 y 24. En el sistema germano, la confesión aparejaba inmediatamente condena, no se requería de otra prueba.

²⁵ LEVENE (h), Ricardo, *op. cit.*, p. 31. Explica este autor, que con los llamados juicios de Dios se suplía a la prueba; la divinidad designaba a quien se debía considerar culpable. El juicio de Dios se llevaba a cabo casi siempre por el duelo judicial o si no mediante el agua hirviendo, el hierro, el fuego, etc., lo que persistió en Italia hasta el siglo XVI.

²⁶ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, p. 453. Sostiene este autor, que al avanza el sistema de la inquisición del derecho canónico, la jurisdicción se ejercía por jueces inquisidores, pero la forma procesal se manifestaba a través de la delación o la denuncia, en la que la identidad del informante permanecía en secreto para evitar represalias, pero en la época de Inocencio III el proceso podía iniciarse por acusación, denuncia y por inquisición, pero la última forma fue la que prevaleció, por que facilitaba y favorecía el objetivo buscado, que era la de perseguir la herejía, la usura y la simonía; pero con la ampliación del catálogo de delitos, se fueron dando problemas en la jurisdicción, puesto que la Iglesia se arrogaba el derecho de perseguir los delitos, por constituir éstos un ataque a la fe.

triumfo de la penitencia sobre el pecado; el procesado era interrogado para lograr su confesión, utilizándose además suplicios físicos acordes a cada caso, como el tormento, que cesaba hasta lograr la confesión. *“Las sanciones eran de índole espiritual, porque la motivación era vencer el mal en lo espiritual. Entre las penas se incorporó la pena capital por la hoguera”*²⁷. Para ALFREDO VÉLEZ MARICONDE, diversos factores favorecieron la expansión de la justicia eclesiástica: *“El carácter privilegiado de la jurisdicción feudal y la endeblez de sus garantías formales; la irracionalidad del duelo como sistema de resolver litigios, pues el derecho reposaba en la fuerza, hasta el punto de quedar desamparado quien no podía combatir o nombraba un campeón que lo representase; mientras los débiles y los pobres oprimidos encontraban en la Iglesia su mejor asilo, el poder de ésta contaba a su favor con el profundo sentimiento religioso de todas las clases sociales y existía una relativa confusión entre el poder temporal y el espiritual”*²⁸.

1.6. EL JUEZ EN EL PROCESO INGLÉS

El derecho y la historia de Inglaterra, revelan un caso muy particular y único. No llegaron a la cultura jurídica inglesa los procesos de romanización, ni el derecho Canónico, sino que conservaron la mejor tradición del derecho Germano y de los normandos, lo mejor de las monarquías, que produjo un fenómeno propio y ajeno a los vecinos del continente, que tuvo la virtud de mantener en la costumbre su fuente más dinámica del Derecho y la mayor garantía en derechos individuales. Surge a partir de entonces, con Enrique II, el Derecho tradicional común a todo el país, que no es otra cosa que el

²⁷ MARTÍN y MARTÍN, José Antonio, *op. cit.*, p. 45. Al respecto, este autor, sobre la actuación del juez en el proceso de la inquisición canónica sostiene que: *“En él sólo se aceptó como suficiente para el inicio del proceso la delación o mera denuncia secreta, sino que incluso se permitió una iniciación de oficio por el propio Juez, que practica u ordena las pesquisas, igualmente secretas, sin dar intervención al inquisito hasta tener terminadas las averiguaciones. Vendrían luego las posibles excepciones y defensas, que a partir de aquella finalización de las pesquisas formulase el reo, y tras ello tenía lugar la formulación de la acusación y seguidamente la sentencia, en una total mezcla de las funciones instructorias, de acusación y fallo. Tal procedimiento hacía que en él toda se tornara así en instrucción o, según se mire, implicando todo un singular proceso sin haber propiamente instrucción. La consolidación de este nuevo sistema inquisitivo, con la nombrada raíz romana, se desarrolla a impulso de los Tribunales de la Inquisición de la Iglesia Católica en su Derecho canónico, pero pronto es seguido por los poderes seculares, que se aprovechan incluso de la legitimación del tormento como medio para obtener la prueba plena y las ventajas que el mismo traía para sus fines de dominación. Y así lo vemos recogido en los más diversos textos legales, como es el caso de las Partidas, la Constitución Carolina de 1532, la Ordenanza Sajona de 1622, la Ordenanza Criminal de Luis XIV en 1680 o la de Federico de Prusia en 1740”*.

²⁸ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *op. cit.*, p. 92. En el proceso de la Inquisición del Derecho Canónico destaca este autor, que se utilizó la tortura, que en muchos casos era mayor que la pena. La confesión era la reina de las pruebas, por lo que se utilizaba un sistema de prueba tasada para dictar sentencia.

Comman Low²⁹; este es el conocido como el Derecho Consuetudinario inglés, que mostró flexibilidad para acomodarse a los nuevos tiempos y el sistema procesal sustentado en esas pautas, se condujo siempre dentro del sistema acusatorio.

El juicio fue oral, público y contradictorio; el derecho de defensa siempre fue reconocido, tanto para la audiencia del imputado de ser oído, como al defensor en la contienda con el acusador; el juez fue un árbitro entre acusado y acusador, el sistema de valoración de la prueba fue el de la íntima convicción; los jurados emitían su voto sin fundarlo, sin que esto significara un juicio arbitrario, sino que basado en la crítica razonada de las pruebas presentadas en el pleito. Por su puesto, el celo puesto en Inglaterra para el respeto de las libertades ciudadanas tuvo un claro reflejo en los procedimientos penales³⁰.

En Inglaterra, la adecuada organización social se reflejó en las instituciones jurídicas procesales, para la gran mayoría de los delitos el juez podía actuar solo si existía una acusación del particular. A este correspondía no sólo el inicio del proceso, sino mantener la acusación durante todo su curso. La indagación probatoria estaba a cargo de funcionarios de la Corona y de jueces de paz. El juicio se regía por la oralidad, publicidad y contradicción ante un jurado popular³¹. Conocieron el Hábeas Corpus, como una garantía constitucional, que fue desarrollada en una ley; este aporte se mantiene en las constituciones actuales de la mayoría de países; en la salvadoreña, la encontramos en el art. 11 y su desarrollo en la Ley de Procedimientos Constitucionales a partir del art. 38.

El método de enjuiciamiento se caracterizó por la instancia de los particulares, por lo limitado de la etapa preparatoria y por la importancia del juicio, siendo éste de trámite oral, público, contradictorio y tramitado ante un jurado popular, entendido como garantía fundamental de todo individuo de ser

²⁹ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, p.459. Deja claro este autor, que en el derecho de la Comman Low, la jurisdicción es y fue ejercida por los Pares, en garantía natural de sus derechos, no confiables en ningún rey de turno, esto es lo que explica el nacimiento del juicio por jurados, que no es otra cosa que el juicio igual de los iguales”.

³⁰ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *op. cit.*, p. 122. Para este autor, son características de este sistema inglés, que sólo en casos muy graves puede procederse de oficio o en base a denuncia y que la acusación corresponde a los particulares, sin perjuicio de que se practique una investigación preliminar por funcionarios de la Corona y jueces de paz. Ya en 1789 se había instituido la Dirección de Acusaciones Públicas, la que acusaba en causas por determinados hechos importantes o a falta de acusador particular.

³¹ SERRANO, Armando Antonio, y otros, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 1ª edic., San Salvador, Publicación del Proyecto PNUD EL S/95/L06, 1998. p. 73. Los principios oralidad, publicidad y contradicción que citen estos autores, no obstante que su desarrollo viene desde la antigüedad, en el Código Procesal Penal Salvadoreño tienen plena vigencia.

juzgado por sus pares. Es de destacar que estos elementos constitutivos del enjuiciamiento de raíces anglosajonas y nórdicas, pasaron, como ley a las colonias norteamericanas, que no sólo mantuvieron tales tradiciones, sino que al independizarse de la metrópoli inglesa, afianzaron y profundizaron el tema de las garantías judiciales, que siempre fueron entendidas como inherentes al sistema acusatorio. “*Todo esto contrasta con lo que ocurrió en el ámbito continental, lo que explica que el Derecho anglosajón en materia realizativa haya sido valorado como un modelo en todas las circunstancias en que se propiciaban cambios políticos de incidencia sobre lo punitivo*”³².

1.7. EL JUEZ EN EL PROCESO INDIANO

El descubrimiento de América, que es el acontecimiento más trascendente y sorpresivo del siglo XV y que causó una revolución total en el campo científico, echando por tierra todas las teorías geográficas, astronómicas y filosóficas con raigambre de centurias, no podía menos de ejercer influencia decisiva en las ciencias sociológicas y jurídicas. Así surgió un nuevo mundo y con él nuevos aspectos conceptuales del derecho³³. Las características políticas, económicas y sociales de ese nuevo mundo, exigieron pronto un derecho autónomo especial, absolutamente distinto del derecho clásico castellano. De esta manera nace el derecho que en lenguaje de los juristas de aquella época se llamó con mucha propiedad Derecho Indiano; siendo sus características: “*Prolijidad reglamentaria, una notable inestabilidad y localismo pronunciado y falta de unidad. Y su contenido estaba formado por la Real Cédula, Real Orden, Provisión, Pragmáticas, Ordenanzas, Ordenanza de Toledo, Ordenanza de Minería y Ordenanza de Bilbao*”³⁴.

Los territorios descubiertos por Colón y sus continuadores, se incorporaron políticamente a la Corona de Castillas, por lo que pasaron a ser colonias de ese reino y se llamaron Indias Occidentales, lo que

³² VÁSQUEZ ROSSI, Jorge E., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, Ed., Rubinzal-culsoni, 1995, pp. 128 y 128. Como una de las más importantes aportaciones según este autor de la evolución del Derecho inglés, se puede mencionarse la institución del hábeas corpus, cuya primera formulación se encuentra en la Carta Magna y que con posterioridad fue reafirmado, evidenciando la idea de implementar límites efectivos al poder punitivo del Estado.

³³ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *op. cit.*, p. 157. Este autor sostiene que: la conquista española señala el punto de partida, porque la época pre-hispánica no tiene repercusión en el sistema procesal penal.

³⁴ RODRÍGUEZ RUÍZ, Napoleón, *Historia de la Instituciones Jurídicas Salvadoreñas*, Primer Tomo, San Salvador, El Salvador, Ed., Editorial Universitaria, 1959, pp. 24 a 31. Además sostiene este autor, que el Derecho Indiano al principio nace de una fuente jurídica contractual, es decir, del contrato celebrado entre la Corona o las autoridades facultadas para ello y el jefe o empresario de la expedición. Este contrato se llamaba Capitulación. p. 26.

provocó la natural expansión del Derecho de Castilla. Sin embargo, ese derecho tuvo que ceder ante el imperativo inexcusable de la realidad, lo que determinó el nacimiento y la formación creciente de un derecho específico, el Derecho indiano. “*En efecto, la Recopilación de Indias de 1680 estableció que en América española se aplicasen los cuerpos legales en el siguiente orden: Primero, la legislación indiana, constituida por las leyes contenidas en dicha recopilación; las cédulas, provisiones y ordenanzas dadas antes de 1680 y no revocadas para las Indias; y las cédulas, provisiones u ordenanzas posteriores que la modificasen; y segundo, el Derecho castellano o sea las leyes de Castilla, en orden de prelación; primero el Ordenamiento de Alcalá, después por la Nueva Recopilación y luego la Novísima Recopilación*”³⁵.

El proceso estaba revestido de mucha solemnidad, era escrito y se adoptó el sistema de doble instancia; por su fin utilitario, se decantó por un sistema penal de la compensación pecuniaria, debido a la baja densidad poblacional³⁶. Pero como el derecho indiano no mantuvo una nota muy acentuada de casuismo y muy poco o nada disponía sobre amplias esferas de la vida jurídica, la aplicación del Derecho castellano, a pesar de su carácter supletorio, tuvo que ser importante y frecuente³⁷. La defensa estaba permitida, la ejercía el propio imputado, quien se podía asesorar de un abogado, pero en la indagatoria éste no podía estar presente. La confesión del imputado era suficiente para la condena, si la misma no procedía de tortura, porque si así lo fuere, tenía que ser ratificada el día siguiente. La instrucción era secreta y los elementos de prueba eran contemplados por el juez para emitir su sentencia, que podía ser apelada dos y hasta tres veces. No era un sistema uniforme ni homogéneo, permitía para algunos casos aplicar el Derecho consuetudinario³⁸.

³⁵ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *op. cit.*, pp. 159 y160. La Recopilación de leyes del Derecho Indiano, establecía un orden de aplicación de las mismas, es decir, que debían aplicarse en forma prevalente.

³⁶ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, p. 481. La utilidad del procedimiento radicaba en que el ofendido por el delito, tenía un interés esencial en hacer uso de él, cual era recibir una compensación económica, no tanto le interesaba otro tipo de pena.

³⁷ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *op. cit.*, p. 160. Es importante como lo destaca este autor, que en el proceso indiano, la acción penal la podía ejercer cualquier particular, quedando eximido de responsabilidad surgida en la causa el ofendido y sus parientes; se admitía la acusación de oficio, el juez investigaba per se o nombraba pesquisadores; la prisión preventiva se aplicaba como regla general, pero también la excarcelación bajo fianza, con excepción de los delitos que tenían pena de muerte o mutilación

³⁸ Con respecto al sistema de enjuiciamiento penal, ese fenómeno es incuestionable, la Recopilación de Indias, en efecto, no contenía más disposiciones fundamentales que las relativas a la magistratura. La mayor parte de los preceptos atinentes al derecho procesal penal se ocupa de la organización judicial, materia en la que se advierte, como es lógico, poco más que una simple expansión del Derecho castellano hacia territorios que necesariamente exigían provisiones especiales. En América encontramos, pues, las instituciones judiciales formadas desde

En América hispana rigió, por ejemplo, el Libro de las Leyes, más conocido como Las Partidas o Las Siete Partidas³⁹, código de leyes del siglo XIII, debido al rey Alfonso X, apodado “el Sabio”; legislación mediante la cual se recibe en España el Derecho Romano-canónico (Recepción) y se introduce en su territorio y en sus dominios la Inquisición. Pero esas mismas Partidas según JULIO MAIER, “Continuaron rigiendo como Derecho Común no sólo durante toda la colonización española, sino también, con excepciones, una vez producida la independencia de las repúblicas americanas e incluso largo tiempo después, pues, inspiraron la mayoría de los procedimientos que fijaron las leyes procesales penales de esas repúblicas, aún en el siglo XX”⁴⁰. El procedimiento penal era decididamente inquisitivo⁴¹.

1.8. EL JUEZ EN EL PROCESO PENAL SALVADOREÑO

La historia del proceso penal salvadoreño, la encontramos en forma codificada a partir del año 1824, año en que se decretó la primer Constitución (5 de mayo de 1824); por lo que El Salvador fue el primer país Centroamericano que reuniera un Congreso Constituyente y dictara su propia Constitución, antes de dictarse la Constitución Federal (22 de noviembre de 1824)⁴². Es así, que la Constitución de 1824 del Estado Salvadoreño, establecía en el Artículo 29 que el Congreso tenía entre sus atribuciones formar el Código Civil y Criminal; de estos dos Códigos, el que surgió pronto fue el criminal, por que el civil esperó treinta y cuatro años para surgir a la vida jurídica. En 1843, se realizó el primer trabajo de codificación de las leyes procesales, que comprendía ordenar y formar colecciones de todas las leyes y

antiguo en España, y el sistema establecido por Las Partidas y las Recopilaciones no sufren modificaciones básicas que sea preciso mencionar. En VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, pp. 160 y 161.

³⁹ Las siete Partidas, a pesar de su fama como cuerpo jurídico homogéneo que contenía todo un orden jurídico, siempre operaron como fuente de Derecho común supletoriamente, pues así fueron impuestas por distintos ordenamientos positivos (Ordenamiento de Alcalá, Leyes del Toro, Nueve y Novísima Recopilación, estas últimas las que más interesan por su vigencia durante la colonización de América por España). Comentado por MAIER, Julio B.J., y otros, *Las Reformas Procesales en América Latina*, 1ª edic., Ed., Ad-hoc s.r.l., año 2000, p. 21.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *op. cit.*, p. 126. También comenta este autor, que el sistema de prueba legal se aplicó en forma amplia, decididamente exagerada. No había independencia en el ejercicio de la función judicial pero se propendía a que la ley fuera aplicada por funcionarios con experiencia jurídica. La tortura era utilizada con escasa frecuencia por los jueces, siendo más común en determinadas épocas que las pusieran en práctica los tribunales eclesíásticos. Desde el año 1778 dejaron de fundamentarse las sentencias. Los procedimientos se eternizaban por la falta de fijación de plazos, por la reproductividad de incidentes, por el engorroso trámite impreso a las cuestiones planteadas y por las numerosas instancias. Pero un análisis particular de las prácticas judiciales penales permite advertir una tendencia localista de adecuación a las circunstancias del medio y a las necesidades político-sociales de cada grupo.

⁴² RODRÍGUEZ RUÍZ, Napoleón, *op. cit.*, p. 125.

decretos emitidos por las Legislatura del Estado desde el año 1824⁴³. Este Código hacía efectivo dos grandes principios: brevedad y sencillez en los procedimientos; pero además pretendía que los jueces fueran laboriosos y honestos. A los cuatro años de aplicación de este Código, hubo necesidad de hacerle algunas reformas, para acoplarlo a las nuevas necesidades y progresos del pueblo. Pero, en la época del presidente Gerardo Barrios, en 1863 entró en vigencia otro Código de Procedimientos Judiciales, la novedad es que estaba constituido por dos Códigos, el de Procedimientos Civiles y el de Instrucción Criminal, los que al ser aplicados presentaban grandes dificultades, por lo que rápidamente fue reformado en varias ocasiones, lo que culminó con la promulgación del Código de Instrucción Criminal en el año 1882. *“Esta legislación, no era muy respetuosa de los derechos de las personas con calidad de imputados, tenía muchos elementos inquisitivos”*⁴⁴.

La Asamblea Legislativa de El Salvador, decretó el Código Procesal Penal, el día 11 de octubre de 1973; fue publicado en el Diario Oficial número 208, Tomo 241 del 9 de noviembre, también del mismo

⁴³ RODRÍGUEZ RUÍZ, Napoleón, *op. cit.*, p. 150. Pero fue según este historiador, hasta 1857 que entró en vigencia el Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas, que era una ley procesal única; en ese sentido, no existía separación en el modo de proceder en los negocios civiles y el modo de proceder en lo criminal.

⁴⁴ Este Código minimiza casi todos los derechos del imputado tal cual los conocemos ahora, principalmente la defensa, la forma de recoger y valorar la prueba; permite el juicio en ausencia, por tanto la condena es viable aunque el imputado no conozca la imputación; el contradictorio es casi nulo, ya que el mismo juez instruye y sentencia; el proceso es secreto, escrito y lleno de presunciones legales, todas afectando la legalidad de la prueba y del trámite judicial. Permitía muchas condenas, la absolución era excepcional. La prisión preventiva la regla general. El juicio criminal desarrollado en el Código de Instrucción Criminal es escrito y se divide en dos partes: el juicio de instrucción o informativo y el juicio plenario; el sumario es verbal y solo tiene juicio de instrucción. En este código, (Código consultado: *Código de Instrucción Criminal, nueva edición en la cual se han intercalado las reformas posteriores hasta el año de 1880, formado bajo los auspicios del señor General Don Carlos Azeta, presidente constitucional de la República de El Salvador, 1893*), los jueces tenían roles especiales e importantes, entre ellos correspondía el conocimiento y decisión de las causas criminales, así, los arts. 5 y 6 establecen que a los jueces de paz en su respectiva jurisdicción corresponde el conocimiento y castigo de las faltas de que trata el libro 3° del Código Penal, así como la de practicar las primeras diligencias de instrucción en todos los delitos comunes que se cometan en sus respectivas jurisdicciones, e instruir todas las causas que los jueces de primera instancia les cometan. (Para conocer que constituyen primeras diligencias *Vid Arts. 7 y 8*). Los jueces de primera instancia también podían instruir las primeras diligencias en toda causa por delito, art. 9. Los jueces de primera instancia conocerán de todas las causas criminales por delitos comunes sustanciadas en instrucción por los jueces de paz y las que ellos sustancien. Luego que el juez de paz termine en los doce días que regula el art. 189, las pasará al juez de primera instancia, quien las examinará si contiene algún vacío ó falta sustancial, si lo notare devolverá la causa, de lo contrario emitirá auto mandando elevar la causa a plenario y previniendo al reo nombre defensor, Art. 195. Igualmente, si es el juez de primera instancia el que instruyere las diligencias de instrucción, procederá terminadas la misma elevando a plenario la causa, cuyo desarrollo se encuentra a partir del Art. 202 y siguientes, que está a cargo del mismo juez de primera instancia. Caso de reo ausente: Cuando el reo no hubiere sido capturado o se fugare antes de nombrar defensor, terminado el juicio de instrucción, si no procediere el sobreseimiento, se librarán edictos, notificado el mismo, pasado el plazo del edicto, se declara la rebeldía y se eleva la causa a plenario, nombrándole de oficio un defensor con quien se continuará la causa hasta la sentencia, Art. 372. El papel del juez, es el de mayor relevancia, por que concentra varias funciones, principalmente la de investigar y juzgar.

año y entró en vigencia, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 739 de este mismo cuerpo de leyes, el 15 de junio de 1974. Este Código Procesal Penal derogó al antiguo Código de Instrucción Criminal, que había sido tenido por ley de la República mediante Decreto Ejecutivo del 3 de abril de 1882; como también derogó todas sus reformas, al parecer, ascendían a la considerable cantidad de 64, contenidas en múltiples decretos legislativos; y a su vez derogó toda otra ley o precepto legal que estuviere comprendido en ordenamientos jurídicos anteriores a su vigencia o que se opusiera a lo dispuesto en el nuevo cuerpo de leyes⁴⁵.

El nuevo Código Procesal Penal, establecía una fase contradictoria, oral y pública, con elementos del sistema procesal mixto, pero contenía una carga considerable de elementos inquisitivos. Así que, la función jurisdiccional que contenía este código, comprendía la de investigar la existencia del hecho punible, la clase de participación tenida por el delincuente, las causas que podían excluirlo de la incriminación, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, la individualización y fijación de la pena, de conformidad a la mayor o menor gravedad del hecho y a la personalidad del actor, si hubiera incriminación y no procedía su absolución⁴⁶.

Correspondía a los jueces de primera instancia del ramo penal, conocer de todos los proceso por delitos sujetos a la jurisdicción común y en su caso de las faltas sujetas a la misma competencia, según el Art. 16; esto implicaba, que el juez conocía desde la fase de instrucción hasta la fase de ejecución de la sentencia, es decir, todo el trámite del proceso, tal cual estaba diseñado en el código de instrucción criminal, que es una de las características básicas del sistema inquisitivo. El Art. 19, establecía las funciones de juez de paz⁴⁷, siendo su competencia, la de conocer de las faltas, la de practicar las primeras diligencias por todos los delitos comunes que se cometieran y practicar también todas las

⁴⁵ ARRIETA GALLEGOS, Manuel, *El Proceso Penal en Primera Instancia*, Ed. Taurus, San Salvador, El Salvador, 1981, p. 14. Hay que entender, que un Código Instrucción Criminal, que había tenido tantas reformas (64), que según este autor, necesitaba ser armonizado ante la multiplicidad de esas reformas, por lo que se tenía que dotar al país de una nueva legislación procesal penal, que funcionara como un instrumento más eficaz.

⁴⁶ ARRIETA GALLEGOS, Manuel, *op. cit.*, p. 9. De conformidad al CPP vigente desde 1974, clasificaba la jurisdicción penal ejercida por los jueces como ordinaria, común y especial.

⁴⁷ Para ser juez de paz, no era requisito ser abogado, sino que fue hasta la Constitución Salvadoreña de 1983 donde se establecieron los requisitos mínimos, Art. 180: “*Ser salvadoreño, Abogado de la República, del estado seglar, mayor de veintiún años, de moralidad y competencia notorias; estar en el goce de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los tres años anteriores a su nombramiento ...*”

diligencias que les competían a los jueces de primera instancias, tribunales superiores y los otros jueces de paz.⁴⁸

El proceso de reforma judicial en América Latina ha ocupado uno de los lugares importantes en la agenda política de sus países, principalmente en las décadas de los setenta, ochenta y noventa. Esta situación ha sido producto de la restauración de incipientes democracias en la región a partir de la extinción de regímenes militares dictatoriales que desaparecieron por diversas vías: elecciones, procesos revolucionarios impulsados por movimientos populares o golpes de Estado encabezados por grupos de militares, en algunos casos actuando por presión de la sociedad civil. Según JULIO MAIER, *“El Salvador no escapó a esa dinámica, el 15 de octubre de 1979 se produjo un golpe de Estado impulsado por un grupo de militares con la finalidad de derrocar al presidente de turno, el General Carlos Humberto Romero. A raíz de ello, inmediatamente se produjo un gobierno provisional de facto, materializado en la Junta Revolucionaria de Gobierno, integrada por tres civiles, que en teoría representaban a todos los sectores sociales y por dos militares, líderes del golpe de Estado”*⁴⁹.

En 1998, el Estado Salvadoreño tomó la decisión política criminal más importante, que fue la de modernizar el sistema procesal penal; derogando como consecuencia de ello, el obsoleto e inconstitucional sistema inquisitivo contenido en el código vigente a partir del año 1974; aunque en el nuevo sistema siguieron existiendo remanentes del sistema anterior. En su momento, este Código Procesal Penal causó impacto en las instituciones y en los operadores del sistema de justicia y de

⁴⁸ ARRIETA GALLEGOS, Manuel, *op. cit.*, pp. 64, 65 y 66. En cuando a estas funciones del juez de primera instancia y de paz, son muy similares a las que contemplaba el código de instrucción criminal, es decir, las de un sistema inquisitivo, en las que el juez ejercía amplias funciones el desarrollo del proceso, no solo investigaba, sino que juzgaba y ejecutaba lo juzgado; las partes tenían roles de auxiliares de la función judicial.

⁴⁹ MAIER, Julio B.J., y otros, *Las Reformas... op. cit.* pp. 373, 374 y 375. Además sostienen estos autores, que en 1985, con el afán de mejorar el sistema de administración de justicia salvadoreño, se crea con el auspicio de la Agencia Interamericana para el Desarrollo (AID) del gobierno Norteamericano, la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (CORELESAL) según Decreto Legislativo No. 39 de fecha 13 de junio de 1985, publicado en el Diario Oficial No. 131 tomo 288 del 12 de julio del mismo año, instancia a la que se le da como mandato principal la realización de estudios teóricos-empíricos que reflejan el estado en que se encuentra el sistema de administración de justicia salvadoreño. En 1987 se realiza el primer diagnóstico sobre el Órgano Judicial. En 1989 se realiza un diagnóstico que pone en evidencia la crisis y decadencia del sistema penitenciario salvadoreño; y en 1990 se presenta un estudio sobre la problemática de la administración de justicia en El Salvador, documentos que constituyen los ejes a partir de los que se inicia el cambio en la reforma de administrar justicia y que en materia de legislación penal ha dado sus frutos a partir del 20 de abril de 1999, al entrar en vigencia nuevos códigos penal y procesal penal y la Ley Penitenciaria. Vale corregir el contenido de esta doctrina, pues, la vigencia del CPP es a partir del 20 de abril de 1998.

seguridad pública⁵⁰; pues puso a prueba el sistema oral, que no estaba arraigado en la cultura jurídica salvadoreña; y potenció los derechos del acusado y de la víctima, permitiéndoles un mayor protagonismo.

Este Código Procesal Penal, está orientado por el sistema procesal mixto moderno, propio de la cultura jurídica continental, que se adecua a los contenidos de la Constitución que rige desde 1983. Principalmente en lo relacionado a la investigación del delito y el juzgamiento; pero, en el primer rubro repartió la función entre la Fiscalía y el Órgano Judicial. Este Código, estructura la competencia penal en la figuras del de Juez de Paz (el que en su denominación se mantiene tal como la legislación derogada), de Instrucción (antes Juzgados de lo Penal), Tribunal de Sentencia, Cámara de Segunda Instancia, Sala de lo Penal y Corte Suprema de Justicia; las razones son varias, primero porque así lo contempla la Constitución y segundo, porque suprimir alguna de estas jurisdicciones implica consecuencias nefastas, principalmente de índole laboral, que eventualmente podría generar el caos e impedir la entrada en vigencia de la nueva normativa. El Código Procesal Penal aprobado por D. L. N° 904, del 4 de diciembre de 1996, publicado en el D. O. N° 11, Tomo 334, del 20 de enero de 1997, sufre sus primeras reformas en enero de 1998; en total durante su vigencia son veinticuatro reformas⁵¹.

⁵⁰ SANDOVAL, Rommel Ismael, “La Necesidad de Transformación del Sistema Procesal Penal Salvadoreño: Del Sistema Mixto al Acusatorio-Adversativo”, *Revista Justicia de Paz*, República de El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, No. 2, 2002, p. 275. El cambio en el sistema de justicia penal en El Salvador, implicó también cambios en la infraestructura, el recurso humano tuvo que ser capacitado; a su vez, los mecanismos de información y los procesos administrativos relacionados con el trámite del proceso penal, tuvieron que ser adaptados a las necesidades de la aplicación de la nueva normativa. Implicó también la actualización de la ciencia jurídica y la práctica forense. Los Tribunales y Juzgados con competencia en lo penal, vieron modificado su infraestructura, ya que se incluyó salas de audiencia, para acomodarlas a las exigencias que tenía la nueva ley

⁵¹ Las reformas que sufrió que CPP vigente a partir de 1998 son las siguientes: (1) D.L. N 203, del 8 de enero de 1998, publicado en el D.O. N 5, Tomo 338, del 9 de enero de 1998. (2) D.L. N 418, del 24 de septiembre de 1998, publicado en el D.O. 198, Tomo 341, del 23 de octubre de 1998. (3) D.L. N 426, del 24 de septiembre de 1998, publicado en el D.O. N 198, Tomo 341, del 23 de octubre de 1998. (4) D.L. N 428, del 24 de septiembre de 1998, publicado en el D.O. N 198, Tomo 341, del 23 de octubre de 1998. (5) D.L. N 665, del 22 de julio de 1999, publicado en el D.O. N 157, Tomo 344, del 26 de agosto de 1999. (6) D.L. N° 704, del 9 de septiembre de 1999, publicado en el D.O. N° 183, Tomo 345, del 4 de octubre de 1999. (7) D.L. N° 752, del 28 de octubre de 1999, publicado en el D.O. N° 239, Tomo 345, del 22 de diciembre de 1999. (8) D.L. N° 281, del 8 de febrero de 2001, publicado en el D.O. N° 32, Tomo 350, del 13 de febrero de 2001. (9) D.L. N° 487, del 18 de julio de 2001, publicado en el D.O. N° 144, Tomo 352, del 31 de julio de 2001. (10) D.L. N° 122, del 4 de septiembre del 2003, publicado en el D.O. N° 198, Tomo 361, del 24 de octubre del 2003. (11) D.L. N° 211, del 25 de noviembre del 2003, publicado en el D.O. N° 4, Tomo 362, del 08 de enero del 2004. (12) D.L. N° 394, del 28 de julio del 2004, publicado en el D.O. N° 143, Tomo 364, del 30 de julio del 2004. (13) D.L. N° 458, del 07 de octubre del 2004, publicado en el D.O. N° 207, Tomo 365, del 08 de noviembre del 2004. (14) D.L. N° 488, del 27 de octubre del 2004, publicado en el D.O. N° 217, Tomo 365, del 22 de noviembre del 2004. (15) D.L. N° 500, del 28 de octubre del 2004, publicado en el D.O. N° 217, Tomo 365, del 22 de noviembre del 2004. (16) D.L. N° 915, del

Estas reformas pretendían facilitar la labor de investigación de la fiscalía y policía, además de mejorar la técnica del interrogatorio de testigos; pero otras limitaron las salidas alternas, de tal manera que la conciliación quedó reducida a escasos delitos y la prisión provisional por su parte, fue perfilando su utilización más generalizada; puesto que, se prohibía su sustitución para ciertos tipos penales; ello solo para mencionar algunos aspectos a los que se referían las reformas. Esa constante legislativa de reformar el Código Procesal Penal, ha distorsionado el sistema procesal; esto se manifiesta por ejemplo, en áreas tan sensible como es el ámbito de las medidas cautelares, donde no puede campea la idea de la prisión preventiva obligatoria; *“Más sin embargo, de manera inconsistente la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (con diferentes integraciones), con fundamentos débiles según algunos, ha justificado la obligatoriedad de la detención provisional para algunos delitos, apartándose de sus propios precedentes y de la legislación y jurisprudencia en materia de derechos humanos”*⁵²; esta afirmación la encontramos en: *“La sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dictada en proceso de inconstitucionalidad 28-2006, 33-20006, 34-2006 y 36-2006 de las 12 horas del día 12 de abril de 2007; que declara que no es contrario a la constitución el Art. 294 CPP”*⁵³.

Por tales circunstancias, a fin de armonizar la multiplicidad de reformas de las que ha sido objeto el Código Procesal Penal, para funcionar como un instrumento más eficaz en la investigación y procesamiento de los hechos delictivo, se aprobó por Decreto Legislativo Número 733, de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382, de fecha 30 de enero de 2009, un

14 de diciembre del 2005, publicado en el D.O. N° 8, Tomo 370, del 12 de enero del 2006. (17) D.L. N° 1029, del 26 de abril del 2006, publicado en el D.O. N° 95, Tomo 371, del 25 de mayo del 2006. (18) D. L. No. 190, del 20 de Diciembre de 2006, publicado en el D. O. N° 13, Tomo No. 374 del 22 de enero de 2007. (19) Decreto Legislativo No. 386, de fecha 16 de agosto de 2007, publicado en el Diario Oficial No. 163, Tomo 376 de fecha 05 de septiembre de 2007. (20) Decreto Legislativo No. 776 de fecha 03 de diciembre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 241, Tomo 381 de fecha 22 de diciembre de 2008. (21) Decreto Legislativo No. 248, de fecha 14 de enero de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 30, Tomo 386 de fecha 12 de febrero de 2010. (22) Decreto Legislativo No. 549 de fecha 09 de diciembre de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 241, Tomo 389 de fecha 23 de diciembre de 2010. (23) Decreto Legislativo No. 550 de fecha 09 de diciembre de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 241, Tomo 389 de fecha 23 de diciembre de 2010. (24) Decreto Legislativo 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.

⁵² SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto, “Los Principios y Garantías en el Nuevo Código Procesal Penal”, MARTÍNEZ, Martín Alejandro (Coordinador), *Ensayos Doctrinario Sobre el Nuevo Proceso Penal Salvadoreño*, Corte Suprema de Justicia, Sección de Publicaciones, San Salvador, 2011, p. 9.

⁵³ Código Procesal Penal aprobado por D. L. N° 904, del 4 de diciembre de 1996, publicado en el D. O. N° 11, Tomo 334, del 20 de enero de 1997.

nuevo Código Procesal Penal⁵⁴, que entró en vigencia en 1 de enero de 2011. Se reafirma en este código, que se establece en él, un sistema procesal mixto de tendencia acusatoria, sistematizando adecuadamente el carácter de órgano persecutor e investigador del delito a la Fiscalía General de la República, con la colaboración de la Policía Nacional Civil y la función del Órgano Judicial, de ser garantes de los derechos de las personas sometidas a los procesos penales y la potestad exclusiva de juzgamiento de los jueces⁵⁵.

Contiene este nuevo Código algunas novedades, como el Proceso Sumario y el Procedimiento Abreviado para todo delito, para mencionar algunos, que buscan establecer una administración de justicia penal más rápida y efectiva, por medio de la cual se tutelen de manera efectiva los derechos de la víctima, en un plano de igualdad con los derechos del imputado; así como reforzar la efectividad de las instituciones del sistema y que su aplicación resuelva los problemas sociales; al menos ser una herramienta más, que sea útil a esos fines.

1.9. EL JUEZ Y LOS SISTEMAS PROCESALES

Para ALFREDO VÉLEZ MARICONDE, los sistemas procesales son: *“Diferentes modelos de solución de los conflictos sociales, que los países han adoptado en el desarrollo histórico del proceso penal, para ofrecer a la sociedad un mecanismo adecuado a sus necesidades; y que el desarrollo histórico del proceso penal pone de manifiesto tres sistemas de singulares características: acusatorio, inquisitivo y mixto”*⁵⁶. Siguiendo con esa línea doctrinaria sobre los sistemas procesales, el problema a resolver para organizar de manera idónea el proceso penal se centra en la necesidad de conciliar intereses difícilmente

⁵⁴ Código Procesal Penal se aprobó por Decreto Legislativo Número 733, de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382, de fecha 30 de enero de 2009, que entró en vigencia el 01 de enero de 2011.

⁵⁵ Se observa entre el código procesal penal actual y el de 1997, una diferencia sustancial en cuanto a la función del juez de instrucción; pues en el código derogado, el juez de instrucción coordinaba la investigación del hecho contenido en el requerimiento, artículo 267; mientras que en el código actual esa función le corresponde al fiscal, según el Art. 304 CPP, el que establece que corresponde a la Fiscalía General de la República dirigir la investigación y al juez, realizar los anticipos de prueba, autorizar los actos urgentes de comprobación sujetos a control judicial, resolver sobre las excepciones y demás solicitudes y controlar el cumplimiento de los derechos y garantías establecidos en la constitución y las leyes, artículo 303 CPP. Esto permite hacer una afirmación de acuerdo a los principios que rigen los distintos sistemas procesales, que el proceso penal salvadoreño se acerca en este punto, al proceso penal que exige la constitución, es decir, establece roles para los sujetos procesales, separando al juez de la investigación del delito.

⁵⁶ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *op. cit.*, p. 19. De los tres sistemas conocidos en los que se ha desarrollado el proceso penal, acusatorio, inquisitivo y mixto, se dice que los dos primeros nunca han sido sistemas puros; en uno hay algo del otro.

reductibles a una síntesis eficaz; de un lado, el interés de las personas inculpas que debe ser tutelado por medio de las garantías adecuadas para su defensa en evitación de condenas injustas; y por otro, el interés de la sociedad en ordenar una represión segura y rápida. La prevalencia de unos intereses sobre otros, origina la aparición y desarrollo de dos sistemas procesales diferenciados: el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo⁵⁷.

El sistema procesal que se adopte, está íntimamente relacionado con el modelo político en el que se exterioriza y con el sistema de valores que nutre éste⁵⁸. El sistema procesal, refleja la diversidad ideológica política imperante en las distintas etapas de la historia, que implica concepciones propias de individuo y Estado, es decir, demuestra la lucha entre el interés colectivo y el interés individual, entre la libertad y la autoridad⁵⁹. También, estos sistemas o modelos se han clasificado como Modelo Procesal Garantista y Modelo Procesal Autoritario⁶⁰. Aunque resulta imposible encontrar un sistema procesal puro, todos tienen algo de mixto⁶¹.

⁵⁷ GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *Derecho Procesal Penal. El Proceso Penal*, Tomo II, 3ª edic., Valencia. España, Ed., Tirant lo blanch, 1989, p. 35. La protección más intensa de los derechos de las personas sometidos al proceso, en ese sentido, extremar sus garantías, se contempla como una condición del sistema acusatorio; pero si el fin es favorecer el interés social sobre todo, la persona queda relegada a un segundo plano, se está en un sistema inquisitivo.

⁵⁸ CAFERATA NORES, José I., *Cuestiones Actuales Sobre el Proceso Penal*, 3ª edic., Buenos Aires, Argentina, Ed., Editoriales del Puerto s.r.l., 2000, p. 3. Entre más democrático es un país, desarrollado culturalmente, con un sistema político que procure la equidad, el bien de las personas, que adopte un sistema de valores para la convivencia; así será el sistema que adopte, puesto que éste va en sintonía con el tipo de sociedad en que se desarrolla.

⁵⁹ El proceso penal se ha regido a través de los tiempos por alguno de los siguientes sistemas: inquisitivo, acusatorio y acusatorio mixto. La vigencia de cada uno de ellos venía determinada por la concepción política y jurídica que imperaba en cada momento histórico en una determinada comunidad. Esto lo sostienen RIFA SOLER, José María, y VALLS GOMBAU, José Francisco, *Derecho Procesal Penal*, 1ª edic., Madrid, España, Ed., Iurgium, 2000, p. 26.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, IBAÑEZ, Perfecto Andrés, RUIZ MIGUEL, Alfonso, BAYON MOHINO, Juan Carlos, TERRADILLOS BASOCO, Juan, CANTARERO BANDRES, Rocío, (Traductores), 3ª edic., Madrid, España, Ed., Trotta, 1998. pp. 33 a 42. El sistema procesal garantista, se puede equiparar al sistema acusatorio; y el sistema procesal autoritario, al proceso penal inquisitivo.

⁶¹ En palabras de Carlos Barragán Salvatierra, tres son los sistemas procesales practicados de procesamiento criminal: acusatorio, inquisitivo o inquisitorio y mixto. De acuerdo con García Ramírez, debe tomarse en cuenta en este punto que es razonable abrigar duda acerca de la existencia real, en un lugar y en una época determinada, cualesquiera que éstos sean, de los sistemas puros. En torno a los sistemas procesales, Zaffaroni señala que los regímenes inquisitivo y acusatorio no existen en la realidad, debido a que son abstracciones; incluso históricamente es dudosa su existencia; han sido mixtos y no formas puras todos los sistemas que han existido. De lo anterior puede concluirse que no existe ni ha existido ningún sistema procesal puro, puesto que han experimentado mezclas o combinaciones con otros. BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *op. cit.* p. 30.

Con relación a los sistemas procesales, la jurisprudencia salvadoreña ha dicho que: *“De acuerdo a Daniel González Álvarez, los sistemas de enjuiciamiento penal o sistemas procesales penales son productos culturales determinados por las condiciones histórico-políticas que imperan en la comunidad jurídica que lo adopta. Así, el grado de desarrollo técnico y económico, el tipo de organización social y, fundamentalmente el carácter más o menos democrático de las instituciones político-jurídicas de esa comunidad, van a jugar un papel importante en el tipo del sistema procesal imperante. Por otra parte, el citado jurista costarricense agrega que los dos grandes modelos procesales tradicionales (acusatorio e inquisitivo) no han existido en forma pura. Por el contrario, desde Grecia y Roma se encuentran formaciones predominantemente acusatorias que coexisten o, son seguidas de formaciones procesales predominantemente inquisitivas, lo cual es valedero para el diseño de los procesos penales contemporáneos. En la actualidad, es posible deslindar al menos tres modelos históricos de enjuiciamiento penal: el proceso acusatorio, el proceso inquisitivo y el proceso mixto o acusatorio formal, denominado además proceso mixto moderno en contraposición al mixto clásico que inspiró al Código de Instrucción Criminal francés de 1808⁶².”*

1.9.1. SISTEMA ACUSATORIO

En el sistema acusatorio, el individuo ocupa el primer plano, son respetados sus derechos subjetivos (humanos), por lo que el Estado está a su servicio, con la misión de resolver sus conflictos; en ese sentido, el juez es un árbitro cuya actividad es motivada por las partes. Este sistema reconoce el valor de la dignidad del ser humano que lo hace susceptible de ser titular de derechos inalienables; que solo alguno de los cuales puede ser objeto de restricciones por razones de interés general, pero sin alterar su esencia. Esta concepción permite reservar la pena sólo para aquella persona que se le haya probado que ha cometido un delito, mientras tanto se le presume inocente.

En la actualidad el sistema acusatorio se ha adoptado en los países organizados bajo el régimen democrático; en este sistema, se parte del concepto de que la persecución del delito corresponde a las partes, aunque admite ya en el castigo la intervención del Estado para evitar mayores trastornos; pero

⁶² Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad, de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 2-2005 de fecha 28 de marzo de 2006. Esta sentencia confirma lo sostenido por la doctrina, que no existen los sistemas puros de enjuiciamiento; y que dependerá del grado de desarrollo económico, el tipo de organización social y política, así como la existencia de instituciones democráticas político-jurídicas de un país, el sistema penal que aplique.

la iniciativa y hasta la prosecución del procedimiento se dejan principalmente en manos del ofendido o de sus familiares y del acusado⁶³. Algunos de los aspectos que sobresalen del sistema acusatorio⁶⁴, son, que el proceso es una garantía del individuo frente al intento de imponer una pena y funciona como un obstáculo ante tal pretensión; admite la posibilidad excepcional de privar al imputado de su libertad antes de la condena, legitimándose únicamente como una medida cautelar de los fines del proceso, nunca como una sanción anticipada; como parte de presuponer la inocencia, la prueba cobra decisiva relevancia como única forma para destruirla; la imputación es libremente refutable en público por el acusador, quien puede ofrecer toda clase de pruebas de descargo; las funciones de acusador, defensor y juzgador, se encomienda a sujetos diferentes e independientes entre sí⁶⁵.

Suele este sistema procesal permitir la intervención de elementos populares como el jurado; rige la contradicción, intermediación, única instancia, la oralidad y la publicidad⁶⁶. Por su parte, el juez se limita básicamente a moderar los debates y a escuchar y percibir los medios de prueba, así como los fundamentos de las pretensiones que ambas partes introducen⁶⁷. En este sistema se dividen las funciones básicas, de modo que el Ministerio Público es el encargado de investigar y al juez se le reserva la tarea de autorizar o de tomar decisiones, pero nunca investigar, solo la de vigilar y controlar

⁶³ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *op. cit.* p. 31. En este sistema el ofendido y el acusado, uno frente a otro son puestos así en forma contradictoria con libertad de acción y promoción; entre ambos el juez imparcial que se limita a autorizar las pruebas, el debate público y oral, así como a pronunciar su decisión.

⁶⁴ Sobre el sistema acusatorio, en precedente constitucional se ha dicho: “*La forma procesal acusatorio tiene su origen en la concepción privada del Derecho Penal y en precedente como el sistema de justicia ateniense, la acusatio o quaestio romana y el derecho germano antiguo basado en la composición privada. Entre sus características esenciales se encuentran: (i) el juez no puede poner en marcha por sí sólo el proceso (ex officio), sino que su génesis sólo se concibe ad instantiam partis por medio de la acusación; (ii) el juez tampoco puede investigar por su propia cuenta los hechos, sino que toma una actitud pasiva ante las partes contendientes quienes aportan el material probatorio que debe examinar; (iii) es un proceso contradictorio, oral, público y continuo, donde el acusador y el acusado se encuentran en un plano de igualdad procesal; y (iv) el inculcado se encuentra en libertad durante su tramitación, siendo la prisión preventiva una excepción*”. Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad, de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 2-2005 de fecha 28 de marzo de 2006.

⁶⁵ CAFERATA NORES, José I., *op. cit.* p. 8. En el sistema acusatorio, el imputado es considerado un sujeto del proceso, a quien se respeta en su dignidad y se garantiza el derecho de defensa, por lo que no puede ser obligado a colaborar con la investigación. Hay un absoluto respeto por sus derechos, además se le brindan todas las posibilidades de ejercer su defensa.

⁶⁶ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, y otros, *Comentarios al Código Procesal Penal*, Tomo I, 1ª edic., San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2004, p. 22.

⁶⁷ SANDOVAL, Rommel Ismael, y otros, “Comentarios del Sistema Procesal Penal Salvadoreño”, en *Revista de Justicia de Paz*, San Salvador, República de El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, No. 7, 2000, p. 182.

la investigación⁶⁸. El sistema acusatorio, en su forma más pura, tal como se encuentra en la república helénica o en los últimos tiempos de la república romana, resulta de la combinación de unos principios esenciales⁶⁹, que según VICENTE GIMENO SENDRA, son los siguientes: *“Necesidad de una acusación propuesta y sostenida por persona distinta del juez, publicidad, consiguiente oralidad, igualdad absoluta de derechos y deberes entre acusador e imputado, exclusión de cualquier injerencia del juez en la búsqueda de pruebas, tanto de cargo como de descargo, aportación de la pruebas por parte de acusador y de acusado y libertad personal del acusado hasta que se obtenga un pronunciamiento judicial firme”*⁷⁰.

El sistema acusatorio viene configurado por una serie de rasgos que, conforme a la doctrina mayoritaria⁷¹, podrían sintetizarse en los siguientes términos: *“a) la necesidad de existencia de una acusación, ya que el juez no puede proceder ex officio (de oficio); para los delitos públicos se instaura la acción popular mientras, que para los privados se reserva la acción penal al perjudicado u ofendido; b) predomina un favor libertatis (a favor de la libertad) como regla general para las cautelas penales; c) existe la contradicción en el juicio, debiendo ser éste público y oral; d) el material probatorio debe ser aportado exclusivamente por las partes, disfrutando éstas de igualdad de medios de acusación y defensa; e) libre apreciación de la prueba por el juez, que se constituye en árbitro del proceso, no admitiéndose la doble instancia con carácter general”*⁷².

⁶⁸ BINDER BARZIZZA, Alberto, *El Proceso Penal*, 1ª edic., San José, Costa Rica, Ed., Ilanud, 1992, p. 29. Para saber si el sistema que gobierna el proceso penal es acusatorio, lo que se tiene que determinar primero es que estén divididas las funciones del juez, de fiscal y del defensor; al juez le corresponde la función de juzgar y controlar la intervención de los demás sujetos procesales; al fiscal la promoción de la acción penal y la investigación del delito; y por el lado de la defensa técnica está el mismo imputado, su defensor de confianza que puede ser particular, público o de oficio; todos ejerciendo distintos roles, pero esenciales para la buena marcha del proceso.

⁶⁹ Sostiene FLORIAN, Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, 2ª edic., Barcelona, España, Ed., Bosch, 1931, p. 66, que los principios absolutos no pueden, sino difícilmente, dominar la realidad. Lo absoluto podrá gobernar, a lo sumo el mundo del espíritu y esto explica que el desarrollo de estas formas termine con la decadencia de las mismas y el nacimiento de una tercera, no pura, la forma mixta, resultado de la combinación de las otras.

⁷⁰ GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.*, p. 36.

⁷¹ RIFÁ SOLER, José María, y VALLS GOMBAU, José Francisco, *op. cit.*, p. 26. El sistema acusatorio al definir las funciones de los sujetos procesales, al juez no le da facultades en la búsqueda de las pruebas, debido a que esa actividad corresponde al trabajo de las partes.

⁷² No obstante esa serie de rasgos que caracterizan al sistema acusatorio, en realidad, en su desarrollo histórico no se encuentran manifestaciones puras de cada sistema; en consecuencia no puede hablarse de uniformidad en la implementación de los mismos en cada momento histórico, sino en una interrelación de sistemas procesales hasta llegar a tiempos actuales. El derecho romano se pasó de un sistema acusatorio durante la época republicana hacia

En conclusión, si las tres funciones del proceso, la de acusar, la de defensa y la de decidir o juzgar, son encomendadas a un órgano propio e independiente, tendremos tres órganos un acusador, un defensor y un juez; entonces el proceso será acusatorio⁷³. La crítica que puede hacer a este sistema, es en cuanto a la valoración de la prueba, que impera el sistema de la íntima convicción, conforme al cual los jueces deciden votando, sin sujeción a regla alguna que establezca el valor probatorio de los medios de prueba y sin exteriorizar los fundamentos de su voto⁷⁴; ello no significa arbitrariedad, el juez siempre se convence a través de la prueba, la cual es libre de apreciar.

1.9.2. SISTEMA INQUISITIVO

La historia del proceso penal, es sólo un capítulo de la historia de la relaciones entre los ciudadanos y el poder; y cada época, cada cultura ha elaborado a su modo la síntesis entre las fuerzas configuradoras del proceso. Se suele explicar esta larga y sangrienta evolución histórica echando mano de dos grandes modelos de sistemas procesales, el acusatorio y el inquisitivo⁷⁵; y de un tercero, que es una combinación de ambos, el mixto. Históricamente se implantó el sistema inquisitivo desde el Siglo XII hasta el Siglo XIX, por influencia del derecho Canónico, con la supresión del acto de acusación, cuya

el sistema inquisitivo en la época imperial con preeminencia del primero. En España, el Fuero Juzgado estableció un sistema predominantemente acusatorio, mientras que en las Partidas se acentuó el inquisitivo hasta llegar a la Constitución de Cádiz de 1812, que constituyó el punto de partida para la instauración del tipo acusatorio mixto, que se plasmó en la LECrim, vigente desde 1882. Así lo sostiene Maier, en MAIER, Julio B.J., y otros, *Las Reformas...*, op. cit., p. 206, quien dice además: “*Que Inglaterra, por ejemplo, conserva hoy los rasgos de un sistema acusatorio; sin embargo, admite y organiza cada vez más, la persecución penal pública. España, aun cuando sigue la tendencia general de Europa continental, reformando el sistema inquisitivo que la regía en 1882, conserva rastros del procedimiento de oficio y admite el acusador popular y el privado, a un mismo tiempo*”.

⁷³ FLORIAN, Eugenio, op. cit., pp. 64 y 65.

⁷⁴ MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Tomo I, 2ª edic., 3ª reimpresión, Buenos Aires, Argentina, Ed., Editorial del Puerto s.r.l., 2004, p. 445. También sostiene este autor, que en este sistema son desconocidos los recursos y la sentencia no requiere ser fundamentada tal cual lo conocemos hoy, puesto que el resultado de la misma, resulta del escrutinio de votos de una mayoría determinada o de la unanimidad de los jueces y la cosa juzgada constituye su efecto formal. p. 446.

⁷⁵ Sobre el sistema inquisitivo se afirma en la jurisprudencia: “*En contraposición, el proceso penal de tipo inquisitivo surge de la recepción romano-canónica, y constituye la manifestación de un orden centralizado con rasgos eminentemente autoritarios. Ello comporta: (i) una superposición o confusión de la acción y la jurisdicción en un solo órgano, al extremo que resulta difícil una clara diferenciación; en otras palabras, la investigación de los hechos, la acusación y la decisión competían exclusivamente al juzgador, quien podía promover un procedimiento inculpativo sin necesidad de excitación de otra persona u órgano y recoger oficiosamente la prueba que considera pertinente; (ii) es escrito y secreto; (iii) la defensa del acusado es restringida y su libertad personal se sacrifica en aras de la investigación; y (iv) la fase instructiva adquirió una importancia preponderante, al punto de que en ella se decidía la suerte del acusado*”. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad número 2-2005 de fecha 28 de marzo de 2006. Resalta esta sentencia las características principales del sistema inquisitivo.

meta era lograr la confesión del inculpado, por cualquier medio. Posteriormente, los movimientos filosóficos imperantes influyeron en la modificación del sistema que evolucionó hacia otro más humanitario⁷⁶.

El sistema inquisitivo lograba una mayor eficacia procesal, con mengua al respeto a la libertad y dignidad de las personas⁷⁷. Este sistema, para VICENTE GIMENO SENDRA, la actuación judicial es en doble vía, así: *“El juez dirige el proceso, investiga las pruebas del delito, para luego imponer la sentencia; permite una protección rigurosa de la sociedad, pero reduce los derechos de defensa del acusado al mínimo, con todos los riesgos inherentes al aumento de los errores judiciales”*⁷⁸. Las características destacadas en el sistema inquisitivo son: *“El proceso es un castigo en sí mismo; la prisión preventiva se dispone como regla general, fundada en mera sospecha o íntima convicción del juez; la culpabilidad del imputado se presupone, no hay forma de contradecirla o intentar probar en contrario; la prueba tiene una importancia relativa, pues se presupone la culpabilidad, el proceso la castiga por sí misma, siendo la obsesión por la verdad, sólo un pretexto para el ejercicio de una crueldad ejemplarizante; en la valoración de las pruebas rige el sistema legal o positivo”*⁷⁹; esas funciones fundamentales que desempeña el juez en este sistema son la de acusar, la defensa y la decisión; es el inquisidor que so pretexto del triunfo de la verdad, no sólo juzga, sino que usurpa los roles de las partes⁸⁰. La entronización de la denuncia es el primer germen del procedimiento inquisitivo; convertida después en delación, se echa por tierra la publicidad y el principio de acusación, adquiriendo notable auge el procedimiento *ex officio*⁸¹.

⁷⁶ RIFÁ SOLER, José María, y VALLS GOMBAU, José Francisco, *op. cit.*, p.26. Los sistemas de enjuiciamiento, aunque muy lentamente, van cambiando; dependiendo de su evolución histórica así como de las condiciones imperantes en la época, los Estados van adoptando uno u otro sistema, que se acomode a su realidad social y política.

⁷⁷ BINDER BARZIZZA, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 1ª edic., Buenos Aires, Argentina, Ed., Had-hot, srl, 1993, p. 58. En el sistema inquisitivo, la idea que subyace es que era preferible el castigo de un inocente a la absolución o libertad de un culpable; por lo que en la aplicación de dicho sistema, se violentaban muchos de los derechos y garantías constitucionales.

⁷⁸ GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.*, p. 36.

⁷⁹ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, y otros, *op. cit.*, p. 22. En el sistema inquisitivo, el juez no es un sujeto neutral que conduce la disputa, sino que tiene un papel decisivo, al asumir una multiplicidad de funciones o tareas.

⁸⁰ Si las tres funciones, las de acusar, defender y juzgar, están concentradas en manos de una sola persona, de un mismo órgano, que es el juez, el proceso es inquisitorio. Es un proceso unilateral de un juez con actividad multiforme.

⁸¹ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *op. cit.*, p. 120. Dice además, que el hecho delictuoso se investigaba con toda reserva para averiguar después sobre su autor responsable. El sindicado era tratado como objeto de la

Las notas comunes del sistema inquisitivo y que permiten entender sus instituciones las encontramos en que el poder de perseguir penalmente se confunde, según hemos visto, con el de juzgar y por ello está colocado en las manos del mismo juez inquisidor. El acusado representa un objeto de persecución, en lugar de un sujeto de derechos con la posibilidad de defenderse de la imputación deducida en su contra. Sostiene JULIO MAIER, que: *“El procedimiento se traduce a una investigación secreta, cuyos resultados constan por escrito, en actas que, a la postres, constituirán el material sobre la base del cual se dicta el fallo. Investigación secreta, escritura, discontinuidad, falta de debate y delegación son, en realidad, caras diferentes de un mismo método para alcanzar fines políticos claramente definidos y por ello resultan características interdependientes del procedimiento. El sistema de prueba legal domina la valoración probatoria: la ley estipula la serie de condiciones (positivas y negativas) para tener por acreditado un hecho; los indicios deben ser varios, conducir a una misma conclusión (concordantes) y partir de hechos probados en forma directa. El fallo, casi por definición, impugnabile; aparece la apelación y en general los recursos contra la sentencia, íntimamente conectada con la idea de delegación del poder jurisdiccional que gobernaba la administración de justicia”*⁸².

1.9.3. SISTEMA MIXTO O INQUISITIVO MITIGADO

Para una concreta comprensión del Derecho Procesal Penal, se debe tener en cuenta que en la base de su formación básica tiene lugar un conflicto entre dos tendencias que normalmente han sido presentadas como antagónicas y cuya síntesis se ha mostrado como un ideal. La primera de estas tendencias es la que se preocupa por establecer un sistema de garantía o resguardos frente al uso de la fuerza estatal, su objetivo es proteger la libertad y la dignidad de la persona. La segunda de esas

investigación, cuya confesión debía ser obtenida para salvar su alma: torturas, interrogatorios capciosos, espionaje, etcétera. Dado que se le tenía por culpable, rara vez el imputado gozaba de libertad. Sufría encierros más crueles aún que el que se consideraba propio de penados. La defensa técnica resultaba ineficaz por las limitaciones impuestas, a tal punto que la esencia del juicio no pasaba de consistir en un simulacro de debate. Como una especie de tardío arrepentimiento, se limitaba legalmente la valoración de las pruebas (sistema de prueba legal) y se impuso la congruencia del fallo con lo alegado y probado; pero en la práctica, estos límites fueron muchas veces ignorados.

⁸² MAIER, Julio B.J., *“Derecho Procesal Penal Argentino”*, op. cit., pp. 210, 211 y 212. Siguiendo a este autor, afirma que el poder que se delegaba en funcionarios inferiores, debía devolverse en sentido inverso a aquél de quien procedía y ello permitía el control de la utilización correcta del poder delegado. Allí nace el hoy conocido efecto devolutivo de los recursos.

tendencias se inclina a lograr una aplicación efectiva de la coerción penal, su objetivo es lograr la mayor eficiencia posible en la aplicación de la fuerza estatal⁸³.

El sistema Mixto o Inquisitivo Mitigado, rescata principios orientadores del sistema inquisitivo, en especial la persecución y juzgamiento de los delitos, poniendo ambas actividades a cargo de funcionarios estatales, así como el concepto de verdad real como objetivo supremo a descubrir como base del castigo, concebido como única respuestas del conflicto. Incorpora a su vez, principios orientadores del sistema acusatorio, entre los más relevantes se tienen la separación de los roles de acusación y juzgamiento, la imparcialidad del juez, la inviolabilidad de la defensa y el principio de inocencia, que son los pilares en los que descansa el respeto a la dignidad personal y mayor garantía de los derechos del acusado⁸⁴.

⁸³ BINDER BARZIZZA, Alberto, *Introducción...*, op. cit., pp. 52 y 53. Ese conflicto entre dos sistemas antagónicos, el que se traduce en la dialéctica eficiencia/garantía, se resuelve en una síntesis, de la que surgen los modelos procesales.

⁸⁴ Sobre el sistema mixto, la jurisprudencia lo ha clasificado como Sistema Mixto Clásico y Sistema Mixto Moderno, al respecto sobre el primero ha dicho: “*A partir del Código de Instrucción Criminal francés de 1808 y como un secretismo entre ambos modelos, surge en el derecho continental europeo posteriormente extendido al continente americano de tradición jurídica latina el sistema mixto clásico o acusatorio formal basado en una nítida separación entre las fases de instrucción y juzgamiento. Entre las características más importantes de este modelo se encuentran: (i) la desconcentración de las funciones de investigar, acusar y juzgar, correspondiendo la investigación al juez de instrucción, quien es distinto al que tiene la obligación de efectuar el juicio; (ii) en la etapa de instrucción predominan los rasgos inquisitivos, sin embargo se atempera el carácter secreto del sumario, además se garantiza al inculcado una serie de garantías y derechos como el de defensa y la excepcionalidad de privarle de su libertad durante el procedimiento; (iii) el juicio se constituye en el núcleo básico del modelo, el cual es público, oral y contradictorio; en éste, las partes en igualdad de condiciones pueden ante un tribunal popular o técnico argumentar y, controvertir la prueba producida en la audiencia (inmediación y concentración); por ende, sólo estos elementos pueden dar lugar a la convicción del tribunal, y no los recogidos en la fase de averiguación –aunque ello puede resultar excepcional–; y (iv) el sistema de valoración de la prueba lo constituye la sana crítica en el caso de los jueces técnicos o la íntima convicción en el caso de los tribunales populares, en contraposición al sistema de prueba tasada del sistema inquisitivo*”. Sobre el Sistema Mixto Moderno ha dicho: “*En la actualidad, el proceso mixto moderno ha sufrido transformaciones importantes como la de atribuir de forma exclusiva al Ministerio Público Fiscal, la tarea de investigación del delito –en coordinación con la policía como órgano auxiliar– y la de promover la acción penal ante la jurisdicción criminal, permaneciendo el juez instructor como un controlador de dicha investigación y como garante de los derechos fundamentales que puedan resultar lesionados dentro de la etapa preparatoria del juicio. En esta línea se cita como importante precedente la reforma efectuada a la Ordenanza Procesal Penal Alemana (StPO) en 1974, la cual estableció en el inc. 1º del § 160: “(1) Tan pronto como la fiscalía tenga conocimiento de la sospecha de una delito mediante una denuncia o de otra forma, debe investigar las circunstancias para decidir si se debe interponer la acción pública o no”. Al referirse al ejercicio de la acción penal, el mismo estatuto punitivo señala en el § 152: “(1) para el ejercicio de la acción pública se designa a la fiscalía. (2) Está obligada, en tanto que no haya sido determinada otra cosa legalmente, a proceder judicialmente debido a todos los delitos perseguibles, en tanto que tenga cabida suficientes puntos de apoyo reales. Esta transformación supone correlativamente la superación del nefasto efecto del modelo inquisitivo como es la desnaturalización de la función jurisdiccional, por medio de la decisión político-criminal de atribuir*”.

Así es que, en este sistema, la jurisdicción es ejercida en la instrucción por un juez técnico y el juicio por un tribunal técnico o popular; el Ministerio Público es el que ejerce la acción penal y en algunos países se permite al damnificado el derecho de acusar; durante la instrucción, el juez es el instructor de la investigación, mientras que el Fiscal y las otras partes, solo pueden proponer pruebas; durante el juicio el juzgador actúa como un árbitro y las partes gozan de igualdad de derecho; durante la instrucción, el procedimiento es escrito, limitadamente público y limitadamente contradictorio; durante el juicio, el procedimiento es oral, público, contradictorio y continuo⁸⁵

1.9.4. SISTEMA PROCESAL PENAL SEGÚN LA CONSTITUCIÓN

Con las reformas o enmiendas de la Constitución de República de 1991 y 1996, se determina que los sistemas inquisitivos, mixtos o inquisitivos mitigados, no son respetuosos del modelo que impone la Constitución ni de los tratados sobre derechos humanos. Establece la Constitución que la función de perseguir y acusar sea diferente e independiente de la de juzgar y punir; y pone a cada una a cargo de órganos públicos diferentes y autónomos entre sí; la función de juzgar no puede, sin grave riesgo para su imparcialidad ni para la igualdad de parte, asumir atribuciones de persecución e imponer que la verdad procesal deba procurarse a través de la contradicción entre los intereses opuesto que se enfrentan en el proceso, bajo el eufemismo de un común interés de justicia. El proceso penal que procura la Constitución, es el diseñado en un juicio oral basado en un modelo procesal penal acusatorio-adversativo⁸⁶.

a órganos estatales distintos e independientes entre sí, el ejercicio de la labor de acusar y de juzgar. En efecto y tal como ha sido señalado en líneas anteriores, uno de los principales defectos del sistema inquisitivo fue la confusión en un mismo órgano (el judicial) de las funciones investigadoras, acusadoras y de enjuiciamiento, lo que pone en entredicho a la imparcialidad como valor inherente al sistema de justicia; pues, como afirma Goldschmidt, “la justicia se basa en la imparcialidad de las personas que intervienen legalmente en la resolución de la causa”; en igual sentido, Alcalá-Zamora sostiene que el juzgador, en sentido genérico o abstracto, es “el tercero imparcial instituido por el Estado para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente, con imperatividad un litigio entre partes”. Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad, de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 2-2005 de fecha 28 de marzo de 2006.

⁸⁵ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *op. cit.*, pp. 23 y 24. En el Código Procesal Penal del año 1973, vigente a partir de 1974, las funciones del juez penal en la instrucción eran las de investigar el delito, el fiscal solo proponía pruebas o simplemente actuaba como el encargado de que prevaleciera la legalidad, sin mayores responsabilidades.

⁸⁶ El sistema procesal mixto del CPP, ya no se adecua a la repartición de las funciones indagatoria, requirente y decisoria preceptuadas en la Constitución, debido a que en ésta se ha adaptado un enjuiciamiento acusatorio y adversativo, propio de la cultura procesal y probatoria anglosajona. Lo anterior significa que se debe mejorar sustancialmente el CPP para evolucionar del sistema mixto al acusatorio, tropicalizando la realidad salvadoreña y

Con el proceso criminal en el que ha desembocado el acusatorio formal, básicamente en países como Alemania, Italia, Portugal y en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, con sus variantes, se persigue: “Responder a la nueva legislación criminal material, orientada a hacer frente a nuevas formas de criminalidad; así como plasmar un enjuiciamiento que asegure en plenitud los derechos y libertades fundamentales del acusado; a la vez, tutelar los derechos de la víctima; también, reafirmar el juego del criterio de la proporcionalidad, máxime a la vista de la progresiva expansión de la oportunidad en perjuicio de la legalidad; y una exquisita observancia del debido proceso”⁸⁷; con lo que se puede afirmar que a tales miras responde la matización implantada del nuevo proceso penal en Europa Continental e Iberoamérica; por lo que pretende un modelo acusatorio y reflejo del anglosajón, que se postula como un proceso de partes, propiciando la igualdad entre ellas y la plena vigencia del contradictorio, ampliado en la fase investigativa y preparatoria⁸⁸.

Este modelo se basa en la norma fundamental, la que en ninguna de sus reglas atribuye a los jueces la potestad para investigar el delito, ordenar o instruir diligencias; la razón es simple, de hacerlo afectaría su imparcialidad para decidir, además vulneraría el principio de separación de poderes. Es claro entonces, que el sistema que propone la Constitución es el adversativo acusatorio, no un sistema mixto como lo sostienen muchos⁸⁹. Este sistema es el que permite un verdadero acceso a la justicia de todo

conservando algunas instituciones jurídico-procesales de la tradición continental que pueden adaptarse. Esto lo sostiene SANDOVAL, Rommell Ismael, “*La Necesidad de Transformación...*”, *op. cit.*, p. 281.

⁸⁷ El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, fue publicado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989 y aprobado en Río de Janeiro en 1988. Su bandera de combate presentaba como principal estandarte al juicio público, desarrollado oralmente en una audiencia continua, para decidir el caso por condena o absolución; dicho código tuvo ya repercusiones en la mayoría de países de Latinoamérica, entre ellos El Salvador. *Vid.*, MAIER, JULIO B. J., y otros, *Las Reformas...*, *op. cit.*, pp. 23 a 28.

⁸⁸ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, y otros, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

⁸⁹ Proceso Penal mixto, también llamado anglofrances, se distingue esencialmente por dividir el proceso en dos fases: la instrucción, de tipo inquisitiva más o menos acentuada y el juicio, de carácter acusatorio. Esto lo sostiene GIMENO SENDRA, Vicente, y otros., *op. cit.*, p.37. Igual postura adopta RIFÁ SOLER, José María, y VALLS GOMBAU, José Francisco, *op. cit.*, p. 27, en el sentido que existe un tercer sistema denominado acusatorio formal o mixto, que reúne características de los sistemas acusatorio e inquisitivo, las que antes ya se vieron y que fundamentalmente el proceso se divide en dos fase, la sumaria o de instrucción en la que corresponde a los jueces dirigir la investigación; y la de juicio en la que rige el principio acusatorio. Esta doctrina es propia de la legislación de Europa Continental, especialmente de España, de donde se tienen más datos. Sin embargo, la diferencia con el proceso penal salvadoreño, radica en que éste poco a poco va adoptado una forma más imparcial del juez, aunque tengan funciones de control de la instrucción y en algunos casos de ordenar investigación o diligencias sumariales, pero que en la práctica lo está evitando, para cumplir con el mandato constitucional de solo juzgar, puesto que la investigación del delito le corresponde a otro órgano del Estado. Es por ello, que el proceso penal salvadoreño, en estricto sentido no sería un proceso mixto como el Español o Argentino de algunas provincias, por esa separación aunque débil de la función del juez de solo juzgar y no

ciudadano. Es decir, que elimina de la legislación procesal penal en vigor, todo valladar que afecte el ejercicio de los derechos del acusado y de la víctima del delito⁹⁰. Algunos creen que por no ser el sistema que procura la Constitución⁹¹, ni acusatorio, ni inquisitivo, ni mixto, es porque no responde en esencia a todas las características de alguno de esos sistemas, aunque adopta parte de las características del sistema acusatorio; por eso suelen llamarlo sistema procesal penal de cuarta vía. Se debe sustituir la cultura inquisitorial de venganza, por una cultura de la tolerancia y del respeto de la dignidad humana, ideal este último que se consagra en el estatuto fundamental desde 1983 y sus reformas de 1991, 1994 y 1996⁹²; es natural que sea así: lo primero y fundamental es avanzar hasta lograr un sistema uniforme de enjuiciamiento penal que torne realidad los principios que en la materia sostiene la ley fundamental y que conforman la base unívoca de la que parten las meditaciones modernas⁹³.

Respecto al sistema procesal penal salvadoreño, adoptado el 20 de abril de 1998, la Sala de lo Constitucional⁹⁴, lo ha definido como un sistema mixto con tendencia acusatoria, no un sistema procesal

investigar; pero no se le puede ubicar en un sistema acusatorio puro, básicamente porque parte de su desarrollo es escrito y no contradictorio, hay predominio de la prisión preventiva y en general el material probatorio es aportado casi exclusivamente por el Ministerio Fiscal.

⁹⁰ SANDOVAL R., Rommell Ismael, “El Proceso Penal Adversativo: La Decisión Político-Criminal del Constituyente”, [en línea] s.f. [consulta 01 de mayo 2012], Disponible en: <<http://www.idpc.es/archivo/1213282992FCI10asr.pdf>>.

⁹¹ En tal sentido, la jurisprudencia nacional al desarrollar el juicio (proceso) que requiere la Constitución ha dicho: “*Refiriéndose al contenido del derecho de audiencia, el artículo 11 de la Constitución señala en esencia que la privación de libertad –para ser válida normativamente- necesariamente debe ser precedida de proceso o procedimiento seguido conforme a la ley. Al respecto tal referencia supone y exige que se respete el contenido esencial del derecho de audiencia, conformado de modo genérico y sin carácter taxativo por los siguientes aspectos esenciales: a) que la persona que se pretende privar de algunos de sus derechos se le siga un proceso o procedimiento que no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones infraconstitucionales respectivas; b) que dicho proceso se ventile ante autoridades previamente establecidas; c) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales; y d) que la decisión se dicte conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho que le hubiere motivado, de conformidad a la Constitución*”. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 167-97, de fecha 25 de mayo de 1999.

⁹² MAIER, Julio B. J., y otros, *Las Reformas...*, op. cit., p. 438.

⁹³ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, op. cit., P. 231.

⁹⁴ Ha dicho la Sala de lo Constitucional, sobre este punto, que: “(...) A partir de lo anterior, brevemente ha de caracterizarse el vigente modelo penal salvadoreño que entró en vigencia el 20-IV-1998, como parte de las variadas reformas de la legislación sustantiva, procesal y de ejecución penitenciaria. En materia procesal penal, el esfuerzo de cambio, como señala Alberto Bobino, ha constituido en una modificación sustancial del sistema de enjuiciamiento penal, pues tal proceso no ha representado una “reforma” del procedimiento penal, sino el abandono de un modelo procesal cualitativamente distinto de otro. En efecto, el proceso de reforma permitió el abandono de un proceso penal de corte inquisitivo reformado, cuyas características esenciales de acuerdo a Ricardo Membreño eran: el predominio de la escritura, la secretividad de la fase de instrucción con una

penal acusatorio puro. Por su parte ROMMEL ISMAEL SANDOVAL, considera: “Que la constitución acoge un sistema acusatorio adversativo, tipo anglosajón; no obstante los dos puntos de vista, parece que la expectativa es ir en esa línea de adoptar un sistema acusatorio”⁹⁵. Pero además, ha dicho la Sala de lo Constitucional, que “El proceso constitucionalmente configurado se refiere esencialmente a la observancia de la estructura básica que la misma Constitución prescribe para todo proceso o procedimiento. Esta institución procesal engloba derechos constitucionales tales como: el derecho de audiencia, defensa, la presunción de inocencia, etc.”⁹⁶.

Pero por otra parte, la misma Sala de lo Constitucional, al referirse al modelo o sistema de enjuiciamiento penal que procura la Constitución, ha dicho que se trata de un modelo de enjuiciamiento acusatorio, así: “De las consideraciones efectuadas sobre los ords. 3° y 4° del Art. 193 Cn⁹⁷., se desprende la intención constitucional de depositar el ejercicio de la persecución penal y promoción de la acción penal pública ante los tribunales en manos de la FGR. Este planteamiento, supone una configuración del proceso penal salvadoreño como una relación triangular entre el acusador, el defensor y el juez. Es por tanto, una estructura triádica propia de los modelos de enjuiciamiento acusatorio o

violación total de las garantías de independencia e imparcialidad del juzgador, en tanto que el mismo juez que instruía iniciaba oficiosamente el proceso ponía la sentencia definitiva, y un excesivo control de doble instancia, permitiendo la consulta del proceso sin recursos violando el derecho de defensa y permitiendo la reformatio in peius por el tribunal superior aunque el único apelante de la sentencia fuese el imputado o su defensor. Distinto al modelo derogado, el actual proceso penal representa la adopción de un modelo mixto con clara tendencia acusatoria el cual presenta diferencias estructurales con el sistema anterior, entre las que se encuentran: la persecución penal en los delitos de acción pública y de acción pública previa instancia particular –investigación preliminar, promoción de la acción vía requerimiento fiscal, presentación del dictamen de acusación- se encuentran a cargo de la Fiscalía General de la República (...), esto excluye toda posibilidad para que el proceso pueda ser iniciado de oficio. Se atribuye a órganos jurisdiccionales distintitos las diferentes etapas del proceso, con lo cual se busca garantizar la imparcialidad del juzgador, a saber: al Juez de Paz se le encomienda el control de los actos iniciales de investigación; al Juez de Instrucción la coordinación de las actividades preparatorias del juicio y efectuar la audiencia preliminar; y por último corresponde al Tribunal de Sentencia efectuar el juicio plenario y pronunciar la sentencia (...). Se incorporan instituciones novedosas como salidas alternas al sistema penal o mecanismos de simplificación del proceso, las cuales tienen como finalidad descongestionar el mismo para que éste adquiera mayor eficacia con relación a las formas de criminalidad más grave (...). El directamente afectado por un hecho delictivo tiene un rol más activo que la mera posición de denunciante, reconociéndosele derechos procesales propios de forma independiente a su constitución como parte del procedimiento. En este último sentido puede además si lo estima conveniente, convertirse en sujeto procesal adquiriendo la calidad de querellante o acusador (...).” Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 2-2005 de fecha 28 de marzo de 2006.

⁹⁵ SANDOVAL, ROMMEL ISMAEL, y otros, en “La Necesidad de Transformación del Sistema Procesal Penal Salvadoreño”, *Revista de Justicia de Paz* No. 14, República de El Salvador, año 2002, p. 281.

⁹⁶ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Amparo número 523-2000, fecha del veintidós de enero de dos mil dos.

⁹⁷ Constitución de la República de El Salvador, D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, D. O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983.

próximos a dicho modelo, donde el juez se encuentra rígidamente separado de las partes y su decisión sujeta a un contradictorio oral y público. Tal consideración, asumida de forma muy clara por el constituyente, establece una nítida separación entre las funciones institucionales de perseguir y acusar, y las de juzgar y punir; poniendo cada una de ellas a cargo de distintos órganos diferenciados entre sí. De forma consecuente con tal planteamiento, el legislador secundario estableció tal separación en el vigente C. Pr. Pn., evitando la concentración de poderes en un solo órgano como acontecía con el anterior Juez de Primera Instancia del C. Pr. Pn. de 1973⁹⁸.

⁹⁸ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad, número 2-2005 de fecha 28 de marzo de 2006. En efecto, la finalidad del principio de separación del juez de la acusación, a través de la desconcentración de los diversos roles procesales en distintos sujetos, es evitar un juez comprometido con la investigación y que ello pueda poner en duda su imparcialidad en el resolución del caso. Según esta jurisprudencia, no sería saludable que en un proceso penal el juez oriente la investigación, señalando los actos o diligencias que el fiscal deba realizar.

CAPITULO II

EL DERECHO PROCESAL PENAL CONTEMPORÁNEO, SUS CARACTERES Y PRINCIPIOS INSERTOS EN LA INSTRUCCIÓN FORMAL Y EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR

SUMARIO: 2.1. Concepto. 2.2. Caracteres. 2.3. Principio de Oficialidad o Estatalidad. 2.4. Principio de Juicio Previo. 2.5. Principio de Legalidad. 2.6. Principio Acusatorio. 2.7. Principio de Oralidad. 2.8. Principio de Publicidad. 2.9. Principio de Inmediación. 2.10. Principio de Concentración. 2.11. Principio de Contradicción. 2.12. Principio de Igualdad. 2.13. Principio de Inviolabilidad de la Defensa. 2.14. Principio de Presunción de Inocencia. 2.15. Principio de Juez Natural. 2.16. Principio de Independencia e Imparcialidad del Juez.

2.1. CONCEPTO

El Derecho Procesal Penal es la rama del derecho público que establece los principios y regulación, tanto de los órganos jurisdiccionales del Estado para la administración de justicia, como del proceso como medio para la concreción del derecho sustancial en el caso particular⁹⁹. También se define como: *“Todo conjunto de normas jurídicas respecto de la organización de la justicia, las funciones de los órganos judiciales –Ministerio Público y Policía Judicial- y jurisdiccionales predispuestos por el Estado, a fin de realizar mediante el Proceso Penal la Ley Penal sustantiva”*¹⁰⁰. O sea, es el conjunto de reglas jurídicas que regulan la actuación de un juzgado o tribunal, de las partes y que ordenan los actos requeridos para decidir si ha de imponerse una sanción. También se llama Derecho Procesal Penal: *“Al conjunto de normas que conforman la justicia penal y que deben permitir un control de la criminalidad que resulte socialmente asumible y al propio tiempo, servir como respuesta punitiva de esas conductas que aparecen como intolerables para el conjunto de la sociedad”*¹⁰¹.

⁹⁹ MORAS MON, Jorge R., *Manual de Derecho Procesal Penal, Juicio Oral y Público Penal Nacional*, 5ª edic., Buenos Aires, Argentina, Ed., Abeledo-Perrot, 1999, p. 13. Es a través del derecho procesal penal que el derecho penal adquiere su concreción; entonces, el derecho penal se efectiviza poniendo en marcha un proceso penal para la aplicación de la ley penal sustantiva al caso considerado como delito.

¹⁰⁰ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, p.7. Se afirma por tanto por tanto, que el Derecho Procesal Penal es aquel conjunto de normas directa o indirectamente sancionadas, que se funda en la institución del Órgano Judicial y regula la actividad dirigida a la determinación de las condiciones que hacen aplicable en concreto el Derecho Penal sustantivo

¹⁰¹ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, 3ª edic., Valencia, España, Ed., Tirant lo blanch, 2008, p. 36. Estos autores además exponen que, el proceso penal es sin duda el instrumento último de la política pública de seguridad, aunque naturalmente no es el único medio con que el Estado se dota para garantizar la seguridad; ni siquiera puede considerarse el más importante. Se trata de una pieza más que se debe diseñar junto con toda una batería de medidas de política criminal de muy diversa índole, tanto preventiva como represiva, que los poderes públicos han de adoptar.

De estos conceptos, hay que distinguir la diferencia entre proceso y procedimiento penal. El proceso penal, se entiende como aquella serie o sucesión de actos que se llevan a cabo y desarrollan en el tiempo, con sujeción a unas reglas o normas de procedimiento y a través de las cuales se realiza la actividad jurisdiccional. El procedimiento penal, es la medida del proceso, es decir, la exteriorización del desarrollo de la actividad jurisdiccional, de la sucesión de los actos en qué consiste y el método las reglas conforme a las que aquéllos han de realizarse. Según JESUS FERNÁNDEZ ESTRALGO, el procedimiento penal es: “*El itinerario que han de recorrer la pretensión y la resistencia a fin de que puedan llegar a recibir la satisfacción del órgano jurisdiccional*”¹⁰².

Cabe señalar que en el proceso penal se persigue un fin social, por una parte, mediante el castigo del responsable penal, a la vez que la protección del inocente mediante una serie de garantías procesales que eviten su sometimiento a vejaciones odiosas o a una condena injusta; y por otra, la justa protección de los perjudicados, erradicando la autotutela. Por ello se afirma, que actualmente, el proceso penal gira en torno a dos principios constitucionales básicos: el principio acusatorio penal y la presunción de inocencia¹⁰³.

2.2. CARACTERES

El primer carácter, es que el Derecho Procesal Penal es una disciplina que pertenece al derecho público. Se ha reconocido que el derecho procesal penal es una rama del derecho público¹⁰⁴ porque sus

¹⁰² FERNÁNDEZ ESTRALGO, Jesús, *Principios del Proceso y Principios del Procedimiento*. Estudio Comparativo del Código Procesal Penal de El Salvador y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, Madrid, España, Ed., Consejo General del Poder Judicial Español, 1998, p. 3. En otras palabras, el procedimiento penal son los actos establecidos por ley que realizan las partes y el juzgado o tribunal en forma secuenciada y ordenada dentro de una etapa del proceso penal.

¹⁰³ RIFÁ SOLER, José María, y VALLS GOMBAU, José Francisco, *op. cit.*, p.24. Sostienen además, que el proceso penal, a diferencia del civil que pretende el restablecimiento de un derecho subjetivo privado lesionado, tiene como fin ejercer el ius puniendi del Estado para el restablecimiento del orden jurídico, de naturaleza pública, quebrantado.

¹⁰⁴ MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, *op. cit.*, P. 95. Este autor define al Derecho público como aquél que regula intereses comunitarios, por oposición a los intereses privados de los individuos (teoría de los intereses), como si, según su concepto más moderno, se lo identifica por la naturaleza de la relación jurídica regulada, en la que los órganos del Estado o los individuos calificados de ese modo que ejercen sus funciones, ocupan una posición supraordinada respecto de los demás sujetos de derechos (subordinados) a los que vinculan y obligan con su sola declaración de voluntad (teoría de los sujetos), la clasificación es aparentemente correcta porque el Derecho Procesal penal regula la actividad de órganos estatales (sobre todo: el tribunal y el ministerio público) que obran guiados por un interés social (la persecución penal de los delitos) y esos órganos se supraordinan a los particulares que intervienen en el procedimiento, hecho que se nota, sin más, en el imperio

normas regulan una actividad del Estado, siendo ésta, la función jurisdiccional. Su naturaleza pública también deriva del carácter público del derecho penal sustancial, por cuanto si éste es público, de igual manera lo será el derecho que lo pone en acto. Una razón no menos importante reside en el interés de la colectividad en que se individualice al autor del hecho ilícito para aplicarle una sanción y en que se absuelva al inocente¹⁰⁵. Además de otras consideraciones, la naturaleza pública del derecho procesal penal, puede entenderse por su manifestación, como una imposición a los órganos encargados de administrar justicia.

Otro carácter del Derecho Procesal Penal, es su función accesoria o instrumental respecto del derecho penal material. La prohibición de la autotutela, que en el ámbito penal está formulada con carácter radical, así como el monopolio jurisdiccional en la imposición de penas, hace que el proceso penal se constituya en la única fórmula mediante la cual el Estado pueda investigar la comisión de los delitos a los efectos de, en su caso, imponer una pena, previa declaración de la culpabilidad de una persona. En consecuencia, para JOSE MARIA ASECIO MELLADO, la función esencial del proceso penal no es otra que: "*La actuación del ius puniendi del Estado mediante la aplicación del derecho objetivo a los casos de naturaleza penal que hayan de ser enjuiciados*"¹⁰⁶. El fin a que aspira el derecho procesal penal, es al de servir a la concreción o materialización del derecho penal sustancial; por lo que se comporta como accesorio de este último, ya que le sirve como medio o instrumento para que aquél alcance su finalidad represiva¹⁰⁷. A esto también se le conoce como el carácter realizador del derecho procesal penal, por cuanto mediante él, se lleva a cabo la pretensión punitiva del Estado.

Un último carácter que se señala, es lo autónomo y científico del Derecho Procesal Penal. Se ha señalado el carácter accesorio que tiene el derecho procesal penal, pues su tarea consiste en restaurar

jurisdiccional que con la declaración de voluntad del órgano estatal (juez) somete a los particulares a la solución que adopta en su decisión (específicamente: la sentencia).

¹⁰⁵ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, p.14. La naturaleza pública del derecho procesal penal, radica en que ante la infracción penal, el Estado a través de sus entes, actúa directa y obligatoriamente al poner en movimiento las potestades represivas que le pertenecen, a través de los Órganos encargados para tal fin, siendo estos la policía, la fiscalía y la jurisdicción penal.

¹⁰⁶ ASECIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Penal*, 2ª edic., Valencia, España, Ed., Tirant lo blanch, 1998, p. 28. No existe otra vía, que no sea el proceso penal para imponer penas por delitos; por lo que el derecho penal se realiza a través de aquél, de quien se sirve; de ahí le viene el carácter accesorio o realizador del derecho procesal penal.

¹⁰⁷ MORAS MON, Jorge R., *op. cit.*, p. 14. Este autor sostiene, que se ha dicho que sin el Derecho Procesal Penal la norma penal sustancial es totalmente inocua, por cuanto vive abstractamente en la ley, pero no toma contacto con el caso concreto. Este contacto con lo concreto es el que instrumenta el Derecho Procesal Penal.

el orden jurídico mediante la solución de un conflicto, captado por el derecho penal sustantivo; no obstante ello, contradictoriamente se afirma su autonomía, puesto que tiene sus propios principios, que no tiene ningún tipo de contacto con los principios reguladores de las normas del derecho penal¹⁰⁸. Suele pensarse que existe una dependencia absoluta del derecho procesal penal del derecho de fondo, sin reparar que las normas punitivas y las normas procesales, tienen distinto contenido, así como distintos principios que regulan ambos derechos y que precisamente el estudio dogmático de las diferentes normas es lo que constituye el objeto de la ciencia jurídica. Es por ello que se ha pretendido negar el carácter científico del derecho procesal penal, en razón de su accesoriedad en su tarea de actuar el derecho penal sustantivo. Al analizar los principios reguladores del proceso penal y advertir que carece de contacto con la definición y la teoría general del delito, se pone en evidencia la separación de los contenidos de ambos ordenamientos jurídicos¹⁰⁹.

2.3. PRINCIPIO DE OFICIALIDAD O ESTATALIDAD

Es tarea de los órganos predispuestos, la aplicación concreta de la norma penal violada, ya que es el Estado el que tiene la facultada represiva de punir, previo proceso legalmente definido y previa averiguación de la verdad. Al atacar el delito bienes que el Estado considera esenciales, el proceso penal es una obra de éste, por lo que asume la administración de justicia; en ese sentido la oficialidad o estatalidad, supone que el ejercicio de la función penal es un poder exclusivo y obligatorio del Estado; por tanto, las funciones de juzgar, perseguir y de defensa, las asume el estado como una cuestión oficial¹¹⁰; es así que el juicio previo que precede la decisión del juez o tribunal es obra del órgano

¹⁰⁸ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, pp. 18 y 19. Según este autor, en el proceso penal se busca la declaración de certeza del delito y la aplicación de la pena. Se trata de una investigación judicial, que no difiere en sustancia de cualquier otro tipo de investigación. Su meta es la averiguación de la verdad de un hecho presuntamente acaecido, para la correcta aplicación de la ley sustantiva.

¹⁰⁹ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, p. 19. Tanto el derecho procesal penal como el derecho penal, tienen sus propios principios y por tanto la ciencia que los estudias; siendo sus contenidos totalmente separados, en ese sentido se afirma su autonomía.

¹¹⁰ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, p. 234, 235 y 236. Sostiene que la función de juzgar es una obra absolutamente estatal, a tal punto que en los delitos de ejercicio privado de la acción, corresponde la acción jurisdiccional siempre, aun cuando el contenido material de la acción dependa de los particulares. En estos casos el Estado proporciona el proceso penal y el órgano jurisdiccional para llevar a cabo la actividad de aquellos. Es una actividad oficial del Estado. La función de perseguir, es otra actividad que cumple el Estado, está a cargo de diversos órganos que se encargan de llevar adelante esta potestad represiva. En El Salvador, esa función la desempeña la Fiscalía General de la República y la Policía de Investigación, según los artículos 270 y 271 CPP.

judicial¹¹¹. La función de perseguir e investigar el delito está a cargo de distintos organismos del Estado, la Policía y el Ministerio Público; y la garantía de defensa en juicio del imputado, la toma el Estado como su obligación, sin perjuicio de la defensa técnica particular permitida al imputado¹¹².

El Principio de Oficialidad, que haría referencia al ámbito que en el proceso civil ocupa el principio dispositivo y que, partiendo de la naturaleza pública del derecho de penar, llevaría a conclusiones desde luego diferentes en relación con la iniciación del proceso, la deducción de la pretensión y la vinculación del órgano judicial a dicha petición jurídica. El principio dispositivo se basa en el carácter privado de las relaciones jurídicas que se hacen valer en el proceso civil, difícilmente se puede extrapolar tal afirmación al proceso penal en el que los bienes jurídicos en juego gozan de naturaleza pública siendo por ello indisponible y de titularidad pública¹¹³.

En contraposición al principio de oficialidad, encontramos el principio dispositivo, que es el que habitualmente rige en los procesos en que se debaten cuestiones relacionadas con los derechos sobre los que las partes tienen facultades de disponer. El principio dispositivo no es sino el trasunto procesal de la disponibilidad sustantiva de los derechos o dicho de otra manera, es la consecuencia o reflejo necesario que provoca en el proceso el reconocimiento de la autonomía de la voluntad respecto de los

¹¹¹ Lo que se conoce como Principio de exclusividad jurisdiccional, el cual según la jurisprudencia significa: *“El art. 172 Cn. enuncia el principio de exclusividad de la jurisdicción el cual implica, en primer lugar, un monopolio estatal como consecuencia ineludible de atribuir a la jurisdicción la naturaleza jurídica de potestad dimanante de la soberanía popular, y en segundo lugar un monopolio judicial, en virtud de la determinación del órgano del Estado al cual se atribuye la jurisdicción. Así pues, la exclusividad de la potestad jurisdiccional del Órgano Judicial significa que ningún otro órgano del Gobierno ni ente público puede realizar el derecho en un caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado”*. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Amparo número 1032-2002 de fecha 18 de abril de 2004.

¹¹² Ampliamente este punto lo desarrolla la Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad número 2-2005 de fecha 28 de marzo de 2006, al separar la funciones de investigación que corresponde el fiscal, auxiliado por la policía, y al juez la de juzgar. La sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Amparo número 70-2006 de fecha 29 de marzo de 2006, explica de mejor manera el papel del juez, como el director y conductor del proceso. Las funciones de la Fiscalía General de la República, que se derivan del Art. 193 ordinal 3° de la Constitución, se desarrollan ampliamente en la sentencia definitiva de Hábeas Corpus, de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 169-2006, de fecha 29 de febrero de 2008. Y sobre la asistencia letrada de Defensor Público, que es la defensa que asume el Estado en ausencia del nombramiento de un abogado de su confianza por el imputado, en atención a lo que prescriben los Arts. 98 y 101 CPP, en relación al Art. 194 II, 2° Cn., se ilustra adecuadamente en la sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia número 465-CAS-2006, de fecha 16 de abril de 2009.

¹¹³ ASENCIO MELLADO, José María, *Introducción al Derecho Procesal*, 5ª edic., Valencia, España, Ed., Tirant lo blanch, 2008, pp.186 y 187. El ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública por ejemplo, no depende del interés del particular afectado por el delito, sino que es una obligación que el Estado ha hecho suya, a diferencia del proceso civil, cuyo titular es el particular, quien ejercita la pretensión.

derechos subjetivos. Rige fundamentalmente este principio dispositivo, en el proceso civil, laboral, contencioso-administrativo y el de oficialidad sobre todo en el proceso penal¹¹⁴.

Conforme al principio de estatalidad u oficialidad¹¹⁵, el proceso penal continúa siendo, básicamente, una forma de operar para administrar justicia cuyas funciones principales son predominantemente estatales. Así, la función de juzgar, esto es, de decidir el caso y darle solución según las reglas del sistema, pertenece, con exclusividad al Estado, que la ejerce por intermedio de los Tribunales que integran el Órgano Judicial, Art. 172 Cn. Ello impide en forma absoluta, que la consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad) sea lograda por vía de la voluntad o reacción particular. Por otra parte, JULIO MAIER, ha dicho: *“Que la función de perseguir penalmente pertenece también, por regla general, al Estado; de ahí la creación de órganos estatales específicos, el ministerio público y la policía, cuya tarea fundamental se puede resumir, en la labor de investigar los delitos cometidos y perseguir a sus autores y partícipes. A tanto llega la estatalización de las funciones cumplidas en el procedimiento penal, que la misma defensa técnica del imputado, en principio de interés privado sobre el cual decide él mismo,*

¹¹⁴ ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *Introducción al Derecho Procesal*, 3ª edic., Madrid, España, Ed., Marcial Pons, 2007, pp. 153 a 157. Establece este autor cuales son las manifestaciones del principio de oficialidad, a saber: *“La facultad de iniciar el proceso no siempre corresponde en exclusividad a las partes, sino que también al órgano judicial, y en el caso salvadoreño al Ministerio Público Fiscal; la delimitación de la materia sobre la que haya de versar el proceso no queda exclusivamente en manos de las partes, esto significa que la investigación que se lleva a cabo en la instrucción, por ejemplo, no se ciñe a los aspectos que indiquen los acusadores, sino que el juez instructor tiene el deber de investigar rigurosamente y exhaustivamente todos los aspectos y circunstancias de los hechos para depurar las consecuencias penales que se puedan derivar de los mismos”*. Esta obligación en el caso salvadoreño recae sobre el fiscal, Art. 75 CPP. La sentencia ha de pronunciarse exclusivamente sobre los hechos introducidos por las acusaciones, esto significa que la armonía o correlación entre acusación y sentencia nunca se fundamente en el respeto a la autonomía de la voluntad, sino en la necesidad de preservar la imparcialidad del tribunal evitando que se convierta a la vez en juez y parte y el derecho de defensa: si el juez se pronuncia por hechos no alegados en el proceso, las partes quedarían indefensas, puesto que no habrían sido oídas al respecto; e incidencia de la voluntad de las partes en la continuación del proceso, al respecto, en los procesos regidos por el principio de oficialidad, la voluntad de las partes tiene una incidencia muy diferente que en los regidos por el principio dispositivo. En el proceso penal, concretamente, la voluntad de las partes es irrelevante en cuanto a la conclusión de la instrucción, que podrá continuar si el juez lo considera oportuno, pese a la voluntad contraria. En el caso salvadoreño, existen posibilidades, aunque mínimas, en que las partes pueden decidir la suerte del proceso penal, que están debidamente reguladas, como son los casos en que se concilie, Arts. 38 y 39 CPP, la revocatoria de la instancia, Art. 40 CPP y el perdón de la víctima cuanto esté expresamente autorizado, Art. 31 CPP., para mencionar los más frecuentes.

¹¹⁵ A este principio, la jurisprudencia salvadoreña lo ha llamado principio de oficiosidad, al decir: *“ En términos generales, la oficiosidad implica que los entes públicos deben realizar, de acuerdo a su marco de competencias, cuando se den los presupuestos fijados por la norma, las acciones institucionales encaminadas hacia un fin; ello significa , por una parte, que dichas acciones deben estar condicionadas por la norma a la previa solicitud del interesado o afectado, por otra, que el ente público está obligado a utilizar los medios de que disponen para lograr el fin”*. Sentencia de Amparo de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 674-2001 de fecha 23 diciembre de 2003.

asume, esta vez por excepción, el carácter de un interés estatal, cuando el imputado omite la decisión, es decir, no cubra la defensa técnica. La razón de ser de esta asunción como público, de un interés privado, reside tanto en la necesidad de garantizar la defensa y para ello, de colocar al imputado en una posición de equilibrio frente al acusador¹¹⁶.

2.4. PRINCIPIO DE JUICIO PREVIO

Este Principio del juicio previo, significa que no puede existir una condena que no sea el resultado de un juicio lógico, expresado en una sentencia debidamente fundamentada; juicio de naturaleza lógica que debe estar fundado en una ley previa al hecho del proceso. El principio de juicio previo, visto como una garantía procesal, se vincula con dos dimensiones básicas: que la imposición de un castigo y el ejercicio del poder penal del Estado, están limitados por una forma y que esa forma tiene un contenido preciso que la Constitución señala, siendo éste el proceso penal o juicio¹¹⁷; lo que significa es que el juicio debe ser preparado y controlado, por eso hay un proceso que se rige por la ley, que precede necesariamente al juicio¹¹⁸. La segunda dimensión es, que el juicio previo al que se refiere la

¹¹⁶ MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, op. cit., pp. 417 a 420. Sin embargo sostiene este autor, que la regla (principio de estatalidad u oficialidad) reconoce excepciones en el derecho procesal penal; pues el CPP establece para unos pocos delitos la persecución penal privada, al legitimar al ofendido o por excepción, a algunos parientes para asumir el papel que se concede al ministerio público (Arts. 439 y sig. CPP). Este principio de oficialidad o estatalidad, alcanza en el procedimiento penal por vía de excepción, el ejercicio de la acción civil o reparación civil, en el funcionario oficial o sea el Ministerio Público Fiscal, como representante de la víctima (Art. 43 CPP).

¹¹⁷ El Art. 11 Cn. Dice: “Ninguna persona 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; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”. De igual manera, el Art. 1 del CPP., desarrolla el contenido del juicio previo, al decir: “Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad mediante una sentencia firme, dictada en juicio oral y público, llevado a cabo conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República, en este Código y demás leyes, con observancia estricta de las garantías y derechos previstos para las personas”. Esto significa, que solo un juicio, en tanto conclusión lógica de un razonamiento fundado en premisas, representado por el acto que técnicamente llamamos sentencia que debe ser fundada, es decir, debidamente motivada, es el que permitirá la condena. Esta es la postura que considera el juicio como un razonamiento lógico.

¹¹⁸ La Constitución de la República supone también, un procedimiento previo a la sentencia, así el Art. 12 establece: “... La persona detenida debe ser informada de manera inmediata 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...”. Este proceso previo, le procura los elementos para la decisión del tribunal respecto de la imputación deducida, esto es, los elementos que le permitirán construir, sobre todo, la premisa fáctica en la que apoyará su resolución, aplicando la ley penal o prescindiendo de su actuación. Para MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, op. cit., p. 488, este es otro de los sentidos que en la Constitución asume la cláusula de juicio previo, no solo porque la misma palabra “proceso” aparece al final de la regla (parte final del inc. Segundo del Art. 12 Cn., salvadoreña), sino especialmente, por que los

Constitución es el realizado por jueces. En virtud de dicho significado, la garantía de juicio previo debe completarse con la garantía del proceso, en tanto antecedente necesario del juicio, del que éste representa su conclusión; procedimiento que debe ser imparcial, que permita al imputado amplia oportunidad y libertad de defensa, con vigencia irrestricta de las limitaciones que la propia Constitución impone al ejercicio de la persecución penal¹¹⁹.

En síntesis, la garantía de juicio previo es una fórmula sintética en la que está contenida una limitación objetiva al poder del Estado (la forma concreta, que prevé la Constitución) y una limitación subjetiva al ejercicio de ese poder (el juez, como único funcionario habilitado para desarrollar el juicio). También es una fórmula sintética en otro sentido: expresa el punto de máxima eficacia de todas las garantías procesales¹²⁰. El juicio previo es el punto de máxima concentración de la fuerza protectora de las garantías de defensa, inocencia, inviolabilidad del ámbito íntimo, intermediación, publicidad, etcétera¹²¹.

preceptos de garantía judicial que el mismo artículo contiene se ocupan, precisamente, de las formas fundamentales que debe observar este proceso previo.

¹¹⁹ En tal sentido, la jurisprudencia ha establecido, lo que debe entenderse como proceso previo (*nulla poena sine processu*): “La exigencia del proceso previo supone dar al demandado y a todo los intervinientes en el proceso, la posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derechos de manera plena y amplia. Y es que, hacer saber al sujeto contra quien se pretende en un determinado proceso, la existencia de éste, y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa, constituyen circunstancias ineludibles para el goce irrestricto del derecho de audiencia”. Sentencia de amparo de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, del 13 de octubre de 1998, número 159-97. De igual manera, en la sentencia de amparo de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de fecha 2 de marzo de 2007, número 397-2006, se afirma: “según lo ha manifestado este Tribunal en su jurisprudencia, aquél consiste en que la privación de derechos debe necesariamente ser precedida de un proceso o procedimiento prescrito para cada caso por las disposiciones infraconstitucionales respectivas y ante entidades previamente establecidas. De manera que la exigencia del procedimiento previo supone por un lado, hacer saber al administrado, la infracción o ilícito que se le reprocha; y por otro lado, dar a todos los intervinientes la posibilidad de exponer sus razonamientos y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa”.

¹²⁰ El proceso reglado que exige la Constitución tampoco es cualquier procedimiento establecido por la ley, sino uno acorde con las seguridades individuales y formas que postula la misma ley suprema; es decir, con absoluto respeto a las garantías de los justiciables, entre las más importante, la de juez natural, inviolabilidad de la defensa, tratamiento del imputado como inocente, incoercibilidad del imputado como órgano de prueba, inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia epistolar, prohibición de múltiple persecución, juicio oral, público y contradictorio, etc. Garantías que se ponen de manifiesto en el proceso penal, al ser juzgados por un juez competente, predeterminado en la Ley, garantizándosele al justiciable en todo tiempo la asistencia letrada, derecho irrenunciable, en caso de estar detenido, el estado asume la responsabilidad de la defensa cuando aquél no lo haga directamente; corresponde a los acusadores destruir la inocencia del imputado, por tanto éste no puede ser utilizado como órgano de prueba; él constitucionalmente tiene construida su inocencia; y su domicilio, así como la correspondencia son inviolables, según la Constitución, excepcionalmente, por razones que la misma norma fundamental establece; el derecho a audiencia, a ser escuchado oralmente, a que se permite el control de los actos del proceso, no solo por los sujetos involucrados sino que por los ciudadanos y que las partes actúen en su desarrollo en igualdad de condiciones, permitiéndoseles las alegaciones, peticiones y contradecir lo que la otra parte argumenta. Sin embargo, hay algunas formas de burlar o violar algunas de estas garantías; por ejemplo,

2.5. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Se ha conceptualizado a la legalidad como la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos, generalmente la Policía o el Ministerio Público Fiscal, que frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo de acción pública, se presenta ante los órganos judiciales reclamando o realizando la investigación, el juzgamiento y si corresponde el castigo del delito que se hubiere logrado comprobar¹²². La normativa procesal establece el principio de legalidad, que rige el proceso; el que implica que de forma precedente al hecho delictivo se haya estatuido el tipo de enjuiciamiento; forma que no puede ser alterado por una norma posterior más restrictiva para los derechos y garantía del acusado¹²³.

permitiendo que partes del proceso sean escritas; en algunos casos, de prueba anticipada o cierta prueba documental, se viola el principio de inmediación, como consecuencia el juicio previo, puesto que la prueba no se produce en el juicio sino que se incorpora por la simple lectura.

¹²¹ BINDER BARZIZZA, Alberto, *Introducción...*, op. cit., p. 115. De manera que la exigencia del procedimiento previo supone por un lado, hacer saber al administrado, la infracción o ilícito que se le reprocha; y por otro lado, dar a todos los intervinientes la posibilidad de exponer sus razonamientos y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa.

¹²² CAFERATA NORES, José I., *Cuestiones...*, op. cit., pp. 22 y 23. Sostiene además este autor que: “*A este principio se lo enuncia simplificadamente diciendo que ‘todo delito de acción pública debe ser ineludiblemente investigado, juzgado y castigado (por cierto, si corresponde)’ y con igual compromiso de esfuerzos estatales. Su influencia se advierte en el momento inicial de la acción penal y en el momento posterior de su ejercicio*”.

¹²³ Sobre el principio de legalidad en la jurisprudencia se ha dicho: “*En general, legalidad significa conformidad con la ley, por ello se llama ‘principio de legalidad’ a la sujeción y el respeto por parte de las autoridades públicas y privadas al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende la normativa constitucional y legal aplicable. La concreción de tal principio reafirma la seguridad jurídica del individuo, en lo que se refiere a que una situación no será modificada más que por procedimientos regulares y por autoridades competentes previamente establecidas. Su reconocimiento proviene del artículo 15 de la Constitución que establece: 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*”. Sentencia de Amparo de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de fecha seis de julio de dos mil siete, número 754-2006. *Vid.*, en iguales términos la sentencia de Hábeas Corpus, de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 174-2005, de fecha 12 de julio de 2006. También la jurisprudencia se ha pronunciado sobre el Principio de Legalidad de Leyes de carácter procesal, al decir: “*Es necesario retomar lo que la Sala de lo Constitucional ya ha determinado en su jurisprudencia en relación al principio de legalidad con relación a la aplicación de leyes de carácter procesal. En esa línea la Sala hizo una distinción entre el hecho jurídico material y el hecho jurídico procesal; pues la norma procesal regula al último y no al hecho jurídico material. Es decir, la aplicación de la nueva normativa procesal no queda excluida por la circunstancia de que los hechos sobre cuya eficacia jurídica versa el proceso hayan ocurrido mientras regía una norma procesal distinta y esto es así porque la nueva norma procesal regirá los hechos procesales pero no los hechos de fondo que originaron el proceso o litigio. Significa lo anterior –respecto a la aplicación de la ley procesal penal en el tiempo, que establece como principio la aplicación inmediata de la norma- que a contrario sensu, la disposición procesal que pierde su vigencia, deja de ser aplicable desde ese momento, pues por ser materia de orden público es de inmediato y obligatorio cumplimiento*”. Sentencia de Hábeas Corpus, de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia,

En ese orden de ideas, el Estado tiene el deber de iniciar la acción penal a través de los órganos predispuestos de acuerdo con las normas penales sustantivas como contenido de la pretensión represiva, siempre que aparezca como cometido un delito; esta idea se refiere al deber que tiene el Ministerio Público Fiscal, de promover la acción penal con base en las investigaciones realizadas por todos aquellos hechos que la ley considera delitos; es decir, es la obligación y el deber que tiene el Estado de perseguir ante la jurisdicción los delitos de acción pública. Pero el ejercicio de la acción penal pública contra una persona que se le impute un delito, deberá realizarse conforme a las leyes preexistentes al hecho delictivo cometido y ante un juez competente instituido con anterioridad en la ley.

El principio de legalidad, además de ser un deber y una obligación de la fiscalía, es una garantía para el ciudadano y para la institucionalidad de la justicia, ya que resguarda la paz social, la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley¹²⁴; por lo que frente a la comisión de un delito, es inevitable la actuación de los órganos encargados de la investigación. A la par de esa característica de la inevitabilidad, se encuentra la irrevocabilidad, que es otra de las características del principio de legalidad; la que indica, que: *“Iniciada la acción penal, puesta en funcionamiento la persecución penal del Estado, tal ejercicio no puede interrumpirse, suspenderse, ni hacerse cesar hasta que se agote la pena que se hubiere imputado mediante el dictado de una sentencia”*¹²⁵.

El principio de legalidad y su antitético de oportunidad, indican en que condiciones debe incoarse y finalizarse el proceso penal. Un sistema procesal está regido por el principio de legalidad cuando el proceso penal necesariamente ha de incoarse ante la sospecha de la comisión de cualquier delito, sin que el Ministerio Fiscal esté autorizado a solicitar el sobreseimiento ni el órgano jurisdiccional a otorgarlo, en tanto subsistan los presupuestos materiales que lo ha provocado y se haya descubierto al presunto autor. Por el contrario, un ordenamiento procesal está informado por el principio de

número 138-2005 de fecha 8 de mayo de 2006, sobre el tema *Vid*, Sentencia de Hábeas Corpus de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 77-2005 de fecha 28 de agosto de 2006.

¹²⁴ SANDOVAL, Rommel Ismael, y otros, *Comentarios... op. cit.*, p. 208. El principio de legalidad, significa que, frente a la hipótesis de la comisión de un delito, necesariamente se tiene que poner en marcha el mecanismo estatal para la investigación, juzgamiento y castigo, sin que se pueda evitar de ninguna manera o por ninguna razón que esto así ocurra

¹²⁵ CAFERATA NORES, José I., *Cuestiones..., op. cit.*, p.23. Aunque no es del todo cierto que una vez iniciada la acción penal, no puede interrumpirse, suspenderse, ni hacerse cesar; ya que a través del principio de oportunidad, se puede dejar de perseguir penalmente a una persona, por su especial colaboración en la investigación, no obstante estar vinculado con la comisión del hechos punible, lo cual para algunos violenta el principio de legalidad del proceso.

oportunidad, cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a hacer uso de su ejercicio incoando el procedimiento o provocando su sobreseimiento. A su vez el principio de oportunidad puede ser “puro” o “bajo condición”, la primera fórmula existe cuando las partes son absolutamente dueñas de provocar la finalización anormal del procedimiento y la segunda, si el sobreseimiento permanece bajo la suspensiva condición de que el imputado cumpla determinadas prestaciones¹²⁶.

2.6. PRINCIPIO ACUSATORIO

La existencia de este principio en el proceso penal salvadoreño, es el que permite calificar al sistema preponderante en su legislación, como un sistema procesal mixto de tendencia acusatorio. Esto significa que ningún juez puede actuar oficiosamente en el proceso penal, sin el requerimiento o acusación fiscal o particular; ya que dirigir la investigación y promover la acción, corresponde a la fiscalía¹²⁷. Con este principio se desconcentran las funciones de la actividad procesal, puesto que se puede hablar de acusación, defensa y decisión, a cargo de sujetos diferentes, como lo son el fiscal, el defensor y el juez.

Este principio se basa en la necesaria existencia de una parte acusadora distinta e independiente del juez, que ejercite la acción penal; a su vez admite y presupone el derecho de defensa; por lo que hay posibilidad para ésta, de discusión o rechazo de la acusación con igualdad de medios que los de la

¹²⁶ GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.*, pp. 62, 63 y 64. Agregan que: “*El fundamento del principio de legalidad hay que encontrarlo en el ‘positivismo legal científico’ y en el movimiento codificador del S. XIX, en el que, sentada la ficción de ‘plenitud del ordenamiento jurídico’, el papel del juez había de reducirse a ser un mero autómatas aplicador de la ley, cuando se hubieren cumplido sus presupuestos y ‘sin preocuparse del sentido y espíritu de la ley, condenar si el sonido de la palabra condena y, si lo absuelve, absolver’.* El fundamento del principio de oportunidad no hay que encontrarlo, pues, en la ‘lenidad’, ni en la palabra ‘arbitrariedad’, sino que en razones de utilidad pública o interés social, las cuales se concretan en el derecho comparado, en las siguientes causas: a) la escasa lesión social producida mediante la comisión del delito y la falta de interés en la persecución penal; b) el estímulo a la pronta reparación a la víctima constituye otro de los objetivos de los sistemas de transacción penal; c) evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, que es utilizado en ciertos países como USA, para evitar que jóvenes delincuentes se conviertan, tras su estancia en la cárcel, en nuevos y más peligrosos delincuentes; d) Obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación; y, e) Obtener la ‘reinserción social’ de presuntos terroristas y una mejor información acerca de las bandas armadas”.

¹²⁷ Así lo ha sostenido la jurisprudencia nacional, al decir que: “*La participación de Fiscalía General de la República en el proceso penal es una consecuencia necesaria del principio esencial al régimen constitucional de ne procedat iudex ex - officio, el cual exige, para asegurar el derecho de defensa, la intervención de un acusador independiente del juzgador, lo cual llevó históricamente al abandono de la práctica -predominante en el proceso inquisitivo- de la fusión de ambas funciones en una misma persona*”. Sentencia de Amparo de la Sala de la Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 107-2005, de fecha 18 de abril de 2006.

parte acusadora; y por último, la existencia de un órgano judicial independiente que debe fallar con carácter absolutamente imparcial¹²⁸. El principio acusatorio puede sintetizarse en dos ideas bien simples: no hay proceso sin acusación (la expresión latina *nemo iudex sine actore* quiere significar la misma idea) y quien acusa no puede juzgar¹²⁹.

Para JOSE MARIA ASECIO MELLADO, el principio acusatorio lo define diciendo: “Se justifica en la necesidad de garantizar la independencia de los órganos jurisdiccionales, hecho éste que en ningún caso excluye la intervención del Estado en la investigación y sanción penal sino que sólo impone la utilización de expedientes formales de separación de funciones. El principio acusatorio, tal y como hoy en día ha de ser entendido, parte de dos premisas: una, la configuración del delito como fenómeno de naturaleza pública e indisponible; y, otra, que el Estado, para asegurar la imparcialidad judicial y mantener la persecución delictiva en sus manos, desdobra sus funciones entre dos órdenes de funcionarios: el Ministerio Fiscal encargado de la acusación y el Juez penal a quien se atribuye el enjuiciamiento y fallo”¹³⁰.

¹²⁸ RIFÁ SOLER, José María, y VALLS GOMBAU, José Francisco, *op. cit.*, p.29. También sostienen que: “El contenido constitucional protegible de este principio acusatorio puede desglosarse en: 1.º un derecho de defensa; 2.º un derecho a ser informado de la acusación y a la existencia de correlación entre acusación y sentencia, imposibilitándose la *reformatio in peius* (reforma en perjuicio), en segunda instancia; y 3.º un derecho a un juez imparcial”.

¹²⁹ Los aspectos que se pueden considera esenciales y definitorios del principio acusatorio son: “A) necesidad de que haya una acusación. Un proceso penal regido por el principio o sistema acusatorio no puede iniciarse si no es en virtud de una acusación, es decir, de un acto realizado por un individuo diferente del propio juzgador, que introduce los hechos justiciables, los califica como subsumibles en un determinado tipo penal y solicita que se imponga la pena que se derive de los mismos. De esta manera, las funciones de acusar y juzgar quedan en el sistema acusatorio completamente separadas y atribuidas a sujetos diferentes. B) Separación de tareas de instruir y juzgar. Instruir, como decíamos, significa investigar unos hechos con apariencia delictiva, tratando de averiguar las circunstancias que los rodean, de descubrir a sus responsables y de reunir el material probatorio que deba utilizarse en un eventual juicio... En los procesos regidos por el principio acusatorio, pues, hay siempre una autoridad que instruye (a veces un Juez, como sucede en el Estado español; otras, el Ministerio Fiscal, como es el caso de muchos países europeos) y un Tribunal que conoce del juicio y dicta la sentencia”. C)... La sentencia no puede condenar a un sujeto por un hecho punible del que no fue objeto de acusación, ni a un sujeto diferente del que se imputó y posteriormente se acusó. D) Prohibición de la *reformatio in peius*. La exigencia de acusación se extiende a las diferentes y eventuales instancias, sin que se pueda entender que la existente en la primera sirva para la segunda. Así pues, si interpone recurso el condenado y el acusador no se adhiere al recurso instado el agravamiento de la condena impuesta, la sentencia dictada en el recurso no puede agravar o empeorar la dictada en la primera instancia ...”. ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *op. cit.*, pp. 161, 162 y 163.

¹³⁰ ASECIO MELLADO, José María, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 186 y 187.

2.7. PRINCIPIO DE ORALIDAD

El principio de oralidad implica que las actuaciones y comunicaciones que realizan los sujetos procesales durante las audiencias, serán expresadas en forma verbal. Por medio de la oralidad, la persona puede escuchar la imputación que le acredita el fiscal o querellante y puede auto defenderse o ser defendido apropiadamente. RICARDO LEVENE, sostiene que: *“El sistema oral facilita la resolución de los conflictos y permite el acceso de las partes y del público para controlar la actividad jurisdiccional; sin embargo, la oralidad requiere imprescindiblemente un estado de confianza en la justicia”*¹³¹. La importancia de la oralidad proviene del hecho de que ella es el único medio eficaz que nuestra cultura ha encontrado hasta el momento para darle verdadera positividad o vigencia a los principios políticos y garantías que estructuran el proceso penal, como son la inmediación o la publicidad. La oralidad representa, fundamentalmente, un medio de comunicación: la utilización de la palabra hablada, no escrita, como medio de comunicación entre las partes y el juez, y como medio de expresión de los diferentes órganos de prueba. Si se utiliza la palabra hablada, las personas deben estar presentes (inmediación) y además, se comunican de un modo que es fácilmente controlable por otras personas (publicidad). Por eso el juicio oral es el modo más natural de resolver los conflictos humanos¹³².

¹³¹ LEVENE (h), Ricardo, *op. cit.*, pp. 108, 109 y 110. Sostiene este autor, que la fe en el derecho no es una cosa que viene de arriba hacia abajo, sino que nace de abajo hacia arriba; que no se impone por acto de autoridad del Estado mediante un Código de tal o cual estructura, sino que nace de la conciencia misma del pueblo hecho de seguridad en el honor y la rectitud de sus magistrados. Siendo uno de los fines del proceso la investigación real o material de la verdad, ella se consigue mucho mejor con un debate público oral, superior desde todo punto de vista al escrito, secreto y con pruebas legales. La oralidad se adapta mejor al régimen republicano de gobierno y permite obtener economía, rapidez y seguridad, aunque requiera al mismo tiempo gran capacidad de los magistrados. Del Juez, del Tribunal, depende la marcha del debate, la utilidad y la conducción de los interrogatorios al fin perseguido, el cual, es la averiguación de la verdad, mediante la discriminación entre pruebas útiles e inútiles, impidiendo el verbalismo exagerado y declamatorio, que es uno de los males que se achacan a este sistema, sobre todo no dejándose impresionar por efectismos. Es indiscutible que con la oralidad, los hechos fuerzan más la atención del juez, pues la discusión es viva y directa y permite aclarar los puntos oscuros, mientras que las actas y especialmente las declaraciones testimoniales escritas, tan sólo pueden darle una idea pálida, limitada y expuesta a errores de la realidad. Una de las ventajas mayores del principio que venimos sosteniendo, consiste en que comúnmente va unido a otros que son también esenciales, como la publicidad, la inmediación, la concentración y continuidad, y las libres convicciones o la sana crítica en la apreciación de la prueba. Todo ello redundando en una mayor celeridad y economía del proceso. No obstante ser preferible la oralidad, se debe reconocer que a veces la escritura es necesaria, especialmente cuando es preciso efectuar investigaciones técnicas, prolijas y meditadas. La oralidad permite la vinculación directa entre el juez y las partes y que la actividad procesal se concentre en una o en muy pocas audiencias. El juez vive una impresión viva y directa de la prueba y debe presidir la audiencia sin poder delegar sus funciones, bajo pena de nulidad de ella.

¹³² BINDER BARZIZZA, Alberto, *Introducción... op. cit.*, pp. 96 y 97.

La palabra articulada es manifestación natural y originaria del pensamiento humano, puesto que el pensamiento mismo adopta la palabra como su forma natural, como su instrumento de reflexión y ésta se sirve de la palabra para determinar la idea a la que se refiere; de lo cual se concluye que las ideas se van determinando como palabras pensadas; por eso la palabra articulada es la representación perfectamente original del pensamiento; y la palabra escrita, es la representación perfectamente original de la palabra articulada, pero no del pensamiento. Por ello, el juicio oral, público, contradictorio y continuo, se manifiesta como el modo más natural para captar el hecho delictuoso que se presume cometido y que ha dado curso a la investigación en trámite¹³³.

Pero no es el carácter oral o escrito lo que define un sistema como acusatorio adversativo o como inquisitivo. Lo que distingue a un sistema del otro son los principios rectores que regirán todas las etapas del proceso. La oralidad o la escritura son simplemente las formas en que puede ser encausado o administrado el mismo¹³⁴. La oralidad de los actos reconoce excepciones naturales: aquellos medios de prueba originariamente escritos (documentos e informes), que se leen o exhiben en la audiencia y aquellos que, sin participar de estas características, pues, regularmente se desarrollan en forma oral, constan en un acta que se permite incorporar al debate por su lectura¹³⁵.

Sobre el principio de oralidad que rige en el proceso penal, la jurisprudencia ha dicho que: *“Tales argumentos, en nuestro proceso penal, son presentados no sólo por medio de escritos, si no también verbalmente en audiencias instruidas por las autoridades judiciales competentes en cada etapa*

¹³³ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, pp. 266, 267. La oralidad se ve como el medio idóneo para convencer a todos los protagonistas del proceso penal, de manera tal que la convicción se generaliza respecto a la inocencia o culpabilidad del imputado, a través de la intermediación y la oralidad.

¹³⁴ QUIÑONES VARGAS, Héctor, *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, 1ª edic., Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003, p. 38.

¹³⁵ MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, *op. cit.*, pp. 657 y 658. En la aplicación del principio oralidad en los procesos penales, se reconoce que algunas actuaciones el juicio deben introducirse por medio de la escritura, pero estas autorizaciones deben ser excepcionales, para cuando existe acuerdo entre el tribunal y todos los intervinientes a fin de incorporar un acto protocolizado durante la instrucción; para los dictámenes periciales, sin perjuicio de la declaración oral de los peritos durante el debate; para las declaraciones que, por imposibilidad de ser recibidas en la audiencia (por impedimento del órgano de prueba), son llevadas a cabo fuera de ella; y para los actos definitivos e irreproducibles, llevados a cabo con anterioridad al debate, los cuales, por esa misma razón son realizados bajo control de los intervinientes.

procesal; a partir de ello, se pone de manifiesto el principio de oralidad que impera en el proceso penal vigente”¹³⁶.

2.8. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

La publicidad constituye uno de los grandes principios que estructuran el juicio penal, es la esencia del proceso penal que propone la Constitución en el Art. 12 y el CPP en el Art. 13; pero además es una de las garantías judiciales básicas previstas en los Tratados Internacionales, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Art. 14.1¹³⁷ y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en su Art. 8.5¹³⁸. Se relaciona la publicidad del juicio, con una de las funciones propias de la justicia penal, cual es, la transmisión de mensajes a la sociedad, acerca de la vigencia de los valores sociales que fundan la convivencia social, con lo que se logra un efecto de prevención general¹³⁹, es decir, influir en la sociedad mediante la afirmación pública y constante de que ciertos valores son aceptados como básicos; por lo que, permite la publicidad que las decisiones judiciales sean transparentes.

Otra dimensión no menos importante de la publicidad, es el control del colectivo sobre la administración de justicia, eso significa que la justicia penal debe administrarse frente a la comunidad, que los ciudadanos puedan apreciar la manera como los jueces ejercen su función, evitando con ello abusos, excesos o impunidad. De ese modo los jueces deben dictar sus sentencias¹⁴⁰ de cara al pueblo y los

¹³⁶ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Hábeas Corpus número 23-2007, de fecha 11 de septiembre de 2008. Esta sentencia reafirma el principio de oralidad que debe imperar en el proceso penal, el cual se pone de manifiesto en las audiencias, donde el juez oralmente fundamenta sus decisiones.

¹³⁷ Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (ONU 1966), Aprobado por Acuerdo No. 42 del 13 de noviembre de 1979, Ratificado por Decreto No. 27 de fecha 23 de noviembre de 1979, D. O. N° 218, del 23 de noviembre de 1979, Tomo 265 de fecha 23 de noviembre de 1979.

¹³⁸ Convención Americana Sobre Derecho Humanos (Pactos de San José, OEA, 1969), Aprobada por Acuerdo No. 307 de fecha 23 de marzo de 1995, Ratificada por D. L. No. 319 de fecha 30 de marzo de 1995, D. O. N° 82, Tomo 327, del 5 de mayo de 1995.

¹³⁹ Este aspecto se relaciona con el pensamiento preventivo general de las penas y en ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, Sentencia de Inconstitucionalidad, de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 32-2006AC de fecha 25 de marzo de 2008, *“La base del pensamiento preventivo general está compuesta por consideraciones eminentemente sociales y político-jurídicas, lo cual permite justificar la pena no en un sentido metafísico sino en un sentido utilitario; pues de lo que se trata es que la pena tenga alguna utilidad para la sociedad. De ahí que, la racionalidad y la utilidad sean los pilares de esta teoría y sus diferentes versiones”*.

¹⁴⁰ Ha sostenido la jurisprudencia, que: *“La fundamentación de las sentencias penales es una obligación impuesta a los jueces de la materia, requerida expresamente por la normativa procesal aplicable, Art. 130 C.P.P. de rango Constitucional, por configurar una garantía necesaria para el ejercicio del derecho de defensa y como*

ciudadanos pueden tener una percepción directa de como ellos utilizan ese enorme poder que la sociedad les ha confiado. Debe quedar claro, que la publicidad del juicio es el principio que asegura el control ciudadano sobre la justicia¹⁴¹. La participación del pueblo en la administración de justicia no se agota con su incorporación como jurados, sino que comprende también la posibilidad de que puedan presenciar el juzgamiento penal, desde el momento en que se anuncia la acusación, hasta el momento en que se reciben los elementos de prueba, se formulan las conclusiones y alegaciones y se dicta la sentencia¹⁴².

Por su parte, la publicidad permite que cualquier persona¹⁴³ pueda acudir a la sede jurisdiccional a presenciar lo que ahí ocurre, apreciando, juzgando y razonando la racionalidad del fallo; ver actuar a los jueces, permitiéndole tener fe en la justicia; por ello se dice que la publicidad, es un principio de

derivado del carácter público del juicio, Art. 12 Inc.1º Cn. En cumplimiento de la misma, deberá de justificarse el fallo mediante la exteriorización de las razones de hecho y de derecho en que se funda. En lo que respecta a los hechos, la fundamentación comprende: 1-El enunciado del hecho objeto del juicio. 2-La enumeración de los medios de prueba empleados por las partes para informar al juez acerca de las proposiciones que se controvierten; así como una relación del contenido esencial de los datos que aportan dichos medios. 3-La exposición de los argumentos demostrativos, en los que se basan las decisiones que conceden o niegan valor a los datos sometidos a valoración; asimismo, de las razones que sustentan la aceptación o rechazo de las hipótesis debatidas. 4-La descripción de la proposición fáctica que se tiene por acreditada”. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 29 de julio 2008, número 348-CAS-2007. También ha dicho la jurisprudencia, qué debe entenderse por Juicio Público: “La sola existencia de un proceso penal no implica restricción ni amenaza de restricción a la libertad individual; pues, si bien en el proceso penal existe una situación jurídica indeterminada, en la que los derecho de las personas se encuentran en expectativa respecto de la sentencia que oportunamente confirmará o desestimaré la inocencia del acusado, ello no implica per se una afectación a los derechos constitucionales del imputado. Por el contrario, el proceso penal es concebido en las modernas corrientes procesales como un cúmulo de garantías derivadas de la seguridad jurídica, que pretenden proteger los derechos de la persona acusada de la comisión de un delito, para asegurar que pueda ser oída en su defensa y oponerse legalmente a la pretensión punitiva que se deduce en su contra”. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Hábeas Corpus número 15-C-94, del 28 febrero de 1995.

¹⁴¹ BINDER BARZIZZA, Alberto, *Introducción... op. cit.*, p.104. El control ciudadano sobre la publicidad de los actos de los procesos penales, sigue siendo en la práctica muy escaso, por el poco interés que éste ha demostrado, lo cual puede tener su origen en varias razones, que pueden ser su apatía, falta de información y dificultad en el acceso a los lugares donde se realizan los actos del proceso, principalmente en las salas de audiencias.

¹⁴² GONZÁLEZ, Daniel, y otros., *La Implementación de la Reforma Procesal Penal*, Ed., Editores Devis y Lilo, 1996, p. 64. Sobre el control ciudadano de la publicidad de los juicios, la realidad es muy distinta, hay indiferencia de éstos para acudir a los tribunales y controlar lo que hacen los jueces, por lo que se requiere la implementación de programas de divulgación que motiven a las personas el acceso a los juicios o debates; y a su vez procurar la condiciones de acceso mediante una infraestructura adecuada.

¹⁴³ Esto es lo que se conoce como publicidad absoluta, la que presupone la posibilidad de asistencia de cualquier miembro de la comunidad social; se trata pues, de una publicidad “erga omnes”. La publicidad relativa sucede cuando tan sólo las partes en el proceso pueden tomar conocimiento de las actuaciones. La publicidad absoluta puede ser inmediata o mediata. Publicidad inmediata se entiende la asistencia personal o física del público a las actuaciones judiciales, como contraposición a la publicidad mediata que se puede obtener mediante la interposición entre el juicio oral y el público perceptor, de algún medio de comunicación (Tv., radio prensa etc.). En GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.*, p.92.

naturaleza política que tiene por fin el control o fiscalización de la actividad judicial por el pueblo, en un doble sentido: por un lado, como fórmula de evitación de todo tipo de arbitrariedad y por otro, para genera confianza de los ciudadanos en su administración de justicia¹⁴⁴.

En relación al control ciudadano de la justicia o publicidad popular, JULIO MAIER, sostiene que: *“Es ridículo pensar seriamente que el público asistirá a un proceso por actos discontinuos y vertidos en actas escritas o llevados a cabo directamente por escrito, conociendo de antemano, incluso, que no sólo esos actos, sino también todos aquellos que el público no tuvo oportunidad de presenciar, ni derecho de asistir a ellos (los incorporados a la instrucción), pueden contribuir a fundar la sentencia. Por ello, el proceso protocolizado, llevado a cabo discontinuamente, va unido históricamente al secreto de las actuaciones –al menos parcial- que integran el procedimiento. La única manera conocida de abrir el procedimiento penal a la apreciación popular y con ello al control del público en general es sin duda, llevarlo a cabo en una o varias audiencias continuas hasta su terminación, concentrando sus actos y cumpliéndolos oralmente”*¹⁴⁵.

Apunta MIRABEU¹⁴⁶, sobre el principio de publicidad, que pudiera decirse: *“Dadme el juez que queráis; parcial, venal, incluso mi enemigo; poco me importa con tal de que nada pueda hacer si no es de cara al público”*. En su desarrollo procesal, la publicidad tiene diversas gradualidades, según CARLOS ERNESTO SANCHEZ ESCOBAR: *“Desde la garantía esencial de reconocerse un proceso penal público, hasta las limitaciones que normativamente se establecen, tanto en la fase de instrucción –Art. 307 CPP- como en la plenaria –Art. 369 CPP-; de ahí que, entre las circunstancias que permiten limitar*

¹⁴⁴ ASECIO MELLADO, José María, *Introducción... op. cit.*, p. 190. Para el caso de la administración de justicia en El Salvador, la publicidad de los procesos penales, que ha sido ejercida principalmente por los medios de comunicación, le ha traído consecuencias negativas, ya que el ciudadano no confía en la misma, sigue creyendo que los jueces penales todavía no realizan su función con independencia e imparcialidad; pero además, la crítica por la actuación judicial, viene inclusive de afuera, a través de países u organismos internacionales.

¹⁴⁵ MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos, op. cit.*, p. 661. No obstante lo dicho sobre la publicidad, es de tomar en cuenta que con la publicidad del procedimiento, se trata de permitir la percepción o el conocimiento de las actuaciones que se realizan por un tribunal o ante un tribunal, por quienes no forman parte del mismo ni intervienen en el procedimiento; por consiguiente tiene que ver con la posibilidad de un conocimiento general para todos del desarrollo del proceso o cuando menos del juicio, de la actuación judicial esencial; lo que realmente importa entonces, es la ausencia de secreto, de clandestinidad en el desarrollo del proceso, que no haría más que arrojar dudas sobre la labor de la justicia y sobre la imparcialidad del juez.

¹⁴⁶ MIRABEU, Citado por CASADO PÉREZ, José María, y otros, en: *Derecho Procesal Penal Salvadoreño*, 1ª edic., Justicia de paz (CSJ-AECI), El Salvador, 2000, p. 9.

la publicidad se establecen: la moral pública, la intimidad, la seguridad nacional y el orden público o la previsión de normas específicas”¹⁴⁷.

2.9. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

Consiste en la recepción de la prueba y el alegato de las partes en forma originaria, sin interposición de cosa alguna; el juez frente a la prueba y frente a las partes, sin tardanzas para que nada se interponga entre la apreciación que hace el juez de la prueba y ésta misma¹⁴⁸. Implica este principio, que todo el material probatorio que utilizará el juez para emitir su fallo, debe producirse o reproducirse frente a él, en audiencia, frente a las partes, quienes expondrán y debatirán sus argumentos y probanzas. El juez, en forma inmediata, realiza la recepción de la prueba original directamente por sus propios sentidos. La inmediación se manifiesta como la condición básica que hace que esos actos y esas relaciones efectivamente permitan llegar a la verdad del modo más seguro posible, ya que la comunicación entre ellas y la información que ingresa por diversos canales (medios de prueba) se realiza con la máxima presencia de las personas, que deberán dictar una sentencia luego de observar la prueba (los jueces y los jurados)¹⁴⁹.

La inmediación está considerada como un principio consecuencia de la oralidad y postula que el órgano judicial tome un contacto directo con las partes procesales y el material probatorio que se deduce en el proceso; en ese sentido, el contacto directo con las partes, las pruebas y en general, con el material procesal que implica el principio de inmediación, no impide que la presencia física del juzgador, de las partes y de las diferentes personas que pueden intervenir en un proceso (testigos, peritos, etc.), sea

¹⁴⁷ Sobre moral pública, la intimidad, la seguridad nacional, el orden público y la previsión de normas específicas, que son las circunstancias que restringen la publicidad. *Vid* SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto, y otros, *op.cit.*, p. 24.

¹⁴⁸ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, p. 265. El principio de inmediación significa que el juez deberá presidir personalmente tanto la celebración de audiencias como la práctica de los medios probatorios, quedando expresamente prohibido toda delegación de funciones, excepción de las comisiones o auxilios procesales.

¹⁴⁹ BINDER BARZIZZA, Alberto, *Introducción... op. cit.*, p.98. La presencia directa y activa del juzgador es, por lo tanto esencial, al menos en la práctica de la prueba. Si se trata de alegaciones o de discutir sobre fundamentos jurídicos, la inmediación y la oralidad pueden también ser importantes, pero ni mucho menos en la misma medida que en el caso de la prueba, donde resulta absolutamente ineludible.

sustituido por medios técnicos, señaladamente la videoconferencia, que permiten transmitir en buenas condiciones la imagen y el sonido¹⁵⁰.

Comporta el principio de inmediación, la obligación de los órganos judiciales que han de dictar la sentencia luego de presenciar y practicar por sí mismos los actos de prueba y de este modo entrar en contacto directo con dichos elementos. No basta con analizar el contenido de las declaraciones de un testigo, sino que es necesario contrastar y presenciar sus reacciones y actitudes, ya que sólo así es posible conformar una idea acerca de su credibilidad o falta de veracidad¹⁵¹. En el proceso penal impera la inmediación¹⁵², principalmente y como regla general en las audiencias; pero es en la vista pública donde tiene plenitud el principio, ya que, la sentencia ha de basarse en las pruebas practicadas en el juicio oral; en ese sentido el Código Procesal en el Art. 367, establece: “*La vista pública se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes...*”

El principio de inmediación probatoria debe analizarse desde una doble óptica: subjetiva y objetiva; conforme a la primera, se trata de garantizar que el juzgador se relacione o entre en contacto de la manera más directa y estrecha posible con las fuentes de prueba, percibiéndolas por sí mismo, para lo cual es ineludible su presencia continua en la práctica de los medios probatorios; y conforme a la segunda, la inmediación garantiza que el Juez adquiera su convicción de acuerdo con la hipótesis más aceptable o más refrendada por las pruebas, con base a las que guarden una relación más estrecha con la afirmación del hecho a probar¹⁵³.

¹⁵⁰ ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *op. cit.*, pp. 165 y 166. Tomando en cuenta los avances de la tecnología, el CPP permite la teleconferencia para la recepción de prueba testimonial en el extranjero, al cumplirse los presupuestos del Art. 377 CPP, la cual se considera que no violenta el principio de inmediación.

¹⁵¹ ASECIO MELLADO, José María, *Introducción...* *op. cit.*, p. 194.

¹⁵² Sobre este principio que impera en el proceso penal, la jurisprudencia ha sostenido: “*Una característica del proceso oral es la vigencia de un principio típico del Derecho Probatorio, cual es el de la inmediación. En aras a dicho principio, los juzgadores presencian el desfile del elenco probatorio, entre ellos, las declaraciones de los testigos, las cuales sirven para formar su convencimiento sobre la realidad de lo hechos*”. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, número 256-CAS-2004, de fecha 15 de febrero de 2005.

¹⁵³ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.*, pp. 369 y 370. Comparten también estos autores, que el principio de inmediación es la base del juicio oral y de la prueba que se practica en él, de modo que sólo podrá dictar la sentencia el Juez o Magistrado que haya presenciado efectivamente la prueba en el juicio oral.

2.10. PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN

Concentración significa la necesidad de concentrar las actuaciones (incidentes, impugnaciones o alegaciones de cualquier clase) en una sola audiencia, vista o comparecencia; si esto no es posible, en el menor número posible de audiencias y tan próximas entre sí como resulte factible. En efecto, tratándose de actuaciones orales, es necesario que no se desvanezca o desdibuje en el ánimo del juzgador la percepción inmediata y fresca obtenida al presenciar la práctica de la prueba, cosa que podría suceder si el juicio se fragmentara en muchas sesiones o aun fuesen pocas, en sesiones cronológicamente muy separadas entre sí¹⁵⁴.

La concentración como principio del proceso penal, exige que el juicio oral se realice frente a todos los sujetos procesales, desde el inicio hasta su terminación, de una sola vez y en forma sucesiva, sin solución de continuidad¹⁵⁵, con el propósito de que exista la mayor proximidad entre el momento en que se recibe toda la prueba, formulan las partes argumentaciones y conclusiones sobre ella, deliberan los jueces y dictan la sentencia; por tanto, la prueba se ha de realizar concentradamente, de forma que si la suspensión del juicio se prolongara indefinidamente o por tiempo demasiado largo se habrá de celebrar de nuevo, anulando la parte ya celebrada¹⁵⁶. El CPP establece, que cuando ocurre que la vista pública

¹⁵⁴ ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *op. cit.*, P. 166. En ese sentido, los medios de prueba se reúnen en una misma oportunidad, para que sean observados o sean escuchados sin interrupciones y adquieran así mayor virtualidad probatoria, por una parte y por otro lado, puedan ser controlados con mayor eficacia por los distintos sujetos procesales

¹⁵⁵ A este principio de concentración, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal, le ha llamado Principio de Continuidad de la Audiencia de Vista Pública, y al respecto ha dicho: *“El art. 333 Pr. Pn., contiene como regla general, el principio de continuidad de la audiencia de vista pública, el cual consiste en que aquella se realizará sin interrupción, durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su terminación; estableciéndose como excepción al mencionado principio, la suspensión de dicha audiencia, hasta por un plazo máximo de diez días, tan sólo una vez y en cualquiera de los casos enumerados en la referida disposición. En el caso de la causal No.3 de la referida norma, cuando el tribunal, o las partes, consideran indispensable la declaración de un testigo o perito, que no ha comparecido a la audiencia. Entiende esta Sala, que para determinar la procedencia de la suspensión de la audiencia, el juez no sólo debe verificar si el legislador previó la circunstancia aducida como causal de suspensión; sino además debe valorar otra serie de circunstancias. Es equívoco interpretar que el juez está obligado a acceder a todas las solicitudes de suspensión de audiencia que le hagan las partes, por el sólo hecho de que las circunstancias que motivan la solicitud, han sido previstas por el legislador en el art. 333 Pr. Pn., más aún cuando se ha establecido que sería infructuosa la suspensión de la audiencia, por ser imposible la localización del testigo-víctima”*. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, número 554-CAS-2006 de fecha 26 de junio de 2007. El Art. 333 tiene su equivalente en el CPP, en el Art. 375, el que mantiene los mismos supuestos de suspensión de las audiencias.

¹⁵⁶ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.* p. 371. Si la audiencia preliminar es suspendida por causas establecidas en la ley, debe reanudar lo más brevemente posible, porque si no los eventos en ella realizados tienen que repetirse ya que con el transcurso del tiempo pueden olvidarse; por lo que

se suspende y no es reanudada el undécimo día después, se considera interrumpida, lo que implica que deberá realizarse de nuevo desde el inicio.

2.11. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

La Contradicción o *audiatur et altera pars*, se erige como un derecho de las partes en el litigio, consistente en la necesaria función de dar a conocer la acusación como una manifestación del principio acusatorio. Impide juzgar y condenar, sin que previamente se haya manifestado el hecho enjuiciado y el delito perseguido, a fin de que la parte acusada pueda contradecir las pruebas de la acusación y efectuar su pertinente defensa¹⁵⁷. Para JORGE MORAS MON, el principio posibilita: “*Que las partes del proceso penal, expongan sus respectivas afirmaciones -defensas- y las discutan –debate- produciendo la prueba en que se sustentan*”¹⁵⁸. En el proceso penal es necesario garantizar la recepción de la prueba bajo el control de todos los sujetos del proceso, con el fin de que ellos tengan la posibilidad de intervenir en esa recepción haciendo preguntas y observaciones, solicitando aclaraciones, vigilando la forma en que la prueba se introduce al proceso, evaluar la misma para apoyar sus conclusiones.

Al principio de contradicción se le conoce también como el derecho a ser oído. Y es que, la esencia del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación; ella incluye, la posibilidad de agregar todas las circunstancias de interés, para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible (pena o medida de seguridad) o para inhibir la persecución penal¹⁵⁹. Tanto es así que la Constitución incluye directamente en su texto el derecho a ser oído, como base de desarrollo de lo que se conoce como derecho a defenderse¹⁶⁰. Se puede afirmar

pasados diez días, se tiene por interrumpida; así lo dispone el Código Procesal Penal en el Art. 376, diciendo: “...Si la audiencia no se reanuda, a más tardar, el undécimo día después de la suspensión, salvo que el tribunal decida lo contrario, se considerará interrumpida y se realizará de nuevo desde el inicio”.

¹⁵⁷ RIFÁ SOLER, José María, y VALLS GOMBAU, José Francisco, *op. cit.*, p. 34. El principio de contradicción conlleva a establecer, que en el proceso penal cada parte tiene derecho a contar con la oportunidad de exponer su argumentación y rebatir la de la contraria.

¹⁵⁸ MORAS MON, Jorge R., *op. cit.*, p. 361. Ese control se extiende también a las argumentaciones de las partes, en la medida en que debe garantizarse que puedan escuchar de viva voz los argumentos de la contraria, para apoyarlos o rebatirlos

¹⁵⁹ MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, *op. cit.*, p. 552. También llama a este principio como principio de bilateralidad, el cual persigue dotar al imputado con facultades equivalentes al acusador, o, al menos, con facultades que permitan resistir con eficiencia la persecución de que es objeto.

¹⁶⁰ Así las cosas, la jurisprudencia llama a ese principio como Derecho de Audiencia, así: “*El artículo 11 de la Constitución establece en su inciso primero que ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro derecho sin ser previamente oída y vencida en juicio con*

entonces, que un proceso penal está presidido por el referido principio cuando ambas partes, acusadora y acusada o imputada, tienen la posibilidad efectiva de comparecer a acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamenten y su correspondiente práctica de la prueba, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho a ser oído con carácter previo a la imposición de una pena privativa de libertad¹⁶¹.

El principio de contradicción, es el primero que rige la actividad probatoria, tanto en la identificación del material probatorio, como en el control en la formación de las pruebas y en el debate procesal sobre las mismas; pues la prueba no se puede obtener unilateralmente, sino respetando la confrontación dialéctica de las partes. Para VÍCTOR MORENO CATENA y VALENTÍN CORTÉS DOMINGUEZ, la contradicción supone también: *“El derecho del acusado de confrontarse con los acusadores, con los testigos y con cualquier persona que rinda declaración inculpatoria contra él, incluidos por tanto los coimputados; pues, si no han podido ser sometidos al contradictorio la prueba no puede ser utilizada”*¹⁶². Con este principio se garantiza la existencia de los sujetos que se enfrentan en igualdad de condiciones en el proceso penal, el acusador y el acusado; a la vez es esencial para garantizar la lucha entre dos tesis que se contraponen, por un lado la pretensión y por el otro la resistencia; y para equilibrar las fuerzas en el proceso penal bajo las reglas del juego limpio¹⁶³.

arreglo a las leyes ...”. Esta disposición constitucional establece lo que se conoce como derecho de audiencia, el cual, es un concepto abstracto en cuya virtud se exige que, antes de procederse a limitar la esfera jurídica de una persona o a privársele por completo de un derecho, debe ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes. Abundante jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que el mencionado derecho se caracteriza por ser un derecho de contenido procesal, que se encuentra indiscutiblemente relacionado con las restantes categorías jurídicas protegibles constitucionalmente, en el sentido que, para que una privación de derechos tenga validez jurídica, necesariamente debe ser precedida de un proceso seguido conforme a la ley, en el cual se posibilite la intervención efectiva de la parte a fin de que conozca los hechos que lo motivaron y tenga la posibilidad de desvirtuarlos.

¹⁶¹ GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.*, p. 56.

¹⁶² MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.*, p. 369. Con base en este principio, al imputado directamente cuando declara algún testigo en su contra, puede hacerle las preguntas a fin de confrontarlo respecto a los hechos que está declarando; así como hacer alegaciones en su defensa, frente a los acusadores.

¹⁶³ ASECIO MELLADO, José María, *Introducción... op. cit.*, p. 181. En síntesis, la contradicción es un principio que lejos de lo que a primera vista pueda parecer, afecta a ambas partes y no sólo a la acusada. Implica en concreto la necesidad de asegurar el acceso al proceso a toda persona cualquiera que sea su posición; así como el conceder la posibilidad de oír a ambas partes previamente y en relación con cualquier resolución que les afecte.

2.12. PRINCIPIO DE IGUALDAD

Este principio complementa el principio de contradicción y se fundamenta en que en el proceso penal, el acusado y acusador, deben tener las mismas posibilidades de alegación, así como de probar e impugnar los fallos o decisiones. Tanto el órgano requirente o acusador como la defensa, tienen las mismas facultades y derechos en el proceso penal, lo que también se conoce como igualdad de armas¹⁶⁴; lo cual significa que las partes personalmente en el proceso penal deben disfrutar de igualdad de medios procesales para formular la acusación y la defensa¹⁶⁵.

Este principio no es ni puede ser otra cosa que una aspiración humana y una obligación del Estado de remover todos los obstáculos que impidan su realidad; así como de promover las aspiraciones legítimas de los ciudadanos. Desde este punto de vista y desde la prudencia, ha de analizarse el principio de igualdad en su vertiente procesal y en concreto su significado que se reconduce a la obligación estatal de establecer las condiciones objetivas que aseguren la actuación de las partes y de evitar toda suerte de privilegios irrazonables o situaciones contrarias a este principio de la misma naturaleza. Se garantiza a las partes los mismo medios de ataque y defensa en atención siempre a su posición, de manera que, el atacado o demandado tiene una suerte de privilegio de ostentar la última palabra como contrapeso a la agresión sufrida, así como por garantizar las misma armas y posibilidades de alegación, prueba e impugnación¹⁶⁶.

El principio de igualdad postula el equilibrio o paridad de oportunidades procesales entre todas las partes que intervienen en el proceso, sin que ninguna de ellas disponga de más o mejores armas de ataque o defensa que las otras; para ello se requiere que exista paralelismo o equilibrio entre las

¹⁶⁴ El principio de igualdad procesal, lo encontramos en el Art. 12 CPP: “*El fiscal, el imputado, el defensor, el querellante, sus representantes y los demás intervinientes, tendrán la misma posibilidad de ejercer durante el procedimiento las facultades y derechos previstos en la Constitución, este Código y demás leyes*”.

¹⁶⁵ RIFÁ SOLER, José María, y VALLS GOMBAU, José Francisco, *op. cit.*, p. 34. Cuando se habla del derecho de igualdad en el proceso penal, en ningún modo, pues, tal derecho significa la garantía de una igualdad material, lo que en una sociedad estructurada económicamente y socialmente como la salvadoreña, no puede nunca ser garantizado; sino que de igualdad de oportunidades en ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en las leyes.

¹⁶⁶ ASENCIO MELLADO, José María, *Introducción... op. cit.*, p. 182. El principio de igualdad conlleva a que lo concedido a una parte debe, correlativamente, ser conferido a la otra; así como la acusación hace imputaciones, la defensa tiene derecho a refutarlas mediante sus argumentos o cuando la defensa interroga a un testigo, la acusación tiene derecho a contrainterrogar; y en todo el trámite del proceso debe posibilitarse la igualdad de oportunidad de ataque y defensa, de argumentos y contra argumentos, con lo cual se garantiza dicho principio.

oportunidades de defensa y de ataque de las parte, de suerte que toda oportunidad de alegar o probar que se conceda a una de ellas tenga su correspondencia o contrapartida respecto de la otra, lo que no implica necesariamente una igualdad o paralelismo mimético, exacto, con respecto a los actos del proceso, de manera que cada parte realice exactamente los mismos; pero exige que, en conjunto, pueda deducirse aquel equilibrio o paridad en las oportunidades. Se trata de un principio íntimamente relacionado con el de audiencia o contradicción y en general, con la prohibición de indefensión; de ahí que su vulneración implique lesionar un derecho fundamental, lo que permite utilizar la vía del recurso de amparo como medio de reacción¹⁶⁷.

El principio de contradicción en el proceso penal contemporáneo, ha de ser complementado con el principio de igualdad en la actuación procesal; porque no es suficiente que exista contradicción en el proceso, sino que, para que ésta precisamente sea efectiva, se hace necesario también que ambas partes procesales, acusación y defensa tengan los mismo medios de ataque y de defensa e idénticas posibilidades de alegación, prueba e impugnación. El encuadramiento del principio de igualdad de armas en el derecho a un proceso con todas las garantías, ha de obligar al órgano jurisdiccional a ser absolutamente respetuoso con el cumplimiento del referido principio en las actuaciones procesales¹⁶⁸.

En atención a las opiniones anteriores se sostiene por otra parte, que el Estado por medio de órganos públicos preestablecidos, es quien por regla persigue penalmente; por lo que, igualar el poder de la organización estatal puesta al servicio de la persecución penal resulta imposible, ya que la fiscalía y la policía ejercen el poder penal del Estado y por ello –por su pesada tarea de prevenir y averiguar los hechos punibles–, disponen de medios que, salvo excepciones históricas meramente prácticas, debidas al ejemplo escasamente edificante de organizaciones delictivas privadas, son jurídicamente imposible de equiparar; ello se traduce ya en la persecución penal concreta e individual en una desigualdad real entre quien acusa y quien soporta la persecución penal. Para JULIO MAIER, el principio de igualdad: *“Se trata así de un ideal –quizá utópico pero plausible- el intentar acercarse en la mayor medida posible*

¹⁶⁷ ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *op. cit.*, p. 152. Según el Código Procesal Penal, en su Art. 12, el principio de igualdad lo define de la siguiente manera: *“El fiscal, el imputado, el defensor, el querellante, sus representantes y los demás intervinientes, tendrán la misma posibilidad de ejercer durante el procedimiento las facultades y derechos previstos en la Constitución, este Código y demás leyes”*.

¹⁶⁸ GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.*, pp. 60 y 61. Además sostienen estos autores, que el principio de igualdad habrá pues, de estar presente en el juicio oral y de modo especial, en la prueba; y que no necesariamente alcanza a los actos de investigación.

al proceso de partes, dotando al imputado –aun de manera parcial- de facultades equivalente a las de los órganos de persecución del Estado y del auxilio procesal necesario para que pueda resistir la persecución penal, con posibilidades parejas a las del acusador”¹⁶⁹.

2.13. PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD DE LA DEFENSA

La Defensa es una función procesal que como oponente a la de la acusación, corresponde al procesado como imputado; se encuentra a cargo del propio imputado que podrá defenderse personalmente siempre que ello no perjudique su eficacia y no obste a la normal sustanciación del proceso; o fuera de ese caso, a cargo de un abogado particular de su confianza o por el defensor oficial¹⁷⁰. Desde un punto de vista técnico-jurídico, el derecho genérico de defensa garantiza al acusado tres derechos: a defenderse por sí mismo, a defenderse mediante asistencia letrada de su elección y a recibir, en los casos legalmente previstos, asistencia letrada gratuita¹⁷¹.

Pero no basta que el imputado designe a un defensor de su confianza o que sea asistido por el defensor público; pues la garantía de la defensa en juicio no se reduce al otorgamiento de facultades para el ejercicio del poder de defensa, sino que se extiende a la provisión por el Estado de los medios necesarios para que el juicio al que se refiere la Constitución¹⁷², se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación mediante la efectiva intervención del defensor.

¹⁶⁹ MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, op. cit., p. 578. En el trámite procesal resulta imposible igualar las oportunidades de defensa a las de la acusación, debido a que ésta la ejerce el Estado a través de órganos predispuestos, que tiene una serie de herramientas a su alcance y que no posee la primera.

¹⁷⁰ MORAS MON, Jorge R., op. cit., p.382.

¹⁷¹ RIFÁ SOLER, José María, y VALLS GOMBAU, José Francisco, op. cit., p. 30.

¹⁷² Así las cosas, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre el contenido de este derecho, al respecto ha dicho: “*El principio de la inviolabilidad de la defensa se traduce en una serie de reglas que tienden a asegurar un juicio objetivo, imparcial y veraz para el imputado, dado que el Estado es el mayor interesado en que al procesado se le defienda eficazmente, es decir, que la condena del culpable se haga en la medida justa que corresponda en razón de que el orden jurídico exige que la libertad de los derechos individuales sean restringidos mediante las formas que el derecho consiente. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de justicia, número 17-2000 de fecha 25 de febrero de 2000. Así mismo, en iguales términos pero ampliados se ha pronunciado sobre el derecho de defensa: “Aunque la obligatoriedad de la defensa técnica en el proceso penal ha desplazado la importancia de la llamada defensa material o “autodefensa”, no debe olvidarse que el derecho de defensa es, ante todo, un derecho del imputado que éste ejerce personalmente y se concreta a través del derecho a ser oído y a declarar en el proceso”.. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Hábeas Corpus número 230-2002 de fecha 10 de abril de 2003. El derecho de defensa material que ejerce directamente el imputado, no solo se concreta a través de ser oído y a declarar en el proceso, sino que también en hacer manifestaciones o alegaciones en las audiencias, así como hacer solicitudes al juez para proponer diligencias de investigación y pruebas, etc.*

El derecho de defensa cumple dentro del proceso penal un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por otra parte, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, la inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es la única que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal. Es un derecho que no tiene limitaciones y debe ser ejercido desde el primer acto del procedimiento, es decir, desde el mismo momento en que la imputación existe y esto incluye las etapas preprocesales, administrativas o policiales¹⁷³.

De igual manera, el derecho de defensa nace con la imputación y finaliza con la obtención de una resolución firme de terminación del proceso. El Art. 10 CPP, es el precepto que conecta el nacimiento del derecho de defensa con la imputación; siendo la trascendencia de este precepto, que no solo se refiere a las diligencias judiciales, sino que garantiza el derecho de defensa por medio de un abogado también en las diligencias policiales y en las que se llevan a efecto por el Ministerio Fiscal, pues no puede interpretarse de otro modo la exigencia legal¹⁷⁴.

Es así que frente al derecho a la acusación, al ejercicio de la acción en el proceso penal cuyos titulares son las partes acusadoras, el ordenamiento jurídico inevitablemente ha de reconocer un derecho de signo contrario: el derecho del sujeto pasivo del proceso, del acusado o del imputado, a obtener también la tutela efectiva por medio de una adecuada defensa, derecho a repeler esta agresión que

¹⁷³ El derecho de intervenir en el procedimiento no ha sido, en general, cuestionado, pero en el ámbito de aplicación del CPP han surgido inconvenientes para determinar con precisión el momento inicial, a partir del cual el imputado puede intervenir en el procedimiento o dicho de otra manera, el momento a partir del cual el imputado goza de su derecho a defenderse. Interpretando racionalmente la Constitución (Art. 12 Inc. 1°), el Art. 10 CPP, aclara suficientemente el punto, pues dice que: “*el imputado tendrá derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento para el ejercicio pleno de los derechos y facultades que este Código le concede*”; lo que significa en realidad, es que todas esas garantías constitucionales se ponen en acto desde el momento en el que, una persona es indicada como autor o partícipe de un hecho punible ante cualquiera de las autoridades competentes para la persecución penal, pues desde ese momento peligró su seguridad individual en relación a la aplicación del poder penal estatal; puede, entonces, desde ese momento, ejercer todas las facultades tendientes a posibilitar la resistencia a ese poder penal. Sostiene esta misma opinión MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos, op. cit.*, pp. 539 a 552, al analizar el CPP de la Provincia de Córdoba, Argentina, que dicho sea de paso, fue uno de los instrumentos jurídicos que inspiró la reforma judicial salvadoreña vigente a partir de 1998. Ahora bien, hay que ver cuando surge la ineludible obligatoriedad de la defensa técnica en sede administrativa, es decir, que el imputado cuente materialmente con una persona letrada que lo defienda; de la misma expresión de los Art. 12 Cn., y 10 CPP cabe interpretar que es cuando la persona es privada de su libertad, es decir, es en ese momento el derecho de defensa se convierte en una garantía para el imputado.

¹⁷⁴ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.*, p.149. El sujeto contra quien se dirija la pretensión penal, tiene derecho a defenderse en el proceso, interviniendo en las actuaciones y articulando los medios de prueba pertinentes.

pone en cuestión sus bienes jurídicos más importantes, entre ellos, su libertad. Precisamente la defensa opera como legitimación de la acusación y de la sanción penal¹⁷⁵.

El derecho de defensa del imputado comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal¹⁷⁶ abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe; esas actividades pueden sintetizarse según JULIO MAIER, en: *“la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que él mismo invoca para eximir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones fáctica jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición, que excluya o atenúe la aplicación del poder estatal”*¹⁷⁷.

2.14. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La Presunción de Inocencia, es un estado jurídico de que goza el justiciable hasta el momento en que se dicta en su contra una sentencia definitiva e irrevocable pasada en autoridad de cosa juzgada. Entonces, toda persona es inocente y así debe ser tratada, mientras no se declare en una sentencia judicial su culpabilidad. Se puede decir, en consecuencia, que este principio, nacido como una reacción ante los abusos de la Inquisición (como modelo de proceso penal arbitrario), forma parte de la conciencia universal acerca del valor de la persona, aunque ello, de ninguna manera quiere decir que

¹⁷⁵ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.*, p. 143. El derecho de defensa encuentra su respaldo normativo en el Art. 12 Cn., que determina que al imputado deben asegurársele todas las garantías necesarias para su defensa; pero también encuentra sustento en el Art. 14.3 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice: *“Durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa”*; y en el Art. 8.2 c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que al respecto dice: *“Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa”*.

¹⁷⁶ Los que se contempla como derecho de defensa material, descrito en el Art. 81 CPP: *“el imputado tendrá derecho a intervenir personalmente y por medio de su defensor en todos los actos procesales y audiencias que impliquen la producción e incorporación de elementos de prueba y a formular él o por medio de su defensor, las peticiones que se consideren pertinentes ...”*.

¹⁷⁷ MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, *op. cit.*, p. 547. La institución de la defensa en juicio presenta un “carácter dual”, ya que supone la concurrencia de dos sujetos procesales, el imputado y su abogado defensor, ejercitando el primero la defensa material o privada y el segundo, la defensa técnica o formal. Sin embargo en las legislaciones, la autodefensa suele aparecer regulada como algo residual, como sucede en los Arts. 10 y 98 Pr. Pn. que solo la contempla para el caso de que el inculpado sea abogado. A pesar de ello en la misma Constitución se hallan manifestaciones implícitas de la defensa material: primero estableciendo que ninguna persona puede ser privada de sus derechos sin ser previamente oída (Art. 11 Cn.) y segundo al reconocer a favor del imputado el derecho a no declarar (Art. 12 Cn.).

tenga una efectiva vigencia en nuestros países¹⁷⁸. En ese sentido, la presunción de inocencia en el marco del proceso penal¹⁷⁹, es una garantía fundamental reconocida de manera inédita por la Constitución de 1983¹⁸⁰ y cuya fuente es el reconocimiento que de ella se hace en la Declaración de los Derechos Humanos¹⁸¹.

Lo que quiere decir el principio de presunción de inocencia es que, nadie es culpable si una sentencia no lo declara así; lo que concretamente significa: que solo la sentencia tiene la virtualidad de declarar la culpabilidad; que al momento de la sentencia sólo existen dos posibilidades, una la de culpable y la otra de inocente, no existe un tercera opción; que la culpabilidad debe ser jurídicamente construida; que esa construcción implica la adquisición de un grado de certeza; que el imputado no tiene que construir su inocencia; que el imputado no puede ser tratado como un culpable; y que no pueden existir ficciones de culpabilidad, es decir, partes de la culpabilidad que no necesitan ser probadas. La ley fundamental¹⁸² impide que se trate como si fuera culpable a la apersona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena¹⁸³.

¹⁷⁸ BINDER BARZIZZA, Alberto, *Introducción... op. cit.*, p.120.

¹⁷⁹ Así, el Art. 6 CPP contempla: “*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*”.

¹⁸⁰ SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto, y otros, *op. cit.*, p.9. Por lo tanto sostiene, que no basta afirmar que la persona es inocente, sino que realmente ella deba ser tratada como tal; por lo que queda prohibida toda forma de presunción legal o judicial de culpabilidad y que no devenga de inferencias judiciales que respeten el sistema de apreciación de la prueba bajo el modelo de la sana crítica.

¹⁸¹ La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Art. 11.1 expresa: “*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se compruebe su culpabilidad, conforme a la ley en juicio público en el que se la haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*”

¹⁸² Dice el Art. 12 Cn. “*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...*”.

¹⁸³ MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos, op. cit.*, P. 490. Por eso se afirma, dice este autor, que el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso o que los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, aun cuando respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa. De tal manera, que el principio de inocencia sólo quiere significar que toda persona debe ser tratada como si fuere inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista una sentencia penal de condena; por ende, que la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de un inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad. Interesante para interpretar este principio, son los aforismos *Innocens praesumitur, cuius nocentia non probatur*

La presunción de inocencia en un sentido lato, equivale al principio de que toda persona es inocente mientras no se demuestre su culpabilidad¹⁸⁴. Se trata de un principio que informa todo el proceso penal y que a raíz de su explícita proclamación en la Constitución, ha cobrado vital importancia desde la jurisprudencia¹⁸⁵; es decir, es un derecho fundamental, de desarrollo jurisprudencial, que asiste a todo acusado por un delito a no ser condenado sin pruebas y a que éstas reúnan todas las garantías suficientes para cumplir la función del proceso de averiguación de la verdad¹⁸⁶.

El derecho a la presunción de inocencia exige que para destruir esa presunción (o verdad interina) es preciso una mínima actividad probatoria de cargo, de la que pueda deducirse, por tanto, la culpabilidad del acusado, producida a instancia de la acusación y con todas las garantías procesales y legales, especialmente cuidando de que se haya obtenido lícitamente, bajo los principios de publicidad, inmediación contradicción y oralidad; y que se plasme con la debida motivación en la sentencia¹⁸⁷. Se

(se presume inocente aquél cuya inocencia no se prueba), y *Omnis praesumitur bonus nisi probetur malus* (todos se presumen buenos mientras no se pruebe que son malos).

¹⁸⁴ RIFÁ SOLER, José María, y VALLS GOMBAU, José Francisco, *op. cit.*, p. 32. Sostienen que, a diferencia de la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo* tiene alcance distinto aun cuando se trate de una manifestación del primero. Mientras que la presunción de inocencia presupone la ausencia de prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo* opera como norma de interpretación o de apreciación de la prueba cuanto ésta resulte insuficiente para la condena de los acusados en el proceso. Históricamente ambos principios eran conocidos como *favor rei* o favor delinquentis. Actualmente, el principio de *in dubio pro reo* es una regla de valoración de la prueba; y la presunción de inocencia constituye un principio constitucional del proceso penal.

¹⁸⁵ La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el contenido y alcance de la presunción de inocencia, al afirmar: “*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. Por 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 sola conclusión objetiva de culpabilidad*”. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Amparo número 360-97, de fecha 10 febrero de 1999. Y más recientemente sobre este principio la jurisprudencia ha dicho: “*el principio de inocencia - según sentencia de Hábeas Corpus del cinco de diciembre de dos mil dos – tiene tres significados claramente diferenciados, a saber: (a) como garantía básica del proceso penal; (b) como regla de tratamiento del imputado durante el proceso; y (c) como regla relativa a la prueba. En cuando al último de los tres significados previamente citado, es decir, a la presunción de inocencia como regla relativa a la prueba en el proceso, se refiere a que la prueba completa sobre la culpabilidad debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución ante la existencia de dudas sobre la culpabilidad del inculcado*”. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Amparo número 527-2005 de fecha 12 de septiembre de 2006.

¹⁸⁶ ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho... op. cit.*, p. 263. No hay otra forma aceptada en el proceso penal, sino aquella en la que, toda condena ha de fundamentarse en la prueba de autos y las mismas han de ser constitucionalmente legítimas.

¹⁸⁷ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.*, pp. 382 y 383. Consideran además, que la presunción de inocencia como regla de juicio reclama que la sentencia condenatoria sólo se dicte cuando se ha obtenido por el juez la certeza de la culpabilidad del acusado; y esa certeza sólo puede resultar de

postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena. La culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa – y no la de la inocencia, que se presume desde el principio – la que forma el objeto del juicio¹⁸⁸.

2.15. PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL

El principio de juez natural tiene en la Constitución rango de derecho Fundamental¹⁸⁹; y en efecto lo que se deriva del precepto constitucional es que el juez natural es una garantía más de la jurisdicción¹⁹⁰ y de los órganos que la integran, tendente a asegurar la independencia e imparcialidad de estos últimos¹⁹¹. El juez natural, desde la Constitución está previsto en dos dimensiones, una positiva y la otra negativa; la primera consagra el derecho que todos tienen al juez ordinario predeterminado en la ley; y la segunda, consiste en la prohibición de los Tribunales de Excepción¹⁹². El juez natural también es una exigencia de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, en el sentido de que el tribunal

las pruebas de cargo válidamente celebradas en el juicio, es decir, que la prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia ha de ser una prueba obtenida con todas las garantías, la que se conoce como prueba lícita; debiendo rechazar la obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Al respecto, el Art. 175 CPP establece: “*Los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código*”.

¹⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho... op. cit.*, p. 549. Sostiene este autor, que la inocencia es un principio fundamental de civilidad, es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable.

¹⁸⁹ Este principio de juez natural o predeterminado en la ley, está plasmado en el Art. 15 Cn., el cual dice: “*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*”.

¹⁹⁰ La jurisprudencia ha definido la jurisdicción así: “*Por jurisdicción se entiende la aplicación irrevocable del derecho mediante parámetros objetivamente sustentables y jurídicamente argumentados realizada por jueces independientes e imparciales, función fundamental que es encomendada por la Constitución al Órgano Judicial Art. 172 Cn.*”. Sentencia de la Sala de la Constitución de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad No. 6-2009, de fecha 19 de diciembre de 2012.

¹⁹¹ ASECIO MELLADO, José María, *Introducción... op. cit.*, pp. 73, 74 y 75. Para este autor, la naturaleza y fines del juez natural y que constituye su fundamento, son: “*la necesidad de mantener la neutralidad judicial; evitación de toda manipulación en los órganos jurisdiccionales por cualquier vía mediante la creación de Tribunales de excepción; y libre determinación por el legislador de los Juzgados y Tribunales que constituyen la organización judicial*”. Dicho esto, el principio de juez natural, para este autor tiene el contenido siguiente: “*a) que los órganos jurisdiccionales han de ser creados por medio de Ley que ha de ostentar el rango de orgánica; b) la preexistencia de unos criterios, con carácter de generalidad, de atribución de competencias, cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso; c) la existencia de normas objetivas y predeterminadas de reparto de asuntos entre los diversos Juzgados de una misma localidad; d) la imposibilidad de modificación arbitraria de la composición de los Tribunales dando entrada a ellos a sujetos a los cuales no corresponda; y d) ha de asegurarse la concreta idoneidad de cada Juez en relación con los determinados asuntos de que conoce*”.

¹⁹² GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.*, p. 48. El juez natural es aquel predeterminado por la ley, cuya jurisdicción y competencia están contenidas en la legislación orgánica y procesal.

sea establecido por la ley y competente según esa misma ley¹⁹³. En ese sentido, el principio de juez natural, comprende las siguientes exigencias: (i) creación previa del órgano jurisdiccional mediante una norma de rango de ley; (ii) determinación legal de su régimen competencial con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial; y (iii) necesidad que ese órgano se rijan por un régimen orgánico y procesal común, que impida calificarle como órgano especial o excepcional¹⁹⁴.

Conforme lo dispone la Constitución, el CPP¹⁹⁵ y la jurisprudencia¹⁹⁶, tres serían los elementos básicos que caracterizan al juez natural: la institucionalización legislativa previa al hecho, designación legal y competencia para intervenir en el determinado proceso según la ley previa al hecho¹⁹⁷. De igual manera se puede decir, que conforme a la Constitución el derecho al juez natural, asegura como garantía del justiciable, la imposibilidad de manipular el tribunal competente de enjuiciamiento, de tres maneras específicas: al declarar la inadmisibilidad de las comisiones especiales; al impedir que juzguen

¹⁹³ Así, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 13 No.1; en la Convención (europea) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Art. 6 No.1. En el ámbito americano se ha tenido en cuenta dicho principio; así, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 26, II “*Toda persona acusada de delito tiene derecho (...) a ser juzgado por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes (...); Convención Americana sobre Derechos Humanos (pacto de San José de Costa Rica), Art. 6 No.1 “Toda Persona tiene derecho a ser oída (...) por un juez o tribunal competente (...) establecido con anterioridad por la ley”.*

¹⁹⁴ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad No. 6-2006, de fecha 19 de diciembre de 2012. Se dice también en esta sentencia, que las exigencias del principio de juez natural, se pueden resumir en que: el principio de juez natural prohíbe la existencia de tribunales de excepción; es decir, órganos jurisdiccionales no ordinarios, no preestablecidos legalmente con carácter de generalidad o no provistos de las pertinentes reglas legales de predeterminación competencial.

¹⁹⁵ El Art. 2 CPP contempla el principio de juez natural, el que dice: “*Toda persona a la que se imputa un delito o falta será procesada conforme a leyes preexistentes al hecho delictivo de que se trate y ante un juez o tribunal competente, instituido con anterioridad por la ley*”.

¹⁹⁶ Sobre el principio de Juez Natural de manera abundante sostiene la jurisprudencia: “*el derecho al juez natural también puede ser entendido como el derecho fundamental que asiste a toda persona a ejercitar su derecho de acción para incoar su pretensión y/o petición administrativa ante los órganos correspondientes, instituidos previamente por la ley y respetuosos de los principios de igualdad, independencia y sumisión a la Constitución y a la ley; asimismo, que estén constituidos con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas*”. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Amparo número 619-2000 de fecha 15 de octubre de 2002. “*Acerca del principio de juez natural como una manifestación del debido proceso y reflejo como una categoría jurídica incorporada a la esfera jurídica de los particulares, tiene su origen en lo dispuesto por el artículo 15 de la Constitución. Tal categoría jurídica, protegible a través del amparo, exige – respecto del órgano Judicial – en su contenido, la convergencia de cuatro elementos: (a) que el Tribunal haya sido creado previamente por la norma jurídica; (b) que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial; (c) que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de juez ad hoc, especial o excepcional, y (d) que la composición del Órgano Judicial venga determinada por ley, siguiéndose en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros*”. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Amparo número 373-2005 del día 18 de septiembre de 2006.

¹⁹⁷ CREUS, Carlos, *op. cit.*, p.9.

tribunales creados con posterioridad al hecho objeto del proceso¹⁹⁸; y al indicar que, en todo caso, es competente para juzgar el tribunal con asiento en el lugar donde ocurrió el hecho¹⁹⁹.

Se puede definir al juez legal o natural penal, como el derecho fundamental que asiste a todos los sujetos del derecho a ser juzgados por un órgano jurisdiccional creado mediante Ley Orgánica y perteneciente a la jurisdicción penal ordinaria, respetuoso de los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la Ley y constituido con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas²⁰⁰. En una manifestación sencilla, la jurisdicción debe haber sido establecida de manera previa y el asunto debe ser conocido por un juez competente según la ley²⁰¹. Por ende, la competencia es una limitación de la jurisdicción del juez consistente en la actitud de conocer de determinados casos; en otras palabras, lo que está atribuido a alguien; de ahí que es posible afirmar que el término competencia se constituye en una medida que distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales.

2.16. PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

Este principio significa, que los jueces son, en cuanto al ejercicio de su función y para la aplicación del Derecho al caso concreto, independientes²⁰² de todos los demás poderes del Estado. Es decir, el juez como persona no está subordinado a ninguna instancia de poder, sea este el Legislativo, Ejecutivo o el mismo poder interno, el Poder Judicial. El órgano judicial, no es un órgano estratificado jerárquicamente; y el juez sostiene LUIGI FERRAJOLI, únicamente debe: “*Sujetarse a la Constitución y*

¹⁹⁸ En su dimensión negativa, el principio del monopolio exclusivo de la jurisdicción por jueces y magistrados, prohíbe enfáticamente la creación de tribunales *ex post facto* o *ad hoc* así como la creación de comisiones especiales provenientes de otros poderes del Estado encargadas de auditar el trabajo jurisdiccional. Esto es sostenido en la jurisprudencia, Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad No. 6-2006, de fecha 19 de diciembre de 2012.

¹⁹⁹ MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal*, *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 765.

²⁰⁰ GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.*, p. 48. En lo que respecta a asuntos penales, El Art. 47 CPP, establece su extensión: “*La competencia la ejercerán los tribunales y jueces de la república y estarán sometidos a ellas los nacionales y los extranjeros*”.

²⁰¹ SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto, y otros, *op. cit.*, p. 5. La competencia delimita la zona de conocimiento, intervención, decisión y ejecución del juez determinando el espacio, la materia y el grado de los asuntos que le incumben.

²⁰² Constitucionalmente la independencia la regla el Art. 172 el que dice: “*Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes*”. Su desarrollo legal lo encontramos en el Art. 4 CPP, el que establece: “*Los magistrados y jueces solo estarán sometidos a la Constitución, al derecho internacional vigente y demás leyes de la República; y en sus actuaciones serán independientes e imparciales*”.

*a las leyes conformes con aquélla; esta sujeción del juez a la Constitución y en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principio fundamental actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes*²⁰³.

La independencia de los jueces, se trata en realidad, de que los ciudadanos, sujetos pasivos de la administración de justicia, tengan la garantía de que la persona que va a administrar algo de tan graves consecuencias como el poder penal del Estado, actúe con total libertad y sin estar sometido a presiones; es por ello, que esta es una garantía prevista a favor de los ciudadanos y no a favor de los jueces. La independencia judicial garantiza, precisamente, que el proceso de subsunción y el proceso de reconstrucción de los hechos se realicen libremente, de acuerdo con una interpretación razonable, técnicamente adecuada y coherente con el sistema jurídico. El vocablo independencia sugiere literalmente un sentido próximo o concomitante a “no sujeción” o “no sumisión”, la independencia propia de los órganos judiciales no es absoluta, sino que encuentra su límite en la Ley, entendida en este caso como la totalidad del ordenamiento jurídico²⁰⁴.

Sin independencia no es posible hablar de jurisdicción, ni de proceso ya que este último es siempre jurisdiccional; la independencia e imparcialidad tienden a configurar al Juez como un tercero ajeno al conflicto que se le somete a consideración, situado de este modo y en virtud de su “potestad” supra partes y sin interés alguno, directo o indirecto, en el pleito o cuestión litigiosa²⁰⁵. La finalidad esencial de

²⁰³ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, IBAÑEZ, Perfecto Andrés y GREPPI, Andrea (Traductores), Ed., Trotta, Madrid, 1999. pp. 26 y 27. Agrega este autor, que precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asiente la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos.

²⁰⁴ ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *op. cit.*, Pp. 41, 42, 43 y 44. Para este autor, en concreto la independencia del juez significa: (a) Sumisión exclusiva al derecho, al ordenamiento jurídico, ello no significa sumisión al Poder Legislativo, sino a su producto propio: La Ley. Pero el deber de sumisión a la ley se circunscribe a aquella que no contradiga la Constitución. (b) No sumisión a otros Tribunales; no existe estrictamente hablando, Tribunales superiores, en el sentido de una jerarquía de órganos judiciales en la que los superiores dirigen o imponen mandatos a los inferiores sobre la manera en que éstos deban resolver los asuntos propios de su ámbito de competencia. Hay Tribunales que resuelven sobre impugnaciones y recursos contra las resoluciones dictadas por otros Tribunales y que, en consecuencia, pueden anularlas. (c) La ausencia de jerarquía a la que hemos aludido se refiere tan sólo al ejercicio de la función jurisdiccional, no a las funciones gubernativas u organizativas que corresponde a ciertos órganos de gobierno del Poder Judicial. Y, (d) No sumisión a ninguna entidad. Con esta expresión se quiere dar a entender que nadie, ninguna entidad o persona, puede inmiscuirse en la tarea de los órganos judiciales.

²⁰⁵ GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.*, p. 51. Al respecto sostienen estos autores, que precisamente para garantizar la independencia judicial surge en la esfera del proceso la abstención y recusación, cuyas

la independencia, es la resolución de los conflictos de forma desinteresada y por medio de la ley; es por ello que la independencia, así entendida, debe reclamarse desde diversos ángulos o situaciones: frente a otros poderes del Estado; frente a las partes y el objeto litigioso; frente a la sociedad e intereses objetivos del juez; y frente a los superiores jerárquicos²⁰⁶. En idénticas consideraciones se ha pronunciado la jurisprudencia²⁰⁷

La independencia²⁰⁸ de los jueces es necesaria para que resuelvan los casos sólo según criterios de ley, evitando en lo posible la influencia de factores políticos coyunturales o de cualquier otra índole, para garantizar al justiciable la sumisión a la ley y al caso concreto. Se trata así, de una organización horizontal en la que cada juez es soberano al decidir el caso conforme al derecho vigente; él es el poder judicial del caso concreto. Para JULIO MAIER, la independencia implica que cada juez, cuando juzga y decide un caso sometido a su conocimiento, *“es libre – independiente de todo poder, inclusive del judicial – para tomar su decisión y sólo se le exige que su fallo sea conforme a derecho, esto es, que se someta a la ley”*²⁰⁹.

correspondientes normas ordinarias, si son ilegítimamente infringidas, pueden ser restablecidas a través del amparo. Comprende entonces este derecho, recusar a aquellos funcionarios en quienes se estime concurren las causas legítimamente tipificadas como circunstancias de privación de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad.

²⁰⁶ ASENSIO MELLADO, José María, *Introducción... op. cit.*, pp. 81 y 82.

²⁰⁷ La Sala de lo Constitucional ha caracterizado la independencia judicial en los siguientes términos: *“Entendida como ausencia de subordinación del juez o magistrado a otro poder jurídico o social que no sea la ley, la independencia adquiere ciertas manifestaciones frente al mismo OJ, frente a los otros órganos estatales, frente a los poderes sociales y frente a las propias partes”*. Sentencia de de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad número 5-99 del 20 de julio de 1999. También ha dicho: *“Según lo prescrito en el art. 172 inc. 3° Cn., los magistrados y jueces están regidos por el principio de independencia, el cual persigue la finalidad de asegurar la pureza de los criterios técnicos, especialmente el sometimiento al Derecho, que van a incidir en la elaboración jurisdiccional de la norma concreta irrevocable. La independencia del juez de cualquier otro poder es una adquisición del moderno Estado de Derecho conectada con la afirmación del principio de estricta legalidad y de la naturaleza cognoscitiva de la jurisdicción, por una parte, y de los derechos fundamentales de la persona, por otra”*. Sentencia de de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad número 2- 2005 del día 28 de marzo de 2006.

²⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho... op. cit.*, p. 585. Sostiene este autor, que la independencia del juez es externa e interna. *“La independencia del juez de cualquier otro poder, identificada como la segunda garantía orgánica, es una adquisición del moderno estado de derecho conexa, tanto teórica como históricamente, a la afirmación del principio de estricta legalidad y de la naturaleza cognoscitiva de la jurisdicción, por una parte, y de los derechos naturales o fundamentales de la persona, por otra. Y exigen que la independencia de la función judicial esté asegurada tanto para la magistratura como orden, frente a los poderes externos a ella y, en particular, al poder ejecutivo, como al magistrado en calidad de individuo, frente a los poderes o jerarquías internas de la propia organización, siempre en condiciones de interferir de algún modo la autonomía del juicio”*.

²⁰⁹ MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 745, 746 y 747.

Imparcialidad, en el caso de los órganos judiciales, significa que deben dictar sus resoluciones y, en general, ejercer la potestad jurisdiccional atendiendo únicamente a la legalidad, sin favorecer ni perjudicar a ninguno de los sujetos procesales por razones ajenas a la propia legalidad²¹⁰. Otra de las condiciones necesarias para garantizar la ecuanimidad jurisdiccional, es colocar frente al caso, ejerciendo la función de juzgar, a una persona que garantice la mayor objetividad posible al enfrentarlo; a esa situación del juez en relación al caso, se le denomina propiamente, imparcialidad²¹¹.

Independencia significa inmunidad, en ejercicio de la tarea jurisdiccional, respecto de directrices o instrucciones jurídicamente vinculantes provenientes de otros órganos o autoridades. Imparcialidad²¹², por su parte, hace referencia al distanciamiento o ausencia de implicaciones del juzgador respecto del asunto sobre el que versa el enjuiciamiento y respecto de cualesquiera cualidades o características jurídicamente irrelevantes de los justiciables²¹³. De forma similar se expresa LUIGI FERRAJOLI²¹⁴, sobre la independencia y la imparcialidad del juez, al decir: *“Llamaré imparcialidad a la ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa; independencia, a su exterioridad al sistema político y, más general, a todo sistema de poderes”*.

El juez, para asumir la función de juzgar, como garantía de independencia e imparcialidad, debe tomar en cuenta varios elementos informadores: a) La preparación técnica, que supone el conocimiento tanto del derecho material como de los instrumentos procesales para su aplicación. La preparación técnica ha de ser completada con la experiencia, solamente adquirida a través de periodos razonablemente

²¹⁰ ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *op. cit.*, p. 44. La objetividad de la resoluciones del juez, que como característica de su independencia, debe sujetarse al ordenamiento jurídico, a los hechos y a las pruebas que las partes hayan ingreso al proceso, valorándolas con absoluta libertad, sin temor a los controles que de aquéllas se hagan.

²¹¹ MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos... op. cit.*, P. 752.

²¹² El principio de imparcialidad ha sido reconocido en la jurisprudencia, así: *“En cuanto al principio de imparcialidad, si bien en materia penal la doctrina lo enfoca principalmente hacia la separación entre juez y acusación, también supone un alejamiento del juez respecto de los intereses del imputado. De ahí que la configuración del proceso se base en una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales están como partes en la causa y el tercero super partes: el acusador, el defensor y el juez. La imparcialidad del juez respecto de los fines perseguidos por las partes – la tutela frente a los delitos, representada por la acusación y la tutela frente a los castigos arbitrarios, representada por la defensa – debe ser tanto personal como institucional”*. Sentencia de de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad número 2-2005 de fecha 28 de marzo de 2006.

²¹³ ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *op. cit.*, pp.44 y 45.

²¹⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho... op. cit.*, p. 580. La independencia y la imparcialidad significan que el juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cual es falsa.

dilatados de ejercicio profesional; b) Neutralidad ideológica, cuestión evidentemente polémica en cuanto se estima que el juez no puede ser un observador neutral y alejado de la realidad más inmediata, porque la tarea de la actividad jurisdiccional, es la rectificación de las situaciones de injusticia; y c) La responsabilidad. Inseparablemente unida a la independencia, debe completarse la responsabilidad de juez en la aplicación de la ley, no sólo en los supuestos más intolerables de carácter delictivo, sino también es la interpretación sesgada y partidista, utilizando criterios de aplicación extensiva o restrictiva, según principios de oportunidad²¹⁵.

²¹⁵ FLORES PÉREZ, Alfredo, “La Analogía”, en AA.VV., JIMÉNEZ VILLAREJO, José (director), *Vinculación del Juez a la Ley Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995. pp. 68 y 69. El criterio de la neutralidad del juez como requisito de su independencia e imparcialidad, debe entenderse como el alejamiento de subjetivismos y opciones individuales, que no sólo contradigan la letra de la norma, sino los principios inspiradores de todo el ordenamiento jurídico.

CAPITULO III

CONTENIDO TEÓRICO Y GENERALIDADES DEL PAPEL DEL JUEZ EN LA INSTRUCCIÓN FORMAL Y LA AUDIENCIA PRELIMINAR.

SUMARIO: 3.1. El Papel del Juez en la Instrucción Formal. 3.1.1. Características de la Instrucción Formal y la Incidencia en la Función Jurisdiccional. 3.1.2. El Papel del Juez y su Relación con los Sujetos Procesales. 3.1.2.1. El Juez Como Sujeto Procesal. 3.1.2.2. El Control del Juez Sobre la Intervención Fiscal. 3.1.2.3. El Control del Juez Sobre la Actuación del Querellante. 3.1.2.4. El Control del Juez Sobre la Actuación del Defensor. 3.1.2.5. El Control del Juez Sobre el Actor Civil. 3.1.2.6. El Control del Juez Sobre las Partes Materiales. 3.2. El Papel del Juez en la Audiencia Preliminar.

3.1. EL PAPEL DEL JUEZ EN LA INSTRUCCIÓN FORMAL

Según el diseño del Código Procesal Penal, la instrucción comprende desde los actos iniciales de investigación del delito regulados en el Art. 260 CPP, hasta la resolución que emana de la audiencia preliminar prevista en el Art. 362 CPP; significa entonces que dentro de ésta se encuentra comprendida la instrucción formal, que inicia²¹⁶ desde el momento que el juez (de instrucción o de primera instancia con competencia en lo penal) recibe el expediente procedente del juzgado de paz, donde el juez a cargo de la fase inicial del proceso, en audiencia inicial o con la sola vista del requerimiento fiscal, ha ordenado que el procedimiento continúe; una vez recibido el expediente, el juez de instrucción dentro de los tres días siguientes, dicta auto donde ordena la instrucción formal y culmina con el agotamiento del plazo que se otorgue para la investigación. Al respecto de la instrucción formal, RAUL WASHINGTON ABALOS dice: *“Es aquella que se inicia con el requerimiento fiscal y que cumple el órgano jurisdiccional predispuesto, mediante amplias facultades de investigación para dar paso a la acusación o sobreseer al imputado”*²¹⁷; definición que diferirá según sea su autor y el sistema procesal penal de su país.

Esta fase procesal tiene por fin la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación fiscal o del querellante y preparar la defensa del imputado; y además es útil para motivar medidas

²¹⁶ Sobre la etapa de instrucción del proceso penal, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado así: *“Al encontrarse el proceso penal en etapa como la de instrucción resulta imposible decidir si está ocurriendo o no violación a normas constitucionales, ya que es una etapa preparatoria e investigativa, por lo que, si no ha establecido la autoridad jurisdiccional, que se ha cometido una conducta delictiva, la Sala no puede pronunciarse respecto de esta violación a normas constitucionales, que guarden relación con la configuración o no de un delito”*. Sentencia de de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Hábeas Corpus número 31-2001 de fecha 03 de septiembre de 2001.

²¹⁷ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, p. 244, 245. El encargado de la instrucción formal según lo dispone el Art. 54 CPP, es el juez de instrucción, quien conocerá: *“a) de la instrucción formal de todos los delitos de acción pública”*.

cautelares, sea decretándolas, revisándolas, revocándolas y modificándolas o bien para resolver incidentes y excepciones, entre otros asuntos. Dentro de la instrucción²¹⁸ también están comprendidas las actividades de investigación que realice la fiscalía y la policía, producto de haber dispuesto la misma el juez, ello en ejercicio del control que sobre éstas le compete; “*los aludidos actos de investigación o averiguación pueden también denominarse, en sentido amplio, actos instructorios*”²¹⁹.

La fase de instrucción, es diferenciada conceptual y funcionalmente de una segunda fase que se llama juicio oral, ya que: En la instrucción se investiga si los hechos acusados merecen ser juzgados en la segunda fase; por lo que la instrucción está dirigida a determinar hasta que punto la noticia criminis puede dar lugar al juicio²²⁰. Se puede afirmar entonces que: La instrucción formal se restringe a la actividad desplegada por el juez de instrucción a partir del recibo del expediente que le envía el juez de paz, luego de que éste haya ordenado remitir las actuaciones²²¹; y que su objetivo es la recogida así como el aseguramiento de todos los datos y elementos de prueba susceptibles de ser utilizados en la vista pública por el fiscal, el querellante y la defensa, así como por el imputado y la víctima; por ello, atendiendo a esos fines, la instrucción se extiende a reunir lo favorable y desfavorable para el imputado, cuyo destino es fortalecer la acusación, el sobreseimiento o absolución (eximir de responsabilidad); por tanto, es la garantía de los intereses encontrados en el proceso penal, lo cual la convierte en indispensable y obligatoria.

²¹⁸ La jurisprudencia nacional sobre la etapa de instrucción, además ha dicho: “*La competencia funcional según nuestro ordenamiento procesal penal, está determinada a partir de las diferentes facultades concedidas a cada Juzgado en una misma instancia procesal; es decir, que el Juez de Instrucción, con base al Art. 265 Pr. Pn., tiene por finalidad la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación y preparar la defensa del imputado, para lo cual, debe ordenar la práctica de las diligencias que se estimen necesarias, tanto de cargo como de descargo, a efecto de elaborar el respectivo Auto de Apertura a Juicio según el art. 322 del Código Procesal Penal*”. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, número 40-CAS-2007, de fecha 27 de septiembre de 2008.

²¹⁹ GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.*, p. 245. Es pues, la instrucción un momento o etapa del proceso orientada a obtener la prueba sobre el extremo objetivo o material del objeto procesal, es decir, del hecho y sobre el elemento subjetivo del mismo, constituido por la participación o responsabilidad del imputado.

²²⁰ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.*, p. 189. Es propio de la etapa de instrucción determinar los elementos de prueba que han de producirse en la Vista Pública; las diligencias en que actúa el juzgador durante la mencionada fase, no pueden ser consideradas como decisiones de fondo, ya que no desarrollan el procedimiento probatorio, el cual necesariamente tiene lugar en el debate contradictorio entre las partes, donde en forma oral e inmediata ha de llevarse a cabo frente al Juez o Tribunal que dictará el fallo definitivo a partir de las probanzas propuestas para tal fin.

²²¹ El juez de paz, al celebrar la audiencia inicial o sin ella, si estima que el procedimiento debe continuar, lo remitirá al juez de instrucción, Art. 300 CPP; esta norma no contiene expresamente la facultad de resolver al juez de paz ordenando la instrucción, como si lo tenía la normativa derogada en su Art. 256. La razón, es que el auto de instrucción es facultad del juez de instrucción.

En la instrucción formal corresponde al juez, como sujeto procesal, “*el monopolio de la jurisdicción*”²²², ya que no cabe duda que es a quien compete dirigirla y controlarla; en un primer momento ese control lo ejerce por medio del auto de instrucción, en el que tendrá que expresar todo lo que deberá realizarse para la consecución de las finalidades que se persiguen con el desarrollo de esa fase procesal. Ya en el trámite de la instrucción formal, toda actividad orientada a los fines de la averiguación del delito de acción pública, debe necesariamente pasar por la autorización del juez, puesto que es al que corresponde garantizar los derechos del justiciable en igualdad de condiciones y oportunidades procesales en relación a los acusadores; afirmación que se sustenta en los Arts. 12, 54 y 303 CPP²²³.

Sobre el papel de juez como director y conductor del proceso, la jurisprudencia de la Sala de los Constitucional se ha pronunciado, diciendo: “*El juez, en su papel de director y conductor del proceso, posee poderes vastos y hasta discrecionales para el desarrollo formal del debate hasta llegar a la emisión de un pronunciamiento definitivo y eficaz sobre el fondo de lo pretendido. Entre estos poderes podemos señalar el de coerción, en virtud del cual el juzgador está facultado para imponer sanciones a quienes con su conducta obstaculicen o perjudiquen el proceso en su desenvolvimiento, así como para disponer de la fuerza necesaria para obtener el cumplimiento de las diligencias concretadas durante la tramitación del mismo; ya que escasas serían sus posibilidades de contribuir a la realización del derecho material discutido, si no pudiese asegurar coercitivamente a las personas o a las cosas sobre las cuales deba ejecutarse su sentencia*”²²⁴.

²²² El Art. 172 Cn., establece que: “... *Corresponde exclusivamente a este órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agrario y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determina la ley ...*”.

²²³ Disposiciones legales que son un desarrollo del Art. 11 Cn., el que dice: “*Ninguna persona 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; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa ...*”.

²²⁴ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 70-2006 de fecha 29 de marzo de 2006. Respecto a este punto es preciso aclarar, que lo esgrimido en la opinión jurisprudencial, no debe ser interpretado como una vulneración al principio de imparcialidad que forma parte del estatuto de los distintos juzgados y tribunales que integran el órgano judicial, sino más bien como un replanteo del papel del juez en los litigios sometidas a su decisión, ya que la moderna tendencia procesal se inclina hacia el aumento de los poderes del juzgador a fin de buscar una solución más correcta y justa desde el punto de vista objetivo. Esta opinión jurisprudencial es la que más se adapta a un proceso garantista, en donde el juez procura el equilibrio entre los sujetos o partes, para que los resultados que se produzcan en la instrucción sean objetivos, es decir, que se acerquen a la realidad o verdad real.

El criterio jurisprudencial antes citado, confirma el poder jurisdiccional del juez en la instrucción, al habilitarlo a tomar los correctivos pertinentes ante los actos y actitudes nocivas dentro del procedimiento, facultándolo inclusive a usar la coerción e imponer sanciones, no solo en el orden administrativo, sino que inclusive ordenando el procesamiento penal, a quienes se comporten de manera desleal, actúen de mala fe, oculten información o presenten conductas dilatorias o temerarias. La razón de ello, es que el juez de instrucción no puede ser un simple espectador de lo que las partes hagan en el proceso penal, por la creencia por ejemplo de que el fiscal como el encargado de la investigación del delito, puede llevarla a cabo a su libre arbitrio; sino que por el contrario, el juez está ahí para vigilarle de que cumpla con los requerimientos legales en su actuación, evitando con ello abusos o excesos. El mismo código procesal penal le da las herramientas y facultades al juez para actuar corrigiendo lo que se ha hecho mal, a través de los mecanismos de control de los actos ilegales, que pueden ser fundamentalmente declarando las nulidades de las actuaciones o expulsando del proceso penal todo aquello que ha sido obtenido con violación de los derechos y garantías de la persona y a la vez imponiendo las sanciones o informando a las autoridades correspondiente si ese fuere el caso, para que éstas lo hagan.

3.1.1. CARACTERÍSTICAS DE LA INSTRUCCIÓN FORMAL Y LA INCIDENCIA EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Una de las características de la instrucción es su jurisdiccionalidad²²⁵; ya que pese a lo dispuesto por los Artículos 74, 75, 77 y 304 CPP, en que se le otorga al fiscal la potestad de dirigir la investigación de los delitos, así como la dirección, coordinación y control jurídico de las actividades de investigación del delito que desarrolla la policía y las que realizan otras instituciones que colaboran con las funciones de investigación y el poder coercitivo en el ejercicio de sus funciones; en la instrucción formal este sujeto procesal siempre actúa bajo el control del juez; afirmación que se apoya en lo preceptuado en los Arts. 54 letra a), 132, 301, 302, 303 y 308 CPP, que establecen la competencia jurisdiccional del juez sobre esta fase del proceso, sus facultades de fijar las actividades que tendrán lugar en la instrucción y del

²²⁵ Así lo regula el Código Procesal Penal, en el Art. 54 CPP; además la jurisprudencia nacional así la que expresa: “La competencia funcional según nuestro ordenamiento procesal penal, está determinada a partir de las diferentes facultades concedidas a cada Juzgado, en una misma instancia procesal; es así que el Juez de Instrucción, con base al artículo 265 Pr. Pn., tiene por finalidad la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación y preparar la defensa del imputado”. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, número 40-CAS-2007 de fecha 29 de septiembre de 2008.

tiempo dentro del cual debe llevarse a cabo la investigación y las de disciplina anteriormente aludidas; por lo que su rol no es de un simple espectador; su importancia radica en que es el que controla el cumplimiento de los derechos y garantías establecidos en la constitución y en la leyes, al ser un juez de garantías; por lo que como director y conductor del proceso, debe intervenir activamente y con protagonismo para logra una mejor y eficaz protección de los mismos.

Otra característica de la instrucción es ser primordialmente escrita; por cuanto sus actuaciones que son: solicitudes de práctica y ofrecimiento de pruebas, oposición y contestación de excepciones, acusación y su contestación, entre otras; y las resoluciones como: auto instrucción, imposición de medidas, de apertura a juicio; son netamente escritos; sin embargo, impera de igual forma la oralidad en las audiencias especiales, así como en la audiencia preliminar²²⁶, con la salvedad de que dichos actos deben quedar documentados en la forma prevista en el Art. 139 CPP. Al respecto, el Art. 311 CPP cuando se refiere a la documentación y valor de las actuaciones de la instrucción, dice: *“Las diligencias practicadas constarán en actas, conforme a lo previsto en este Código. Con ellas se formará un expediente en el que se incluirán sólo las imprescindibles”*. El juez, como encargado de la instrucción formal, debe controlar que las actas en las que ha de dar fe de los actos que realice o se cumplan en su presencia, así como las que elabora el fiscal o la policía, cumplan con el contenido y formalidades exigidos por el Art. 140 CPP, partiendo del hecho de que el incumplimiento a las mismas trae como consecuencia la sanción de nulidad, con lo cual evita que ingresen al proceso actuaciones irregulares.

Por otra parte, esa característica de ser la instrucción predominantemente escrita, tiene que ver con la finalidad de preparación de juicio oral y su manifestación esencial que consiste en el aseguramiento de la prueba. Concretamente, en el proceso penal según JOSÉ MARÍA RIFÁ SOLER Y JOSÉ FRANCISCO VALLS GOMBAU, cabe distinguir en orden a la forma, entre las actuaciones realizadas en la fase de instrucción y las actuaciones realizada en la fase de juicio oral: *“En la primera, los actos procesales se producen preferentemente, en forma escrita; y en la segunda, se manifiestan plenamente en forma oral, con plena concentración e inmediatez”*²²⁷.

²²⁶ ASECIO MELLADO, José María, *op.cip.*, p. 112. No obstante tener la instrucción formal como característica la escritura, algunas actuaciones deben realizar de forma oral, sin perjuicio de la documentación de los actos procesales que deben hacerse constar por escrito y de las aportaciones documentales.

²²⁷ RIFÁ SOLER, José María, y VALLS GOMBAU, José Francisco, *op. cit.*, p. 126.

Entre las características de la instrucción también se encuentra su carácter público, que tiene que ver con la publicidad de los actos; este carácter no es absoluto, ya que si bien es ciertos los actos del proceso penal son públicos, el juez puede limitar dicha publicidad²²⁸, decretando la reserva total o parcial; esto se deriva del Artículo 307 CPP, puesto que la concurrencia de cualquiera de las circunstancias que menciona dicha norma, conllevan a que el juez de manera fundamentada pueda decretar la reserva de las actuaciones. Resulta entonces que la facultad de limitación de la publicidad de los actos del proceso, es otra función más de control del juez en la instrucción, al tener la potestad de restringir el acceso a éstos; no obstante, debe cuidar en la toma de tal decisión, que la solicitud que al respecto se le formule, no obedezca a la conveniencia o al interés de una de las partes, sino solo cuando así lo exijan la moral pública, la intimidad, la seguridad nacional, el orden público o esté previsto en una norma específica.

Siguiendo con la característica de la publicidad; la averiguación de la verdad, como base para la administración de justicia penal, constituye una meta general de la instrucción, pero ella cede, hasta tolerar la eventual ineficacia del procedimiento para alcanzarla frente a ciertos resguardos para la seguridad individual, que impiden arribar a la verdad por algunos caminos posibles, reñidos con el concepto del Estado de Derecho²²⁹. En ese sentido, hay actos del proceso que ineludiblemente deben cumplirse con conocimiento de las partes, de lo contrario carecerían de eficacia jurídica²³⁰, mencionándose para señalar algunos casos: los supuesto en que deba utilizarse la declaración del imputado o los fluidos extraídos de su cuerpo como elementos de prueba, sin hacer del conocimiento a

²²⁸ La instrucción se caracteriza por ser secreta para los extraños, pero no para las partes, quienes pueden compulsar las actuaciones y proponer diligencias. Por otra parte, si se considera que determinados actos deben cumplirse sin que sean conocidos por las partes, está autorizado para llevarlos a cabo sin conocimiento de las mismas, pero la medida debe estar fundamentada en la necesidad de que no se frustre el fin que con ella se pretende. Esto lo sostiene ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, p. 249. Debe entenderse, que esta opinión parte del supuesto de que el juez tiene facultades de investigación del delito, no resulta por tanto adecuada al tipo de proceso penal que contempla en CPP salvadoreño.

²²⁹ MAIER, Julio B. J., *op. cit.*, pp. 433 y 434. Cabe citar que la averiguación de la verdad, es una de las metas a las que está destinado el proceso penal, que comprende una efectiva investigación, que como tal, debe respetar una serie de límites, referidos a la dignidad humana y en general a los derechos de las personas; estos límites o reglas cumplen una misión de estabilizar el sistema, evitando que la meta de averiguar la verdad lo desequilibre, cumpliéndola aun a costa del ser humano individual y de cierto ámbito de privacidad que el Estado de Derecho le garantiza.

²³⁰ El Art. 10 CPP, recoge el principio de inviolabilidad de la defensa, el que establece: “... *El imputado tendrá derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento para el ejercicio pleno de los derechos y facultades que este Código le reconoce ...*”. Por su parte, el Art. 306 CPP, reconoce el derecho de asistencia de las partes, así: “*Durante la instrucción formal, las partes tendrán derecho de asistir a los reconocimientos, reconstrucciones e inspección*”.

la partes de esta circunstancia; cuando se trata de la protección del domicilio y las comunicaciones, referidos a los casos de registro, allanamiento, vaciados de información contenida en soportes informáticos; como en los actos que documentan prueba, como lo sería una declaración testimonial anticipada y una reconstrucción de los hechos. De lo contrario, el acto de investigación implicaría la inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en el Código Procesal Penal, provocándose como consecuencia que el mismo deba ser declarado nulo, según lo establece categóricamente el Art. 346 No. 7 CPP.

En su desarrollo procesal, la publicidad tiene diversas graduaciones: desde la garantía esencial de reconocerse un proceso penal público, hasta las limitaciones que normativamente se establecen tanto en la fase de instrucción - Art. 307 CPP - como en la del plenario - Art. 369 CPP -. De ahí que entre las circunstancias que permiten limitar la publicidad, se establezcan la moral pública, la intimidad, la seguridad nacional, el orden público o la previsión de normas específicas²³¹; debido a esto es que la resolución que limite la publicidad debe estar debidamente motivada. Una opinión distinta tiene JULIO MAIER²³² sobre la última idea, al decir que: *“Al contrario, el procedimiento por actas escritas discontinuas es culturalmente sinónimo de una investigación secreta – al menos para el público – y llevado a cabo por funcionarios estatales –inquisidores -, representantes del poder central, interesados en la represión de los comportamientos que se apartan del modelo social impuesto”*.

La siguiente característica a citar es el Carácter Preparatorio de la instrucción; la cual concurre al evitar la desaparición de los elementos probatorios que puedan dar base a la acusación²³³; por cuanto la mayor cantidad de elementos de prueba que se obtengan, permitirán tener una visión clara del autor y de su responsabilidad penal; por lo que esos elementos de prueba que se recaben en la instrucción

²³¹ SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto, y otros, *op. cit.*, p. 24.

²³² MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos, op. cit.*, p. 661. Tal afirmación al ser comparada con la situación salvadoreña, se equipara a las actuaciones de la fiscalía y policía, puesto que la investigación suelen llevarla a cabo de manera secreta, lo que les da una amplia ventaja del que la sufre; ya que el sujeto investigado, por lo general, es el último que conoce de ella. La queja es frecuente tanto del imputado como su defensor, de que toda posibilidad de participación en las diligencias de investigación llevadas a cabo en sede administrativa les es vedada; de ahí entonces, la importancia del control del juez sobre dichas actuaciones, a efecto de verificar la legalidad de las mismas.

²³³ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, pp. 246 y 249. Sostiene que como el fin es en la instrucción formal fundamentar la acusación o sobreseer al imputado, la prueba colectada debe repetirse en el debate, pues el sistema escrito de aquélla no tiene total contradicción ni suficiente audiencia. Solo sirve, dado su carácter preparatorio, para ser la base del juicio.

serán la base el juicio o plenario²³⁴. Conforme a esta característica de la instrucción, el papel del juez en su cumplimiento, será la de vigilar y exigir que cuando haya sido dispuesta la recolección de elementos para preparar la defensa del imputado, éstos sean obtenidos; debido a que se han visto expedientes en los que el ente fiscal ha hecho caso omiso al mandato del Art. 75 CPP, limitando la investigación a recabar únicamente elementos de cargo. En este caso y de tener indicios que el ánimo de la omisión obedece a un interés de perjudicar al imputado, el juzgador no debe reparar en que tal proceder sea investigado en las instancias que correspondan, según el caso; ello sobre la base de lo que disponen los Arts. 130 y siguientes, 142 CPP y Art. 32 Letra a) de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República²³⁵.

Carácter Cautelar. Se advierte esta característica en la instrucción, al momento que el juez a través de actos de coerción, sean personales y reales, dispone afectar la libertad o el patrimonio, entre otros derechos, bajo el ulterior fin que no se eluda la justicia, toda vez que se demuestre que es la única manera de asegurar que el indiciado comparezca al debate, no afecte el curso normal del proceso y la correcta aplicación de la ley sustantiva. Además, se puede sostener el carácter cautelar de la instrucción, al tener claro que esta fase no solo es exclusiva para investigar y recolectar prueba a fin de preparar el plenario, sino que en ella se realizan o ejecutan actos que tienden a asegurar a las personas y las responsabilidades pecuniarias de los acusados. Este bloque de actos de instrucción según VICTOR MORENO CATENA y VALENTIN CORTES DOMIGUEZ, está compuesto por lo que podemos llamar: “*Actos aseguratorios o medidas cautelares*”²³⁶.

La última característica de la instrucción es su Carácter Contradictorio; la que se produce, en la medida en que las partes pueden proponer al juez la realización de diligencias o que se soliciten informes, tal como lo prevé el Artículo 308 CPP; apareciendo la función del juez en esta característica no solo

²³⁴ GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.*, pp. 244 y 245. Este carácter preparatorio de la instrucción formal, se refleja claramente en el Art. 301 CPP, que contempla que “*la instrucción tendrá por objeto la preparación de la vista pública mediante la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal o del querellante y preparar la defensa del imputado*”.

²³⁵ Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, D.L. N° 1037, del 27 de abril de 2006, D.O. N° 95. Del 25 de mayo de 2006.

²³⁶ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.*, p. 201. En el desarrollo del proceso penal, el juez de instrucción dicta medidas cautelares de índole personal y patrimonial, con el objetivo de asegurar los fines del juicio; ello ocurre cuando a la persona que se le imputa un delito grave, consta en el proceso la sospecha de la fuga, en este caso se limita su libertad; y cuando en la instrucción se descubren bienes del imputado que sean producto del delito, deben confiscarse; de igual manera los instrumentos del delito; o cuando las cosas servirán como elementos de prueba.

cuando le confiere a las partes esa facultad de proposición, sino cuando ejerce la potestad de decidir sobre la procedencia de la solicitud, en el sentido que las ordenará si fueran procedentes. En atención a lo regulado el Artículo 12 CPP, la instrucción formal, puesto que si bien no es una etapa eminentemente contradictoria como lo es el juicio, deben existir igualmente amplias posibilidades de defensa; ello supone: *“La posibilidad de proponer diligencias, de participar en los actos del proceso, de plantear incidentes, etcétera”*²³⁷. En ese sentido, el Código Procesal Penal Salvadoreño, regula el carácter contradictorio de esta fase, en los Arts. 166, 306, 308, 361 y 380.

A su vez, el juez como garante de la aplicación del principio de contradicción, controla que el mismo se vuelva efectivo, en el sentido de facilitar a las partes el derecho de contradecir todos aquellos actos que se practican en el proceso penal, principalmente en los que le pueden producir una afectación a los derechos de las personas; ello implica que debe ponerse en conocimiento de las partes las actividades a desarrollarse en el curso de la causa, de lo contrario no solo se afecta dicho principio sino que también el derecho de defensa, con las limitaciones a la característica de la publicidad de la instrucción. No tiene el juez que seguir tolerando la práctica recurrente de los fiscales de realizar diligencias a espaldas de las demás las partes. El éxito de la investigación fiscal en un proceso penal, no tiene por que depender del sacrificio de los derechos de las personas, sino que por el contrario, el respecto de esos derechos y garantías permite confiar y asegurar el resultado que pretende.

3.1.2. EL PAPEL DEL JUEZ Y SU RELACIÓN CON LOS SUJETOS PROCESALES

Los sujetos que intervienen en el desarrollo de la instrucción formal del proceso penal, conforme a la doctrina²³⁸, se pueden agrupar en tres grandes sectores: *“El primero conformado por el juez y sus auxiliares; el segundo, compuesto por quienes acusan y llevan adelante la pretensión penal, aquí encontramos al fiscal, al querellante y muy ocasionalmente al acusador o actor civil; y el tercero, conformado por quienes se defienden, este está constituido por el imputado y su defensor, junto a estos*

²³⁷ BINDER BARZIZZA, Alberto, *Introducción... op. cit.* p. 219. De igual manera se afirma el carácter contradictorio de la instrucción, en el desarrollo de las audiencias sean especiales o la preliminar, donde las partes tienen igualdad de oportunidades de exponer los motivos de su pretensión y que el oponente tenga oportunidad de contestarla.

²³⁸ La función “natural y propia” del fiscal (como representante del Ministerio Público y por ende del Estado), es la de ejercer la acción penal, promoviendo e impulsando su desarrollo. Se trata de un órgano del Estado que tiene asignadas constitucionalmente además de la promoción de la acción, la investigación del delito. En BINDER BARZIZZA, Alberto, *Introducción... op. cit.*, p. 293

también se encuentran los demandados civiles". Ello es así porque la actividad constante que implica el proceso en el que progresivamente se avanza hacia la sentencia, intervienen personas que reguladas por la ley formal, tienen a su cargo el cumplimiento de diferentes roles: puesto que mientras unos se encargan de promover, impulsar y demandar penas, constituyendo la acusación; frente a ésta se encuentra el acusado y las personas que lo asisten; todo a su vez llevado ante el juez quien es el que decide²³⁹.

Se dice también, que los sujetos procesales son las personas que representan, por un lado, una función estatal y por otra, intereses de los particulares. Tanto los primeros como los segundos tienen a su cargo una parte fundamental de la relación jurídica procesal y por ello, siguiendo la tendencia moderna de las legislaciones, los sujetos procesales, incluyendo a los tribunales, se regulan antes de la actividad procesal, es decir, primero se determina la conducta, funcionalmente hablando, de las personas que intervendrán en el proceso y luego los actos que ejecutarán en él²⁴⁰.

Por otro lado, desde la perspectiva procesal, se considera parte²⁴¹ a todo aquel que solicita la imposición de una pena o medida de seguridad o aquel frente a quien se solicitan las mismas, al margen del juez que tiene la titularidad del derecho de penar. Por lo que en el proceso penal las partes pueden ser clasificadas alrededor de dos grandes grupos: "*Partes acusadoras, que ejercitan como tales la pretensión penal y/o la civil; y partes acusadas, que soportan pasivamente la pretensión penal y/o la*

²³⁹ MORAS MON, Jorge R., *op. cit.*, p. 46. Explica este autor, que de la totalidad de personas intervinientes en el proceso se destacan los sujetos procesales que son: el juez, el acusador y el acusado. Ellos cumplen un papel primordial y esencial en el proceso penal. Sin ellos no hay proceso.

²⁴⁰ QUINTANILLA NAVARRO, Lizandro Humberto, "Los Sujetos Procesales", en AA. VV., Edición JUSTICIA DE PAZ (CSJ-AECI), *Derecho Procesal Penal Salvadoreño*, Talleres PRAKIN S.A. de C.V. (Impresos Modelo), San Salvador, El Salvador, año 2000, pp. 262 y 263. Además sostienen estos autores, que los sujetos procesales son: "*Aquellos que en forma esencial o eventual intervienen en el proceso penal, ora por la función pública que ostentan, ora por la función privada que ejercen, titulares de derechos subjetivos o de interés tutelados por el derecho procesal y porque a ellos, se les impone un deber que cumplir*". Amplían, que sujetos procesales, es un concepto genérico que abarca a la especie de parte procesal.

²⁴¹ CREUS, Carlos, *op. cit.*, p.249. Respecto a lo que debe entenderse por parte en el proceso penal sostiene este autor: "*Pero el carácter de parte no asume el mismo significado que en proceso civil, puesto que la igualdad entre ellas es relativa. Aunque nivelada por garantías comunes, las distintas funciones que cumplen en el proceso penal diferencian las facultades que las caracterizan. Lo cual explica la negativa de la doctrina a concebir al fiscal como parte; pero hemos de reconocer que este funcionario, en tanto que representante del Ministerio Público, plantea en el proceso una pretensión, configurada en los límites de la "acción" que el derecho le reconoce y en ese sentido, podemos catalogarlo como parte pretensora*".

*civil derivada del delito*²⁴². Entonces, si se adopta como punto de partida que la parte es quien pretende y frente a quien se ejercita la acción, no cabe duda alguna que al menos desde un punto de vista formal y también material desde la óptica del acusado, ha de sostenerse que existen partes en el proceso penal.

El juez de instrucción como un funcionario del Estado que ejerce el poder jurisdiccional, la ley ante las partes, le otorga facultades coercitivas, ordenatorias y disciplinarias, para que en caso de ser necesarias las aplique a éstas en el trámite de la causa penal. Más adelante se verá cómo es que el juez emplea dichas facultades a quienes con su conducta obstaculicen o perjudiquen el trámite del proceso en su desenvolvimiento, así como para obtener el cumplimiento de las diligencias decretadas durante la tramitación del mismo.

3.1.2.1. EL JUEZ COMO SUJETO PROCESAL

El Juez es un funcionario del Estado que ejerce el denominado poder jurisdiccional; que es la facultad-deber de decir el derecho, resolviendo una contienda entre encontradas pretensiones jurídicas²⁴³. Es decir, el juez en su papel jurisdiccional es: *“El titular del ejercicio del poder jurisdiccional del Estado aplicando la ley sustantiva y la ley procesal en un caso sometido a juzgamiento”*²⁴⁴. Por su parte, el Tribunal se define como el conjunto de magistrados o jueces de un determinado ordenamiento jurídico entre quienes se distribuye el ejercicio del poder jurisdiccional del Estado. Por otra parte, el Código Procesal Penal, en el Art. 54 regula que: *“Los jueces de primera instancia de instrucción conocerán: a) de la instrucción formal de todos los delitos de acción pública...”*; por lo que, el juez es un sujeto

²⁴² ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho... op. cit.*, pp. 50, 51 y 52. Para este autor, en las partes acusadoras encontramos al Ministerio Fiscal, al Acusador particular (acusador particular ofendido por delitos públicos y semipúblicos y acusador popular, no ofendido directamente por el delio, en los delitos público), al acusador privado (ofendido por delito que tiene consideración privada) y al Actor civil. Las Partes acusadas, las subdivide en el imputado (sujeto pasivo del proceso y presuntamente activo de un delito o falta) y el Responsable civil (que es aquél que o bien puede ser el autor del delito o por serlo de la responsabilidad civil bien de forma directa o subsidiaria).

²⁴³ CREUS, Carlos, *op. cit.*, P. 366 En la fase de instrucción del proceso penal salvadoreño, este papel corresponde al Juez de Instrucción, que es un funcionario del Órgano Judicial con la categoría de Juez de Primera Instancia, según lo contempla el Artículo 59 de la Ley Orgánica Judicial, D.L. No. 123, D.O. No. 115, del 20 de junio de 1984.

²⁴⁴ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, p. 1. En otras palabras, el Juez es el funcionario público que actúa la ley en concreto.

esencial de la relación procesal; siendo los aspectos más sobresalientes de su función²⁴⁵, los que se manifiestan en la dirección del proceso; la decisión sobre el fondo, que implica necesariamente el acto procesal del auto o sentencia; y la ejecución de lo decidido²⁴⁶. Al presentarse una relación de conflicto, la Constitución y la ley erigen un organismo que decide sobre su existencia y límites, solucionándolo para restablecer en la medida de lo posible el equilibrio resquebrantado o determinando sus consecuencias jurídicas con finalidades preventivas.

JOSE MARIA ASECIO MELLADO, se refiere al juez de instrucción como un “director”, al decir que: “Al Juez de Instrucción le corresponde la formación del sumario (instrucción); por tanto podrá practicar por sí mismo u ordenar a la Policía Judicial la realización de todo acto de investigación que sea necesario y inútil para el cumplimiento de los fines de la instrucción”²⁴⁷. El juez interviene directamente en anticipos de prueba, en la emisión de las autorizaciones para la práctica de actos urgentes de comprobación, que legalmente lo exijan; siendo su función principal, como ya se mencionó, controlar el cumplimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en las leyes, que en el desarrollo de tan importante fase procesal pueden verse afectados, lo cual significa que su papel es de controlar y dirigir el proceso penal; estando todos los sujetos, que de alguna manera participan en su trámite, subordinados al juez en cuanto a su actuación en el mismo. Por tanto, el modelo de juez que reconoce la Constitución y las Leyes en El Salvador, es la de un juez dedicado a la objetividad e imparcialidad en la valoración de los hechos; en ese sentido, es un juez garante del trámite de la investigación; pues la tarea de investigar, es incompatible con la de juzgar²⁴⁸. Esa jurisdicción penal es una función soberana

²⁴⁵ Sobre la competencia o funciones que desempeña el juez de instrucción, la jurisprudencia nacional ha dicho: “La competencia funcional según nuestro ordenamiento procesal penal, está determinada a partir de las diferentes facultades concedidas a cada Juzgado en una misma instancia procesal; es así, que el Juez de Instrucción, con base al artículo 265 Pr. Pn., tiene por finalidad la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación y preparar la defensa del imputado, para lo cual, debe ordenar la práctica de las diligencias que se estimen necesarias, tanto de cargo como de descargo”. El Art. 265 CPP tiene su equivalente en el actual CPP en el Art. 301, cuya redacción es idéntica.

²⁴⁶ Aunque la ejecución de la sentencia condenatoria dictada en el Procedimiento Abreviado, así como las reglas de conducta impuestas en la Suspensión Condicional del Procedimiento, corresponden a un Juez distinto, siendo éste el de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena.

²⁴⁷ ASECIO MELLADO, José María, *Derecho... op. cit.*, p.114 El modelo de juez que contempla la postura de este autor, está referida a la legislación Española, cuyo sistema procesal es de corte inquisitivo mixto, en virtud de lo cual es el juez de instrucción quien realiza la investigación del delito; por ello es que este modelo de juez, no se adapta a la realidad salvadoreña, debido a que al juez de instrucción no le corresponde en estricto sentido realizar la investigación; ya que su función se erige, no como investigador material de los hechos imputados, sino como un controlador directo de la investigación formal, la cual es asumida por la fiscalía..

²⁴⁸ BINDER BARZIZZA, Alberto, *Introducción... op. cit.*, p. 295.

que se ejercita por medio de personas físicas, las que en cuanto órgano del Estado, toman el nombre de jueces²⁴⁹.

3.1.2.2. EL CONTROL DEL JUEZ SOBRE LA INTERVENCIÓN FISCAL

La Fiscalía General de la República, es el órgano estatal que inicia de oficio todas las acciones penales públicas enfocadas a perseguir a los delincuentes, debiendo requerir en la jurisdicción y presentar las acusaciones para el juicio; en los procesos penales conlleva la responsabilidad de buscar las pruebas que permitan formular fundadamente una acusación contra quien aparezca responsable de la comisión del delito y el sostenimiento y acreditación de ella ante un tribunal de juicio²⁵⁰, pero paralelamente debe buscar las pruebas que favorezcan la defensa del imputado. Por otra parte, el Ministerio Público Fiscal es: *“Un órgano del Estado que tiene asignadas constitucionalmente las funciones de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados; así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”*²⁵¹. En la medida en que el sistema acusatorio ingresa en un contexto de mayor “estabilidad”, el fiscal va a ocupar el lugar de la víctima; lo hace, claro está, con características muy particulares: lo hace como funcionario del Estado²⁵².

Una de las dificultades que se ha tenido en el sistema de enjuiciamiento penal salvadoreño, es la ubicación del Ministerio Público Fiscal dentro del marco de división de poderes, pues hay una posición extrapoder o independentista, según la cual no debe formar parte de Órgano Judicial, pero tampoco debe estar ligado al poder político, porque los funcionario estatales están entre los que más delitos

²⁴⁹ FLORIAN, Eugenio, *op. cit.*, pp. 146 y 147. En tanto el juez como persona física ejerciendo una función soberana, debe reunir los requisitos exigidos en el Art. 179, el que dice: *“Para ser Juez de Primera Instancia se requiere: ser salvadoreño, del estado seglar, abogado de la República, de moralidad y competencia notorias; haber servido una judicatura de paz durante un año o haber obtenido la autorización para ejercer la profesión de abogado dos años antes de su nombramiento; estar en el goce de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los tres años anteriores al desempeño de su cargo”*; y ser nombrado de acuerdo a las prescripciones de la ley respectiva.

²⁵⁰ CAFERATA NORES, José I., *Cuestiones... op. cit.*, p. 78. Desde su nacimiento, la figura del fiscal está ligada al principio acusatorio, según el cual no puede haber juicio sin acusación.

²⁵¹ GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.*, p. 155. El Concepto que propone este autor del Ministerio Fiscal, difiere del contenido en la Constitución salvadoreña, que le otorga las funciones al Fiscal. La razón es que, en la legislación Española, las funciones de investigar los delitos, en buena medida, están siempre a cargo del Juez.

²⁵² BINDER BARZIZZA, Alberto, *Introducción... op. cit.*, p.302.

cometen, lo cual lo tornaría vulnerable a las presiones y a las influencias políticas²⁵³; por ello se dice que debe ser una institución independiente y autónoma. La experiencia salvadoreña, en consonancia con esta postura, nos dice que el Ministerio Público Fiscal, poco a poco ha ido adquiriendo estas cualidades, que se han visto mermadas por algunos casos que hacen dudar de su independencia plena del poder político. Básicamente, el inconveniente radica en la forma de elección de la cabeza de la institución, que no se hace con base a criterios técnicos de idoneidad, capacidad y transparencia, sino que por cuotas o afiliación partidaria.

Por lo que podemos afirmar que el Ministerio Público Fiscal, es independiente como institución, mientras que el juez es independiente *in personam*²⁵⁴; la razón de esto radica en que la fiscalía debe realizar políticas coherentes a los lineamientos institucionales; mientras que el juez goza de independencia en sus decisiones, estando ésta solo preservada a su imparcialidad; lo cual significa que todos los jueces son equivalentes, dado que el Órgano Judicial se estructura de manera horizontal.

En el sistema constitucional y legal salvadoreño, se ubica al Ministerio Público Fiscal²⁵⁵ como una institución totalmente independiente, que es la encargada de ciertas funciones delegadas por el constituyente, las que encontramos en el Art. 193 Cn., que son desarrolladas en el Código Procesal Penal a partir del Art. 74. En la instrucción, se le reconoce la facultad de dirigir la investigación del delito, no pudiendo producir o realizar ciertos actos que son encomendados al juez, que están relacionados con actividades de producción de prueba, que de alguna manera pueden afectar derechos fundamentales, tales como anticipos de prueba, la indagatoria, reconocimiento de persona y por

²⁵³ BINDER BARZIZZA, Alberto, *Introducción... op. cit.*, p.304. Sostiene este autor, que “frente a tal situación, de acuerdo con esta tercer postura, la solución consiste en generar una institución autónoma, independiente. Autónoma significa que nadie le puede imponer norma alguna”.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ En la jurisprudencia también se ha definido la ubicación y función de la Fiscalía General de la República, en el proceso penal, así tenemos: “La participación del Fiscal General de la República en el proceso penal es una consecuencia necesaria del principio esencial al régimen constitucional de *ne procedat iudex ex - officio*, el cual exige, que para asegurar el derecho de defensa, la intervención de un acusador independiente del juzgador, lo cual llevó históricamente al abandono de la práctica predominante en el proceso inquisitivo de la fusión de ambas funciones en una misma persona. El rol que nuestra Constitución le prescribe al Fiscal General de la República implica ejercer *-iter alia-* las atribuciones de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y la acción penal, así como dirigir la investigación del delito. Estas atribuciones, que son complementarias entre sí, se encuentran supeditadas al cumplimiento de los principios de legalidad –la sujeción a la Constitución y a las leyes-, y de imparcialidad –la actuación con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados-”. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Amparo número 107-2005 de fecha 18 de abril de 2006.

fotografía. Una vez concluida la investigación en la instrucción, debe formular motivadamente sus dictámenes, que no necesariamente tiene que ser el de acusación, puesto que dentro del ejercicio de sus facultades está el de defender la legalidad, por lo que en sus peticiones debe utilizar criterios objetivos. No se niega esa atribución del fiscal de dirigir la investigación del delito, puesto que es un mandato que le emana de la Constitución y que se desarrolla en los Arts. 75 y 304 CPP, pero no significa que esa investigación la puede hacer como le plazca; al estar sujeto no solo a cumplir con todas las reglas que dicta el procedimiento para esos fines, sino que en su actuación debe respetar los derechos y garantías que en la Constitución y en las demás leyes se reconoce a las personas sometidas a una investigación penal; pero además, el juez de instrucción le controla al momento de examinar lo actuado, a fin de determinar si ha cumplido con dichos requerimientos.

Se concibe en la actualidad al fiscal²⁵⁶ como acusador estatal distinto de los jueces y encargado de ejercer ante ellos la llamada acción penal pública²⁵⁷; por ello se dice que frente a la función juzgadora que ejercen los órganos jurisdiccionales, está la función del Ministerio Público Fiscal, a quien incumbe el cumplimiento de la llamada función requirente, sin la cual como ya se afirmó, el juez no puede entrar a conocer; y ésta se manifiesta a través de la interposición de cierta clase de pretensiones²⁵⁸ desarrolladas en atención al monopolio de la acción penal y de la investigación del delito, que por mandato del Art. 193 Cn., le corresponde.

En armonía con el mandato constitucional conferido a la fiscalía, es que tiene razón de ser la reforma del proceso penal vigente a partir del año 2011, en donde el fiscal ve potenciada sus funciones al reconocérsele por completo su titularidad en la investigación de los delitos y en la promoción de la

²⁵⁶ Las funciones que la ley le delega a la Fiscalía General de la República, se encuentran desarrolladas en el Art. 74 CPP: “Corresponderá a la Fiscalía General de la República dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal ante los jueces y tribunales correspondiente (...)”. En ese sentido, de manera exclusiva le corresponde la dirección, coordinación y control jurídico de las investigaciones.

²⁵⁷ MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal, Parte General, Sujetos Procesales*, Tomo II, 1ª edic., Ed., Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 294.

²⁵⁸ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, p. 53. De tal manera que, en materia penal, es el Fiscal General de la República el encargado de posibilitar el acceso a la justicia a favor de los gobernados, ya que por tratarse tal acceso de una categoría jurídica de configuración legal, el legislador ha establecido el cauce que debe seguirse para la iniciación del proceso judicial, es la presentación del respectivo requerimiento, pues éste viabiliza la iniciación del proceso penal. El principio de independencia de la Fiscalía General de la República, establece que el Órgano Fiscal ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia respecto a los demás órganos ajenos a su estructura, aunque y esto de conformidad a lo establecido en el art. 86 Cn., en colaboración con los mismos.

acción penal pública²⁵⁹, que van en la línea del sistema procesal que rige en el país, con la idea de acercarlo más a los presupuestos constitucionales; pero su función va más allá de ser una parte o sujeto procesal encargado de la promoción de la acción y de ser el principal acusador; ya que sus actuaciones está obligado a llevarlas a cabo respetando y haciendo respetar los principios de legalidad, objetividad e imparcialidad; aspectos que se ven a menudo cuestionados en los procesos penales, debido a que el fiscal todavía no asume estas responsabilidades, pues es frecuente que los litigantes se quejen de actuaciones ilegales, amañadas, con vulneración a los derechos y garantías de los justiciables; es así, que las investigaciones de los casos son a veces poco objetivas, no reflejan en sus actuaciones que las hagan con respeto a la imparcialidad, ya que muchas veces aún sin mayores elementos de pruebas piden decisiones al juez que afectan al imputado, sabiendo que no son procedentes. Este es otro de los supuestos en los que debe entrar en juego el poder coercitivo del Juez.

Por otra parte, por la influencia del sistema acusatorio, se ha conducido poco a poco a un mayor protagonismo del fiscal en la realización del derecho penal y en la solución de los casos penales; tan cierto es, que la legislación actual le permite solucionar algunos casos previstos en las normas, que se consideraban atribuciones sólo de la jurisdicción, lo cual tiene aparentemente su razón de ser, en su titularidad en la acción penal; por ejemplo, el fiscal puede prescindir de la persecución de ciertos delitos y realizar en su sede la conciliación y mediación. Estas disposiciones del CPP que le dan al fiscal dichas atribuciones, de acuerdo a JOSE I. CAFERATA NORES, vulneran el principio de legalidad, al ser de la opinión que: *“todo delito de acción pública debe ser ineludiblemente investigado, juzgado y castigado (por cierto, si corresponde)”*²⁶⁰.

La anterior postura doctrinaria es coincidente con los presupuestos de la Constitución de la República, por cuando con disposiciones como las anteriores, se le da al fiscal el poder de decidir sobre el proceso; siendo alguna de las razones para arribar a esa conclusión, que se priva a la víctima de toda posibilidad de protección de sus bienes jurídicos lesionados por el delito, como consecuencia de ello se violenta

²⁵⁹ Los Arts. 74 y 304 CPP le reconocen esas atribuciones y funciones a la Fiscalía General de la República, así: *“Corresponde a la Fiscalía General de la República dirigir la investigación de los delito y promover la acción penal ante los jueces y tribunales correspondientes”* y *“Corresponde a la Fiscalía General de la República dirigir la investigación”*. Ambas disposiciones son un desarrollo del Art. 193 Ord. 3° y 4° Cn.

²⁶⁰ CAFERATA NORES, José I., Cuestiones..., op. cit., pg. 23 Lo sostenido por este autor, significa que frente a la comisión de un delito necesariamente se tiene que poner en marcha el mecanismo estatal para su investigación, el que no puede interrumpirse, suspenderse, ni hacerse cesar hasta que se agote la pena impuesta.

también el principio de igualdad; otra razón es que el principio de legalidad favorece la independencia entre los poderes del Estado, contribuyendo a la existencia de un equilibrio recíproco, de lo contrario se estaría permitiendo que un ente del Estado pueda cumplir funciones propias de otro. Para salvar el principio de legalidad, cuando el fiscal dispone no aplicarlo en un proceso, sino que se decanta por la oportunidad de la acción penal pública, se puede optar por cualquiera de las tres vías siguientes: la primera es la inaplicabilidad de las normas que rigen dicho instituto; la segunda es declarar directamente la inconstitucionalidad de las mismas con carácter general; y la tercera es que la Asamblea Legislativa las derogue.

3.1.2.3. EL CONTROL DEL JUEZ SOBRE LA ACTUACIÓN DEL QUERELLANTE

El querellante: “*Es la víctima-sujeto pasivo del delito, que hace valer sus pretensiones en el proceso por medio de la acción penal pública, junto con el fiscal*”²⁶¹; es un sujeto privado acusador que, asumiendo voluntariamente el ejercicio de la acción penal emergente de un delito cometido en su contra en forma directa, impulsa el proceso proporcionando elementos de convicción, argumentando sobre ellos y recurriendo de las resoluciones en la medida que le concede la ley²⁶²; es por tanto el ofendido por un delito de acción pública que se presenta con la solicitud formal de que se le tenga por parte, para actuar dentro del proceso penal en forma conjunta con la Fiscalía²⁶³; en tal sentido el querellante es: “*El particular ofendido por el delito que la ley faculta para promover la acción penal y para ejercerla en los delitos de acción privada*”²⁶⁴. Según estas denominaciones el querellante, es el particular ofendido o damnificado directo por el delito con facultades para promover la acción penal y continuarla, aun cuando en forma obligatoria debe actuar conjuntamente con el representante del Ministerio Público Fiscal.

²⁶¹ CREUS, Carlos, *op. cit.*, pp.254 y 257. Afirma además, que el querellante que se admite en las nuevas legislaciones es el querellante que comúnmente se denomina querellante adhesivo, el cual, si bien ejerce la acción penal pública, lo hace con un carácter que podemos calificar de accesorio. Si bien, mantiene algunas facultades persecutorias autónomas respecto del ejercicio de ellas por el fiscal, pero en distintos actos del proceso depende de la actividad de éste y de los límites que el mismo impone a la acción penal.

²⁶² MORAS MON, Jorge R., *op. cit.*, p. 51.

²⁶³ QUINTANILLA NAVARRO, Lizandro Humberto, “Los Sujetos Procesales...”, *op. cit.* p. 390. En el proceso penal, en algunas ocasiones quien hace la denuncia es directamente la víctima del delito, quien no solo se limita a dar la noticia del hecho sufrido, sino algunas veces solicita intervenir en el proceso penal como querellante o acusador particular; la querrela entonces, no es más que la denuncia del delito, a la que se suma una solicitud de constitución de sujeto procesal.

²⁶⁴ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, p. 69

Se denomina “*querellante conjunto*”²⁶⁵, al acusador privado que participa en el proceso junto al Ministerio Público Fiscal, que a su vez puede ser querellante conjunto autónomo o querellante conjunto adhesivo; el primero tiene atribuciones similares a las del Ministerio Público Fiscal y las ejerce de un modo paralelo; y el segundo es aquel que trabaja como tercero coadyuvante del fiscal, es decir, que va de algún modo “detrás” del Ministerio Público Fiscal²⁶⁶. Se reconoce en el querellante conjunto autónomo, que puede acusar directamente aunque no lo haga el fiscal, además se le reconoce la facultad de recurrir, de proponer o solicitar diligencias e inclusive la de llevar adelante la acción judicial hasta culminarla, sin que requiera la anuencia o actuación fiscal; la duda que surge respecto de las facultades del mismo, radica en determinar si en los delitos de acción pública, el querellante conjunto autónomo puede directamente ejercer la acción penal, aun cuando constitucional y procesalmente el ejercicio de la acción penal es una facultad exclusiva del fiscal. Al respecto, vía integración de las distintas normas del CPP, la respuesta a esa duda se encuentra despejada por el Art. 269 CPP, ya que éste abre la posibilidad de presentar la querrela ante el Juez de Paz; y éste al recibirla, según el inciso primero de dicha norma, debe poner la misma en conocimiento de la Fiscalía General de la República, quien de acuerdo al inciso del citado artículo, debe presentar el requerimiento fiscal antes del inicio de la audiencia. En ese sentido, por esta vía el querellante obliga a que se ejerza la acción penal, pero se exige que la constitución de parte, se formalice judicialmente, Art. 111 CPP, a través de abogado que actúe con poder especial o con poder general judicial con cláusula especial para el caso.

Ahora bien, si partimos de que en los delitos de acción pública la función requirente corresponde exclusivamente al fiscal, en esta parte la querrela la debemos entender como una querrela conjunta adhesiva, es decir, que va detrás del fiscal o sea que depende de éste para su actuación; y dependerá del estado del proceso que se estará en presencia de querellante conjunto adhesivo o del querellante conjunto autónomo; puesto que ya iniciada la acción pública y admitida la querrela, en adelante podemos considerar que su actuación es como querellante conjunto autónomo.

²⁶⁵ “*El querellante conjunto o acusador particular conjunto, es la persona, víctima del delito que interviene durante toda la tramitación del proceso pudiendo promover y ejercer la acción penal –o haciendo valer la pretensión penal-, conjuntamente con el acusador público –representante del Ministerio Público- en los delitos de acción pública*”. Definición según ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.*, p. 77.

²⁶⁶ BINDER BARZIZZA, Alberto, *Introducción... op. cit.* pp.306 y 307. Difícil es determinar en la legislación procesal salvadoreña, si estamos en presencia de uno u otro tipo de querellante, lo que se puede afirmar es que, la tendencia es a reconocer la existencia de un querellante conjunto autónomo, puesto que en términos generales tiene las mismas facultades del fiscal, aunque siendo realista, nunca tendrá la misma fuerza que éste, debido a que el fiscal es un agente estatal.

En la instrucción, el juez en un primer momento ejerce control sobre el querellante, cuando es presentada la solicitud de constitución de parte; al estar obligado a examinar si ésta contiene todos los requisitos de ley para tal fin; partiendo su control, de la verificación si la misma ha sido presentada hasta quince días continuos antes del vencimiento del plazo de instrucción, por cuanto si le ha precluido tal oportunidad, la sanción será declararla inadmisibles por extemporánea, conforme el Art. 111 CPP; siguiendo su control sobre el documento que acredite la personería, que debe ser un poder especial para el caso, de lo contrario también será inadmisibles. Finalizando su control, con la revisión del contenido de la solicitud de constitución de parte querellante que debe cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados expresamente por el Art. 108 CPP.

En lo relativo a la decisión sobre la solicitud de constitución de parte querellante, el Art. 114 CPP, no reguló el procedimiento para subsanar las omisiones de los requisitos de la solicitud, como lo hizo para caso del juez de paz, en que dispuso corregir los vicios de la misma, en la audiencia inicial. Queda entonces de la redacción del inciso primero de la disposición legal antes citada, hacer dos interpretaciones; la primera prevenirle al querellante que complete los requisitos, partiendo del principio que si en sede del juzgado de paz puede hacerlo, porque no podría en la fase de instrucción, dándole para ello un plazo; y la segunda, rechazar la solicitud, para que el abogado la presente nuevamente al conferirle el Art. 108 inciso final CPP, la oportunidad de presentarla una vez más. La primera de las soluciones, por razones de economía procesal, bien podría ser el procedimiento más recomendable, no obstante si persiste la omisión, entonces proceder bajo el segundo de los procedimientos.

Las partes podrán oponerse a la admisión del querellante; y el control que sobre dicha actividad le corresponde al juez, es el de verificar que el procedimiento seguido para ello no sea el señalado por el inciso segundo del Art. 312 CPP., sino el dispuesto por el inciso segundo del Art. 114 CPP, que constituye una excepción a la regla general. Admitida la solicitud queda facultado el querellante para actuar conforme sus pretensiones y le operan los mismo mecanismos de control que realiza el juez sobre el fiscal, en cuando a su función de acusador particular dentro de la etapa de instrucción.

3.1.2.4. EL CONTROL DEL JUEZ SOBRE LA ACTUACIÓN DEL DEFENSOR

El defensor, es el que dentro del proceso penal asesora jurídicamente al imputado, quien cumple el papel de asistente técnico del mismo, asumiendo el ejercicio de la defensa; este sujeto procesal debe

reunir una calidad especial, cual es la de ser Abogado de la República y no debe estar inhabilitado para el ejercicio de su función, requisitos que aducen los Arts. 10 y 95 CPP; por tanto, la Defensa Técnica²⁶⁷, es la actividad que despliega un asesor jurídico en el procedimiento, con las facultades que la ley le concede para ello y los deberes de quien ejerce esa función; ésta presupone algo más que el asesoramiento meramente jurídico, pues el defensor en relación a su patrocinado debe echar andar los conocimientos que tenga sobre otras ciencias, artes o técnicas²⁶⁸.

El defensor, en la fase de instrucción puede: tomar conocimiento de las actuaciones; proponer diligencias y obtener su práctica según lo establece la ley; intervenir en todas las diligencias judiciales del procedimiento; asistir a los defendidos; y recurrir de las resoluciones judiciales²⁶⁹. La defensa, que en el proceso inquisitivo no tiene espacio, en el sistema acusatorio es el más importante instrumento de impulso y de control de la prueba, pues permite el contradictorio entre la hipótesis de acusación y defensa, las pruebas y contrapruebas correspondientes²⁷⁰. La defensa está dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que el acusador, por tanto se admite y garantiza su papel contradictorio en todo momento, así lo hacen ver los Arts. 11 y 12 Cn., así como los Arts. 11.1 DUDH, 14.3 b) PIDCP, 8.2 d), e) y f) CADH.

La defensa técnica²⁷¹, como ya se dijo, debe ejercerse por un Abogado de la República, si a éste lo nombra el imputado, se conoce como defensor de confianza o privado; cuando el imputado no ha

²⁶⁷ La Defensa Técnica la define el Art. 98 CPP así: “*Todo imputado gozará del derecho irrenunciable a la asistencia y defensa de un abogado de la República conforme a lo dispuesto en la Constitución y este Código. Si el imputado detenido no designa un defensor, se solicitará de inmediato el nombramiento de un defensor público a la Procuraduría General de la República, quien deberá apersonarse dentro de las doce horas de recibida la solicitud. Si la persona fuere abogado podrá defenderse por sí misma*”.

²⁶⁸ MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Sujetos Procesales...*, op. cit., p.257. El abogado debe conocer de oratoria, que es el arte que le servirá para saber dirigirse al juez o tribunal y convencerle de sus argumentos; conocer de psicología humana, lo que le será útil para entender ciertos comportamientos que pueden ser explotados en su estrategia de defensa; del lenguaje no verbalizado y de otras ciencias o artes que debe manejar al momento de ejercer la defensa.

²⁶⁹ ASECIO MELLADO, José María, *Derecho...* op. cit., pp. 115 y 116

²⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho...* op. cit., p. 613.

²⁷¹ La jurisprudencia ha sostenido reiteradamente, que: “*Como parte del derecho de defensa encontramos la figura del defensor, por medio de la cual se procura que tal derecho tenga aplicación en el desarrollo del proceso penal; éste interviene en la causa penal para aconsejar, asistir y representar al imputado; su actuación se extiende a proteger todos los intereses del procesado comprometidos en razón de la imputación y su función se manifiesta ponderablemente cuando comparece a su lado en la realización de los actos para los cuales el imputado debe concurrir en persona, pues garantiza la corrección de la actividad y el respeto de las garantías procesales y más aún cuando en presencia o ausencia del imputado expone las razones a su favor, rebate los argumentos contrarios, interviene en las pruebas o bien formula conclusiones. En corolario, cuando el imputado*

nombrado defensor, estando detenido, el Estado tiene la obligación de asumir la defensa de manera gratuita, a través de un defensor público; y en casos excepcionales, cuando resulta imposible el nombramiento de un defensor privado y público, el juez puede designar al detenido un defensor de Oficio. El Defensor de Oficio, es una novedad del actual CPP Art. 101, que se incluyó para viabilizar la normativa internacional de los Derechos Humanos, puesto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 14 letra d) contempla esa posibilidad.

El Art. 98 CPP, permite la autodefensa técnica, que consiste en la defensa técnica realizada por el propio imputado, cuando el mismo fuere abogado; esta consiste en la intervención directa y personal del imputado en el proceso²⁷², realizando actividades encaminadas a preservar su libertad, impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible²⁷³. La doctrina discute si la autodefensa técnica debe ser permitida al imputado, ya que se ha sostenido que no es conveniente por cuanto éste se encuentra en una relación de inferioridad psicológica con relación al Ministerio Público Fiscal, que disminuye la eficacia de la defensa por temor, timidez e inseguridad por la suerte del proceso; estos son argumentos que también se esgrimen para negar la posibilidad que el imputado se defienda por sí mismo²⁷⁴. La autodefensa como derecho a defenderse por sí mismo, aparece reconocida en textos internacionales suscritos y ratificados por El Salvador, como en el caso del Art. 14.3 PIDCP.

cuenta con abogado defensor en el proceso, se le está salvaguardando su derecho fundamental de defensa, ya que está representado por una persona perita en derecho, quien tiene como profesión el ejercicio de la función técnica-jurídica de defensa del individuo que se encuentra siendo objeto de una imputación en la causa penal”. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Hábeas Corpus número 176-2002 de fecha 22 de abril de 2003.

²⁷² En la jurisprudencia, se han calificado las modalidades del Derecho de Defensa en el proceso penal, se habla de Defensa Material y Defensa Técnica, así: *“El proceso penal responde a un diseño en el que las garantías fundamentales de los sujetos intervinientes, constituyen la base sobre la cual ha de girar la búsqueda de la verdad real y de la justicia en el caso concreto; es en ese contexto donde la defensa del imputado se convierte en una actividad esencial, proyectándose en dos modalidades: la defensa material, y la defensa técnica. La primera, atañe a las facultades cuyo ejercicio compete al mismo imputado en el juicio – tal como su negativa a declarar o en el contenido de su propio relato donde el acusado es libre de introducir cualquier información -. Y la segunda, presupone la asistencia de un abogado que lo asiste en el proceso en representación y tutela de las pretensiones del acusado”.* Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, número 5-CAS-2008, de fecha 3 de diciembre de 2009.

²⁷³ GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.*, p. 175.

²⁷⁴ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.* p. 133 En lo que a la legislación salvadoreña se refiere, permite la autodefensa técnica porque reconoce que se trata de un derecho subjetivo público individual, además reconoce que la inviolabilidad de la defensa no es solamente un interés disponible del imputado, sino también una exigencia de la legitimidad del proceso penal dentro de un Estado de Derecho.

En el caso del defensor, el control que ejerce el juez de instrucción, comienza con la constatación de que éste es abogado de la República y estar habilitado para ejercer la función; no obstante, en la práctica que no se suele reparar en estas circunstancias, dándose por acreditado que si hay solicitud de parte defensora o nombramiento de éste, la persona que pide ser tenido como defensor o a quien designa como tal, es porque reúne dicho requisito; siendo hasta que el tenido como defensor interviene en un acto o acude a la celebración de la audiencia preliminar, que se le solicita la presentación de su tarjeta de abogado como documento para acreditar que reúne la calidad requerida para el cargo. Otro control del juez de instrucción en el nombramiento del defensor, se da cuando lo efectúan las personas a que se refiere el Art. 96 CPP²⁷⁵; por cuanto éste debe dar paso al mismo solo una vez haya comprobado a través de la documentación legal correspondiente que tales personas tienen la calidad o el vínculo de parentesco exigido por dicha norma; la dificultad que en esta clase de nombramiento puede enfrentar el juez, es el caso cuando el mismo lo efectúe la compañera de vida o conviviente; ya que en primer lugar, este tipo de relaciones, aún ser reconocidas por la ley, no son registrables; debiendo llegarse a su establecimiento a través de un abanico de documentos que de alguna forma acrediten dichas relaciones; y en segundo lugar, la dificultad se presentaría cuando sea una mujer la imputada y el que pretende nombrarle defensor sea el compañero de vida; ya que la disposición legal antes citada, solo le da esa facultad a la compañera de vida; en este supuesto, el juez debe buscar la solución más favorable al imputado y actuar con base a los principios de igualdad y defensa, equiparando la condición de compañera de vida a la de compañero de vida, para dar paso al nombramiento solicitado.

Durante el desarrollo de la instrucción, el control de juez sobre el defensor como sujeto procesal se pone de manifiesto al examinar sus peticiones, dando paso a las mismas cuando estas fueren oportunas, admisibles y procedentes; a su vez procurando que la defensa sea efectiva, si observa deficiencias podrá advertírselo para que corrija su actuación, además hacerlo del conocimiento del imputado, ya que como se ha dicho antes, el juez es garante de los derechos de justiciable, en vista de lo cual está obligado que la defensa técnica se cumpla eficazmente; debe en ese sentido exigir el juez como parte del control, que el defensor acuda a los actos del proceso que requieran su presencia, de no

²⁷⁵ El Art. 96 CPP establece que: *“También podrá nombrarle defensor su representante legal, su cónyuge, compañera de vida o conviviente, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, el adoptante adoptado...”*

ser así declarar el abandono e imponer las sanciones legales correspondientes. El juez de instrucción no debe seguir con la práctica de tolerar defensas técnicas deficientes, así que en tanto la detecte, con base a su función de controlar y dirigir el proceso, está obligado no solo a advertirlo, como ya se dijo, si no que de ser necesario a nombrarle otro defensor al imputado, inclusive uno de oficio, si es que la defensa era ejercida por un Agente del Procurador. El defensor a su vez, está sometido al régimen disciplinario de que tratan los Arts. 129 al 133 CPP, en virtud de ello está subordinado al poder coercitivo del juez, en lo que a su actuación se refiere; y éste control en el ejercicio de la defensa técnica tiene lugar por parte del juez sobre dicho sujeto procesal, desde su nombramiento y durante todo el trámite de la instrucción.

3.1.2.5. EL CONTROL DEL JUEZ SOBRE EL ACTOR CIVIL

El actor civil es aquel sujeto perjudicado por el delito en su persona, bienes o patrimonio, el cual puede o no coincidir con el ofendido, según el delito y sus efectos; a manera de ejemplo, en el delito de homicidio el ofendido es el muerto por la acción típica y antijurídica, mientras que los perjudicados y titulares de acción civil serán los herederos de aquel²⁷⁶; este sujeto procesal juega un papel accionario dentro del proceso penal, relacionado el mismo con las consecuencia civiles del delito o sea con el objeto reparatorio e indemnizatorio²⁷⁷; con base en ello, se considera actor civil a todo órgano o persona que deduce en un proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de los hechos delictivos por los que se produce²⁷⁸.

La pretensión reparatoria se ejerce a través de una acción de carácter privado, que tiene que ser promovida y sustentada por el damnificado a raíz del delito, cuya sede “natural” es el fuero civil; sin embargo, las leyes procesales permiten que dicha acción se haga valer en el mismo proceso penal en

²⁷⁶ ASECIO MELLADO, José María, *Derecho...*, *op. cit.*, p 60. Respecto a la pretensión civil, debe aclararse que en el proceso penal, los hechos delictivos suelen generar consecuencias en el patrimonio de otro; en tal caso, se acumula un doble objeto, pues a la depuración de la responsabilidad penal se une la exigencia de responsabilidad civil. En los delitos de acción pública es el fiscal el que ejerce conjuntamente la acción penal con la civil, sin perjuicio que lo haga la víctima a través del querellante o constituyéndose como actor civil.

²⁷⁷ MORAS MON, Jorge R., *op. cit.*, p. 54.

²⁷⁸ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.*, pp. 119 y 120. Aclaran estos autores, que a la parte procesal, titular de la pretensión de reparación, que ejercita únicamente la acción civil, refiere el legislador exclusivamente la denominación de actor civil.

el que se investiga y juzga el delito²⁷⁹. El CPP a partir del Art. 119 regula la promoción de la acción civil, que corresponde al damnificado por el delito; estando permitido su ejercicio desde veinticuatro horas antes de la realización de la audiencia inicial y hasta por lo menos quince días continuos antes de que venza el plazo de instrucción; y el control del juez de instrucción sobre este sujeto procesal, se ejercita al estudiar el funcionario judicial los requisitos de admisibilidad de la solicitud del que pretende constituirse como parte civil; a su vez al controlar que su actuación se limite exclusivamente al ejercicio de la acción civil.

3.1.2.6. EL CONTROL DEL JUEZ SOBRE LAS PARTES MATERIALES

En el proceso penal salvadoreño, las partes materiales están constituidas por el imputado y la víctima. El imputado, según JOSE MARIA ASENCIO MELLEDO, es: *“Aquella persona contra la cual se dirige la pretensión penal y se solicita la imposición de una pena o de una medida de seguridad; pudiendo también, si en su persona se reúne la cualidad de responsable civil, exigírsele la restitución de la cosa, la reparación del daño causado o la indemnización de los perjuicios derivados del hecho punible”*²⁸⁰; por tanto imputado²⁸¹ es toda persona física contra quien se dirige el proceso penal. Este sujeto material, ha recibido muchas denominaciones, siendo las más frecuentes: imputado o inculpado, es la persona sospechosa de haber cometido el delito, sometida a un proceso penal; procesado, es la persona que ha sido formalmente imputado en el procedimiento ordinario por un delito en virtud de haberse dictado frente a él el auto de procesamiento; encartado, que significa sujeto a un proceso, en la antigüedad era la persona que se le llamaba para responder a una querrela o acusación criminal; encausado, es la persona a la que se le forma causa penal para proceder contra él jurisdiccionalmente; enjuiciado, la persona a la cual se le atribuye o sustancia un asunto legal que atienden los jueces; acusado, es

²⁷⁹ CREUS, Carlos, *op. cit.*, p.216. En el ejercicio de sus facultades, al actor civil puede promover la pretensión civil en todo el procedimiento en razón de su interés civil y para probar todo lo relativo a las consecuencias civiles del delito; formular las cuestiones de competencia y recusación de los jueces; y recurrir de las resoluciones judiciales únicamente en lo pertinente al ejercicio de la acción civil. El juez debe vigilar en que momento y bajo que circunstancias puede actuar el actor civil en el proceso penal; y que esa actuación esté dentro de los límites de sus facultades.

²⁸⁰ ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho... op. cit.*, p. 63. Resalta este autor: *“Que el imputado es parte esencial y necesaria del proceso penal; sin él no puede existir proceso, de modo y manera que el proceso constituye un método de determinación de la imputación. Sin duda, esa afirmación es más que cierta, por que únicamente puede ser imputado la persona física (de carne y hueso) que aparezca vinculada con la comisión de un delito”*.

²⁸¹ Legalmente, Art. 80 CPP, se define al imputado, así: *“Tendrá calidad de imputado quien mediante cualquier acto del procedimiento, sea señalado como autor o partícipe de un delito ...”*

aquella persona frente a la cual se ha formulado una acusación; y condenado, la persona que ha sido declarada culpable en sentencia penal.

Como consecuencia inmediata del acto de imputación, el justiciable²⁸² adquiere la condición de parte pasiva y necesaria del proceso; y con ésta a su vez, un conjunto de derechos y garantías procesales que configuran el debido proceso; mismo que es de obligatorio cumplimiento, tanto para el juez de instrucción, como para los sujetos procesales tratados en los anteriores apartados; en virtud de esta facultad y deber del juzgador, su función deberá realizarla dentro de los límites de tales derechos y garantías y a su vez a ejercer por mandato constitucional, un control efectivo sobre su cumplimiento; no obstante, el imputado también está sujeto a un control por parte del juez, que se ve reflejado al momento que el juzgador determina la procedencia de sus peticiones, cuando éste hace uso del derecho de intervenir de esa forma en el procedimiento o sometiéndolo a su poder coercitivo, cuando éste decide intervenir personalmente en las diligencias judiciales; para el caso limitando su intervención, en cumplimiento de los derechos de la víctima menor de edad, Art. 81 Inc. 1° CPP; disponiendo las medidas necesarias para evitar la evasión o cualquier acto de violencia que pudiera producirse en las audiencias, Art. 368 Inc. 1° CPP; ordenando su conducción por la seguridad pública y hasta su detención, cuando se hallare en libertad aún caucionada para la realización de la audiencia o de un acto particular que lo integre; pudiendo incluso variar las condiciones bajo las cuales goza de libertad o imponer algunas de las medidas cautelares previstas en el Código Procesal Penal; al asistir a las audiencias el juez controlará que el imputado no lo haga de manera incompatible con la seriedad del juicio, Art. 370 Inc. 1° CPP; y a su vez someterlo a la disciplina que debe regir en las audiencias, Art. 373 CPP; o cuando sea objeto de alguna actividad probatoria, como en los casos del reconocimiento de persona o la toma de muestras de sangre o saliva para la práctica de ADN, cuando no se haya sometido de manera voluntaria.

La víctima es el directamente afectado por el delito, el que sufre la lesión del bien jurídico tutelado en la ley. En el derecho penal sustantivo y adjetivo salvadoreño, se considera a la víctima como el sujeto

²⁸² Con relación a la definición de imputado descrito en la norma, es de aclarar, que iniciado el procedimiento judicial, el imputado es aquella persona contra quien se dirige la persecución penal, contra quien se requiere; si durante ese procedimiento es señalado otro sujeto, este tendrá calidad de imputado, pero no de parte en el expediente judicial, puesto que, contra él debe iniciarse el proceso, por ser su derecho. Cuando la norma se refiere a procedimiento, ha de entenderse toda actividad administrativa (realizada por fiscalía o policía en la investigación de un delito) y el proceso penal propiamente, es el realizado en sede judicial.

pasivo de la relación penal, por ser el titular del bien jurídicamente tutelado; y a nivel internacional las Convenciones y Tratados han dado definiciones de la calidad de víctima, según sea la naturaleza del instrumento y el hecho que en él se regule; y al respecto la Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abusos de Poder²⁸³, define a la víctima como: *Las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los estados miembro, incluida la que proscribe el abuso del poder*". En la expresión víctima, se incluye además, en su caso a los familiares o personas a cargo, que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a las víctimas en peligro o para prevenir la victimización²⁸⁴. Según dicha definición, en la misma se incluye al ofendido y al perjudicado, siendo el primero el afectado por el mal que contiene el hecho ilícito punible, siendo por tanto el titular director del interés puesto en peligro; y el segundo, todo aquel afectado por las repercusiones nocivas del delito, cuya afectación la padece por las consecuencias perjudiciales del hecho y no por la lesión o puesta en peligro del interés legalmente tutelado por la norma penal, a diferencia del ofendido²⁸⁵.

En el Código Procesal Penal, la víctima ya no es contemplada como simplemente el sujeto pasivo o el titular abstracto del bien jurídico tutelado, sino que realmente asume el protagonismo procesal, como parte material²⁸⁶, adquiriendo como tal una serie de derechos y garantías reconocidos en un amplio

²⁸³ Este instrumento también es conocido como la "*Declaración de Milán*"; la recomendación de su adopción fue realizada en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrada en Milán del 26 de agosto de 1985 y se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985. En él se determinan diferentes mecanismos para generar protección y satisfacción a las víctimas y sus derechos.

²⁸⁴ En los sujetos subsumibles como víctima en esta definición, comprende al sujeto individual, a las personas morales o jurídicas y a la colectividad, de igual manera lo recoge el Art. 105 CPP, al contemplar no solo al directamente ofendido por el delito, es decir, al que sufre la acción delictiva, al titular del bien jurídico, sino que incluye otros sujetos o personas, atendiendo al interés o bien jurídico que se protege.

²⁸⁵ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, y otros, *op. cit.*, p. 131. La víctima, por tratarse generalmente de la persona que sufre directamente la acción delictiva, en algunos casos graves ha sido convencida a través de "arreglos" económicos o de otra índole y decide no colaborar en la investigación ni mucho menos en el juicio; en estos casos el juez puede ordenar aun coactivamente que la colaboración se haga efectiva, ya que el trámite del proceso no depende del interés exclusivo de una de las partes, ni mucho menos de su arbitrio.

²⁸⁶ MÉNDEZ LEAL, Salvador, "La Víctima. Aproximación al Problema Procesal", en AA.VV., Unidad de Programa de Apoyo a la Reforma Judicial del Sistema de Justicia, UPARSJ, *Ensayos Doctrinarios, Nuevo Código Procesal Penal*, 1ª edic., San Salvador, 1998, p. 479.

catálogo que contiene el Art. 106 CPP, que puede ejercer en la tramitación de los procesos penales; pero en el ejercicio de los mismo, el juez con base a las facultades y deberes que le imponen la Constitución y las leyes, está en la obligación de controlar las actividades que la víctima realiza dentro del proceso en la etapa de instrucción; entre ellas sus peticiones, verificando si las mismas contienen los requisitos formales y examinando su procedencia; y cuando decide intervenir personalmente en el trámite del proceso, el juez debe controlar que lo haga dentro de los límites de sus derechos; a su vez, en caso que ofrezca prueba, el juez ejerce su control sobre esa actividad, al dar paso a dicha oferta, solo cuando ésta cumpla las formalidades previstas por la ley y lo haga en el momento procesal oportuno. En caso la víctima sea citada a declarar como testigo sea por un anticipo de prueba o un procedimiento abreviado, que tengan lugar en la fase de instrucción y la misma se ocultare o negare a comparecer; el juez como parte del control que tiene sobre la realización de los mismos, puede ordenar su apersonamiento anticipado, haciendo uso de la seguridad pública, Arts. 203 y 208 CPP; también, en la práctica de actos urgentes de comprobación, tales como intervenciones corporales, en caso de negativa, el juez puede autorizar para que coactivamente se le intervenga, Art. 200 CPP; asimismo, al asistir a las audiencias, sean especiales o la preliminar, el juez controlará que la víctima lo haga de manera compatible con la seriedad de éstas, Art. 370 Inc. 1° CPP; y en su desarrollo su disciplina también es parte del control del juez, Art. 373 CPP.

3.2. EL PAPEL DEL JUEZ EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR

La audiencia preliminar es un “filtro” o “tamiz” de la acusación sólo en cuanto constituye una discusión sobre los fundamentos de ésta, es decir, sobre si la acusación contiene, como dice ALEJANDRO ÁLVARES: “Cierta grado de conocimiento sobre los hechos y sobre la responsabilidad de la persona acusada, esto es, la alta probabilidad de que la acusación será probada en el juicio”²⁸⁷; esta audiencia se ha presentado como el mayor logro del proceso²⁸⁸, al aparecer como un instituto orientado a simplificarlo y delimitarlo; se constituye en un momento importante del trámite procesal, ya que reúne a

²⁸⁷ ÁLVARES, Alejandro, *El Control de la Acusación, en: Pena y Estado*, Buenos Aires, Argentina, Ed.,Editorial del Puerto, Año 2, No. 2, 1996, p. 16.

²⁸⁸ FALCON, Enrique M., *Cómo se Ofrece y se Produce la Prueba: La Audiencia Preliminar*, 3ª edic., Buenos Aires, Argentina, Ed., Abeledo-Perrot, 2001, p. 47. La audiencia preliminar no solo sirve para discutir si los elementos recabados habilitan el juicio, sino que en ella pueden proponerse el juez una serie de peticiones, que pueden ser salidas alternas, excepciones y otras, que llevan a la paralización temporal o definitiva del trámite procesal.

todos los actores del conflicto, cuyo propósito es analizar y realizar la crítica de los elementos de convicción recabados durante la instrucción y que darán lugar al juicio o a la solución del conflicto de forma parcial o definitiva; dependiendo la apertura a juicio, de la concurrencia en el proceso de un determinado nivel de convicción: probabilidad positiva de la existencia del delito, lo que constituye el extremo objetivo y de la participación delincinencial, la que significa el extremo subjetivo; en otras palabras, determinar si hay más probabilidad de condena o absolución²⁸⁹; y la solución del conflicto de forma parcial o definitiva cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezcan, pero los elementos negativos sean superiores en fuerza conviccional a los positivos; es decir, que aquéllos sean preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento²⁹⁰.

Sobre los caracteres de la audiencia preliminar, se afirma que la misma se caracteriza por ser una etapa previa al juicio, puesto que éste no sucede automáticamente a la acusación, sino que está precedida por una etapa en la que se examina la suficiencia de los motivos que aquella contiene para enjuiciar a una persona²⁹¹. Otra característica de la referida audiencia, es su función saneadora; puesto que en ella no sólo se discute la virtualidad condenatoria de la investigación²⁹², sino que se limpian o expurgan los vicios, defectos o errores que pueden embarazar el curso normal o resultado final del juicio. Distingue también a la audiencia preliminar, como lo dice JOSE ALBINO TINETTI, que: *“Únicamente a través de ella pueden tomarse decisiones encaminadas a sistematizar, ordenar y*

²⁸⁹ El objeto de la audiencia preliminar será entonces, discutir por las partes y decidir por el juez, si existe probabilidad positiva de que la acusación será probada en el juicio, pues, de lo contrario debe sobreeserse. Claro está, que la audiencia preliminar sirve también para discutir y resolver otras cuestiones orientadas a darle fin al trámite procesal, cuando precisamente por la naturaleza del delito y la norma procesal lo permita y las partes se lo pidan al juez; lo que se conoce como salidas alternas.

²⁹⁰ CAFERATA NORES, José I., *La Prueba en el Proceso Penal*, 3ª edic., Buenos Aires, Argentina, Ed., Depalma, 1998, p. 9.

²⁹¹ La audiencia preliminar constituye un momento de suma trascendencia en el desarrollo del proceso, ya que es aquí donde los actores del conflicto tienen la oportunidad de resolverlo mediante alguna salida alterna, evitando con ello mayores sufrimientos que conlleva seguir con el procedimiento; o bien, es el momento para establecer si la acusación ha sido suficientemente preparada, al igual que la defensa, para pasar al otro estadio procesal, el juicio. Es por eso, que la audiencia preliminar es una etapa o momento de análisis y crítica de los elementos de convicción recabados durante la instrucción, que en algunos casos dará lugar al juicio.

²⁹² MAIER, JULIO B. J., y otros, *Las Reformas... op. cit.*, p. 419. La audiencia preliminar busca, como finalidad esencial, depurar los elementos probatorio y los puntos sobre los cuales se admitirá la acusación fiscal, que serán, por aplicación del principio de congruencia, los puntos sobre los que las partes debatirán y se resolverán en el juicio. De tal suerte que con ella se realiza, por medio de las partes, un control de carácter judicial sobre el objeto de la acusación y sobre la prueba y los medios que se utilizarán para probar hechos y circunstancias, buscando que sea eliminada toda aquella prueba que riña con la legalidad.

preparar la actividad probatoria, que se producirá en juicio²⁹³; por tanto, el juez establece cuáles son los medios de prueba apropiados para demostrar los hechos fijados²⁹⁴.

La finalidad esencial de la audiencia preliminar, como fase intermedia²⁹⁵, es ejercer un control sobre la decisión de perseguir la infracción penal tomada en la fase preparatoria, así como decidir acerca de la apertura o no a juicio. En ella se comprueba si existe, a la vista de los hechos y de los fundamentos de derecho que se presentan ante el juez, una sospecha razonable de la comisión de una infracción penal²⁹⁶; la audiencia preliminar, es también para discutir en ella cuestiones incidentales como podrían ser cierto tipo de excepciones, así como la derivación hacia una conciliación u otros tipos de salidas alternas al proceso²⁹⁷.

Al respecto del objeto o finalidad de la audiencia preliminar en el proceso penal, la jurisprudencia ha dicho: “Según se colige de lo dispuesto por los artículos 319 inciso 10 y 320 número 10) del Código Procesal Penal, la audiencia preliminar tiene por objeto resolver sobre la admisión de los elementos de prueba que son ofrecidos en dicha audiencia y que habrán de ser introducidos al juicio; en otros términos, que deberán de producirse en la vista pública. Tal circunstancia, debe señalarse, no obstante para que excepcionalmente pueda producirse en la audiencia preliminar prueba anticipada o que se verifique la producción de elementos probatorios que definan puntos específicos que habrán de determinarse en la audiencia – decretar auto de sobreseimiento, suspender condicionalmente el proceso, resolver sobre la aplicación de un criterio de oportunidad, etc.”²⁹⁸.

²⁹³ TINETTI, José Albino, y otros, *Audiencia Preliminar, Compendio de actos para su desarrollo*, Prontuario No. 2, IURISRED, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 1999, p. 6.

²⁹⁴ El Art. 362 CPP., establece que en la resolución que el juez adopte en la audiencia preliminar, cuando ordene la apertura a juicio, deberá hacer el examen sobre la admisión o rechazo de la prueba que será utilizada en el juicio, que hará a la luz de su utilidad, pertinencia y legalidad.

²⁹⁵ La fase intermedia, como su nombre lo indica, es una etapa procedimental, situada entre la instrucción y el juicio oral, cuya función primordial estriba en determinar si concurren o no los presupuestos de la apertura a juicio oral. *Vid.*, GIMENO SENDRA, Vicente, y otros., *op. cit.*, p. 409.

²⁹⁶ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, y otros., *op. cit.*, p. 215.

²⁹⁷ FALCON, Enrique M., *op.cit.*, p. 48.

²⁹⁸ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Amparo número 390-2002 de fecha 26 de mayo de 2004. Además en esta sentencia se dice: “Sin embargo, debe reiterarse, la audiencia preliminar tiene como finalidad primordial la determinación de presupuestos cuya concurrencia habrá de motivar la apertura a juicio, pues sólo dicha comprobación de orden preliminar será la que establezca el mérito de la imputación que persigue una eventual condena, probabilidad que, sin lugar a dudas, habrá de encontrar su fundamento en el estudio de los elementos probatorio sobre los que se erige la acusación Fiscal. Y es que, el pronunciamiento de un auto de apertura a juicio exige la determinación en el proceso de cierto nivel de

Siguiendo la estructura del proceso común concebido por el CPP, la audiencia preliminar, aunque expresamente no se diga, es la misma fase que la doctrina contemporánea conoce como “intermedia”; esta fase se inicia con la presentación de dictamen fiscal y del querellante, se desarrolla en la audiencia preliminar y termina con la resolución que decreta la apertura a juicio o el sobreseimiento; en los demás supuestos quedaría en suspenso el proceso hasta que transcurrieran los plazos legales o se cumplieren las condiciones fijadas o el acuerdo conciliatorio, produciéndose con ello la extinción de la acción penal y el subsiguiente sobreseimiento²⁹⁹. En síntesis, la fase intermedia constituye el conjunto de actos procesales cuyo objetivo consiste en la corrección o saneamiento formal de los requerimientos o actos conclusivos de la investigación; sirve entonces para un control sustancial sobre esos actos conclusivos³⁰⁰.

En la tramitación de los actos que comprenden la fase intermedia o audiencia preliminar, es ineludible el control del juez sobre los mismos, al haber formalidades que cumplir en la formulación del dictamen en caso de acusación; al existir términos perentorios que van fijando el camino hacia dicha audiencia; al existir condiciones determinadas para arribar a las decisiones que pueden emanar de la misma; al marcar la ley requisitos formales propios para la tramitación de salidas alternativas; y al fijar su diseño, en cuanto al orden de los puntos a tratar en la misma; respecto a la disciplina de las partes en su desarrollo, a la forma de comunicar la decisión y al cumplimiento de las consecuencias que traiga la decisión, ello dentro de los plazos previstos; todo lo cual debe ser contralado y vigilado por el juez, en cuanto a su cumplimiento y respeto.

convicción sobre la existencia de la infracción penal y la participación delincuencia del imputado; es decir, la probabilidad positiva de una eventual condena y no así la certeza de culpabilidad, circunstancia que, de conformidad con lo dispuesto por el ordinal 2 del artículo 386 del Código Procesal Penal, compete a los tribunales de sentencia”.

²⁹⁹ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, y otros, *op. cit.*, p. 215.

³⁰⁰ BINDER BARZIZZA, Alberto, *Introducción... op. cit.*, p. 225. Según los Arts. 355 al 364 CPP, la audiencia preliminar comprende los actos siguientes: la presentación del dictamen fiscal y del querellante; el examen de los requisitos de admisibilidad de dicho dictamen; la convocatoria a las partes para el examen y consulta de las actuaciones; otorgamiento a las partes en el plazo de ley para la observación de la acusación y sus propias peticiones; señalamiento de día y hora para la dicha audiencia; para su preparación, desarrollo; y la resolución.

CAPITULO IV

FUNCIONES DEL JUEZ EN EL DESARROLLO PROCESAL DE LA INSTRUCCIÓN FORMAL Y DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

SUMARIO: 4.1. Dictar y Controlar el Contenido del Auto de Instrucción. 4.2. Control del Plazo de Instrucción Formal y su Prórroga. 4.3. Control de la Autorización y Realización de los Actos Urgentes de Comprobación. 4.4. Control de la Procedencia y Realización del Anticipo de Prueba Testimonial. 4.5. Control Sobre la Indicación de los Actos Necesarios para la Investigación del Hecho Delictivo. 4.6. Control Sobre la Aplicación de Medidas Restrictivas de Derechos Fundamentales. 4.7. Control de la Audiencia Preliminar como Fase Intermedia. 4.7.1. Control del Dictamen Fiscal y del Querellante. 4.7.2. Celebración de la Audiencia Preliminar y el Control del Juez Sobre su Desarrollo. 4.7.3. Control Sobre las Solicitudes de las Partes. 4.7.3.1. Control de la Admisión de la Acusación y de la Apertura a Juicio. 4.7.3.2. Control Sobre la Admisibilidad de la Prueba Ofrecida Para la Vista Pública. 4.7.3.2.1. Control Sobre Pertinencia, Utilidad y Legalidad de la Prueba. 4.7.3.3. Otras Decisiones del Juez en la Audiencia Preliminar. 4.7.4. Control del Auto de Apertura a Juicio.

4.1. DICTAR Y CONTROLAR EL CONTENIDO DEL AUTO DE INSTRUCCIÓN FORMAL

Si el juez de paz una vez desarrollada la audiencia inicial³⁰¹ o con la sola vista del requerimiento fiscal³⁰², decide que el proceso penal deba continuar con su trámite, dentro del plazo³⁰³ máximo de tres

³⁰¹ El diseño del Código Procesal Penal, por ser de naturaleza oral, se regulan en el desarrollo del procedimiento común, tres audiencias orales, la primera es la Audiencia Inicial, a cargo del Juez de paz Art. 300 CPP, en la que luego de escuchar a las partes y en su caso recibir la declaración del imputado, deberán resolver las cuestiones planteadas y pedidas por aquellas, según corresponda. Esta audiencia constituye el primer momento de importancia para la resolución del caso. Sobre la audiencia inicial, la jurisprudencia ha dicho: *“Ciertamente, la audiencia inicial persigue cumplir con una función de garantía, no sólo al otorgar un control jurisdiccional, a la imputación inicial realizada por la Fiscalía, sino también, al posibilitar al defensor controvertir la acusación y al imputado conocer el contenido del requerimiento fiscal y expresar –si lo estime necesario– su declaración sobre los hechos que se le imputan”*. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Hábeas Corpus número 8- 2006 de fecha trece de julio de 2006.

³⁰² Resolver con la sola vista del requerimiento fiscal, no significa que baste con leer el dictamen del fiscal, si no que se requiere analizar los aspectos formales y sustanciales; a su vez, ejercer el control sobre la investigación inicial. Los requisitos formales están referidos a qué datos o aspectos insoslayables debe contener la solicitud, Art. 294 CPP y los sustanciales, están relacionados con la información indispensable para determinar los fundamentos de la solicitud, como por ejemplo: la calificación del delito, el pedido de una medida cautelar o de una salida alterna. Las diligencias iniciales de investigación, ha sostenido la jurisprudencia, que constituyen una fase preprocesal administrativa; lo que implica que sólo pueden llevarse a cabo mientras no se haya requerido de la autoridad judicial la instrucción formal. Se trata de una actividad previa a la instrucción judicial y por tanto, anterior a la incoación del proceso; no constituyen en sí mismas pruebas, pues no obstante se encuentran relacionadas con ésta, son diferentes en cuanto a la forma, lugar y momento de su realización; así como por los sujetos encargados de la misma, por el valor procesal que poseen y por la distinta función que cumplen en el marco del proceso penal; en ese sentido, su valor probatorio es limitado. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Hábeas Corpus número 216-2007, de fecha 15 de abril de 2008. Siguiendo esta línea jurisprudencial, la utilidad de las diligencias iniciales de investigación, es que sirven al fiscal para fundamentar sus peticiones y al juez de paz, para quien constituyen los elementos de convicción, le servirán

días deberá remitir las actuaciones al juez de instrucción. La orden del juez de paz de que se procese judicialmente al imputado debe partir y tener como base los elementos de convicción aportados con el requerimiento fiscal y que constituyen la investigación inicial; siendo éste el primer pronunciamiento trascendental e inevitable del órgano jurisdiccional, desde que el proceso se puso en marcha y que tiende, al menos provisionalmente a concretar el objeto del proceso; el que consiste en determinar el ámbito subjetivo de la imputación. Esta decisión para JORGE CLARIÁ OLMEDO, es: *“La declaración jurisdiccional que haciendo mérito de las diligencias iniciales de investigación, acepta provisionalmente la imputación ante la posibilidad de que aquel contra quien va dirigida sea penalmente responsable del delito que se investiga”*³⁰⁴.

Por su parte, el juez de instrucción una vez recibidas las actuaciones, dentro de los tres días³⁰⁵ siguientes, dictará un auto³⁰⁶ o resolución³⁰⁷ que debe ser motivada³⁰⁸; y su contenido debe comprender los requisitos que el Art. 302 CPP señala, en cuanto a que tiene que precisar el plazo para la instrucción; indicar la fecha de finalización; señalar los actos urgentes de comprobación que requieran

para motivar su decisión, principalmente cuando ordena remitir las actuaciones para la instrucción formal; y por último, a las demás partes, para preparar sus estrategias de ataque y defensa.

³⁰³ El CPP usa indistintamente el concepto de términos o plazos, así encontramos que los Arts. 167 y 168, se refieren a términos, mientras que el Art. 168 se refiere al cómputo de plazos, de igual manera lo hace el Art. 300. Para ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.* p.319, la expresión *“dentro de los términos”* o dentro del término (cantidad) días, es incorrecta, pues debía decirse *“dentro de los plazos”*, ya que el plazo es el curso de un espacio de tiempo y el término es el vencimiento del mismo. Los términos son momentos determinados de tiempo; los plazos son períodos de tiempo; no obstante, tomando en cuenta la ley, se debe utilizar la palabra término como sinónimo de plazo o directamente la palabra plazo, por ser la más adecuada. Por lo que, término es aquél que la ley establece para que un acto procesal se cumpla dentro de él o el espacio de tiempo dentro del cual debe ejecutarse un acto procesal.

³⁰⁴ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 1ª edic., Santa Fe, Argentina, Ed., Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 353.

³⁰⁵ Para el cómputo de términos por días, se sigue la regla de los Arts. 167 y 168 CPP, la cual contempla que se cuenta solo en días hábiles, no contándose los de asueto, descanso semanal ni los días inhábiles.

³⁰⁶ Según el Art. 143 CPP, por auto se entiende: *“... auto, el que resuelve un incidente o una cuestión interlocutoria o, en su caso, para dar término al procedimiento ...”*.

³⁰⁷ Las resoluciones judiciales, según lo sostiene ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *op. cit.*, p. 182, son una categoría específica de actos procesales, concretamente aquellos mediante los que los órganos judiciales adoptan ciertas decisiones con eficacia limitada al propio proceso o que trascienden a éste y producen consecuencias jurídicas-sustantivas.

³⁰⁸ Sobre el deber de motivar las resoluciones judiciales, hay abundante jurisprudencia, entre ellas, la sentencia de Amparo número 20-2000, de fecha 23 de febrero de 2000, en donde la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo: *“La motivación persigue que el Juez de explicaciones de las razones que lo mueven objetivamente a resolver en determinado sentido, posibilitando el convencimiento de los justiciables del por qué de las mismas. En virtud de ello, es que el incumplimiento a la obligación de motivación adquiere connotación constitucional, por cuanto su inobservancia incide negativamente en la seguridad jurídica y defensa en juicio”*. Por su parte el CPP, en el Art. 144, le impone al juez la obligación de fundamentar las resoluciones que adopte en el trámite del proceso.

autorización judicial y que hayan sido solicitados por las partes o que estime necesarios; indicar los actos necesarios para la investigación del hecho delictivo; y señalar la realización de los anticipos de prueba e indicar los actos necesarios para la investigación del hecho delictivo; en la práctica a esta resolución se le conoce como auto de instrucción.

Para JORGE CLARIÁ OLMEDO, el auto de instrucción, al que denomina auto de procesamiento, debe tener ciertas características, entre ellas: “1) *Se trata de una resolución jurisdiccional dictada en forma de auto y por tanto, motivada;* 2) *Es una resolución eminentemente instructoria a dictarse durante los primeros momentos de la investigación;* 3) *Es ineludible en los procesos con instrucción formal;* 4) *Es provisional, por cuanto el cambio de las circunstancias puede permitir su revocación o modificación;* 5) *Es decisión impulsora del proceso, que debe pronunciarse de oficio cuando se dan los requisitos para su procedencia;* y 6) *No vincula al tribunal del juicio o de alzada en cuanto a la calificación legal del hecho incriminado*”³⁰⁹.

La dirección y control del proceso en la instrucción, corresponden al juez; y tal poder lo ejerce sin mengua de las funciones delegadas que se encomiendan al fiscal respecto de la investigación del delito; siendo discutible si sería conveniente descargar a los órganos jurisdiccionales los cometidos de la instrucción, mediante el desplazamiento de sus funciones al Ministerio Público Fiscal, como órgano responsable de la misma; esta traslación de funciones nunca podría ser completa, pues durante la instrucción se adoptan medidas cautelares relativas a restricciones de derechos básicos que constitucionalmente requieren autorización judicial³¹⁰.

El juez de instrucción en el sistema que contempla el CPP, cumple ordenando todos los actos de investigación necesarios para lograr los objetivos que se propone en el auto de instrucción, verificando además que los mismo se lleven a cabo; su función se extiende a la etapa intermedia o crítica de la instrucción³¹¹, resolviendo la continuación del proceso a la subsiguiente etapa o de lo contrario

³⁰⁹ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado..., op. cit.*, pp. 355 y 356.

³¹⁰ GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.*, pp. 247 y 248. En la realidad salvadoreña, dicha traslación de funciones sería riesgosa, debido a que la Fiscalía no está preparada para jugar un rol con toda esa responsabilidad; ya que aún con los controles que actualmente se ejercen sobre ella, sus actuaciones en algunos casos han vulnerado los derechos del justiciable.

³¹¹ CREUS, Carlos, *op. cit.* p. 75, este autor, sobre la etapa intermedia o crítica de la instrucción, ha dicho: “*que cuando el instructor considera concluida la instrucción, por haber realizado toda la actividad investigativa que para él era necesaria o que le fue posible llevar a cabo, ha llegado el momento en que debe decidir qué hacer*

ordenando su paralización o extinción. El fiscal actúa en carácter de parte, ya que además de promover la acción, peticona al juez los medios de prueba que considere necesarios y le solicita las decisiones que estime que corresponden para resolver la situación del imputado y el destino del proceso; interviniendo bajo ese carácter en los actos de la instrucción, aunque con ciertas características particulares; ya que en algunos aspectos se le otorgan facultades más amplias³¹², precisamente por sus atribuciones de investigación de los delitos que constitucionalmente le corresponden; por lo que puede practicar en la instrucción diligencias y actuaciones, así como los actos urgente de comprobación que no requieran autorización o intervención judicial, según lo prevé el Art. 304 CPP, siempre que hayan sido ordenados por el juez en el proceso penal, quien además controlará su ejecución.

Para asegurar que el auto de instrucción formal llegue a conocimiento de las partes que intervienen en el proceso, el juez de instrucción debe efectuar la notificación oportuna del mismo; lo cual es de vital importancia, porque es así como las partes se enteran directamente de su contenido³¹³, lo que les permite poder ejercer control sobre ellas mediante los recursos³¹⁴; ya que si alguna de las decisiones ahí adoptadas les causa perjuicio pueden ser objeto de impugnación; además, la comunicación a las partes de tan importante decisión sirve a éstas para conocer todas las actividades de investigación y de prueba que se han ordenado y de esa manera tener la oportunidad de asistir a su práctica, con lo cual se salvaguarda los derechos de defensa y contradicción. También es importante la comunicación legal a las partes de esta resolución, porque permite que se enteren de los plazos que tienen para realizar

con el proceso: si él debe continuar, pasando a la etapa de juicio, si tiene que paralizarse temporariamente cuando se den circunstancias que así lo impongan “una vez cumplida la instrucción”, o si tiene que extinguirse mediante la declaración del sobreseimiento del imputado, o ser derivado hacia otros organismos jurisdiccionales, si es que antes no lo ha sido. Es también la oportunidad en que las partes no necesarias del proceso (querellante conjunto o adhesivo, acto civil, tercero civil responsable) concreten su intervención en él, decidiendo el juez o tribunal sobre ésta, especialmente si media oposición de otras partes”.

³¹² CREUS, Carlos, *op. cit.*, p. 57

³¹³ Sostiene GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.* p. 233, que los actos de comunicación del órgano jurisdiccional con los sujetos que intervienen en el proceso penal fundamentan la actividad procesal de éstos, poniendo en su conocimiento las distintas contingencias que a lo largo de su tramitación vayan surgiendo, como consecuencia obligada del principio de impulso de oficio de todas las actuaciones, máxime en un proceso penal, cuya finalidad es determinar la posible responsabilidad por hechos delictivos, actuando el *ius puniendi* del Estado versus el derecho a la libertad de la parte pasiva del proceso.

³¹⁴ Por tratarse el auto de instrucción formal de una cuestión interlocutoria, el recurso que viabiliza su control es el de revocatoria, Art. 461 CPP, el cual dice: “Procederá el recurso de revocatoria contra las decisiones pronunciadas en audiencia o fuera de ellas que resuelva un incidente o cuestión interlocutoria, a fin de que el mismo tribunal que las dictó las revoque o modifique”.

sus peticiones, ya que si los dejan correr precluyen las oportunidades; estos actos de comunicación³¹⁵ del juzgado o tribunal con las partes y otras personas que intervienen en el proceso, según el CPP se conocen a menudo como notificaciones; sin embargo se clasifican en: a) Notificaciones, cuando tengan como objeto comunicar una resolución, una diligencia o una actuación; b) Emplazamientos, para apersonarse y para actuar dentro de un plazo, c) Citaciones, cuando determinen el lugar, la fecha y la hora para comparecer y actuar; y d) Requerimientos, para ordenar, en conformidad con la Ley, una conducta o una inactividad³¹⁶.

4.2. CONTROL DEL PLAZO DE INSTRUCCIÓN FORMAL Y SU PRÓRROGA

En la instrucción formal deben agotarse todas las medidas pertinentes y útiles al esclarecimiento del objeto procesal que se investiga; debe intentarse acreditar de la mejor manera posible el hecho motivo de la imputación e individualizar al o a los presuntos responsables; también deben establecerse las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen, influyan en su punibilidad o lo justifiquen; verificarse la edad, educación, los medios de subsistencia y los antecedentes del imputado, lo mismo que el estado y desarrollo de sus facultades, los motivos que hubieren podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que releven su mayor o menor peligrosidad y comprobar la extensión del daño causado por el delito, aunque el damnificado no se haya constituido en actor civil³¹⁷; por lo que debe fijarse un plazo a fin de cumplir dichos cometidos, el cual se denomina plazo de instrucción; que también cumple el objetivo de ser un medio para controlar el abuso en la detención provisional, pues extenderla más del plazo establecido evidencia una lenta justicia, la cual contrasta con el debido

³¹⁵ Al respecto, la Sala de lo Constitucional sobre los actos de comunicación ha dicho: “*De conformidad a lo sostenido por la Sala de lo Constitucional –v.gr. sentencia pronunciada en el proceso de hábeas corpus número 69-2004-, los actos procesales de comunicación “(...) no son, desde una perspectiva constitucional, categorías jurídicas con sustantividad propia, sino que las mismas constituyen manifestaciones del derecho de audiencia, en cuanto que tales actos posibilitan la intervención de las partes en los procesos jurisdiccionales y el ejercicio de sus derechos constitucionales reconocidos”.* Por tanto la realización de los actos procesales de comunicación garantizan el respeto al derecho de audiencia de quien se encuentra sometido a un proceso, categoría fundamental consagrada en el artículo 11 inciso primero de la Constitución, el cual dispone: “ninguna persona 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; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Hábeas Corpus número 108-2006, de fecha 31 de marzo de 2008.

³¹⁶ ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *op. cit.* p. 188. En el mismo sentido que lo trata la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, los actos de comunicación permiten al procesado manifestar su derecho respecto a los hechos por los cuales se está llevando a cabo el proceso, categoría fundamental recogida en la Constitución, específicamente en el artículo 12.

³¹⁷ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.* p. 257.

proceso. Por ello se procura con el plazo de instrucción, poner límite a uno de los períodos estimados determinantes de los retrasos en el proceso penal, como lo es la etapa de preparación del juicio oral³¹⁸; lográndose a su vez, que se respete la garantía constitucional del Debido Proceso Legal³¹⁹, pues ésta estatuye para el imputado el derecho a contar con etapas procesales legalmente definidas y de duración limitada³²⁰; en razón de esto es que el proceso penal no puede carecer de términos³²¹ o plazos, especialmente la instrucción, ya que de lo contrario quedaría en manos del arbitrio judicial su duración; en razón de lo cual es que el CPP establece la duración de la instrucción o plazo de instrucción, así el Art. 309 dice: *“la duración máxima de la instrucción no excederá de seis meses a partir del auto de instrucción”*; tal plazo se cuenta a partir de la fecha del auto de instrucción, el que al agotarse se tiene por concluido.

El CPP no dice sobre la base de que aspectos o circunstancias debe fijarse la duración del plazo de instrucción, pero vía jurisprudencial la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado por lo que debe entenderse por un plazo razonable, diciendo *“El Tribunal ha de tener en consideración la complejidad del asunto, que implica la complejidad fáctica del litigio, es decir, la necesidad de realizar las distintas pruebas; la complejidad jurídica o las propias deficiencias técnicas del ordenamiento”*³²²; en consecuencia, el juez de instrucción debe tomar en cuenta esos aspectos que mencionada la jurisprudencia para fijar el plazo de instrucción; pero además hay otros que no puede soslayar, relacionados con los trámites administrativos y logísticos, la carga laboral, lo comprimido de la agenda, la cantidad de personal auxiliar y otras circunstancias que no están completamente bajo control del juez. Exceder el plazo de seis meses de instrucción, debe estar debidamente motivado por el juez, a

³¹⁸ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, y otros, *op. cit.*, p. 153.

³¹⁹ Ha dicho la jurisprudencia respecto a los plazos: *“Por su parte, la Sala sostiene, que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se refiere a un proceso realizado en un plazo razonable, según el argumento que se ha hecho depender de lo prescrito en el artículo 182 atribución 5ª de la Constitución. Por otro lado, no es posible considerar automáticamente que el incumplimiento de un plazo dispuesto en la ley, constituye en sí mismo una dilación, ya que ésta debe tener la calidad de indebida”*. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Hábeas Corpus número 14-2005 de fecha 13 de agosto de 2005.

³²⁰ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.* p. 257.

³²¹ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.* p. 319. Para este autor, *“termino”* es aquél que la ley establece para que un acto procesal se cumpla dentro de él o como dicen otros procesalistas, *“el espacio de tiempo dentro del cual debe ejecutarse un acto procesal”*.

³²² Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Hábeas Corpus número 24-2005 de fecha 13 de agosto de 2005.

que el mismo no pueda obedecer a la inactividad del órgano jurisdiccional, sino a otras razones que justifiquen su necesidad, de lo contrario se estaría violando el principio de pronta y cumplida justicia³²³.

Hay un aspecto muy importante del plazo de instrucción, no obstante su aparente simplicidad y su forma de computarlo; al respecto el Art. 309 CPP da la regla general, estableciendo que el plazo no puede exceder de seis meses a partir del auto de instrucción; lo que permite dos formas de fijarlo, una es computarlo por meses y la otra computarlo por días; la primera resulta ser más sencilla al facilitar la forma de su cálculo; pero la segunda es la de uso más frecuente utilizada por los jueces, porque es más adecuada para adaptarla a la agenda de trabajo, ya que permite hacer una programación ajustada a la carga laboral; sin embargo, ésta requiere de mayor esmero en su cálculo, pues deberá establecerse con exactitud el día de su finalización; por lo tanto debe conocerse con precisión cuales días del año laboral serán de asueto, descanso semanal o días inhábiles, siguiendo la regla del Art. 168 CPP, aplicable para este tipo de cómputo.

El plazo de instrucción que inicialmente fue otorgado en el auto de instrucción por el juez, puede ser prorrogado a petición de alguna de las partes, según lo dispone el Art. 310 CPP; en esta decisión el juez debe tomar en cuenta varias circunstancias para estimar la procedencia de la prórroga, tales como, que se trate de un delito cuya investigación sea compleja a causa de su realización³²⁴ o por la multiplicidad de los hechos relacionados o por el elevado número de personas sometidas a procedimientos o de víctimas; lo cual implica la existencia de causas conexas con muchos imputados, con muchos testigos o víctimas y por supuesto con muchas diligencias por realizar para alcanzar el sobreseimiento³²⁵ o la elevación a juicio³²⁶. A manera de ejemplo puede mencionarse aquellos delitos

³²³ La sala de lo Constitucional ha dicho que hay violación a la garantía de pronta y cumplida justicia, en los términos siguientes: *“La norma constitucional referida a la garantía de pronta y cumplida justicia, se refiere a que en el desarrollo del proceso penal, las autoridades incurren en dilaciones indebidas, es decir, que acontezcan en su tramitación períodos en los que no se realice diligencia alguna y que dicha actividad no esté justificada, ya que ello demostraría una violación a la garantía constitucional de pronta y cumplida justicia”*. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Hábeas Corpus número 14-2005, de fecha 13 de agosto de 2005.

³²⁴ El Art. 1 Inc. 2º de la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja, da una definición un tanto similar al supuesto que exige el CPP para prorrogar el plazo de instrucción, al decir: *“Para los efectos de la presente ley, constituyen delitos de realización compleja los enumerados a continuación, cuando se cumpla alguna de las circunstancias siguientes: que haya sido realizado por dos o más personas, que la acción recaiga sobre dos o más víctimas, o que su perpetración provoque alarma o conmoción social”*. El concepto de alarma o conmoción social, por ser demasiado impreciso, fue declarado inconstitucional, como más adelante se explicará.

³²⁵ En las antípodas del procedimiento, que resuelve la situación del imputado impulsando el proceso, el sobreseimiento la resuelve poniéndole fin (salvo cuando se trate del *“sobreseimiento provisorio”* que siguen

cometidos por organizaciones criminales bien estructuradas, que se requiere además del personal técnico idóneo, del tiempo suficiente para recoger toda la información concerniente a demostrar los extremos de la imputación delictiva, dentro de los cuales pueden citarse los delitos de narcotráfico, trata de personas, secuestro, terrorismo, entre otros. Aquí es donde actúa el criterio prudente y razonable del juez de instrucción, para estimar un término adecuado para culminar la investigación, tomando en cuenta dichos parámetros en la resolución motivada que adopte, evitando caer en dilaciones indebidas que puedan afectar los derechos del justiciable.

Otras de las circunstancias que debe tomar en cuenta el juez para prorrogar el plazo de la instrucción, es que las investigaciones requieran el cumplimiento de actuaciones en el exterior, que deban practicarse pruebas de difícil realización o que no se hayan practicado por caso fortuito o fuerza mayor³²⁷; como algunos ejemplos de delito de investigación compleja, pueden citarse los casos de terrorismo, de tráfico internacional de drogas y tráfico de armas, en los que la agrupación criminal tenga células en varios países, entonces se tendrá que pedir la cooperación de todos esos Estados para descubrir los hechos y los partícipes de la agrupación, por lo que se requerirá practicar prueba en el extranjero. Por supuesto, que dentro de este apartado van incluidos aquellos análisis o estudios científicos que requieren del uso de tecnología que no se tenga en el país y del tiempo necesario para obtener el resultado; como podrían ser análisis relacionados con el daño que ocasionan los delitos contra el medio ambiente, que no son palpables fácilmente. Debiendo a su vez, tener en cuenta que la prueba documental emanada de un país extranjero, para que haga fe en un proceso penal, debe seguir el trámite diplomático de la autenticación o el apostille, dependiendo de lo previsto en los Tratados

manteniendo algunas legislaciones, como la salvadoreña), descargando de toda responsabilidad penal a aquel a favor de quien se dicta sobre el o los hechos que han sido objeto de investigación, con carácter de cosa juzgada una vez firme la respectiva resolución. CREUS, Carlos, *op. cit.*, pp. 348 y 349.

³²⁶ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.* p. 258.

³²⁷ OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, S.E., Buenos Aires Argentina, Ed., Heliasta SRL, p. 114. En este diccionario se define el caso fortuito y fuerza mayor: “Caso fortuito. Llámase así al suceso que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido evitarse. Los casos fortuitos, lo mismo que los de fuerza mayor, pueden ser producidos por la naturaleza o por el hecho del hombre. Para algunos autores no existe diferencia ni teórica ni práctica entre el caso fortuito y la fuerza mayor, pueden ser producidos por la naturaleza o por el hecho del hombre. Otros autores estiman que el caso fortuito guarda mayor relación con los hechos de la naturaleza; por ejemplo, el desbordamiento de un río, los terremotos, las tempestades, las pestes, los incendios; en tanto que la fuerza mayor se origina en hechos lícitos o ilícitos del hombre, como guerra, la coacción material y otros similares”.

suscritos al efecto, según lo contempla el Art. 334 CPrCyMr³²⁸, lo cual requiere de mayor tiempo para su obtención. De estarse entonces ante estas circunstancias, se justificaría la prórroga de la instrucción que decida el juez.

Cuando el Art. 310 No. 2) CPP, se refiere a que las investigaciones requieran el cumplimiento de actuaciones en el exterior, alude a actuaciones a ejecutarse fuera de El Salvador; y por su parte el Art. 150 CPrCyMr, que es aplicable supletoriamente al proceso penal, conforme al Art. 20 CPrCyMr, establece el procedimiento para estos caso así: *“Sin perjuicio de lo previsto en tratados internacionales, cuando una actuación procesal deba realizarse fuera del territorio nacional, la parte interesada en su realización la solicitará, indicando la causa y el alcance de la actuación procesal solicitada. Si el tribunal acordare su realización, libraré exhorto, que remitirá a la Corte Suprema de Justicia, para su envío al Órgano Ejecutivo, en el ramo a cargo de la relaciones internacionales, a fin de hacerlo llegar a las respectivas autoridades extranjeras”*³²⁹.

El Art. 310 CPP, resulta criticable en cuanto a su contenido, puesto que no recoge dentro de sus supuestos una causa que habilite la prórroga en delitos, que aun no siendo complejos y no tratarse de los casos expresamente señalados, justifiquen la ampliación de la instrucción para completar la investigación, cuando ésta haya podido retrasarse por causas ajenas al juez y a las partes. Esta falta de regulación, lleva al juez a hacer uso de su discrecionalidad, ante las peticiones de prórroga de la instrucción, otorgándola pese a no ceñirse de manera fiel a lo que dispone el artículo ya citado, el supuesto por el cual se accede a ella.

El juez debe controlar que la solicitud de la prórroga de la instrucción se haga respetando el plazo que señala el Art. 310 CPP, es decir, hasta quince días continuos antes de la fecha de finalización de la instrucción; si se accede a la solicitud debe tomar en cuenta que no puede exceder de tres meses para

³²⁸ Código Procesal Civil y Mercantil, D. L. N° 712, del 18 de septiembre del 2008, D. O. N° 224 del 27 de noviembre de 2008.

³²⁹ Este trámite, lleva un tiempo que generalmente excede el plazo ordinario de la instrucción, por lo que sería una razón suficiente para pedirle al juez la prórroga del pazo de instrucción, quien decidirá su procedencia; respecto a ello, un ejemplo en El Salvador que ilustra casi todos los supuestos del Art. 310 CPP, lo encontramos en el caso conocido como *“Baterías Record”*, por el delito de Contaminación Ambiental y otros, cuya investigación se tornó compleja por muchos factores, como la cantidad de imputados, la cantidad de víctimas y la multiplicidad de hechos relacionados que han requerido actuaciones en el extranjero, como remisión de muestras de evidencias para su análisis; siendo estas razones más que suficientes para llevar hasta el límite de tiempo la duración del plazo de instrucción.

los delitos menos graves y de seis meses para los delitos graves, “*pero nunca será mayor que el plazo originalmente solicitado*”; esta expresión usada por la disposición legal citada, es generadora de duda sobre a que quiso referirse el legislador al decirla, por cuanto no es clara, pues no se sabe si se refiere al plazo solicitado en el requerimiento fiscal o al plazo que pide el solicitante. A este respecto, se atiende al significado de la palabra “*originalmente*” como derivada de “*original*” y ésta perteneciente o relativo al “*origen*”, que se define como principio, nacimiento, raíz o causa de una cosa; cabría entender que se ha referido al plazo solicitado en el requerimiento fiscal, lo que según sea el caso, podría dejar en desventajas al resto de partes, si éstas requieren de mayor tiempo para la investigación; pero a su vez tal expresión lleva a pensar que podría tratarse del plazo de ampliación que se ha pedido en el escrito de prórroga, el cual no podría ser rebasado por el juez de instrucción otorgando un plazo mayor al mismo. En la mayoría de los casos, los jueces se decantan por la primera opción, entendiendo que tal expresión se refiere al plazo solicitado en el requerimiento fiscal. Sobre este aspecto y para evitar la incertidumbre que plantea la descripción de dicho artículo, el mismo debe ser objeto de una reforma, de manera que no de margen a interpretaciones diversas ni a duda.

4.3. CONTROL DE LA AUTORIZACIÓN Y REALIZACIÓN DE LOS ACTOS URGENTES DE COMPROBACIÓN

Los actos de investigación son una serie de diligencias destinadas a conservar o destruir o realizar de forma controlada todos aquellos elementos materiales que pueden haber configurado la manera de ser o la manera de llevarse a cabo el delito; su conservación es necesaria para realizar después la oportuna valoración en el juicio oral al dictar su sentencia³³⁰; lo cual implica previamente la recogida de datos y objetos, la descripción de las situaciones del tiempo, de lugar y de modo y el depósito de las cosas, en su caso.

El CPP regula una serie de diligencias o actos de investigación³³¹ que son imprescindibles llevar a cabo para la buena marcha de la investigación y del juicio oral; en definitiva, para aportar al proceso una serie

³³⁰ MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.* pp. 219 y 220.

³³¹ Dentro de la misma Constitución, los derechos fundamentales ostentan una posición preferente, el Estado debe auto limitarse en sus poderes de modo y manera que en caso alguno puede, salvo en las condiciones que la propia Constitución y las leyes establecen, vulnera tales derecho en el ámbito de la investigación; pues, se puede afirmar con rotundidad que todos los derechos fundamentales a excepción del derecho a la vida son limitables en el

de objetos inanimados que sirvan para atestiguar la realidad de un hecho, todo ello como piezas de convicción. La finalidad que se persigue con los actos de investigación preparatorios del juicio, son las de fijar los hechos y determinar los sujetos para el establecimiento, en su caso, de la pretensión punitiva; por lo que instrumentalmente, tienden al aseguramiento de las pruebas para demostrar, en el acto del juicio oral, la certeza de los hechos delictivos y la culpabilidad de los sujetos acusados, en concepto de autores, cómplices o encubridores³³².

La instrucción adquiere una gran relevancia en el resultado del proceso, ya que en ella se pretende obtener los elementos que las partes precisan para sustentar sus posiciones en el juicio; siendo así que el valor de la instrucción en la práctica es enorme, por la eficacia de las diligencias instructorias o actos de investigación³³³, en el juicio y en la sentencia, Esos actos de investigación están vinculados al proceso en la medida que lo prefiguran, permiten conocer, así como comprobar los hechos justiciables y valorar su relevancia jurídica; de manera general son practicados por la Fiscalía General de la República³³⁴ y la Policía Nacional Civil, bajo el control judicial, ya que en su práctica pueden afectarse derechos fundamentales, lo que se deduce del catálogo de actos de investigación regulados a partir del Art. 180 CPP; en un primer momento el juez realiza su control, señalándolos o autorizándolos en el auto de instrucción, para luego examinar si en su ejecución se cumplieron y respetaron los derechos y garantías de las personas; del mismo modo controlará las solicitudes de las partes en cuanto le pidan la práctica de actos de investigación durante el pazo de instrucción; de esa manera el juez de instrucción es un órgano imparcial de control y decisión en materia de restricción de derechos fundamentales³³⁵.

Dado el señalamiento de los actos urgentes de comprobación que requieran la autorización judicial, como parte del contenido del auto de instrucción, es importante dejar sentado en que consisten los

proceso penal, siempre que se verifiquen una serie de condiciones. Esto lo sostiene ASECIO MELLADO, José María, *Derecho...*, *op. cit.* pp. 126 y 127.

³³² GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.* p.385.

³³³ MORENO CATENA, Víctor, “El Papel del Juez y del Fiscal Durante la Investigación del Delito”, en AA.VV. Manuel Carmona Ramos (Director), Consejo General del Poder Judicial, *Hacia un Nuevo Proceso Penal*, Madrid, España, 2006, pp. 60 y 61.

³³⁴ El Art. 304 CPP es el que da la facultad al fiscal para practicar los actos de investigación, el que dice: “(...) El fiscal practicará las diligencias y actuaciones, así como los actos urgentes de comprobación que no requieran autorización o intervención judicial (...)”.

³³⁵ BENITO LÓPEZ, Alejandro Ma. y SÁEZ VALCÁRACEL, Ramón, “La Investigación Penal” , en AA.VV. Manuel Carmona Ramos (Director), *Hacia un Nuevo Proceso Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 226 y 227. El Art. 308 del CPP, es el que habilita a las partes solicitar la práctica de diligencias de investigación o de prueba, lo cual ordenará el juez de instrucción luego del control que realice sobre su procedencia.

actos de investigación o actos de comprobación, los actos de prueba, los actos de urgente investigación y los actos de investigación sujetos a control judicial; al respecto, los actos de investigación, como ya se dijo, son aquellos que tienen por finalidad identificar, obtener y asegurar las fuentes de información que permitan elaborar un expediente sobre la forma en como ocurrió el hecho investigado y quien es su probable autor; por otra parte, los actos de prueba consisten en la actividad de todos los sujetos procesales a fin de introducir y utilizar en el proceso los objetos, los órganos y los medios de prueba³³⁶; a su vez, los actos urgentes de investigación, son actos cuya práctica no puede esperar por temor a la pérdida de un resultado trascendental para la averiguación del hecho delictivo, sin que medie control judicial ni de la partes, ya que exigen una actuación rápida, puesto que su recolección tardía los convierte en inútiles; a manera de ejemplo pueden citarse, la inspección³³⁷ en el lugar del hecho luego de ocurrido un delito que deje señales de su comisión; y por su parte, los actos de urgentes de investigación o de comprobación sujetos a control o autorización judicial, son aquellos que persiguen indagar hechos relacionados con un caso concreto, que implique la consecución de las etapas del procedimiento hasta el juicio oral, atendiendo a la urgencia y necesidad de su práctica en la instrucción, que por la previsible imposibilidad de efectuarlos en idénticas o similares condiciones, requieren la previa autorización del juez, la presencia de las partes y la comparecencia del imputado, dada la eventual probabilidad, que se discutan circunstancias que afecten derechos y garantías fundamentales en su ejecución³³⁸. A manera de ejemplo sobre los actos urgentes de comprobación que requieren autorización y control del juez, se pueden mencionar: el cotejo de los exámenes de ADN con la información genética de la persona investigada, mediante el acceso a banco de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, (Art. 187 Inc.2° CPP);

³³⁶ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.* p. 392.

³³⁷ El Art. 180 CPP, establece claramente que ha de considerarse como inspección, al decir: “*La policía comprobará, mediante inspección de lugares, personas o cosas, los rastros y otros efectos materiales que la propia naturaleza del hecho delictivo hayan dejado señales o pruebas materiales de su perpetración. También se constituirá en el lugar en que hubiere ocurrido el hecho, consignado en acta el lugar, la descripción detallada de rastros, huellas, el estado de las cosas y demás efectos materiales que el hecho hubiere dejado y, cuando fuere posible, recolectará y conservará los objetos y documentos útiles a la investigación, dejando constancia de ello en el acta ...*”. En doctrina se dice que la inspección ocular, se llama al examen directo y personal del juez, de cosas muebles o inmuebles e incluso de personas, para apreciar datos o circunstancias útiles para el esclarecimiento de los hechos. Este medio de investigación se practica constituyéndose el juez de instrucción en el lugar que deba ser objeto de inspección. GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.* p. 298. En el proceso que rige el CPP salvadoreño, la inspección ocular la practica el policía o el fiscal.

³³⁸ HENRÍQUEZ GONZÁLEZ, Irma Joanna, “Los Actos Urgentes de Investigación y el Anticipo de Prueba en el Nuevo Código Procesal Penal, en MARTÍNEZ, Martín Alexander (Coordinar), *Ensayos Doctrinarios Sobre el Nuevo Proceso Penal Salvadoreño*, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2011, pp. 218 a 225.

exhumación de un cadáver o sus restos, (Art. 190 CPP); el registro de inmuebles (Art. 191 CPP); inspecciones corporales en áreas públicas, (Art. 199 Inc. 2° CPP); las Intervenciones corporales cuando la persona se negare (Art. 200 CPP); y la obtención y resguardo de información electrónica, (Art. 201 CPP).

En aras de una mayor eficacia en la persecución del delito, el CPP regula en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, la utilización de medios o técnicas de investigación criminal por medio de las cuales el poder público realiza una intromisión en la esfera de algunos derechos fundamentales; dado que no se trata de derechos absolutos, cabe que su protección resulte exceptuada al enfrentarse al interés público por la persecución de los delitos, por lo que está reservado al juez su autorización y control, precisamente porque la intervención de un juez en la decisión de su autorización, garantiza el cumplimiento de los requisitos y de los límites de la injerencia, en uso de sus propios cometidos constitucionales³³⁹.

Los actos urgentes de comprobación, surgen debido a que en la práctica se presentan situaciones que exigen dotar de valor probatorio a actos que se realizan en la instrucción formal y anterior incluso a esa actividad. Las razones son evidentes, especialmente derivadas de la irrepitibilidad de tales actos y del peligro de perder elementos de utilidad, por lo que surge la obligación de excepcionar el principio de que únicamente tienen consideración de pruebas aquellas que se practican en el juicio oral. La doctrina

³³⁹ MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.* pp. 237 y 238. Además sostienen estos autores, que se trata de medios de investigación, que por su propia naturaleza, deben realizarse solamente durante la instrucción, careciendo de sentido su práctica en el momento del juicio oral; sirven para determinar las circunstancias en que se produjeron los hechos pero no se pueden realizar en el momento del juicio, en que podrán ya estar incorporados a las actuaciones. Se ha afirmado en estas opiniones, que los actos de comprobación están reservados a la instrucción judicial, es decir, que la autorización para practicarlos requiere ineludiblemente que se dé en el curso de un proceso judicial. La realidad salvadoreña no es esa, pues, las autorizaciones para la práctica de actos urgente de comprobación, bien pueden darse en el curso de una investigación que realice la fiscalía; así lo establece sin ninguna duda el Art. 270 Inc. 2° CPP, el cual dice: *“El fiscal extenderá la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino, también a las que sirven para descargo del imputado procurando recoger los elementos de prueba cuya pérdida es de temer. Si estima necesaria la práctica de actos urgentes de comprobación que requieran autorización judicial o un anticipo de prueba, la requerirá enseguida al juez de paz competente; en caso de urgencia, al más próximo. También realizará las investigaciones que solicite el imputado o su defensor para aclarar el hecho y su situación”*. Disposición legal que tiene su sustento, en cuanto a la competencia del juez de paz, en el Art. 56 a) CPP, el que dice: *“Los jueces de paz conocerán: a) de la autorización de los actos urgentes de comprobación que la requieran y la realización del anticipo de prueba, cuando le corresponda”*. En ese sentido, se afirma que con base a lo previsto en dichos artículos, los actos urgentes de comprobación se pueden autorizar desde el inicio de una investigación penal en sede de fiscalía; el requisito obvio es la urgencia y necesidad, que esté dentro de los supuestos que reconoce el CPP y que la solicitud se encuentre debidamente motivada, así como la resolución de igual manera, con la fundamentación de ley. Sobre la motivación y fundamentación, en este trabajo se explicó en qué consisten y cuáles son los requisitos.

y la jurisprudencia, se ha encargado de reconocer excepciones a dicho principio, para lo cual exige que se cumplan los siguientes requisitos: a) La urgencia e irrepetibilidad del acto de investigación; b) La intervención del juez de Instrucción, salvo aquellos casos en que sea la policía o la fiscalía la autora del acto, siempre que concurra la necesaria urgencia y se trate de diligencias netamente objetivas, por ejemplo actos de constancia o de recogida de efectos e instrumentos del delito, que no requieren autorización del juez³⁴⁰; c) Que se garantice la contradicción, especialmente en el momento mismo de la realización de la diligencia, de acuerdo a la naturaleza del acto; y d) Que el acto de investigación se realice conforme a las reglas previstas en el CPP y se introduzca oralmente en el juicio mediante lectura³⁴¹ conforme al Art. 372 CPP.

Con base a los criterios acotados en las líneas anteriores, cuando el legislador alude a actos urgente de comprobación, regulados a partir del Art. 180 CPP, se está refiriendo a lo que en doctrina se conoce como prueba preconstituida, que comprende tanto aquellos supuestos que tienen en común la imposibilidad o dificultad de reproducir en el juicio oral cierta clase de diligencias como análisis químicos, pruebas de balística, informes dactiloscópicos, partes médicos, inspecciones oculares, reconstrucciones de hechos, etc., así como aquellas diligencias que aun siendo reproducibles no lo serían en idénticas circunstancias; estas diligencias se reproducirán en el juicio oral mediante su lectura³⁴² y tienen por finalidad dejar constancia de la preexistencia de los elementos del delito y de los autores³⁴³.

³⁴⁰ Se plantea el problema, que en muchos casos, el presunto imputado es aún desconocido al tiempo de practicar actos de comprobación y por ende no tiene defensor o conociéndose al procesado, éste no tiene defensor o teniendo, no asiste a la práctica del acto de investigación. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho: *“La Sala considera que el reclamo carece de sustento jurídico, pues el valúo de mercadería incautada, es un acto de investigación útil y necesario para obtener el conocimiento de la ocurrencia del hecho y por lo tanto es básico para el desarrollo de la investigación que conduzca el enjuiciamiento de la persona relacionada con el suceso y no es indispensable la presencia del defensor, pues la información obtenida, con posterioridad mediante un acto de prueba puede ser confirmada o desvirtuada”*. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, número 297-CAS-2006 de fecha 20 de febrero de 2008. Opinión que no se puede compartir, ya que no se garantiza el derecho de defensa.

³⁴¹ ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho...*, op. cit. pp. 248 y 249.

³⁴² Sobre los documentos que se reproducen mediante su lectura, la jurisprudencia ha sostenido que: *“la noción de ‘documento’, alude a la idea tradicional de atestado escrito, que aún persiste en nuestra legislación de manera exclusiva pese a los avances tecnológicos. Dicho concepto envuelve en sí mismo el destino probatorio de su propio contenido, siempre y cuando en su ingreso al juicio hayan observado las prescripciones legales; en la misma línea, el Art. 330 No. 4 Pr. Pn., autoriza su incorporación mediante lectura, en tanto su formalización ha sido previa a la vista pública, pero ello no significa apartarse de los presupuestos determinantes de la validez de*

4.4. CONTROL DE LA PROCEDENCIA Y REALIZACIÓN DEL ANTICIPO DE PRUEBA TESTIMONIAL

Para JOSE CAFERATA NORES, prueba en el proceso penal: “es todo lo que puede servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva”³⁴⁴; la prueba por regla general se practica en el juicio oral Art. 386 CPP, bajo los principios de contradicción, inmediación, oralidad y publicidad, en la sede del tribunal, en una o varias sesiones consecutivas, respetando así el principio de concentración, sin perjuicio de que, por la naturaleza del medio probatorio deba el tribunal trasladarse a otro lugar, por ejemplo, para la declaración testimonial de una persona imposibilitada; a excepción de la prueba testimonial que en determinados casos puede recepcionarse anticipadamente. Pero fuera de los supuestos legales, como regla general puede sentarse la afirmación que los únicos actos de prueba son los que transcurren en el juicio oral, bajo la inmediación del tribunal, con las debidas garantías procesales; por tales motivos, el juez o tribunal deberá fundar su sentencia solamente en las pruebas practicadas en dicha fase procesal³⁴⁵, lo que está sustentado legalmente en los Arts. 311 Inc. 2° y 394 CPP; por ello, los actos de la instrucción carecen de valor³⁴⁶, a excepción de aquellos que son medios de prueba reconocidos por

la prueba. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, número 255-CAS-2005 de fecha 29 de noviembre de 2005.

³⁴³ RIFÁ SOLER, José María, y VALLS GOMBAU, José Francisco, *op. cit.*, pp. 233, 234 y 235. Además opinan estos autores, que la eficacia probatoria se les reconoce en virtud de su carácter objetivo, ya que se limitan a reflejar una realidad fáctica. En consecuencia, tendrán la condición de prueba y servirán para constatar la existencia de una actividad probatoria de cargo e inculpativa apta para enervar la presunción de inocencia. En todo caso, estos actos urgentes de comprobación deben ser introducidos en el juicio oral mediante su lectura, como prueba documental a los efectos de su posible contradicción por las partes. Y en general para que los actos urgentes de comprobación puedan tener valor de prueba deberán observar unos requisitos: 1.º Que sean de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral; 2.º Que se hayan practicado con la intervención del juez de instrucción y de las partes; 3.º Que se incorporen al juicio oral mediante su lectura, a los efectos de permitir su contradicción por los representantes de las partes, sin que sea necesaria la ratificación o la efectiva contradicción de las partes para eficacia, ya que bastará esta posibilidad.

³⁴⁴ CAFERATA NORES, José I., *La Prueba...*, *op. cit.*, p.4.

³⁴⁵ RIFÁ SOLER, José María, y VALLS GOMBAU, José Francisco, *op. cit.*, pp.232 y233.

³⁴⁶ Hay jurisprudencia que analiza el valor probatorio de las diligencias de instrucción, la que al respecto ha dicho: “Las declaraciones testificales o periciales prestadas en la instrucción se documentan ciertamente en el proceso, pero el medio de prueba no es el documento en sí, sino la declaración que es apreciada en su sentido directamente por el juzgador, en base al principio de inmediación, y que por ello deberá reproducirse en el juicio oral. En ese sentido, las diligencias de instrucción no pueden ser la base de la sentencia, ya que el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo juez o tribunal, que ha de dictar sentencia; de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes. Los verdaderos actos de prueba, que son los que van dirigidos a convencer al juez o tribunal que ha de juzgar de

el mismo CPP y la prueba anticipada, que por su imposibilidad de ser reproducida en el mismo, impide la intermediación del juez o tribunal sentenciador³⁴⁷. El supuesto de prueba anticipada previsto específicamente en el CPP, es la declaración testimonial regulada en el Art. 305, que consiste en la declaración de conocimiento realizada por un testigo, que por las razones que están estipuladas en dicha norma, no podrá practicarse en el juicio oral³⁴⁸, lo cual ha sido previsto razonablemente por el juez³⁴⁹.

Dentro de los casos regulados como obstáculos difíciles de superar, por los que resultare imposible hacer comparecer al testigo ante el órgano del enjuiciamiento y para que no quede frustrado tan importante medio probatorio y privar de contar con él a la parte a quien conviniere el testimonio, están las contingencias que se den en la salud o en la actividad de un testigo, como causas que habilitan la declaración anticipada en la instrucción. En tales casos, el testimonio se recibe con las garantías de la contradicción y de la presencia del juez de instrucción, quien controla el testimonio procurando que en él se cumplan las formalidades previstas en la ley, documentando el acto en un dispositivo de almacenamiento apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o en caso de no contarse con tal recurso, documentar el mismo por medio de acta, según lo previsto por el Art. 248 CPP. Recibida así la declaración, reunirá los elementos para lograr plena eficacia en el juicio, salvo el esencial de la intermediación judicial, pues no es al juez instructor a quien va destinada la prueba, sino al órgano del enjuiciamiento³⁵⁰; y su introducción en el juicio oral habrá de hacerse por la reproducción de la grabación o la lectura íntegra del acta, en los términos del Art. 372 CPP.

la culpabilidad o inocencia del acusado, se han de verificar, con la excepción de las pruebas irreproducibles, en la vista pública". Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, número 329-CAS-2004 de fecha 8 de abril de 2005.

³⁴⁷ GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.* pp. 444 y 445.

³⁴⁸ El Art. 305 CPP, especifica las razones u obstáculos difíciles de superar, que hagan presumir que la declaración testimonial no podrá realizarse durante la vista pública, al decir: "... *Se considerará obstáculo difícil de superar cuando el testigo se encuentre en las situaciones siguientes: 1) Gravemente enfermo. 2) Grave peligro que sea sometido él, su cónyuge, padres, hijos o hermanos a violencia o amenaza contra su vida o integridad personal. 3) No tenga residencia fija en el país, o teniéndola esté próximo a abandonarla. 4) En los casos de rebeldía o de incapacidad sobrevenida. 5) Cuando el testigo sea menor de doce años, previo dictamen psicológico o psiquiátrico, que evalúe su condición física y psicológica ...*".

³⁴⁹ RIFA SOLER, José María, y VALLS GOMBAU, José Francisco, *op. cit.*, p. 233.

³⁵⁰ MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.* pp. 378 y 379. Opinan además, que la prueba anticipada de testigos durante la instrucción es en realidad una prueba preconstituida, pero que se debe diferenciar de otras declaraciones testificales que pueden presentarse sin tales garantías, aunque luego al amparo de la ley (Art. 372 CPP), que permite la lectura de documentos en el juicio oral, puedan incorporarse.

El juez de instrucción, en la práctica de la prueba anticipada en las condiciones que impone el CPP, como parte del control que ejerce, debe verificar el cumplimiento de algunos requisitos básicos; como para el caso que su aplicación sea excepcional, la urgencia y necesidad de su práctica, la previsible irreproducibilidad del acto en el juicio, asegurar la aplicación de garantías vigentes en el juicio oral, citación a todas las partes, así como la presencia del imputado³⁵¹. Al respecto la jurisprudencia ha sentado bases sobre este tipo de prueba, al decir: *“La Sala reconoce que la actividad probatoria en el proceso penal es de las instituciones que más ha evolucionado, estableciendo el incremento de las garantías constitucionales y legales de la obtención de información con el fin de llegar a la realidad de lo acontecido en el hecho que se conoce, justificándose por tanto, una mayor exigencia a la actividad probatoria. En esta tesitura, en virtud del principio de producción de la prueba en juicio, ésta sólo se constituye en vista pública, sometida al control judicial, no obstante, existen circunstancias que hacen que tal actividad probatoria se anticipe al juicio y es la que se ha denominado ‘PRUEBA ANTICIPADA’, considerándose como tal aquellos actos excepcionales que por su imposibilidad o irreproductibilidad material deben incorporarse al juicio antes de la etapa establecida para tales fines”*³⁵².

Un problema en relación a la práctica de la prueba testimonial anticipada, es la falta de capacitación constante de los jueces en el manejo de las técnicas de interrogatorio de testigos, así como en el manejo de las objeciones; ya que la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la judicatura, llevó a cabo tal capacitación de manera generalizada en los años 1997 y 1998, época desde

³⁵¹ HENRÍQUEZ GONZÁLEZ, Irma Joanna, *op. cit.*, pp. 226 y 227 En cuando a la prueba anticipada, la realización de este tipo de actuaciones no es entonces antojadiza, sino que responde a una necesidad real y por supuesto, para poder aceptar evacuar prueba bajo esta modalidad, el juzgador que así lo ordene debe tener presente las condiciones y requisitos previstos en la ley para ello, sin olvidar por supuesto que, por la trascendencia del acto, debe procurarse la participación de las partes en el mismo (salvo casos de urgencia), para que éstas puedan presenciar, analizar, cuestionar o impugnar todo aquello que estimen pertinente.

³⁵² Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, número 590-CAS-2006, de fecha 29 de mayo de 2009. Ha reafirmado la jurisprudencia la validez de admisión e incorporación de la prueba anticipada, en la sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, número 144-CAS-2007 de fecha 16 de noviembre de 2008, al decir: *“La temprana declaración del deponente, que por razones de urgencia y necesidad de asegurar sus resultados, motivado a que con mucha probabilidad no estará presente en la celebración del juicio; y que es objeto de valoración en el juicio oral, no obstante que en la verificación de éste gobierna el principio de inmediación de la prueba, esto es, que el sentenciador basará su pronunciamiento de manera exhaustiva sobre las evidencias que hayan sido practicadas en el debate, debe decirse que el anticipo de prueba, surge como una excepción dentro de la etapa plenaria, a los principios de oralidad e inmediación acuñados en el proceso, y ello es así, en razón que el tribunal que autoriza y presencia tal diligencia, no es el del juicio oral. entonces, en el caso de la prueba testimonial ordenada por el juez instructor, simplemente adelanta la intervención del testigo en el debate oral y público –nuevamente- dado que ha sido sometida a inmediación, oralidad, contradicción por parte del instructor, y tiene en el juicio el mismo valor como si hubiera sido practicada ante el tribunal del debate”*.

la cual se ha preocupado más por los jueces de los tribunales de sentencia en esos temas; lo que fue lógico cuando entró en vigencia el anterior CPP en 1998; hoy el juez de instrucción no solo se encarga de recibir la prueba anticipada testimonial, sino que también en el caso del procedimiento abreviado, las partes ofrecen testigos que declaran en audiencia preliminar, cuyo testimonio se reciben conforme a las reglas del interrogatorio; y actualmente en los casos de los menores de doce años edad víctimas o testigos de delitos, que por su sola edad y capacidad para declarar se dispone la recepción anticipada de su declaración; de lo que surge la necesidad de que el juez de instrucción sea capacitado en dichos rubros, conforme se perfeccionan y mejoran las técnicas de interrogatorio.

4.5. CONTROL SOBRE LA INDICACIÓN DE LOS ACTOS NECESARIOS PARA LA INVESTIGACIÓN DEL HECHO DELICTIVO

Según lo dispone el Art. 302 No. 4 CPP, parte del contenido del auto de instrucción, es la indicación por parte del juez de los actos necesarios para la investigación del hecho delictivo; la función que debería surgir nada menos que del estudio y control que el juez de instrucción haga sobre el contenido del expediente penal; lo cual implicaría que el fiscal siga ciertas líneas o estrategias que le ayuden a recoger información que le permita llegar a esclarecer los hechos o a su vez estos ser actos que tiendan a asegurar las imputaciones o a desvanecer las mismas. Este modelo de juez de instrucción, de ordenar de oficio actos urgentes de comprobación que estime necesarios e indicar los actos para la investigación del hecho delictivo que estime necesarios; no deja de ser ajeno a la función que constitucionalmente le corresponde al juez, cual es la de juzgar; por cuanto la disposición legal en comento le otorga una atribución que exclusivamente le atañe al ente encargado de la investigación del delito; por consiguiente de proceder así, queda comprometido con el éxito de la investigación y a su vez desempeñando un papel que sólo puede hacer un órgano independiente e imparcial³⁵³.

El Art. 303 CPP, que fija las funciones del juez en la instrucción, contrario a lo dispuesto en el Art. 302 Nos.2 parte final y 4 CPP, no le da facultades de iniciativa en la investigación; por lo que no resulta fácil

³⁵³ MORENO CATENA, Víctor, *op. cit.* p. 70 Siendo en esta parte, donde se le dan atribuciones al juez en la investigación del delito, que el sistema procesal que recoge el CPP falla estrepitosamente, al vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías y la protección constitucional de los derechos fundamentales, de forma casi tan pernicioso como la asunción por un mismo juez de las funciones de investigar y de enjuiciamiento.

armonizar dichas normas; a no ser que se entienda, que cuando dicho artículo se refiere a la indicación por parte del juez de los actos necesarios para la investigación del hecho delictivo, esté haciendo referencia a los que el fiscal señala en su requerimiento como diligencias necesarias para la averiguación de la verdad, según el Art. 294 No. 2) CPP o a los que las demás partes hayan podido solicitar previamente; algunos jueces así lo consideran, pero otros creen que el juez como director y controlador de la instrucción, puede ordenar todas aquellas diligencias de investigación que permite llegar a la verdad histórica; para evitar esa dualidad de interpretaciones, lo mejor sería reformar el Art. 302 CPP, armonizándolo con el sistema procesal que procura la Constitución; por cuanto a esta facultad o poder de investigar del juez, según el autor EDUARDO JAUCHEN, se le conoce como principio de investigación integral; ello deviene, porque en el proceso penal, debido al interés público comprometido en su objetivo, el órgano jurisdiccional tiene un poder autónomo de investigación sobre los hechos sometidos a su decisión, característica propia del proceso inquisitivo, tendiente a conocer la verdad real sobre ellos y con absoluta independencia de la voluntad de las partes. En otras palabras, a pesar de que las partes no ofrezcan pruebas o no controviertan un hecho y aun cuando el imputado confiese, el órgano jurisdiccional puede y debe investigar la verdad material³⁵⁴. Este tipo de juez de instrucción tenía cabida en el CPP derogado, ya que coordinaba la investigación del hecho y la fiscalía cumplía con los encargos que le formulaba sobre la misma (Arts. 267 y 268 CPP).

La iniciativa judicial en la investigación, puede provocar la inhibición de sus funciones por parte de la Fiscalía General de la República, desentendiéndose del desarrollo de ellas, sin asumir la responsabilidad por el éxito o el fracaso de esta fase del procedimiento, como así sucedía con el anterior CPP. Esa iniciativa del juez de instrucción de indicar o señalar de oficio elementos de convicción para averiguar los hechos y su autor, distorsiona la propia figura del juez, ya que desfigura su papel confiado en el ordenamiento jurídico, pues la búsqueda de los hechos y de las fuentes de prueba es tarea conceptualmente alejada a la función judicial.

³⁵⁴ JAUCHEN, Eduardo M., *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, S. edic., Santa Fe, Argentina, Ed., Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, pp. 26 y 27. El principio de investigación integral, sostiene además este autor, que se configura así no sólo como facultad, sino fundamentalmente como un deber funcional. Este principio es directamente consecuencia de la naturaleza de los bienes en juego en todo el proceso penal de acción pública que, como tal, comprometen el orden público, convirtiendo en indispensable el objeto del mismo.

4.6. CONTROL SOBRE LA APLICACIÓN DE MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Dentro de las funciones del juez de instrucción, como ya anteriormente ha sido citado, una de gran trascendencia, es la de controlar el cumplimiento de los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en las leyes; ya que en dicha fase pueden adoptarse medidas restrictivas de derechos fundamentales, por lo cual su decisión se reserva al juez como garante de los mismos. Siendo así que las actuaciones que limitan derechos fundamentales, además de ser autorizadas por el juez, requieren que la medida restrictiva se adopte en el supuesto previsto por la ley y en la forma establecida por ella; cumpliéndose esos requisitos, se evita el efecto negativo sobre la validez de los actos procesales, más cuando se trata de actos de investigación de fuente de prueba y de producción de medios de prueba.

La limitación de los derechos fundamentales, en tanto representa una restricción o impedimento a su ejercicio, no puede ser realizada de manera arbitraria o antojadiza, sino que debe llevarse a cabo con sujeción a ciertas exigencias formales y sustanciales, siendo éstas: que la medida³⁵⁵ limitativa del derecho como lo dice SAMUEL ALIVEN LIZAMA, debe: *“Estar prevista en la ley; debe estar justificada por un fin constitucionalmente relevante; debe ser adoptada por una autoridad jurisdiccional; debe estar motivada; y la medida debe respetar el principio de proporcionalidad”*³⁵⁶. Otro aspecto que debe tomar en cuenta el juez de instrucción, cuando restrinja derechos fundamentales, es el deber de comprobar si la medida contribuye a alcanzar el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si la misma es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del tal propósito (juicio de necesidad); y finalmente si la misma es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más ventajas o

³⁵⁵ Ha justificado la jurisprudencia que en el curso de un proceso penal pueden dictarse medidas cautelares, que limiten ciertos derechos, así: *“La adopción de una medida cautelar en un proceso o procedimiento tiende a mantener viva y resguardada la materia del mismo, mientras se dicta la resolución definitiva, pues con esa medida se intenta evitar la realización de actos o eventos que impidan o dificulten la satisfacción de la petición o pretensión deducida, mediante una incidencia provisional en la esfera del denunciado o en los bienes en conflicto, la cual debe ser adecuada y suficiente para producir el efecto deseado, lo que no implica per se una infracción al orden constitucional. En tal virtud, las medidas cautelares proveídas en sede ordinaria no constituyen materia de conocimiento de la jurisdicción constitucional, salvo que sean arbitrarias, irrazonables o desproporcionadas, debiéndose éstas debatir y resolver en principio de acuerdo a la ley secundaria que las rige”*. Sentencia de la Sala de la Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Amparo número 768-2004 de fecha 2 de febrero de 2005.

³⁵⁶ LIZAMA, Samuel Aliven, “Requisitos para Limitar Derechos Constitucionales en el Proceso Penal”, en *Ventana Jurídica* No. 9, volumen 1, enero-junio 2011, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, pp. 201 a 233.

beneficios para el interés general, que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)³⁵⁷.

De manera general se dice que todos los derechos fundamentales a excepción del derecho a la vida, son limitables en el proceso penal³⁵⁸, ello siempre que se verifique por el juez una serie de condiciones, cuales son: que la Constitución expresamente autorice la posibilidad de limitación de un derecho fundamental; que aún cuando la Constitución no prevea explícitamente la posibilidad de restringir un determinado derecho fundamental, ello no ha de significar que tal conducta esté vedada; y que la finalidad de la limitación ha de ser siempre legítima y tender a la consecución de un interés socialmente relevante³⁵⁹.

Algunas de estas medidas restrictivas de derechos fundamentales, que sobre la base de los requisitos en mención puede adoptar el juez de instrucción mediante resolución motivada, son: Medidas cautelares personales y medidas cautelares patrimoniales; todas ellas tienen como características para ser impuestas, la excepcionalidad, instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad y la jurisdiccionalidad. En cuanto a las de orden personal, éstas son restrictivas del derecho fundamental a

³⁵⁷ BENITO LÓPEZ, Alejandro Ma. y SÁEZ VALCÁRACEL, Ramón, *op. cit.* Pp. 226 y 227.

³⁵⁸ Al respecto de la limitación de los derechos, la jurisprudencia ha dicho: “*Ahora bien, se ha sostenido que no es posible el reconocimiento de derechos absolutos, lo cual se traduce en que todos son limitables; pero dicha posibilidad de restricción no descansa en el arbitrio de las autoridades, sino en presupuestos plenamente establecidos por la norma fundamental y la ley; de ahí se impone la exigencia de que cualquier decisión – judicial o administrativa- en la que se proponga afectar algún derecho –entre ellos la libertad física- debe contar además con la motivación necesaria para poder inferir la legalidad de dicha medida*”. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Hábeas Corpus número 73-2005 de fecha 7 de noviembre de 2005.

³⁵⁹ ASECIO MELLADO, José María, *Derecho...*, *op. cit.* p. 126. Para este autor, tres son los requisitos que se exigen para la limitación de derechos fundamentales en el ámbito del proceso penal, así: “A) *Jurisdiccionalidad, lo cual significa que toda limitación de un derecho fundamental ha de ser acordada u ordenada por autoridad judicial, con base al principio de exclusividad jurisdiccional; sin embargo esta afirmación tiene ciertas matizaciones, por cuanto en las mismas Constituciones se hallan excepciones a tal regla genérica, como por ejemplo, la libertad que puede ser restringida por la policía, inclusive por los propios ciudadanos; y la inviolabilidad de domicilio, en ciertas condiciones, para mencionar algunos casos; B) Proporcionalidad, que comporta las siguientes exigencias: la existencia de una imputación concreta; la idoneidad de la medida, lo cual significa que la medida ha de ser idónea para descubrir el delito perseguido; indispensabilidad de la medida, ello quiere decir, que la restricción del derecho ha de ser necesaria para los fines de la investigación, de modo que el resultado buscado no puede ser alcanzado por medio de la adopción de otras diligencias menos gravosas para la persona; proporcionalidad de medio a fin, es decir, que ha de existir proporcionalidad entre la medida adoptada y su incidencia en los derechos de la persona y la gravedad del delito investigado, de suerte que nunca puede ser limitado un derecho en forma desproporcionada en relación con el delito perseguido; y la motivación de la resolución, conforme ha sido desarrollada en este trabajo; y C) Garantías en la ejecución de la restricción, esto implica que toda limitación de derechos ha de ser adoptada con respeto a unas mínimas garantías que tienden tanto a asegurar la fiabilidad del medio utilizado, como a la salud e integridad de la persona investigada*”.

la libertad, reconocido en la Constitución en el Art. 11; de este mismo precepto se deduce, que la medida cautelar de índole personal más frecuentemente decretada por juez de instrucción, es la detención o prisión provisional, Arts. 329 y 362 N.º 12 CPP; la que según MANUEL ORTELLS RAMOS, requiere para imponerse y mantenerse: “Una apreciación judicial de sus presupuestos, que excluye la licitud constitucional de cualquier automatismo en la subsistencia de la medida y ha de cesar cuando desaparezcan los motivos de su adopción”³⁶⁰; constituyendo los presupuestos de su adopción: a) Concurrencia de *fumus boni iuris*³⁶¹, lo cual significa que para la adopción de una medida cautelar, en tanto se resuelve en anticipar los efectos de una futura sentencia, exige una previa y provisional acreditación de la legitimación del sujeto frente a quien se decreta. En este caso y tratándose de un proceso penal, se exige que el sujeto pasivo de la resolución tenga la condición de imputado, lo cual se cumplirá cuando concurra el grado de sospecha que la ley preceptúa para cada tipo de medida cautelar³⁶²; y b) la existencia de *periculum in mora*³⁶³, que ha de entenderse como la concurrencia de un concreto peligro justificado legalmente como legitimador de la privación de libertad, este incluye aspectos tales como el riesgo de fuga del imputado, que impedirá la celebración del juicio oral y en su caso el cumplimiento de la sentencia; el peligro de ocultación de pruebas o de manipulación de las existentes; y el riesgo de la reiteración delictiva.

Además de los presupuestos del *fumus boni iuri*, *periculum in mora* y resolución judicial, la prisión provisional para ser decretada por el juez, exige como presupuesto objetivo, la consecución de fines

³⁶⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel, “Exclusividad jurisdiccional para la Restricción de Derechos Fundamentales y Ámbitos Vedados a la Injerencia jurisdiccional”, en AA.VV. Eloy Velasco Nuñez (Director), *Medidas Restrictivas de Derechos Fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial Madrid, 1996, pp.31, 32 Y 33.

³⁶¹ Acerca del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, la Sala de lo Constitucional ha sostenido: “*Que consiste en un juicio de imputación o fundada sospecha de participación del acusado en un hecho punible. La exigencia de ese presupuesto material requiere la observancia de dos especialidades: 1) desde un punto de vista formal se necesita algo más que un indicio racional de criminalidad, pues la detención provisional precisa no sólo que exista constancia del hecho, sino también que el juez tenga “motivos” sobre la “responsabilidad penal” del procesado; es decir, se necesita verificar la existencia de elementos o razones de juicio fundados en hechos aportados por la investigación y que permitan concluir, de manera temporal, que el indiciado es con probabilidad autor o participe del hecho delictivo que se le atribuye. 2) Desde un punto de vista material, es menester que el hecho punible sea constitutivo de delito y no de falta*”. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Hábeas Corpus número73-2005, de fecha 1 de noviembre de 2005.

³⁶² ASECIO MELLADO, José María, *Derecho...*, op. cit. pp. 174, 174 y 176.

³⁶³ Respecto al *periculum in mora*, la jurisprudencia nacional ha dicho: “*En relación al periculum in mora, la Sala ha afirmado que se materializa en el peligro de fuga del enjuiciado, en otras palabras, se trata de la existencia de razones para creer que el imputado intentará evadir los efectos de una eventual condena, por lo que el juez con competencia en materia penal, a fin de no ver frustrados los resultados del proceso decida coartar la libertad del inculgado*”. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Hábeas Corpus número73-2005, de fecha 1 de noviembre de 2005.

constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida³⁶⁴, de lo contrario la medida cautelar deviene en ilegal y por tanto arbitraria. Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional sostiene que las medidas cautelares como la detención provisional, son herramientas procesales a través de las cuales se persigue dotar de eficacia a la decisión que dicte el órgano judicial encargado de pronunciarse sobre el fondo de un asunto sometido a su conocimiento; en tal sentido ha dicho, que los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares consisten en la probable existencia de un derecho amenazado y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso o procedimiento para darle cumplimiento a la sentencia supuestamente esperada, ante la apariencia favorable a derecho³⁶⁵.

³⁶⁴ MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.* p. 283. Sobre el tercero de los presupuestos de la detención provisional, es decir, la resolución judicial, opinan que el auto de prisión ha de ser suficientemente y razonablemente motivado, pues en otro caso no sólo se afectaría el derecho a la tutela efectiva, sino también al derecho a la libertad personal; es decir, que en el auto se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional. Con base en esta opinión, no sería resolución motivada, decir que existen suficientes elementos de convicción sobre la probable participación del imputado y que no tiene arraigos, por lo que se sospecha el peligro de fuga, si no que cada aspecto relacionado con los presupuestos deben analizarse, dejarse constancia en el auto de cómo el juez llega o concluye que hay necesidad de imponer en el caso, la detención provisional, lo que significa fundamentar la medida en los hechos, en el derecho y en las pruebas o elementos de convicción y establecer de manera razonable la sospecha de fuga u obstaculización del proceso, por lograr los fines que se persiguen con su adopción.

³⁶⁵ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad No. 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006 de fecha 12 de abril de 2007. Se agrega en esta sentencia, que en efecto, el primero de dichos presupuestos permite advertir o visualizar la fortaleza jurídica razonable, que la sentencia definitiva puede ser favorable a la pretensión, asunto que da, al mismo tiempo, suficiente fundamento para decretar la medida cautelar razonable, ante el riesgo de ser ilusoria o inefectiva aquella misma sentencia. Ambos presupuestos, según la fundamentación de la pretensión y la gravedad de la infracción penal, se relacionan necesariamente para decretar la medida cautelar. Ha dicho también, que para que las medidas cautelares sean compatibles con la presunción de inocencia o principio de inocencia, deben cumplirse los siguientes requisitos: (i) existencia de indicios racionales de la comisión de un delito que permita sostener que el objeto del proceso no se va a desvanecer; (ii) establecido lo anterior, también es necesario que existan indicios, por lo menos, de la participación en la infracción penal, en alguna de las formas que impliquen responsabilidad y que vuelvan razonablemente probable la culpabilidad del imputado; (iii) que tenga un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjugar ciertos riesgos relevantes para el fin del proceso, partiendo de la gravedad del delito, dado que la detención provisional sólo tiene un fin cautelar y no retributivo respecto a una infracción no declarada; y (iv) que su adopción y mantenimiento se conciben como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcional a la consecución de los fines. En ese sentido, la detención provisional, al igual que la presunción o principio de inocencia, es consagrada constitucionalmente y su finalidad operativa es estrictamente procesal, pues a ninguna es atribuible efectos sustantivos o materiales. En efecto, afirma que puede establecerse excepciones a la sustitución de la detención provisional por otras medidas cautelares, dándole prevalencia a la garantía de eficacia del proceso penal frente a la presunción o principio de inocencia y la libertad del imputado; pero ello significa que, para imponer la detención, el juez debe, como requisito indispensable de la legalidad de la medida, comprobar la existencia efectiva de razones concretas que determinen la necesidad de imponer la medida de coerción personal, de acuerdo a los presupuestos ya indicados y que exige el Art. 292 del C. Pr. Pn., (hoy 331

Un tema que genera mucha controversia, relacionado con las medidas cautelares de índole personal, es la prohibición regulada en el Art. 331 Inc. 2° CPP, que declara improcedente sustituir la detención provisional por medidas cautelares distintas, para los delitos ahí contemplados. Sobre este punto, el juez de instrucción debe hacer una interpretación conforme a la Constitución, a los Tratados Internacionales sobre la protección de Derechos Humanos, al Código Procesal Penal, a la

CPP). Disposición que distingue tres categorías de delitos en los cuales el legislador ha prescrito la no sustitución de la detención provisional por otras medidas cautelares, mediante una ponderación en abstracto, ya que este determina que en ciertos casos se presenta de manera más intensa los elementos que integran el presupuesto del *Periculum in mora* –como el riesgo de fuga, el de obstaculización de la investigación o la “alarma social”–, pueden establecerse excepciones a la sustitución de la detención provisional por otras medidas cautelares, dándole prevalencia a la garantía de eficacia del proceso frente a la presunción o principio de inocencia y la libertad del imputado. Expresa esta sentencia, que desde la perspectiva de un análisis abstracto, propio del proceso de inconstitucionalidad, es atendible la ponderación realizada por el Legislador respecto de las categorías precisas. Sin embargo, también dice, que respecto a los delitos relativos a libertad sexual, a las drogas y levado de dinero y otros activos, no puede hacerse un juicio completo sobre su constitucionalidad, pues dependerá de la dañosidad del mismo, su comprensión dentro de la justificación mencionada o no y encontrar en ellos la ponderación realizada por el Legislativo; pero establece como criterio de interpretación el Art. 18 Pn. La regla de no permitir la sustitución de la detención provisional únicamente para aquellos delitos que constituyen los más graves atentados a los bienes jurídicos de la personas humana o de la colectividad, respecto de delitos vinculados al crimen organizado, en los cuales las posibilidades del Estado para su persecución y sanción se vuelven más problemáticas, no vulnera los tratados y convenciones relacionadas al tema, ya que es claro que ello sólo opera cuantitativamente de manera excepcional, sólo para un número reducido de delitos, y por tanto, la detención no se convierte en la regla general. No obstante la existencia de esta sentencia, que categóricamente impide la sustitución de la detención provisional para ciertos delitos, toda vez cuando se hayan establecido los presupuestos para su adopción, está ocurriendo que algunos jueces aplican medidas sustitutivas a la detención provisional para conductas que el Art. 331 Inc. 2° CPP, las prohíbe expresamente, ignorando lo que dicha sentencia resuelve y ordena, que como se sabe, es de aplicación general, es decir, de obligatorio cumplimiento. Otros dicen que es posible la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de dicho artículo, y como consecuencia se pueden dictar medidas cautelares sustitutivas de la detención provisional, por otros casos no previstos o tratados en dicha sentencia. Es precisamente a esas otras circunstancias que se refiere la Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad No. 37-2007/45-2007/47-2007/50-2007/52-2007/74-2007 de fecha 14 de septiembre de 2011, en la que como argumentos centrales se sostiene: *“que el catálogo de delitos contemplados en la disposición impugnada es un dato necesario para el mantenimiento del encarcelamiento preventivo, pero no suficiente, ni mucho menos el único al que debe atender el examen judicial; ello más supone un elemento indiciario dentro del análisis judicial para apreciar la peligrosidad procesal del imputado. Que la detención provisional no puede ser adoptada o su modificación denegada por ministerio de ley, únicamente por la gravedad abstracta del hecho, pues ello nos llevaría a su entendimiento como pena anticipada; es decir, que no cabe la imposición automática de la detención provisional y su mantenimiento, únicamente cuando al procesado le es atribuido alguno de los delitos establecidos en el catálogo del Art. 331 Inc. 2° CPP. El juez debe ponderar también, además de la gravedad del delito, otros estándares de carácter subjetivo que se relacionan con las condiciones personales del imputado de acuerdo a las posibilidades que éste tiene de entorpecer el procedimiento judicial. por lo que, la gravedad del delito debe considerarse como un criterio graduable según la entidad del delito, la penalidad, el grado de realización y la participación criminal, así como la existencia de causas de exclusión de la responsabilidad penal. Y que el catálogo de delitos contemplados en la prohibición de sustitución de la detención provisional no puede entenderse como una presunción de derecho –que no admite prueba en contrario– y, por ende, significar una denegatoria automática de medidas alternas, por tanto, la carga procesal relativa al peligro de fuga puede ser desvirtuada mediante la incorporación de diferentes elemento de convicción que muestren la idoneidad de adoptar alguna de las medidas alternativas.*

jurisprudencia dictada al respecto y tomar en cuenta las particularidades de cada caso, para poder determinar la procedencia de aplicar la medida cautelar de la detención provisional en la forma que lo indica dicho artículo o de manera distinta, bajo el análisis de ponderación que obliga la jurisprudencia dominante al respecto, en la que se tratan una variedad amplia de condiciones que le permitirían al juez mediante un ejercicio discrecional, que la prohibición enunciada para los delitos que contempla dicha norma, puede ser prácticamente difuminada en los supuestos concretos. Por lo que la prohibición contemplada en dicho artículo, no es en esencia una prohibición, ya que el criterio de la gravedad del delito no puede ser el único parámetro a valorar para aplicar la detención provisional, lo cual implicaría entenderla como pena anticipada; sino que deben tomarse en cuenta aspectos relacionados a las condiciones del imputado; en ese sentido, el peligro de fuga puede desvirtuarse por la incorporación de elementos de convicción que muestren la idoneidad de adoptar medidas alternativas a la detención provisional.

Siguiendo con las medidas coercitivas de carácter personal, pero ahora en función de las actividades de investigación y de prueba, se tiene que para la práctica de actos que puedan consistir en declaraciones de testigos, en exámenes periciales y declaraciones de peritos o cualquier otra actividad que necesite de la presencia testigos, peritos del imputado o de la víctima; la ley establece deberes de comparecencia, para cuya efectividad pueden resultar necesarias medidas coercitivas que afectan el derecho fundamente de libertad. En cuando al imputado, se adoptan estas medidas para posibilitar cierto acto de prueba, como ejemplo puede citarse el Art. 253 CPP, el que establece que el imputado puede ser compelido a comparecer para la práctica de reconocimiento de persona, haciendo uso de la fuerza pública si fuere necesario, respetándose en todo caso su dignidad; de igual manera en relación a los testigos, peritos y la víctima, en caso de negativa a declarar pueden ser conducidos por la fuerza pública. Esa potestad de ordenar la conducción coactiva de las personas mencionadas, en la etapa de instrucción, la tiene reconocida legalmente el juez; así lo prevé expresamente el Art. 208 CPP.

Un mayor grado de intensidad en la adopción de medidas coercitivas sobre las personas, está constituida por las intervenciones sobre su cuerpo, en sus aspectos anatómico, fisiológico y psicológico, con la finalidad de encontrar y percibir directamente elementos materiales del delito o para obtener muestras o vestigios que serán sometidos a examen pericial; y no obstante que estas medidas pueden afectar derechos fundamentales como la vida, la integridad física y moral, así como a la prohibición de

tratos inhumanos y degradantes, a la seguridad, libertad, a la intimidad personal y específicamente si se trata de la persona del imputado, a los derechos a no declarar y a no confesarse culpable³⁶⁶; la legislación reconoce su legitimidad constitucional, al permitir llevarlas a cabo bajo ciertas condiciones y requisitos.

Como queda dicho, no cabe duda que la intervención corporal³⁶⁷ es una medida de investigación cuando se trata de hechos delictivos, que deberá ser ordenada por el juez de instrucción; lo cual significa que necesariamente se incardina en un proceso penal en curso; pero además la resolución judicial deberá respetar los principios de razonabilidad, de excepcionalidad y de proporcionalidad; en primer lugar, solamente se puede ordenar una intervención corporal si se confía en obtener un resultado favorable a la investigación; en segundo lugar, si no existen otros medios de investigación menos agresivos al derecho fundamental afectado; y en tercer lugar, si se está investigando un delito grave, pues la ponderación de los bienes en conflicto –el derecho fundamental y la persecución de un delito– no autorizaría la intervención corporal en caso de una infracción de bagatela. Por lo tanto, las intervenciones corporales, pueden ser de diferente intensidad, según el grado de afectación de la integridad física del sujeto, pues no es lo mismo extraer un cabello, una uña o incluso unas gotas de sangre, que practicar una punción lumbar o realizar otras pruebas más agresivas³⁶⁸.

Se ha venido estudiando que el Art. 200 CPP, establece los supuestos de intervenciones corporales cuando resulte necesario obtener o extraer del cuerpo de una persona señalada como autor o partícipe de un hecho delictivo, muestras de fluidos corporales, practicar radiografías o tomografías que permitan identificar objetos en su interior o realizar cualquier otro procedimiento que implique intervenirlos; significa entonces, que además de los casos que señala la norma, pueden realizarse otros que requieran intervenir el cuerpo de una persona, como pueden ser medidas de intervención en los orificios naturales del cuerpo (boca, ano, vagina), extracción de tejidos, cabello, uñas, etc. Esa gama de intervenciones corporales, según ya se dijo, implican afectación a una serie de derechos

³⁶⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

³⁶⁷ Por intervenciones corporales, ha de entenderse la extracción del interior del cuerpo humano de todo tipo de datos o elementos incorporados a él, bien precisen una intervención quirúrgica o se limiten a una mera extracción de tales elementos que se hallen en las aberturas naturales del cuerpo. No existiría problema constitucional alguna para que pudiera en el curso de una investigación penal adoptarse la medida de intervención corporal, siempre que la misma se sujete a los requisitos generales exigidos para que sea viable la restricción de derechos fundamentales. ASECIO MELLADO, José María, *Derecho...*, *op. cit.* p. 168.

³⁶⁸ MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.* p. 255.

fundamentales; sin embargo, tal como lo sostiene SAMUEL ALIVEN LIZAMA, la libertad individual no tiene carácter irrestricto, pues la misma debe ser puesta en conexión con el disfrute de los derechos de los demás; a partir de entonces y dada la trascendencia de los derechos fundamentales para la convivencia social, éstos se limitan cuando sea necesario hacerlo, no de forma arbitraria, sino a través de una ley y siempre que lo justifique la protección y realización de derechos, bienes y valores o intereses igualmente protegidos a nivel constitucional³⁶⁹.

Lo afirmado en líneas anteriores, ha sido aceptado en la jurisprudencia nacional, al decir que: *“Un aspecto trascendental a los derechos fundamentales es aquel que se refiere a la posibilidad de que sean restringidos. Si no se quiere que esta posibilidad a su vez sea ilimitada, entonces, es necesario imponer límites. Éstos pueden establecerse, en definitiva, solamente mediante una ponderación entre el contenido del derecho y el principio contrario que justifica la restricción. Existen límites internos que sirven para definir el contenido mismo del derecho, resultando, pues intrínsecos a su propia definición; tales límites constituyen las fronteras del derecho, más allá de las cuales no se está ante el ejercicio de éste sino ante otra realidad. Asimismo encontramos límites externos, los cuales son impuestos por el ordenamiento jurídico frente al ejercicio legítimo y ordinario de los derechos fundamentales. Esta segunda clase, a su vez se divide en explícitos e implícitos.”*³⁷⁰.

Otras medidas cautelares que restringen derechos, son las medidas cautelares de carácter patrimonial, entre las que se encuentran la fianza y el embargo, cuya utilidad radica en asegurar la ejecución de la sentencia de condena al pago de dinero y sirven al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito y las costas judiciales o procesales; por tanto su objeto es asegurar el monto o cuantía aproximada de la misma; además de las anteriores y con distintos fines en el proceso³⁷¹, están

³⁶⁹ LIZAMA, Samuel Aliven, “Las Intervenciones Corporales en el Ordenamiento Jurídico Salvadoreño”, en AA.VV., Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, *Intervenciones Corporales y Prueba Científica*, San Salvador, El Salvador, 2006, pp. 181 a 185.

³⁷⁰ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad número 64-2006AC, de fecha 11 de julio de 2008. Pero, corresponde al legislador afinar esas fronteras en la regulación que haga de cada derecho fundamental y los operadores jurídicos tienen que controlar que dicho trazado sea correcto, completándolo y adecuándolo ante las exigencias de la realidad cambiante. Cuando se habla de límites explícitos, estos son los que se encuentran previstos de manera expresa dentro de la Constitución y las leyes; mientras que los implícitos no están formulados de esa manera, pero vienen impuestos por los principios o bienes jurídicos protegibles constitucionalmente.

³⁷¹ ORTELLS RAMOS, Manuel, *op. cit.* pp. 34 y 35.

el secuestro³⁷² y el depósito de cosas determinadas; siendo su función conservar las cosas en su estado inicial para que puedan ser apreciadas, en su justa medida, por el juez competente en su conocimiento y fallo; son pues todas ellas, medidas de aseguramiento, así como de conservación de bienes y cosas; y que persiguen además el aseguramiento de las fuentes de prueba que estarán presentes en la fase de juicio oral³⁷³. Dichas medidas afectan el derecho a la propiedad privada, Art. 2 Cn., cuya adopción en la instrucción está reservada al juez, según los Arts. 284, 288, 300 N° 7 y 364 N° 6 CPP; reafirmando la exclusividad jurisdiccional de la adopción de estas medidas de carácter real o patrimonial, por medio de la facultad conferida en el Art. 342 CPP, el que dice: *“Las medidas cautelares de índole civil, serán acordadas por el juez, a petición de parte, para garantizar la multa o la responsabilidad civil; su trámite y resolución se regirá por la reglas del proceso civil”*.

Se encuentran determinadas en la ley, las circunstancias en que es posible decretar medidas preventivas relacionadas con las consecuencias del delito y que afectan derechos patrimoniales; una de ellas es la que prevé el Art. 64 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas³⁷⁴, que establece que dentro de la investigación puede ordenarse el cierre temporal, total o parcial y por el tiempo necesario, en áreas estrictamente indispensables, de todo lugar en donde se tenga conocimiento que se ha cometido cualquier delito previsto en dicha ley; en estos casos, es el juez de instrucción, quien en la tramitación del proceso, ordenará mediante resolución fundada, si lo fuere procedente, la clausura del local. La potestad jurisdiccional como exclusiva en adoptar este tipo de medidas, obedece a que resultan afectados derechos de las personas.

Las anteriores medidas coercitivas sobre objetos o bienes privados en función de las actividades de investigación y de prueba, se trata de decisiones que se toman en contra de la voluntad de la persona afectada o prescindiendo de ella, que están destinadas a la obtención de un conocimiento directo de las conductas, a los efectos de las actividades de investigación y de prueba del proceso penal; y se

³⁷² Respecto a la medida cautelar del secuestro, la Sala de lo Constitucional ha dicho: *“Desde esa perspectiva es necesario señalar, conforme lo dispone el artículo 189 del Código Procesal Penal, que ha sido intención expresa del legislador entregar a los jueces penales la facultad de adoptar la medida precautoria de secuestro cuando se den los presupuestos necesarios para ello, sin que su procedencia y adopción en un caso concreto implique la violación a categoría constitucionales protegibles por el amparo”*. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Amparo número 768-2004 de fecha 2 de febrero de 2005.

³⁷³ MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.* pp. 320 a 323.

³⁷⁴ Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, D.L N° 153, del 2 de octubre de 2003, D.O. N° 208, del 7 de noviembre del 2003.

producen en aquellos supuestos en que para llevarlas a la práctica sea necesario afectar derechos como la inviolabilidad de domicilio y el secreto de las comunicaciones Arts. 20 y 24 Cn.; para las cuales en la instrucción hay exclusividad jurisdiccional, tal como lo prevé el Art. 191 CPP y el Art. 8 de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones³⁷⁵; por otra parte, estas medidas también pueden afectar al derecho fundamental a la intimidad, Art. 2 Inc. 2° Cn., en el sentido que las cosas que interese aprehender y las conductas o comportamientos de los que se tome conocimiento, pertenezcan al ámbito de la intimidad personal o familiar³⁷⁶.

4.7. CONTROL DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR COMO FASE INTERMEDIA

Al mencionar la expresión “audiencia preliminar”, podría creerse que la misma está referida exclusivamente a la audiencia oral que tiene lugar en la etapa de instrucción, en que se discute sobre el fondo de la imputación; sin embargo, en el Código Procesal Penal, el legislador denomina así a la fase intermedia del proceso penal, desarrollándola a partir del Art. 355 CPP; marcando su inicio con el dictamen fiscal o del querellante y su finalización con la resolución que decreta la apertura del juicio oral o del sobreseimiento³⁷⁷; en ella se critica y analiza lo actuado en la instrucción, mediante la intervención de las partes; siendo su función primordial dilucidar si concurren o no los presupuestos del juicio oral, esto es, si se ha acreditado suficientemente a lo largo de la instrucción, la existencia de un hecho punible y si se ha determinado su presunto autor; si por el contrario, el hecho no reúne la tipicidad necesaria, faltan determinados presupuestos o concurren determinadas causas de extinción de responsabilidad penal, el juez de instrucción procederá al sobreseimiento³⁷⁸; en ese sentido, es la fase donde el decide si se abre o no el juicio oral.

³⁷⁵ Establece el Art. 8 de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones, D.L. N° 285, del 18 de febrero del 2010, D.O. N° 51, del 15 de marzo del 2010: “*la intervención de las telecomunicaciones será autorizada por cualquiera de los jueces de instrucción con residencia en San Salvador*”.

³⁷⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel, *op. cit.*, pp. 38 y 39. Agrega este autor, que es del todo claro que el mandamiento judicial que hace posible la entrada y registro en un domicilio se justifica, en el orden procesal penal, por la necesidad de identificar y, en su caso, recoger lo que interese a la instrucción sin que sea oponible, frente a tal pesquisa legítimamente ordenada, “secreto” alguno que, dentro del domicilio investigado, importe a las actuaciones judiciales en curso.

³⁷⁷ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, y otros, *op. cit.* p. 215. No se trata en la audiencia preliminar de decidir sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, sino si existe base suficiente para abrir el juicio oral.

³⁷⁸ GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op. cit.* p. 410.

Es por lo expresado, que el destino de la instrucción en su prosecución o desenvolvimiento del procedimiento, presenta las dos apuntadas previsiones legales, la de apertura del juicio oral o la de terminación anticipada mediante el sobreseimiento; siendo ésta la fórmula que la ley utiliza para evitar que se tramite un juicio en el vacío, ante la ausencia de elementos necesarios para el juicio, de hecho o de derecho y supone bien la terminación anticipada y definitiva o sólo la suspensión provisional con posibilidad de reanudación; mientras que la apertura a juicio, es mediante la cual se entra en la tercera etapa del proceso penal³⁷⁹.

En el mismo orden, la fase intermedia³⁸⁰ cumple la función de discusión o debate preliminar sobre los actos conclusivos de la investigación, estando constituidos por un conjunto de actos relativamente autónomos o por lo menos, que en ellos se asume con total claridad la crítica de los resultados de la investigación. Luego de esta discusión preliminar, se produce una decisión judicial; si el juez decide admitir la acusación se dictará el auto de apertura a juicio; en ese sentido, el periodo intermedio o fase intermedia como lo sostienen JOSÉ TOMÉ PAULE, PALOMA GARCIA-LUBÉN BARTHE Y JOSÉ ANTONIO TOMÉ GARCIA, tiene por finalidad, que el juez examine: “a) Si la instrucción está bien concluida o no, es decir, si es necesario o no practicar nuevas diligencias para la correcta conclusión de la misma; b) En caso de estimar correcta la conclusión de la instrucción, decidir si concurren los presupuestos necesarios para decretar la apertura a juicio oral, o en caso contrario, sobreseer la causa como reiteradamente se ha dicho”³⁸¹. En esa línea de pensamiento, la audiencia preliminar constituye para GUSTAVO ADOLFO VEGA BARGAS, una “*división del camino procesal*” de decisiva importancia en su curso; puesto que mediante la decisión del juez, es posible: a) Evitar el juicio innecesario; b) Anticipar la finalización del proceso, dictando el sobreseimiento; c) Finalizar, elevando la causa a juicio;

³⁷⁹ MARTÍN Y MARTÍN, José Antonio, *op. cit.* pp. 231, 232 y 233.

³⁸⁰ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado...*, *op. cit.* p. 385.

³⁸¹ TOMÉ PAULE, José, GARCIA-LUBÉN BARTHE, Paloma y TOMÉ GARCIA, José Antonio, *Temario de Derecho Procesal Penal*, 2ª edic., Madrid, España, Ed., COLEX, 2004, p. 183. En el proceso penal salvadoreño, la forma que permite la práctica de nuevas diligencias luego de concluida la instrucción, es a través del dictado de un sobreseimiento provisional. El que se encuentra expresamente regulado en el Art. 351 CPP: “*El sobreseimiento se entenderá provisional cuando los elementos de convicción obtenidos hasta la conclusión de la instrucción sean insuficientes para fundamentar la acusación pero exista la probabilidad de que puedan incorporarse otros. La resolución mencionará concretamente los elementos de convicción que el fiscal ofrece incorporar ...*”.

y d) Judicializar soluciones alternativas y diferenciadas, que constituyen manifestaciones del principio de oportunidad³⁸².

La audiencia preliminar, ha reservado su desarrollo con exclusividad al juez de instrucción, quien previo a la misma, actúa requiriendo de la práctica de una serie de actuaciones de las partes, todas sujetas a su control, siendo las mismas: la presentación oportuna del dictamen fiscal o del querellante y la intimación al fiscal por su ausencia y tener por abandonada la querrela también por su ausencia; los requisitos de la acusación y la declaratoria de inadmisibilidad por falta de éstos; la puesta a disposición de las partes en el término de ley de las actuaciones y evidencias, para su consulta y así poder realizar por escrito las respectivas críticas a la instrucción, así como a la propuesta de prueba del fiscal o del querellante; el desarrollo de la audiencia preliminar oral; las resoluciones que adopte luego de concluida dicha audiencia y si se trata de apertura a juicio, debe tener especial cuidado de cumplir los requisitos del mismo; y por último, el juez deberá resolver cuando el Ministerio Público Fiscal no acusa ni lo haya hecho la querrela y él considere que procede la apertura a juicio, intimando al fiscal superior³⁸³.

4.7.1. CONTROL DEL DICTAMEN FISCAL Y DEL QUERELLANTE

El dictamen fiscal y del querellante, es la solicitud escrita formulada al Juez de instrucción, en la que se pide un pronunciamiento de éste, luego de celebrada la audiencia preliminar. El momento para la presentación del dictamen, es hasta cinco días después de transcurrido el plazo que se otorgó para la investigación en el auto de instrucción o en su prórroga³⁸⁴. El juez espera del agente fiscal y del

³⁸² VEGA BARGAS, Gustavo Adolfo, “Juicio por Delito”, en AA.VV., Coordinadores José María Tijerino Pacheco y Juan Luis Gómez Colomer, *Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense*, 2ª edic., Valencia, España, Ed., Tirant lo blanch, 2006, p. 481. Cabe aclarar, que el proceso penal nicaragüense, llama a la audiencia inicial a la que en el proceso penal salvadoreño se llama audiencia preliminar, sus características tiene algunas similitudes.

³⁸³ Todas las actividades que realiza el juez de instrucción durante la audiencia preliminar y que están bajo su desarrollo y control exclusivo, están previstas a partir del Art. 355 CPP.

³⁸⁴ Así lo dice el Art. 355 CPP, “*El fiscal y el querellante, podrán proponer hasta cinco días después de concluida la instrucción: (...)*”. La pregunta que surge de inmediato es, ¿cuál es el plazo para presentar el dictamen?; si se atiende la literalidad de dicho artículo, solo da certidumbre del término, es decir, hasta que momento puede presentarse el dictamen, pero no se dice desde cuándo puede hacerlo; o si cabría interpretar que el legislador ha querido decir que el plazo para presentar el dictamen es a partir del momento en que concluye el plazo de la instrucción, por tanto el fiscal y el querellante solo tendrían cinco días hábiles para dichos efectos. Ahora bien, que sucedería si se presenta el dictamen antes de que haya concluido el plazo de la instrucción, lo cual es una práctica recurrente del Ministerio Público Fiscal, pues, como se ha constatado, en algunos juzgados

querellante, una petición sobre el fondo del asunto tratado en la causa penal, que puede ser una requisitoria de elevación a juicio o pedido de sobreseimiento³⁸⁵; pero además en el dictamen se puede proponer la aplicación de un criterio de oportunidad de la acción pública, la suspensión condicional del procedimiento, la aplicación del procedimiento abreviado, así como la homologación de los acuerdos alcanzados en la conciliación o mediación en sede administrativa. Conforme a lo dicho, cuando se exige que el proceso se desarrolle por el impulso de un sujeto diferente del órgano jurisdiccional, obliga a que no pueda pasar a la fase de juicio oral sin que haya petición de un sujeto distinto del juez³⁸⁶; por lo que, el órgano jurisdiccional no puede dictar auto de apertura a juicio oral sin alguien que sostenga la acusación y lo pida expresamente³⁸⁷.

Continuando con el tema de la formulación del dictamen, este es obligatorio para el fiscal, no así para la querrela, pues ésta actúa de modo voluntario; por tanto si el ente fiscal no presenta solicitud alguna en el momento procesal oportuno, ya sea por negligencia o fuerza mayor, el juez como parte de sus

de instrucción se presentan dictámenes antes de la conclusión del plazo de instrucción y no ha provocado ningún reclamo. Este plazo, se trata de un término legal por su determinación expresa en la ley, la que generalmente fija los límites, además, por su funcionamiento es un término final o de clausura, por lo cual el acto debe cumplirse antes del vencimiento del término, ya que éste fija el último momento; se trata de un término individual, pues su cómputo es para una de las partes, mientras que el plazo de instrucción es en cuanto a su forma de computarlo, un término común. De ello se advierte, que los términos individuales, tal como lo establece el Art. 171 CPP, por manifestación expresa de las partes a cuyo favor se haya establecido pueden abreviarse o renunciar a él; por su parte el plazo de instrucción, su dictado obedece a una estimación de espacio temporal en el que se cumplirán los actos y diligencias de investigación, lo cual implica que éstos pueden realizarse en un plazo menor; o por el contrario, procederá la prórroga del plazo de instrucción. En ese sentido, agotada la instrucción, no así su plazo, no hay ningún impedimento en el CPP, para que el fiscal o el querellante puedan presentar el dictamen antes de concluido el plazo de instrucción, más cuando, algunas de las propuestas que prevé el Art. 355 CPP, pueden realizarse en cualquier momento del proceso. Con ello se logra la vigencia de uno de principios que rigen el proceso penal, como lo es la celeridad, la pronta y cumplida justicia y el derecho a ser juzgado en plazos razonables y en un proceso sin dilaciones indebidas; consecuentemente, se logra con la presentación del dictamen antes de que concluya el plazo de instrucción garantizar los derechos del procesado. Y finalmente, lo que realmente daría fundamento a la legalidad de la presentación del dictamen fiscal o del querellante antes de concluido el plazo de instrucción, es que el Art. 355 CPP, dice expresamente que estas partes tienen hasta cinco días después de concluida la instrucción para presentarlo, no dice que haya concluido el plazo de instrucción; eso significa que si se recolectaron todos los elementos que permita fundar la acusación fiscal o del querellante y preparar la defensa del imputado antes de concluido el plazo de instrucción, están habilitados para presentar el dictamen. Sin embargo, si tal acción, implica afectación al derecho de defensa, como lo sería cuando por la presentación temprana del dictamen se impida la recolección, incorporación y el ofrecimiento de prueba, debe el juez, de manera razonada diferir la admisión del escrito y una vez superada dicha circunstancia o concluida la instrucción, debe dar paso al dictamen; con ello se logra la eficacia del derecho de defensa.

³⁸⁵ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.* p. 288. Si el pedido es de elevación a juicio, esa requisitoria consiste en un dictamen de acusación, Art. 356 CPP.

³⁸⁶ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, y otros, *op. cit.* p. 216.

³⁸⁷ MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.* p. 338. Expresan además, que al sostener la acusación alguien distinto al juez, es la manifestación imprescindible de la vigencia del principio acusatorio.

funciones y de su control procesal, debe dirigirse al fiscal superior para que lo haga dentro de los tres días; de no hacerlo se declarará extinguida la acción penal³⁸⁸. Dicha solicitud o dictamen, deberá cumplir con la formalidades generales de ley, debiendo en consecuencia no contener expresiones ofensivas, poseer en su encabezado los datos identificadores del expediente, expresar con la debida claridad lo que se pretende, ser suscrito y sellado por el abogado que lo presente, Arts. 160 y 20 CPrCyM.

En cuanto al contenido del dictamen, éste dependerá del asunto que se pretenda por el fiscal y querellante, cuando se trata de acusación³⁸⁹, se está solicitando la apertura del juicio oral y por tanto el escrito³⁹⁰ debe contener los requisitos establecidos en el Art. 356 CPP; si el pedido es de sobreseimiento definitivo o provisional, debe tener especial cuidado en cumplir con los requisitos de forma y contenido que al efecto exige el Art. 353 CPP³⁹¹, así mismo debe tomar en cuenta los casos en que proceda la solicitud, Arts. 350 y 351 CPP; Si la petición se trata de un criterio de oportunidad de la acción pública, en su escrito deberán cumplirse los requisitos establecidos a partir del Art. 18 CPP; si la petición es de suspensión condicional del procedimiento, lo requisitos a cumplir por el fiscal son los

³⁸⁸ El Art. 31 N°. 11 CPP, contempla dentro de los motivos de extinción de la acción penal, la falta de pronunciamiento del fiscal superior, en el caso de haber sido intimado y el querellante no haya presentado acusación en los términos establecidos en CPP. Ello implica que acreditada dicha circunstancia, conforme al Art. 350 N°. 4 CPP, debe pronunciar un sobreseimiento definitivo en la causa.

³⁸⁹ En cuanto al Dictamen de Acusación, ha dicho la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia número 262-CAS-2006, de fecha 30 de julio de 2008, que: *“El dictamen de acusación debe ser visto en forma integral, ya que en el mismo constan la relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho denunciado y la fundamentación de tal hecho punible atribuido a una persona determinada, dado que la fundamentación de la imputación, cabe aclarar, forma parte del mismo”*.

³⁹⁰ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, y otros, *op. cit.* p. 216.

³⁹¹ No siempre los fiscales cumplen a cabalidad los requisitos formales y de contenido que el Art. 353 CPP, les impone; el primero, la identificación del imputado, es decir, las generales de éste o las señas para identificarlo, tal como lo establece el Art. 83 CPP; el segundo, es la descripción del hecho que se le atribuye y su análisis jurídico, esto no es más que la descripción del hecho justiciable y su adecuación a la norma penal, es decir, si el hecho es o no constitutivo de delito, si hay causas que excluyan de responsabilidad penal, cosa juzgada, excusas absolutorias, prescripción, etc.; el tercero, es la fundamentación, con un detallado análisis de las pruebas; este aspecto se refiere, a que el fiscal debe hacer las consideraciones necesarias para estimar el valor de las pruebas o de los elementos de convicción recolectados, que le permiten arribar a la conclusión de que el caso merece el sobreseimiento; el cuarto, es el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil, debido a que el Art. 46 CPP, establece que en los casos en que deba pronunciarse un sobreseimiento y sea por supuesto regidos por el Art. 45 No. 2 CPP, el juez en el correspondiente auto debe pronunciarse por la responsabilidad civil, la que exige la previa petición de la parte interesada; y por último, debe contener la solicitud fiscal de sobreseimiento, la cita de las disposiciones legales aplicables, es decir, el fundamento jurídico de su pretensión. La razón de ser de estas exigencias al fiscal, de tipo formal y de contenido, referidas a la fundamentación fáctica, jurídica y probatoria que deben contener sus escritos, es que, es una exigencia legal, ya que el Art. 74 Inc 3° CPP, impone la obligación a los fiscales de formular motivadamente sus resoluciones, peticiones y acusaciones

previstos en los Arts. 24 y 25 CPP; si se trata de la aplicación del procedimiento abreviado, las reglas a cumplir son las de los Arts. 417 y 418 CPP; y por último, si la solicitud es de homologación de los acuerdos alcanzados en la conciliación o mediación en sede administrativa, debe tener especial cuidado en saber en que delitos procede esta salida y los requisitos para su adopción, todo ello está regulado en los Arts. 38 y 39 CPP. El juez de instrucción cuando resuelve sobre la admisión o rechazo del dictamen presentado por el fiscal o querellante, está en la obligación de controlar que la misma contenga los requisitos de forma y de fondo que exigen las disposiciones legales antes citadas.

Si el dictamen es de acusación, ésta no es más que el presupuesto del juicio, el que exige en una perspectiva epistemológica, primero la tesis en que se propugna la verdad, por estimarla descubierta; lo que significa que sin acusación no existe nada de qué convencer; luego se exige una determinada manera de contrastar esa tesis, lo cual implica la posibilidad de antítesis; y por último, la imparcialidad de un tercero³⁹², el juez, que se convierte en una precondition que, junto a la contradicción de la tesis (acusación) y antítesis (defensa), garantiza el mejor juicio posible, el que consiste en seleccionar la opción más razonable³⁹³. Por lo visto, la estructura que debe asumir la organización de la acusación, debe configurarse de manera funcional a los principios de igualdad y objetividad, en cuanto que, posibilitará que la antítesis (defensa) pueda ejercer adecuadamente su función; por ello, los requisitos para acusar son de tal manera que precisan claridad, facilitando la contradicción; por lo que el incumplimiento conllevan a la sanción procesal de inadmisibilidad de la misma, que debe imponer el juez de instrucción luego del examen; siendo por tanto según CARLOS CREUS: *“Inadmisibile el acto que no puede ser propuesto en el proceso tal como lo fue, por lo que su defecto con relación al tipo procesal, indica la imposibilidad jurídica de introducirlo en aquél; entonces la inadmisibilidad impide que los efectos se produzcan, así mismo impide o previne insertar el defecto en el proceso”*³⁹⁴.

³⁹² La intervención de tercero imparcial, el juez, es una condición indispensable, debido a que se advierte que la actividad de acusar compromete derechos del individuo sometido a la investigación, de lo que deriva la necesidad de intervención de un tercero imparcial para su garantía (el juez de instrucción).

³⁹³ VARELA CASTRO, Luciano, “El Juicio Sobre la Acusación” , en AA.VV. Manuel Carmona Ramos (Director), *Hacia un Nuevo Proceso Penal*, Consejo General del Poder Judicial Madrid, 2006, pp. 291, 292 y 293.

³⁹⁴ CREUS, Carlos, *Invalidez de los Actos Procesales Penales*, 2ª edic., Buenos Aires, Argentina, Ed., Astrea, 2000, pp. 9 y 10. La inadmisibilidad se presenta previa a la introducción del acto al proceso; y por el contrario, si el acto defectuoso ya ha sido introducido en el proceso, si efectos desaparecen con la declaratoria de nulidad.

En relación a la inadmisibilidad de la acusación por faltar a sus requisitos exigidos en el Art. 356 CPP, al juez en la práctica se le presenta el problema respecto a cual es el momento en que debe declarar la sanción, si es al momento del examen liminar que hace del dictamen o si es hasta finalizada la audiencia preliminar. Sobre ello, producto del análisis directo de causas, llevó a encontrar que un Tribunal de Segunda Instancia de San Salvador, sostiene que el examen se haga al momento de emitir el auto que tiene por presentada la acusación y se convoca a las partes para la audiencia preliminar, sin pronunciarse sobre la inadmisibilidad; el criterio de este Tribunal, es que en ese auto debe prevenírsele al acusador sobre la falta de los requisitos del dictamen, para que los subsane³⁹⁵, ello atendiendo a lo que dispone el Art. 358 No. 11 CPP, el que faculta al fiscal o al querellante para que propongan cualquier otro incidente que permita una mejor preparación del juicio o evite su fracaso, con lo cual pueden corregir alguna falta de requisitos del dictamen, a fin de que el juez, en la audiencia preliminar se los admita.

La solución que se propone en las líneas anteriores sobre la admisión del dictamen de acusación, cuando adolece de sus requisitos, no es la que procura el Código Procesal Penal, por las razones siguientes: El juez de instrucción como encargado de realizar el examen liminar de la acusación, está en la obligación de expresarlo en una resolución, si la misma cumple con los requisitos de ley, dando paso a los siguientes trámites, de lo contrario procede la inadmisibilidad; ésta sucede en el proceso penal cuando el acto no cumple con los requisitos o circunstancias de forma y oportunidad, tales como la disposición legal lo expresa, en cuanto a lo que exige la acusación. Se presenta entonces la inadmisibilidad como una sanción previa a la introducción del acto al proceso, que emite razonadamente el juez de instrucción, como parte de sus funciones; y su momento para declararla es precisamente cuando se recibe la acusación, con lo cual se evita que el vicio ingrese al proceso. No es por lo tanto apropiado prevenir al solicitante la subsanación de los vicios, a la vez que se le da trámite al dictamen, porque aquellos se trasladan al proceso y la forma de expulsarlos sería declarando la nulidad. Por tanto, el proceder no es al arbitrio del juez, sino el señalado por el Art. 356 CPP, que es declarar la inadmisibilidad del dictamen de acusación por faltar alguno de sus requisitos. Ahora, lo que sucederá después dependerá del momento en que ha sido presentado el dictamen; ya que si aún no ha caducado

³⁹⁵ Sobre la prevención al fiscal o querrela de la falta de requisitos de la acusación hecha por el juez, ordenando que se subsanen o completen, no hay disposición o norma de carácter procesal que lo faculte, en ese sentido puede quedar irremediabilmente comprometida la imparcialidad de la decisión judicial que se tome con posterioridad.

la oportunidad de presentarlo en el plazo a que se refiere el Art. 355 CPP, puede hacerlo de nuevo, cumpliendo con las formalidades que anteriormente le impidieron su admisión; y en caso de agotado el plazo anteriormente referido, ante la ausencia del dictamen el juez procederá intimando al fiscal superior para que lo haga dentro de tercero día, quien de no hacerlo motivará se declare prescrita la acción penal.

4.7.2 CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR Y EL CONTROL DEL JUEZ SOBRE SU DESARROLLO

Finalizado los cinco días que las partes tienen para ejercitar sus facultades y deberes de que trata el Art. 358 CPP, el juez señalará día y hora para la celebración de la audiencia preliminar, en un plazo no menor de tres ni mayor de quince días; a la cual deberán comparecer el fiscal, el imputado, su defensor, el querellante y las partes civiles³⁹⁶. En su desarrollo por mandato del Art. 361 Inc. 4° CPP, en cuanto sean aplicables, regirán las reglas de la vista pública adaptadas a la sencillez de la audiencia, ello implica trasladarse a lo dispuesto en el Art. 380 y siguientes CPP; por tanto, de acuerdo a dichas normas, el día y hora fijados el juez de instrucción se constituirá en la sala de audiencia, verificará la presencia de las partes, declarará abierta la misma, explicará al imputado sobre el significado e importancia de lo que va a suceder, indicándole que esté atento a lo que va a oír y ordenará la lectura a los hechos objetos del juicio. Inmediatamente permitirá que las partes formulen todas las cuestiones incidentales, las que serán tratadas en su solo acto, sucesivamente o diferirá, según convenga al orden de la audiencia. En la discusión de las cuestiones incidentales se les concederá la palabra a las partes tan solo una vez, por el tiempo que establezca el juez.

Resuelto lo anterior, el juez permitirá que el fiscal y el querellante en su caso, expliquen la acusación; y posteriormente se le concederá la palabra a la defensa para que exprese la orientación de la misma. Enseguida el juez explicará al imputado con palabras claras y sencillas el hecho que se le atribuye, con la advertencia que puede abstenerse a declarar y que la audiencia continuará aunque él no lo haga; en

³⁹⁶ Las ausencias del fiscal o del defensor a la audiencia preliminar, será subsanadas de inmediato, ordenando el juez la comparecencia del fiscal y solicitando un defensor público. El juez con base al control que ejerce sobre la intervención de las partes, no puede permitir que por las circunstancias mencionadas se suspenda la realización de tan importante acto, a no ser que afecte los derechos del imputado, principalmente el de defensa. Se ha observado una práctica intolerable de algunos jueces, que cuando no ha comparecido alguna de las partes técnicas o el imputado, pasado algunos minutos después de la hora fijada para la audiencia preliminar, la suspenden, no procediendo como lo manda el Código Procesal Penal.

caso decida declarar, podrá manifestar cuanto tenga por conveniente y luego podrá ser interrogado en los términos previstos en el Código Procesal Penal. De acuerdo al Art. 381 Inc 2° CPP, el juez podrá hacer preguntas con fines aclaratorios; proceder que resulta no ser recomendable, por la imparcialidad que como principio debe regir las actuaciones del juez, por lo tanto podrá hacer uso de esa facultad muy excepcionalmente, solo cuando sea absolutamente indispensable. Si los imputados son varios, el juez alejará de la sala a los que no declaren en ese momento, pero después de recibidas todas las declaraciones informará en forma resumida de lo ocurrido durante su ausencia; por último, si está presente la víctima se le concederá la palabra. Finalmente el juez preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar e inmediatamente después declarará cerrada la audiencia, emitiendo la resolución que corresponda.

En cuanto a la producción de la prueba para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar, más adelante se explicará para que casos puede operar la misma y como es su desarrollo; y en lo que atañe a la manera de conducirse de las partes durante su intervención en el desarrollo de la audiencia preliminar; y el control de juez sobre éstas, no se desarrolla en este apartado, al ya haber sido objeto de estudio en el Capítulo anterior.

4.7.3. CONTROL SOBRE LAS SOLICITUDES DE LAS PARTES

El juez de instrucción como parte de sus funciones, al finalizar la audiencia preliminar, no solo debe dar respuesta a las solicitudes del fiscal o del querellante que le hayan hecho en el dictamen, sino que a todas aquellas observaciones, planteamientos, excepciones, propuestas, requerimientos, ofrecimientos y en general a todas las peticiones de las partes³⁹⁷, tal como lo regula el Art. 358 CPP; en vista de ello, los escritos de las partes constituyen una garantía que se deriva del principio acusatorio, consistente en salvaguardar el derecho de defensa y a ser informados de la acusación, así como del objeto del

³⁹⁷ Esto es lo que se ha conocido como derecho de petición; al que la jurisprudencia nacional ha señalado así: *“El ejercicio del derecho constitucional de petición implica la correlativa obligación de los funcionarios estatales de responder o contestar las solicitudes que se les eleven, pues el gobierno de la República está instituido para servir a la comunidad. Se hace necesario señalar, que la contestación a que se ha hecho referencia, no puede limitarse a dar constancia de haberse recibido la petición, sino que la autoridad correspondiente debe analizar el contenido de la misma y resolverla y esto es lo que constituye el objeto de la obligación de la actividad estatal conforme a las potestades jurídicamente conferidas”*. Sentencia de la Sala de lo Constitucional, Hábeas Corpus número 93-2005 de fecha 9 de agosto de 2006. Lo anterior no implica que la respuesta deba ser favorable a las pretensiones del gobernado, solamente la de obtener una pronta respuesta.

proceso, constituido por los hechos sobre los cuales versará el juicio oral, que serán introducidos con carácter definitivo³⁹⁸ en el dictamen.

Los escritos de las partes, como la acusación y su contestación, son precisamente la oportunidad que tienen éstas para revisar las decisiones tomadas durante la instrucción, así como para realizar los planteos rechazados; por lo que son mecanismos que constituyen una crítica del trabajo instructorio³⁹⁹. Esos planteamientos y solicitudes que pueden realizar las partes dentro de los cinco días previstos en dicha norma, son: señalar los vicios formales o falta de fundamento de la acusación, objetar la petición de sobreseimiento, plantear las excepciones⁴⁰⁰ previstas en el Código Procesal Penal, cuando no hayan sido deducidas con anterioridad o se funden en hechos nuevos, solicitar sobreseimiento definitivo o provisional, proponer suspensión condicional del procedimiento, requerir aplicación del procedimiento abreviado, proponer la conciliación, pedir aplicación de algún criterio de oportunidad de la acción pública, solicitar imposición o revocación de una medida cautelar, requerir algún anticipo de prueba a ese momento para ser incorporados en el juicio, proponer cualquier otro incidente que permita una mejor preparación del juicio o evite su fracaso, ofrecer los medios de prueba necesarios para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar⁴⁰¹, ofrecer la prueba que pretendan producir en la vista

³⁹⁸ GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, *Acusación y Defensa en el proceso penal*, 1ª edic., Barcelona, España, Ed., Bosch, 2004, pp. 71 y 72. Define el principio acusatorio, como aquél que consiste precisamente en que no puede abrirse el juicio oral sin que previamente se haya formulado una acusación.

³⁹⁹ BINDER BANZZIZA, Alberto, *Introducción...*, *op. cit.* p.227 y 228.

⁴⁰⁰ Las excepciones previas, son cuestiones que planteadas por las partes, pueden servir como defensas para el imputado o el tercero civil responsable en algunos casos, se las tilda de excepciones, porque su resolución puede provocar la extinción, la paralización o el desvío del curso del proceso. *Vid.*: CREUS, Carlos, *op. cit.*, p. 87.

⁴⁰¹ En cuanto a los medios de prueba que pueden ofrecerse para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar, se ha dicho que prueba es aquella actividad verificada por el juez mediante el cotejo o comparación de las distintas afirmaciones y los resultados obtenidos de los diferentes medios de prueba practicados en el juicio y así actuando indispensablemente los principios de inmediación, oralidad, concentración, publicidad y contradicción. Se entiende que la prueba se desarrolla en el juicio oral, de lo contrario el sentenciador no podrá percibir directamente la resultancia probatoria pues aún no conoce, salvo que se infrinjan otros principios y sea el mismo juez que instruye y conozca. No obstante lo dicho, el CPP, permite que se ofrezcan los medios de prueba necesarios para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar, Art. 358 No. 12, que son las contenidas en el Art. 362 CPP; a vía de ejemplo pueden citarse, el ofrecimiento de una sentencia ejecutoriada que será utilizada para resolver una excepción perentoria de cosa juzgado; cuando el fiscal solicite un criterio de oportunidad, debe ofrecer los documentos que justifican su petición, ello con base al Art. 20 CPP; cuando se solicite la aplicación del procedimiento abreviado, de conformidad a los Arts. 417 y 418 CPP, debe ofrecerse la prueba que será utilizada para que el juez emita su sentencia; el acta de conciliación y la mediación para su homologación ante el juez, Art. 39 Inc. 3º CPP; para resolver excepciones y cuestiones incidentales, como nulidades, en las que sea necesario que el documento sea introducido como prueba y valorado por el juez para fallar; y los papeles o documentos que serán utilizados en la audiencia preliminar para pedir medidas sustitutivas a la detención provisional; o como cuando tengan que dictar un sobreseimiento, debido a que la persona acusada no estaba en el territorio nacional, pudiendo ser pasaporte, constancia de autoridades migratorias, de la empresa

pública cuando el querellante o el fiscal hayan acusado, ratificar la pretensión civil y ofrecer prueba al respecto. Se trata de una gama de solicitudes y planteamientos de distinta índole, cuya naturaleza obedece a la multiplicidad de intereses implicados en el delito, puesto que hay una serie de protagonistas como lo son el Estado, la víctima e inculpado, que tienen generalmente intereses antagónicos en el resultado del proceso penal, con lo que se logra que el debate y la contradicción sean una garantía que debe preceder a la decisión sobre la apertura del juicio oral⁴⁰².

Es por ello, que el juez de instrucción inicialmente ejerce un control formal sobre dichas solicitudes, que comprende aspectos tales como la de ser legibles, que no contengan expresiones ofensivas, que se identifique el expediente al cual se dirigen, que su redacción sea clara de lo que se pretende, estar suscrito y sellado por el abogado que lo presenta; además el juez controlará que en la recepción del escrito, el Secretario o el funcionario actuante, ponga la hora y el día en que se efectúa la misma, así como el acompañamiento de las copias requeridas. Cuando el escrito se acompañe de documentos, debe corroborar el juez que éstos estén relacionados dentro del contenido de la solicitud y así verificar su coincidencia, pues de lo contrario debe ordenar que se haga la observación al pié del escrito, donde hace constar el recibimiento del mismo; y por último, un aspecto que no puede dejarse de lado, es que tanto el escrito como los documentos que se anexen, deben estar completamente foliados, con lo que evita posteriores reclamos. El juez de instrucción en atención a esas facultades de control, puede ordenar la devolución del escrito para que la parte lo corrija, especialmente cuando se trata de los casos previstos en el inciso final del Art. 130 CPP. Por otra parte y con relación a la decisión sobre las peticiones que realizan las partes, conforme al Art. 358 CPP., se debe diferir la misma para el momento del desarrollo de la audiencia preliminar; constituyendo éste otro momento de control que realiza el juez de instrucción.

donde trabaja y otros, que le permitirán demostrar que no pudo estar presente en la comisión del hecho y que ineludiblemente para que el juez de instrucción las valores debe ofrecerlas.

⁴⁰² VARELA CASTRO, Luciano, *op. cit.*, p. 320.

4.7.3.1 CONTROL DE LA ADMISIÓN DE LA ACUSACIÓN Y DE LA APERTURA A JUICIO

La acusación⁴⁰³ es un medio de ejercitar la acción penal en la instrucción, en la que debe concretarse afirmativamente la imputación en sus aspectos objetivos y subjetivos, por lo que se convierte en la base ineludible del juicio, ya que éste no será válido sin aquella; la misma debe provenir de un órgano público o privado, no perteneciente al órgano judicial; sin perjuicio del control del juez en cuanto a su admisión o rechazo una vez formulada⁴⁰⁴. Entonces, con la acusación se persigue fijar el marco de referencia dentro del cual el acusado va a ejercer su derecho de defensa, así como servir de guía al tribunal de sentencia para que concentre su actividad dentro del hecho delictivo que se atribuye al imputado; a su vez, la acusación es el instrumento útil para fijar los límites de la sentencia condenatoria que se dicte como consecuencia del juicio, pues por imperativo del principio de congruencia, en la sentencia no se pueden dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la misma⁴⁰⁵.

El control de la acusación fiscal o del querellante finalizada la audiencia preliminar, tiene por finalidad la determinación por parte del juez, si en ella existe una base razonablemente suficiente para ordenar sea el juicio oral o el sobreseimiento, luego del desarrollo del trámite procesal en que se haya posibilitado la oposición, las alegaciones y justificaciones de las partes⁴⁰⁶. Por tanto, la admisión de la acusación debe ser condicionada a la fundamentación⁴⁰⁷; y que para determinar dichos elementos, se debe exigir que haya oportunidad de contradicción y debate, así como la imparcialidad del juez; entonces, la existencia del control del juez sobre la acusación, es una garantía para las partes, la cual ejerce examinando el fondo de la acusación.

⁴⁰³ La acusación implica la afirmación por parte de un sujeto de la concurrencia de los presupuestos legales exigidos para el enjuiciamiento de una determinada persona por la comisión de un hecho concreto, pidiendo al órgano jurisdiccional que por ello le imponga una pena. *Vid:* PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *op. cit.* p. 218.

⁴⁰⁴ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 395 y 396.

⁴⁰⁵ SERRANO, Armando Antonio, y otros, *op. cit.* p. 634.

⁴⁰⁶ CARMONA RUANO, Miguel, "Hacia un Nuevo Proceso Penal", en AA. VV., Manuel Carmona Ramos (Director), Consejo General del Poder Judicial, *Hacia un Nuevo Proceso Penal*, Madrid, España, 2006, p. 48. Ejercer la acusación, no necesariamente da lugar a un derecho incondicionado a la apertura a juicio oral sobre la culpabilidad, ya que la acusación no ha de seguir necesariamente la apertura del juicio; cabe también el truncamiento por el juez mediante resolución motivada; por lo que, antes de entrar al juicio para decidir sobre la imposición de la pena, se establece un trámite procesal de control jurisdiccional de la admisibilidad de la acusación, el que se extiende a la suficiencia de la investigación, lo cual permite evitar la apertura a juicios orales por acusaciones sin fundamento.

⁴⁰⁷ VARELA CASTRO, Luciano, *op. cit.*, pp. 311 y 312.

Ese control fundamental de la acusación que realiza el juez, deberá relacionarse con la validez de la misma, que podría verse comprometida tanto por vicios de su estructura, así como por la inexistencia de actos que se regulan como sus presupuestos necesarios o por la violación a disposiciones constitucionales o legales relacionadas con la situación, derechos y garantías del imputado; también relacionados a la congruencia, entendida como la identidad fáctica sustancial entre los hechos contenidos en la acusación y los considerados por el juez de paz al momento de resolver el paso a la instrucción y los descritos en el requerimiento fiscal⁴⁰⁸, puesto que al juez le está prohibido introducir nuevos hechos en el proceso sin incurrir en una vulneración del principio acusatorio⁴⁰⁹.

Siguiendo con el control de los requisitos que debe realizar el juez al momento de decidir si admite o rechaza la acusación, el primero de ellos se trata de los datos personales del imputado, los que sirven para identificarlo⁴¹⁰, que deben consignarse en la acusación, ya que son una necesidad de la concretización subjetiva de la imputación; de este elemento así consignado, debe surgir la identidad entre el sindicado en la acusación y la persona realmente sometida al proceso; ello implica, que no es posible abrir a juicio plenario con relación a personas no señaladas en la acusación, aunque contra ellas se hubiere dictado instrucción formal. No debe confundirse lo dicho antes, con la identificación del acusado, que integra el objeto del proceso penal como elemento esencial de la calificación acusatoria, que hace referencia a su grado de participación en los hechos, esto es, si su responsabilidad criminal deriva de ser autor o cómplice del delito⁴¹¹.

⁴⁰⁸ CAFERATA NORES, José I., *Cuestiones...*, *op. cit.* p. 118. Señala que el aludido control se justifica como un modo de evitar que los defectos propios del acto acusatorio o sus presupuestos, afecte el derecho de defensa del imputado; o que su preparación o prosecución irregular puedan generar un juicio viciado por el mismo motivo (afectación al derecho de defensa).

⁴⁰⁹ GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, *op. cit.*, p. 172. Respecto a la plataforma fáctica contenidos en la acusación cabe afirmar, que hay una verdadera vinculación del órgano jurisdiccional a los hechos que fueron introducidos por las partes en el proceso.

⁴¹⁰ Conviene recordar, que el Art. 83 CPP, establece como debe practicarse la identificación del imputado, al respecto dice: “*La identificación del imputado se practicará por sus datos personales, impresiones digitales, señas particulares o a través de cualquier otro medio. Si se niega a dar esos datos o los proporciona falsamente, se procederá a la identificación por testigos, en la forma prevista para los reconocimientos, o por otros medios que se estimen útiles*”.

⁴¹¹ MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.*, p. 348. Puede agregarse a lo que estos autores denominan identificación del acusado, que ésta comprende también, que cuando la acusación fuere subjetivamente compleja, deberá individualizarse por separado a todos los imputados indicados en ella, atribuyéndoles específicamente los respectivos hechos en los cuales se estima su participación y el grado de ella.

El segundo requisito que debe cumplir la acusación y que controla el juez, es que la misma debe contener una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho atribuido, esto es lo que constituye la fundamentación fáctica, la que comprende tanto los hechos punibles que resulten de la instrucción, así como aquellos que constituyen circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de la responsabilidad criminal; en vista de ello, los hechos constituyen un elemento esencial del escrito de acusación, de forma que el juez no puede extender su conocimiento a aquellos que no hayan sido objeto de calificación y por tanto, objeto de prueba en el juicio oral; debe también en el relato fáctico incluirse no sólo los hechos constitutivos del delito principal, sino también los relativos a delitos conexos. Como lo dicen VÍCTOR MORENO CATENA y VALENTÍN CORTÉS DOMINGUEZ. *“El relato fáctico ha de ser completo pero no necesariamente exhaustivo”*⁴¹².

Siguiendo con el relato de los hechos que debe contener la acusación, éstos deben enunciarse en forma clara, completa, circunstanciada y específica, de tal manera que al imputado no pueda quedarle duda alguna acerca del elemento material o fáctico de la imputación; es así que, claridad significa exposición comprensible para cualquier persona de intelectualidad media, que comprende el uso de vocablos y términos accesibles para la generalidad, así como la ausencia de contradicciones o de repeticiones que abran la posibilidad de confusión; por su parte, precisión y claridad, son cualidades esenciales de la acusación, las que no pueden evitarse so pretexto de que el imputado no ignora el hecho; por otra parte, la completitud implica el agotamiento de todas las constancias fácticas obrantes en el proceso en cuanto sean relevantes para enunciar el hecho y dentro de los límites del progreso de la instrucción; esto se obtiene mejor, mediante la mención de todas las circunstancias de lugar, tiempo, modo de ejecución y de participación, así como los antecedentes, concomitancias y consecuencias vinculadas a la conducta imputada y cualquier otro dato de interés para el encuadramiento del hecho; y la especificidad, significa relación o enunciación separada de los diversos hechos imputados cuando la acusación sea objetivamente compleja⁴¹³. Como es sabido, el hecho

⁴¹² MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.*, p. 348. En la acusación, el relato o enunciación de los hechos debe limitarse a lo estrictamente necesario, vale decir, no incurrirse en superabundancia.

⁴¹³ CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Tratado...*, *op. cit.* p. 406. Expresa también que: *“El hecho que debe relatarse comprende, como se ha visto, la conducta atribuida al acusado en la misma requisitoria. El aspecto material del elemento objetivo de la acusación debe ser integrado con el aspecto jurídico. A este respecto todos los códigos exigen que la requisitoria fiscal de elevación o citación directa a juicio contenga la calificación legal del hecho imputado. Se trata de la valoración jurídica de la conducta incriminada en virtud de su encuadramiento en una o*

natural o histórico en relación con el bien jurídico protegido va a servir para identificar una pretensión determinada, de manera que nunca en modo alguno podrá modificarse en la sentencia aquellos hechos que pudieron considerarse como esenciales⁴¹⁴.

Un tercer requisito que debe contener la acusación cuyo control compete al juez, es la fundamentación de la imputación, con expresión de los elementos de convicción que la motivan; esto significa, que el órgano estatal mostrará las razones de sus conclusiones acusatorias, que consiste en la fundamentación de su requerimiento para que la causa continúe al plenario; también la acusación debe ser clara y específica, valorativa en cuanto a lo fáctico y técnico en cuando a lo jurídico; precisa en sus conclusiones y lógica en los argumentos. Todo ello conlleva que el órgano público o privado acusador debe dar sucintamente las razones que le permiten afirmar la existencia del hecho, su encuadramiento legal, la responsabilidad penal y en su caso civil del imputado o del tercero demandado y las atenuantes o agravantes que estime puedan corresponder⁴¹⁵, como ya se ha afirmado antes.

La calificación jurídica⁴¹⁶, con expresión precisa de los preceptos legales aplicables, es el cuarto requisito de la acusación que controla el juez; es así que, la calificación jurídica incluirá no sólo la referencia al tipo penal aplicable y al precepto concreto, sino que igualmente a todos aquellos factores que inciden en dicha calificación, sean las posibles situaciones de concurso, delito continuado o complejo, así como el grado de consumación del delito⁴¹⁷ y otras aplicables; por lo cual, la calificación legal de los hechos, determina el delito que constituye y se extiende no sólo a los hechos que

más figuras delictivas previstas por el Código Penal, con indicación de las correspondientes disposiciones referente a concurso, grado delictivo o de participación y la agravación o atenuación de la responsabilidad penal. La determinación del objeto accesorio del proceso penal impone también que en la requisitoria se encuadre el hecho, vale decir, la conducta del imputado, en las normas civiles atributivas de responsabilidad civil directa, o indirecta en su caso, cuando el ministerio fiscal ejerza la acción civil”.

⁴¹⁴ ASECIO MELLANDO, José María, *Derecho...*, op. cit., p. 223. Advierte además este autor, que: “*En todo caso, no podrán incorporarse a la acusación hechos que no consten en el sumario*”; entendiendo el sumario como la instrucción.

⁴¹⁵ CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Tratado...*, op. cit. p.408. El acusador está en la obligación de fundamentar la imputación que debe estar directamente sustentada en los elementos o piezas de convicción que hayan sido recolectados en la instrucción.

⁴¹⁶ La calificación de los hechos comporta no sólo el encuadramiento de éstos dentro de un determinado tipo penal, sino también en la determinación de la existencia de circunstancias que pudieran calificarse como eximentes, atenuantes o agravantes de la responsabilidad penal, así como el grado de participación de los acusados. El fiscal y el querellante, ponen su mayor esfuerzo en establecer los hechos y la participación del imputado; de esta manera se puede afectar el derecho de defensa, en el sentido que se dejan por último investigar aquellas causas que puedan favorecer la inocencia del inculpaado.

⁴¹⁷ ASECIO MELLANDO, José María, *Derecho...*, op. cit. P. 223.

conforman el delito principal, sino también a los delitos conexos. En realidad no implica una simple determinación del tipo penal aplicable a los hechos, sino que es preciso configurar en su más amplio sentido el marco jurídico-penal, vale decir, el delito que constituye, el grado de ejecución y las circunstancias modificativas de la responsabilidad⁴¹⁸.

Y por último, se exige que la acusación cumpla con un quinto requisito y que el juez de instrucción debe tener presente al emitir su resolución, siendo éste el ofrecimiento de la prueba, tanto en el orden penal como en el civil para incorporar en la vista pública; por lo que la acusación fiscal y del querellante debe contener una manifestación de las pruebas de que intentarán valerse en el juicio, presentando la lista de testigos y peritos, documentos y los otros medios probatorios admitidos en el CPP; por tanto, en el juicio oral únicamente podrán practicarse las debidamente propuestas y admitidas por el juez⁴¹⁹.

Hay un requisito adicional que debe contener la acusación, pero solo cuando junto a la acción penal se ejerza la acción civil, el cual está referido al monto de la reparación civil de los daños; es así que, cuando el Ministerio Público o el querellante, al ejercer la acción civil en el escrito de acusación que presenten, contendrá no sólo los extremos relacionados a la responsabilidad penal, sino también los relacionados con la responsabilidad civil, fijando la cantidad en que se aprecian los daños y perjuicios causados por el delito⁴²⁰; es aquí donde se ha de concretar el quantum de la indemnización que deberá percibir la víctima por los daños que le produjo el delito. Este requisito, al igual que el ofrecimiento de la prueba en el orden civil, frecuentemente es soslayado en la acusación, lo cual en caso de no ser subsanado en el término de ley, provocaría que el juez declare la inadmisibilidad de la misma en el orden civil.

Dicho lo anterior, llegamos a que la decisión del juez de instrucción de admitir la acusación en forma total o parcial, en el orden penal y civil o solo en el orden penal, surge luego de finalizada la audiencia,

⁴¹⁸ MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.*, p. 348.

⁴¹⁹ ASECIO MELLANDO, José María, *Derecho...*, *op. cit.* p. 225. En ese sentido dice este autor, que: “Las partes habrán de realizar su proposición de prueba en este acto toda vez que únicamente se podrán practicar las debidamente así propuesta”. Además dice, que las pruebas de que intenten valerse las partes, deben presentar la lista de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia. En iguales circunstancias se expresa el Art. 359 de CPP salvadoreño, así: “Para ofrecer prueba testimonial será necesario presentar la lista de testigos, con indicación del nombre, profesión, domicilio, residencia o el lugar donde puede ser localizado. Se presentarán también los documentos que no hayan sido ingresados antes, o se señalará el lugar en donde se hallan, para que el juez o tribunal los requiera ...”.

⁴²⁰ MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.* p. 348.

tal como lo estipula el Art. 361 CPP; en vista de ello, previo a dictar dicha decisión, en la que intervienen las partes procesales y materiales, así como el juez como director y controlador de la misma; y en cuanto a la forma de como intervienen dichos sujetos procesales, la disposición citada remite a las normas de la vista pública; siendo así, que el Art. 380 CPP, da los pasos que deben seguirse para el desarrollo de la audiencia preliminar, que primeramente parten de la verificación de la asistencia de las partes, lo que permitirá declararla abierta; luego el juez hará las explicaciones respecto a la naturaleza del acto, los fines que se persiguen con su desarrollo, haciendo énfasis en el imputado de la importancia y significado de la misma, de lo que en ella puede suceder, pidiéndole a su vez la atención debida; ordenará en seguida la lectura de los hechos contenidos en la acusación. El juez, antes de dar oportunidad a las partes a que expliquen cada uno su estrategia, debe permitir que éstas formulen todas las cuestiones incidentales, las que resolverá de inmediato o las diferirá según convengan al orden de la audiencia; en seguida el juez permitirá que el fiscal y el querellante expliquen su acusación y a la defensa para que oriente la misma, exponiendo cada uno sus argumentos. Continuando con el desarrollo de dicha audiencia, conforme al derecho de defensa material, el juez procederá a recibir la declaración indagatoria del acusado, conforme a las reglas previstas a partir del Art. 90 CPP, la que deberá constar en acta o en cualquier otro medio de grabación; y por último el juez permitirá que intervengan las partes materiales (víctima e imputado), siendo el último que interviene, el imputado.

Culminada las intervenciones de las partes, el juez tendrá por concluido el debate⁴²¹ e inmediatamente resolverá las cuestiones planteadas; es así que, si luego de analizar la acusación en cuanto a sus requisitos que antes fueron estudiados y el juez no hace ninguna modificación en cuanto a su contenido y peticiones que ahí se han hecho, su admisión debe ser total; pero por el contrario, si el juez modifica las calificaciones jurídicas; advierte la concurrencia de agravantes o atenuantes; no admite la imputación contra algún individuo; sobresee parcialmente el hecho; no admite la totalidad del elenco probatorio; dicta salidas alternas por algún delito y si resuelve sobre la concurrencia de cualquier otra circunstancia que impida mantener inalterable el dictamen de acusación, el juez deberá admitirlo de

⁴²¹ FERNÁNDEZ, Alberto Vicente, *Arte de la Persuasión Oral*, 1ª edic., Buenos Aires, Argentina. Ed., Astrea, 2001. p. 295. Sostiene que: *“En el debate, la improvisación, la réplica de los argumentos del contrario, la frase inesperada, son posibles si el orador ha preparado su discurso, sobre todo el argumento. El conocimiento del asunto permite responder a sorpresivas preguntas y refutar las objeciones, porque muchos argumentos son variantes y consecuencias de las razones fundamentales del discurso y los contrarios se hallan en las razones”*. Además, el continuo ejercicio desarrolla la capacidad lógica e imaginativa.

forma parcial. En este último caso, deberá ordenar la apertura a juicio en el orden penal y en el orden civil cuando corresponda, lo que implica dictar auto de apertura a juicio, el que constituye la decisión judicial por medio de la cual se admite la acusación, con lo cual se acepta el pedido fiscal de que el acusado sea sometido a un juicio público⁴²², resolución que también se conoce como auto de elevación a juicio; éste se trata de una decisión del juez de instrucción por medio de la que da paso a la acusación fiscal ordenando que los autos sean remitidos al tribunal de juicio a los fines de la continuación del proceso⁴²³; entonces, la orden del juez de apertura del juicio oral, constituye el juicio positivo sobre la acusación, es decir, el reconocimiento del derecho de acusar⁴²⁴.

De la misma manera que la acusación, el pronunciamiento de elevación a juicio de la causa, puede ser total o parcial, ya que puede referirse tanto a todos como a uno o algunos de los procesados, así como también puede comprender todos, a uno o alguno de los hechos contenidos en la acusación; así es que si hay varios acusados en el mismo proceso, aunque fuere por el mismo hecho, unos pueden ser sobreseídos y por otros ordenarse la remisión a juicio; además si a uno solo se le acusa de varios hechos, puede elevarse la causa a juicio por alguno de ellos y dictarse sobreseimiento a su favor por otros⁴²⁵.

En relación a las afirmaciones anteriores, hay que destacar que el material probatorio aportado en la investigación inicial y la instrucción, es el que permite la adecuada preparación y depuración de la pretensión punitiva, ya que a través de él puede determinar el juez si concurren o no los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral⁴²⁶; pues es aquí donde el juez debe formular un juicio de probabilidad consistente en la crítica de las diligencias recolectadas, tomando en cuenta los argumentos de la parte acusadora y de la defensa; y que a su vez coexistan elementos de convicción positivos y negativos, pero los positivos sean superiores en fuerza conviccional a los negativos, desde el punto de

⁴²² BINDER BANZZIZA, Alberto, *Introducción...*, *op. cit.* p. 228. En el sistema procesal penal salvadoreño, por ser un sistema acusatorio en un sentido restringido, el juez puede exigir al fiscal a presentar acusación, sin embargo éste puede no hacerlo, ya que como titular del ejercicio de la acción penal, se le otorga esa facultad.

⁴²³ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *op. cit.* p. 378.

⁴²⁴ MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.* p. 345.

⁴²⁵ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *op. cit.* p. 380 y 381. En el proceso penal salvadoreño, el juez puede admitir o desechar la acusación, cuando ésta no tenga suficiente fundamento.

⁴²⁶ VARELA CASTRO, Luciano, *op. cit.*, p.321. Ha de resaltarse que el debate que dirige el juez y la contradicción son una garantía que debe preceder a la decisión sobre la apertura del juicio oral; ya que el reconocimiento del derecho a un proceso con todas las garantías implica ciertamente que para evitar el desequilibrio entre partes, ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación.

vista de su calidad para proporcionar conocimiento⁴²⁷, quedando excluida toda causal de sobreseimiento⁴²⁸.

Para concluir con lo tratado, el juez luego de finalizada la audiencia preliminar, debe resolver las cuestiones planteadas por las partes, emitiendo su decisión en forma verbal, en aplicación al principio de oralidad que rige en las audiencias, Art. 371 CPP, el que establece: “... *Las resoluciones del juez o tribunal durante la audiencia se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su pronunciamiento, dejándose constancia en el acta...*”; sin embargo, en atención a lo regulado en el inciso final del Art. 362 inciso último CPP, dicha forma de notificación, no opera en la etapa de instrucción; ya que esta disposición de manera expresa manda que la resolución sea notificada por su lectura; lo cual implica la documentación en acta. Siendo entonces, la primera la regla general y la segunda la excepción a dicha regla. Ante esta disyuntiva, algunos jueces han decidido utilizar la regla general, pronunciado oralmente su resolución, dándola por notificada de esa forma, plasmando en el acta de la audiencia todo lo acontecido; otros anuncian su fallo, documentando por escrito los fundamentos del mismo, para luego notificarlo a través de su lectura; y otros resuelven por escrito y a través de su lectura notifican su decisión. La última de las alternativas requiere de mucho gasto de tiempo, no solo para el juez que debe plasmar toda su decisión por escrito luego de la audiencia, sino que también para las partes que han intervenido, ya que no pueden retirarse mientras el juez no les haya leído lo que ha resuelto. En cuanto a la primera alternativa, se considera que por la misma naturaleza de la audiencia, es por la que se tiene que optar, pero se requiere del juez mucha capacidad y conocimientos, dado que no resulta del todo fácil resolver de esa manera. Ahora bien, por tratarse el inciso último del Art. 362 CPP, de una disposición que regula actividades propias de la audiencia preliminar, en atención a lo ordenado en el inciso cuarto del Art. 361 CPP, es la que debe aplicarse. Por tanto, a efecto de que sea el principio de oralidad el que rija en todo el proceso, principalmente en las audiencias, esta disposición legal debe ser armonizada con dicho principio.

⁴²⁷ CAFERATA NORES, José I., *La Prueba...*, *op. cit.*, pp. 9 y 11. La exigencia de que se mantenga el estado de probabilidad para la apertura a juicio, es porque en caso contrario, la resolución debería ser distinta.

⁴²⁸ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *op. cit.* p. 380.

4.7.3.2. CONTROL SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA OFRECIDA PARA LA VISTA PÚBLICA

En sentido amplio, cabe decir que prueba⁴²⁹ es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación presente; es todo lo que sirve para dar certeza acerca de la verdad de una proposición; considerándose también prueba a todo medio jurídico de adquirir la certeza de un hecho o de una proposición; que sería lo mismo como la suma de motivos productores de la certeza en un juicio; es así que en el proceso penal, estas nociones de prueba permiten conceptualizar la prueba como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquel son investigados y respecto de los cuales pretende actuar la ley sustantiva. Por lo que, la prueba en el proceso penal tiene una gran importancia, debido a ser el medio más confiable para descubrir la verdad real y a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales⁴³⁰.

Al respecto de la prueba, se dice que el procedimiento probatorio se desarrolla en tres momentos sucesivos, así: la proposición de los medios de prueba, la admisión de la prueba y su práctica⁴³¹; por ello, toda esa actividad probatoria desplegada en el proceso penal está constituida por la actuación que realizan dentro del proceso todos los sujetos procesales (órgano jurisdiccional, Ministerio Público, imputado, partes civiles) con el fin de establecer la exactitud o inexactitud de los hechos objeto del proceso. Este despliegue, está referido no solamente a la actividad tendiente a introducir el material probatorio, sino que también a la manifestación intelectual y de conocimiento que se realiza en el proceso crítico u oportunidad de valorar lo colectado⁴³²; por lo que la finalidad de la actividad

⁴²⁹ Sobre la prueba ha dicho la Sala de lo Penal, que: “*Ante la imposibilidad del juzgador de ingresar en la mente del criminal y averiguar con exactitud ¿qué pensaba o qué quería al momento del crimen?, éste debe recurrir a los medios de prueba, como la única forma posible de poder deducir lo que realmente ocurrió en la imaginación del delincuente. Son precisamente los datos objetivos del hecho, conocidos a través de la prueba, los que crean la certeza en el juzgador acerca del animus necaendi del sujeto activo*”. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, número 437-CAS-2004, de fecha 8 de agosto de 2007.

⁴³⁰ CAFERATA NORES, José I., *La prueba...*, *op. cit.*, pp. 3, 4 y 5.

⁴³¹ MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.* p. 376. Definen a la prueba en el proceso penal, como la actividad esencial en el proceso, pues justifica y fundamenta la resolución judicial que decide el litigio. Es el instrumento que tienen las partes y el juez para determinar si se pueden o no considerar verdaderos los hechos principales del caso, partiendo de que en el proceso es posible, con criterios racionales, lograr una aproximación adecuada a la realidad empírica de dicho hechos.

⁴³² JAUCHEN, Eduardo M., *op. cit.*, p. 19. Define este autor la prueba así: “*En sentido más estrictamente técnico-procesal, se puede enunciar la conceptualización de prueba 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 decidir*”.

probatoria⁴³³ en el proceso penal, es la formación de la convicción del juzgador en torno a la verdad material o histórica, teniendo dicha actividad por objeto los hechos o afirmaciones fácticas realizadas por las partes en sus escrito⁴³⁴.

En relación al ofrecimiento de material probatorio, uno de los requisitos de la admisión que debe tener presente el juez de instrucción, es su legalidad, que el Art. 175 Inc. 1° CPP regula al decir: “Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código”; esto es lo que se conoce como garantías en la obtención en las fuentes de prueba, la que exige, que es preciso cumplir con las formalidades legales para cada acto de recolección de prueba en la instrucción, garantizando así la pureza de la incorporación y preconstitución probatoria; ello es así, dado que en la instrucción las diligencias que se practican tienden a preconstituir las fuentes de prueba, por lo que es preciso del juez extremar las garantías en la recogida de elementos probatorios⁴³⁵, para permitir la disponibilidad directa de la fuente probatoria en el juicio oral, en condiciones idóneas para que pueda desarrollarse el debate procesal sobre ella⁴³⁶.

Como queda dicho, el procedimiento probatorio se desarrolla en tres momentos, el primero es la proposición de la prueba⁴³⁷, la que se hace en los escritos de acusación y en los escritos en los que las

⁴³³ Sobre la finalidad de la prueba, el legislador ha dejado claro en qué consiste, al decir en el Art. 174 CPP, “Las pruebas tiene 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”.

⁴³⁴ TOMÉ PAULE, José, GARCIA-LUBÉN BARTHE, Paloma y TOMÉ GARCIA, José Antonio, *op. cit.*, p. 262.

⁴³⁵ Para CASADO PÉREZ, José María, *La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño*, 1ª edic., San Salvador, El Salvador, Ed., Lis, 2000, p. 41, respecto al principio de legalidad de la prueba, expresa: “En doctrina, como dijimos antes se distingue entre fuentes y medios de prueba, distinción que es sumamente útil para la aclaración de lo que hemos expresado. La fuente de prueba, se reitera aquí, es un concepto extrajurídico que refiere una realidad anterior al proceso (el testigo y su conocimiento de los hechos, la cosa o persona susceptibles de ser objeto de pericia, el documento con cierto valor probatorio por su contenido, etc.). Por el contrario, el medio de prueba es un concepto típicamente procesal, que nace y se desarrolla en el marco del proceso en virtud de una específica regulación procedimental. En terminología de la legislación procesal salvadoreña, por fuente de prueba podría entenderse cualquier elemento de prueba lícitamente obtenida; medio de prueba, el procedimiento de la incorporación de aquél al proceso conforme a las disposiciones del Código Procesal Penal”.

⁴³⁶ MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.*, p. 374.

⁴³⁷ BINDER BANZZIZA, Alberto, *Introducción...*, *op. cit.* p. 236. Al referirse al ofrecimiento de la prueba, dice, que éste consiste en el señalamiento concreto de los medios de prueba que utilizarán las partes para corroborar sus distintas hipótesis. Para este autor ofrecer prueba significa señalar los elementos o medios de prueba que se utilizarán en el debate.

partes realizan la crítica de la instrucción⁴³⁸, en los que manifiestan las pruebas de que intentarán valerse en la vista pública; el segundo, es la admisión de la prueba, que consiste en la resolución judicial en forma de auto en la que el juez, a la vista de los medios propuestos por las partes, determina los que podrán celebrarse y los que son rechazados; siendo los criterios que deben seguirse por el juez para la admisión, los previstos con carácter general, consistentes en la pertinencia y la utilidad de la prueba propuesta para acreditar los hechos relatados en los respectivos escritos; pero además de la concurrencia de estos requisitos, ha de tratarse de un medio de prueba obtenido lícitamente, debiendo rechazar el juez de oficio o por la oposición de otras partes aquellos medios de prueba que se hayan obtenido con infracción de las normas legales⁴³⁹; por lo que el juez está en la obligación de rechazar la prueba que no cumple con esos requisitos, asimismo, aquella que ha sido ofrecida fuera de los plazos legales; y tercero momento de procedimiento probatorio, es la producción o práctica de la prueba, que se hace en el tribunal de juicio.

En relación a la oportunidad que tienen las partes para ofrecer la prueba de la que se pretenden valer en la vista pública, se encuentra regulada en los Arts. 356 No. 5 y 358 No. 13 CPP, los que establecen que para la fiscalía y la querrela, el momento es cuando presentan la acusación y para el defensor o en su caso para el fiscal, el querellante o el actor civil, dentro de los cinco días en los que el juez ha puesto a su disposición las actuaciones para que las consulten, Art. 357 CPP; por lo que, si las partes mencionadas ofrecen la prueba para la vista pública fuera de los plazos indicados en dichos artículos, el juez deberá rechazarlas.

En cuando al ofrecimiento probatorio, las disposiciones citadas no incluyeron al imputado ni a la víctima, pero el derecho de éstos a dicho ofrecimiento lo encontramos en el Art. 106 No. 8 CPP, cuya oportunidad es la misma que tienen las partes técnicas; no así en relación al imputado, ya que no hay norma que exprese con claridad el momento que puede ofrecer prueba para la vista pública,

⁴³⁸ Los Arts. 356 y 358 CPP, son los que reglan los momentos del ofrecimiento probatorio, tanto para la prueba que deba producirse en la audiencia preliminar, como la que deba producirse en el juicio, dependiendo de lo que las partes pidan; si son para resolver cuestiones propias de la audiencia preliminar, el juez debe realizarlas en las mismas condiciones del juicio, además llevará a cabo el otro momento del procedimiento, como lo es la valoración. Ahora bien, lo que interesa en este trabajo, es la prueba que se ofrece para la vista pública, al respecto, el primer artículo establece en el No. 5) “Ofrecimiento de prueba, tanto en el orden penal como en el civil para incorporar en la vista pública”; y el segundo artículo, en el No. 13) establece: “Ofrecer la prueba que pretendan producir en la vista pública cuando el querellante o el fiscal hayan acusado”. Cada parte tiene la oportunidad de ofrecer las pruebas con las que pretende demostrar su plan o estrategia para convencer al tribunal.

⁴³⁹ MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *op. cit.* p. 376.

encontrándose únicamente el Art. 90 Inc. último CPP, el que establece que al momento de rendir su declaración indagatoria puede requerir la práctica de medios de prueba; disposición que permite considerar que el imputado en todo tiempo del trámite del proceso, antes de la cláusula o cierre de los debates en la vista pública puede ofrecer prueba, ya que en el curso de esa audiencia puede hacer las declaraciones que estime necesarias, Art. 383 y 391 CPP. En cuanto al último aspecto tratado, hay dos opiniones, la primera que considera que con base a la amplitud del derecho de defensa material y la presunción de inocencia, el imputado en cualquier momento del trámite del proceso penal puede ofrecer prueba; y la segunda, que con base al principio de igualdad, Art. 12 CPP, el momento para dicho ofrecimiento es el mismo que para el resto de las partes, como antes se indicó, exigiéndosele los mismo requisitos formales y temporales; pero por ofrecer mayores garantías al imputado, el juez de instrucción debe inclinarse por la primera solución.

4.7.3.2.1. CONTROL SOBRE LA PERTINENCIA, UTILIDAD Y LEGALIDAD DE LA PRUEBA

La pertinencia, utilidad y legalidad de la prueba, son los criterios de valoración que debe seguir el juez de instrucción, para admitir o rechazar la prueba para el juicio oral; en cuanto a la pertinencia, ésta se refiere a aquello que tiene que ver con el objeto del proceso⁴⁴⁰; por lo que la pertinencia de las pruebas sería la relación que las mismas guardan con lo que es objeto del juicio y con lo que constituye el “*thema decidendi*”, para el tribunal; y expresa además la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del juez o tribunal⁴⁴¹; por tanto, prueba pertinente es aquella que de alguna manera hace referencia al hecho que constituye el objeto del proceso⁴⁴², como corroborante de su existencia, inexistencia o modalidades o bien a la participación que en él tuvo el imputado.

⁴⁴⁰ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.* p. 394. La prueba será pertinente, cuando esté relacionado con la existencia del hecho y con la participación del imputado o con cualquier circunstancia jurídicamente relevante.

⁴⁴¹ TOMÉ PAULE, José, GARCIA-LUBÉN BARTHE, Paloma y TOMÉ GARCIA, José Antonio, *op. cit.*, p. 266 y 267. Sostienen que la pertinencia de la prueba ha de examinarse desde un doble aspecto: -funcional: “*que se refiere a la posibilidad de realización y práctica de las pruebas y -material: que se refiere a la relevancia del thema decidende*”.

⁴⁴² CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal*, Valencia, España, Ed., Tirant lo blanch, 1999. pp. 73 y 74. Sostiene este autor sobre la prueba y su objeto: “*Que la prueba recae necesariamente sobre los hechos alegados por las partes litigantes y trata de hacer ver que un determinado hecho ha sucedido o no ha sucedido o dicho en otras palabras, pretende evidenciar que es verdad o no es verdad la afirmación que de la realidad de un determinado hecho se hace. Y el objeto de la actividad probatoria es siempre alguno de los hechos afirmados o*

Por lo que, en razón de la indisponibilidad del objeto del proceso en materia penal, la pertinencia del medio probatorio no estará determinada por la circunstancia de que las partes hayan controvertido o admitido el hecho, sino por la vinculación del elemento con los hechos que es necesario probar para verificar la verdad histórica⁴⁴³; es por ello, que el dato probatorio deberá relacionarse con los extremos objetivo constituido por la existencia del hecho y el subjetivo referido a la participación del imputado en relación a la imputación delictiva o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso, por ejemplo pueden señalarse las agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad, personalidad del imputado, existencia o extensión del daño causado por el delito; por lo que, se afirma que la relación entre el hecho acusado, las circunstancias que de él se quiere acreditar y el elemento de prueba que se pretende utilizar, es conocida como la pertinencia de la prueba⁴⁴⁴.

Entonces, prueba impertinente será en consecuencia, aquella que evidentemente no tenga vinculación alguna con el objeto del proceso, en razón de no poder inferirse de la misma ninguna referencia directa ni indirecta con el mismo o con un objeto accesorio o incidental que sea menester resolver para decidir sobre el principal⁴⁴⁵; por ello, la prueba impertinente es aquella que no sirve para probar el punto de pretensión de que se trate⁴⁴⁶; por tanto, es aquella que contiene información no referida a las hipótesis de prueba. Dicha prueba sería tal como lo determina el Art. 177 CPP, aquella que no se refiere directa o indirectamente a los hechos y circunstancias objeto del juicio, a la identidad y responsabilidad penal del imputado o a la credibilidad de los testigos o peritos⁴⁴⁷. En vista de lo dicho, con base al control del juez

alegados por cualquiera de los litigantes o lo que es lo mismo, cualquier juicio o proposición fáctica aducida por una de las partes como fundamento de su pretensión. La prueba ha de recaer necesariamente sobre un hecho y además ha de tratarse necesariamente de un hecho alegado por una de las partes en conflicto. Y precisamente por recaer la prueba sobre una afirmación de hechos es por lo que puede predicarse de ella que es verdadera o falsa”.

⁴⁴³ JAUCHEN, Eduardo M., *op. cit.* p. 24. Al respecto sostiene además que, no será sólo la proximidad directa con el hecho delictuoso la pauta para verificar su pertenencia, pues de esta cualidad puede gozar el medio que tiende a comprobar un hecho incidental dentro del proceso a raíz de un incidente, oposición o excepción articulada dentro del mismo y para cuyo caso sea menester recurrir a la corroboración de hechos que no tengan una vinculación directa con el fondo que suscita el proceso.

⁴⁴⁴ CAFERATA NORES, José I., *La prueba...*, *op. cit.* pp. 22 y 23.

⁴⁴⁵ JAUCHEN, Eduardo M., *op. cit.* p. 25.

⁴⁴⁶ CREUS, Carlos, *Derecho...*, *op. cit.* p. 109.

⁴⁴⁷ Prevé el Art. 177 CPP, que la prueba impertinente es inadmisibile. Disposición legal que a su vez regula las circunstancias en las que puede excluirse prueba pertinente, siendo éstas, que para ello se requiere previa consulta con las partes, cuando lo exija un interés preponderante o implique dilación de procedimientos o presentación de prueba acumulativa.

de instrucción sobre la admisión de la prueba ofrecida por las partes, a través del examen que haga de la misma, una vez concluida la audiencia preliminar y determina que es impertinente, la rechazará.

El segundo criterio de valoración que debe seguir el juez de instrucción para admitir o rechazar la prueba, es la utilidad de la misma, la que está directamente relacionada con la relevancia que el elemento tenga con relación al objeto que debe probarse; esto es, su importancia, idoneidad y eficacia para verificar el mismo; ya que además de ser pertinente la prueba, debe ser útil⁴⁴⁸; por lo que la utilidad o relevancia de la prueba, radica en que el elemento de prueba será tal, no sólo cuando produzca certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho que con él se pretende acreditar, sino también cuando permita fundar sobre éste un juicio de probabilidad, como el que se requiere para el procesamiento⁴⁴⁹. Entonces, se vuelve inútil la prueba ofrecida, cuando no contiene información que sirva para probar las distintas hipótesis.

La legalidad de la prueba, tal como la define el Art. 175 CPP, consiste en que los elementos de prueba tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones del mismo código; por lo que será inadmisibile la prueba⁴⁵⁰, que pretende introducir información surgida de una fuente ilícita o la obtenida de un modo prohibido. En el sentido de la ley, el origen de la ilicitud de la prueba reside, precisa en que la misma ha sido obtenida con violación de normas jurídicas, con independencia de la categoría o naturaleza, ya que pueden ser constitucionales o legales o incluso de disposiciones o principios generales⁴⁵¹; pero no obstante ello, la misma disposición,

⁴⁴⁸ JAUCHEN, Eduardo M., *op. cit.* p. 25. Este autor dice que: será inútil aquel elemento que carezca de toda importancia en cuanto relevancia para verificar el hecho investigado.

⁴⁴⁹ CAFERATA NORES, José I., *La prueba...*, *op. cit.* p. 22.

⁴⁵⁰ CARRIÓ, Alejandro D., *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, 4ª edic., Buenos Aires, República de Argentina, Hammurabi, 2000, p. 231. Expresa con respecto a la legalidad de la prueba, se habla de la necesidad de salvaguardar los derechos esenciales que de allí derivan.

⁴⁵¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*, Barcelona, España, Ed., J.M Bosch Editor, 2003, pp. 18 y 19. Considera que, por prueba legítimamente obtenida no debe entenderse tan sólo aquella que se acomoda a las exigencias constitucionales de no atentar, directa o indirectamente, contra los derechos fundamentales, sino también aquella que cumple las concretas garantías que para su práctica establece la legalidad procesal ordinaria. Por tanto, a sensu contrario, por prueba ilegítima o ilícita debe entenderse no sólo aquella en cuya obtención o práctica se han violentado derechos fundamentales, sino también aquella que ha sido obtenida con infracción de la legalidad procesal ordinaria. Cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria; lo cual conduce a un resultado práctico, al circunscribir la “inutilizabilidad” procesal de las pruebas ilícitas a las obtenidas con violación de derechos fundamentales.

establece que sin perjuicio de lo que dispone dicha norma, los elementos de prueba serán admitidos cuando hayan sido obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente; las que deberán ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, cuando corresponda⁴⁵²

Por otra parte, la prueba superabundante, será aquella que resulte evidente y manifiestamente excesiva para verificar un hecho. Es la que repite la prueba que ya está prevista con otros ofrecimientos, por sí exhaustivos, o que refiere a circunstancias ya debidamente acreditadas⁴⁵³; por lo que las pruebas superabundantes, son susceptibles de rechazo por parte del juez, porque son en realidad una especie dentro de las pruebas inútiles; por tanto, la superabundancia no estriba en cada elemento considerado singularmente sino en la cantidad de ellos; pero al igual que la impertinencia, la superabundancia debe resultar evidente y que en caso de duda, la prueba debe admitirse y producirse⁴⁵⁴.

El juez de instrucción, concluidas las intervenciones de las partes tanto técnicas como materiales, en la audiencia preliminar, procederá a resolver todas las cuestiones planteadas por aquéllas y si decide admitir la acusación de forma parcial o total, ordenará la apertura a juicio; esta decisión trae como consecuencia el pronunciamiento sobre la admisión de la prueba ofrecida⁴⁵⁵, la que, de forma motivada

⁴⁵² Al respecto, la Sala de lo Penal ha dicho que el principio de inutilizabilidad de la prueba ilícitamente obtenida tiene sus excepciones: *“En materia penal, todo hecho, elemento o circunstancia puede ser probado por cualquier medio, con una única limitación, la que resulta de la aplicación del principio de legalidad: “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”. art. 15 Inc. 1º Pr. Pn. No obstante el inciso 2º del mismo artículo introduce ciertas excepciones al principio general de inutilizabilidad de la prueba ilícitamente obtenida, limitando el efecto excluyente de la prueba ilícita en los casos en que la misma haya sido adquirida de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente. La buena fe, implica, una actuación humana incorrecta, pero en el intelecto de quien ejerce la acción existe la creencia que lo que realiza está permitido por la ley; el hallazgo inevitable, conlleva a encontrar evidencias pertenecientes a un ilícito sin vinculación con la investigación inicialmente y la existencia de una fuente independiente, establece que no puede valorarse elemento de prueba obtenido con violación a derechos constitucionales, pero sí aquellos otros sin conexión con aquel recabados durante el desarrollo de la investigación”*. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, número 92-CAS-2006 de fecha 17 de diciembre de 2007.

⁴⁵³ CREUS, Carlos, *Derecho...*, op. cit. p. 109.

⁴⁵⁴ JAUCHEN, Eduardo M., op. cit. p. 26. Sobre la admisión de la prueba superabundante, el CPP lo regula a través de la pertinencia y utilidad, Art. 176. La prueba superabundante, sucede frecuentemente en la prueba testimonial, cuando por ejemplo las capturas son en flagrancia, en la que participan varios policías, no resulta necesario ofrecerlos a todos, puesto que su contenido básicamente será el mismo, bastará con dos de ellos.

⁴⁵⁵ En los dictámenes de las partes, cuando el fiscal o el querellante acusan, generalmente lo que ofrecen es prueba testimonial, documental y pericial; el régimen legal sobre ese ofrecimiento, se encuentra en el Art. 359 CPP, el que expresa: *“Para ofrecer prueba testimonial será necesario presentar la lista de testigos, con indicación del nombre, profesión, domicilio, residencia o el lugar donde puede ser localizado. Se presentarán también los documentos que no han sido ingresados antes, o se señalará el lugar en donde se hallan, para que el*

deberá exponer en su resolución cuál es la que admite para su producción en vista pública y cuál es la que rechaza; todo lo cual deberá ser analizado de acuerdo a los presupuestos que para ello exige el Código Procesal Penal, en las disposiciones desarrolladas antes, así como en la doctrina y la jurisprudencia, especialmente en lo atinente a la utilidad, pertinencia, legalidad y en las consideraciones relativas a la superabundancia de la prueba. Conforme a lo dicho, en la admisión de las pruebas el juez de instrucción debe tener en cuenta las reglas que rigen su admisibilidad, las que obedecen a dos consideraciones, según FRANCOIS GORPHE: *“en primer lugar, que no es el juez, sino las partes quienes recogen los datos de las pruebas; y su pertinencia, utilidad y legalidad no se fijará sino en el curso de los debates de la audiencia preliminar; en segundo lugar, es el juez o tribunal quienes reconocen los hechos y aprecian las pruebas, una vez que han aplicado la reglas de la admisibilidad”*⁴⁵⁶.

En cuanto al control que realiza el juez de instrucción sobre la admisión de las pruebas que las partes ofrecen para la vista pública, se ha observado cierta dificultad respecto al examen que debe realizar sobre la pertinencia, utilidad, legalidad, superabundancia y la indicación de los hechos o circunstancias que se pretende probar; ya que, cuando se trata de la oferta de testigos y no se cuenta con las entrevistas de los mismo, algunos jueces la rechazan, porque les resulta imposible realizar el control en cuanto a dichos requisitos; de igual manera, cuando se trata de prueba documental y la misma no consta agregada al expediente, algunos juzgadores la rechazan por las mismas circunstancias, puesto que no pueden ejercer el control sobre su contenido. La mayoría de jueces de instrucción, son menos radicales que los que sustentan la postura anterior; en cuanto a que, si se trata de prueba testimonial cuya entrevista no ha sido incorporada, para ellos basta que se cumpla con los requisitos del Art. 359 CPP, o sea presentarle la lista de testigos con indicación del nombre, profesión, domicilio, residencia o el lugar donde puede ser localizados y que se le indique que pretenden probar con cada uno de ellos; y que cuando se trata de documentos que no han sido incorporados antes, además que se señale el lugar en donde se hallan para que el juez o tribunal los requiera y se diga lo que con los mismos se prende

juez o tribunal los requiera. Toda clase de prueba será ofrecida con indicación de los hechos o circunstancias que se pretenden probar, bajo pena de inadmisibilidad”. Este artículo, es el que sirve para que el juez califique y decida qué prueba admite y qué prueba rechaza, lo que dejará constancia en las consideraciones que fundamente su fallo, Art. 362 N°. 10 CPP. Los medios de prueba que se reconocen en la legislación y que las partes pueden ofrecer son: la prueba de confesión, la prueba testimonial, la prueba pericial, el reconocimiento de personas, la prueba documental, la inspección judicial, la reconstrucción del hecho, la prueba de informes y la prueba material.

⁴⁵⁶ GORPHE, Francois, *Apreciación judicial de las Pruebas*, 1ª edic., Santa Fé de Bogotá, Colombia, Ed., Temis S.A., 1998, pp. 25 y 26.

probar. En consideración a ambas posturas, la que más responde a las exigencias constitucionales en cuanto al respeto de los derechos y garantías de las personas, es la primera; ya que ella permite dar certidumbre a cada una de las partes, en cuanto a la prueba que tiene su adversario y así defenderse correctamente; de lo contrario se estaría avalando juicios sorpresivos debido al ocultamiento del contenido de la pruebas, lo cual impide el ejercicio adecuado de la defensa; por otra parte, perdería su razón la instrucción, pues, su finalidad es la recogida de todos los elementos que permitan fundar la acusación y preparar la defensa; por ello, el juez en la fase de instrucción, debe ordenar todo aquello que le pidan las partes, que tenga como fin la recolección de los elementos probatorios, previo análisis de su procedencia y a su vez velar por que éstos sean recabados, con lo cual evitaría inconvenientes como los aquí tratados.

Otro aspecto relacionado con la admisión de la prueba que decide el juez de instrucción, es lo relativo a las solicitudes de las partes, en las que ofrecen prueba, pero no dicen que pretenden probar con la misma, ya que no hacen mención de hechos o circunstancias, se limitan a expresar que con la prueba que ofrecen probarán por ejemplo, la participación del imputado en los hechos; en estos casos, el juez debe rechazar la prueba, por ausencia de uno de los requisitos del Art. 359 CPP⁴⁵⁷, debido a que esta disposición prevé la sanción de inadmisibilidad, cuando no se cumple con dicha formalidad.

4.7.3.3. OTRAS DECISIONES DEL JUEZ EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR

El juez instrucción, luego de finalizada la audiencia preliminar a solicitud de las partes y dependiendo de cada caso, de acuerdo al Art. 362 CPP, también puede en su resolución decretar: auto de sobreseimiento; tener por corregidos los vicios formales de la acusación del fiscal o del querellante, así como los de la petición del actor civil; suspenderá condicionalmente el procedimiento; resolver sobre la aplicación de un criterio de oportunidad; resolver conforme lo previsto para el procedimiento abreviado; autorizar la conciliación; homologar los acuerdos alcanzados en la conciliación o mediación celebrada en sede administrativa; resolver las excepciones; ordenar la separación o la acumulación de juicios; ratificar, revocar, sustituir o imponer medidas cautelares; admitir o rechazar la constitución de las partes

⁴⁵⁷ Cuando las partes ofrecen prueba, es importante que expresen con total claridad la clase de prueba, indicando que hechos o circunstancias pretenden probar, lo que implica dar detalles de los aspectos relevantes que aquella demostrará oportunamente; no solo decir por ejemplo, que esta prueba demostraré la existencias del delito y la participación del imputado; con ello no se dice nada; tiene que haber precisión y claridad.

civiles o ratificar su actuación como tales; resolver cualquier otro incidente; decisiones que solo se citan, sin desarrollarse a fondo, ya que su contenido es amplio en cuanto a la doctrina y jurisprudencia, además de los aspectos legales en que se desarrollan, por cuanto cada una de ellas podría ser objeto de una investigación por separado, al existir requisitos de procedencia y formalidades en su tramitación; sin embargo dichas decisiones han quedado plasmadas de tal manera que se sepa que las mismas puedan tener lugar incluso habiéndose ordenado la apertura a juicio, esto en caso de multiplicidad de imputados, de víctimas, de hechos o de delitos.

En lo que se refiere al sobreseimiento, éste puede ser definitivo o provisional⁴⁵⁸; el primero, procede cuando de la instrucción resulta la imposibilidad de interponer la pretensión de formular la acusación, provocando la terminación anticipada del proceso y produciendo el efecto de cosa juzgada material; y el segundo, cuando de la instrucción resulta la insuficiencia de elementos fácticos y probatorios para formular la acusación contra una determinada persona, provocando la suspensión del proceso⁴⁵⁹; esta resolución no impide, en caso del descubrimiento de nuevas pruebas, la reapertura.

Con respecto a la corrección de los vicios formales de la acusación del fiscal o del querellante, así como los de la petición del actor civil, se refiere a los requisitos de la acusación exigidos por el Art. 357 CPP y a la promoción de la acción civil y a los requisitos de la solicitud de constitución a que aluden los Arts. 119 y 120 CPP; la suspensión condicional del procedimiento, que se encuentra desarrollada en los Arts. 24 y 25 CPP⁴⁶⁰; lo relativo la aplicación de un criterio de oportunidad⁴⁶¹, que se encuentra

⁴⁵⁸ El sobreseimiento definitivo está reglado en el Art. 350 CPP y el juez de instrucción lo puede dictar en los siguientes casos: “1) Cuando resulte con certeza que el hecho no ha existido o no constituye delito o que el imputado no ha participado en él. 2) Cuando no sea posible fundamentar la acusación y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba. 3) Cuando el imputado se encuentra exento de responsabilidad penal, por estar suficientemente probada cualquiera de las causas que excluyen ésta, salvo los casos en que corresponde el juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad. 4) Cuando se declare extinguida la acción penal o por la excepción de cosa juzgada”. El sobreseimiento provisional está regulado en el Art. 351 CPP, el que expresa: “El sobreseimiento se entenderá provisional cuando los elementos de convicción obtenidos hasta la conclusión de la instrucción sean insuficientes para fundamentar la acusación pero exista la probabilidad de que puedan incorporarse otros. La resolución mencionará concretamente los elementos de convicción que el fiscal ofrece incorporar”.

⁴⁵⁹ TOMÉ PAULE, José, GARCIA-LUBÉN BARTHE, Paloma y TOMÉ GARCIA, José Antonio, *op.cit.*, pp. 186 y 187.

⁴⁶⁰ Una de las condiciones básicas que prevén estas normas para que el juez pueda suspender condicionalmente el proceso, es que el delito imputado sea de aquellos que por su pena proceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Lo que frecuentemente muchos jueces dudan es, como saber si en un delito que tiene pena de prisión máxima arriba de los tres años, pero que la mínima es tres o menos años de prisión, procederá la

detallado en los Arts. del 18 al 23 CPP; el procedimiento abreviado, previsto en los Arts. 417 y 418 CPP⁴⁶²; la conciliación, desarrollada en los Arts. 38 y 39 CPP; la homologación de los acuerdos alcanzados en la conciliación o mediación celebrada en sede administrativa, que es una exigencia del Art. 39 Inc.8° CPP; las excepciones⁴⁶³, que encuentran su desarrollo en los Arts. del 312 al 319; la separación o la acumulación de juicios, prevista en el Art. 61 CPP; la ratificación, revocación, sustitución o imposición de medidas cautelares, se encuentra ampliamente desarrollado en los Arts. del 320 al 344 CPP; y la admisión o rechazo de la constitución de la parte civil o ratificar su actuación como tal, que se encuentra desarrollada en el Art. 120 Inc 3° CPP. El juez debe decidir además sobre cualquier otro incidente, debiendo utilizar para ello el mecanismo establecido en el Art. 380 Inc. 2° CPP, resolviendo el asunto que se le plantee.

4.7.4 CONTROL DEL AUTO DE APERTURA A JUICIO

El pase del proceso al estado plenario, requiere el pronunciamiento del juez, que se conoce como auto de apertura a juicio⁴⁶⁴, en el cual se acoge expresamente la acusación, ordenando que las actuaciones

suspensión de la ejecución de la pena en caso de juicio. La solución que queda, es no rechazar la posibilidad de suspender condicionalmente el procedimiento y analizar el caso en particular, con base a los elementos que se tienen, para que motivadamente realice una prognosis de la pena, tomando en cuenta los parámetros de su adecuación, que se encuentran a partir del Art. 62 Pn., previo al haber permitido a las partes las alegaciones respecto de ese punto.

⁴⁶¹ CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones...*, op. cit., p. 32. Dice que el principio de oportunidad puede expresarse de la siguiente forma: *“como la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción penal pública o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia aun cuando concurren las condiciones ordinarias para ‘perseguir y castigar’”*.

⁴⁶² El procedimiento abreviado tal como aparece regulado en el CPP, lejos de ser un procedimiento especial, es con claridad un procedimiento ordinario, puesto que a través de él se pueden enjuiciar la inmensa mayoría de ilícitos penales, lo único que se anticipa el momento de la vista pública, pero su desarrollo es casi igual, en sus requisitos esenciales, básicamente en que debe haber ofrecimiento, admisión, producción y valoración de la prueba para emitir la sentencia definitiva. Lo negativo de la aplicación de este procedimiento, es que un buen número de jueces, en su desarrollo soslayan lo esencial del mismo, cual es la producción de la prueba; si se quiere ser respetuoso de los derechos del justiciable, no debe bastar para emitir una condena la confesión de éste.

⁴⁶³ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Tratado...*, op. cit. p. 539. Este autor define las excepciones de la siguiente manera: *“de aquí que en nuestro campo será conveniente entender la excepción como la resistencia técnica al progreso del proceso concreto, alegándose un hecho, circunstancia o acto de autoridad jurídicamente relevante que impide un pronunciamiento sobre el fondo acerca de las pretensiones hechas valer con el ejercicio de la acción penal”*.

⁴⁶⁴ BINDER BANZZIZA, Alberto, *Introducción...*, op. cit. pp. 228 y 229. Sobre el auto de apertura a juicio, este autor ha dicho que: *“el auto de apertura a juicio es la decisión judicial por medio de la cual se admite la acusación: se acepta el pedido fiscal de que el acusado sea sometido a un juicio público. Como decisión judicial, el auto de apertura a juicio cumple una función de gran importancia. Él debe determinar el contenido preciso*

sean remitidas al tribunal de juicio a los fines de la continuación del proceso; siendo los caracteres del auto de apertura a juicio⁴⁶⁵: solo puede ser dictado por el juez de instrucción; su contenido está especificado en la ley de manera imperativa; y es un presupuesto formal para el juicio⁴⁶⁶. Es así, que el auto de apertura a juicio constituye el juicio positivo sobre la acusación⁴⁶⁷, lo que supone el reconocimiento definitivo del derecho de acusar o a ejercer la acción penal; por lo que sólo abierto el juicio oral, el órgano judicial se encuentra obligado a concluir el proceso en la vista pública y a pronunciar en la sentencia la imposición de la pena respecto de los hechos deducidos por las acusaciones, la que solo es posible si, además existe un hecho con apariencia delictiva e indicios suficientes para atribuir su comisión a la persona contra la que se dirige el procedimiento; por lo que, es de señalar sin duda, que la decisión sobre la apertura del juicio oral tiene como antecedente en el resultado de la instrucción y como presupuesto inexcusable, la acusación ejercitada por el fiscal o por el querellante⁴⁶⁸, a que antes se hizo referencia.

La estructura del auto de apertura a juicio que exige el Art. 364 CPP, debe contener en primer lugar, la resolución del juez de admitir la acusación en el orden penal y civil, con la descripción precisa del hecho objeto del juicio y de las personas acusadas⁴⁶⁹; la identificación de los sujetos intervinientes, intimándoles para que en plazo común de cinco días se personen ante el tribunal de sentencia fijando domicilio a efecto de notificaciones; la imposición, ratificación, revocación o sustitución de las medidas cautelares; la orden de remitir las actuaciones al tribunal de sentencia y las modificaciones en la

del juicio, delimitando cual será su objeto. Por tal razón, el auto de apertura juicio también debe describir con precisión cuál será el “hecho justiciable”. Esta determinación no se exige sólo por una razón de precisión o prolijidad, sino porque existe un principio garantizador, ligado al principio de defensa, según el cual la sentencia que se dicte luego del juicio sólo podrá versar sobre los hechos por los cuales se ha abierto el juicio. La delimitación del hecho que será objeto del juicio cumple una función garantizadora, porque evita acusaciones sorpresivas y permite una adecuada defensa; este principio se denomina principio de congruencia entre la acusación y la sentencia”.

⁴⁶⁵ ABALOS, Raúl Washington, *op. cit.* p. 294. Para este autor, el auto de apertura a juicio es la resolución jurisdiccional que emana con motivo de la oposición deducida por la defensa y que contiene como elemento valorativo, la convicción de que la causa puede ser conducida a la etapa plenaria.

⁴⁶⁶ CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *Tratado...*, *op. cit.* pp. 378 y 379.

⁴⁶⁷ En el proceso penal existe un control judicial sobre la pertinencia de la acusación, que realiza el juez de instrucción al pronunciarse sobre la apertura del juicio oral.

⁴⁶⁸ Dicho de otro modo, el auto de apertura a juicio oral viene a desempeñar la función del filtro judicial, puesto que existe un previo enjuiciamiento sobre los hechos y los indicios, evitando que aquellos hechos que carecen de fundamento probatorio suficiente o cuya tipicidad es dudosa abran a juicio oral.

⁴⁶⁹ Los hechos deben ser descritos con máxima precisión, debiéndose incluir, en el relato de cada uno de ellos, los datos relativos al lugar y tiempo de ejecución, personas intervinientes, medios utilizados en la ejecución, resultado producido y en fin, todas las circunstancias que completen el desarrollo de los hechos y que puedan dar lugar a la apreciación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

calificación jurídica⁴⁷⁰, cuando se aparte de la acusación⁴⁷¹. En la práctica de los juzgados, uno de los contenidos del auto de apertura a juicio oral, al cual se le da mucha importancia es el detalle de la prueba admitida⁴⁷², la que no es una exigencia de los contenidos del Art. 364 CPP; sin embargo, se busca con ello, una mayor garantía para las partes y correlativamente, un mayor control de la actividad del juez de instrucción, lo que permitirá conocer las razones que le han llevado a decidirse por la apertura del juicio oral y los términos precisos en los que lo ha hecho.

⁴⁷⁰ GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *op cit.* p. 434. Sostienen que la calificación legal de los hechos, determina el delito que constituyen, la cual cumple diversas funciones: de forma inmediata puede determinar la incompetencia del juez o la inadecuación del procedimiento, así como, fija de modo provisional, el título de la condena; también a través de la calificación se estiman la concurrencia de las figuras del concurso o del delito continuado y el grado de consumación del delito.

⁴⁷¹ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, y otros, *op. cit.* p. 232. Este autor hace una crítica sobre lo que dijo el legislador, cuando se refiere a “*modificaciones en la calificación jurídica, cuando se aparte de la acusación, al considerar que: no es claro lo que haya de entenderse por “apartarse de la acusación”: ¿significa disentir o discrepar de ella?. El término apartarse en el derecho histórico en el que encaja la tradición jurídica salvadoreña, apartarse significa “abandonar”, a veces renunciar. Si supone que el juez no comparte la acusación tendremos que llegar a la conclusión de que su desacuerdo se centra no tanto en que procede acusar sino en que procede hacerlo por un título distinto del propuesto por el fiscal. Se abre así un portón por donde irrumpe la facultad del juez de determinar el objeto del enjuiciamiento a espaldas de todo lo examinado antes*”. Sobre lo dicho por el connotado jurista, se entiende que la razón de ser de la norma aludida, es que, en primer lugar, se tendrá certidumbre sobre el delito que se debe conocer en el proceso, lo que permitirá una adecuada defensa técnica y material; pero también hay una razón fundamental, que la calificación del delito permite determinar el tribunal que conocerá del asunto, es decir, si conocerá el tribunal en pleno, uno de los jueces o el tribunal del jurado. Adicionalmente, la calificación jurídica permitirá, en orden práctico, proponer la viabilidad de salidas alternas.

⁴⁷² La admisión o rechazo de la prueba ofrecida para la vista pública, es una decisión que toma el juez de instrucción después de finalizada la audiencia preliminar, cuyo detalle se plasma en el acta que al efecto se redacta, donde constan los fundamentos o motivaciones que lo llevaron a resolver las cuestiones planteadas. Menudo problema resulta cuando, el detalle de la prueba contenido en el auto de apertura a juicio oral no coincide con lo resuelto en el acta de audiencia preliminar. La solución, vendría dada por el principio de legalidad, en el sentido que, la obligación del juez de instrucción de motivar en el acta, cuál es la prueba que admite o rechaza y cuando surja dicha incongruencia, deberá atenerse al contenido del acta.

CONCLUSIONES

- 1) El control ciudadano sobre la actuación jurisdiccional, como parte del principio de publicidad, le permitirá apreciar la manera de administrar justicia, como fórmula de evitación de todo tipo de arbitrariedad y como medio generador de confianza en el sistema; para lo que se requiere, no solo de la implementación de programas de divulgación que motiven el acceso a los juicios o debates, sino de la creación de condiciones de infraestructura adecuada para ese fin.
- 2) La oportunidad de la acción penal pública, es contraria a la Constitución de la República, porque prescindir de la persecución penal, le permite a un ente del Estado que pueda cumplir funciones propias de otro, decidiendo sobre el proceso, lo cual es competencia exclusiva del Órgano Judicial; en virtud de lo cual, para salvar el principio de legalidad, deben acomodarse a la Constitución de la República los Arts. 18, 19 y 20 CPP; y a su vez, para evitar abusos de parte del favorecido que colabora con la investigación, no dejar de procesarlo, aún sea para sancionarlo de una forma menos severa.
- 3) El juez de instrucción, en el control que ejerce sobre la actuación del defensor, cuando detecte deficiencias técnicas graves e inexcusables, deberá advertirlo en el proceso; y si esto persistir, sobre la función de garantizar los derechos del imputado, debe llegar a solicitarle un defensor público e incluso nombrarle un defensor de oficio.
- 4) El Art. 310 del Código Procesal Penal, no recoge dentro de sus supuestos una causa que habilite en delitos, que aun no siendo complejos y no tratarse de los casos expresamente señalados, justifique la ampliación de la instrucción para completar la investigación, cuando ésta haya podido retrasarse por causas ajenas al juez y a las partes; por lo tanto para evitar hacer uso discrecional de esta norma, la misma debe ser reformada previendo lo anteriormente citado.
- 5) La expresión *“pero nunca será mayor que el plazo originalmente solicitado”*, usada por el Art. 310 CPP, es generadora de duda, puesto puede llevar a pensar que se trata del plazo de instrucción solicitado por el fiscal en su requerimiento o que se trata del plazo solicitado en el escrito de prórroga; por lo que para evitar la incertidumbre que plantea la descripción de dicho artículo, el mismo debe ser objeto de una reforma, de manera que no de margen a interpretaciones diversas ni a duda.

6) Pese a que el juez de instrucción puede llegar a recibir prueba anticipada, recibir testimonios en el procedimiento abreviado; y actualmente en los casos de los menores de doce años edad víctimas o testigos de delitos, por su sola edad y capacidad, disponer la recepción anticipada de su declaración; desde los años 1997 y 1998, no ha vuelto a ser capacitado por la Escuela de Capacitación Judicial sobre las técnicas actuales de interrogatorio de testigos y sobre el manejo de las objeciones; siendo imperante por lo tanto, que el mismo sea capacitado en dichos rubros, conforme se perfeccionan y mejoran dichas técnicas.

7) El Art.302 Nos. 2) parte final y 4) y el Art. 303 CPP, confirman la no puridad del sistema que rige el ordenamiento procesal penal salvadoreño, al no darle este último al juez de instrucción como parte de sus funciones, facultades de iniciativa en la investigación; y el primero, contrariamente, permitirle que indique actos necesarios para la investigación del hecho delictivo; en virtud de lo cual, para evitar esa dualidad, la primera disposición legal citada, debe armonizarse con el sistema procesal que procura la Constitución, de ser el juez de instrucción el que controle el cumplimiento de los derechos y garantías en el proceso; pues la búsqueda de los hechos y de las fuentes de prueba es tarea conceptualmente alejada a la función judicial. Pese a lo anterior, es de destacar el cambio trascendental que ha sufrido la función del juez de instrucción, en relación a la legislación procesal penal derogada.

8) Señalados los objetivos y fines de la instrucción formal y de la audiencia preliminar, así como el papel en éstas del juez de instrucción; se reafirma su importancia y la necesidad de su existencia como etapa procesal; negándose por lo tanto que el juez de instrucción es un “simple pasa papeles”, como algunos lo denominan, al ser el que tiene bajo su responsabilidad la vigilancia y control del que realiza la investigación y recaba los elementos de cargo y descargo en la preparación de la vista pública, a efecto que tal actividad se realice con respecto a los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la República, en los Convenios y Tratados Internacionales suscritos y ratificados por El Salvador y por su legislación interna.

9) El Órgano Judicial, no es una institución estratificada jerárquicamente, por lo que, el juez únicamente debe sujetarse a la Constitución, Tratados, Convenciones y en las Leyes, puesto que juega un papel de garante de los derechos fundamentales; en ese sentido, la independencia del juez, radica en que los ciudadanos, sujetos pasivos de la administración de justicia, tengan la garantía de que la persona que

va a administrar algo de tan graves consecuencias, actúe con total libertad y sin estar sometido a presiones de ninguna naturaleza; ello implica que el juez, cuando juzga y decide un caso concreto, es libre (independiente de todo poder, incluso del judicial), para tomar su decisión y sólo se le exige que su fallo se ajuste a los hechos, pruebas y al derecho vigente. Y que al ejercer la potestad jurisdiccional, debe atender únicamente a la legalidad, sin favorecer ni perjudicar a ninguno de los sujetos procesales por razones ajenas a la propia función que realiza; lo que implica, una garantía de mayor objetividad posible frente a la solución del caso, es decir, actuar con absoluta imparcialidad. Para que dichos principios adquieran plena vigencia, se debe promulgar un Código de Ética del Juez; tema que se encuentra en estudio como parte de los esfuerzos que al respecto realiza la Corte Suprema de Justicia.

BIBLIOGRAFÍA

1. ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

ABALOS, Raúl Washington, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1993.

ÁLVARES, Alejandro, *El Control de la Acusación: Pena y Estado*, Ministerio Público, Editorial del Puerto, Año 2, Núm. 2, Buenos Aires, Argentina, 1996.

ARRIETA GALLEGOS, Manuel, *El Proceso Penal en Primera Instancia*, San Salvador, El Salvador, 1981.

ASENCIO MELLADO, José María, *Introducción al Derecho Procesal*, Quinta Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2008.

ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Penal*, Segunda Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1998.

BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, Segunda Edición, Mcgraw-Hill Interamericana, Ciudad de México, México, 2004.

BENÍTEZ GIRALT, Rafael, *El Papel del Juez en la Democracia: Un Acercamiento Teórico*, Primera Edición, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, El Salvador, 2006.

BINDER BARZIZZA, Alberto, *El Proceso Penal*, Primera Edición, Ilanud, San José, Costa Rica, 1992.

BINDER BARZIZZA, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Primera Edición, HAD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 1993.

CAFERATA NORES, José I., *Cuestiones Actuales Sobre el Proceso Penal*, Tercera Edición, Editoriales del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2000.

CAFERATA NORES, José I., *La Prueba en el Proceso Penal*, Tercera Edición, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998.

CARMONA RUANO, Manuel, *Hacia un Nuevo Proceso Penal. Manual de Formación Continua*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Madrid, España, 2006.

CASADO PÉREZ, José María, *Derecho Procesal Penal Salvadoreño*, Primera Edición, Justicia de Paz (CSJ-AECI), San Salvador, El Salvador, 2000.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-culzoni, Santa Fe, Argentina, 1998.

CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999.

CREUS, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1996.

DE LAMO RUBIO, Jaime, *El Procedimiento Abreviado (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Legislación)*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1998.

FALCON, Enrique M., *Como se ofrece y se Produce la Prueba: La Audiencia Preliminar*, Tercera Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

FERNÁNDEZ ESTRALGO, Jesús, *Principios de Proceso y Principios del Procedimiento, Estudio Comparativo del Código Procesal Penal de El Salvador y la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española*, Segunda Edición, Consejo General del Poder Judicial Español, Madrid, España, 1998.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, IBAÑEZ, Perfecto Andrés y otros, (Traductores), Tercera Edición, Trotta, Madrid, España, 1998.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, IBAÑEZ, Perfecto Andrés y GREPPI, Andrea (Traductores), Ed., Trotta, Madrid, España, 1999.

FLORIAN, Eugenio, *Elementos del Derecho Procesal Penal*, Segunda Edición, Bosh, Barcelona, España, 1931.

FLORES PÉREZ, Alfredo, "La Analogía", en AA.VV. JIMÉNEZ VALLEJO, José (Director), *Vinculación del Juez a la Ley Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1995.

FONTANET MALDONADO, Julio E., *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, Primera Edición, Editorial UCA Editores, San Salvador, 2003.

GASCÓN ABELLÁN, María, *Los Hechos en el Derecho, Bases Argumentales de la Prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1999.

GIMENO SENDRA, Vicente, y otros, *Derecho Procesal Penal. El Proceso Penal*, Tercera Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1989.

GONZÁLEZ, Daniel, *La Implementación de la Reforma Procesal Penal*, Segunda Edición, Editorial Devis y Lilo, Costa Rica, 1996.

HENRIQUEZ GONZÁLEZ, Irma Joanna, "Los Actos Urgentes de Investigación y el Anticipo de Prueba en el Nuevo Código Procesal Penal, en MARTÍNEZ, Martín Alexander (Coordinar), *Ensayos Doctrinarios Sobre el Nuevo Proceso Penal Salvadoreño*, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2011.

LEVENE (h), Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Segunda Edición, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993.

MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal Argentino. Parte General*, Segunda Edición, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989.

MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Segunda Edición, Tercera Reimpresión, Editorial del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2004.

MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal, Parte General, Sujetos Procesales*, Primera Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2004.

MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Segunda Edición, Harmendos S.R.L., Buenos Aires, 1989.

MAIER, Julio B.J., *Las Reformas Procesales en América Latina*, Primera Edición, ad-hoc s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 2000.

MARTIN Y MARTÍN, José Antonio, *La Instrucción Penal*, Segunda Edición, Marcial Pons, Madrid, España, 2004.

MARTÍNEZ, Martín Alexander (Coordinador), *Ensayos Doctrinarios Sobre el Nuevo Proceso Penal Salvadoreño*, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2011.

MÉNDEZ LEAL, Salvador, “La Víctima. Aproximación al Problema Procesal”, en AA.VV., Unidad de Programa de Apoyo a la Reforma Judicial del Sistema de Justicia, UPARSJ., *Ensayos Doctrinarios, Nuevo Código Procesal Penal*, Primera Edición, San Salvador, 1998.

MORAS MON, Jorge R., *Manual de Derecho Procesal Penal, Juicio Oral y Público Penal Nacional*, Quinta Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999.

MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tercera Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*, Editorial Hamnurabi S.R.L., Buenos Aires, 2000.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *Introducción al Derecho Procesal*, Tercera Edición, Marcial Pons, Madrid, 2007.

OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliastas S.R.L., Buenos Aires, Argentina.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto, y otros, *Comentarios al Código Procesal Penal*, Escuela de Capacitación Judicial, Consejo Nacional de la Judicatura, San salvador, El Salvador, 2004.

QUINTANILLA NAVARRO, Lisandro Humberto, “Los Sujetos Procesales”, en AA.VV. Edición Justicia de Paz (CSJ-AECI), *Derecho Procesal Penal Salvadoreño*, Talleres Praklin S.A. de C.V., (Impresos Modelo), San Salvador, El Salvador, 2000.

QUIÑONES VARGAS, Héctor, *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, Primera Edición, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2003.

RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco, *Derecho Procesal Penal*, Primera Edición, Iurgium, Madrid, España, 2000.

RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto, *¿Modelos de Justicia? Transformaciones en el Rol y la Formación del Juez en Centroamérica: El Salvador 1990-2005*, Primera Edición, Colecciones de Profesores Dos, Publicaciones del Instituto de Investigación Jurídica UCA (IIJ-UCA), San Salvador, 2008.

RODRÍGUEZ RUÍZ, Napoleón, *Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas*, Segunda Edición, Editorial Universitaria, San Salvador, El Salvador, 1959.

SAAVEDRA RUIZ, Juan, *Cuadernos de Derecho Judicial, Cuestiones de Derecho Procesal Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994

SALAVERRÍA, Juan Iguartua, *Valoraciones de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso Penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto, "Los Principios y Garantías en el Nuevo Código Procesal Penal", en MARTÍNEZ, Martín Alejandro (Coordinador), *Ensayos Doctrinario Sobre el Nuevo Proceso Penal Salvadoreño*, Corte Suprema de Justicia, Sección de Publicaciones, San Salvador, San Salvador, El Salvador, 2011.

SANDOVAL, Rommel Ismael, "Comentarios del Sistema Procesal Penal Salvadoreño", en *Revista Justicia de Paz*, Núm. 7, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2000.

SANDOVAL, Rommel Ismael, "La Necesidad de Transformación del Sistema Procesal Penal Salvadoreño: Del Sistema Mixto al Acusatorio-Adversativo", *Revista Justicia de Paz*, Núm. 2, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2002.

SANDOVAL R, Rommel Ismael, "El Proceso Penal Adversativo: La Decisión Político-Criminal del Constituyente", *Revista Justicia de Paz*, Disponible en <http://www.idpc.es/archivo/1213282992FClioars.pdf>.

SERRANO, Armando Antonio, y otros, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Publicaciones del Proyecto PNUD, El Salvador, San Salvador, 1998.

SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco, *Derecho Procesal Penal*, Primera Edición, Iurgium, Madrid, España, 2000.

TINETTI, José Albino, *Prontuario Núm. 2, Audiencia Preliminar, Compendio de Actos para su Desarrollo*, IURISRED, CNJ, San Salvador, 1999.

TOMÉ PAULE, José, PALOMO GARCÍA, Rubén Berthe y TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Temario de Derecho Procesal Penal*, Segunda Edición, Editorial Colex, Madrid, 2004.

TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto, *Los Recursos y otros Medios de Impugnación en la jurisdicción Penal*, Primera Edición, Servicios Editoriales Triple "D", San Salvador, 1998.

VÁSQUEZ ROSSI, Jorge E., *Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-culsoni, Buenos Aires, Argentina, 1995.

VÁSQUEZ ROSSI, Jorge E., *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Concepto General*, Rubinzal Culzoni Editores, Argentina, 1995.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Tercera Edición, Córdoba s.r.l, Córdoba, Argentina, 1982.

2. ÍNDICE LEGISLATIVO

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, D. C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, D. O. N° 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

CODIGO PROCESAL PENAL, D. L. N° 733, del 22 de octubre de 2008, D. O. N° 20, Tomo 382, del 20 de enero de 2009.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, (Pacto de San José, OEA 1969), fecha de emisión 5 de mayo de 1992, D.O. N° 82, del 5 de mayo de 1995.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, (ONU 1966), fecha de emisión 25 de enero del 2011, D.O. N° 218, del 23 de noviembre de 1979.

LEY ORGÁNICA JUDICIAL, D.L. N° 123, del 6 de junio de 1984, D.O. N° 115, del 20 de junio de 1984.

LEY ORGÁNICA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, D.L. No. 1037, del 27 de marzo de 2006, D.O. No. 95, del 25 de mayo de 2006.

LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, D.L. No. 839, del 26 de marzo del 2009. D.O. No. 68, del 16 de marzo del 2009.

CÓDIGO PENAL, D.L. N° 1030, del 26 de abril de 1997, D.O. N° 105, del 10 de junio de 1997.

LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE REALIZACIÓN COMPLEJA, D.L. N° 190, del 20 de diciembre de 2006, D.O. N° 13, del 22 de enero de 2007.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, D.L. N° 712, del 18 de septiembre del 2008, D.O. N° 224, del 27 de noviembre de 2008.

LEY REGULADORA DE LAS ACTIVIDADES RELATIVAS A LAS DROGAS, D.L. N° 153, del 2 de octubre de 2003, D.O. N° 208, del 7 de noviembre del 2003.

LEY ESPECIAL PARA LA INTERVENCIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES, D.L. N° 285, del 18 de febrero del 2010, D.O. N° 51, del 15 de marzo del 2010.

3. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

3.1. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 2-2005, de fecha 28 de marzo de 2006.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 167-97 de fecha 25 de mayo de 1999.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 523-2000 de fecha 22 de enero de 2002.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 1032-2002 de fecha 18 de abril del 2004.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 70-2006, de fecha 29 de marzo de 2006.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 169-2006, de fecha 29 de febrero de 2008.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 674-2001, de fecha 23 de diciembre de 2003.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 159-97, de fecha 13 de octubre de 1998.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 397-2006, de fecha 2 de marzo de 2007.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 754-2006, de fecha 6 de julio de 2007.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 174-2005, de fecha 12 de julio de 2006.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 138-2005, de fecha 8 de mayo del 2006.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 77-2005, de fecha 18 de agosto de 2006.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 107-2005, de fecha 8 de abril de 2006.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 23-2007, de fecha 11 de septiembre de 2008.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 32-2006AC, de fecha 25 de marzo de 2008.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 15-C-94, de fecha 28 de febrero de 1995.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 17-2000, de fecha 25 de febrero de 2001.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 230-2002, de fecha 10 de abril de 2003.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 360-97, de fecha 10 de febrero de 1999.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 527-2005, de fecha 12 de septiembre de 2006.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 616-2000, de fecha 15 de octubre de 2002.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 373-2005, de fecha 18 de septiembre de 2006.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 5-99, de fecha 20 de julio de 1999.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 2-2005, de fecha 28 de marzo de 2006.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 31-2001, de fecha 3 de septiembre de 2001.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 107-2005, de fecha 18 de abril de 2006.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 759-2004, de fecha 15 de febrero de 2006.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 176-2002, de fecha 22 de abril de 2003.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 390-2002, de fecha 26 de mayo 2004.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 8-2006, de fecha 3 de junio de 2006.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 216-2007, de fecha 15 de abril de 2008.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 20-2000, de fecha 23 de febrero de 2000.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 108. 2006, de fecha 31 de marzo de 2008.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 24-2005, de fecha 13 de agosto de 2005.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 14-2005, de fecha 13 de agosto de 2005.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 768-2004, de fecha 2 de febrero de 2005.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 93-2005, de fecha 9 de agosto de 2006.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 73-2005, de fecha 1° de noviembre de 2005.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 64-2006AC, de fecha 11 de julio de 2008.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006, de fecha 12 de abril de 2007.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 37-2007/45-2007/47-2007/50-2007/52-2007/74-2007, de fecha 14 de septiembre de 2011.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 6-2009, de fecha 19 de diciembre de 2012.

3.2. SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 465-CAS-2006, de fecha 16 de abril del 2009.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 348-CAS-2007, de fecha 29 de julio de 2008.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 40-CAS-2007, de fecha 29 de septiembre de 2008.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 5-CAS-2008, de fecha 3 de diciembre de 2009.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 297-CAS-2006, de fecha 20 de febrero de 2008.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 255-CAS-2005, de fecha 29 de noviembre de 2005.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 329-CAS-2004, de fecha 8 de abril de 2005.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 590-CAS-2006, de fecha 29 de mayo de 2009.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 144-CAS-2007, de fecha 16 de noviembre de 2008.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 262-CAS-2006, de fecha 30 de julio de 2008.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 437-CAS-2004, de fecha 8 de agosto de 2007.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 92-CAS-2006, de fecha 17 de diciembre de 2007.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 256-CAS-2004, de fecha 15 de febrero de 2005.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Número 554-CAS-2006, de fecha 26 de junio de 2007.

4. FUENTES HISTÓRICAS

Código de Instrucción Criminal de 1893 (derogado)

Código Procesal Penal de 1973 (derogado)

Código Procesal Penal de 1996, que entró en vigencia el 20-04-1998 (derogado)