

## *La oportunidad de la acción pública: inconstitucionalidad y retardación de justicia*

El 4 de diciembre de 1996, el Decreto Legislativo 904 (*Diario Oficial* 11, Tomo 334, 2 de enero de 1997), dio vida al actual Código Procesal Penal. No fue, sin embargo, hasta abril de 1998 que este entró en vigencia. Este nuevo cuerpo normativo supuso un cambio radical en la estructura del procedimiento penal, el cual pasó de ser inquisitivo a acusatorio, cambio con el cual se persiguió alcanzar una mayor eficacia y celeridad en la administración de justicia, lo cual se ha logrado, en mayor o menor medida. La adopción de este nuevo sistema importó, sin duda alguna, una reforma de gran envergadura en el sistema de justicia penal muy positiva, aunque su puesta en práctica no se ha realizado con la debida logística y técnica legislativa, evidente en constantes y numerosas reformas.

Pero en una reforma tan radical no todo es positivo, pues entre las novedades de la nueva legislación procesal penal se encuentra “la oportunidad de la acción pública” o, dicho con otras palabras, los llamados “criterios de oportunidad”, contemplados en el Artículo 20 del Código Procesal Penal. Estos criterios ensombrecen los buenos propósitos del legislador, puesto que son medidas normadas que, lejos de procurar una cuerda justicia, la entorpecen, con lo cual generan consecuencias irreparables, en la realidad jurídico penal salvadoreña, cada vez que son utilizados por los órganos jurisdiccionales.

El Artículo 20 del Código Procesal Penal establece que “En las acciones públicas, el fiscal podrá solicitar al juez que se prescinda de la persecución penal de uno o varios de los hechos imputados,

respecto de uno o algunos de los partícipes o se limite a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles, en los casos siguientes: 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; 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 mas grave; 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 moral de difícil reparación, y; 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. Si el juez considera conveniente la aplicación de alguno de estos criterios, o tratándose del numeral primero de este artículo y su aplicación haya sido pedida por el querellante se solicitará la opinión del fiscal, quien dictaminará dentro de los tres días siguientes. El juez no aplicará un criterio de oportunidad sin acuerdo del fiscal”.

Los criterios de oportunidad, aunque incorporados en el Código Procesal con la finalidad de evitar la saturación de la actividad jurisdiccional y el amotinamiento en los centros de cumplimiento

de pena, es decir, por razones político-prácticas, son, sin duda alguna, y en opinión de numerosos juristas, inconstitucionales. Esto ha llevado a algunos jueces a no aplicarlos, para lo cual invocan, acertadamente, el Artículo 185 de la Constitución<sup>1</sup>. Esta inconstitucionalidad exige una reforma correctiva en el corto plazo para evitar que sea aplicada con efectos *erga omnes* y para prevenir un funcionamiento enfermizo del sistema de justicia, tal como ha sido hasta ahora.

El texto del Artículo 20 del Código Procesal Penal es una vulneración directa del Artículo 193, Numeral 4 de la Constitución<sup>2</sup>, puesto que regulan situaciones contradictorias. Mientras que la disposición impone al Fiscal General la obligación de *promover la acción penal de oficio o a petición de parte*, aquella otra manda lo contrario: *prescindir de la acción penal*. Esta contradicción evidencia de manera manifiesta y clara, y sin necesidad de recurrir a profundos y prolongados análisis, la inconstitucionalidad de la disposición citada. Por su carácter de norma suprema, la Constitución debe prevalecer sobre la ley secundaria. En caso de contradicción entre una y otra, debe aplicarse aquella en detrimento de esta sin ninguna vacilación. Así lo manda la misma Constitución, en el Artículo 235, "Todo funcionario, civil o militar, antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor, *ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución ateniéndose a su texto, cualesquiera que fueren las leyes, decretos órdenes o resoluciones que la contraríen*, prometiendo, además, el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo les imponga, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes". En este sentido, la Constitución constituye una fuente legal de aplicación prioritaria y obligatoria a los hechos que deben juzgarse. No obstante, la Fiscalía General parece inutilizarla y obviar su carácter supremo, ya que acude de manera constante al Artículo 20 del Código Procesal Penal, una herra-

amienta legal que, por ser secundaria, no debería aplicarse.

La oportunidad de la acción pública violenta el Artículo 15 de la Constitución, el cual determina que "nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trata y por los tribunales que previamente haya establecido la ley". Esta disposición constitucional consagra el denominado "principio de legalidad", el límite principal para el *ius puniendi* del Estado, que responde al aforismo *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, es decir, en materia penal no puede sancionarse ninguna conducta, ni imponerse pena alguna, que no se encuentre previamente establecida por la ley como delito. Esta es la premisa fundamental para la acción penal de la Fiscalía General. Solo aquellas conductas comprendidas en un tipo penal determinado pueden ser perseguidas, desde una perspectiva penal. Pero esta no es una facultad discrecional, sino que es una obligación, impuesta por la misma Constitución en sus artículos 193, Numeral 4, y 235, ya citados.

En consecuencia, si un hecho ha sido calificado por una ley como delito, la Fiscalía General está obligada a perseguirlo, de oficio, si es un delito de acción pública y, a petición de parte, si es un delito de acción pública, previa instancia particular<sup>3</sup>. En este sentido, la inconstitucionalidad de la oportunidad de la acción pública, al afectar el principio de legalidad, cae por su propio peso, ya que aquella figura manda no perseguir una conducta tipificada de forma expresa como delito, por encima de lo contemplado por la Carta Magna, en su Artículo 15. Este dispone lo contrario.

Una derivación importante del principio de legalidad es el denominado *principio de irretroactividad*, el cual abona a favor de la inconstitucionalidad del Artículo 20 del Código Procesal Penal. Este principio establece que el ejercicio de la ac-

1. Este artículo, en concreto, establece: "Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros órganos, contraria a los preceptos constitucionales".
2. Esta disposición constitucional, concretamente, reza: "Corresponde al Fiscal General de la República: 4). Promover la acción penal de oficio y a petición de parte".
3. Esto corresponde al *principio de obligatoriedad de la acción penal*, una derivación del principio de legalidad, en virtud del cual el Ministerio Público no puede disponer de sus atribuciones constitucionales. Por lo tanto, al conocer un hecho delictivo, no puede sino ejercer la acción penal, según mandato constitucional, so pena de asumir las responsabilidades correspondientes, derivadas de su trasgresión.

ción penal no debe limitarse de forma exclusiva a *incitar* al órgano jurisdiccional, sino que dicha acción debe proseguir a lo largo de todo el proceso, es decir, una vez iniciado éste, ya no puede detenerse, sino que debe continuar hasta el final. Este principio es de especial importancia, puesto que se vincula no solo al Artículo 15, sino también a otras disposiciones constitucionales. En especial a los artículos 11 y 12, garantes del debido proceso. Ciertamente, el principio de irrevocabilidad y los preceptos constitucionales respectivos son violentados de forma flagrante por el Artículo 20 del Código Procesal Penal, porque neutraliza la acción penal y, por consiguiente, el procedimiento penal. Esto no es más que una atrocidad jurídica. La realización de un hecho punible y la correspondiente culpabilidad o inocencia del imputado solo deben determinarse en juicio previo y limpio, llevado a cabo con pleno respeto a la legalidad. Es lo mandado por la Constitución. Sin embargo, este mandato no es cumplido cada vez que se hace uso de la oportunidad de la acción pública, la cual ordena lo contrario. No queda lugar a dudas, por lo tanto, que esta figura adolece de un inminente vicio de inconstitucionalidad. Afecta el núcleo del sistema penal y procesal penal, lo cual es preocupante.

La oportunidad de la acción pública violenta el principio de igualdad, regulado en el Artículo 3 de la Constitución<sup>4</sup>. Este principio, en materia penal, obliga a aplicar sin discriminación la ley sancionadora a quienes se encuentren en situaciones similares, con independencia de su condición social, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia, personal o social. En este sentido, el respeto pleno implica el ejercicio de la acción penal contra aquellos que hayan realizado una conducta descrita en la ley como delito y en todos los casos. Esto, ciertamente, no se cumple cuando se



aplica la oportunidad de la acción pública, ya que, cuando se invoca, se prescinde de la acción penal (en los casos regulados por el Artículo 20 del Código Procesal Penal). De esta manera, la ley no se aplica con la igualdad exigida por la Constitución. La regulación del Código Procesal Penal es poco garante y respetuosa de un Estado social y democrático de derecho y, lo peor del caso, es que algunos órganos encargados de impartir justicia se muestran, o se quieren mostrar, ciegos ante esta realidad.

La vulneración del principio de igualdad va más allá, ya que el criterio discrecional que se otorga al Fiscal implica la facultad (no la obligación) de aplicar los criterios de oportunidad cuando mejor le parezca. De esta suerte, puede hacerlo en determinados casos y para determinadas personas, mientras que en otros similares y para otras personas, no. La suerte del imputado queda en manos del Fiscal, quien debe decidir si beneficia con la aplicación del Artículo 20 del Código Procesal penal o no. Esta discrecionalidad es una aberración jurídica que atenta, a todas luces, contra la normativa fundamental<sup>5</sup>. El criterio discrecional puede inclu-

4. El principio de igualdad está, a su vez, regulado por el Artículo 17 del Código Penal, el cual, literalmente, dice: "La ley penal se aplicará con igualdad a todas las personas que al momento del hecho tuvieren mas de dieciocho años". Asimismo, este principio está regulado por el Artículo 14 del Código Procesal Penal, "Los fiscales, el imputado, su defensor, el querellante, sus representantes y los demás intervinientes, tendrán la misma posibilidad de ejercer durante el procedimiento las facultades y derechos previstos en la Constitución de la República, en este Código y las demás leyes". Dada esta regulación, no se puede entender, entonces, cómo, en algunos casos, la ley prevé prescindir de la acción penal (conceder la oportunidad de la acción pública) y en otros no, ¿No es esto desigualdad?
5. La Constitución manda imperativamente, por medio del Artículo 193, Numeral 4, el ejercicio de la acción penal frente a la realización de un hecho típico. En este sentido, no otorga al Ministerio Público una facultad discrecio-

so implicar cierta arbitrariedad de parte del Ministerio Público, puesto que puede llevar a una impunidad reglada, pero indebida.

El Artículo 20 del Código Procesal Penal vulnera el Artículo 172 de la Constitución, que establece: "La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano, la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil, penal, mercantil, laboral agraria y de lo contencioso administrativo, así como en las otras que determine la ley. La organización y funcionamiento del Órgano Judicial serán determinados por la ley. Los magistrados y jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las demás leyes". La inconstitucionalidad puede verse en dos sentidos. Primero, la Constitución impone al Órgano Judicial la obligación de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado". Esto constituye un imperativo que los tribunales que integran dicho Órgano deben cumplir, por encima de cualquier otra ley que la contraría, lo cual es, a su vez, una consecuencia directa del Artículo 235 de la Constitución. Dado que la figura de la oportunidad de la acción pública ordena lo contrario, es decir, prescindir de la acción penal y, en consecuencia, omitir juzgar y ejecutar lo juzgado, sencillamente, deviene en inconstitucional, por vulnerar el Artículo 172 de la Constitución.

En segundo lugar, el Artículo 20 del Código Procesal Penal, en concreto, el último inciso, es inconstitucional, ya que viola de forma directa el principio de independencia judicial, consagrado por el Artículo 172 de la Constitución. Dicho artículo impone al juez la obligación de pedir la autorización del Fiscal para la aplicación de un criterio de oportunidad, cuando este lo crea conveniente, lo cual implica una invasión del Ministerio Público en la función jurisdiccional, estrictamente encomendada a los juzgadores. La Constitución, en este punto, es enfática: "Los jueces y magistrados, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y las leyes". Por supuesto, cuando no son contrarias a aquella. Toda injerencia de órganos externos en la labor del juez, por tanto, constituye un atentado a la norma suprema.

nal, sino un mandato que debe obedecer sin vacilación, por encima de cualquier otra ley que la contradiga, en este caso, el Código Procesal Penal.

Lamentablemente, pese a que el llamado criterio de oportunidad constituye una clara vulneración de la Constitución, dicho criterio se ha aplicado de forma constante, desde que entró en vigencia el nuevo Código Procesal Penal. Por fortuna, algunos juzgadores, por considerarlo inconstitucional y haciendo uso de los artículos 185 y 235 de la Constitución, no lo han aplicado.

El 2 de febrero de 2001, una ciudadana interpuso, ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, una demanda de inconstitucionalidad del Artículo 20 del Código Procesal Penal. En ella se expusieron estos argumentos. La demanda fue admitida el 19 de marzo de ese año (5-2001). Pasados más de cuatro años, la Sala de lo Constitucional todavía no se ha pronunciado, lo cual evidencia una considerable retardación de justicia, en detrimento del orden constitucional. La cuestión es, entonces, ¿cuánto más hay que esperar? Entre más tiempo se demore la respuesta, más se prolonga la aplicación del precepto impugnado y, en consecuencia, también sus funestos efectos inconstitucionales. Es claro también que el órgano a quien se ha confiado el control de la constitucionalidad peca por insolvente en el ejercicio de sus obligaciones, ya que es incapaz de hacer frente a las demandas legítimas de la ciudadanía. Esta es una forma más de inseguridad jurídica.

Es evidente que la Sala de lo Constitucional relega al olvido determinadas demandas de inconstitucionalidad, cuya resolución puede demorar años. Otras, en cambio, incluso presentadas después, las resuelve con asombrosa prontitud, aun en pocos meses. Pareciera contar con un sistema de selección y prelación de demandas, cuyos criterios no son conocidos. Todas las demandas deben ser resueltas con la celeridad debida, puesto que todas ellas presentan la misma naturaleza y persiguen un mismo fin. Aparte que esta es una responsabilidad de la Corte Suprema de Justicia. Una demora tan prolongada para resolver un recurso de inconstitucionalidad no es, desde ningún punto de vista, defendible. El resultado es que, de esa forma, alarga la vigencia, la aplicación y los efectos de los artículos impugnados. En esta forma de proceder, el criterio político no puede descartarse. Sean cuales sean las razones de la demora, la Corte Suprema de Justicia debe pronunciarse sobre la constitucionalidad del criterio de oportunidad. Más de cuatro años es tiem-

po suficiente para formarse una opinión jurídica. Esta sentencia es urgente porque la aplicación del criterio de oportunidad es masiva. La discrecionalidad del Ministerio Público conlleva, además, la arbitrariedad con la cual es aplicado. Es una forma de ejercer la impunidad, pero de forma normada. Mientras la inconstitucionalidad no sea declarada, los encargados de impartir justicia debieran re-

flexionar sobre ella y considerar que el criterio de oportunidad es inaplicable. Para ello pueden hacer uso de los artículos 185 y 235 de la Constitución, tal como algunos ya lo han hecho.

CARLOS EMILIO GÓMEZ  
Catedrático del Departamento de Ciencias  
Jurídicas de la UCA

