

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2013
PLAN DE ESTUDIOS 2007



TEMA:

“EL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y SU RELACIÓN A LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO”

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

JULIA ROXANA GALDAMEZ
MARVEL RIGOBERTO LANDAVERDE ORELLANA
LIC. JOSE DAVID CAMPOS VENTURA
DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, OCTUBRE 2013

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MSC. ANA MARÍA GLOWER
VICERECTOR ACADÉMICO

LICENCIADO SALVADOR CASTILLO
VICERECTOR ADMINISTRATIVO

DRA. ANA LETICIA ZABALETA DE AMAYA
SECRETARÍA 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

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

LIC. JOSE DAVID CAMPOS VENTURA
DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

A nuestro señor Jesucristo por habernos permitido llegar hasta este momento de nuestras vidas, habernos iluminado nuestro camino y darnos fortaleza para alcanzar esta meta.

A mi padre Rigoberto Landaverde, que Dios en su gloria lo tenga, quien fue uno de mis principales apoyos y un gran padre, sin el cual no hubiera sido posible este sueño.

A mi madre Paula Esperanza Orellana, quien es una gran mujer y madre, a la cual admiro mucho; y quien ha estado en todo momento de mi vida apoyándome incondicionalmente.

A nuestro asesor de tesis Licenciado José David Campos Ventura, quien no ha guiado y apoyado en la materialización de nuestros sueño y quien a través de su conocimiento y sabiduría, nos enseñó el valor del esfuerzo y la dedicación con que se debe realizar un trabajo.

A todas las personas que de una forma u otra, me brindaron su apoyo y colaboración durante todo el trayecto de esta carrera y han podido hacer realidad este gran logro de mi vida.

INDICE

CAPÍTULO I FUNDAMENTOS GENERALES DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD Y EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

1 Planteamiento del Problema.....	1
1.2 Justificación.....	6
1.3 Objetivo General.....	7
1.4 Objetivos específicos.....	8
1.5 Antecedentes de la Investigación.....	8
1.6 Perspectiva Histórica.....	11
1.7 Fundamento Doctrinario del Criterio de Oportunidad en Relación al Debido Proceso.....	14
1.8 Fundamento Normativo Jurídico.....	20
1.9 Tipo de Investigación.....	26
1.10 Técnicas e Instrumentos a Utilizar.....	27

CAPITULO II LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y EL DEBIDO PROCESO

2.1 Nociones Sobre Garantías Constitucionales.....	29
2.1.1 Clasificación de las Garantías Constitucionales.....	32
2.1.1.1 Garantías Constitucionales Genéricas.....	32
2.2 El Debido Proceso.....	33
2.2.1 Definición y Base Constitucional.....	36
2.2.2 Dimensiones del Debido Proceso.....	43
2.2.2.1 Aspecto Procesal del Debido Proceso.....	43
2.2.2.2 Aspecto Sustancial del Debido Proceso.....	46
2.3 Presunción de Inocencia.....	49
2.4 Juez Natural.....	52
2.5 Juicio Previo.....	54
2.6 Tratamiento del debido proceso en otras legislaciones.....	57
2.6.1 Declaración Universal de Derechos Humanos.....	57

2.6.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	58
2.6.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	58
2.6.4 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre....	60
2.6.5 Convenio Europeo para la Protección de Los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.....	60
CAPITULO III EL CRITERIO DE OPORTUNIDAD	
3.1 Base Constitucional.....	62
3.2 Criterio de Oportunidad en el sistema penal Anglosajón y Continental Europeo.....	64
3.3Concepto.....	76
3.4 Características.....	78
3.5 Sujetos.....	79
3.6 Alcances y Efectos.....	81
3.6.1 Alcances.....	81
3.6.2 Efectos.....	84
3.7 Limites.....	84
3.7.1 Modelos de Aplicación.....	84
3.8 Criticas a Favor y en Contra.....	87
3.9 Tratamiento del criterio de oportunidad en otras Legislaciones Latinoamericanas.....	92
CAPITULO IV GENERALIDADES DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD	
4.1 Evolución Histórica del Criterio de Oportunidad en relación a los Sistemas de Justicia Penal en El Salvador.....	103
4.2 Criterio de Oportunidad Actualidad en El Salvador.....	107
4.3 El Principio de Legalidad y El Principio de Criterio de Oportunidad.....	111
4.3.1 Breve Reseña Histórica del Principio de Legalidad.....	112

4.3.2 Concepto.....	113
4.3.3 Fundamento.....	113
4.4 Aparente Confrontación entre los principios de Legalidad y de Oportunidad.....	114
CAPITULO V CORRESPONDENCIA DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD Y DEL DEBIDO PROCESO	
5.1 Configuración Constitucional del Debido Proceso.....	117
5.2 Configuración y Naturaleza Constitucional del Debido Proceso.....	118
5.3 El Criterio de Oportunidad en al marco del Sistema Acusatorio.....	120
5.4 Análisis de Congruencia entre el Debido Proceso, las Garantías Constitucionales, y el Principio de Oportunidad.....	122
CAPITULO VI CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
6.1 Conclusiones.....	136
6.2 Recomendaciones.....	137
BIBLIOGRAFÍA.....	138

INTRODUCCION

El combate a la criminalidad en toda sociedad es un problema atacado críticamente por los miembros del grupo social a diario, es por ello que resulta extraño que en todas las legislaciones del mundo haya problemas respecto a la conformidad de las políticas criminales que los Estados adoptan para dar respuesta a las necesidades de administración de justicia de los distintos países; claro que unos más afectados y con más recursos que otros. Es por lo anterior que todo Ordenamiento Jurídico de un país; es decir la supra estructura, necesita armarse con un plan integral que esté en la capacidad de soportar todo tipo de situaciones en pro y en contra de sus propias cualidades. Es necesario acotar lo anterior, en el entendido que una de esas respuestas ofrecidas por los Estados es la integración de la figura jurídica del Criterio de Oportunidad, o Principio de Oportunidad como es tratado en muchas legislaciones, figura que igualmente genera mucha polémica y que por ende es criticada en ambos extremos tanto positiva como negativamente.

Este Principio de Oportunidad no solo, se habilita en la posibilidad de un ordenamiento jurídico interno, sino también a lo largo de los últimos cuarenta años, ha sido objeto de intenso debate en el escenario jurídico internacional qué modelo de Justicia criminal se amolda mejor a las pautas establecidas en los órdenes jurídicos democráticos. El discurso de la crisis de la Justicia se ha convertido en un lugar común al que apelan políticos y juristas como principal fundamento para que se promuevan reformas en este sector. En efecto, conforme se verá a continuación, aunque no siempre los políticos y la doctrina coincidan respecto a los medios, se observa esta preocupación en ambos sectores, hasta el punto de haberse convertido en un tópico el tema del preocupante estado de la Justicia penal. Es por lo anterior que interesa esta figura, y la presentación de un enfoque realista y

actual que permita la comprensión de esta figura y su verdadera eficacia en la combatibilidad de la delincuencia en El Salvador, dejando así toda longevidad de figuras que no han dado resultados satisfactorios y quizá hasta poniéndolos en parangón, con el objetivo de brindar más de una orientación a los lectores y estudiosos del derecho, respecto las verdaderas problemáticas y los retos que deben asumirse para lograr una verdadera eficacia y satisfacción en el uso de una figura jurídica de tal envergadura.

Es por ello que se hará un recorrido por los principales aspectos del Criterio de Oportunidad, comenzando por sus orígenes y sus primeros aspectos históricos y sus principales avances, así como todos sus aspectos generales, como conceptos, límites, alcances, caracteres, etc. que permitan un panorama más claro al lector. También se realizará un cotejo o un análisis de congruencia respecto de la correspondencia de esta figura con el régimen de garantías Constitucionales establecidas en la norma suprema salvadoreña vigente, y sobre las más básicas garantías del debido proceso. Permitiendo así formular valoraciones propias y poniendo en relieve opiniones encontradas de los diversos doctrinarios y sus posturas más aceptadas por la comunidad jurídica latinoamericana. Además se hará un bosquejo del tratamiento de este abordaje temático en las distintas legislaciones latinoamericanas y modelos extra latinos como el modelo anglosajón y continental europeo, todo en el marco de un análisis legal, doctrinario y jurisprudencial en todos sus aspectos. Se pretende así establecer un soporte doctrinario jurídico que sirva de base para futuras investigaciones, como orientación de aquellos que se inician en el estudio de las ciencias jurídicas y en especial de las ciencias penales.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS GENERALES DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD Y EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

1. Planteamiento del Problema

Considerar el tema del criterio de oportunidad en su relación al sistema penal acusatorio y sus raíces y relación a las garantías constitucionales del debido proceso plantea una serie de índoles problemáticas interesantes.

En principio conviene advertir que el criterio de oportunidad posee un componente esencialmente condicionado a la política criminal de la cual se origina, y si el criterio de oportunidad existe al amparo de tal política, no solo a tenor de lo que señala el art. 17 del Código Procesal Penal, si no de lo que la doctrina ha establecido como, dice Orlidy Inoa que *se llama criterios de oportunidad a aquellas circunstancias prácticas o de política-criminal que posibilitan al órgano encargado de la persecución penal, solicitar al juzgador, a prescindir de ella, suspenderla o abandonarla, en los casos establecidos en la ley, para alguno o todos los imputados por la comisión de un hecho delictivo*¹.

Es decir, debe abordarse el tema sobre si ésta posibilidad de prescindir de la acción penal no lesiona otros derechos y garantías constitucionales, no solo de la víctima o el resto de imputados, sino a la colectividad en la afectación del grado de constitucionalidad del principio de oportunidad mismo en tanto obligación del Ministerio Público de perseguir

¹ LAZALA INOA Orlidy. *El Principio de Oportunidad como manifestación del principio de mínima intervención en el Proceso Penal Acusatorio*. 1ra Edición. Escuela Nacional del Ministerio Público. Santo Domingo 2004

todo delito y cuál es el estado acaso de indefensión, en que queda la víctima de delito respecto de aquel que en efecto cometió delito contra su persona pero que, por la aplicación del principio de oportunidad, fue absuelto de responsabilidad y qué hay del resto de imputados que fueron condenados por la contribución o testimonio del criteriado con régimen de protección respecto al derecho de defensa e igualdad procesal de las partes o de la legalidad de la prueba.

El Criterio de oportunidad se perfila como una excepción al principio de legalidad consagrado en la Constitución² y, como regla general, en la ley procesal penal. Es discutible la naturaleza de estos criterios desde el punto de vista jurídico-constitucional, ya que la Constitución es enfática en la obligación que establece para la Fiscalía de ejercer en todo caso la acción penal, además de que tales criterios responden más a consideraciones de utilidad social o practicidad que a fórmulas jurídicas.

No se trata aquí de decir que la ausencia de persecución penal se origina en hechos que la ley establece como excusas absolutorias, excluyentes de responsabilidad penal, prescripción de la acción, no comprobación del hecho o su atipicidad, que en todo caso requieren de decisión judicial y se formalizan a través de la figura del sobreseimiento, como lo establecen los artículos 27, 28 y 29 del Código Penal, sino que en circunstancias enumeradas por la ley para aquellos casos en que se ha comprobado la existencia del delito y que existe una apariencia de autoría o participación basada en elementos objetivos verificables en el proceso o en la investigación, y que por cuestiones de índole social, prácticas, de política criminal, e incluso morales se decide no iniciar o no llevar a término la

² **MARTÍNEZ CANIZALES Miguel.** *El Código Procesal Penal: Apuntes.* Escuela de Capacitación Judicial Consejo Nacional de la Judicatura. Sin Edición. San Salvador. 2009. Pág. 145

pretensión punitiva, haciendo la petición formal ante el juez competente, quien deberá decidir o más bien dictaminar.

Es aquí donde se encuentra el punto de colisión con el principio de legalidad del que se trató con anterioridad, ya que en estos casos la Fiscalía está facultada para no ejercer la acción penal que la Constitución le atribuye Artículo 193 ordinal 4° de la Constitución, pero el problema de la aplicación de estos criterios (no se juzga la conveniencia o utilidad de los mismos sino su coherencia con el resto de principios que informan al proceso penal), no se queda en el conflicto con el principio de legalidad y sus derivaciones (oficiosidad, obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal), sino que llega hasta un posible enfrentamiento con el Principio de separación de los poderes, y es que del análisis de estos criterios y su tratamiento legal, se establece que en tales casos el juez penal tiene muy poco que hacer, ya que el trámite implica una petición al juez, que éste puede aceptar o rechazar, pero en caso de rechazo, se remitirá el expediente al fiscal superior quien decidirá en definitiva si se le da o no aplicación al criterio de oportunidad. Esto se trata más bien de decisiones de carácter jerárquico, que tienden a general un poco de más control sobre este tipo de figuras antes de aplicarlas.

Así lo establece el artículo 258 del Código Procesal Penal, que conviene transcribir: "Cuando el fiscal solicite desestimación, sobreseimiento o la aplicación de un criterio de oportunidad, el juez que no esté de acuerdo con dichas medidas remitirá el procedimiento por resolución fundada al fiscal superior, quien dictaminará sobre el requerimiento fiscal dentro de los tres días siguientes de notificada la resolución.

El Fiscal superior podrá ratificar lo solicitado por el fiscal inferior o formular un nuevo requerimiento. Si este es ratificado, el juez resolverá en el

sentido solicitado por la Fiscalía General de la República, en caso contrario decretara lo correspondiente según el nuevo requerimiento”³.

De este modo, como se dijo anteriormente, el Juez está prácticamente atado en su potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que según el texto constitucional, es exclusiva del Órgano Judicial; y del análisis del concepto de criterios de oportunidad, se deduce que lo que se busca en definitiva es la exclusión de la responsabilidad penal del inculpado, lo cual es materia de estricta decisión jurisdiccional es decir, la decisión acerca de la inocencia o culpabilidad en un proceso corresponde al juez, quien a través de la valoración de la prueba o en la ausencia de ésta, es que puede determinar a quién se condena y a quien se absuelve, por medio de una sentencia definitiva, lo mismo ocurre con el tribunal del jurado, quien en presencia de las pruebas producidas en el debate, ratificará la inocencia del imputado o lo culpará, con la diferencia que los jurados deciden en base al sistema de valoración de prueba de la íntima convicción.

Si bien es cierto el nuevo proceso penal Salvadoreño es de tipo acusatorio, que implica que el juez no está facultado para iniciar la acción penal, como sucede en los sistemas inquisitivos, esto no quiere decir que a la Fiscalía le esté dado disponer de la acción y mucho menos, hacer valoraciones propias del juzgador, al considerar que un encausado merece el perdón de la justicia sin seguirsele un proceso completo.

Por último, es conveniente resaltar que la Constitución reconoce como derecho fundamental, el derecho a la igualdad, que implica igualdad ante la ley y en la aplicación de ésta y como garantía de este derecho, se esgrime el llamado principio de legalidad, que supone que a iguales supuestos

³ **CODIGO PROCESAL PENAL** D.L. N° 248, de fecha 14 de enero de 2010, publicado en el D.O N°30, Tomo 386 de fecha 12 de febrero de 2010. Artículo 258

normativos corresponden iguales consecuencias jurídicas, por tanto, con la aplicación discrecional de los criterios de oportunidad puede producirse un quebrantamiento al derecho de igualdad en la aplicación de la ley, pues no existen criterios objetivos de uniformidad en cuanto a cuales casos y en qué circunstancias ameriten la puesta en vigor del principio de oportunidad.

En otras líneas de pensamiento conviene considerar que la aplicación del criterio de oportunidad potencialmente también es capaz de dañar gravemente los derechos de la víctima respecto de a quién o a quienes se aplica el criterio de oportunidad en al menos el siguiente planteamiento directamente conectado con las ideas de los anteriores epígrafes respecto a si no se lesiona su derecho de acceso a la justicia al otorgarle expresamente un sobreseimiento a un sujeto que lesionó un bien jurídicamente protegido sin tener en cuenta su opinión, y el si acaso el sistema de justicia penal es materialmente injusto al sobreseer, merced de un criterio de oportunidad, a quien ha causado un daño a la víctima.

Por igual, el derecho de defensa y especialmente el de igualdad procesal, legalidad de la prueba y contradicción respecto al resto de imputados que no tiene forma alguna de refutar y en algunos casos, ni siquiera de conocer el contenido de los alegatos, testimonios o presuntas pruebas que en su contra depone el criteriado, y es que es fundamental establecer que el imputado que es beneficiado con la oportunidad de la acción pública se vuelve además un testigo clave, sobre la base del cual tiende el órgano persecutor a construir toda la hipótesis fáctica, el que además se ve protegido por un régimen especial pagado con los recursos de los ciudadanos, debido a que implica brindar al testigo o delator medidas de protección necesarias para asegurar su comparecencia en juicio e incluso su propia seguridad personal y la de su familia.

Entonces, ¿qué oportunidad existe de contradecir el testimonio del criteriado como prueba sin acceso a sus generales y sin saber quién atestigua en contra del imputado? ¿Qué implicaciones tiene para el principio de legalidad que consagra la obligación de la Fiscalía de perseguir el delito el hecho de basar sus investigaciones en un testimonio sin rostro? ¿Cuál es el estatus de la víctima y cómo quedan sus derechos frente al que es favorecido con el criterio de oportunidad pese a cometer un delito contra su persona?

1.2 Justificación

Una de las principales figuras jurídicas en el sistema penal latinoamericano es el llamado “Criterio de Oportunidad”, que en su más simple sentido es la potestad discrecional conferida al ente estatal que posee el monopolio de la acción penal pública, de prescindir excepcionalmente de la persecución penal de ciertos delitos, en casos predeterminados por la ley. Figura que en una simple panorámica representa una solución inexorable para la solución de ciertas causas penales, pero que a la vez representan una problemática en diversos ámbitos que merece ser tratada detenidamente y en especial la que está relacionada a la correspondencia de esta figura jurídica con las garantías Constitucionales del debido proceso, esto por la sola existencia de normas supremas inquebrantables que dan un cierto grado de protección y legalidad al proceso penal al que son sometidos los señalados por la comisión de un delito.

El Salvador introdujo esta figura legal a su ordenamiento jurídico en el año de 1998, con muchos beneficios, pero también con muchos problemas de interpretación y aplicación en la práctica judicial por parte de los operadores del sistema. Esas deficiencia y problemáticas son las que han

motivado la presentación de este estudio enfocado específicamente a las garantías Constitucionales del Debido proceso, por lo que se pretende evidenciar los principales obstáculos para la correcta aplicación del criterio de oportunidad, y hacer un llamado a la reforma de aquellos aspectos que impidan que esta figura legal responda a la sociedad de una manera eficiente. Principalmente porque hasta el momento el criterio de oportunidad no ha demostrado la satisfacción de sus expectativas para el combate de la corrupción, investigaciones complejas, mucho menos delitos contra la corrupción gubernamental. Por el contrario su aplicación ha respondido a intereses sectoriales para el combate específico de ciertos ilícitos penales que afectan principalmente a ciertos sectores sociales y económicos, delitos como secuestros, homicidios, extorsiones, hurto, robo de mercaderías, contrabando, etc., lo que hace pensar en la necesidad del fortalecimiento y transformación institucional, técnica e incluso política de los aplicadores de esta figura.

Como fin último se pretende brindar un soporte bibliográfico técnico jurídico, que permita a estudiantes, profesionales del derecho y a cualquier persona interesada en aprender sobre este tema, comprender las ventajas y desventajas de la figura en comentarios en la cual el imputado se vuelve colaborador de la justicia y hacer su propio análisis crítico.

1.3 Objetivo General

1. Exponer de una forma general la estructura del criterio de oportunidad, a nivel jurídico, doctrinario y jurisprudencial en sistema penal salvadoreño, evidenciando las principales problemáticas que afronta la aplicación de dicho criterio en la práctica jurídica; así como proponer

alternativas de solución eficaces a dichos problemas, haciendo un conjunto de recomendaciones a los operadores del sistema relacionados con la interpretación y aplicación de esta figura legal.

1.4 Objetivos Específicos

- 1- Exteriorizar la figura del criterio de oportunidad en sus aspectos más básicos, que permitan una comprensión rápida por parte de los lectores.
- 2- Identificar los principales obstáculos para la correcta interpretación y aplicación del criterio de oportunidad.
- 3- Proponer y/o recomendar alternativas de solución encaminadas a un buen funcionamiento del criterio de oportunidad, con el fin de garantizar la buena administración de justicia.

1.5 Antecedentes de la Investigación

Se encuentran los primeros indicios, en el trabajo europeo del profesor JEAN PRADEL, de la universidad francesa de Poitiers denominado *Derecho Penal Europeo Comparado*⁴, en el que, partiendo tan lejos como del estudio del mencionado código continental europeo de 1870 esboza una particular atención sobre si existe o no el tema del criterio de oportunidad en las legislaciones francesas, alemanas y españolas. Dicho sea de paso es uno de los máximos exponentes de la materia de criterio de oportunidad, en el Continente Europeo.

⁴ **PRADEL Jean.** *Derecho Penal Europeo Comprado*. S. Ed. Traducido por Benito Irregarena. FCE. México D.F. 1999

En América latina, el trabajo reciente y muy completo del Argentino OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI destaca en el tratamiento pormenorizado de dicho tema en su obra *El Debido Proceso*⁵, que a la verdad constituye un esfuerzo integral en la materia.

Por su parte, VICENTE OREJARENA PARRA, expone en su trabajo de 2007 titulado *El Principio de Oportunidad en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*⁶, la relación del dicho principio en el marco del modelo acusatorio en una relación aunque no profunda, pero si existente al tema del debido proceso.

En su tesis doctoral, IÑAKI ESPARZA LEIBA trata sobre *El Principio de Debido Proceso*, al amparo de la Universidad Jaime I de Castilla, España, en uno de los varios trabajos de grado o post grado que comentan sobre el tema, no solo en otras latitudes sino en el medio local.

Por igual, ALBA RUTH ESCOBAR CÉSPEDES en su trabajo de grado *Política Criminal y Principio de Oportunidad*⁷, esboza las relaciones y consideraciones del principio de oportunidad desde la perspectiva de su contenido y configuración de la política criminal más allá de un tecnicismo procesal, dicho trabajo, bajo la tutela de la Universidad de Barranquilla, Colombia en época cerca de 2010.

Por otra parte, instituciones como la Escuela Nacional del Ministerio Público de República Dominicana, encomendando el trabajo a IRLIDY

⁵ **GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo.** *El Debido Proceso*. 1ra Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires 2006.

⁶ **ESPARZA LIEVA Iñaki.** *El Principio de Debido Proceso*. Tesis Doctoral. Universidad Jaime I, Castilla, España. 2007

⁷ **ESCOBAR CÉSPEDES Alba Ruth.** *Política Criminal y Principio de Oportunidad*. Tesis de Grado. Universidad de Barranquilla. Barranquilla, Colombia. 2010

ONOA, han esbozado la investigación denominada *El Principio de Oportunidad como manifestación del principio de mínima intervención en el Proceso Penal Acusatorio*⁸, en el que se esbozan los criterios de tal principio en relación a su contexto del debido proceso, obra que vio la luz en la segunda mitad de la década anterior.

ADOLFO ALVARADO BELLOSO trae a colación el tema del debido proceso con las acotaciones sobre las aproximaciones de contenido y positivo del tema en su obra *Del Debido Proceso*⁹ publicada a finales de la década de los años ochenta en su natal Colombia, como se verá, la misma también se encuentra inserta en la lógica de los cambios al sistema de justicia penal de la época.

El también colombiano, profesor JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA en su *Ponencia para el Derecho Procesal Instituto Colombiano de Derecho Procesal dictada en la Facultad de Jurisprudencia, y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia sede de Bogotá*, en época tan reciente como el año dos mil cuatro, si bien es cierto la ponencia no conecta en su título el tema del debido proceso con el tema del criterio de oportunidad, su contenido, que a lo largo del proyecto de investigación será observado, si trata sobre tal extremo a partir de las consideraciones que del principio de legalidad se establecen, entre otras particularidades que en su momento desarrolla como parte de su estudio aunque sea de una forma generalizada.

En El Salvador, merecen mención entre otros, los trabajos de JOSÉ FRANCISCO PEÑA CORTÉZ, que al amparo de la Escuela de Capacitación

⁸ INOA Orlidy. *Op. Cit.* Pág. 37

⁹ ALVARADO BELLOSO Adolfo, *Del Debido Proceso*, 1ra Edición, Temis, Bogotá, 1989.

Judicial escribe sobre *El Principio de Legalidad y el Debido Proceso*¹⁰, en el que, como homónimo a su título, detalla caracterizaciones doctrinarias y legislativas de dichos principios a la realidad salvadoreña, por igual, el de Dorian Andrade y otros, que en forma de tesis de grado, *titulada La contribución del imputado como un mecanismo viable para la aplicación de los criterios de oportunidad*,¹¹ analiza la relación del criterio de oportunidad con las garantías constitucionales.

1.6 Perspectiva Histórica

El Estado, en su nacimiento, evolución y en todo lo tocante a su teoría general, parte de varios elementos sociológicos, políticos, sociales y económicos que configura precisamente la unidad que hoy conocemos como Estado, así comienza Engel¹², al exponer su teoría sobre el nacimiento de la familia, la propiedad privada, y el Estado, en la que determina que el conjunto de necesidades y factores de realidad que condicionan las variables de supervivencia de los humanos, llevan a crear la sociedad a partir de la apropiación y existencia de bienes de uso particular o propiedad privada. Cabe mencionar y como en su momento lo estableció el antes citado Pradel, a la larga, la necesidad de preservación de estos bienes y la articulación de los hombres y sus familias en sociedad lleva a la construcción más compleja llamada Estado, para él, el Estado tiene un componente económico más bien clasista, el cual de hecho es retomado por Marx en su obra “El Capital” al exponer lo que él denomina sistemas de producción vale aclarar que esta

¹⁰ **PEÑA CORTÉZ José Francisco.** *El principio de Legalidad y el Debido Proceso.* Escuela de Capacitación Judicial. Consejo Nacional de la Judicatura. 1ra Edición. San Salvador 2002

¹¹ **ANDRADE Dorian y otros.** *La contribución del imputado como un mecanismo viable para la aplicación de los criterios de oportunidad.* Tesis de Grado. Universidad de El Salvador, San Salvador. 2000

¹² **ENGEL Frederick.** *El origen de la Familia, La Propiedad Privada y El Estado.* Poltzer 3ra Edición. México D.F. Pág. 45

formulación parte de la perspectiva de una base económica de producción de la sociedad y no en una consideración puramente jurídica o sociológica.

Puede rastrearse el tema del debido proceso y los sistemas de justicia penal desde las polis griegas, la república romana y los reinos orientales en los que existía efectivamente una estructura incipiente de ordenamiento basado por lo general en la represión, y ausente de la codificación de las leyes sino más bien impregnada de una dispersión de normas siendo lo que pone en evidencia que en ésta época es difícil hablar proceso sin la existencia de un esfuerzo de sistematización; no obstante por ejemplo, el Código de Hammurabi, o las Tablas de Leyes de los romanos que en su momento fueron las principales normas en esos ordenamientos jurídicos.

En la Edad Media el tema del debido proceso es obviado en la mayoría de consideraciones legislativas especialmente por la falta de separación entre iglesia y Estado y el consecuente sincretismo de normas, sin embargo, es en ésta época aparentemente del todo oscura, en que comienzan los primeros indicios sobre el Constitucionalismo.

Es especialmente destacable en la evolución histórica del tema, la aparición de los Estados Nacionales, como comentó Heller, el Estado, expresado fundamentalmente en una constitución, nace a partir del fenómeno de la ilustración y la consolidación de los Estados Nacionales, en cronología, es la constitución de los Estados Unidos de América la primera en aparecer alrededor de 1787, el posterior desarrollo constitucional como base de la organización del Estado, hace posible configurar cada dimensión de éste, entre ellas, la dimensión represiva.

Entonces, si se habla de la existencia de procesos penales, debe volcarse la atención a considerar la evolución de los mismos en nuestra

propia área de influencia, así, en nuestro medio se denota la influencia latinoamericana del Código de la Provincia de Córdoba, Argentina en 1940, que se tradujo en prácticamente un Código Continental Latinoamericano, que como ya anotamos, llegó a nuestro país en 1974. Pero también debe tenerse en cuenta el aporte del Instituto Latinoamericano de Derecho Procesal, que desde 1970, bajo el empuje de Alcalá Zamora y hasta 1988 con Enrique Véscovi otorgó en sucesivos congresos y conferencias, importantes aportes para el cambio de paradigma y del derecho procesal penal y los sistemas de Justicia, a cuyo cometido no escapa El Salvador, que entra en escena con importantes esfuerzos de entre los cuales puede tomarse como punto de partida los documentos *“Reformas inmediatas al Código Procesal Penal”* de 1987 y el diagnóstico sobre el *“Sistema penitenciario salvadoreño”* de 1989, nacidos todos, de las políticas impulsadas desde la institución, ocurrida el 16 de enero de 1986 del texto de *“Políticas Generales que Orientan la Programación y Ejecución de la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (CORELESAL)”*¹³.

En ese sentido y para finalizar el trabajo que hiciera la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña en 1991, los esfuerzos de reforma fueron retomados por el Ministerio de Justicia cuyas competencias funcionales de dirección político criminal de Estado y la existencia de un equipo de investigación empírico-socio jurídico de la Unidad de Asistencia Técnica Jurídica (ATJ) arrojó un buen resultado en pro del cambio de sistema de justicia penal en El Salvador, que a la postre, trajo el código procesal penal de 1998.

Dicho lo anterior se puede afirmar que el planteamiento histórico del

¹³ **ORELLANA SERRANO**, Xenia Gladis “La carrera Judicial como un Instrumento para la Mejor Administración de Justicia”. Tesis. Universidad Doctor José Matías Delgado, como requisito para obtener el grado de licenciada en Ciencias Jurídicas. El Salvador 1993. Pág. 9

uso y consideración en general del proceso penal y sus garantías como la de legalidad y debido proceso, se origina de la existencia y advenimiento de los sistemas procesales mixtos o mixtos de tendencia acusatoria, como pretende clasificar el considerando II del preámbulo de dicho cuerpo de ley, cuyo antecedente más inmediato lo constituye el sistema inquisitivo moderno, bajo la regencia del sistema penal salvadoreño desde 1974, hasta abril de 1998, cerca de un cuarto de siglo y más recientemente en los códigos de 1998 (ya mencionado) y de 2011, la consideración relativa al tema del principio de oportunidad, como se verá, en la última de las legislaciones citadas.

El año 2011, inicia con la plena implementación de la nueva normativa acusatoria con lo que El Salvador termina su proceso histórico de tránsito de los sistemas de justicia penal tradicionales, a los estándares modernos de Latinoamérica y otras naciones.

En su Art. 17 el Código Penal habla una vez más de la oportunidad de la acción pública, pero enraizada en las directrices de la política criminal que de hecho, configura e inspira el sistema de justicia.

1.7 Fundamento Doctrinario del Criterio de Oportunidad en Relación al Debido Proceso

Interesante es el aporte que da el Costarricense LUIS ANTONIO CHANG PIZARRO, quien fungiera como Fiscal General de la hermana República de Costa Rica, y que entrega la segunda edición actualizada del libro *“Criterios de Oportunidad en El Código Procesal Penal”* en el año 2000, en el cual aborda temáticas de mucha relieve en la sociedad costarricense y en general en la sociedad latinoamericana; Chang aborda esta temática en el

marco de la recepción del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal y la supresión de la instrucción judicial en el Código Procesal Penal de 1996, obra en la cual se defiende el principio de oportunidad siempre que se deje a su titular (Ministerio Público) la decisión correspondiente, y que esencialmente se basa en dos partes¹⁴.

La primera parte señala, como pese a todos los argumentos esgrimidos en contra, no hay nada que permita vislumbrar su fracaso, así como la necesidad de una reforma. En una segunda parte se aborda minuciosamente los distintos supuestos provistos en el novísimo Código Procesal Penal para la aplicación del principio en cuestión, pero inmediatamente antes de unas advertencias preliminares en las cuales se denuncia la desconfianza en el Ministerio Público, debido a su peculiar operación es esta figura en la cual el juez es el encargado de decidir sobre la no persecución de los delitos, similar a lo que sucede en el caso del artículo 18 numeral uno del Código Procesal Penal Salvadoreño.

Otra de las obras que es menester citar es la de JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ Y ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ, la cual se titula "*Principio de Oportunidad y Persecución de La Criminalidad Organizada*" bajo la perspectiva de los problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal eficiente. Esta obra pretende tal como lo dicen sus autores analizar dos facetas del proceso penal moderno.¹⁵ Haciendo por una parte un estudio pormenorizado del llamado "criterio de insignificancia" que forma parte de los criterios de oportunidad reglados en la República de Costa Rica y en diversas normativas similares de la región, y por otra parte intenta reconstruir

¹⁴ **PIZARRO CHANG**, Luis Antonio, "Criterios de Oportunidad en el Código Procesal Penal" 2ª Ed. Actualizada. Edit. Jurídica Continental, San José 1997. Pág. 123

¹⁵ **RODRÍGUEZ Javier Llobet y Alfredo CHIRINO SÁNCHEZ**, "Principio de Oportunidad y Persecución de la Criminalidad Organizada" Problemas Prácticos e Ideológicos de un Proceso Penal Eficiente. 1ª Ed. Edt. Jurídica Aretè. San José 2000. Pág. 14

el panorama teórico e ideológico que ostenta el denominado “combate a la criminalidad organizada” en la República Federal Alemana, esto último con el fin de delimitar las proporciones y riesgos de la asunción de estos discursos en el ámbito latinoamericano. Para lo que echaran mano de autores alemanes como Alexis Albrecht Peter, Friedrich Dencker, Wolfgang Naucke, Oswin Muller entre otros.

LAZALA ORLIDY INOA, jurista de nacionalidad Dominicana, en colaboración con la Escuela del Ministerio Público Dominicano, exteriorizan una serie de consideraciones un tanto pragmáticas pero de mucha importancia en el tema de Criterios de Oportunidad, en su obra denominada *“El Principio de Oportunidad como manifestación del Principio de mínima Intervención, en El Proceso Penal Acusatorio”*. Es uno de los primeros autores en señalar la ligadura entre Principio de Oportunidad y Garantías Constitucionales. No sin razón, señala que uno de los principales problemas del sistema es que el binomio del Principio de Legalidad-Oportunidad, presentado como regla y excepción, suele ser visto como propio de la dogmática procesal, cuando en realidad expresa formas completas de comprender el proceso penal, la justicia penal y sus vínculos con la política criminal. Es decir que, aún desde una visión crítica, se piensa al Principio de Oportunidad desde el Principio de Legalidad.

Concluye el autor establece que el Principio de Oportunidad tiene un fundamento autónomo e intrínseco, ya que por lo que si se persiste en ver el problema de legalidad y oportunidad como un binomio de opuestos, tendríamos que hacer el ejercicio de superar la visión moralista que subyace a principios como el de la legalidad procesal para asumir una visión más amplia y abarcadora de políticas públicas, objetivos, finalidades y resultados de este.

Uno de los ejes bibliográficos claves de Colombia en materia Penal y en especial en el tema de Criterio de Oportunidad, es el creado por LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA y otros, es un libro muy completo en los cuales se recogen los principales elementos sobre el Criterio de oportunidad y específicamente sobre su aplicación, esta obra bibliográfica de mucho valor se denomina “*Principio de Oportunidad: Bases Conceptuales para su Aplicación*” un aporte nada despreciable financiada por la Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses de la Fiscalía General de la Nación y el Pueblo y el Gobierno de los Estados Unidos, a través del Departamento de Justicia.

La obra antes mencionada va orientada a ser una propuesta para continuar la discusión y el examen constante que exigen las novísimas instituciones procesales que trajo consigo el sistema acusatorio, y de cuyo oportuno y acertado manejo dependerán los resultados de justicia ágil y eficaz, con el respeto de las Garantías Constitucionales¹⁶. Y haciendo una serie de reflexiones en el sentido que, tal vez sea necesario recordar que el principio de oportunidad es una alternativa al principio de legalidad, que involucra en su aplicación la política criminal del Estado, pues el aparato de justicia de cualquier lugar no alcanza develar todos los delitos que se cometen y denuncian, generándose de esta manera una creciente cifra de impunidad, frente a la cual las políticas públicas deben adoptar mecanismos que propendan por su reducción, en pro de la convivencia pacífica, dentro de los cuales está sin duda alguna el “*Criterio de Oportunidad*”.

A nivel nacional hay aportes bastante interesantes y útiles a los cuales se puede recurrir para conocer más respecto a esta temática. Por ejemplo

¹⁶ **BEDOYA SIERRA Fernando y otros** “Principio de Oportunidad: Bases Conceptuales para su Aplicación”. Fiscalía General de la Nación, con la colaboración del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Editado en oficina de divulgación y prensa de la Nación. Colombia 2010. Pág. 6

PATRICIA IVONNE INGLÉS AQUINO y su obra “*Criterios de Oportunidad La colaboración del Imputado en El Proceso Penal*” Realizado como requisito de graduación para los participantes del primer grupo del Programa de Formación Inicial para Jueces de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura. El mismo contó con la asesoría y supervisión del Lic. Delmer Edmundo Rodríguez Director Ejecutivo del Ministerio de Gobernación de la República de El Salvador.

En dicha obra se concluye situaciones muy importantes en las cuales pueden verificarse las displicencias entre el Criterio de Oportunidad y el Debido Proceso, visto este último como una garantía ineludible de la que tiene que gozar el Imputado al momento ser sometido al poder imperioso del Estado mediante un Proceso Penal, situaciones que de primera mano son objeto del posterior estudio.

En ese sentido y a manera de conclusión, la jurista Ingles Aquino, establece en su tesis que “El problema de la justicia premial parece no gravitar alrededor de la violación al principio de legalidad o de cualquier otro principio del ordenamiento jurídico, sino más bien resulta un problema de enfrentamiento entre moralidad y eficacia procedimental, que busca el sistema penal”¹⁷; es decir que se tiene que valorar cual principio se puede sobreponer al otro así mismo citando a Zaffaroni¹⁸ haciendo una relación entre, Estado, Delincuente y Justicia.

¹⁷ **INGLÉS AQUINO Patricia Ivonne.** *Criterios de Oportunidad la Colaboración del Imputado en el Proceso Penal* Consejo Nacional de la Judicatura, Tesis como requisito de graduación para los participantes del primer grupo del Programa de Formación Inicial para Jueces de la Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador 2003. Pág. 196

¹⁸ **ZAFFARONI, Eugenio;** *El crimen organizado: una categorización frustrada, Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, No 1, año 1995, Buenos Aires, 1995, Pág. 279 “...el Estado se está valiendo de la cooperación de un delincuente comprado al precio de su impunidad para hacer justicia...”.

Ahora bien, respecto al Debido Proceso, dice AMBROSSIO citado por *Arteaga Zepeda* que es uno de los logros más importantes respecto a los derechos fundamentales de la persona¹⁹ y es así como dicha garantía debe de ser valorada indubitadamente al momento de también valorar la aplicación del Beneficio de Criterio de Oportunidad, pues no cabe duda que ambas figura se relacionan y entran en la esfera de protección ya sea de forma negativa o de forma positiva en la esfera de derechos del imputado.

El doce de diciembre del año dos mil siete los países Centroamericanos y entre ellos El Salvador, suscribieron el *Convenio Centroamericano Para La Protección De Víctimas, Peritos y demás sujetos que intervienen en la Investigación y en el Proceso Penal, particularmente en la narcoactividad y Delincuencia Organizada*²⁰. Esta fue Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, mediante Resolución A/RES/55/25.40 Convenio tiene por objeto facilitar la aplicación de medidas de protección que se proporcionarán a las víctimas, testigos, y cualquier otra persona que deba ser protegida por encontrarse en situación de riesgo o peligro, como consecuencia de su intervención en la investigación de un delito o en un proceso penal, especialmente en la narcoactividad y delincuencia organizada. Dentro de esta clase de protección se encuentra los

¹⁹ **ARTEAGA ZEPEDA, Gabriel de Jesús y otros** *El Respeto a la Garantía del Debido Proceso en la Aplicación de la Ley de Protección de Víctimas y Testigos*. Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. San Salvador, El Salvador. 2009 pág. 12. “.....En la actualidad el debido proceso es considerado como una de las conquistas más importantes que ha logrado la lucha por el respeto de los derechos fundamentales de la persona. El concepto del debido proceso envuelve, comprensivamente, el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce, cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano, es decir de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia. Este desarrollo muestra tres etapas de crecimiento.....”

²⁰ **Convenio Centroamericano Para La Protección De Víctimas, Peritos y demás sujetos que intervienen en la Investigación y en el Proceso Penal**. Suscrito por los países de Belice, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua. Año 2007.

testigos criteriados o como doctrinariamente se conocen Testigos de Corona. Esta clase de imputados-testigos entran en un régimen de protección por prestar su colaboración a la investigación, y aunque reciben un trato diferente respecto a los demás implicados, las mismas reglas del debido proceso les serán empleadas en cuanto sean aplicables.

1.8 Fundamento Normativo Jurídico

El derecho penal actúa, en el marco de la sociedad, como un mecanismo de control y represión sobre las conductas ilícitas de las personas, que vayan en contra de la finalidad antes aludida; si bien convierte en entidades revestidas de poder o Autoridad a los tribunales penales y los faculta para juzgar dichos comportamientos, también limita ese poder en diversos sentidos, que vienen a expresarse en garantías de los enjuiciados, las cuales los protegen de todo tipo de arbitrariedades, garantizando en todo momento o al menos intentando garantizar la seguridad jurídica de los sometidos a un proceso penal; límites que en su mayoría tienen fundamento Constitucional, que tal como los expresaba el famoso Constitucionalista HANS KELSEN es la norma suprema a la cual deben ceñirse todas las demás leyes y actuaciones de las entidades de un Estado de Derecho sin excepción alguna.

En ese orden de ideas es ineludible analizar todas las disposiciones legales y Constitucionales relacionadas al “*Criterio de Oportunidad*” que es una de las figuras quizá más polémicas del Sistema Penal Salvadoreño; y quizá sea así por su naturaleza de doble efecto, por una parte beneficiando a uno de los implicados y por el otro lado desfavoreciendo al resto de ellos, así como también por la discrecionalidad con la que cuenta el Ministerio Público para aplicar dicha figura. Esto es así por ser el tema base de esta

investigación y porque es necesario encontrar el fundamento normativo jurídico que permita darnos un panorama claro sobre la interpretación y aplicación de esta figura al momento de confrontarlo con la realidad práctica jurídica de la misma, y más en concreto con las garantías Constitucionales del Debido Proceso, así hacer posible la identificación de disparidades y congruencias en ambos aspectos.

Se iniciará éste análisis en forma descendente, para la mejor comprensión. El primer cuerpo normativo a considerar en el ordenamiento jurídico salvadoreño es la Constitución de la Republica; si bien es cierto que no existe una disposición legal expresa que de reconocimiento explícito a la figura del criterio de oportunidad; este reconocimiento legal se puede desglosar de las mismas facultades que la norma máxima da a la Fiscalía General de la República, y las cuales si están de forma expresa en la carta magna salvadoreña. El artículo 193²¹ de la Carta Magna Salvadoreña. Que es la máxima norma, establece el catálogo de facultades otorgadas por el Estado a esta entidad perteneciente al ministerio público. Nótese que no es una disposición taxativa respecto a su contenido, ya que reconoce la existencia de otras facultades que en su momento la misma norma jurídica pueda llegar a someter a un conocimiento imperativo dentro de sus competencias.

En esencia se enumeran un total nueve atribuciones concretas de las cuales se retomaran aquellas que sirvan para encontrar los principales cimientos Constitucionales de la figura que se está analizando en este texto;

²¹ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR**, D.C. No. 38, del 15 de diciembre de 1983, D.O. No. 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983. Artículo 193 N° 3 y 4 “Corresponde al Fiscal General de la República: Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley..... Promover la acción penal de oficio o a petición de parte”

y una última que es una facultad con posibilidad abierta de situaciones que puedan atribuírsele a la Fiscalía General de la Republica.

El numeral 3 y 4 de la disposición antes citada lleva inmerso el fundamento Constitucional del Criterio de Oportunidad; dice el primero que le corresponde a la Fiscalía, dirigir la investigación del delito y el segundo que corresponde a la misma promover la acción penal, para realizar estas potestades debe realizar o echar a andar todas aquellas políticas, medidas o acciones necesaria para poder efectivizarlas, y dentro de estos mecanismos es que se retoma la figura del criterio de oportunidad, que en términos sencillos es como dice INGLES AQUINO citando a GIMENO SENDRA *“la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer bajo determinadas condiciones de su ejercicio con independencia que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”*²².

A manera de síntesis, el verdadero fundamento Constitucional no se encuentra de forma expresa en el cuerpo Constitucional, sino más bien hay que hacer un análisis deductivo y sencillo de las atribuciones otorgadas por el Estado Salvadoreño a la Fiscalía General de la Republica, lo que nos permitirá comprender las implicaciones de la figura del Criterio de Oportunidad, e incluso permitirá identificar las correspondencias de esta figura con las garantías Constitucionales plasmadas en la misma carta magna, las cuales no serán analizadas en este apartado por ser objeto de estudio de próximos acápite.

A nivel de Derecho Internacional²³, las principales regulaciones a las que debe sujetarse el tema en comento, son las declaraciones sobre

²² **INGLES AQUINO, Patricia Ivonne** Op Cit. Pág 104.

²³ **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988, serie c, no. 4, páginas 166-172El Estado está obligado a

Derechos Humanos, que sujetan casi a todas las figuras legales a nivel mundial. Ejemplo en las declaraciones sobre derechos de las víctimas y sobre derechos de los mismos imputados por muy contradictorio que parezca.

De tal forma que los estándares internacionales establecidos en materia de derechos de las víctimas de los delitos, en particular de las graves violaciones de derechos humanos y las serias infracciones al derecho internacional humanitario, han sido incorporados en el orden jurídico Salvadoreño a través de la ratificación de tratados por parte de la Asamblea Legislativa, y constituyen hoy en día un marco referencial insoslayable para el diseño de la política pública en materia penal.

Véase por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual, en su artículo 7 establece que todos los seres humanos son iguales ante la ley, sin distinción de ninguna clase, y además de todo ello también derecho igualitario de protección ante la ley²⁴. La Referida Declaración es una de las más importantes para todos los Estados a nivel internacional. Esta igualdad tendrá que ser analizada en su momento, poniendo en parangón un caso en concreto en el cual se Aplique el criterio de oportunidad a un implicado, el cual reúne los mismo requisitos que otro de los implicados el cual no ha sido beneficiado con esta figura, y se notara si en realidad hay igualdad respecto a la discrecionalidad del Ministerio Público, o si en todo casos se cae en una arbitrariedad.

investigar toda situación en la que se hayan violado los Derechos Humanos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos.

²⁴ **DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHO HUMANOS**, Aprobada en 10 de diciembre de 1948, del cual El Salvador fue Suscriptor Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

El fundamento legal de esta figura radica esencialmente en esas seis disposiciones legales, las cuales desarrollan su estructura aplicativa, disponiendo primeramente lo relativo a la facultad de conceder o aplicar el beneficio del Criterio, autorizando concretamente al Fiscal, y el cierto caso al juez para que la aplique a uno o varios implicados que reúnen los requisitos establecidos en la norma, los cuales están contemplados en la misma disposición legal del artículo 18 CPP. Presupuestos que en esencia son ligados a la menor participación por parte del favorecido en la comisión del delito respecto a los demás implicados, así como también de un hecho que produzca una mínima afectación del bien jurídico protegido, cuando el favorecido haya resultado gravemente afectado física o moralmente o este mismo adolezca de una enfermedad mortal, o porque la pena a aplicar carezca de importancia.

Un aspecto importante a recalcar es, que la figura del Criterio de Oportunidad en el caso de crimen organizado no podrá concederse tal beneficio a quienes dirijan las organizaciones, salvo que ello sea imprescindible para probar la intervención de los demás miembros de la cúpula de la organización delictiva; por otro lado en los casos que el delito produzca mínima afectación este beneficio no podrá ser aplicado a funcionarios o empleados públicos o municipales, autoridad pública o agentes de autoridad, en el ejercicio de sus funciones.

Por su parte el artículo 19 CPP establece los efectos, en un primer momento funda que en los casos del artículo 18 numerales del 2 al 5, se producirá una conversión de la acción penal de pública a privada; es decir que podrá ser perseguible únicamente por acusación de la víctima, y mediante proceso especial regulado en el mismo Código; y la aplicación del

beneficio corresponderá única y exclusivamente al Fiscal. Ahora surge la interrogante ¿Qué pasa con el numeral 1 del artículo 18? Y la respuesta la encontramos en el artículo posterior, específicamente en el 20; aquí se deja por sentado que la acción penal se extingue por completo²⁵, y que el juez es el que autorizara la aplicación de beneficio al o a los implicados, aunque siempre será a propuesta de la Fiscalía General de la Republica.

En el caso del numeral uno del artículo 18 no existe una conversión sino una extinción de la acción penal a favor del criteriado. Aunque puede darse el caso que el acuerdo suscrito con el Fiscal sea solo de ciertos hechos atribuidos, por lo que respecto a los demás hechos a los cuales no se ha alcanzado acuerdo la acción penal no se extinguirá, pero si podrá aplicarse un procedimiento abreviado para tales hechos.²⁶ Los últimos tres artículos 21, 22 y 23 contemplan situaciones escuetas relativas a la responsabilidad Civil, que tal como lo deja claro la primera disposición, la aplicación del Criterio de Oportunidad no exime de la responsabilidad civil a la cual haya de responderse como consecuencia de la participación o comisión del delito, así también la segunda disposición trata esencialmente sobre las formalidades del acuerdo del Criterio de Oportunidad y finalmente la última cita legal que corresponde a la política de aplicación del beneficio, dejando total margen de adopción de tal política a la Fiscalía General de la

²⁵ **CÓDIGO PROCESAL PENAL** Ob. CIT. Artículo 20 inciso 2º “Cuando se haya prescindido de la persecución penal de uno o varios hechos de los atribuidos, la acción penal se extinguirá respecto del imputado y de los hechos, a cuyo favor se haya decidido”.

²⁶ **Ídem.** Artículo 20 inciso final “Cuando se prescinda parcialmente de la persecución penal podrá aplicarse el procedimiento abreviado respecto de los hechos delictivos no comprendidos en los acuerdos”.

Republica. Con una visión más jurisprudencial respecto al fundamento facultativo otorgado al Ministerio Público Respecto a la aplicabilidad e Interpretación de este beneficio en debate es menester analizar la postura del máximo ente rector de la validez de las normas jurídicas en El Salvador.

En este último sentido dice la Sala de lo Constitucional que este principio de oportunidad reglado o de naturaleza taxativa, constituye un complemento al principio de obligatoriedad que disciplina de forma preponderante la persecución penal, y se encuentra sujeto al marco tanto de la constitucionalidad como de la legalidad en la medida que es el legislador quien fija los supuestos en los cuales se puede prescindir de la acción penal. Así, cuando el ente acusador público aplica un criterio de oportunidad, está desarrollando su función en cuanto titular de la acción penal pública, y en este caso se encuentra facultado para analizar la conveniencia o no de su ejercicio por diversas razones político-criminales que están taxativamente señaladas en el estatuto Procesal Penal vigente.²⁷

1.9 Tipo de Investigación

Para el desarrollo del presente proyecto se ha optado por la realización de una investigación de tipo Mixto, bajo la unión de la investigación Bibliográfico-Documental y la Teórica, de conformidad a los siguientes supuestos:

- a) Al tener el tema, como una de sus finalidades demostrar cuál es el impacto de la aplicación del Criterio de Oportunidad a las Garantías Constitucionales del Debido Proceso, es elemental escudriñar toda una serie de trabajos y tratados bibliográfico jurídicos y retomas los

²⁷ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de Inconstitucionalidad N° 80-2012 de fecha 25/01/2013 Extracto 1.

principios y categorías más básicas de ambas figuras, que aunado con el contacto directo de la práctica jurídica de casos penales concretos referidos a la materia, permitan dar un soporte bibliográfico técnico jurídico que sea de utilidad tanto a profesionales del derecho, como a los estudiantes y demás lectores interesados en conocer más sobre estas temáticas a exponer, las cuales son de gran trascendencia en toda sociedad.

- b) El Criterio de Oportunidad y el Debido Proceso son dos temas capitales de las ciencias penales, por lo que se hace necesario identificar todas aquellas formulaciones y construcciones teóricas, conceptuales, formales, postulados y axiomas, característica inequívoca de la investigación teórica, con el objeto de ponerlos en contraste, y así permitirnos hacer un análisis crítico propositivos sobre las discrepancias que en su momento se puedan equilibrar o sus semejanzas que también serán analizadas.
- c) Se harán consultas especializadas a jueces y litigantes expertos en la materia de derecho penal, cuyo soporte material será el de la entrevista escrita, la cual permitirá obtener datos de primera mano sobre la temática del Criterio de Oportunidad y las Garantías Constitucionales relacionadas, comento y así poder dar más veracidad a las construcciones teóricas a plasmar en el estudio a realizar; es por ello que se ha optado por un tipo de investigación mixto (Bibliográfica Documental-Teórica), por flexible en cuanto a las fuentes informativas, que por ende permite echar mano de fuentes de información sin alterar la misma naturaleza de la investigación, todo con el propósito de tener fuentes de información integrales y así permitir un estudio más nutrido y eficaz para desarrollar el cometido que se pretende.

1.10 Técnicas e Instrumentos a utilizar

Las técnicas de investigación, y sus respectivos vehículos, como lo son las técnicas se encuentran supeditados al tipo de investigación y esencialmente serán:

- a) Recolección y procesamiento de información documental; a través del manejo y estudio de las fuentes de información mediante resúmenes de análisis de cada libro o fuente bibliográfica.
- b) Cuadros comparativos: de contenido legislativo, doctrinario y jurisprudencial.
- c) Mapas conceptuales: a partir del análisis de los postulados y axiomas propuestos por cada teórico.
- d) Observación Directa del fenómeno y análisis hipotético deductivo a partir de la asistencia a Vista Públicas, y entrevistas a Jueces y Abogados litigantes, en la forma predicha.

CAPITULO II

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y EL DEBIDO PROCESO

2.1 Nociones sobre Garantías Constitucionales

Antes de abordar el debido proceso es conveniente referirse primero a las garantías constitucionales, como la matriz de donde se desprende la seguridad del debido proceso, en cuanto que es una certeza de los derechos que nuestra constitución otorga. La expresión garantía proviene del término anglosajón “*warranty*”²⁸ que significa asegurar, proteger, defender o salvaguardar un derecho. Las garantías son también derechos fundamentales que quedan insertos en los llamados “principios de reserva” por los cuales los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico. De este modo se asegura el respeto y cumplimiento de los derechos, evitando que aparezcan como una declamación abstracta que no tiene posibilidades reales de su consagración efectiva. En este sentido las garantías son derechos procesales, porque admiten procedimientos específicos que salvaguardan los derechos reconocidos, y esto es así porque los derechos reconocidos son la máxima expresión del Estado de Derecho, en casi todas las sociedades y legislaciones del mundo, como ya se ha manifestado antes, sin perjuicio de la existencia de sociedades con regímenes autoritarios donde el reconocimiento de derechos fundamentales puede ser limitado²⁹.

Se entiende por Garantía a una institución procedimental de seguridad y de protección a favor del individuo, la sociedad o el Estado para que dispongan de medios que hagan efectivo el goce de los derechos subjetivos

²⁸ Literalmente: Garantía de aseguramiento

²⁹ **GOZAINI, O. A.**,. Pág. 86.

frente al peligro o riesgo de que sean desconocidos. Entonces, una garantía, puede proteger al individuo de la potestad del castigo del Estado, o puede trabajar en la sociedad o al Estado de las actitudes del individuo que pudieran desestabilizar el régimen establecido³⁰. Ya vista la definición de garantías, es importante abordar el tema de las garantías constitucionales, para acercarnos poco a poco al tema principal: el Debido Proceso visto como una Garantía Constitucional. Las modernas legislaciones utilizan el término “garantías constitucionales” para referirse, como dice HERNANDEZ VALLE al conjunto de remedios procesales que tutelan y aseguran la vigencia de los derechos fundamentales dentro de un ordenamiento jurídico”³¹.

Las garantías constitucionales son instrumentos o mecanismos que protegen o tutelan los derechos que establece la Constitución, llámense derechos fundamentales, derechos sociales, individuales y toda la esfera primaria de la persona; siguiendo la doctrina de PABLO LUCAS VERDÚ quien, al establecer el significado sociológico de las garantías constitucionales, las define así: “*Las garantías constitucionales son, pues, instrumentos jurídico formales que tutelan el libre y seguro desenvolvimiento del individuo en una estructura social*” Además, explica que el objeto protegido por estas garantías evoluciona de acuerdo con la estructura social de la época. Así, el objeto protegido durante el Estado liberal de Derecho no sería el mismo que durante el Estado social de Derecho; no obstante, considera que las garantías siempre atienden a un “estricto interés constitucional” que para él es la “exigencia de la regularidad constitucional” y al que relaciona con la denominada “*Verfassungkraft*” o fuerza

³⁰ **QUISBERT, Ermos**, *Garantías Constitucionales del individuo en el proceso penal*, Sitio Web Geocities, Entrada marzo 2006, consultado 23/09/2009. Url: www.geocities.com/penalprocesal/garantiasdelprocesopenal.htm

³¹ **BERTRAND GALINDO, Francisco y Otros**, “*Manual de Derecho Constitucional*”, Tomo II, 4ª ed., Ed. Centro de Información Judicial del Ministerio de Justicia, El Salvador, 2000, p. 713

constitucional.³² Puede afirmarse que las garantías constitucionales "son instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos.... que las garantías sólo dan origen a pretensiones que el hombre puede hacer valer ante el Estado exclusivamente"³³. Entre estas garantías podemos mencionar: el Habeas Corpus establecido en el Art. 11 Cn, que tiene como finalidad la protección de la libertad personal de cualquier individuo; El Amparo, que protege a las persona por violación de los derechos que le otorga la Constitución; la Garantía de Defensa y por supuesto el Debido Proceso.

Estos mecanismos de tutela de los derechos constitucionales obedecen al hecho de que el simple reconocimiento o declaración de estos derechos formalmente mediante una Constitución no es condición *sine qua non*³⁴ de la eficacia de los mismos. En consecuencia, para la eficacia de los derechos establecidos en la Constitución y la tutela ante posibles vulneraciones no basta su reconocimiento formal, sino que éste debe ir acompañado de la implementación de mecanismos jurídicos de rango constitucional que aseguren su protección³⁵.

Así se pronuncia la Sala de lo Constitucional en la Sentencia 29/09/1997, pronunciada en el proceso de Amparo 20-M-95, en el Considerando IV.1; y en la Sentencia de 17/091997, dictada en el proceso de Amparo 14-C-93, considerando IV.5., en donde indica que la Constitución de

³² **BENAVIDES MONTERROSA, L.A.**, *El Debido Proceso en la Jurisprudencia Constitucional* Revista de Derecho Constitucional N° 63, Tomo I, Ed. CSJ, El Salvador, 2007, Pág. 3

³³ **CLARÁ RECINOS, M. A.**, "Ensayos y Batallas Jurídicas", Ed. Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2006. Pág. 57

³⁴ Literalmente: Sin la cual no

³⁵ **GARCÍA MORILLO, Joaquín.** *Las garantías de los derechos fundamentales* 3ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, Pág. 421 a 423

la Republica de El Salvador, establece mecanismos específicos de tutela de los derechos fundamentales, como son las Garantías Constitucionales.

2.1.1 Clasificación de las Garantías Constitucionales

En razón que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país se ha adherido a la doctrina de JOAQUIN GARCÍA MORILLO, nos referiremos a la clasificación que él efectúa, entonces podemos clasificar las Garantías Constitucionales en dos clases:

2.1.1.1 Las Garantías Constitucionales Genéricas

Son los instrumentos que buscan la protección de los derechos fundamentales de manera abstracta, es decir que buscan el resguardo de estos mediante el aseguramiento de las normas constitucionales que desarrollan los derechos a los que se busca garantizar. En suma, la finalidad de las garantías constitucionales genéricas es impedir que normas de rango infra constitucional vulneren el contenido de los derechos fundamentales. Por lo tanto, no se trata de vulneraciones directas al ejercicio de los derechos fundamentales, sino de una potencial violación de estos por parte del ordenamiento Infra constitucional. Son instrumentos de preservación del contenido de ciertas normas constitucionales³⁶. Incluso en su momento pueden llegar a considerarse las cláusulas pétreas encaminadas a preservar el orden Constitucional.

Dentro de este tipo pueden englobarse: *Las garantías frente al legislador*, como son: (1) el principio de reserva de ley en el desarrollo y limitación de los derechos fundamentales, (2) el contenido esencial de los

³⁶ **BENAVIDES MONTERROSA**, Op. Cit., p.4 60

derechos fundamentales, (3) el principio de proporcionalidad y (4) el principio de razonabilidad;

Las *garantías institucionales*: como en nuestro caso, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos;

Las garantías jurisdiccionales ordinarias: es decir, (1) El Debido Proceso y (2) la potestad judicial de inaplicabilidad en caso de considerar inconstitucional una norma, según el caso concreto o protección difusa de los derechos constitucionales.

2.2 El Debido Proceso

El Derecho Procesal hace posible la actuación del ordenamiento jurídico, -conjunto de normas legales que rigen a un país o nación, federación o confederación- que tiene por finalidad llevar a cabo la llamada función jurisdiccional. Así, el derecho procesal surge regulando jurídicamente el ejercicio de la función jurisdiccional y, por tanto, no puede ser considerado un instrumento pasajero y mecanicista, sino por el contrario, como un sistema de garantías, que posibilita la tutela judicial efectiva y en definitiva el logro de la justicia. El ejercicio de la función jurisdiccional a través del derecho procesal implica básicamente un sistema de garantías constitucionales que se proyecta en el llamado proceso de la función jurisdiccional (garantismo procesal). Este garantismo supone la conceptualización del proceso como realidad sustantiva ajena a su caracterización instrumental; implica la puesta en práctica de las garantías contenidas en las leyes procesales plenamente comprometidas con la realidad Constitucional.³⁷

³⁷ **GARCÍA LEAL, Laura**, “*El debido proceso y la tutela judicial efectiva*”, Vol. X, Ed. FRONE, Venezuela, 2003, Pág. 105-107

Es incuestionable que para conseguir una justicia saludable, plena de equidad, abarcadora de las perspectivas de toda la sociedad y del propio Estado Democrático, como lo reclama esta época, se exige la confiabilidad de las partes en su ejecución legal, garantista e independiente, con proporcionalidad e iguales posibilidades de actuar y contradecir ante un órgano jurisdiccional imparcial. No basta con la elaboración de normas claras que recojan el rito establecido para alcanzar un fallo justo, pues se requiere también que estas regulaciones proporcionen la posibilidad de un proceso digno y humanitario, sobre bases y principios democráticos, lo que conocemos como *Debido Proceso*, sin incurrir en un proceso penal garantista que fomente la impunidad, sino más bien un proceso penal equilibrado.

Como es bien sabido, toda persona tiene Derechos y obligaciones; el Debido proceso forma parte de los Derechos Humanos Fundamentales que el ser humano tiene, y que le corresponden en razón de su naturaleza como tal, y por existir el reconocimiento que de los mismos hace la norma constitucional. Exigir al Estado que cumpla con la Leyes y proteja sus derechos es una facultad de todo individuo. Por tanto, cuando el particular exige al Órgano competente, Fiscalía General de la República, la investigación de un hecho punible, o exige al Juez u Órgano Jurisdiccional que sus fallos se dicten de manera justa, pronta, independiente e imparcial, tal exigencia es en razón del Derecho de Acceso a la Justicia, que le asiste el cual se concretiza a través del Debido Proceso. Una de las formas de expresión del respeto a la dignidad humana, es a través del Debido Proceso, pues con ello se consolida el valor justicia, y se fortalece la Democracia y el Estado de Derecho.

Los Derechos Fundamentales como principio y fin, en la defensa de la persona humana, deben ser los criterios inspiradores de la interpretación y

aplicación jurídica en los Estados Democráticos de Derecho. En la estructura normativa, los Derechos Fundamentales aparecen consagrados en la Constitución cobrando prevalencia sobre los demás derechos adjetivos que complementan la vida en sociedad del hombre. Así derechos fundamentales como el derecho a la dignidad, a la vida, a la integridad personal, libertad, debido proceso, libertad de pensamiento, participación, intimidad y los derechos económicos- sociales son la piedra angular sobre la cual descansa el ordenamiento jurídico de los estados democráticos. Estos derechos fundamentales tienen un rango que podríamos denominar como bien jurídico constitucional; así, se configuran en el fondo legitimador de los cuerpos legales nacionales y supranacionales, siendo la dignidad humana, más allá de derecho fundamental, su razón de ser, límite y fin. Dentro de este panorama principista, de los derechos fundamentales, tenemos la presencia gravitante del derecho al Debido Proceso como parte integrante de los mismos.

El Derecho al Debido Proceso está concebido como garantía aseguradora de los demás derechos fundamentales, connatural a la *Condición Humana*, y no sólo un principio o atribución de quienes ejercen la función jurisdiccional³⁸.

Un exponente destacado del pensamiento procesal iberoamericano, ANÍBAL QUIROGA LEÓN, penetra con profundo conocimiento a la esencia del debido proceso y a su íntima relación con la tutela judicial efectiva al exponernos: *“el Due Process of Law no es otra cosa que la institución de origen anglosajona referida al Debido Proceso Legal, como garantía con sustrato constitucional del proceso judicial, definido como un concepto que*

³⁸ PORTOCARRERO PISQUE, J. A., *“El Derecho al Debido Proceso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”* Sitio Web Alfonso Zambrano, consultado 05/12/2009. Url: www.alfonsozambrano.com/memorias/estudiantes/Ponencia11.doc

*surge de orden jurisprudencial y de la justicia que respaldan la legitimidad de la certeza del derecho finalmente determinado en su resultado. Por ello el Debido proceso es una garantía con fundamento constitucional que garantiza la correcta aplicación y vigencia del proceso judicial, y a la vez es una garantía de la tutela judicial efectiva*³⁹.

2.2.1 Definición y Base Constitucional

La idea del debido proceso –como concepto omnicomprensivo de un conjunto de garantías que tienen los justiciables al momento de accionar el órgano jurisdiccional –es tan vaga y compleja que es difícil que mediante una ley o a través de la Constitución pueda ser establecida de forma concreta y cerrada. Incluso, cabe decir que el concepto de debido proceso va de acuerdo con el ordenamiento jurídico que se trate. Por ello, se hace necesario que sea el juzgador el que, caso por caso, vaya determinando o configurando los alcances de dicha institución⁴⁰.

Como se ha visto anteriormente las garantías aseguran el cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas, por lo que el Proceso adecuado o debido proceso, resulta ser una garantía constitucional fundamental, porque es un instrumento anterior al conflicto y es una vía de acción específica cuando se produce las amenazas o acciones a los derechos fundamentales. Esto se relaciona con la eficacia de la tutela (protección procesal); cuestión que muestra dos facetas sucesivas: una que se vincula con la entrada y puesta en marcha del aparato judicial (acción y derecho de acción), y otra que enlaza las garantías mínimas que debe suponer y desarrolla todo procedimiento (el debido proceso) Por lo que el

³⁹ **QUIROGA LEON Anibal.** *El debido proceso como derecho humano.* S Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1998 Pág. 231

⁴⁰ **BENAVIDES MONTERROSA,** Op. Cit. , p. 1

debido proceso asegura la eficacia de la tutela judicial efectiva y el goce de los derechos constitucionales que deben observarse en un proceso.

En el estudio del debido proceso se encuentra una gran variedad de conceptos desarrollados por la doctrina; el jurista español JESUS GONZALO PEREZ refiere: “...llamamos debido proceso aquel proceso que reúna las garantías ineludibles para que la tutela jurisdiccional sea efectiva, empezando por las garantías del juez natural; ANÍBAL QUIROGA, señala “el Debido Proceso Legal en el Derecho Procesal Contemporáneo es el relativo a lograr y preservar la igualdad⁴¹”

Por su parte, DE BERNARDIS, sostiene que el debido proceso es una garantía y un derecho fundamental de todos los justiciables que les permitirá, una vez ejercitado el derecho de acción poder, efectivamente, acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven a la autoridad encargada de resolverlo a pronunciarse de manera justa, equitativa e imparcial. Es decir, aquellos elementos mínimos que resultan exigibles por los justiciables para que el proceso que se desarrolle -cualquiera que este sea- pueda permitirle acceder a la cuota mínima de justicia a la que este debe llevarle. De esta manera, el proceso se constituirá en el vehículo que proporciona y asegura a los justiciables el acceso a la justicia, entendida esta como valor fundamental de la vida en sociedad⁴². Es destacable que el Debido proceso no es exclusivo de la normativa procesal penal, su contenido es aplicable a la demás áreas del derecho, es decir que son reglas comunes a los procesos. Por lo que una definición más apegada al Ámbito del Derecho Procesal Penal es: *"El Debido Proceso es un fundamento esencial*

⁴¹ **GONZALEZ PEREZ Jesús.** *Comentarios a la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones.* Civitas 5ta Edición. Ediciones Civitas. Madrid 2012. Pág, 318

⁴² **DE BERNARDIS Augusto Julio.** *Comentarios Constitucionales.* FCE. 2da Edición. FCE. México 2001. Pág. 112

del Derecho Procesal, como exigencia del ordenamiento de los Derechos Humanos, que conlleva la existencia de un órgano judicial independiente y funcional, del mismo modo que una serie de normas que aseguren un procedimiento equitativo y en el cuál el procesado tenga a su alcance todas las posibilidades de una defensa de su caso”⁴³.

El Debido Proceso envuelve todos los derechos fundamentales de carácter procesal tendentes a proteger a la persona humana frente al silencio, el error o a la arbitrariedad, no solo de los aplicadores del derecho, sino también del propio legislador. Es de gran importancia señalar que el Debido Proceso, está en relación directa con el Principio de Legalidad pues en la medida que las Reglas del Debido Proceso se respeten y se apliquen adecuadamente, estamos afirmando que el Principio de Legalidad como una Garantía y Principio Constitucional que inspira al proceso penal ha de tener plena vigencia. En un Estado como el salvadoreño donde se habla de procesos penales garantistas el respeto al Debido Proceso, resulta de vital importancia práctica, por cuanto su incumplimiento, no solo afecta al proceso en sí mismo, comprenderlo así sería un error; la violación al Derecho Humano al Debido Proceso, no se queda única y exclusivamente en un legajo de papeles o actas que constituyen el expediente judicial, sino que tal violación va más allá y afecta una serie de derechos fundamentales, como son la libertad personal, derecho a ser asistido por defensor, derecho a un juicio justo, derecho a ser juzgado con imparcialidad, derecho a que se presuma inocente, a ser juzgado sin dilaciones, entre otros.

El debido proceso es un fundamento esencial del derecho procesal moderno pero a la vez es una exigencia en materia de derechos humanos,

⁴³ **CLARÁ, Mauricio Alfredo** *El Debido Proceso Legal*, Revista de Ciencias Jurídicas, Vol.1, N° 2, Enero 1992, pág.121

debido a que los principios que forman el debido proceso, son garantías no solo para el funcionamiento judicial sino que a la vez involucran otros derechos fundamentales; además es una institución de fundamental importancia en cualquier plano, no solo en el judicial, ya que también es aplicable al ámbito tanto político como social, dado que las garantías inherentes al debido proceso también son aplicables a cualquier tipo de procesos de esa naturaleza.

En ese mismo orden de ideas la garantía del debido proceso se termina de configurar con las disposiciones contenidas en el Art. 12 Cn. que establece para el imputado: la Presunción de Inocencia, en tanto no se pruebe su culpabilidad; que la prueba de culpabilidad se reciba legalmente en juicio público, mediante el cual se aseguren todas las garantías necesarias para la defensa. También establece para el imputado el derecho al ser informado de sus derechos y a conocer los motivos de su detención. Tampoco podrá obligarse al reo a declarar contra sí mismo, eliminación de la tortura so pena de carecer de valor su declaración.

Completa esta garantía el aseguramiento para el detenido de la asistencia de defensor tanto ante los órganos auxiliares de la administración de justicia, organismos de investigación como ante los mismos tribunales. También el Art. 13 de la Constitución de la Republica, impone limitaciones coherentes con el debido proceso, al establecer restricciones las autoridades administrativas y demás, para dictar órdenes de detención o decretar prisión; a los jueces les impone la obligación de notificar al detenido los motivos de su detención, recibir su indagatoria y decretar su libertad o detención provisional en el término de setenta y dos horas, todo ello bajo la pena de nulidad absoluta de todo el proceso penal. Queda claro que la “legalidad” en mención no es cualquier “arreglo a leyes”, sino que, dicha legalidad debe

estar en un todo conforme con los principios, derechos y obligaciones postulados por la Constitución. Que además, la expresión “arreglo a leyes” atañe tanto a las formas procesales (leyes de procedimientos) como a la cuestión de fondo o sustantiva (leyes materiales) y que también la razonabilidad de las leyes no sólo tiene que ver con el fondo sino también con las formas procesales.⁴⁴.

La garantía del debido proceso en nuestro sistema constitucional, no es mera aspiración idealista, sino que se traduce objetivamente como garantía ante el legislador al formular las leyes procesales, lo que significa en general, que dichas leyes deben caracterizarse por proporcionar a las partes procesales la garantía o seguridad inequívoca para ejercer eficazmente la contradicción o defensa de sus derechos.

En Conclusión El Debido Proceso es una garantía que conlleva la existencia de un órgano judicial independiente y funcional, y una serie de normas que aseguren un proceso equitativo, en el cual el procesado tenga a su alcance todas las posibilidades de defenderse. Afirma BENAVIDES MONTERROSA: “El tema del debido proceso en nuestro sistema jurídico constitucional es por demás un tema actual que incide en todo nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta el carácter vinculante que posee la jurisprudencia emitida por la sala de lo constitucional (que podríamos considerar jurisprudencia paradigmática, en algunos casos) y por la trascendencia que juega la institución debido proceso en cualquier orden jurídico como pilar o fundamento de un orden jurídico global, dada su aceptación, expansión e incorporación globalizadas.⁴⁵ En conclusión, el debido proceso, tiene en el marco constitucional de nuestro país las

⁴⁴ Ibidem

⁴⁵ **BENAVIDES MONTERROSA** Op. Cit. Pág. 162

siguientes aplicaciones procesales, extraídas directamente de la norma suprema:

1º) Que la persona únicamente puede ser privada de sus derechos mediante el previo debido proceso legal correspondiente.

2º) Que el referido juicio debe de estar regulado con anterioridad al hecho del cual se juzga.

3º) Que para privar a la persona de sus derechos esta debe ser oída realmente en el juicio conforme a las leyes.

4) Que el fallo se base en las leyes anteriores al hecho de que se juzga.

5ª) Que la legalidad, tanto en lo procesal como en lo material, no sea mero formalismo, sino de conformidad con los valores jurídicos incorporados por el legislador al texto constitucional lo que implica la garantía del debido proceso en materia procesal y sustantiva frente a los órganos estatales productores de derechos.

6º) Que los tribunales competentes se hayan instituido con anterioridad a los hechos que deben juzgar.

7ª) Que se presuma la inocencia del imputado hasta probarse su culpabilidad en el proceso.

8ª) Que la culpabilidad del presunto delincuente sea probada en un juicio público, como derivación de la garantía de audiencia de la cual goza todo ciudadano sometido a un proceso penal, regulado por el derecho interno y derecho internacional.

9ª) Que el juicio proporcione al imputado: a-Todas las garantías necesarias para ejercer su defensa. b- El derecho a ser informado de manera inmediata y comprensible de sus derechos y de los motivos de su detención. c- El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo so pena de carecer de valor jurídico la declaración.

10ª) Que se asegure la asistencia de defensor tanto en los órganos auxiliares de la administración de justicia, como ante los tribunales. Llámese fiscalía, centros penales, tribunales y en todas aquellas actuaciones que se realicen ante cualquier autoridad.

11º) Que la orden de detención se provea bajo el principio de legalidad o por orden escrita, salvo el caso del delincuente sorprendido infraganti.

12º) Que la detención administrativa y para inquirir no exceda de 72 horas.

13º) Que dentro del término para inquirir el tribunal cumpla con las siguientes obligaciones: a- Notificar al detenido lo motivos de su detención. b- Recibir su declaración indagatoria.

En síntesis, se entiende el Debido Proceso como una garantía constitucional que asegura al ciudadano la observancia de las reglas constitucionales procesales, cuyas finalidades son, por un lado, el respeto de los derechos fundamentales básicos que no pueden ser limitados sin justificadas razones y por el otro la obtención de una sentencia ajustada a derecho. El debido proceso es un derecho fundamental, subjetivo y público que contiene un conjunto de garantías: principios procesales y derechos procesales, que tienen las partes en el proceso, dichos principios y derechos se encuentran consagrados en nuestra constitución, configurando así al

Debido Proceso. Es así que el cumplimiento del debido proceso garantiza la eficacia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

2.2.2 Dimensiones del Debido Proceso

El debido proceso presenta dos dimensiones: una procesal, que es aquella que engloba las instituciones jurídicas necesarias para obtener un proceso formalmente válido; y otra sustancial la cual se vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad de los actos de poder, y por tanto, determina la prohibición de cualquier decisión arbitraria. Se hace referencia al debido proceso como una realidad sustantiva, material, necesaria para el recto ejercicio de la función jurisdiccional y el logro de la tutela judicial efectiva.

2.2.2.1 Aspecto Procesal del Debido Proceso

En su origen, tal como se ha indicado, la garantía del debido proceso limitó sus alcances en relación a los aspectos procesales que deben ser observados por los órganos de la administración y tribunales de justicia. Este alcance también ha experimentado cierta evolución o enriquecimiento, especialmente en el ámbito de la jurisprudencia de los países americanos, ampliada con una visión sistemática o científica por la doctrina de los expositores del Derecho procesal.

No es posible determinar la forma precisa en que ha evolucionado el Debido Proceso en el ámbito procesal, sin embargo, de la regla impuesta a Juan Sin Tierra (que es donde ubican los orígenes del debido proceso- uno de los tantos orígenes) se concluye que la primera connotación procesal de la garantía se dirige a asegurar por un lado *"el juicio legal de los pares"* o jurado y por otro a la de ser juzgado conforme a la *"ley de la tierra"*

(competencia), todo con respecto a la detención o apresamiento, o a la aplicación de penas confiscatorias o al destierro.

Con estos antecedentes y lineamientos se establece en orden lógico, y como obligadas premisas del tema de la garantía constitucional que estudiamos las siguientes:

a) La Constitución presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana;

b) La ley, en el desenvolvimiento normativo jerárquico de preceptos, debe instituir ese proceso;

c) Pero la ley no puede instituir formas que hagan ilusoria la concepción del proceso consagrada en la Constitución;

d) Si la ley instituyera una forma de proceso que privara al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho sería inconstitucional;

e) En esas condiciones, deben entrar en juego los medios de impugnación que el orden jurídico local instituya para hacer efectivo el control de la constitucionalidad de las leyes⁴⁶.

Ahora bien, en términos generales se ha dicho que el Debido Proceso con todas sus reglas, sus caracteres, especificaciones, lineamientos legales, jurisprudenciales y doctrinarios consiste en:

a) Que el demandado haya tenido debida noticia, la que puede ser actual o implícita;

⁴⁶ **CLARA OLMEDO**, Op. Cit., p.32

b) Que se le haya dado una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos, incluso el de declarar por sí mismo, presentar testigos, documentos relevantes y otras pruebas;

c) Que el tribunal ante el cual los derechos son cuestionados, está constituido de tal manera que dé una seguridad razonable de su honestidad e imparcialidad y que sea un tribunal competente.

Con todo lo expuesto, puede cuestionarse ¿Qué posibilidades ofrece el marco constitucional salvadoreño a la garantía del debido proceso legal? Con ese objeto hay que señalar que los constituyentes de 1983, así como los que les antecedieron en los años 1950 y 1962, en ninguna disposición constitucional emplearon la fórmula del "debido proceso legal", así en el Art. 11 Inc. 1o. de la Constitución de 1983, dijeron: —*Ninguna persona puede ser privada del derecho de la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro derecho sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa*".

Más adelante en el Art. 15 expresaron: "*Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate y por los tribunales que previamente haya establecido la ley*". Debe apreciarse que las reglas anteriores se integran o complementan en una sola, para configurar la garantía en estudio. Que aunque el legislador no empleó literalmente la expresión "debido proceso legal", ella debe considerarse incluida especialmente en dichas disposiciones y en otras más contenidas en la misma Constitución. De igual manera en el Art. 13 Cn. impone limitaciones coherentes con el debido proceso, al establecer restricciones a las autoridades administrativas y demás, para dictar órdenes de detención o decretar prisión. Así también, en el mismo sentido respecto a

los jueces impone la obligación de notificar al detenido los motivos de la detención, recibir su indagatoria y decretar su libertad o detención provisional en el término de setenta y dos horas.

Como consecuencia lógica, la expresión empleada por el legislador constituyente en el Art. 11 Inc. lo. De la Constitución de 1983, implica la garantía del “debido proceso legal”, tal como fue concebida originalmente y ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, en base a las enmiendas Va. y XIVa., de la Constitución Federal de Filadelfia, y, por lo consiguiente, dicho instituto alcanza tanto a la administración (Ejecutivo), a los jueces o tribunales de justicia y por supuesto al legislador ordinario, tanto al legislar en materia procesal (cualquier ley procesal) como el legislar en materia de derecho sustancial⁴⁷.

2.2.2.2 Aspecto Sustancial del Debido Proceso

El aspecto sustantivo del debido proceso se puede enmarcar a partir del momento en que la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, admitió juzgar los actos legislativos, hecho que sucedió a mediados del Siglo XIX en ocasión del caso —*Murray vs. Hoboken Lan//*, en el cual categóricamente dejó trazado el nuevo alcance de la garantía al manifestar —*el procedimiento que nosotros debemos examinar es un proceso legal; esto no lo negamos. El mismo fue arreglado por una ley del congreso pero, ¿es esto debido proceso legal?, luego de hacerse cargo el tribunal que en la constitución no define ni fija los principios que gobiernan esta institución, agrega: es evidente sin embargo, que no se ha dejado al poder legislativo el derecho de hacer de tal procedimiento lo que le plazca. El Art. V de la*

⁴⁷ **CLARÁ RECINOS**, Op. Cit., p.33

Constitución (la enmienda V) es una restricción impuesta al poder legislativo tanto como al ejecutivo y judicial; el cual no puede considerarse que deja al congreso la libertad de hacer por su sola voluntad —de todo procedimiento un debido proceso.

El "debido proceso legal" no es otra cosa que un instrumento ingeniosamente elaborado para viabilizar el control constitucional de los actos del Estado legislador, y es por eso una garantía, esto es, una tutela frente a posibles excesos del legislador, cuando atendido a sus atribuciones legislativas puede atentar contra los derechos fundamentales de la persona, tales como la vida, la libertad y la propiedad. Esta garantía según la Constitución de 1983, traduce en la realidad la seguridad que por medio de una ley se pretenda privar a un individuo de su vida, de su libertad, de su propiedad o de cualquier otro de sus derechos, sin proceso judicial previo, dicha ley inconstitucional y jamás debe ser aplicada, cualesquiera sean las circunstancias.

Al respecto, FRANCISCO LINARES señala que el debido proceso sustantivo constituye un *Standard* o patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos; es decir hasta dónde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo.

Para BUSTAMANTE ALARCÓN, el debido proceso sustantivo exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su

inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez. En efecto, el debido proceso sustantivo implica una garantía de ciertos contenidos de justicia en la decisión judicial, administrativa u otra similar, aplicando la razonabilidad y proporcionalidad de las leyes en los casos sometidos a consideración⁴⁸.

El derecho constitucional al debido proceso, en el ordenamiento jurídico Salvadoreño, según jurisprudencia de la sala de lo constitucional, debe referirse exclusivamente a la observancia de la estructura básica que la misma constitución prescribe para todo proceso o procedimiento, aun no hay aplicación razonable, adecuada y justa de las leyes materiales labor exclusiva del juzgador ordinario al momento de dictar sentencia en base a su discrecionalidad jurídica objetiva.

En este sentido, la Sala limita el alcance del debido proceso. En primer lugar lo ciñe al ámbito del derecho procesal al expresar que en nuestro ordenamiento jurídico constitucional se refiere únicamente a la estructura básica constitucional de todo proceso y procedimiento. En segundo lugar le imposibilita influir en el ámbito de derecho sustancial cuando manifiesta que no se refiere a la aplicación razonable de las leyes materiales, lo cual está sujeto a la discrecionalidad del juzgador.

No así otros de los elementos antes descritos tantos en la presente como subyacente en el resto de ideas, misma que no obstante se abordarán en los siguientes capítulos en más detallada forma y en concordancia con las ideas que se han traído a colación hasta ahora, aunque sea de una forma simplificada .

⁴⁸ **PALMA ENCALADA, Leny.** “El debido proceso sustantivo como instrumento para asegurar una sentencia justa||., Sitio Web Derecho y Cambio social||, consultado 16/10/2009. URL: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista004>

2.3 Presunción de Inocencia

Es “la duda en sentido amplio” afirma JORGE CLARIÁ OLMEDO⁴⁹ Constituye un estado que la ley presume legalmente. JOSÉ I. CAFFERATA NORES⁵⁰, jurista argentino, dice: “*que la duda solo beneficia al penalmente perseguido por el principio constitucional de inocencia; y que por imperio de este dogma, el imputado goza de un estado jurídico de inocencia que no necesita ser construido*” Este principio está inmerso en el Debido Proceso Legal el cual se ha constitucionalizado trascendiendo así el ámbito penal para ser un Derecho Fundamental vinculante para todos los ciudadanos.

Hablar de inocencia es referirse directamente al imputado, quien es el único “inocente”, en la relación jurídico-procesal. Quienes han de aplicar la ley penal, deben verificar si el hecho que se imputa está acorde con el precepto descrito por el legislador, y si ha lesionado bien jurídico alguno, pero mientras esa verdad no quede firmemente establecida en una sentencia, el autor del hecho, será siempre inocente. Esta garantía esta en relación estrecha con el PRINCIPIO DE “IN DUBIO PRO REO”, que constituye una REGLA DE GARANTÍA y que en términos sencillos significa, “*lo más favorable al reo*”.

Nadie puede ser considerado culpable sino es mediante una Sentencia dictada luego de un juicio oral y público en el que se le hayan asegurado al procesado todas las garantías, se consagra en esta regla la necesidad de certeza.⁵¹ Es una de las garantías más fundamentales de todo Estado de Derecho.

⁴⁹ Ibidem

⁵⁰ CAFFERATA NORES José I. *La Prueba en el proceso penal*. Séptima Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires 2011

⁵¹ LUNA, Oscar Humberto, *El Debido Proceso Penal* Sitio Web Diario Colatino, entrada del 08 de marzo de 2004, consultado 10/09/2009. Url: www.diariocolatino.com/.

Esta garantía establecida en el Art. 12 Cn y los Artículos 5 y 6 del Código Procesal Penal, es la principal derivación del principio de jurisdiccionalidad que se expresa en el mandato constitucional de que nadie puede ser considerada culpable sin una sentencia obtenida en juicio.⁵² Se trata de una garantía constitucional que impide como si fuera culpable a la persona que se le atribuye un hecho delictivo, o lo que es lo mismo, toda persona inculpada ha de ser tratada como inocente hasta que su culpabilidad resulte establecida conforme a la ley.

El correcto entendimiento de esta garantía nos lleva a poner de relieve que a través de ella, no se afirma que el imputado sea inocente, sino que debe de ser tratado como tal mientras no exista una sentencia condenatoria que declare su culpabilidad.

En el momento actual, la presunción de inocencia incorpora una nueva dimensión que se deriva de su plasmación en la Constitución como derecho fundamental. La presunción de inocencia ya no es, únicamente un criterio informador del ordenamiento penal, es fundamentalmente una garantía constitucional del ciudadano sometido a juicio.

Es decir ya no se trata de un mero principio interpretativo de la norma procesal, que inspira la actuación de los tribunales imponiendo la aplicación-*pro reo*” de la norma jurídica. Antes que nada se trata de una norma de directa aplicación y reclamable como derecho fundamental que contiene, en primer término, un mandato al legislador a quien corresponde establecer un proceso respetuoso de la idea de inocencia y, junto a ellos, un mandato dirigido al tribunal, a quien se impone siempre seguir la tesis más favorable al reo, resolviendo en caso de duda lo más favorable al imputado.

⁵² CAZADO PEREZ, Op. Cit., P. 18

La jurisprudencia emitida por la sala de lo Constitucional señala 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 de fondo condenatorio o resolución motivada respetando los principios del debido proceso...*”⁵³

Según la “Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, la presunción de inocencia significa que nadie puede ser condenado por un delito “mientras que no se establezca plenamente su culpabilidad...”. El Comité de Derechos Humanos de la ONU, al comentar el Art. 14 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, observó que “en virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación, y el acusado tiene el derecho de la duda”. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable- dice un comentario del Comité.

El Artículo 11.1 de la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS dice: *-Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.*

También la “DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE”, en el Artículo XXVI, Inc. primero dispone: “*se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable*”. Cabe aclarar que con las ideas del iluminismo, al promulgarse esta Declaración, es cuando surge este Principio históricamente. Lo mismo se contempla en la “CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS

⁵³ **SENTENCIA DE AMPARO** del 10/02/1999,C:S:J. Ref. 360-97, Considerando III

HUMANOS” en el Artículo 8.2 que al respecto dice: *—toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad//. El —PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS//, en el Artículo 14.2, declara: —toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se compruebe su culpabilidad conforme a la ley.*

El estado de inocencia es al mismo tiempo una garantía, y más aún, un derecho individual que le corresponde al individuo, y del cual goza aún antes de iniciarse el proceso penal en su contra. Por eso, esta garantía desde su origen se ha formulado como un baluarte poderoso de la libertad individual, para frenar los atropellos y abusos de quienes reiteradamente lo irrespetan, y ha servido y debe ser así, para favorecer y contribuir a la Seguridad Jurídica. Se ha discutido respecto si debe considerarse como un estado o presunción; realmente es un estado, pues le pertenece desde antes que el proceso arranque, es más, tal estado lo continúa conservando el individuo hasta que haya sentencia firme condenatoria; lo que ocurre es que por tratarse de un Derecho Fundamental de la persona, le es innato y le pertenece siempre, lo que la ley hace es PRESUMIR la inocencia reconociéndola legalmente.- Por tanto, es un ESTADO, que la Ley la presume legalmente.

2.4 Juez Natural

En este derecho se plantea en la exigencia de que el Juez o tribunal sean realmente imparciales e instituidos con anterioridad, evitando en lo posible los tribunales especiales como los militares; este principio es entendido no solo como una exigencia de que el juez, que ha de conocer el caso sea el predeterminado por la ley sino también como una prohibición de

que el conocimiento del caso se atribuya a jueces especiales. El juez ordinario no puede ser otro que el juez territorial, objetiva y funcionalmente competente

Juez natural resulta aquel que tiene competencia asignada por vía legal o reglamentaria para entender en cada supuesto litigioso. En los procesos penales la predeterminación es un presupuesto obligado, pues tiene a evitar la manipulación sobre el órgano jurisdiccional evitando cualquier sospecha sobre la imparcialidad del procedimiento a encauzar. La finalidad esencial que porta esta garantía para el justiciable es la de priorizar la independencia e imparcialidad del órgano, impidiéndole al legislador o a la administración crear una competencia especial o una jurisdicción arreglada a la medida del hecho que se debe resolver.⁵⁴ En definitiva el juez natural tiene dos facetas: por un lado, exige que el procedimiento sea llevado por el juez competente designado con anterioridad a los hechos que motivan la causa, y por otro, a nulificar el enjuiciamiento de quien no sea el juez natural⁵⁵.

Sobre el contenido de este derecho, la sala de lo Constitucional ha afirmado que *"tal categoría jurídica, protegible a través del amparo, exige en su contenido la convergencia de cuatro elementos:*

- a. Que el Órgano Judicial 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*

⁵⁴ GOZAINI, Op. Cit., P. 199

⁵⁵ Idem.

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...*⁵⁶

Por ello, el Art. 15 Cn. no se extiende a garantizar un juez concreto, sino únicamente comprende el derecho a que la causa sea resuelta por el juez competente; así, resulta válido señalar que el derecho al juez natural, se ve vulnerado al atribuirse indebidamente un asunto determinado a una jurisdicción que no corresponde. En efecto, mientras que el ejercicio de diversos derechos y libertades requiere una normativa de desarrollo que especifique sus límites respecto a otros derechos, y provea las condiciones para su efectividad, tal no es el caso en cuanto a este derecho, cuyo ejercicio queda garantizado por la mera aplicación en cada supuesto de las normas preexistentes atributivas de competencias; de manera que el contenido de este derecho se agota con esa aplicación, sin necesidad de norma alguna que lo desarrolle, o precise las condiciones de su ejercicio.

2.5 Juicio Previo

La garantía del Juicio Previo consiste en que el juez natural no puede imponer una pena sin que haya realizado un proceso que culmine con una declaración fundada de culpabilidad. Requiere mínimamente la fijación legal de un programa de carácter general e inalterable, para la investigación y juzgamiento de delitos, en el que se resguarde la observancia de formas relacionadas con la acumulación, defensa, prueba, sentencia y recursos.

Sobre el contenido de esta garantía, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que *“la exigencia del proceso previo supone dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso, la posibilidad de exponer sus*

⁵⁶ **SENTENCIA DE AMPARO** del 21/05/2002, CSJ Ref. 237-2001, Considerando IV b.

*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*⁵⁷.

Esta garantía constitucional se encuentra en los Artículos 11 y 14 de la Constitución. El proceso previo que exige la Constitución, no es cualquier proceso que puedan establecer a su arbitrio las autoridades públicas competentes; al contrario ha de tratarse de un procedimiento imparcial, que permita al imputado amplias oportunidades de defensa.

El juicio previo incorpora dos contenidos básicos: que la imposición de una pena o una medida de seguridad, es decir, el ejercicio de la actividad punitiva estatal, está limitado por una forma que es el proceso, y no cualquier proceso, sino el legalmente configurado; por otro lado, la necesaria existencia de un juez, pues el juicio previo al que se refiere la Constitución es el realizado por los jueces y tribunales y no por cualquier otra autoridad, pues no se concibe la imposición de una pena o la aplicación de una medida de seguridad, sino en virtud de una sentencia judicial. La noción de juicio previo presupone la forma acusatoria del proceso y desde este punto de vista se corresponde con la configuración del proceso penal como un proceso de partes, y en suma, como un instrumento de protección jurídica del individuo, pues su finalidad no es solo atender el castigo de los culpables, sino también la protección de los inocentes, incluso del mismo culpable, en cuanto su culpabilidad no podrá ser establecida a costa del respeto de su dignidad personal⁵⁸.

⁵⁷ **SENTENCIA DE AMPARO** del 13/10/1998,C:S:J: Ref. 150-97, Considerando II

⁵⁸ **CAZADO PEREZ**, Op. Cit., Pág.. 1-2

Esta garantía lleva implícito el Derecho de Audiencia consagrado en el mismo Artículo 11 Cn., sobre el cual la sala de lo Constitucional ha establecido “*esta disposición constitucional establece lo que se conoce como derecho de audiencia, el cual se caracteriza, en primer lugar, por ser un derecho de contenido procesal, instituido como protección efectiva de los demás derechos de los gobernados; y, en segundo lugar, es un derecho relacionado indiscutiblemente con las restantes categorías jurídicas subjetivas protegibles constitucionalmente*”.

Asimismo refiere la Sala de lo Constitucional que “el Art. 11 Cn. señala en esencia que la privación de derechos –para ser válida jurídicamente es necesario que sea precedida de proceso seguido “conforme a la ley.”

Tal referencia a la ley no supone que cualquier infracción procesal o procedimental implique por sí violación constitucional, pero sí exige que se respete el contenido del derecho de audiencia. Aspectos generales de dicho derecho, de modo genérico y sin carácter taxativo, son: (a) que a la persona a quien se pretende privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso, el cual no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones constitucionales respectivas; (b) que dicho proceso se ventile ante entidades previamente establecidas, que en el caso administrativo supone la tramitación ante autoridad competente; (c) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales; y (d) que la decisión se dicte conforme a leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado” esta última en referencia al principio procesal que se maneja en la mayoría de legislaciones latinoamericanas como es el llamado principio de legalidad, y como referencia el principio de irretroactividad de la ley.⁵⁹

⁵⁹ **BERTRAND GALINDO y otros.** Op. Cit. Pág. 345

2.6 Tratamiento del Debido Proceso en Otras Legislaciones

Hoy en día, la incorporación del debido proceso como una garantía de orden constitucional no plantea ningún problema en casi la totalidad de ordenamientos jurídicos en el planeta; esta masiva incorporación no solo ha sido a nivel de los ordenamientos jurídicos internos, sino, que además, los sistemas internacionales de protección de derechos humanos la han incluido en sus respectivas cartas de consagración de derechos como pilar de esos sistemas.

Los principios y garantías del debido proceso están reconocidos en pactos o convenios internacionales, pero también en importantes declaraciones y resoluciones internacionales sobre derechos humanos adoptados por la Organización de las Naciones Unidas, ONU, la Organización de Estados Americanos, OEA entre los que podemos mencionar:

2.6.1 Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos, contiene varias disposiciones en las que queda plasmada la garantía del Debido Proceso. Entre ellas se dice que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo (Art.8); que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (Art.9); que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (Art.10); a que se lo presuma inocente mientras no se prueba su culpabilidad (Art. 11). La mayoría de todas estas disposiciones internacionales han sido recogidas en los cuerpos legales del derecho interno salvadoreño.

2.6.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Según este pacto los estados partes están obligados a garantizar a todo ciudadano que se le ha violado un derecho otorgado por el pacto un recurso efectivo, que podrá presentar ante las autoridad competente en condiciones tales que no se pueda frustrar el derecho que se protege (Art.. 2. apartado 3, incisos a, b y c). El artículo 9º tutela los derechos a la libertad y a la seguridad personales, procurando evitar las detenciones arbitrarias o el juicio ilegal. El artículo 14 focaliza especialmente el punto que consagra la garantía del debido proceso. Asimismo el Art.14.1 expresa: “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente independiente e imparcial establecido por la ley en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

2.6.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos

Esta convención reconoce el carácter inderogable de las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos fundamentales lo cual ha sido interpretado y desarrollado ampliamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanas en importantes opiniones consultivas. En el Art. 7 se establece el derecho a la libertad personal, En el Art. 7.1 expresa —*Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas*”. En su Art. 8 reconoce la imparcialidad e independencia de los jueces al establecer que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente,

independiente e imparcial establecido con anterioridad por ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

También se señala en su Art. 25 que *“toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso rápido y efectivo ante jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en calidad de funcionarios oficiales*

En el Art. 8.2 establece la presunción de inocencia al reconocer que: *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad//*. A la vez, se reconoce una serie de garantías mínimas que debe tener toda persona sometida a un proceso como: Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; Concesión al inculcado del tiempo personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo no nombrare dentro del plazo establecido por la ley; Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Nota sobresaliente es la consideración que si el inculcado es abogado de la Republica, la legislación Salvadoreña concede la facultad de que perfectamente pueda defenderse por sí solo, sin perjuicio del derecho a ser asistido por otro defensor de su elección o designado por el Estado. Claro está que estos casos tendrán un tratamiento especial en su diligencia.

2.6.4 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Declaración que sostiene en el Art. 25 dice que: *“Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes//. En el Art. 26 se encuentra el derecho a un proceso regular:// Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. También que: —Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas*

2.6.5 Convenio Europeo para la Protección de Los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

La Convención Europea de Derechos Humanos fue adoptada por el Consejo de Europa en 1950 y entró en vigor en 1953. El nombre oficial de la Convención es Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Tiene por objeto proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y permite un control judicial del respeto de dichos derechos individuales, en todos los países que conforman hoy en día la Unión de Republicas Europeas y que en su momento fueron menos de las que hoy en día integran dicha comunidad, todo como consecuencia de la creciente anexión de las demás naciones, por lo que en referencia al debido proceso su Art. 6 señala: *“toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial establecido previamente por la ley, que decidirá sobre los litigios o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella//”-*

CAPITULO III

EL CRITERIO DE OPORTUNIDAD

Como figura jurídica y como antes ya se señaló el Criterio de Oportunidad surge en la reforma del Sistema Procesal Penal Salvadoreño a partir del 20 de abril de 1998, incorporando un conjunto de instituciones procesales que dan vigencia a las garantías y derechos Constitucionales. Impulsados por los nuevos institutos procesales, que han demostrado su utilidad, garantizando el respeto de los derechos de los imputados, víctimas y partes procesales dentro del proceso. Todo ello sin entrar en mayores consideraciones respecto al alcance y dificultades de dichos avances, debido a que serán tratados en otros ítems, pero si estableciendo que para algunos es totalmente exitosa y para otros es limitado. El principio de oportunidad es uno de esos institutos procesales que ha demostrado su utilidad, sin embargo existen problemas de interpretación y aplicación en la práctica judicial salvadoreña, los cuales han diferido en el transcurso de estos años.

Ahora bien conviene entender que el Principio de Oportunidad es la facultad de la Fiscalía General de la República, como ente encargado de la promoción y persecución de los hechos delictivos, para prescindir de la acción penal en aquellos casos expresamente señaladas en la ley.

Tal definición comparte diversos presupuestos con las salidas alternas del proceso penal como lo son: la conciliación, la reparación integral del daño, la conversión de la acción penal pública a acción privada o la suspensión condicional del proceso a prueba, sin embargo sólo en la aplicación de los criterios de oportunidad regulados en la ley, el ente requirente goza de la facultad para prescindir de la acción penal pública de forma autónoma e independiente respecto de la víctima y el imputado. El

órgano encargado de la persecución penal no necesita consultar o requerir la autorización de las víctimas o del imputado para prescindir de la persecución penal pública, como en el resto de salidas alternas. Teóricamente dicha facultad discrecional no es arbitraria, pues está sujeta a condiciones y circunstancias expresamente señaladas en la ley. Nuestro proceso penal no goza de una naturaleza acusatoria pura, que le permita al ente requirente prescindir con discrecionalidad de la persecución penal que dicho sea de paso es una de las debilidades en la aplicación e interpretación y por consiguiente efectividad de la figura en comento.

Ahora se harán consideraciones sobre los elementos del Criterio de Oportunidad, esbozando elementos como Base Constitucional, Sistema Acusatorio, Concepto Características, Sujetos, Naturaleza, Limites Alcances, Efectos, y Derecho Comparado. Cuestión que nos permitirá comprender el porqué de la implementación de esta figura en la legislación Salvadoreña y sus principales problemáticas.

3.1 Base Constitucional

La Constitución Política del Estado es la norma jurídica suprema positiva que rige la organización de un Estado, estableciendo: la autoridad, la forma de ejercicio de esa autoridad, los límites de los órganos públicos, definiendo los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos y garantizando la libertad política y civil del individuo. La Constitución es una norma jurídica porque ésta es la significación lógica creada según ciertos procedimientos instituidos por una comunidad jurídica y que, como manifestación unificada de la voluntad de ésta, formalmente expresada a través de sus órganos e instancias productoras, regula la conducta humana, en un tiempo y lugar definidos, prescribiendo a los individuos, frente a

determinadas circunstancias condicionantes, deberes y facultades, y estableciendo una o más sanciones coactivas para el supuesto de que dichos deberes no sean cumplidos.

Es por ello que toda figura jurídica a implementarse debe supeditarse a los lineamientos establecidos por la norma suprema; es así que el primer cuerpo normativo a considerar en el ordenamiento jurídico salvadoreño es la Constitución de la Republica; si bien es cierto que no existe una disposición legal expresa que de reconocimiento explícito a la figura del criterio de oportunidad; este reconocimiento legal se puede desglosar de las mismas facultades que la norma máxima da a la Fiscalía General de la República, y las cuales si están de forma expresa en la carta magna salvadoreña. El artículo 193⁶⁰ establece el catálogo de facultades otorgadas por el Estado a esta entidad perteneciente al ministerio público. Nótese que no es una disposición taxativa respecto a su contenido, ya que reconoce la existencia de otras facultades que en su momento la misma norma jurídica pueda llegar a someter a un conocimiento imperativo dentro de sus competencias.

En esencia se enumeran un total nueve atribuciones concretas de las cuales se retomaran aquellas que sirvan para encontrar los principales cimientos Constitucionales de la figura que se está analizando en este texto; y una última que es una facultad con posibilidad abierta de situaciones que puedan atribuírsele a la Fiscalía General de la Republica. El numeral 3 y 4 de la disposición antes citada lleva inmerso el fundamento Constitucional del Criterio de Oportunidad; dice el primero que le corresponde a la Fiscalía, dirigir la investigación del delito y el segundo que corresponde a la misma

⁶⁰ **CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR.** Op. Cit. Artículo 193 N° 3 y 4 “Corresponde al Fiscal General de la República: Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley..... Promover la acción penal de oficio o a petición de parte”

promover la acción penal, para realizar estas potestades debe realizar o echar a andar todas aquellas políticas, medidas o acciones necesarias para poder efectivizarlas, y dentro de estos mecanismos es que se retoma la figura del criterio de oportunidad, que en términos sencillos es como dice INGLES AQUINO citando a GIMENO SENDRA *“la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer bajo determinadas condiciones de su ejercicio con independencia que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”*⁶¹.

A manera de síntesis, el verdadero fundamento Constitucional no se encuentra de forma expresa en el cuerpo Constitucional, sino más bien hay que hacer un análisis deductivo y sencillo de las atribuciones otorgadas por el Estado Salvadoreño a la Fiscalía General de la República, lo que nos permitirá comprender las implicaciones de la figura del Criterio de Oportunidad, e incluso permitirá identificar las correspondencias de esta figura con las garantías Constitucionales plasmadas en la misma carta magna, las cuales no serán analizadas en este apartado por ser objeto de estudio de próximos acápite.

3.2 Criterio de Oportunidad en el Sistema Penal Anglosajón y Continental Europeo

A. Inglaterra

Durante el proceso de consolidación y concentración del poder político que condujo a la formación de los Estados absolutos en la Edad Media, la ausencia de persecución pública centralizada en Inglaterra puede ser explicada a partir del hecho de que el procedimiento inglés no adoptó las formas inquisitivas durante el Medioevo. Así, durante el siglo XIII, el derecho

⁶¹ INGLES AQUINO, Patricia Ivonne, Op. Cit. Pág 104.

inglés desarrolló la institución del jurado que caracterizaría su proceso penal en los siglos venideros. Este jurado vino a ocupar la función del inquisidor europeo, debiendo recolectar las pruebas, evaluarlas y expresar el resultado de esa evaluación en un veredicto, por lo que la responsabilidad de perseguir.

El delito quedó en manos particulares hasta el siglo XIX, momento en que nace el Ministerio Público inglés (el Crown Prosecution Service⁶²). De tal suerte, la naturaleza acusatoria del proceso penal en Inglaterra no se alteró, continuando atribuida la acción penal (prosecution⁶³) a la Corona, aunque no materialmente ejercida por ella, pero sí en su nombre. Esa capacidad para actuar del acusador privado surgía de su condición de súbdito, aunque actuaba con completo control sobre la persecución. Esto explica el por qué no tenía mucho sentido dictar una norma que impusiera la obligatoriedad de la acción penal, ya que la misma tenía un carácter eminentemente discrecional.

El derecho inglés, en la actualidad, establece un sistema de persecución penal privada que depende en la práctica de la persecución llevada a cabo por el policía, lo cual explica las grandes diferencias entre las políticas de persecución de los distintos condados. Sin embargo, como señala SARAY Y QUEZADA, la política de persecución a nivel local indica que se debe iniciar formalmente la persecución penal siempre que se cuente con elementos de prueba suficientes (suficiente para dar certeza a las resoluciones judiciales) que tornen probable la obtención de un pronunciamiento condenatorio o por el contrario una decisión absolutoria⁶⁴.

⁶² Literalmente: Servicio de Persecución de la Corona

⁶³ Literalmente: persecución

⁶⁴ **PERALTA AGUILAR**, Saray; Quesada Carranza, Sergio. *Principio de Oportunidad*:

Se puede decir que el sistema de persecución penal inglés ha venido sufriendo transformaciones muy grandes en las últimas décadas, siendo la creación del Servicio de Persecución Penal de la Corona (Crown Prosecution Service Act), mediante la ley de Persecución Penal Pública de 1985, la iniciativa de mayor trascendencia, al lograr centralizar la función persecutora, de manera que al día de hoy la acusación es representada, en la generalidad de los casos, por los abogados del Crown Prosecution Service Act⁶⁵.

B. Estados Unidos de Norteamérica

En un inicio, la persecución penal privada también fue la regla en Estados Unidos, como herencia del régimen legal inglés, papel protagónico de la víctima que perduró hasta el siglo XVIII, a partir de cuándo comienza el desarrollo de lo que es hoy día la tradición penal estadounidense. En ese sentido, se señalan dos rasgos fundamentales a destacar de este sistema:

1. Proceso penal basado en el principio acusatorio puro (adversary system)⁶⁶
2. La disponibilidad de ambas partes (acusador e imputado) sobre el proceso, lo que implica que el imputado puede adherirse a la pretensión del acusador (guilty plea)⁶⁷ o incluso negociar con él los cargos a presentar (plea bargaining)⁶⁸

En el ámbito estatal, con relación al órgano básico de acusación pública (district attorney)⁶⁹, su esfera de competencia se inscribe en la

Aplicación en Costa Rica. Investigaciones Jurídicas, S.A. Costa Rica, año 2004. Pág. 74

⁶⁵ Literalmente: Acta de Persecución de la Corona

⁶⁶ Literalmente: Sistema Adversatorio

⁶⁷ Literalmente: Declaración de Culpabilidad

⁶⁸ Literalmente: Negociación de los cargos

⁶⁹ Literalmente: Fisca del Distrito

circunscripción local, mientras existe en todos los Estados la figura del Attorney General, quien es el miembro del Poder Ejecutivo encargado del asesoramiento jurídico a nivel estatal, aunque sus atribuciones procesales quedan circunscritas a asuntos civiles.⁷⁰

A nivel federal, la acusación pública gira en torno a los US Attorneys, a razón de uno por cada distrito judicial. Estos fiscales están llamados a ejercer la acción penal por delitos federales, así como también la defensa de la Federación en causas civiles, los cuales gozan de un amplio margen de autonomía en sus funciones. No obstante, la Federación tiene su propio sistema de justicia penal, por lo que "...es lícito hablar del proceso penal norteamericano. Ello se debe a la existencia de una única cultura jurídica de ámbito nacional; esto es, tanto los ciudadanos como los operadores jurídicos han mantenido tradicionalmente un conjunto uniforme de representaciones mentales, actitudes y pautas de comportamiento en relación con el derecho. El proceso penal representa, así, una estructura y unos principios rectores muy similares entre los distintos ordenamientos estatales, así como entre estos y el ordenamiento federal".

El ejercicio de la acción penal es responsabilidad exclusiva de los poderes políticos, en concreto, del Poder Ejecutivo, siendo una de sus particularidades el hecho de que el acusador estatal interviene en procesos cuyos principios fueron desarrollados durante la etapa de la acusación particular, lo que al final de cuentas impacta en gran medida su sistema de persecución penal. Por ejemplo, el principio de la verdad histórica no fue incorporado al proceso, subsistiendo el consenso como elemento central del modelo de enjuiciamiento. Al respecto, señala BOVINO "La facultad de

⁷⁰ **DÍEZ PICAZO, Luís María.** *El poder de acusar.* Editorial Ariel, Barcelona, año 2000, pág. 70. Pàg102.

negociación del fiscal, elemento característico del derecho estadounidense, es consecuencia, en primer lugar, de la herencia histórica de un sistema de enjuiciamiento desarrollado durante la vigencia de un régimen de persecución privada y, en segundo término, del desconocimiento del principio de legalidad procesal⁷¹.

Entre las causas para que se diera este fenómeno, de acuerdo a DIEZ PICAZO, se encuentran las siguientes⁷²:

1. La probable permeabilidad a ciertas ideas ilustradas europeas
2. El apego a la autonomía local y la descentralización del poder, íntimamente relacionado con las grandes dimensiones del territorio y la dificultad de las comunicaciones, lo que habría dado lugar a un fiscal mayormente vinculado a las comunidades locales
3. El temprano enraizamiento de prácticas democráticas, lo cual trajo consigo el carácter electivo y políticamente responsable del fiscal
4. Una rígida concepción del principio de separación de poderes, según la cual el ejercicio de la acción penal sería un instrumento inherente a la función ejecutiva

A su vez, DIEZ PICAZO afirma que el carácter electivo del Ministerio Público trajo consigo dos importantes consecuencias:

1. Contribuyó a afirmar la noción de que la acción penal es un Instrumento de la función ejecutiva.
2. Sirvió de fundamento para el asentamiento de la práctica de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal Como

⁷¹ **BOVINO, Alberto:** *La persecución penal pública en el derecho anglosajón.* citado en: **Peralta Aguilar, Saray; Quesada Carranza, Sergio.** Op. Cit., pág. 90.

⁷² **DÍEZ PICAZO, Luís María.** Op. Cit. Pág. 53

consecuencia, no existe en el derecho estadounidense el deber de ejercer la acción penal cada vez que se tenga conocimiento de la notitia criminis, sino que tal decisión queda a la libre apreciación del fiscal.

De ahí que muchos casos no sean objeto de persecución por diversas razones, como por ejemplo:

- a) Que la prueba obtenida por la policía es insuficiente
- b) Que los testigos no son confiables
- c) Que la evidencia decisiva ha sido obtenida de forma ilegal, pudiendo ser excluida en el juicio
- d) Que el fiscal ha decidido considerar a toda una categoría de infracciones como inapropiadas para ser llevadas a juicio, ya sea en base a la no tipicidad de la conducta reprochada, o en que las leyes en cuestión son tan impopulares que resulta improbable que el jurado se pronuncie con una condena
- e) Que el fiscal entienda que puede conferir inmunidad en compensación por haber colaborado en la investigación del hecho

Tal grado de discrecionalidad del Ministerio Público norteamericano viene dado, a su vez, por la propia Constitución, la cual en su artículo II señala lo siguiente: ...la posibilidad de que las decisiones del fiscal puedan ser controladas por un órgano ajeno al Poder Ejecutivo representaría un problema constitucional vinculado al principio de la división de poderes”.

En ese tenor, se advierte que dicha discrecionalidad no le fue conferida al fiscal de modo explícito, sino que los tribunales la han afirmado por razones puramente prácticas, entre ellas que se cometen demasiados delitos en una sociedad como para que sea remotamente posible procesarlos

todos, por lo que se ve en la figura del fiscal una especie de coordinador del sistema penal que debe analizar minuciosamente los casos antes de proceder a acusar, teniendo para sí una serie de mecanismos alternos que le permiten igualmente impartir justicia sin necesidad de acudir a juicio.

A nivel de Doctrina, sólo en dos supuestos se admite el control judicial de la decisión de perseguir del fiscal: en los casos de persecución selectiva (selective prosecution), y persecución vindicativa (vindictive prosecution). El primero se funda en el principio constitucional de igualdad ante la ley, de forma que la persecución es selectiva si se demuestra que el imputado ha sido tratado de manera diferente a otras personas en similares circunstancias, y que la decisión de su persecución se fundó en circunstancias ilegítimas, como raza, religión o creencias políticas. En cuanto al control de la persecución vindicativa, el mismo se funda en la cláusula constitucional del debido proceso de ley, por ejemplo cuando el fiscal utiliza la decisión de iniciar la persecución con el objetivo de castigar a quien ha ejercido sus legítimos derechos constitucionales.

Modelo Continental Europeo

A. Italia

En Italia, anterior a la reforma del Código de Procedimiento Criminal, se daba también la dificultad, como es de esperar, de cumplir a cabalidad con las exigencias del principio de obligatoriedad de la acción penal, presentándose una excesiva duración de los procesos penales a consecuencia de la incapacidad de hacer frente a todos los problemas derivados de la acumulación de los casos dentro del sistema. Debido a tales razones, se analizó la necesidad de establecer soluciones alternativas al proceso penal ordinario, siendo una de las opciones preferidas la de

introducir procedimientos simplificados y alternativos, como las “indagini preliminari” y la “udienza preliminare”. Precisamente uno de los objetivos de la reforma al código procesal italiano dice fue intentar obtener la máxima celeridad del proceso penal, por lo que a lo largo de todo su articulado se observa una obsesión por alcanzar el objetivo de acelerar al máximo el proceso penal, residiendo el mérito del nuevo texto legal en la capacidad de compaginar este objetivo de aceleración con el respeto absoluto a las garantías procesales del derecho de defensa”⁷³. En sentido general, en Italia se excluye la disponibilidad absoluta del Ministerio Público sobre el contenido del proceso penal, no teniendo este último la posibilidad de decidir si eleva o no acusación, o si archiva directamente la notitia criminis, ya que siempre debe solicitar al juez su requerimiento.

Dice PRADEL⁷⁴ que El Codice di Procedura Penale de 1988 instaura un proceso acusatorio fundamentado en tres pilares básicos:

- a) separación de funciones;
- b) separación del proceso en distintas fases;
- c) máxima simplificación del proceso.

Siendo más precisos, se eliminó la fase de instrucción prevista en el Codice Rocco, iniciando el proceso con la investigación preliminar. Entre las medidas para lograr el cometido de aceleración del proceso destacan las siguientes: la instauración del juicio penal abreviado, la aplicación de la pena a petición de partes, el juicio directísimo, el juicio inmediato y el procedimiento por decreto. Sin embargo, y a pesar del marcado interés en

⁷³ **GOLDSTEIN, Abraham.** *La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos.* Revista Lecciones y Ensayos, año 1998, no. 49, pág. 67

⁷⁴ **PRADEL Jean.** Op. Cit. Pág. 99

acelerar los procedimientos, no se optó por la consagración pura del Principio de Oportunidad⁷⁵ sino que lo que se hizo fue buscar simplificar la fase instructora del procedimiento ordinario.

No obstante, todas estas vías están inspiradas en criterios de economía procesal, y le otorgan facultad a las partes para solicitar la sustitución de un procedimiento alternativo por otro; asimismo, en cuanto a sus efectos, eliminan algunas fases del proceso ordinario (investigación preliminar, audiencia preliminar, juicio de primera instancia, impugnación). Respecto del procedimiento abreviado, en caso de condena, la pena que el juez imponga, considerando la totalidad de las circunstancias, podrá ser disminuida en un tercio. Respecto de la aplicación de la pena a petición de parte, la misma no es más que una posibilidad de negociación de la pena, el plea bargaining norteamericano, con la diferencia de que en el sistema norteamericano esta figura tiene base en el principio de discrecionalidad de la acción penal por parte del Ministerio Público y la policía.

Se observa la amplia facultad que tiene el juez de realizar una completa censura de fondo sobre la petición de las partes, ya que puede apreciar ex officio la existencia de causas de exención de punibilidad, comprobar si la calificación jurídica del hecho y la valoración de las circunstancias han sido correctamente formuladas, determinar discrecionalmente si procede la suspensión condicional, verificar la voluntariedad del imputado, facultándole la ley a ordenar su comparecencia, así como controlar la proporcionalidad de la pena. Otra figura interesante es

⁷⁵ **VILLAGÓMEZ Cebrián, Marco A:** *El nuevo procedimiento penal monitorio italiano como modelo de simplificación y aceleración de la justicia penal*. Citado por: **DIEGO DÍEZ;** Luís Alfredo, en “Justicia Criminal Consensuada”, pág. 1267

la del arrepentido o “testigo de la corona”, Siendo los motivos por los que el “arrepentido” decide colaborar con la justicia muy variados, como el interés en la reducción de la pena, un mejor tratamiento carcelario, o hasta por seguridad personal.

B. Alemania

La ola de reformas al sistema procesal penal en Alemania en la década del setenta trajo consigo una serie de cambios importantes dirigidos sobre todo al aceleramiento del proceso por medio de un amplio conjunto de medidas tales como la abolición de la instrucción judicial previa a cargo de un juez de instrucción, así como de la audiencia fiscal para dar cierre a la investigación.

El proceso penal alemán se divide en una fase declarativa y en otra ejecutiva, reguladas en los Libros II al IV de la StPO (Ordenanza Penal Alemana o Código de Procedimiento Penal Alemán), la primera, y en el Libro VII, la segunda. Véase a continuación un poco del contenido de cada una de ellas, para ampliar un poco más la perspectiva de la situación originada en el ordenamiento jurídico Alemán.

A su vez, la fase declarativa consta de tres fases: el procedimiento preparatorio de investigación, el procedimiento intermedio y el principal, en el que tiene lugar el juicio oral. GÓMEZ COLOMER refiere la existencia de 4 principios relativos al inicio del proceso penal alemán: oficialidad, acusatoriedad, legalidad y el principio de juez legal. Es oficial porque en el proceso penal alemán la persecución penal del hecho punible es iniciada por una autoridad estatal, y el delito es perseguido de oficio; es acusatorio porque son distintos los sujetos que juzgan y acusan; juez legal, en el sentido de que nadie podrá ser sustraído de su juez natural, y legalidad, pues la

fiscalía está obligada, en principio, a investigar siempre que tenga conocimiento del delito⁷⁶.

En cuanto a las excepciones a la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, en los artículos 153 y ss., regula los casos en que el fiscal puede prescindir de la persecución penal, a saber:

1. En casos absolutamente irrelevantes, de mínima culpabilidad del autor e insignificancia del hecho
2. En casos relativamente irrelevantes cuando carezca de importancia la consecuencia jurídica a imponer al lado de la ya impuesta
3. En casos de hechos cometidos en el extranjero o por extranjeros en los que el interés público sea mínimo
4. En casos de delitos leves, sustituyéndose la pena por condiciones y mandatos
5. En casos de cuestión prejudicial civil o administrativa
6. En casos de delitos de acción privada

En todos estos casos, el Principio de Oportunidad se traduce en la posibilidad de archivo que tiene el fiscal, pudiendo en muchas ocasiones archivar directamente el proceso. De tal forma, el fiscal cuenta con dos posibilidades para finalizar la fase preparatoria, a saber:

7. Archivar la causa, ya sea por motivos procesales, como que haya prescrito el delito; por motivos materiales, como que los hechos no constituyen un delito; por motivos fácticos, como que el hecho no puede ser imputado al inculpado, o en base a la aplicación del Principio de Oportunidad. o,

⁷⁶ **GÓMEZ COLOMER**, Juan Luís: El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, Valencia, España. pág. 45.

8. Ejercer la acción penal

Respecto a la primera opción, se encuentra la figura del *Absprache*, como modalidad de conciliación, consistiendo en acuerdos informales entre las partes con la finalidad de reducir el alto número de causas, la cual funciona de forma similar al “plea bargaining”, con la diferencia de que en Alemania no se trata de acuerdos formales sino acuerdos basados en la confianza.

En lo que se refiere a los casos de colaboración en delitos graves y delincuencia organizada, la doctrina germana se ha ocupado del estudio y análisis de dichos casos de manera muy exhaustiva. Al respecto, HASSEMER indica que: “En la República Federal Alemana se busca introducir una “regulación sobre los testigos de la corona” para asuntos penales de carácter terrorista, en donde se producirá el sobreseimiento del proceso, ya sea por parte del Fiscal General Federal y/o a través del juez de la investigación de la Corte Suprema de Justicia, para aquél sospechoso de un hecho que ha dado declaraciones importantes sobre un grupo terrorista. La fundamentación de esta variante del Principio de Oportunidad se plantea diciendo que sería la única posibilidad de una efectiva lucha contra el terrorismo y el crimen organizado”⁷⁷.

De manera específica, la legislación contempla una atenuación de la pena para los partícipes de la asociación criminal que impidan la perduración de la asociación o la realización de los correspondientes delitos medio (artículos 129, VI, y 129, a. V, StPO). Se puede observar que la legislación

⁷⁷ **HASSEMER, Winfried:** *Ponencia pronunciada en el Symposium Internacional sobre la transformación de la justicia penal en Argentina*, organizado por el Consejo para la Consolidación de la Democracia, año 1989. Movimiento orientado a la investigación de proyectos profesionales para todo latino América. Argentina uno de los países pioneros en doctrina de este tipo.

alemana también le confiere al fiscal la posibilidad de renunciar a la persecución penal en casos de colaboración.

3.3 Concepto

Una de las primeras aproximaciones a la figura del Criterio de Oportunidad, y avocándose a los orígenes de esta idea, puede hasta sorprender su arraigo y su historicidad, aunque por un lado su reconocimiento como figura jurídica sea tratada como contemporánea. Y de ese mismo pensar es INGLES AQUINO, quien dice literalmente que “*El apóstol Judas traicionó a su maestro por treinta monedas de plata tras negociar con el poder de su inmunidad. La enseñanza dejada por este ejemplo histórico no fue la plausibilidad del obrar de los romanos, sino el sentido de culpa que llevo a Judas a colgarse de un árbol tras su detestable traición*”⁷⁸, con el anterior asemejo caemos en cuenta que dicha figura ha estado presente desde hace muchos años, pero que su reconocimiento ha surgido como una necesidad indubitable de respuestas punitivas, ante la creciente ola de resquebrajamiento de la cohesión social de la humanidad. Vale entonces comenzar un análisis desde la perspectiva semántica de la frase *Principio de Oportunidad*, o como se le denomina también *Criterio de Oportunidad*.

El Concepto Principal de esta figura jurídica que parece más completo es el que da GIMENO SENDRA como “*la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer bajo determinadas condiciones de su ejercicio con independencia que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado.*”⁷⁹ Concepto que trata dicho instituto jurídico

⁷⁸ **INGLÉS AQUINO Patricia Ivonne**. Op. Cit. Pág. 103

⁷⁹ **GIMENO SENDRA**, Vicente y Otros; Derecho Procesal Penal, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, España 1993. Págs. 62-72.

como una facultad, tal cual en el caso de la legislación salvadoreña, es revestida de un alto grado de discrecionalidad por parte del órgano aplicador. Por otro lado GONZALES ALVAREZ dice que es “*aquél que trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal frente a casos en los cuales ordinariamente debía de acusarse por ser un aparente hecho delictivo.*”⁸⁰ al igual que el autor anterior toman como elemento de referencia la discrecionalidad al momento de prescindir de la acción penal.

Otro de los autores que dan un aporte importante al concepto es MAYER⁸¹ quien dice que Oportunidad es la posibilidad de que los órganos públicos a quienes se les encomienda la persecución penal prescindan de ella en presencia de la noticia de un hecho punible o incluso frente a la prueba más o menos completa de su perpetración formal o informal, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político criminales.

En síntesis, y retomando elementos importantes y comunes de las definiciones dadas por los diversos autores se realiza la siguiente definición:

“Es la potestad discrecional conferida al ente estatal que posee el monopolio de la acción penal pública, de prescindir excepcionalmente de la persecución penal de ciertos delitos o de suspender la acción iniciada, en casos predeterminados por la ley.”

Esta definición es en base a la cual se trabajara durante todo el desarrollo de este estudio, que como bien ya se dijo no se trata de un estudio

⁸⁰ **GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel**; *El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Julio de 1993, año 5, No. 7, Pág. 67.

⁸¹ **MAIER, Julio**; *Derecho Procesal Penal Argentino*, Editorial Hammurabi, SRL, Buenos Aires, Argentina 1989, Pág. 555

dogmático sino más bien sobre un estudio práctico general sobre el Criterio de Oportunidad en la Legislación Salvadoreña, tomando como base el apunte Legal, doctrinario y jurisprudencial.

3.4 Características

LLOBERT RODRIGUEZ Y CHIRINO SANCHEZ⁸², tratan sobre los caracteres o patrones que identifican a la figura jurídica del Criterio de Oportunidad estableciendo las siguientes:

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

La primera característica se refiere a que la regla general es la obligación del Ministerio Público de perseguir penalmente todos los delitos de acción pública, que lleguen a su conocimiento y la aplicación de principio de oportunidad se traduce en la regulación legal de las excepciones a esta obligación.

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

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

⁸² **RODRÍGUEZ Javier Llobet y Alfredo CHIRINO SÁNCHEZ**, Op Cit. Pág. 49 en el mismo sentido que Duce.

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

3.5 Sujetos

Hablar de una relación jurídica procesal a nivel jurisdiccional implica, la concurrencia de actores sobre los cuales recaen actos jurídicos, que en su esencia y conjunto generan esa concatenación de actos que comprenden un Proceso. El Proceso penal por ejemplo está compuesto por la concurrencia de actores, como la víctima, el imputado, el juez, el fiscal, el defensor, querellantes, los testigos, los jurados, etc., que vienen a ser los partícipes y por ende sujetos procesales que merecen ser analizados al menos de una forma somera, de acuerdo a su grado de participación en las causas penales y específicamente en la figura del Criterio de Oportunidad.

Se comienza primero con el sujeto o autoridad encargado de aplicar e interpretar el Criterio de oportunidad; y es *el Fiscal*. El conocimiento adecuado del caso, basado en las evidencias recopiladas, le permitirá al fiscal establecer con precisión la calificación jurídica de los hechos y la posibilidad de aplicar alguna de las causales de Principio de Oportunidad. Estos aspectos inciden de manera determinante en la distribución de funciones al interior de la Fiscalía General de la Nación en lo que respecta a la aplicación de dicho instituto. A manera de síntesis, el Fiscal es el único sujeto o fiscalía la única entidad facultada para poder conceder el Beneficio de Oportunidad.

Ahora bien, otro de los sujetos es *la Víctima*, como parte pasiva en una relación jurídico penal, o como principal afectado de la comisión de un

delito. Cabe resaltar que se debe abocar al Artículo 105 del Código Procesal Penal⁸³ Salvadoreño, quien delimita, quien o quienes serán considerados víctimas. Respecto a la aplicación del Beneficio de Criterio de Oportunidad, no se le pide opinión a la víctima, y en muchos de los casos, la víctima no sabe quién es el beneficiado o testigo criteriado, todo como parte de la potestad discrecional de la que está revestida la Fiscalía General de la República. Dice al respecto BEDOYA SIERRA, Citando un fallo de la Corte Constitucional Colombiana⁸⁴, que los derechos del afectado deben ser considerados cuando se aplique cualquiera de las causales de Principio de Oportunidad y no sólo en aquellas en que la indemnización a la víctima es consagrada como requisito, aspecto que será abordado con mayor profundidad cuando se analice cada una de las causales, aunque en este momento cabe insistir en que la labor investigativa también debe orientarse a la verificación de los perjuicios causados y el monto de los mismos. La armonización de los derechos de las víctimas y los fines inherentes a la aplicación del Principio de Oportunidad.

Por su parte *El Imputado* que en la opinión de la mayoría de autores es el más afectado con este tipo de figura jurídica, sin perjuicio del imputado que sea beneficiado con esta medida. La calidad de imputado dicen el código penal la adquiere quien mediante cualquier acto del procedimiento, sea señalado como autor o partícipe de un hecho punible, por tal razón a partir

⁸³ **CÓDIGO PROCESAL PENAL** Op. Cit. Artículo 105 “Se considerará víctima: 1. Al directamente ofendido por el delito. 2. Al cónyuge, al compañero de vida o conviviente, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, al hijo o padre adoptivo y al heredero testamentario, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido. 3. A los socios, respecto a los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren o controlen, o sus gerentes, o por quienes dirijan o administren una sociedad controlada, controlante o vinculada. 4. A las asociaciones, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses”

⁸⁴ **BEDOYA SIERRA Fernando y otros** Op. Cit. Pág, 11

de ese momento puede el sujeto activo de este beneficio ser favorecido por la Fiscalía, siempre y cuando reúna los presupuestos de aplicación. Aunque esto genere un doble efecto, en los imputados, por un lado beneficiando a uno o unos y desfavoreciendo a otros.

El Juez otro de los sujetos relacionado a esta figura jurídica, y quien actúa en calidad de tercero imparcial en la relación jurídico penal, y que dentro de sus competencias esta dirimir el conflicto generado entre las partes, pero ya específicamente en lo referente a materia de criterio de oportunidad y su concesione es escaza la participación que este pueda tener respecto a su concesión, la legislación solo le permite involucrarse al momento de analizar si la petición de la Fiscalía cumple con los requisitos exigidos por la ley. En caso de no reunir todos los requisitos el juez deniega el beneficio, resolución que es apelable, pero en caso de reunirlos se autoriza el beneficio sin ningún inconveniente. Por lo que en síntesis el juez actúa como contralor de la legalidad de la petición del Criterio de Oportunidad.

3.6 Alcances y efectos

3.6.1 Alcances

Los alcances y efectos del criterio de oportunidad explícitamente están reglados en el artículo 18, 19, 20 y 21 del Código Procesal Penal Salvadoreño, sin necesidad de hacer un gran esfuerzo intelectual se puede extraer el contenido de esos alcances y efectos más o menos de la manera siguiente: Por un lado el primero de los artículos referidos establece los alcances de la concesión de este beneficio, exponiendo que el Fiscal puede prescindir total o parcialmente de la persecución penal de hechos delictivos así como respecto a uno o varios hechos partícipes, expone esta disposición

legal además los presupuestos para la aplicación de este beneficio, que en el caso de El Salvador están totalmente reglados.

El primero de los presupuestos es que el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave.

En los casos de colaboración con la investigación la conducta del colaborador deberá ser menos reprochable que la de los autores o partícipes cuya persecución facilita.

En el caso de crimen organizado no podrá concederse criterio de oportunidad a quienes dirijan las organizaciones, salvo que ello sea imprescindible para probar la intervención de los demás miembros de la cúpula de la organización delictiva sin perjuicio de que en este último caso se incrimine además a otros participantes de los hechos delictivos.

Véase aquí que el grado de participación y acciones anteriores al delito o durante su ejecución son las que determinan el favorecimiento al imputado; además de establecerse una exclusión especial a los dirigentes de bandas del crimen organizado (caso que por momentos parece absurdo pues el ministerio público no escatima dicho criterio).

El presupuesto segundo aplica cuando se trate de un hecho que produzca una mínima afectación del bien jurídico protegido, por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad; esta regla no se aplicará a los delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos o municipales, autoridad pública o agentes de autoridad, en el ejercicio de sus

funciones. Podemos citar por ejemplo un delitos de desordenes públicos agrupaciones ilícitas entre otros.

El tercero implica que el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho un daño físico o psíquico, grave o irreparable, que le incapacite para el ejercicio de sus actividades o cuando tratándose de un delito culposo haya sufrido un daño moral de difícil superación.

El cuarto aplicara cuando la pena que corresponde por el hecho o calificación jurídica de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a la pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones, o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

Y últimamente cuando el imputado se encuentre afectado por una enfermedad mortal e incurable en fase terminal.

Otro de las limitaciones son Graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, Delitos de Lesa Humanidad, Crímenes de Guerra y Genocidio va de la mano del cumplimiento de las obligaciones internacionales que ha adquirido El Salvador en materia de protección de derechos humanos.

Existe una expresa prohibición de aplicar el Principio de Oportunidad cuando se trata de hechos constitutivos de graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, cuestión de política criminal encaminada a no dejar impune los delitos que han generado gran impacto en la sociedad. Cítese por ejemplo la matanza del mozote en los tiempos del conflicto civil en El Salvador, o la mismísima masacre del sumupul.

3.6.2 Efectos

El principal efecto del Criterio Oportunidad es el desistimiento de la persecución penal y por ende la extinción de la acción penal, ya sea de forma total o parcial según los acuerdos, Cuando se prescinda parcialmente de la persecución penal podrá aplicarse el procedimiento abreviado respecto de los hechos delictivos no comprendidos en los acuerdos. Esto es así en el caso del numeral uno del artículo 18, en el caso de los numerales del dos al cuatro el efecto que sucede es la Conversión de Acción Penal Pública a Acción Penal Privada.

Otro de los efectos no menos importantes es el referido a la responsabilidad civil, y se resumirá básicamente en la disposición del artículo 21 del Código Procesal Penal el cual dice que La aplicación del criterio de oportunidad no afectará lo relativo a la responsabilidad civil.

3.7 Límites

Uno de los principales límites de operación del principio de oportunidad, radica en la prohibición de conceder este beneficio a jefes y cabecías de bandas del crimen organizado, además de límites como la mínima participación del imputado en ciertos casos, y en general los presupuesto que en su momento se vuelven marcos de actuación por parte del órgano encargado de echar andar la política criminal en el Salvador.

3.7.1 Modelos de Aplicación

Los modelos de aplicación del principio de oportunidad que se conocen se dividen en dos grandes grupos que a continuación se detallaran y se desarrollaran en su orden:

La oportunidad libre

Este modelo es propio del derecho anglosajón y se aplica en países como Inglaterra y Estados Unidos, en sus sistemas el Ministerio Fiscal posee todos los poderes discrecionales para el ejercicio de la acción penal. En estos países, afirma CHANG PIZARRO⁸⁵ se concede la discreción en el grado más amplio, prácticamente no está sometido a control alguno y la decisión de acusar sólo es una de las manifestaciones de la discrecionalidad del fiscal, ya que una vez que éste determina que existe causa probable para considerar que una persona cometió un delito tiene amplia autoridad para decidir si garantiza una investigación, otorga una inmunidad o negocia la pena y el tribunal no puede obligar al fiscal a iniciar o continuar con la persecución penal en un caso concreto. De esa forma, el fiscal decide qué cargo formula, cuándo y cómo lo formula, además de tener amplias facultades para revisar la imputación ya formulada y decidir como estrategia procesal del caso qué solicitudes presenta antes del juicio, qué pruebas aporta, qué pena recomienda, etc.

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

⁸⁵ **PIZARRO CHANG**, Op. Cit. Pág. 56

La oportunidad reglada

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

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

La utilización del término “oportunidad reglada”, ha sido criticado por autores como ARMENTA DEU⁸⁶, bajo el argumento que posee una contradicción en sí mismo, pues lo discrecional implica la libertad de escoger y configurar los elementos del acto administrativo que no han sido regulados por la ley ni por la jurisprudencia.

En cambio el término “reglado”, derivado también del derecho administrativo, se utiliza en el caso de potestades regladas en las leyes, que dejan fuera cualquier margen de discrecionalidad.

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

⁸⁶ ARMENTA DEU, Teresa. Op. Cit. Pág. 33

3.8. Críticas a favor y en contra

A Favor

En vista que el principio de oportunidad no ha sido atacado únicamente bajo el argumento de ser opuesto al principio de legalidad, a continuación se expondrán las principales posiciones doctrinarias que atacan o defienden su legitimidad. Entre los defensores del citado principio encontramos autores como JULIO MAYER⁸⁷, quien manifiesta que el principio de oportunidad cumple dos grandes objetivos:

- a) La descriminalización de hechos, pues existen casos donde resulta innecesaria la aplicación de la pena;
- b) La eficiencia del sistema penal, pues con éste se procura el descongestionamiento de la justicia penal, sobresaturada de casos que no permite el tratamiento preferencial de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema.

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

En ese sentido, GUARIGLIA⁸⁸, expresa que la adopción del principio de oportunidad reglado constituye el medio más idóneo para erradicar la

⁸⁷ MAIER, Julio; Ob. cit., Págs. 555-562.

⁸⁸ GUARIGLIA, Fabricio; *“Facultades discrecionales del Ministerio Público en la investigación preparatoria: El principio de oportunidad: El Ministerio Público en el Proceso Penal”* Revista Doctrina Penal, No 49-52, Buenos Aires, 1990, Pág.

arbitrariedad que domina actualmente en los procesos de selección que operan dentro del sistema de enjuiciamiento penal. Entre las ventajas que señala BARRIENTOS⁸⁹ para la adopción de este principio encontramos:

- a) Señalar las causas y casos en que procede un tratamiento sencillo y rápido de los asuntos penales.
- b) Controlar la legalidad de las negociaciones y facilitar su conocimiento público.
- c) Orientar prioritariamente los recursos de la investigación y la función del juez hacia delitos de mayor dañosidad social.
- d) Disminuir al mínimo la participación estatal en hechos de poca importancia y priorizar los más graves.
- e) Favorecer el acceso a la justicia y,
- f) Responsabilizar a jueces y fiscales de la procedencia, contenido y legalidad de los casos de desjudicialización.

Además varios autores concuerdan en señalar como otra ventaja, la de evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad y la reinserción de presuntos terroristas que proporcionan una mejor información de las bandas armadas, y que el principio de oportunidad, en su versión reglada, no tiene que suponer una violación de los principios y normas que rigen el proceso penal, claro está, bajo la adecuada selección de los casos en los que él mismo puede entrar en juego y el establecimiento de una serie de mecanismos de control judicial y de la propia víctima que eviten la posibilidad de un uso abusivo y desleal de la institución, desviándolo de la finalidad que lo justifica. Admitiendo además en el principio de oportunidad reglado, siempre que existan márgenes precisos que establezcan legalmente

⁸⁹ BARRIENTOS PELLEGER, César; mencionado en Rodríguez Campos, Alexander y Otros; *“El principio de oportunidad. Conveniencia procesal de la persecución penal”*, Editorial Juritexto, San José, 2000. Pág. 297.

los supuestos de ejercicio del principio y la existencia de los correspondientes controles, está dentro del campo de la legalidad, pues al usar el Ministerio Fiscal una facultad que la ley le reconoce no puede vulnerarse ésta. Como parte conclusa consideran que los supuestos de oportunidad para que generen el respeto de un Estado de derecho deben estar determinados con absoluta precisión.

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

En Contra

Hay muchos argumentos a favor de la figura del principio de oportunidad no obstante también existe un número considerable de argumentos de en contra, de los cuales se trata a continuación. MONTERO AROCA⁹⁰, expone que este principio lo que pretende es limitar los poderes del órgano jurisdiccional fortaleciendo al Ministerio Público, es decir, disminuir el poder de un órgano independiente como son los jueces, para aumentar los poderes de un órgano subordinado al ejecutivo.

Afirma, que si uno de los argumentos para su adopción es evitar los efectos criminógenos de las penas breves privativas de libertad, debería mejor preocuparnos el perfeccionamiento del derecho penal material o

⁹⁰ **MONTERO AROCA, Juan**; *“El Derecho Procesal en el Siglo XX”*, Tirant lo blanch, Valencia, España 2000, Págs. 124.

aumentar los poderes del órgano jurisdiccional para sustituir la pena de prisión por criterios establecidos en la ley material, pero no en la ley procesal. Señala, que el principio de oportunidad supone una desvirtuación del derecho penal material por medio del proceso, al basarse éste en dos decisiones políticas: la primera, es la del legislador quien determina cuando una conducta debe ser considerada delito; y la segunda, la atribución de la pena a imponer a cada una de esas conductas. Por ello, la tipificación de una conducta como delictiva, es el resultado de lo que una determinada sociedad entiende atenta contra sus intereses generales a tal grado que merece una respuesta sancionadora y precisamente penal.

En ese orden de ideas, todo el esfuerzo del legislador al tipificar una conducta y señalarle una pena pueden quedar privadas de sentido en virtud de una norma “no penal”, por la que se autorice al Ministerio Público a disponer de este derecho penal en los casos concretos. Agrega, que si la disposición legal que establece el principio de oportunidad se califica como procesal, todo el Código Penal quedaría sujeto a la aplicación de una norma procesal, a una única norma capaz de vaciar de contenido a todas las normas penales materiales. En relación con el argumento de la mejor utilización de los recursos, dicho autor expresa que hay que admitir que el Estado no cumple con todas sus funciones de una manera plena. Para tal caso, se puede pensar en los servicios de salud o de educación. Por ello, pretender exigir al aparato judicial que cumpla con todas sus atribuciones, no sólo es una utopía sino también implica desconocer el obstáculo que representa la escasez de recursos humanos y materiales con que se cuenta.

Por su parte, LUIGI FERRAJOLI⁹¹, al referirse al principio de oportunidad, considera que este puede traer más costos que beneficios,

⁹¹ **FERRAJOLI, Luigi**; “Derecho y razón”; Editorial Trotta, España, 1997, Pág. 567

pues se trata de pactos en condiciones de desigualdad que pueden favorecer testimonios calumniosos y por conveniencia que provoca una disparidad de tratamiento e inseguridad jurídica.

Ante tal situación, surge la interrogante de quién logrará que un acusado ante la perspectiva de una reclusión perpetua se abstenga de realizar falsas acusaciones a cambio de acuerdos con el fiscal para eximirse de pena.

Un proceso de este tipo, afirma, desquicia al sistema de garantías, pues se rompe con el nexo causal entre delitos y penas, que ya no dependen de la gravedad del hecho o de la culpabilidad del autor, sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación. Además, se violentan los principios de igualdad, certeza y legalidad penal, pues no existe un criterio legal definido que condicione la severidad o la indulgencia del Ministerio Público. Considera que este principio niega sustancialmente la presunción de inocencia y la carga de la prueba al otorgarle primacía a una confesión interesada y el papel de corrupción de un sospechoso que se encarga a la Fiscalía y no a la defensa. Todo lo anterior es contrario al principio contradictorio que exige que el conflicto sea entre las partes en igualdad de condiciones y no una relación de fuerzas entre investigador e investigado.

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

HASSEMER,⁹² enfilea su crítica en términos de la prevención general, pues considera que los criterios de oportunidad tienden a debilitar las normas penales y transmiten la impresión de irregularidad o engaño, pues la selección es afectada por el oportunismo. Por otra parte, una interesante postura del tema, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, es planteada por MARINA GASCÓN⁹³, quien al oponerse al citado principio expresa que estos criterios son inspirados en la lógica mercantil *do ut des* (doy para que me des), congruentes con una tendencia actual a privatizar el derecho penal; sin tomar en cuenta que el proceso se constituye con el reconocimiento del valor probatorio del material recogido por el acusador. Lo anterior perturba el interés epistemológico del proceso al sustituir el concepto de verdad como “adecuación o correspondencia” al de verdad como “consenso”, ya que este tipo de principios tiende a convertir la confesión en la prueba reina y va contra la regla epistemológica que dice “para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria prueba del mismo, ya sea directa, deductiva o indirecta.”

3.9 Tratamiento del criterio de oportunidad en otras legislaciones Latinoamericanas

En torno a la reforma procesal penal latinoamericana en las últimas décadas, el contexto latinoamericano ha venido experimentando una evolución sin precedentes en materia de justicia penal. Lo que en principio parecía algo aislado en el Cono Sur, se ha convertido en un proceso de transformación regional que tiende a la expansión y que constriñe a todos los Estados implicados a realizar una reestructuración profunda de su regulación

⁹² HASSEMER, Winfried; Ob. cit, Pág. 12.

⁹³ GASCÓN ABELLÁN, Marina; *Los hechos en el Derecho: Bases argumentales de la prueba*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, España 1999, Pág. 127.

Procesal penal, pues ello representa un paso fundamental para colmar, con directrices bien definidas, las expectativas de un esquema garantista que no había tenido vigencia en los países de nuestro entorno; no al menos de forma integral.

Respeto a los derechos humanos, especialización, creación de instituciones y adecuación de las mismas, incorporación de nuevas figuras jurídicas, transparencia y escrupuloso cumplimiento de los principios por los que debe regirse un proceso penal característico del Estado democrático de Derecho, son rasgos que, unidos a otros, definen y orientan a esta nueva visión sectorial de la administración de la justicia penal. Más concretamente, con esta tendencia regional se abandona, si bien con ritmos diferentes en cada país, la desfasada concepción de interpretar a la persecución penal sobre la base de criterios inquisitivos, para adoptar en lugar de ello esquemas normativos coherentes con las exigencias de un marco jurídico internacional avanzado en materia de derechos humanos y libertades fundamentales. De este modo, se produce una eliminación paulatina de códigos procesales penales que dan cuerpo a modelos inquisitivos y escritos, plagados de complicados trámites burocráticos y excesivamente formalizados, para sustituirlos por otros que, de base, integren sistemas acusatorios y orales, más dinámicos, más garantistas y destinados a dar cumplimiento al objetivo de brindar justicia efectiva y expedita.

En ello mucho han tenido que ver la tendencia internacional y ciertas propuestas con alcance regional, sobre todo cuando, en principio, influyeron para que, en la década de los noventa, países como la República de Guatemala, la República Argentina, Chile y Costa Rica pusieran en marcha un proceso de depuración de los rezagos de los sistemas autoritarios que conservaban sus ordenamientos jurídicos. Después, progresivamente, la

inercia de este cambio radical ha desplegado sus efectos en gran parte de los países del Continente americano, dentro de los que pueden considerarse Colombia, República Dominicana, Perú, Ecuador, Nicaragua y Panamá.

Todo indica que, en la medida en que transcurra el tiempo, a escala regional se fortalecerá y ampliará la homologación de diversas instituciones, ideales, Concepciones y principios de insalvable aplicación en el marco de los sistemas garantistas latinoamericanos, como lo son, por ejemplo, los derechos de la persona imputada y de la víctima u ofendido del delito, el debido proceso, con especial énfasis en el derecho a la presunción de inocencia y a la igualdad ante la ley, o bien los principios acusatorio, de oralidad, de contradicción, de publicidad, de continuidad y de inmediación. Por lo que se refiere a la aplicación de criterios de oportunidad, debe subrayarse la reorientación de las atribuciones del ministerio público, siendo que, como hemos venido destacando, ahora se pone especial relieve en su discrecionalidad para prescindir del ejercicio de la acción penal en supuestos específicos, y ello, muy a pesar de que tienen especial vigencia los principios de legalidad y de oficialidad.

En efecto, dice MERINO HERRERA⁹⁴ los criterios de oportunidad hacen declinar esa concepción tradicional de que, atendiendo al interés público, de oficio el Estado debe perseguir el delito en cualquier circunstancia y bajo todo presupuesto, de modo que, en este caso, no podría predicarse el aforismo *nemo iudex sine actore* (no hay proceso sin parte actora), pues, en su más pura interpretación, el principio de oficialidad exige que el Estado intervenga en la persecución de todos los hechos delictivos, con independencia de que la víctima u ofendido tenga interés en ello.

⁹⁴ **MERINO HERRERA, Joaquín y otros.** El Proceso de Aplicación de los Criterios de Oportunidad Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Mexico 2009.pag. 73

Así pues, en estricto sentido, la persecución penal debe ser promovida por el aparato estatal. Como consecuencia de la flexibilización que se proyecta a través de la aplicación de los criterios de oportunidad, el principio de legalidad, que tiene que ver con la obligatoriedad en la persecución penal, y particularmente con el deber jurídico del ministerio público de promover la acción penal ante la posible comisión de una conducta delictiva, sin que pueda suspenderse una vez iniciada, sufre puntuales excepciones con miras a la economía procesal, a la despresurización de los órganos de administración de justicia y a obtener resultados en términos de eficacia, pero también para garantizar la protección de bienes jurídicos, así como el restablecimiento inmediato de los derechos de la víctima y la pronta reparación del daño que a esta pueda generarle el delito.⁹⁵

Con respecto a ello, debe considerarse la vinculación que puede tener la fracción del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por ejemplo, con el párrafo séptimo del artículo 21 de este mismo texto legal, pues aquél, en el que se halla una parte medular de la explicación a la reforma al sistema de justicia penal de junio de 2008, establece que «el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, [...], procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen», mientras que este último confiere la facultad al ministerio público de «considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley».

Y nada impide que, sobre la base de un sistema de *numerus clausus*, la expectativa prevista por el primero de los artículos mencionados, se materialice a través del segundo, transitándose, de este modo, de una

⁹⁵ QUINTANAR DÍEZ Manuel., Op. Cit. Pág. 89

justicia retributiva que, necesariamente, se enfoca en el castigo al autor de un delito sin que quepan excepciones, a otra de carácter restaurativo que, sobre la base del principio de consenso, busca solucionar conflictos y reparar con prontitud el daño a la víctima u ofendido por el delito.⁹⁶

Así, en casos delimitados, la obligatoriedad ya no es tan inflexible frente a la discrecionalidad, y en este sentido cabe expresar que, por razones diversas y con el objetivo de obtener importantes ventajas en materia de procuración y administración de justicia, legalmente se ofrece la alternativa de evitar el despliegue del aparato procesal penal en aquellos supuestos en que las circunstancias lo aconsejen o en otros que no tengan (tanta) relevancia penal (casos de insignificancia), pero siempre y cuando se agoten ciertos requisitos. Desde esta perspectiva, la discrecionalidad supone una atribución que otorga el ordenamiento jurídico al acusador público para optar o no por el ejercicio de la acción penal, de manera que la decisión que, en uno u otro sentido, este tome, en principio, se ajustaría a Derecho.

Queda claro que se impone la exigencia de que la opción por la que se decante el ministerio público, deberá ceñirse a los presupuestos legalmente establecidos. Conviene señalar que el Código Procesal Penal Alemán (Ordenanza Procesal Alemana) constituye un punto de referencia del modelo descrito, y no solo por lo que se refiere al tiempo en que lleva regulando los criterios de oportunidad, sino también por lo que corresponde a la forma en que lo hace. Concretamente, este texto legal incluye los criterios de oportunidad de forma reglada y como una excepción al principio de legalidad, de suerte que será el ministerio fiscal el que podrá prescindir, con la aprobación del Tribunal, (resuelven de forma conjunta la aplicación o denegatoria) de la persecución penal de delitos leves (menos graves) y de la

⁹⁶ **GUARIGLIA, F. Osvaldo**, Op. Cit. Pág. 87.

de otros cuando se trate de intereses del Estado o se pretenda garantizar la seguridad del mismo (153 y ss).

En definitiva, la aplicación de los criterios de oportunidad se rige tanto por fines de prevención general como otros de prevención especial. Frente a este modelo que establece como regla el principio de legalidad, aparece el esquema del sistema procesal penal de tradición anglosajona que, fundamentalmente, se rige por el principio de oportunidad. Un supuesto representativo de ello lo encontramos en los Estados Unidos de América, cuyo sistema de justicia criminal otorga una amplia discrecionalidad al fiscal para prescindir de la persecución penal o de su revocación una vez iniciada. En este caso, el principio de consenso despliega sus más contundentes efectos, pues son más los supuestos objeto de negociación que aquellos que se someten a juicio. En este sentido dice BAUMAN cabe considerar, por ejemplo, la solución negociada (plea bargaining), que consiste en un acuerdo previo al comienzo del juicio, o si se quiere, en una transacción entre el fiscal y el acusado en la que ambos se hacen concesiones recíprocas⁹⁷ (recomendaciones beneficiosas del fiscal, rebajas en la pena o la anulación de algún cargo) para concluir el procedimiento.

La importancia de considerar puntuales aspectos sobre estos dos modelos (alemán y el de tradición anglosajona), radica en que ambos, de una u otra forma, han sido tomados en cuenta en el proceso de implementación de los sistemas de justicia acusatorios latinoamericanos en general, y en lo relativo a la aplicación de los criterios de oportunidad en particular. En este último sentido, tampoco conviene dejar de lado las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de

⁹⁷ BAUMAN, Jurguen., Derecho Procesal Penal. conceptos fundamentales y principio procesales. introducción sobre la base de casos, Editorial de palma, Buenos Aires, Argentina 1986, págs. 58 y ss.

libertad”, o si se quiere, las Reglas de Tokio, pues en el punto 5.1. (Sobre las disposiciones previas al juicio) de su apartado II (sobre la fase anterior al juicio), puede encontrarse un fundamento internacional de la aplicación de los criterios de oportunidad. Concretamente, dicha disposición establece lo siguiente:

“Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales, deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la institución de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos, de poca importancia el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda”

Tras este planteamiento general, se abordará la previsión legal de la aplicación de los criterios de oportunidad en diversos países de nuestro entorno continental. Así, dedicaremos, de forma específica, una parte al régimen jurídico–procesal penal colombiano, por tratarse de un parámetro legal exhaustivo y desarrollado con mejor criterio legislativo que otros esquemas latinoamericanos. De hecho, en esta materia, Colombia ha sido nuestro principal referente, de ahí que existan importantes coincidencias entre ambos sistemas de regulación. También se tendrán en cuenta los modelos de otros países para establecer los rasgos esenciales de la aplicación del principio de oportunidad en este proceso de reforma penal de alcance regional.

CAPITULO IV

GENERALIDADES DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD

El Sistema Penal Acusatorio en su definición más sencilla es un sistema adversario, conforme al cual las partes, (Ministerio Público, Querellante si lo hubiere y la Defensa) se enfrentan en igualdad de oportunidades, ante un juez imparcial e independiente, que tomara una decisión de absolución o condena con base a las pruebas practicadas en la audiencia de juicio oral, y que al final es quien decide; sin perjuicio de las segundas instancias que sean permitidas por las legislaciones.

En este sistema se distingue una separación en las funciones de investigar, acusar y juzgar, una autoridad investiga: policía de investigación, una autoridad acusa: ministerio público, una autoridad acepta o rechaza la procedencia del caso y dicta medidas cautelares para proteger los derechos de víctimas y acusados: Juez, otra autoridad juzga la culpabilidad o inocencia del acusado: Juez de sentencia (o un jurado) y establece la pena consecuente.

Entre otras particularidades dice el Mexicano LUNA CASTRO en el Sistema Penal Acusatorio, el acusado es sujeto de derechos y debe ser escuchado durante todo el proceso. Su silencio no debe ser interpretado como un indicio en su contra. Tiene derecho a conocer sus autos de investigación y a ser tratado como inocente, tiene derecho a un abogado y durante la audiencia actual como parte procesal en igualdad de oportunidades que su acusador. La libertad es la regla general y la detención es la excepción, se utilizan otras medidas cautelares que no privan necesariamente al acusado de su libertad, la víctima ocupa una parte central

en el proceso penal. Participa en las investigaciones, se le informa del desarrollo de su caso, participa directamente en la audiencia ante el juez y el sistema busca resarcir el daño que ha sufrido; hay un sistema de audiencias públicas⁹⁸.

Otra serie de particularidades muy a criterio de los creadores de este trabajo de grado son las pruebas que no se desahoguen durante la audiencia pública no existen para el proceso; además de ser Público y Transparente; es decir todas las audiencias del proceso son públicas salvo contadas excepciones, la víctima y el acusado tienen acceso a las pruebas del caso desde el inicio del caso penal y a participar directamente en las audiencias y con la presencia del juez. La existencia ya conocida de los principios de inmediación, concentración, contradicción, igualdad debido proceso; y por supuesto el principio de oportunidad, en el cual El objeto del presente trabajo. Este último pretende solucionar de mejor forma el conflicto generado por la violación de la ley, el Estado permite la suspensión del proceso para aceptar sistemas operativos para la solución de controversias y procesos penal simplificados o abreviados.

Así las cosas, se concibe una Fiscalía fortalecida quedando destituida de las funciones jurisdiccionales, para que se dedique única y exclusivamente a la labor de investigación apoyada en los órganos de Policía Nacional Civil, que quedan bajo su dirección, coordinación y control en todas las labores que ejecute a partir del informe ejecutivo que deben presentar a más tardar dentro de las setenta y dos horas siguientes contadas desde el momento en que se tiene conocimiento del hecho lesivo (por cualquiera de

⁹⁸ **LUNA CASTRO, José Nieves**, *Las partes y otras peculiaridades del Sistema Procesal Penal Acusatorio Mexicano en su proceso de conformación*. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Curso de Especialización en Sistema Acusatorio", bajo el auspicio de la Universidad de Sevilla. México 2008. Pág. 27

los medios establecidos Informe Sistema Acusatorio legalmente) y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia de un delito. Ello asegura la imparcialidad y la igualdad de condiciones entre las partes para obtener una sentencia justa producto de un juicio oral, concentrado y contradictorio con igualdad de medios entre acusado y acusador. Lo anterior implica un cambio de rol del Fiscal pues a pesar de seguir vinculado a la Rama Judicial, pierde la facultad de tomar decisiones judiciales.

Ahora bien, tomando un papel más protagónico la Fiscalía General de la Republica para el desarrollo de la función investigativa, se ha previsto la creación de un Cuerpo de Policía muy técnico y profesionalizado que cumplirá su función en la forma indicada en el punto anterior. Además se integra con entidades del Estado que en desarrollo de su función quedan revestidas de las facultades investigativas bajo la coordinación y dirección de la Fiscalía, a través de su delegado. El Instituto Nacional de Medicina Legal, así como los laboratorios de los organismos de Policía, prestarán en todo el territorio nacional el apoyo correspondiente para el desarrollo efectivo del trabajo, muy especialmente en aquellos casos en donde la Policía puede intervenir directamente en desarrollo de actos de investigación sin la intervención del Fiscal.

La proyectada eficiencia del sistema Acusatorio necesariamente implica equilibrio entre la acusación y la defensa, lo cual se traduce en la necesidad de estructurar y fortalecer la Defensoría Pública para que tenga una verdadera presencia dentro del Proceso Penal, asegurando un verdadero juicio de partes. Lo anterior teniendo en cuenta que en nuestro país muy pocos imputados o acusados están en capacidad de costearse su defensa.

Dice MAIER, citado por AVELLA FRANCO, Respecto al fortalecimiento del juicio público, oral y concentrado. “El primero elimina de una vez por todas la carga judicial de llevar los procesos en expedientes por escrito (original y copia) lo cual indudablemente se revierte en un desgaste económico de enormes proporciones, así como en gran retraso de las actuaciones y mora en el desarrollo del proceso”⁹⁹. El derecho del procesado a un juicio sin dilaciones injustificadas es una garantía que hace parte de los derechos humanos tal como se encuentra consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 10; en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales¹⁰⁰, y en el Tratado Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

Un breve comentario merece la aparición del Criterio de Oportunidad que en el marco de este Sistema Penal se consagra como un instrumento “efectivo” para operar el sistema a partir del marco de la política criminal del Estado. Véase ahora también que en materia probatoria este sistema presenta también sus lineamientos, dentro de los cuales se puede acotar que quien descubre los elementos materiales probatorios no debe contaminar al funcionario encargado de practicar la prueba y evaluarla.

Con la inmediación del Juez del conocimiento para practicar las pruebas se facilita a su vez el principio de contradicción que se revierte en una decisión imparcial, autónoma e independiente. La formalización de la

⁹⁹ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal, II. Parte General, sujetos procesales*, 2a. reimpresión, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires – Argentina, 2002. Pág. 214

¹⁰⁰ **DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**, Aprobada en 10 de diciembre de 1948, del cual El Salvador fue Suscriptor. Artículo 10 “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

acusación como el acto más importante de la Fiscalía, se contraerá a la expresión de los elementos materiales probatorios que pretenda hacer valer en la audiencia para que la defensa pueda tener conocimiento de los mismos y pueda prepararse para presentar los suyos en la audiencia.

La audiencia de juzgamiento, como el acto procesal más importante del Sistema Acusatorio, será el escenario propicio para la práctica de la prueba¹⁰¹ que estando directamente a cargo del Juez, según las aportaciones de cada una de las partes, le brinda la oportunidad de valorarla sin que medie la intervención de otro funcionario o el paso inexorable del tiempo que la deteriora, asegurando su preservación y por dicha vía una contradicción más eficaz y oportuna de las partes.

Es así como se ha hecho un esbozo sobre el Sistema Acusatorio y su operación en ordenamientos jurídicos que lo adoptan como modelo para impartir justicia en materia penal, y que ha demostrado amplias ventajas respecto a los demás modelos de justicia penal; aunque ello no implique que estemos en presencia de un Modelo perfecto.

4.1 Evolución Histórica del Criterio de Oportunidad en relación a los Sistemas de Justicia Penal en El Salvador

Los Estados históricamente han transitado por diversos sistemas de enjuiciamiento penal, que por sus características esenciales se han clasificado básicamente en dos modelos: el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo, y modernamente el llamado mixto. Los cuales han funcionado en alguna u otra medida pero que siempre han estado sujetos a crítica.

¹⁰¹ **MONTES CALDERON, Ana y otros.** *Tratado de Derecho Probatorio Penal Salvadoreño.* Proyecto Mejorando la Justicia en El Salvador FGR-USAID. El Salvador 2011. Pág.15

Respecto del segundo dice AVELLA FRANCO “debe significarse su adopción por Estados de condiciones antidemocráticas, dictatoriales y despóticas, que utilizaron el sistema penal como herramienta para la perpetuación del poder, matizado esencialmente por la circunstancia de ser el ente encargado de investigar las conductas delictivas, el mismo que el mismo que ejercía las funciones de acusación, de juzgamiento, de imposición de la pena y su ejecución”.¹⁰²

La escrituralidad, el secreto, la permanencia de la prueba y entre éstas la de confesión lograda mediante la tortura, en los famosos juicios de Dios, eran sus las notas diferenciadoras. Por el contrario, desde las antiguas Grecia y Roma, en donde tuvo sus orígenes, el sistema acusatorio se aprecia en estados democráticos, y de su condición esencial es el hecho de que la acusación es función perfectamente diferenciada de la de juzgamiento, y que la defensa tiene reales posibilidades de hacer efectivas sus aspiraciones. Junto a la separación de las funciones de acusación y juzgamiento, la oralidad, la publicidad, la realización de la prueba en juicio y la imparcialidad del juez, son las condiciones más connotantes del sistema acusatorio.

Se impone reconocer que en nuestro país imperaron sistemas de corte inquisitorial, (atentatorios contra los principios Constitucionales ahora conocidos a favor del imputado) que fueron cediendo espacio, precisamente por el constante reconocimiento de derechos fundamentales establecidos en la Constitución, que debían reflejarse en el proceso penal, hasta concluir, especialmente por vía jurisprudencial, en la constitucionalización del proceso penal.

¹⁰² **AVELLA FRANCO**, Pedro Oriol. “Estructura del Proceso Penal Acusatorio” FGN, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. 1ª Ed. Bogotá, 2007. Pág. 29

El sistema penal Salvadoreño, se jactaba de ser un sistema atípico, y de reunir característica de un Sistema Mixto con tendencia Acusatoria de tal suerte que está fundamentada, al menos en las siguientes consideraciones: Al ser el sistema mixto, una mezcla del sistema inquisitivo, con uno de corte acusatorio, donde se fusionan buscando conciliar, por un lado, la obligación del estado de encontrar la verdad histórica de un hecho posiblemente constitutivo de delito, y por otro, el proteger al indiciado, brindándole la oportunidad de defenderse con la mayor amplitud posible, este sistema comparte los principios del inquisitivo, con las siguientes modificaciones.

Dice al respecto RABASA que: “El principio de secrecía se mantiene, pero solamente en su fase inicial, es decir en la Averiguación Previa, donde las actuaciones ministeriales son reservadas, imponiendo sanciones inclusive a aquellos que violentan tal secreto, aclarando que al indiciado, al momento de rendir su declaración ministerial se le tienen que hacer saber todas las constancias de la indagatoria”¹⁰³. El principio de inmediatez pasa incólume prevaleciendo en todo momento las primeras declaraciones de las personas, pero se prevé la posibilidad de dar valor a sus segundas o posteriores declaraciones si prueba la causa de retractación.

Por otro lado el Principio de Oficiosidad se modifica en dos aspectos, al crearse la figura de la Fiscalía General de la República, (Instancia Administrativa por naturaleza, a cargo del Órgano Ejecutivo) esta es la que detenta el monopolio del ejercicio de la acción penal, y por ende es el único ente que puede llevar un caso ante un Juez mediante el ejercicio de la acción penal y ya no es directamente el Juez quien recibe la denuncia y comienza la investigación.

¹⁰³ **RABASA O, Emilio**, *El Jurado Popular en las Constituciones de 1857 y 1917*, Edit., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. MEXICO, 2003, Págs. 23-25.

En este rubro también se crean los delitos de querrela necesaria, en los cuales no se puede iniciar la Averiguación Previa, y menos aún ejercer la acción penal, si no es porque la persona legitimada decide presentar su querrela. La escritura siguió prevaleciendo como medio de hacer contar las actuaciones y de comparecer en juicio, teniendo el procedimiento pocas actuaciones de carácter oral y estas al fin de cuentas quedaban registradas en papel.

La unidad de parte desaparece por completo y ahora se instaura un triángulo procesal, donde se cuenta con un órgano que acusa, perteneciente al Poder Ejecutivo llamado Ministerio Público, el encausado a quien se le concede el derecho de tener un defensor, con participación activa en el proceso y la de la defensa. FIX ZAMUDIO dice que “en la fase de Averiguación Previa el Ministerio Público Fiscal actúa como autoridad, desplegando las actuaciones tendientes a la demostración del hecho y la identidad de su autor, pero ya en la fase judicial del procedimiento penal, se convierte en parte teniéndose que someter a la autoridad del Juez quien dirige el procedimiento”¹⁰⁴. Aseveración que se puede verificar en las fases iniciales del Proceso Penal Salvadoreño.

No podrá en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de garantías “ Del mismo modo, se sustenta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de

¹⁰⁴ **FIX ZAMUDIO, Héctor.** *Función Constitucional del Ministerio Público, Tres ensayos y un epílogo*, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, págs. 64-65.

Derechos Humanos, contentivos de normas superiores relativas a los principios de publicidad, oralidad, celeridad, inmediación y contradicción propias del sistema acusatorio.

Lo anterior en teoría cambio con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal del año 2010, que aun con todas sus mejoras derogó el aprobado en el año 1998 y en el cual expresamente el artículo 5¹⁰⁵ expresa que el Sistema Penal en el ordenamiento jurídico penal salvadoreño es Acusatorio.

Ahora bien, el Criterio de Oportunidad se introduce al ámbito jurídico penal Salvadoreño en el Código Procesal Penal del 15 de abril de 1998, donde se introduce en su Art. 20 la figura concreta y expresa de la oportunidad de la acción penal. Es una figura jurídica reciente, aunque innovadora, también muy criticada, por los estudiosos del Derecho, pues a pesar de haber generado buenos resultados en el combate a la criminalidad en El Salvador, también ha sido blanco de muchos atropellos a derechos fundamentales de las personas sometidas al Sistema Penal en el país.

4.2 Criterio de Oportunidad Actualidad en El Salvador

En el ámbito Salvadoreño y su Sistema Penal Actual, el criterio de oportunidad se encuentra contemplado en los Artículos del 18 al 23 del Código Procesal Penal vigente, los cuales desarrollan su estructura aplicativa, disponiendo primeramente lo relativo a la facultad de conceder o aplicar el beneficio del Criterio, autorizando concretamente al Fiscal, y en

¹⁰⁵ **CODIGO PROCESAL PENAL** Op. Cit. Artículo 5 “Corresponde a la Fiscalía General de la República dirigir la investigación del delito y promover la acción penal; la que ejercerá de manera exclusiva en los casos de los delitos de acción penal pública.”

cierto caso al juez para que la aplique a uno o varios implicados que reúnen los requisitos establecidos en la norma, los cuales están contemplados en la misma disposición legal del artículo 18 del Código Procesal Penal Salvadoreño.

Los anteriores presupuestos en esencia son ligados a la menor participación por parte del favorecido en la comisión del delito respecto a los demás implicados, así como también de un hecho que produzca una mínima afectación del bien jurídico protegido, cuando el favorecido haya resultado gravemente afectado física o moralmente o este mismo adolezca de una enfermedad mortal, o porque la pena a aplicar carezca de importancia.

La figura del Criterio de Oportunidad en el caso de crimen organizado no podrá concederse tal beneficio a quienes dirijan las organizaciones, salvo que ello sea imprescindible para probar la intervención de los demás miembros de la cúpula de la organización delictiva; por otro lado en los casos que el delito produzca mínima afectación este beneficio no podrá ser aplicado a funcionarios o empleados públicos o municipales, autoridad pública o agentes de autoridad, en el ejercicio de sus funciones.

Reza el artículo 19 Código Procesal Penal., los efectos en un primer momento funda que en los casos del artículo 18 numerales del 2 al 5, de este cuerpo legal se producirá una conversión de la acción penal de pública a privada; es decir que podrá ser perseguible únicamente por acusación de la víctima, y mediante proceso especial regulado en el mismo Código; y la aplicación del beneficio corresponderá única y exclusivamente al Fiscal del caso. Ahora surge la interrogante que conviene aclarar ¿Qué pasa con el numeral 1 del artículo 18? Y la respuesta la encontramos en el artículo posterior, específicamente en el 20; aquí se deja por sentado que la acción

penal se extingue por completo¹⁰⁶, y que el juez es el que autorizara la aplicación de beneficio al o a los implicados, aunque siempre será a propuesta de la Fiscalía General de la Republica.

En el caso del numeral uno del artículo 18 no existe una conversión sino una extinción de la acción penal a favor del criteriado. Aunque puede darse el caso que el acuerdo suscrito con el Fiscal sea solo de ciertos hechos atribuidos, por lo que respecto a los demás hechos a los cuales no se ha alcanzado acuerdo la acción penal no se extinguirá, pero si podrá aplicarse un procedimiento abreviado para tales hechos.¹⁰⁷

Los últimos tres artículos 21, 22 y 23 contemplan situaciones escuetas relativas a la responsabilidad Civil, que tal como lo deja claro la primera disposición, la aplicación del Criterio de Oportunidad no exime de la responsabilidad civil a la cual haya de responderse como consecuencia de la participación o comisión del delito, así también la segunda disposición trata esencialmente sobre las formalidades del acuerdo del Criterio de Oportunidad y finalmente la última cita legal que corresponde a la política de aplicación del beneficio, dejando total margen de adopción de tal política a la Fiscalía General de la Republica. Con una visión más jurisprudencial respecto al fundamento facultativo otorgado al Ministerio Público respecto a la aplicabilidad e Interpretación de este beneficio en debate es menester analizar la postura del máximo ente rector de la validez de las normas jurídicas en El Salvador.

¹⁰⁶ **CODIGO PROCESAL PENAL** Op. Cit. Artículo 20 inciso 2º “Cuando se haya prescindido de la persecución penal de uno o varios hechos de los atribuidos, la acción penal se extinguirá respecto del imputado y de los hechos, a cuyo favor se haya decidido”.

¹⁰⁷ **Ídem.** Artículo 20 inciso final “Cuando se prescinda parcialmente de la persecución penal podrá aplicarse el procedimiento abreviado respecto de los hechos delictivos no comprendidos en los acuerdos”.

En la actualidad se usa mucho, y en ciertos casos en exceso, esta figura del Criterio de Oportunidad en las causas penales, aunque represente un buen aporte a los esfuerzos por reducir la criminalidad en el país como consecuencia de las políticas criminales impulsadas por el Estado Salvadoreño. Es innegable que en toda sociedad existe diversidad de conflictos de diferente naturaleza, por lo que cada uno de ellos ameritan un tratamiento especial y una respuesta concreta, en algunos de los cuales el Estado deja en manos de los particulares la salida o solución de tal conflicto, pero en algunos otros casos el Estado no puede dejar de intervenir, y es éste el ámbito de aplicación exclusiva del poder punitivo estatal.

Dice ANDRADE BARAHONA que aquí el Estado concentra sus recursos tradicionalmente violentos y los enfila a la solución para lo cual es necesario recurrir al proceso penal ya que es el instrumento civilizado para cumplir dicho fin¹⁰⁸, y en el caso salvadoreño no iba a ser diferente; pues siendo una sociedad asediada a diario por la delincuencia se hace necesaria la adopción de políticas permanentes de combate a la delincuencia que permitan garantizar la convivencia pacífica de las personas y por ende un desarrollo integral en la población.

Si el conjunto de actividades que el Estado salvadoreño realiza con el objetivo de reducir la criminalidad es política criminal y el derecho penal es un instrumento más adecuado e importante, por lo consiguiente la forma como debe estructurarse el proceso penal es también una decisión de política criminal. Ahora bien al introducirse el Principio de Oportunidad, en el ámbito de la justicia penal en el país lo que se persigue es una simplificación del proceso, sin que con ello, se violenten o desprecien garantías judiciales reconocidas legalmente al imputado o que le favorezcan a éste; que dicho

¹⁰⁸ ANDRADE BARAHONA, Op. Cit. Pág. 25

sea de paso es una de las grande críticas que hacen los doctrinarios del derecho a esta figura; pero lo más preocupante de los casos de criterios de oportunidad es identificar si la contribución del imputado trae como consecuencia beneficios para una mejor administración de justicia o bien provoca que el fin sancionador de la pena quede sin efecto, estimulando así la impunidad, cuestión que ha querido subsanarse, concediendo el beneficio solo a imputados con un cierto grado menor de participación, pero que no satisface las expectativas que deben generarse respecto al combate del impunidad.

Desde la tendencia de la Política Criminal más aceptada de los últimos años representa la necesidad de buscar mecanismos de simplificación del procedimiento penal, lo que en el medio jurídico salvadoreño sé está apreciando, pues la legislación ya derogada presentaba una serie de problemas los cuales de alguna manera han sido subsanados; además es de agregar que entre esos mismos problemas existía una gran cantidad de reos que no se les resolvía su situación jurídica en un corto tiempo porque la misma ley no le permitía, y eso conllevaba a que la problemática se aumentara cada día más; es por eso que en el proceso penal actual lo que se pretende al introducir el principio de oportunidad, es que estos vacíos y problemas se eviten y de igual forma al Estado se le facilite y tenga un mejor control sobre el sistema jurídico del país evitándole gastos innecesarios.

4.3 El Principio de Legalidad y El Principio de Criterio de Oportunidad

El Principio de Oportunidad y El Principio de Legalidad son dos figuras que deben estudiarse muy a fondo, debido a que tienen una relación directa en cuanto a su aplicabilidad, por un lado siendo una la regla general y otra la

excepción a la regla, es por ello que merece también ser tratada la figura del principio de Legalidad en sus aspectos más básicos.

4.3.1 Breve Reseña Histórica del Principio de Legalidad Material

Este principio lo formula por primera vez Cicerón, quien sostiene que un comportamiento pasado, que no hubiese sido por sí mismo, ni legalmente delictual y reprochable no puede merecer ninguna consecuencia jurídica negativa. De acuerdo con ello, resulta admisible sancionar con posterioridad un comportamiento prohibido por la ética social pero no establecer por medio de una sanción ulterior la prohibición de un comportamiento que no tenía ese carácter, la fundamentación es evidente nadie puede regirse por una norma que todavía no existe y, por lo tanto, como lo ratificó más tarde el derecho canónico no puede haber una lesión culpable de normas que no existen.

De esta forma, en primer lugar los Estados Americanos en 1776, le otorgaron el rango de Principio Constitucional y luego influyó directamente como modelo en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa de 1789, Ansen Von Feuerbach, por último conectó aquel principio con la finalidad del Derecho Penal constituido, según su teoría, por la prevención general sólo la pena avanzada antes de la comisión del hecho puede tener efecto intimidatorio, tal como lo acota ROBLEDO RUIZ¹⁰⁹. El mismo el elaboró la formula latina hasta hoy utilizada de "nullum crimen nulla poena sine lege". Desde entonces la regla de que "no hay pena sin, ley" se ha impuesto prácticamente en todos los países civilizados latinoamericanos, y del mundo, como garantía de libertad, sin perjuicio de la existencia de aquellos países autoritaristas donde las

¹⁰⁹ **ROBLEDO RUIZ, Agustín.** "El Principio de Legalidad Penal en la Historia Constitucional Española". Universidad de Granada. Revista de Derecho Político, núm. 42, Editorial Castilla. España. 1997. Pág 23.

libertades son limitadas o permitidas para grupos selectos, lo que no necesariamente corresponde a otros de los sistemas que anteriormente se han analizado, no en el presente capítulo, sino en las ideas subyacentes a lo largo de todo el trabajo.

4.3.2 Concepto

El Principio de Legalidad Procesal se entiende como la obligación que tiene la Fiscalía General de la República de "...Promover y dirigir la investigación de cualquier hecho que revista los caracteres del delito de acción pública y de someter a proceso a quien ese hecho pueda imputarse, sin consideración de razón alguna de conveniencia o utilidad" ¹¹⁰

Sin embargo, en la fase de investigación esta obligación no rige sólo para la fiscalía, sino también para la policía, que igualmente está en el deber de iniciar la persecución de hechos ya sea de oficio, o por denuncia, excepto por querrela por que las querrelas se interponen a autoridad distinta. De allí que, una vez promovida la persecución penal, ella no se pueda suspender, interrumpir, hasta llegar a la decisión judicial que pone fin al proceso penal en su primera instancia, la sentencia.

4.3.3 Fundamento

En general, suelen señalarse dos presupuestos que fundamentan el principio de legalidad procesal, en primer lugar, se afirma que él se haya amparado en las teorías absolutas de la pena, según la cual, el estado debía castigar, para la realización de la justicia absoluta, cada violación de una ley penal sin excepción. Ahora que esta teoría penal absoluta ha sido

¹¹⁰ **TIJERINO PACHECO, José María**, *El Principio de Oportunidad en el Ejercicio de la Acción penal, en Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*, Costa Rica 2009 Pág. 88

superada, y que prevalecen opiniones de prevención general y especial sobre los fines de la pena, ya no es forzosa una validez ilimitada del principio de legalidad y a la vista de los innumerables delitos de bagatela, incluso prácticamente irrealizable, puesto que la consecuencia obligatoria sería una sobrecarga total para la administración de justicia penal, lo que implica más recursos invertidos.

El segundo fundamento del Principio de Legalidad procesal se vincula al principio constitucional de igualdad ante la ley. Sin embargo, aunque ello es razonable para no provocar discriminaciones sociales, religiosas, económicas, etc. Debe acotarse tal como dice JACKOBS que tal principio opera como garantía frente al IUS PU NIENDI,¹¹¹ es decir, como seguridad para el habitante de ser afectado por ese poder, en tanto que lo pretendido con la aplicación del principio de oportunidad es lo inverso, esto es, no someter a un habitante al poder penal del Estado, sino liberarlo de él y de ese riesgo, evitando su persecución.

En consecuencia es decir aquí, que sí hay relatividad en el uso del reproche penal (Legalidad material) y en el marco procesal hay equivalente de relatividad en el ejercicio de la acción penal, y por tanto no siempre la Fiscalía General de la Republica, podrá hacer uso del ejercicio de la acción penal, porque esta potestad no es absoluta.

Existe una fuerte tendencia doctrinaria que propugna porque los sistemas regulen, por excepción, la aplicación de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal para aquellos casos cuya cesación no comprometa gravemente el interés público. Se argumenta, con mucho acierto, de que los supuestos teóricos que fundamentan la obligatoriedad

¹¹¹ **JAKOBS, Günther**, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid 1995, pág. 79

sufren un grave cuestionamiento en la práctica judicial al comprobarse inequívocamente la inevitable utilización discrecional de la acción penal; por ejemplo: No obstante de que existe la obligatoriedad de la persecución penal, la Fiscalía ordena el “archivo de muchos casos cuando resulta imposible para ellos la recopilación de la prueba que respalde la versión del denunciante o en casos de poca importancia, ya que se corre el grave peligro de que la persecución penal se concentre y desgaste en la pequeña delincuencia sin que se pueda desarrollar una acción eficaz frente a los delitos que ocasionan un perjuicio social e individual notable. Por eso se sugiere la introducción de algunos criterios de oportunidad que permitan al fiscal mejorar sustancialmente la utilización de los recursos humanos y materiales y lograr una eficacia mayor en el control y persecución de la delincuencia. Fernando Cruz asegura que “El Estado de Derecho no impone una concepción absoluta del principio de legalidad ya que la función represiva del Estado se ha orientado hacia una concepción relativa de la sanción. Por eso es que las excepciones que pueden hacerse en cuanto a la función requirente, no son contrarias al Estado de Derecho ni significaría una violación al principio de igualdad en caso de que su fundamento responda a criterios objetivos y razonables”¹¹².

4.4 Aparente Confrontación entre los principios de Legalidad y de Oportunidad

Como antes ya se ha señalado, la relación regla general-excepción-Supletoriedad, se pone de manifiesto entre el principio de legalidad y el de oportunidad; originado por esa necesidad de persecución y castigo a la

¹¹² **JOSÉ DAVID CAMPOS VENTURA**, Tesis de Graduación para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, de la Universidad de El Salvador, denominada “Estudio de las Distintas Acciones que Nacen como Consecuencia del Delito”; San Salvador, Diciembre de 1993, pág. 43.

universalidad criminal. Contrario a lo anterior dice ARMENTA DEU, que otros sostienen que el principio de oportunidad es parte integrante y complementaria del principio de legalidad¹¹³.

La anterior afirmación se considera aceptable, en el sentido que es la misma ley quien hace posible el ejercicio de la discrecionalidad en los casos que el ordenamiento jurídico determina, tanto si que sea el fiscal quien disponga o no de tal potestad siempre estará actuando dentro del marco de la legalidad.

Ello lleva a concluir que la confrontación entre el principio de oportunidad y el de legalidad, es tan solo aparente, y los que apuestan por su contraposición incurren en la incorrección de identificar el principio de obligatoriedad de la acción penal con la legalidad.

Por otro lado el principio de obligatoriedad y su nula incidencia en la aplicación del principio de oportunidad. Pues cuando hablamos de Obligatoriedad dice VELEZ MARICONDE¹¹⁴, nos estamos refiriendo al cumplimiento necesario de la función requirente. Veamos por ejemplo el artículo 193 de la Constitución Salvadoreña, y específicamente el numeral 2, que establece como atribución de la Fiscalía General de la Republica, “*promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad*” e incluso el numeral 4 que establece, “*la obligación de promover el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte,*”¹¹⁵ nótese que estamos en presencia de verdaderos mandatos Constitucionales

¹¹³ **ARMENTA DEU, Teresa.** *Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España* 1ª Edición. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona. España 1991, pág. 66

¹¹⁴ **VELEZ MARICONDE, Alfredo.** *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Ed. Lerner, Buenos Aires. Argentina 1969. Pág. 296

¹¹⁵ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR**, Op. Cit. Art. 39

revestidos de imperatividad, pero que a la hora de ejecutarlos se ven mermados por las políticas de criminalidad que el mismo Ministerio Público Fiscal echa a andar en pro de la prevención y combate del delito; entre ellas el Criterio de Oportunidad. El legislador decidió reglar esta figura del beneficio de oportunidad y así evitar el roce entre ambas figuras y conseguir que la Fiscalía General de la República siempre actué en el marco de la legalidad a pesar de su grado de discrecionalidad, respecto a la concesión del beneficio de Oportunidad.

A manera de síntesis, se deja por sentado que solo el principio de obligatoriedad, bajo la modalidad de persecución de la acción penal, es el que vendrá a oponerse al Principio de Oportunidad.

CAPITULO V

CORRESPONDENCIA DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD Y EL DEBIDO PROCESO

Como ampliamente se ha detallado en los capítulos que preceden, el criterio de oportunidad se configura y adquiere sentido solo a la base de la congruencia y correspondencia con los principios y garantías fundamentales consignadas en la Constitución, por un primaria parte, y en los mismos principios inspiradores específicos que señala la normativa procesal penal. A ésta idea habrá que agregar que el criterio de oportunidad, que también ha sido detalladamente analizado, constituye una expresión de la política criminal inserta en un sistema de justicia penal, que en el caso salvadoreño, obedece a uno de corte acusatorio, es decir, aquel que propugna una teoría de desvalores, protección, medidas y actos, en los que el Estado, como único dueño del poder punitivo, orienta su esfuerzo represivo a la base de una investigación directa dirigida por el ente fiscal en base a un sistema de negociaciones, oportunidades –precisamente acá adquiere sentido el tema in trance- para el ejercicio de la acción amparados en una investigación de base científica.

En el anterior orden de ideas, y considerados que han sido los dichos temas, es procedente esbozar algunas líneas conclusivas que subyacen en los análisis antes contruidos, sobre los temas y su relaciones más esenciales, para determinar no solo una suerte de caracterización, sino construir una conceptualización sui generis.

5.1 Configuración Constitucional del Criterio de Oportunidad

El Criterio de Oportunidad, al no encontrarse expresamente relacionado en la legislación primaria y al adquirir ciertas connotaciones

subyacentes en el análisis del presente trabajo, debe abordarse a partir de considerar el tema mismo del sistema de justicia penal llamado acusatorio y desde luego la relación y características del debido proceso y sus garantías en cuanto al respeto y congruencia con la norma constitucional

5.2 Configuración y Naturaleza Constitucional del Debido Proceso

La incorporación del debido proceso como una garantía de orden constitucional plantea, múltiples interrogantes, entre las cuales se destaca naturaleza jurídica de dicha garantía y las funciones que cumple dentro del sistema jurídico general. De la visión respecto de la naturaleza jurídica que se tenga del debido proceso dependerá en gran medida la interpretación que pueda darse a la norma que lo consagra, en definitiva, parece inequívoco considerar que el Debido Proceso es una garantía de rango constitucional, y al respecto, pueden referirse los siguientes elementos.

El profesor español ANTONIO PEREZ LUÑO empieza por distinguir los diferentes papeles de los derechos fundamentales como valores, principios y normas, entendiéndose que los valores constitucionales suponen el contexto de valor fundamentador o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, el postulado-guía para orientar la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución y el criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones de legalidad.¹¹⁶

Para el Profesor Alemán PETER HABERLE, en el estado social de derecho, los Derechos Fundamentales poseen una doble función: por una parte, siguen siendo garantías de la libertad individual y, por otra tienen una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse

¹¹⁶ PEREZ LUÑO. Op. Cit., pp. 108 al 130

para la consecución de los fines sociales y colectivos constitucionalmente proclamados¹¹⁷.

De esta forma, los Derechos Fundamentales constituyen derechos objetivos que además son elementos fundamentales de un orden objetivo de la comunidad en cuanto que ella se configura como marco de una convivencia humana que encuentra su marco jurídico en la Constitución. Para el autor colombiano ARTURO HOYOS en su obra "EL DEBIDO PROCESO", ve a la garantía constitucional del Debido Proceso como una institución entonces dilucida su contenido esencial¹¹⁸. Para ello identifica los elementos de esta garantía y los intereses por ella protegidos de tal forma que cualquier limitación que se imponga a ellos por medio de una ley, acto administrativo o por resolución judicial, que conduzca a que, en la práctica, esos intereses se hagan impracticables o se les niegue una protección razonable, pueda entonces considerarse que son contrarias a la norma constitucional respectiva. La categoría de institución que este autor ha atribuido al Debido Proceso define el sentido, alcance y condiciones de ejercicio de este derecho fundamental de carácter instrumental.

Este mismo autor sostiene que la garantía constitucional del Debido Proceso es "Una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso -legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios

¹¹⁷ Citado por **PEREZ LUÑO**, Op. cit. p. 300

¹¹⁸ **HOYOS, Arturo**, "El Debido Proceso Ed. Temis S.A, Santa Fé de Bogotá, 1995, PP. 51-54.

de impugnación consagrados por ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos, que a la vez se constituye en manifestación efectiva del derecho de defensa que le asiste a toda persona.

Entonces, la garantía constitucional del Debido Proceso Legal es una institución porque constituye una idea común, compleja y objetiva –integrada en un todo unitario que es la Constitución- a la cual adhieren las voluntades de los justiciables, para que el Estado en ejercicio de la función jurisdiccional, mediante un proceso, les ofrezca una tutela judicial que permita a las personas la defensa y el goce efectivo de los Derechos.

El Debido Proceso Legal, como institución instrumental, que engloba una amplia gama de protecciones y dentro de la cual se desenvuelven diversas relaciones, por lo que se dice que es compleja, sirve de medio de instrumento para que puedan defenderse efectivamente y satisfacerse los derechos de las personas, las cuales, en ejercicio de su derecho de acción formulan pretensiones ante el Estado para que este decida sobre ella conforme a derecho.

5.3 El Criterio de Oportunidad en el marco del Sistema Acusatorio

Las tendencias contemporáneas del derecho procesal, propugnan por el imperio del proceso bajo el sistema acusatorio y dejar a un lado el sistema inquisitivo. El derecho procesal salvadoreño no está excluido de estas corrientes, y es así como en la actualidad contamos con un Código Procesal Penal de reciente creación en el que se recogen evidentemente los principios fundamentales del sistema acusatorio, lo cual se encuentra plasmado en el Considerando II de este cuerpo normativo: "Que el actual Código Procesal Penal, mantiene normas de carácter inquisitivo que no facilitan una pronta y

efectiva administración de justicia, haciéndose necesario un nuevo Código que, basado en normas de tendencia acusatoria, viabilicen la justicia penal".

El principio acusatorio implica que una determinada parte, en el Estado, ejerza la acusación, con lo cual se diferencia la actividad jurisdiccional y la acusatoria. Se concibió de esta manera la solución de diferenciar las dos funciones, las que anteriormente en nuestro sistema penal estaban en manos de un solo órgano, el Juez, quien se convertía en investigador y juzgador, y que se ve ahora limitado a la función jurisdiccional propiamente.

En definitiva, la Fiscalía General de la República, goza de una naturaleza dual, y con ello dos características esenciales: una pública, que responde a la idea de que el delito afecta a toda la sociedad estando ésta interesada en su persecución, y además su actuación ha de basarse en la legalidad. Al Ministerio Público le corresponde entonces: "... Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad" (...); y " promover la acción penal de oficio o a petición de parte;" (Artículo 193 ordinales 2° y 4° de la Constitución).

Las funciones de promover la acción penal y de garantizar los derechos individuales del imputado, podrían llegar en un momento a ser motivo de fricciones funcionales intrínsecas, es decir, el ejercicio de una en menoscabo de la otra; y es que por tradición, en nuestro medio se tiene la concepción de la Fiscalía, como aquella entidad cuyo único interés es la persecución penal y la concreción de la pena sobre el responsable del delito.

El Ministerio Público, no obstante su rol de persecutor penal, debe en todo momento también desempeñar su posición de garante de la legalidad ya que ambas funciones son de orden constitucional, teniendo entonces la

tarea no solo de incriminar, sino también la de actuar en favor del imputado, recabando prueba de cargo, así como de descargo, como lo dice el Artículo 238 inciso 2 del Código Procesal Penal, y velando porque le sean respetados sus derechos y garantías individuales. Más en la realidad se puede observar que estas cosas difieren mucho y que en realidad se tiene una fiscalía encargada solo de acusar.

5.4 Análisis de Congruencia entre el Debido Proceso, las Garantías Constitucionales, y el Principio de Oportunidad

Al considerar el ejercicio de la acción penal pública, así como del principio de legalidad se deduce que la observancia sin excepción de la obligación del Ministerio Público de promover la acción penal en todos los casos, deviene en una crisis del sistema de justicia de cualquier Estado, por el hecho que implica una desmedida saturación de la jurisdicción penal, para ello se formulan entonces medidas de carácter político-prácticas para evitar hasta donde sea posible y prudente este exceso de informativos en los tribunales así como de personas en los centros de readaptación.

Bajo esta perspectiva y aludiendo a las funciones del órgano requirente es que, en la actualidad existen en nuestro Código Procesal Penal, normas que habilitan la posibilidad de prescindir de la persecución penal, estas normas habilitadoras derivan de lo que se ha denominado Principio de oportunidad o criterios de oportunidad, las que encontramos en el artículo 20 dicho cuerpo legal.

Este principio se perfila como una excepción al principio de legalidad consagrado en la Constitución y, como regla general, en la ley procesal penal. Es discutible la naturaleza de estos criterios desde el punto de vista jurídico-constitucional, ya que la Constitución es enfática en la obligación que

establece para la Fiscalía de ejercer en todo caso la acción penal, además de que tales criterios responden más a consideraciones de utilidad social o practicidad que a fórmulas jurídicas.

De ahí que, siguiendo esta línea, nos podemos aproximar a un concepto de lo que son estos criterios de oportunidad tomando en cuenta el planteamiento que de ellos se hace en nuestra normativa, así: Llamase criterios de oportunidad a aquellas circunstancias prácticas o de política-criminal que posibilitan al órgano encargado de la persecución penal, solicitar al juzgador, a prescindir de ella, suspenderla o abandonarla, en los casos establecidos en la ley, para alguno o todos los imputados por la comisión de un hecho delictivo¹¹⁹.

No se trata aquí de decir que la ausencia de persecución penal se origina en hechos que la ley establece como excusas absolutorias, excluyentes de responsabilidad penal, prescripción de la acción, no comprobación del hecho o su atipicidad, que en todo caso requieren de decisión judicial y se formalizan a través de la figura del sobreseimiento, sino que en circunstancias enumeradas por la ley para aquellos casos en que se ha comprobado la existencia del delito y que existe una apariencia de autoría o participación basada en elementos objetivos verificables en el proceso o en la investigación, y que por cuestiones de índole social, prácticas, de política criminal, e incluso morales se decide no iniciar o no llevar a término la pretensión punitiva, haciendo la petición formal ante el juez competente, quien deberá decidir o más bien dictaminar.

Es aquí donde se encuentra el punto de colisión con el principio de legalidad del que se trató con anterioridad, ya que en estos casos la Fiscalía

¹¹⁹ LAZALA INOA Orlidy. Op Cit. Pág. 218

está facultada para no ejercer la acción penal que la Constitución le atribuye Artículo 193 ordinal 4° de la Constitución.

Pero el problema de la aplicación de estos criterios (no se juzga la conveniencia o utilidad de los mismos sino su coherencia con el resto de principios que informan al proceso penal), no se queda en el conflicto con el principio de legalidad y sus derivaciones (oficiosidad, obligatoriedad e irretractabilidad de la acción penal), sino que llega hasta un posible enfrentamiento con el Principio de separación de los poderes, y es que del análisis de estos criterios y su tratamiento legal, se establece que en tales casos el juez penal tiene muy poco que hacer, ya que el trámite implica una petición al juez, que éste puede aceptar o rechazar, pero en caso de rechazo, se remitirá el expediente al fiscal superior quien decidirá en definitiva si se le da o no aplicación al criterio de oportunidad, así lo establece el artículo 258 del Código Procesal Penal, que conviene transcribir: *"Cuando el fiscal solicite desestimación, sobreseimiento o la aplicación de un criterio de oportunidad, el juez que no esté de acuerdo con dichas medidas remitirá el procedimiento por resolución fundada al fiscal superior, quien dictaminará sobre el requerimiento fiscal dentro de los tres días siguientes de notificada la resolución"*.

De este modo, como se dijo anteriormente, el Juez está prácticamente atado en su potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (Artículo 172 inciso 1° de la Constitución), que según el texto constitucional, es exclusiva del Órgano Judicial; y del análisis del concepto de criterios de oportunidad, se deduce que lo que se busca en definitiva es la exclusión de la responsabilidad penal del inculpado, lo cual es materia de estricta decisión jurisdiccional; es decir, la decisión acerca de la inocencia o culpabilidad en un proceso corresponde al juez, quien a través de la valoración de la prueba

o en la ausencia de ésta, es que puede determinar a quién se condena y a quien se absuelve, por medio de una sentencia definitiva, lo mismo ocurre con el tribunal del jurado, quien en presencia de las pruebas producidas en el debate, ratificará la inocencia del imputado o lo culpará, con la diferencia que los jurados deciden en base al sistema de valoración de prueba de la íntima convicción¹²⁰.

Si bien es cierto nuestro nuevo proceso penal es de tipo acusatorio, que implica que el juez no está facultado para iniciar la acción penal, como sucede en los sistemas inquisitivos, esto no quiere decir que a la Fiscalía le esté dado disponer de la acción y mucho menos, hacer valoraciones propias del juzgador, al considerar que un encausado merece el perdón de la justicia sin seguirse un proceso completo.

Ahora bien, al juez le asisten instrumentos jurídicos a fin de proteger su investidura jurisdiccional, uno de los cuales es la disconformidad planteada dentro del proceso que es decidida por el fiscal superior (no significa Fiscal General de la República), y la otra deviene del sistema difuso de control de la constitucionalidad, que es la inaplicabilidad de las normas infra constitucionales, que franquea el artículo 185 de la Constitución, cuando un juez en el ejercicio de su potestad de administrar justicia considera que alguna norma a aplicar es contraria a disposiciones constitucionales no aplica dicha norma.

Por último, es conveniente resaltar que la Constitución reconoce como derecho fundamental, el derecho a la igualdad, que implica igualdad ante la ley y en la aplicación de ésta y como garantía de este derecho, se esgrime el llamado principio de legalidad, que supone que a iguales supuestos

¹²⁰ **PEDRAZ PENALVA, Ernesto**, *“Comentarios al Código Procesal Penal”*, Tomo II, Ed. Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2003.

normativos corresponden iguales consecuencias jurídicas, por tanto, con la aplicación discrecional de los criterios de oportunidad puede producirse un quebrantamiento al derecho de igualdad en la aplicación de la ley, pues no existen criterios objetivos de uniformidad en cuanto a cuales casos y en qué circunstancias ameriten la puesta en vigor del principio de oportunidad. Y lo que en principio es un instrumento a favor del imputado, eventualmente podría convertirse en un obstáculo, dado que no se le beneficie cuando en otros casos y bajo los mismos supuestos de hecho si se ha aprovechado en favor de otro.

Regulación legal

El artículo 20 del Código Procesal Penal, establece en qué casos procede la petición de prescindir de la acción penal pública, de lo cual se puede afirmar que nuestra legislación es taxativa en cuanto a este aspecto.

La norma, en principio no dice de qué manera, o con qué formalidades deberá presentarse tal solicitud. (Aunque en la práctica se maneje a su manera) Como es lógico, pero no está de más apuntar, la decisión de aplicar un criterio debe estar fundamentada y motivada, pues aunque la fundamentación de las decisiones se exige más respecto de los jueces, en este caso es importante en sobremanera, que el juez ante quien se pide prescindir de la acción penal conozca los motivos que han llevado a la parte actora a hacer tal petición, con el objetivo que pueda aceptarla, al compartir los criterios del fiscal, o rechazarla, en caso de disconformidad con los mismos, y esto debe ser así porque al Juez le está prohibido aplicar su conocimiento privado en cualquier causa, no conoce los hechos y solo puede llegar a ellos a través de lo que le aporten las partes. En este sentido, sería conveniente además, acompañar a la petición, las diligencias en que se

fundamente, para que pueda el Juez ilustrar con más detalle su razonamiento.

Antes de entrar a analizar los casos específicos, cabe mencionar que dada la redacción de la norma, su aplicación queda a la discrecionalidad del fiscal del caso, es decir, no regula el Código en qué debe fundamentarse la aplicación del criterio de oportunidad, por ello es conveniente que se desarrolle de alguna manera el contenido de la norma procesal penal o se dicten normas interpretativas al interior de la Fiscalía General de la República que contribuyan a una correcta y uniforme interpretación de los criterios de oportunidad y en qué casos podrá aplicarse. Se observa que la disposición legal establece que la aplicación de los criterios de oportunidad es una facultad potestativa de la Fiscalía, ("Art. 20.- En las acciones públicas el fiscal podrá solicitar...") lo que implica que aún ante los mismos supuestos, puede generarse una aplicación desigual de la ley, y que solo puede ser evitada en virtud de instrucciones precisas y uniformadoras hacia los fiscales, así hacia el análisis, sin ánimo de exhaustividad, de cada caso en específico:

1. *Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte el interés público.*

Insignificancia del hecho. ¿Qué debe entenderse por insignificancia del hecho? En principio todo delito es significativo, puesto que si está tipificado como tal, es porque el legislador ha considerado que tal conducta es lesiva de un bien jurídico, y es solo al Órgano Legislativo a quien corresponde la función de legislar (*nulla poena sine lege*)¹²¹. Sin embargo, de entre el catálogo de bienes jurídicos protegidos por la ley penal, hay unos

¹²¹ Literalmente Nula Pena sin Ley

que se ubican en posición de superioridad respecto de otros, no se puede negar por ejemplo, que el bien jurídico vida, es superior al bien jurídico propiedad intelectual; y es en función de esa ponderación de los distintos bienes jurídicos protegidos por la ley penal y sus distintas formas de afectación, que el legislador establece un quantum de pena, entre un mínimo y un máximo dentro de los cuales el juzgador es quien concretizará la pena a imponer. Pero no todos los delitos tienen como pena la reclusión, esto es porque el legislador valora que en ciertos casos, la pena no debe ser la prisión sino que establece otras alternativas para algunos delitos, así, las multas, trabajos de utilidad social, arresto de fin de semana, arresto domiciliario, e inhabilitación.

Puede deducirse entonces que la pena es un índice de gravedad o levedad del delito, puesto que la pena de prisión es la más grave en nuestro medio, entonces lógicamente los delitos penados con prisión son los más graves y los que no, son leves. De ahí que un criterio para la aplicación del criterio de oportunidad por la insignificancia del hecho sea, el que éste tenga como sanción una pena distinta a la de prisión.

Pero entre los delitos con pena de prisión también existen diferencias considerables, que pueden ir desde un máximo de tres años hasta uno de treinta, esto significa que también es necesario establecer un criterio para determinar la insignificancia de un hecho. Podría ser, como ha sido tradición en nuestras leyes penales, que se consideren hechos insignificantes a aquellos en los que el máximo de la pena a imponer sea de tres años, podría ser más o menos, pero en todo caso, como se señaló antes, deben darse instrucciones uniformadoras a los fiscales para que puedan, sin temor a ser arbitrarios, establecer la insignificancia del hecho y aplicar correctamente el criterio de oportunidad. Lo contrario implicaría una dispersión en la aplicación

de tan delicada herramienta. Finalmente, queda al lector analizar si es dable en nuestro sistema constitucional, basado en la separación de poderes y en el principio de legalidad, que un hecho tipificado en la ley como delito, se excluya del conocimiento de la jurisdicción penal por cuestiones prácticas por parte del Ministerio Público.

Este aspecto se relaciona con la dogmática penal, en especial con los conceptos de autoría y participación. De la lectura de la norma se deriva que se prescindirá de la acción penal respecto de los partícipes del delito, no así de sus autores o coautores, ya que éstos no contribuyen a la realización del tipo, sino que lo realizan¹²². Los partícipes son en cambio aquellas personas que prestan su colaboración voluntaria a la realización del delito, por ende, para hablar de partícipes se requiere de estos que su actuación sea dolosa (conocer y querer realizar la acción), pero es necesario que no tengan el dominio final del acto, es decir, su participación es accesoria. En este concepto se incluyen principalmente a los cómplices, conspiradores e instigadores. En nuestra legislación ha desaparecido la figura de la conspiración de manera general, pero se penaliza en tipos penales específicos donde la conspiración es parte de la tipicidad.

¿Qué casos son considerados de exigua participación? Tampoco aquí nos dice nada el legislador en cuanto a criterios objetivos para determinar lo exiguo de la contribución del partícipe. Y se plantean aquí algunos problemas teóricos. La complicidad es aquella contribución necesaria a la realización del delito, de tal relevancia que sin ella no hubiera podido realizarse; entonces bajo esta idea, ¿Que complicidad será exigua, cuando sin ella no podría haberse cometido el hecho típico? Entonces quizás, el criterio de oportunidad no está formulado en función de la contribución, es decir de la acción, que

¹²² VELEZ MARICONDE Alfredo. Op. Cit. Pág, 187

desde el punto de vista penal es la actividad dirigida a realizar una conducta querida, sino que atiende a la conciencia de la ilicitud del acto (dolo malo), lo cual es un elemento de lo que la Teoría del delito denomina culpabilidad.

Al hablar del instigador, nos referimos a aquella persona que determina dolosamente a otra a cometer un delito, y en este sentido al igual que en de la complicidad, la conducta del partícipe para ser considerada instigación, debe ser determinante y grave, lo que significa que en la voluntad de autor del delito, no existe en lo absoluto la determinación a delinquir, antes de la instigación de que es sujeto¹²³.

De ahí que si el autor del delito ya tenía la determinación a delinquir, no se puede hablar de instigación exigua, es que simplemente no hay instigación.

La mínima culpabilidad del partícipe. Debe entenderse como la circunstancia que permite al fiscal prescindir de la acción penal en casos de culpabilidad mínima de los partícipes (cómplices, instigadores, conspiradores). ¿Cómo se interpreta la culpabilidad mínima? Como se dijo anteriormente, la conducta del partícipe debe ser dolosa, pero siempre concurren circunstancias de hecho que modifican la responsabilidad penal y que son tomadas en cuenta para la adecuación de la pena. Entonces, habría que evaluar para pedir la aplicación del criterio de oportunidad, las circunstancias atenuantes que concurren, respecto a esto, corresponde establecer un mínimo de ellas, en base a valoraciones de sentido común o practicidad, así pues, no sería atinado prescindir de la acción penal para un imputado en quien concurra una sola circunstancia atenuante que no le

¹²³ **ROXIN, Claus.** *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires 2000 Pág. 208

significaría mayor disminución de la pena, pero si para aquel en quien concurren tantas que impliquen un aminoramiento considerable de la misma.

Asimismo pueden ser tomadas en cuenta aquellas situaciones que signifiquen que el imputado actuó en presencia de un error de tipo o prohibición vencibles, pues de ser invencibles se convierte es una causa que excluye la responsabilidad penal; también puede valorarse en el error en las causas de justificación.

La aplicación de estos criterios está dada en función de que el hecho no afecte el interés público. He aquí otro concepto indeterminado que puede interpretarse como aquellos delitos que no provoquen alarma social. En ese sentido deben tomarse en cuenta, el modo y los medios utilizados en la realización del hecho, el bien jurídico lesionado, la extensión del daño y el peligro efectivo y la calidad de los motivos que impulsan el hecho.

Lo discutible de estos criterios, es la función pre juzgadora que ejerce la Fiscalía General de la República dado que en todos estos casos, para valorar circunstancias como las mencionadas es preciso que se haga por una autoridad judicial, ya que es ésta quien está investida de la potestad para determinar la exclusión de la responsabilidad penal, así como de sus atenuantes en vista de las pruebas producidas en el juicio, quebrantándose así los principios de necesidad e inmediación de la prueba, y la potestad jurisdiccional del Órgano Judicial¹²⁴.

Lo mismo ocurre con la insignificancia del hecho, puesto que el hecho debe ser calificado definitivamente por el juez, la calificación jurídica del delito hecha por la Fiscalía General de la República es provisional y puede

¹²⁴ **CRUZ, Fernando.** *La función acusadora en el proceso penal moderno.* San José de Costa Rica, Ilanud, año 1989

ser modificada, a manera de ejemplo, si un fiscal califica un hecho como lesiones en vista de las diligencias efectuadas y atendiendo al resultado, pero la intención de autor no era lesionar sino matar; estamos en presencia de un homicidio en grado de tentativa; el hecho es el mismo, por el resultado, pero el ánimo significa una diferencia sustancial, pues de uno a tres años que podría ser la pena del delito de lesiones, puede llegarse a cinco años mínimo y diez máximo por el delito de homicidio imperfecto. Asimismo la Fiscalía aparte de prejuzgar, ejerce una función de legislador penal negativo, es decir, selecciona de entre el catálogo de delitos tipificados por el legislador, aquellos que carecen de importancia y por lo tanto no merecen persecución penal.

Otro aspecto a considerar es el de la responsabilidad civil. Todo delito, por insignificante que sea o por lo mínimo de la culpabilidad del autor o participe genera obligaciones civiles para con las víctimas. La aplicación del principio de oportunidad extingue la responsabilidad penal, pero la extinción de la responsabilidad penal no implica per se, la de la civil por daños, entonces es conveniente que previo a la solicitud de la aplicación de un criterio de oportunidad, la Fiscalía fije un monto al imputado en concepto de indemnización por los daños ocasionados a la víctima por el delito, como condición para la aplicación del criterio de oportunidad.

2) Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave.

Esta norma plantea dos supuestos, el primero se refiere al arrepentimiento, es decir, cuando el autor luego de determinarse a delinquir

realiza todos los actos preparatorios y ejecutivos del delito y finalmente éste se consuma, no siendo posible detener la ejecución, no obstante que el autor se haya arrepentido e intentado detener la ejecución del delito. Distinto es el caso en que el autor interrumpe la ejecución del delito y no se consuma, aquí estamos en presencia de un desistimiento y que no acarrea ninguna responsabilidad penal, salvo que alguno de los actos preparatorios o ejecutivos sean punibles, es decir sean sancionables penalmente, por estar delimitados como infracciones. La aplicación de este criterio es posible solo para aquellos casos de delitos de ejecución instantánea, y cabe decir que se incluyen los delitos dolosos y culposos.

El arrepentimiento en sí, no excluye la responsabilidad penal pues el delito ya está consumado, el Código Penal lo establece como una atenuante.

El segundo supuesto de la norma es la contribución del imputado al esclarecimiento de la participación de otros en el mismo hecho o en otro más grave. Esto obedece eminentemente a criterios de política criminal, pues dada la complejidad de algunos delitos y sus altos índices de perpetración, el Estado, a través de la Fiscalía, considera que es más ventajoso, exonerar a uno para castigar a muchos. La mayor aplicación de este criterio se da en los delitos relativos a las drogas o en general a lo que se denomina crimen organizado, ya que por regla general, es difícil la investigación de este tipo de delitos, a menos que se cuente con un informante de quien, a manera de recompensa se prescinde de su persecución penal. Es casi una especie de importación de la figura de la transacción al proceso penal.

Pero es evidente que la contribución y la información aportada por el imputado deben ser efectivas, así lo establece el artículo 21 inciso 3° del Código Procesal Penal.

3. *Cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o psíquico, grave o irreparable que le incapacite para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias o cuando tratándose de un delito culposo haya sufrido un daño de carácter moral de difícil superación.*

Esto es aplicación de lo que se denomina pena natural, es decir el sufrimiento de un daño físico, moral o psíquico por el autor de un delito, que hace que la pena a imponer carezca de necesidad pues es suficiente el daño que se ha causado a sí mismo.

Se establecen como condiciones para la aplicación de este criterio que el imputado haya sufrido un daño de carácter físico, psíquico o moral grave que le incapacite para atender a sus ocupaciones ordinarias (es una concepción finalista de la integridad física o moral, ya que no basta el daño en sí, sino las consecuencias que éste produce). Debe ser consecuencia directa de la acción del autor, y que no le haya sido posible preverlo o que previéndolos pudo evitarlos.

El daño propio debe ser tal que afecte directamente al imputado aunque simultáneamente se haya ocasionado daños a terceras personas, en el caso de los delitos culposos el daño moral debe ser producto de que entre la víctima y el autor existan lazos familiares o afectivos de tal entidad que el autor jamás podría haber deseado el resultado. La aplicación de este criterio de oportunidad también incluye a los delitos dolosos.

4. *Cuando la pena que corresponde por el hecho o calificación jurídica de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a la pena ya impuesta, a la que corresponde por*

los restantes hechos o calificaciones, o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

El sentido de esta disposición, en vista de su redacción, no es muy claro entonces debe acudir a una interpretación finalista. La ideología de esta disposición apunta más bien a la finalidad de la pena. Si la pena como consecuencia del delito busca la readaptación y resocialización del delincuente, carece de todo sentido práctico el hecho de imponer una pena de poca gravedad respecto de otras ya impuestas al imputado por otros delitos, es así que se entiende que si el imputado ya se encuentra cumpliendo una pena, no por el hecho de sumarle otras se verá incrementado el efecto resocializador de la primera. No es una fórmula matemática de: a mas penas, mas readaptación. No puede concebirse que en un Estado donde el Derecho Penal a través de la pena no busca solo el castigo o reprensión del delito (la pena no es un fin en sí misma), sino que tiene una finalidad social de readaptación; las penas impuestas sean de tal gravedad que terminen evitando la resocialización del delincuente.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 CONCLUSIONES

1. La discrecionalidad otorgada a la Fiscalía por la figura del Principio de Oportunidad, no es absoluta como en el derecho anglosajón que funciona en el país británico y norteamericano, sino que es una discrecionalidad reglada. Por una parte su ejercicio está delimitado a las causales expresamente establecidas por la ley, y por la otra la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al Principio de Oportunidad a un caso concreto deberá someterse al control de legalidad respectivo por parte del juez al momento de presentarle la resolución para efectos de ser admitida.

2. A pesar que los medios de comunicación insisten con la exigencia de mayor seguridad ciudadana el proceso penal no puede ser desnaturalizado hasta convertirlo en un arma ciega de la lucha contra la delincuencia, pues esto implica una concepción bélica del mismo, es por ello que no debe abusarse del uso de esta figura jurídica.

3. En la práctica se ha demostrado como los criterios de discrecionalidad política, como es el caso del Principio de Oportunidad en sus diversas manifestaciones, generan un temor infundado de arbitrariedad e impunidad introduciéndose limitaciones impropias en los diferentes ordenamientos procesales, y ganando en el debate el populismo penal contra la criminalidad, el cual suele referirse a los delitos “bagatela” producto de sociedades desiguales como las nuestras.

4. La figura del Criterio de Oportunidad no ha demostrado la satisfacción de sus expectativas para el combate de la corrupción,

investigaciones complejas o delitos de cuello blanco, mucho menos delitos contra la corrupción gubernamental. Limitándose la aplicación a intereses sectoriales.

5. La Constitución de la Republica no limita expresamente en ninguna de sus partes las actuaciones del Principio de Oportunidad.

6.2 RECOMENDACIONES

1. Hacer una revisión por parte del ente encargado de la política criminal, del actual funcionamiento en la aplicación del Criterio de Oportunidad a manera de establecer directrices que con lleven a mejorar la eficacia de la misma y así contribuir a una mejor Administración de Justicia.

2. Capacitar constantemente al cuerpo fiscal, respecto a la aplicación del Criterio de Oportunidad, para que este pueda ser implementado según los parámetros de la política criminal del Estado Salvadoreño.

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

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ANDRADE BARAHONA Dorian y otros. *La contribución del imputado como un mecanismo viable para la aplicación de los criterios de oportunidad.* Tesis de Grado. Universidad de El Salvador, San Salvador. 2000

ALVARADO BELLOSO Adolfo, *Del Debido Proceso,* 1ra Edición, Temis, Bogotá, 1989.

ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España* 1ª Edición. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona. España 1991,

ARTEAGA ZEPEDA, Gabriel de Jesús y otros *El Respeto a la Garantía del Debido Proceso en la Aplicación de la Ley de Protección de Víctimas y Testigos.* Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. San Salvador, El Salvador. 2009 pág.

AVELLA FRANCO, Pedro Oriol. "Estructura del Proceso Penal Acusatorio" FGN, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. 1ª Ed. Bogotá, 2007.

BAUMAN, Jurguen., Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principio procesales. Introducción sobre la base de casos, Editorial de palma, Buenos Aires, Argentina 1986

BEDOYA SIERRA Fernando y otros "*Principio de Oportunidad: Bases Conceptuales para su Aplicación*". Fiscalía General de la Nación, con la colaboración del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Editado en oficina de divulgación y prensa de la Nación. Colombia 2010.

BENAVIDES MONTERROSA, L.A., *El Debido Proceso en la Jurisprudencia Constitucional* Revista de Derecho Constitucional N° 63, Tomo I, Ed. CSJ, El Salvador, 2007, p.3

BERTRAND GALINDO, Francisco y Otros, "*Manual de Derecho*

Constitucional”, Tomo II, 4ª ed., Ed. Centro de Información Judicial del Ministerio de Justicia, El Salvador, 2000, p. 713

CAFFERATA NORES José I. *La Prueba en el proceso penal*. Séptima Edición. Abeledo Perrot. Buena Aires 2011

CLARÁ RECINOS, M. A., “*Ensayos y Batallas Jurídicas*”, Ed. Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2006.

CLARÁ, Mauricio Alfredo *El Debido Proceso Legal*, Revista de Ciencias Jurídicas, Vol.1, N° 2, Enero 1992

DE BERNARDIS Augusto Julio. *Comentarios Constitucionales*. FCE. 2da Edición. FCE. México 2001

DÍEZ PICAZO, Luís María. *El poder de acusar*. Editorial Ariel, Barcelona, año 2000

ESCOBAR CÉSPEDES Alba Ruth. *Política Criminal y Principio de Oportunidad*. Tesis de Grado. Universidad de Barranquilla. Barranquilla, Colombia. 2010

ESPARZA LIEVA Iñaki. *El Principio de Debido Proceso*. Tesis Doctoral. Universidad Jaime I, Castilla, España. 2007

ENGEL Frederick. *El origen de la Familia, La Propiedad Privada y El Estado*. Poltzer 3ra Edición. México D.F. Pág. 45

FERRAJOLI, Luigi; “*Derecho y razón*”; Editorial Trotta, España, 1997

FIX ZAMUDIO, Héctor. *Función Constitucional del Ministerio Público, Tres ensayos y un epílogo*, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004,

GARCÍA MORILLO, Joaquín. *Las garantías de los derechos fundamentales* 3ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997

GARCÍA LEAL, Laura, “*El debido proceso y la tutela judicial efectiva*”, Vol. X, Ed. FRONE, Venezuela, 2003

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

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

GOLDSTEIN, Abraham. *La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos*. Revista Lecciones y Ensayos, año 1998

GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. *El Debido Proceso*. 1ra Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires 2006

GONZALEZ PEREZ Jesús. *Comentarios a la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones*. Civitas 5ta Edición. Ediciones Civitas. Madrid 2012

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

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

INGLÉS AQUINO Patricia Ivonne. *Criterios de Oportunidad la Colaboración del Imputado en el Proceso Penal” Consejo Nacional de la Judicatura*, Tesis como requisito de graduación para los participantes del primer grupo del Programa de Formación Inicial para Jueces de la Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador 2003.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid 1995

LAZALA INOA Orlidy. *El Principio de Oportunidad como manifestación del principio de mínima intervención en el Proceso Penal Acusatorio*. 1ra Edición. Escuela Nacional del Ministerio Público. Santo Domingo 2004

LUNA, Oscar Humberto, *El Debido Proceso Penal* Sitio Web Diario Colatino, entrada del 08 de marzo de 004, consultado 10/09/2009. Url: www.diariocolatino.com/es/20040308/opiniones/opiniones_20040308

LUNA CASTRO, José Nieves, *Las partes y otras peculiaridades del Sistema Procesal Penal Acusatorio Mexicano en su proceso de conformación*. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Curso de Especialización en Sistema Acusatorio”, bajo el auspicio de la Universidad de Sevilla. México 2008

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal, II. Parte General, sujetos procesales*, 2a. reimpresión, Editores del Puerto., Buenos Aires – Argentina, 2002

MARTÍNEZ CANIZALES Miguel. *El Código Procesal Penal: Apuntes*. Escuela de Capacitación Judicial Consejo Nacional de la Judicatura. Sin Edición. San Salvador. 2009

MERINO HERRERA, Joaquín y otros. *El Proceso de Aplicación de los Criterios de Oportunidad* Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Mexico 2009..

MONTES CALDERON, Ana y otros. *Tratado de Derecho Probatorio Penal Salvadoreño*. Proyecto Mejorando la Justicia en El Salvador FGR-USAID. El Salvador 2011

ORELLANA SERRANO, Xenia Gladis “La carrera Judicial como un Instrumento para la Mejor Administración de Justicia”. Tesis. Universidad Doctor José Matías Delgado, como requisito para obtener el grado de licenciada en Ciencias Jurídicas. El Salvador 1993.

PALMA ENCALADA, Leny. “*El debido proceso sustantivo como instrumento para asegurar una sentencia justa*||., Sitio Web Derecho y Cambio social||, consultado 16/10/2009. URL: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista004>

PRADEL Jean. *Derecho Penal Europeo Comprado*. S. Ed. Traducido por Benito Irregarena. FCE. México D.F. 1999

PEÑA CORTÉZ José Francisco. *El principio de Legalidad y el Debido Proceso*. Escuela de Capacitación Judicial. Consejo Nacional de la Judicatura. 1ra Edición. San Salvador 2002

PERALTA AGUILAR, Saray; Quesada Carranza, Sergio. *Principio de Oportunidad: Aplicación en Costa Rica*. Investigaciones Jurídicas, S.A. Costa Rica, año 2004.

PIZARRO CHANG, Luis Antonio, "Criterios de Oportunidad en el Código Procesal Penal" 2ª Ed. Actualizada. Edit. Jurídica Continental, San José 1997

PORTOCARRERO PISQUE, J. A., "El Derecho al Debido Proceso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos" Sitio Web Alfonso Zambrano, consultado 05/12/2009. Url: www.alfonsozambrano.com/memorias/estudiantes/Ponencia11.doc

QUISBERT, Ermos, *Garantías Constitucionales del individuo en el proceso penal*, Sitio Web Geocities, Entrada marzo 2006, consultado 23/09/2009. Url: www.geocities.com/penalprocesal/garantiasdelprocesopenal.htm

QUIROGA LEON Anibal. *El debido proceso como derecho humano*. S Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1998

QUINTANAR DÍEZ Manuel., *La justicia penal y los denominados arrepentidos*, Editorial Edersa, Madrid, 1996; Ochoa romero Rangel editor, México 2006

RABASA O, Emilio, *El Jurado Popular en las Constituciones de 1857 y 1917*, Edit., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. MEXICO, 2003.

ROBLEDO RUIZ, Agustín. "El Principio de Legalidad Penal en la Historia Constitucional Española". Universidad de Granada. Revista de Derecho Político, núm. 42, Editorial Castilla. España. 1997

RODRÍGUEZ Javier Llobet y Alfredo CHIRINO SÁNCHEZ, “Principio de Oportunidad y Persecución de la Criminalidad Organizada” Problemas Prácticos e Ideológicos de un Proceso Penal Eficiente. 1ª Ed. Edt. Jurídica Aretè. San José

TIJERINO PACHECO, José María, *El Principio de Oportunidad en el Ejercicio de la Acción penal, en Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*, Costa Rica 2009

VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Ed. Lerner, Buenos Aires. Argentina 1969

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

JOSÉ DAVID CAMPOS VENTURA, Tesis de Graduación para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, denominada “Estudio de las Distintas Acciones que Nacen como Consecuencia del Delito”; San Salvador, Diciembre de 1993, pág. 43.

INDICE LEGISLATIVO

CODIGO PROCESAL PENAL D.L. N° 248, de fecha 14 de enero de 2010, publicado en el D.O N°30, Tomo 386 de fecha 12 de febrero de 2010. Artículo 258

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, D.C. No. 38, del 15 de diciembre de 1983, D.O. No. 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHO HUMANOS, Aprobada en 10 de diciembre de 1948

Convenio Centroamericano Para La Protección De Víctimas, Peritos y demás sujetos que intervienen en la Investigación y en el Proceso

Penal. Suscrito por los países de Belice, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua. Año 2007.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988, serie c, no. 4, páginas 166-172