



ANÁLISIS DE LAS RECIENTES REFORMAS PENALES:
**“Un regreso al modelo inquisitivo y la desprotección de
derechos de la población salvadoreña”**

Septiembre 2022

Tabla de contenido

1. Introducción	3
2. Antecedentes: los intentos por abandonar el modelo inquisitivo y las políticas manoduristas.	3
3. Reformas penales y su impacto en los derechos humanos	5
3.1 Cambios al Código Procesal Penal	5
A) Permite que actos procesales se realicen con imputados ausentes (Art. 10 y 86 CPP)	5
B) Resta valor a la figura de la prescripción (Art. 34 y 36 CPP)	7
C) Permite que el proceso llegue a su conclusión con el imputado ausente (Art. 88 y 89 CPP)	8
D) Implicaciones para el ejercicio de la defensa (Art. 97, 101 inc. Final y 104 CPP)	9
3.2 Ley contra el Crimen Organizado (presentada aún no aprobada)	11
A) Modificación del objeto de la ley (Arts. 1 y 2 LCO)	11
B) Modificación de la estructura y competencia de los tribunales (Art. 3 LCO)	12
C) Supresión del control de legalidad de la prueba. (Art. 6 LCO)	14
D) Denuncia de la víctima y acta policial de entrevista de testigo con valor probatorio (Art. 6-A LCO).	15
E) Supresión de obligaciones fiscales sobre obtención de evidencias y del control judicial del congelamiento de cuentas bancarias (Art. 7 LCO)	16
F) Flexibiliza los requisitos sobre individualización o identificación de una persona a través de fotografías (Art. 14 LCO).	18
G) Extiende las razones y el tiempo por cual se puede prorrogar el proceso y la detención provisional (Art. 17 LCO).	19
H) Permite la confesión extrajudicial en el procedimiento abreviado (Art. 19-A LCO)	20
I) Permite conceder criterio de oportunidad a cabecillas de pandillas (Art. 19-B LCO)	22
J) Se aplica retroactivamente (Art. 21-A LCO)	23
3.3 Cambios en la Ley de Telecomunicaciones (presentada aun no aprobada)	24

1. Introducción

El 14 de septiembre de 2022, el ministro de Justicia y Seguridad Pública presentó a la Asamblea Legislativa¹ la solicitud de una sexta prórroga al Régimen de Excepción y un paquete de reformas a la legislación penal especializada y al Código Procesal Penal. Sin debate, acreditación y fundamentación el 19 de septiembre se aprobó el Decreto que prolonga el régimen y las reformas al Código Procesal Penal.

En conjunto, las reformas a la legislación penal y procesal penal y otras aprobadas a partir de marzo de este año; así como las propuestas de reforma a la Ley Contra el Crimen Organizado y la Ley de Telecomunicaciones -aún en revisión en la Asamblea Legislativa- suponen un grave retroceso a los límites y garantías que establece la Constitución y los tratados internacionales.

Este documento analiza las reformas ya aprobadas y otras que han sido presentadas relacionadas al proceso penal y cómo la mismas conllevan un regreso al modelo inquisitivo y a la desprotección de los derechos humanos de la población salvadoreña.

2. Antecedentes: los intentos por abandonar el modelo inquisitivo y las políticas manoduristas.

Uno de los aspectos más sensibles en materia de derechos humanos es el uso predilecto del derecho penal, es decir, del poder punitivo del Estado para contrarrestar la delincuencia y la inseguridad ciudadana, que históricamente ha dado lugar a abusos de autoridad y graves violaciones de derechos humanos, en lugar de la implementación de políticas públicas integrales que, además de la persecución penal, atiendan las causas de la violencia social y delincencial, dando prioridad a la prevención y la inserción social.

En la década de los noventa, en la etapa posterior a los Acuerdos de Paz, hubo un importante proceso de reforma y modernización legal, incluyendo la transformación del proceso penal con la aprobación de nuevos códigos penal y procesal penal en 1997. Antes de eso, la legislación penal salvadoreña databa de 1973 y establecía un modelo mixto de corte inquisitivo de persecución penal², de hecho, esa legislación fue influenciada por la legislación de Enjuiciamiento Criminal Español de la edad media.

En el modelo inquisitivo el mismo juez era el que instruía la investigación y juzgaba, es decir era juez y parte. Se trataba de un proceso escrito, engorroso, lento, sin publicidad, y con escasas garantías para la parte acusada, aunque la audiencia final, denominada vista pública, tenía características de oralidad. En ese entonces, la obsolescencia y burocracia del sistema penal hacía que El Salvador estuviera entre los países con mayor número de personas privadas de libertad sin condena en las cárceles, lo que coincidió con una época de regímenes autoritarios y de violaciones a derechos humanos.

1

<https://www.seguridad.gob.sv/gabinete-de-seguridad-presenta-solicitud-para-continuidad-del-regimen-de-excepcion-y-propuesta-de-reformas-legales-para-enfrentar-el-crimen/>

² El sistema inquisitivo tiene sus orígenes en la edad media a partir de la inquisición española que se caracteriza por que las funciones de acusación, instrucción y sentencia se encontraban centralizadas en la persona del juez.

Con la reforma del 97', se introdujo un modelo acusatorio³, aunque mantenía algunas figuras del modelo inquisitivo, a partir del cual se separa el rol de investigación en el ministerio público y el rol de juzgamiento en los jueces. Se trataba de un juicio oral, público, con inmediación de la prueba⁴, y con garantías tanto para víctimas como imputados.

Durante las posteriores décadas, el proceso penal sufrió constantes reformas por gobiernos que privilegiaron el combate de las pandillas haciendo uso de políticas “manoduristas” de corte populista con un enfoque bélico de “*combate al enemigo*”, identificando como enemigo principal a las pandillas. Junto con las reformas al procedimiento penal común se fueron aprobando también un conjunto de leyes especiales de carácter penal⁵ enfocadas en la persecución específica de ciertos grupos criminales estableciendo procedimientos especiales con menos garantías y con predominio del derecho penal de autor⁶.

Estas reformas conllevaron la desnaturalización del proceso penal acusatorio. Un ejemplo de ello es que la figura de la detención provisional que en el Código Procesal Penal original era excepcional, con las posteriores reformas se convirtió en una medida general, con lo cual el problema de hacinamiento carcelario en las últimas décadas se ha mantenido vigente⁷.

En 2008 se aprobó un nuevo Código Procesal Penal que entró en vigor en octubre de 2010⁸. El Código Penal, por su parte, cuenta ya con 76 reformas y varias derogatorias parciales.

La gestión del presidente Bukele ha profundizado este enfoque dirigido exclusivamente a castigar a quienes considera enemigos internos, sin atender a las víctimas de la violencia, y prevenir nuevos brotes y modalidades de operación del crimen organizado.

³ El sistema procesal acusatorio supone una gama de principios y reglas que sumadas dan por resultado la configuración total del proceso, y que implican que las funciones de acusar y juzgar están asignadas a diferentes órganos. (Rodríguez Vega, Manuel Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL (Valparaíso, Chile, 2013, 1er Semestre) [pp. 643 - 686], En el modelo acusatorio, contrario al modelo inquisitivo, el juez es independiente e imparcial, controla la actividad de las partes, se asegura más el respeto de los derechos humanos y aplica la sana crítica en sus resoluciones.

⁴ El principio de inmediación de la prueba implica que el juez tenga la oportunidad de conocimiento a través de la percepción directa de las pruebas, por ejemplo, presenciar el interrogatorio de un testigo, lo que no sucedía con el inquisitivo ya que al ser escrito la declaración de testigos la tomaba un empleado del tribunal sin la presencia del juez.

⁵ Ley Reguladora de las Actividades relativas a las Drogas (2003); Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja (2007); Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal (2010).

⁶ El derecho penal de autor propio de regímenes totalitarios del pasado privilegia la persecución por las cualidades de las personas y no por los actos que cometen. El derecho penal de autor es incompatible con el principio de legalidad y de seguridad, y solo es válido considerar las circunstancias personales del delincuente para graduar, sustituir o suspender la pena, o igualmente para poder aplicar medidas de seguridad.

⁷ Por ejemplo, en 2018 según el Instituto de Investigación de Política Criminal (ICPR, por sus siglas en inglés), El Salvador ocupaba el segundo lugar en el mundo con mayor proporción de población tras las rejas por cada 100.000 habitantes, con una tasa de 614 presos por cada 100.000 habitantes (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-44047889>)

⁸ Decreto Legislativo No. 733, publicado en el D. O. N° 20 Tomo N° 382, de fecha 30 de enero de 2009, y Decreto Legislativo No. 219, publicado en D. O. No. 241, Tomo No. 385, de fecha 23 de diciembre de 2009.

Por ende, un análisis de las reformas penales no puede limitarse a valorar su uso para combatir a criminales, sino valorar su impacto en la población en general, ya que, aunque se suele señalar que las mismas van dirigidas a delincuentes en la práctica el Régimen de Excepción vigente ha demostrado que también abarca a cientos de personas que no tienen ninguna relación con actos criminales pero que son afectados cuando el derecho penal se usa arbitrariamente.

3. Reformas penales y su impacto en los derechos humanos

Las reformas penales que iniciaron en marzo de este año modificaron el Código Penal, la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, la Ley Reguladora de las Actividades relativas a las Drogas, la Ley Penal Juvenil y el Código Procesal Penal, e implicaron graves violaciones al debido proceso dando pie a que cualquier persona sea señalada en forma anónima, permanezca en detención provisional sin límite de tiempo claro y sin defensa técnica, que sea juzgada por jueces que no son independientes e imparciales (jueces sin rostro) y sea condenada sin pruebas técnicas, con testigos de referencia y en “juicios colectivos”, por lo que la población salvadoreña se encuentra expuesta y es vulnerable al uso abusivo del régimen de excepción y la legislación penal aprobada⁹. Se trata de un regreso al proceso penal inquisitivo.

A continuación, se analizan las reformas presentadas en septiembre, tanto las aprobadas como las que aún no lo han sido.

3.1 Cambios al Código Procesal Penal

En cuanto a las reformas al Código Procesal Penal -aprobadas el pasado 21 de septiembre- debe señalarse que no son solo aplicables a miembros de pandillas, sino a cualquier persona que sea procesada penalmente.

Las reformas están orientadas a permitir que se juzgue a imputados ausentes, aunque la Constitución en su artículo 12¹⁰ y la jurisprudencia que lo desarrolla lo prohíben. La presencia directa de la persona acusada en el proceso es fundamental para ejercer el derecho de defensa.

A continuación, se detallan los puntos más relevantes de la reforma y su impacto en el respeto de los derechos humanos:

A) Permite que actos procesales se realicen con imputados ausentes (Art. 10 y 86 CPP)

“Art. 1. Reformase el artículo 10 de la siguiente manera:

Art. 10.- Será Inviolable la defensa del imputado en el procedimiento.

⁹ Para mayor detalle puede consultar el análisis de las reformas de marzo realizado por Cristosal en <https://cristosal.org/analisis-preliminar-reformas-al-sistema-penal-aprobadas-el-30-de-marzo-de-2022-por-la-asamblea-legislativa/>

¹⁰ “Art. 12.- Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa. (inciso primero).”

*El imputado tendrá derecho a intervenir en todos los actos del proceso para el ejercicio pleno de los derechos y facultades que este Código le reconoce, **inclusive aquellos que se desarrollasen sin su presencia.***

El derecho de defensa es irrenunciable, y el imputado deberá ser asistido y defendido por un abogado de su elección o por uno previsto por el Estado gratuitamente, desde el momento de su detención hasta la ejecución de la sentencia”

“Art. 6.- Reformase el artículo 86 de la siguiente manera:

Art. 86.- Será considerado rebelde el imputado que:

- a) Sin justa causa no se apersona al juzgado de paz, de instrucción, tribunal de sentencia o cualquier otro juez competente en materia penal, así como a cualquiera de las audiencias del proceso, habiéndosele citado y notificado **a él o a su defensor** por cualquiera de los medios regulados en este Código para tal efecto, **debiendo dichos funcionarios declararlo así.***
- b) Se fugue del lugar de su privación de libertad.*
- c) Sea notoria la conducta evasiva de comparecer personalmente después de haber sido notificado del proceso o de alguna diligencia administrativa o judicial relacionada”.*

La reforma permite que existan actos procesales que se realicen sin la presencia del imputado, lo que implica una vulneración al derecho constitucional de defensa (art. 12 Cn), que es una garantía judicial esencial; la jurisprudencia ha señalado que es obligatoria la presencia de la persona que es juzgada en todos los actos procesales para garantizar el derecho de defensa técnica y material y el debido proceso legal.

Esta garantía es central para establecer las condiciones del ejercicio del derecho de defensa, además que el alcance de esta excepción no está delimitado, por lo que puede interpretarse que la reforma habilita que cualquier audiencia o acto procesal de investigación, o anticipo de prueba (como una declaración anticipada), pueda realizarse sin la presencia del imputado.

A eso debe agregarse que la reforma añade otra causal para declarar rebeldes a las personas ausentes¹¹ referida a la conducta denominada “evasiva”, que resulta innecesaria y subjetiva, dado que la primera causal ya hace referencia a que si fue notificado y no compareció se considera rebelde.

B) Resta valor a la figura de la prescripción (Art. 34 y 36 CPP)

¹¹ Las personas ausentes son aquellas que aun cuando han sido notificadas de que hay un proceso en su contra no acuden ante el tribunal respectivo, en cuyo caso deben ser declarados “rebeldes”. El art. 186 CPP señala que hay dos causas para declarar la rebeldía: a) los que sin justa causa no se apersonen ante el tribunal a pesar de haber sido notificados legalmente y b) que se hayan fugado del lugar en que se encuentren detenidas.

“Art. 2. Reformase el artículo 34 en el sentido de incorporar un inciso final de la siguiente manera:

“Exceptuase los efectos de la inactividad del proceso en aquellos casos en los que se haya producido la declaratoria de rebeldía del imputado”

“Art. 3.- Reformase el artículo 36 de la siguiente manera:

Art. 36.- La prescripción se interrumpirá por la sentencia definitiva aún no firme, desaparecida la causa de interrupción, el plazo de prescripción durante el procedimiento comenzará a correr íntegramente.”

La prescripción es una garantía procesal que evita que una persona pueda ser juzgada indefinidamente. Para ello se establece un tiempo máximo para intentar una acción penal, o si el proceso ya ha iniciado (prescripción del procedimiento), un tiempo máximo en que el proceso este inactivo. El tiempo de la prescripción de procedimiento comienza a contar desde el momento de la última diligencia.

Una de las principales razones para iniciar la prescripción durante el proceso, es la inactividad originada en una declaratoria de detención provisional, en los casos de imputado ausente por ejemplo, generando así una condición de “rebeldía” del imputado por la imposibilidad de ser notificado de la investigación en su contra, o bien por la imposibilidad de realizar actos de investigación sobre su persona, originada por diferentes circunstancias incluyendo el desconocimiento de su domicilio por vivir fuera del país.

Sin embargo, la reforma (Art. 34 CPP) al exceptuar el caso de rebeldía de la prescripción simplemente invalida el fundamento de la misma durante el procedimiento, pues no podrá iniciar el conteo del transcurso del tiempo, reduciendo a su mínima expresión la efectividad de la institución jurídica.

A esto se añade que también se elimina la prescripción de procedimiento en las reglas para su interrupción (Art. 36 CPP). Este artículo regulaba en qué casos se interrumpía la prescripción señalando los siguientes: cuando se ha declarado rebelde al imputado o cuando exista sentencia definitiva que aún no es firme¹². Para el caso de reos ausentes señalaba que el tiempo de la interrupción de la prescripción no podía rebasar 3 años. La reforma elimina la regulación sobre la prescripción durante el procedimiento, y mantiene la regulación respecto del inicio del conteo para la prescripción de la pena.

Esto significa en términos prácticos que un imputado que está ausente y al cual se le ha decretado detención y declarado rebelde, podrá seguir siendo procesado indefinidamente lo que dure el proceso sin límite de tiempo hasta que se pronuncie sentencia.

C) Permite que el proceso llegue a su conclusión con el imputado ausente (Art. 88 y 89 CPP)

¹² Una sentencia aun no es firme cuando no se han agotado los recursos contra ella.

“Art. 8. Refórmese el artículo 88 de la siguiente manera:

Art. 88.- La declaración de rebeldía no suspenderá el curso del proceso y continuará hasta la vista pública cuando:

- a) Se hubiere notificado al imputado o a su defensor la admisión de la acusación.*
- b) Cuando sea notoria la conducta evasiva de comparecer personalmente después de haber sido notificado del proceso o de alguna diligencia administrativa o judicial relacionada.*

*El defensor deberá estar presente durante el desarrollo del juicio. Cuando el rebelde comparezca, **la causa continuará según su estado. Si es declarada durante el plenario, se continuará con el defensor designado para tal efecto sin que este pueda renunciar hasta la culminación del juicio,** y continuará igualmente para los demás imputados presentes.*

No procederá la declaratoria de rebeldía durante la vista pública, cuando se haya iniciado la fase de prueba y el imputado ya no comparezca por cualquier motivo; y en consecuencia, no se suspenderá la tramitación de los recursos, ni la declaratoria de firmeza de la sentencia, la cual deberá cumplirse al encontrarse presente el condenado.

La normativa actual establece que en los procesos cuyas personas que han sido declaradas rebeldes, el proceso se investigará hasta finalizada la instrucción, por lo que no se puede realizar la audiencia preliminar por la ausencia del acusado, además no se permiten los juicios con la ausencia de los imputados.

“Art. 9.- Refórmese el artículo 89 en su inciso primero de la siguiente manera:

Art. 89.- Si el imputado se presenta con posterioridad a la declaración de su rebeldía y justifica que no concurrió debido a un grave y legítimo impedimento, se revocará de inmediato la orden de captura y se harán las comunicaciones correspondientes. Sin embargo, cualquiera que sea el estado del proceso en que el rebelde comparezca, se continuará en el estado en que lo encontrare al momento de su incorporación al proceso, sin que pueda retrocederse en ningún caso”

La normativa actual establece que en los procesos en que los imputados han sido declarados rebeldes, el proceso se investigará hasta finalizada la instrucción, sin que se pueda realizar la audiencia preliminar por la ausencia del acusado, además no se permiten los juicios con la ausencia de los imputados.

La reforma (Art. 88 CPP) permitirá que se realicen los juicios a pesar de la ausencia de los acusados, pues las condiciones para no suspender el proceso por la ausencia del imputado son mínimas, por ejemplo, bastará con que el tribunal manifieste que se notificó la acusación o la investigación en la residencia familiar, para afirmar que es suficiente para considerar y presumir el conocimiento de este y señalar la “notoria” conducta evasiva, según el literal b de la reforma.

Además, contraviene el derecho de defensa material y técnica, pues el acusado “*asumirá y continuará el proceso en la etapa en que se incorpore*”, negándosele además la posibilidad de

nombrar a su abogado de confianza. Sin mencionar que el plazo para los recursos no será suspendido, asumiendo el proceso en las condiciones en que se encuentre, esto provoca vulneraciones al derecho de defensa.

La reforma (Art. 89 CPP) además plantea que en caso de que el imputado rebelde se presente justificando su ausencia, el proceso continuará en la etapa en que se encuentre sin que el mismo pueda retroceder. Esto no aclara si se le permitirá presentar prueba de descargo o no, siendo esta una vulneración a las garantías judiciales y al derecho de defensa (art. 12 CN) y, por ende, al principio de inviolabilidad de la defensa, el cual tiene por finalidad evitar que el imputado se vea en una situación de indefensión ante las acusaciones que enfrenta.

La Sala de lo Penal en su reiterada jurisprudencia ha determinado que el derecho de defensa posee dos componentes *“la defensa material, que comprende aquella facultad en virtud de la cual ha de permitirse al enjuiciado ejercer personalmente su defensa, esto implica, el derecho a ser oído, formular preguntas, declarar en el proceso, proponer la práctica de pruebas, entre otros; y la defensa técnica, que se refiere a la necesaria asistencia con que debe contar el imputado de parte de un defensor letrado, profesional en Derecho, que con su conocimiento legal refuerce la defensa que materialmente efectúa el acusado.”* (474-CAS-2006)¹³. De tal forma que la defensa material, por la trascendencia en la persona enjuiciada, se ejerce por el mismo imputado en cualquier etapa del proceso penal, incluso en la vista pública.

Esta disposición es abiertamente opuesta al sistema acusatorio adoptado por la legislación salvadoreña y a los principios que informan el proceso penal, el cual, de acuerdo con la Sala de lo Penal, está configurado bajo la filosofía del Estado de Derecho que instituye un sistema de garantías que busca resguardar los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, especialmente la libertad personal frente al poder punitivo del Estado; y mediante el cual se le asegura a la persona la no privación de sus derechos sin haber tenido la oportunidad real de su defensa (373-CAS-2005)¹⁴.

El derecho de defensa material también es una garantía consignada en tratados internacionales de obligatorio cumplimiento, así el Art. 14.3 letra d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el *“derecho a estar presente en el proceso”*, el cual es desarrollado ampliamente en la Observación General No. 13, párrafos 9 y 13 del Comité de Derechos Humanos referida a los componentes del derecho de defensa material y defensa técnica. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone expresamente como garantía judicial el derecho del imputado a defenderse personalmente art. 8.2 *“d) derecho del inculgado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.”*

D) Implicaciones para el ejercicio de la defensa (Art. 97, 101 inc. Final y 104 CPP)

“Art. 10. Refórmese el artículo 97 de la siguiente manera:

¹³ Sala de lo Penal, Casación, 474-CAS-2005, del 29 de mayo de 2008.

¹⁴ Sala de lo Penal, Casación, 373-CAS-2005, del 7 de junio de 2006.

Art. 97.- El nombramiento del defensor del imputado deberá hacerse desde su detención, si hubiere lugar a ella. El imputado no detenido, podrá nombrar defensor o pedir que se le designe un defensor público, quien lo representará en todo el proceso hasta su culminación.

En el caso del imputado declarado rebelde será representado en todo el proceso por su defensor y en caso de no haber nombrado, se le asignará uno de oficio para este efecto.

En el supuesto de renuncia o abandono del defensor previo a realizarse la audiencia, se le nombrará uno de oficio y se procederá de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 104 del presente código.”

“Art. 12. Refórmese el artículo 101 en su inciso final de la siguiente manera:

En los casos en que resulte imposible la defensa particular o pública podrá designarse por el juez un defensor de oficio. El defensor de oficio nombrado por el juez respectivo, no podrá negarse a desempeñar el cargo, salvo casos de fuerza mayor o caso fortuito debidamente justificados. El juez deberá nombrar de oficio a diversos abogados de la República, según los registros que en su sede judicial se tenga de los procesos en los que ejerzan o hayan ejercido en dicha calidad”.

“Art. 13. Refórmese el artículo 104 y su epígrafe de la siguiente manera:

Abandono y renuncia.

Art. 104.- Si el defensor del imputado abandona la defensa antes de la audiencia preliminar, se procederá a su sustitución por un defensor público, previa petición al Procurador General de la República.

A partir de la celebración de la audiencia preliminar, el abogado defensor no podrá renunciar a la defensa del imputado rebelde, salvo que se nombrará uno nuevo, si existiese motivo de fuerza mayor, caso fortuito o conflicto de intereses sobreviniente debidamente fundamentado. En este caso, se procederá de conformidad con lo establecido en el inciso anterior.

Si la renuncia ocurre durante la vista pública por caso fortuito o fuerza mayor debidamente justificada, el nuevo defensor podrá solicitar, de forma fundamentada, la suspensión de la audiencia por un máximo de diez días. La vista pública no se suspenderá nuevamente por la misma causa.

El defensor que sustituye al anterior no asumirá la defensa del imputado si no está preparado de forma suficiente para actuar durante la audiencia correspondiente.

Ante el abandono injustificado de la defensa por el defensor particular del imputado, el juez deberá decretar sin ningún trámite previo, la medida cautelar de suspensión en el ejercicio profesional del referido abogado y remitirá en el plazo de tres días hábiles a la sección de investigación profesional de la Corte Suprema de Justicia certificación de la actuación del referido profesional, a efecto de que ese pronuncie sobre la medida y realice el procedimiento sancionatorio respectivo”.

La reforma (Art. 97 CPP) incorpora para la defensa técnica la figura del “defensor de oficio”, al cual se hará referencia *infra*. Esta disposición hace énfasis en la obligación del abogado para continuar con el proceso hasta su finalización, parece que se busca que no existan dilaciones por la sustitución de la defensa técnica, y es que esta es una de las principales causas que se utilizan para justificar la postergación y frustración de la instalación de audiencias, trasladando la responsabilidad de su frustración a la defensa técnica, cuando en la realidad existen otras causales de mayor incidencia como es el traslado de la persona detenida a la audiencia.

En complemento a esto, la reforma (Art. 104 CPP) obliga a los defensores a continuar hasta el final del proceso cuando ya ha transcurrido la audiencia preliminar, y sanciona con una medida de suspensión en el ejercicio profesional cuando abandone injustificadamente la defensa, y en caso de renuncia se le aplica el procedimiento sancionatorio (Art. 132 CPP). Esta regulación viola la Constitución ya que el control disciplinario del ejercicio profesional le compete a la Corte Suprema de Justicia y no a los tribunales (Art. 182 Ord. No. 12 Cn.); igualmente, viola el derecho de defensa técnica (art. 12 Cn).

Por otro lado, la reforma (Art. 101 inciso final CPP) retoma la figura de “defensor de oficio” en términos muy similares al Código Procesal Penal de 1973 (art. 65). De acuerdo con la propuesta su nombramiento procede en casos en los que sea imposible nombrar un defensor particular o público, siendo el juez quien nombre a un abogado de la República para este fin. Esta figura fue muy cuestionada por su desnaturalización dentro del proceso penal citado, dado que facilitó acuerdos extrajudiciales, entre los miembros del tribunal y el defensor de oficio, haciendo ineficaz la defensa técnica y vulnerando la presunción de inocencia, al tiempo que significó un alto nivel de corrupción dentro de la administración de justicia. De tal forma que, el uso discrecional de esta figura como defensa técnica contraviene el art. 12 Cn, 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

3.2 Ley contra el Crimen Organizado (presentada aún no aprobada)

Si bien esta ley está dirigida a determinar los tribunales que conocen del delito de crimen organizado y los procedimientos a seguir, su aplicación en el marco del Régimen de Excepción no solo ha comprendido a miembros de pandillas, sino a personas que no tienen vínculos con pandillas. Esto debido a la excesiva discrecionalidad de las autoridades a la hora de determinar a quien se le atribuye que es o no pandillero. Por lo que debe considerarse que, como ha ocurrido durante los primeros seis meses del Régimen de Excepción, la ley se aplique de forma indiscriminada independientemente de que la persona pertenezca a pandillas o a otras estructuras de crimen organizado.

Se puntualizan a continuación las reformas que podrían afectar más las garantías procesales:

A) Modificación del objeto de la ley (Arts. 1 y 2 LCO)

“Art.1.- Sustituyese el Art. 1 de la siguiente manera:

Art. 1.- “La presente Ley tiene como objeto regular y establecer la competencia de los tribunales contra el crimen organizado y los procedimientos para la investigación y el juzgamiento de las organizaciones criminales y sus miembros.

Se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo o grupos estructurados conformados por tres o más personas que existan durante cierto tiempo y que actúen concertadamente con el propósito de cometer delitos, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio de cualquier naturaleza”.

“Art. 2.- Sustituyese el Art. 2 de la siguiente manera:

Art. 2.- “A los actos preparatorios, la proposición y la conspiración para cometer cualquier delito en la modalidad de crimen organizado, si no tuvieran sanción señalada especialmente, se les impondrá una pena que oscilará entre la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo de la prevista para el delito respectivo”.

Se modifica el objeto de la Ley (Art. 1), pasando de la investigación de delitos relativos a crimen organizado a la investigación de organizaciones criminales y sus miembros (personas), con lo cual ya no se busca sancionar a las personas por lo que hacen, como cometer un acto prohibido por la ley (delito), sino que se sanciona a las personas por sus características o lo que se supone que son *-peligrosas, malas, inmorales-*, retomando en esencia el derecho penal de autor también conocido como derecho penal del enemigo.

Por otro lado, en la legislación actual (Art. 2) se especifican los delitos que se consideran relacionados al crimen organizado, con la reforma en lugar de referirse a delitos en específico se refiere a *“delito en modalidad de crimen organizado”*, que se entenderían son los cometidos cuando se cumplan con los elementos establecidos en el artículo 1 de la Ley contra el Crimen Organizado¹⁵, lo que al ser muy general plantea un riesgo de ambigüedad en la persecución vulnerando el principio de legalidad (Art. 15 Cn).

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la invocación a la peligrosidad en la legislación -en este caso la pertenencia a estructuras de crimen organizado- *“constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía”*¹⁶.

B) Modificación de la estructura y competencia de los tribunales (Art. 3 LCO)

¹⁵ Es decir, grupo o grupos estructurados conformados por tres o más personas que existan durante cierto tiempo y que actúen concertadamente con el propósito de cometer delitos, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio de cualquier naturaleza.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, sentencia del 20-VI-2005, serie C No. 126, párrs. 94-95.

“Art. 3.- Sustitúyase el Art. 3 y de la siguiente manera:

Art. 3.- “La organización de los Tribunales contra el Crimen Organizado será de la siguiente manera: Tribunales pluripersonales y Cámaras Contra el Crimen Organizado de acuerdo con la distribución dispuesta en la Ley Orgánica Judicial.

La Corte Suprema de Justicia garantizará el nombramiento de jueces y magistrados propietarios y suplentes de manera oportuna, y creará un sistema de turnos a efecto de que se encuentren disponibles fuera de los días y horas hábiles. En caso de ausencia, incapacidad o imposibilidad de un juez o magistrado, el presidente del Tribunal o Cámara, o quien haga sus veces, designará de inmediato a un suplente para el diligenciamiento o continuación del proceso.

Los Tribunales Contra el Crimen Organizado serán competentes para conocer delitos cometidos por menores de edad bajo la modalidad de crimen organizado.

Los juzgadores deberán asegurar plenamente la protección de los derechos y garantías procesales, para ello tendrá en consideración la normativa constitucional, convencional y legal aplicable”.

Actualmente los tribunales especializados de Crimen Organizado se separan entre tribunales de instrucción -que se encargan de instruir el período de investigación- y los tribunales de sentencia -responsables de dictar sentencias. Esto es característico del modelo acusatorio.

La propuesta de reforma (Art. 3) modifica la organización y establece solo los tribunales pluripersonales -sin separar los de instrucción de los de sentencia-, lo cual se compromete el derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial (art. 172 inc.3º), así como a las garantías judiciales reguladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8).

Por otro lado, la reforma plantea que los Tribunales contra el Crimen Organizado serán competentes para conocer delitos cometidos por menores de edad bajo la modalidad de crimen organizado. Este artículo presenta claros vicios de inconstitucionalidad, ya que contraviene el Art. 35 Cn, que dispone: “*La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial*”; así como a la seguridad jurídica con relación al debido proceso judicial.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional reafirma el contenido expreso de la norma constitucional, sosteniendo que la conducta antisocial de las personas menores de 18 años que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial: “*el establecimiento dentro de la organización de la justicia penal ordinaria de un sistema de justicia distinto para niños, niñas y adolescentes, no se justifica únicamente en cuanto al cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado salvadoreño respecto a los estándares derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino por la evidente especificidad y diferencia de un sector de la población que se encuentra en un proceso de desarrollo personal que culminará en la adultez. En el caso de las niñas, niños y adolescentes, en virtud de su progresivo nivel de desarrollo físico y mental necesitan de una protección especial en términos materiales, psicológicos y afectivos para garantizar su armónica evolución hasta la madurez e irles*

proveyendo de las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.”¹⁷

El principio de especialidad conlleva a la estructura de un proceso organizado específicamente para niños, niñas y adolescentes, con mayores garantías que las utilizadas para el proceso de personas adultas. Este principio es incuestionable, de tal forma que la actual Sala de lo Constitucional (impuesta en mayo de 2021) ha reconocido que *“el Derecho Penal Juvenil debe presentar sus propias características y principios conforme al fundamento filosófico de la doctrina de la protección integral: protección del menor, su interés superior, el respeto de los derechos humanos, su formación integral y la reinserción a la sociedad como en la familia. Lo que se encuentra en armonía a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Penal Juvenil.¹⁸”;* sosteniendo que *“el tratamiento distinto al que hace mención el artículo 35 inciso 2° Cn., no se refiere únicamente a la separación formal respecto de la normativa general o común — es decir, el código penal y código procesal penal —, sino que implica una regulación especial de la materia que incluso conlleva a regular normativamente aspectos sustanciales y de ejecución¹⁹.*

La Convención de Derechos del Niño, en sus artículos 37.b y 40.2, establece la obligación del Estado de adoptar todas las garantías de un procedimiento equitativo cuando se juzgue a un niño, niña o adolescente.

C) Supresión del control de legalidad de la prueba. (Art. 6 LCO)

“Art. 5.- Sustituyese el Art. 6 de la siguiente manera:

Art. 6.- “Los miembros de la Policía, en el desarrollo de sus funciones, podrán auxiliarse de medios científicos y tecnológicos para documentar sus actuaciones, recolectar evidencias o elementos probatorios. Para ello, puede utilizarse cualquier instrumento o artificio técnico de transmisión o grabación del sonido, la imagen o de cualquier otra señal de comunicación u otro medio científico. El acta y el informe policial a que se refiere el Código Procesal Penal serán incorporados en la Vista Pública.

De igual forma, la Fiscalía General de la República, los Tribunales y Cámaras Contra el Crimen Organizado podrán utilizar tecnologías de la información y comunicación para realizar diligencias probatorias.

La información, evidencias y prueba obtenidas con la utilización de dichos medios, serán valoradas con base en las reglas de la sana crítica, de conformidad con el art. 179 del Código Procesal Penal”.

¹⁷ Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad. 1-2014, del 27 de febrero de 2015.

¹⁸ Sala de lo Constitucional, Conflicto de competencia, 46-COMP-2021, de fecha 5 de abril de 2022.

¹⁹ Idem.

La reforma planteada elimina la remisión expresa a la formalidad establecida en el Código Procesal Penal sobre la legalidad de la prueba (art. 175 CPP) que determina: *“los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones del Código Procesal Penal”*. En el mismo artículo se establece la prohibición de obtener prueba por medios ilícitos: *“No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito”*.

De igual forma, la falta de la remisión al 175 CPP, excluye la regla referida a que los elementos de prueba no incorporados al proceso con las formalidades prescritas por el Código Procesal Penal se valoraran como *“indicios”* y no como *“prueba”*. Aunque los juzgadores están en el deber de aplicar las leyes en su integralidad y fundar sus decisiones en los principios y garantías judiciales, es evidente que en este tipo de procesos hay una tendencia a la mayor restricción de derechos de las personas procesadas y menor control judicial de las actuaciones de la Policía y la Fiscalía.

D) Denuncia de la víctima y acta policial de entrevista de testigo con valor probatorio (Art. 6-A LCO).

Art. 6.- Intercálase entre el artículo 6 y 7 el artículo 6-A de la siguiente manera:

Art. 6-A.- “La denuncia presentada ante sede policial o fiscal por la víctima de los delitos a los que se refiere esta Ley constituirá prueba documental.

Cuando por circunstancias debidamente justificadas resulte imposible que un testigo comparezca a rendir su declaración, el acta de entrevista que realicen los agentes policiales en el transcurso de investigaciones efectuadas con dirección funcional fiscal, será incorporado vía incidental, por su lectura en audiencia y será valorado con base en las reglas de la sana crítica, de conformidad con el art. 179 del Código Procesal Penal”.

Esta disposición da la categoría de prueba documental a la denuncia de la víctima. No obstante, la denuncia es un acto inicial de investigación (Arts. 260 y 261 CPP) con la cual se puede llegar a la noticia criminal, solo sirve para identificar fuentes de información para la investigación penal. De acuerdo con las reglas de la prueba para que su contenido sea valorado debe ser introducido mediante la declaración del denunciante (testigo de acreditación) y para que tenga valor probatorio debe acreditarse su origen y su autenticidad (Arts. 248 y 249 CPP).

Es importante tener presente que la prueba documental tiene carácter complementario, no es suficiente para establecer la participación delincinencial. La misma legislación penal prevé que el contenido de la denuncia pueda no ser cierto e incorpora el delito Denuncia o Acusación Calumniosa (Art. 303 CP).

De tal forma que, la disposición contenida en el artículo 6-A que contiene la incorporación de la denuncia como prueba documental contraviene el principio de legalidad y las garantías del debido proceso judicial.

Por otro lado, esta reforma viabiliza que el acta policial de entrevista de testigo pueda ser incorporada por vía incidental en el proceso cuando un testigo no pueda por causas justificadas

presentarse a declarar, esto es directamente en la Vista Pública. La reforma remite al art. 179 CPP para que el acta policial de entrevista de testigo sea valorada según la sana crítica. Sin embargo, como se ha advertido antes, durante la fase de investigación en la que se recoge la entrevista policial de testigos, no se produce prueba, se trata de meros actos de investigación que no tienen valor probatorio, solo tienen valor de medios de convicción (Arts. 311 inc. 2º CPP), es en la etapa del juicio que los elementos probatorios deben producirse mediante la prueba legal, en este caso tendría que comparecer el testigo que brindó la entrevista en sede policial; caso contrario se vulneran las reglas de la prueba y el principio de legalidad de la prueba (Art. 175 CPP).

Por otra parte, la inclusión del acta policial de la entrevista de testigo como prueba en el proceso, atenta contra los derechos fundamentales, tanto de la víctima como de la persona que es acusada. Por ejemplo, si el testimonio se obtiene por medios ilícitos mediante el uso de tortura, engaños u otros medios.

Es importante tener presente que las reglas de prueba protegen los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal, especialmente los del acusado y de la víctima. Por ejemplo, determinan cuándo la aceptación de los hechos puede ser admisible para el juicio y las consecuencias de este (art. 24 inc.3 y 4 CPP). La confesión obtenida mediante violencia o engaño o aquella obtenida a través de cualquier medio ilícito como tortura, desaparición forzada, debe ser excluida en cualquier momento. (art. 93 inc. 2 y 175 inc. 3 CPP) En relación con la víctima, las reglas de prueba protegen su derecho a obtener su consentimiento expreso, libre y consciente para la extracción de muestras de su cuerpo. (arts. 11 y 200 CPP).

E) Supresión de obligaciones fiscales sobre obtención de evidencias y del control judicial del congelamiento de cuentas bancarias (Art. 7 LCO)

“Art. 7.- Sustituyese el artículo 7 de la siguiente manera:

Art 7 - “Cuando la Fiscalía, por consideraciones de urgencia debidamente razonadas, tuviere la necesidad de documentar las evidencias y hallazgos, procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 305 del Código Procesal Penal.

En aquellos casos que fuere necesario realizar diligencias urgentes porque hubiese riesgo de pérdida o deterioro de las evidencias del delito, el fiscal procederá a su obtención y para ello deberá adoptar de manera motivada las medidas necesarias, dentro de los límites permitidos por la Ley. En este caso, las someterá a ratificación del juez, dentro de las setenta y dos horas siguientes.

La Fiscalía General de la República, en ejercicio de sus competencias, de oficio o producto de un aviso, podrá ordenar, cuando cuente con indicios suficientes para ello, el congelamiento de las cuentas bancarias, tarjetas de débito, crédito, operaciones comerciales y financieras, títulos y documentos mercantiles, incautar vehículos, muebles del imputado y demás objetos o instrumentos que presumiblemente hayan servido o sirvan para la consumación, ocultación o facilitación de los delitos investigados a que se refiere esta Ley.

Las personas naturales o jurídicas deberán ejecutar cualquier medida restrictiva con respecto a cuentas o depósitos de manera inmediata, una vez recibido el oficio de parte de la Fiscalía General de la República, debiendo mantener estas medidas hasta que esta o el juez le ordene lo contrario, so pena de incurrir en las responsabilidades administrativas y penales que correspondan.

Los depósitos congelados se trasladarán a una cuenta bajo administración única de la Fiscalía General de la República, bajo la denominación de códigos que guarden la reserva de los propietarios de éstos, que existirá en cada banco.

La Fiscalía General de la República tendrá un plazo de hasta sesenta días para revisar la información proveída y proceder además a solicitar las medidas que considere conveniente ante las autoridades judiciales correspondientes sin poder extender el congelamiento de cuentas o incautación de bienes sin autorización judicial una vez vencido este plazo. En caso de no poseer mérito ordenará al ente financiero la liberación de los depósitos y cuentas.

Si la Fiscalía no se pronunciare en el plazo señalado, la persona tendrá derecho a que se deje sin efecto la inmovilización de sus cuentas o la incautación de sus bienes, y se le restablecerán sus derechos sobre los mismos.

En ningún caso las personas naturales o jurídicas obligadas a las que se refiere esta disposición podrán, de manera unilateral, cerrar cuentas o cualquier otro producto financiero que esté relacionado con actividades que puedan considerarse ilícitas, sin antes hacerlo de conocimiento de la Fiscalía General de la República, la que determinará si procede hacer uso de la inmovilización de cuentas.

La Fiscalía podrá solicitar al Tribunal ampliar de manera fundada por una sola ocasión el plazo a que se refiere el inciso sexto de esta disposición, hasta por el mismo periodo”.

El control judicial de las actuaciones fiscales es fundamental para garantizar que los actos procesales sean desarrollados con apego a las normas constitucionales. Esta reforma suprime el control judicial respecto de algunas actuaciones y flexibiliza las actuaciones de la Fiscalía General de la República, con lo cual se abandona el control judicial que es pieza clave para la observancia de los lineamientos constitucionales sobre el procedimiento de investigación del delito. De la manera siguiente:

- Suprime la obligación de los fiscales de documentar las razones que motivan la obtención de evidencias cuando exista riesgo de pérdida de las mismas; y amplía el plazo para obtener la ratificación del juez de las diligencias de obtención de evidencias realizadas.
- Respecto de la medida de inmovilización o congelamiento de cuentas bancarias que en la legislación actual procede en casos de “urgente necesidad”, la reforma deja una amplia discrecionalidad a la FGR para adoptarla cuando tenga “indicios”, sin que medie autorización judicial (inobservando la norma del art. 278 CPP). Además, se amplía el plazo

por el que podrán estar vigentes los congelamientos realizados por la Fiscalía, el cual pasa de ser de 10 días a 60 días, en cuyo caso deben requerir autorización judicial.

- La reforma también dispone que: “*Los depósitos congelados*” serán administrados por la FGR y no por el Ministerio de Hacienda como mandata la legislación pertinente en relación con los fondos en custodia del Estado (Arts. 224 inc. 1 Cn, 64 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado y norma C.2.7.3 sobre el manejo de fondos en custodia del Manual Técnico del Sistema de Administración Financiera Integrada).

F) Flexibiliza los requisitos sobre individualización o identificación de una persona a través de fotografías (Art. 14 LCO).

“Art. 11.- Sustitúyase el artículo 14 de la siguiente manera:

Art. 14.- “Cuando en el transcurso de una investigación, en la fase que esta se encuentre, el fiscal considere que es necesario individualizar o identificar a una persona mediante el reconocimiento, siendo que esta no se encuentra presente ni pueda ser encontrada, el mismo se realizará a través de la exhibición por cualquier fotografía, soporte audio visual, documento o medio que determine su identidad, el cual será extraído de un registro público, registro privado o de los archivos policiales.

Los reconocimientos realizados de conformidad con el inciso anterior serán incorporados como prueba y valorados conforme a las reglas de la sana crítica, con el fin de determinar si una persona es víctima, autor o participe de un delito”.

Por regla general, el reconocimiento de una persona por una víctima o un testigo debe hacerse en forma presencial, y resulta una excepción cuando se hace por fotografías cuando la persona no esté presente o no pueda ser encontrada. A efecto de garantizar que la persona que hace el reconocimiento tenga certeza de que la persona que reconoce es la que recuerda es que la legislación actual establece que debe mostrársele diferentes fotografías. Sin embargo, la reforma suprime este requisito y extiende la posibilidad de que la persona sea reconocida por medio de grabaciones de audio o video, de documentos de identidad -sin especificar que deben ser actuales- y obtenido incluso de archivos privados y policiales.

Esto constituye una vulneración a las garantías judiciales, la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el principio de legalidad (arts. 11, 12, 13, 15 Cn.), dando lugar al uso indebido de las delaciones.

La disposición propuesta no incluye la presencia de la defensa técnica durante la diligencia de reconocimiento en rueda de personas, la cual se pretende incorporar como prueba en el proceso, sin que la persona acusada pueda controvertirla, con lo cual se viola el principio de legalidad de la prueba (Art. 175 Cn).

Por otra parte, la Sala de lo Constitucional ha advertido reiteradamente que cuando esta diligencia se realiza sin control judicial y sin presencia de partes “no constituye un elemento de convicción,

posee un carácter subsidiario y puede ser apreciado como una prueba indiciaria que concatenada al resto de evidencias, permitan formar la convicción.”²⁰

Se desprende del texto de esta propuesta de reforma que se busca llevar a juicio y condenar a una persona con testigos de referencia, indicios probatorios y sin que se respeten las mínimas garantías judiciales.

G) Extiende las razones y el tiempo por cual se puede prorrogar el proceso y la detención provisional (Art. 17 LCO).

“Art. 14.- Sustituyese el artículo 17 de la siguiente manera:

Art. 17.- "Si los imputados se encuentran detenidos, serán puestos a disposición judicial dentro del plazo máximo de setenta y dos horas. En este caso, la Fiscalía General de la República solicitará si fuere procedente, la imposición de medidas cautelares ante el Tribunal Contra el Crimen Organizado competente, para que celebre una audiencia de imposición de medidas dentro del término de setenta y dos horas y resuelva sobre la procedencia o no de dichas medidas.

Decidido lo referente a la medida cautelar, la Fiscalía General de la República presentará la acusación o el dictamen correspondiente al Tribunal Contra el Crimen Organizado, dentro de un plazo que no excederá de seis meses.

En aquellos casos en los que el fiscal considere que es necesario ampliar la investigación para obtener los elementos de prueba, o para ejercer la acción penal por nuevos hechos en contra de los procesados, o realizar imputaciones a otras personas dentro del mismo proceso penal; solicitará al juez, de manera motivada, diez días antes de la finalización del plazo inicial referido en el inciso anterior, su ampliación, la cual será por el período de seis meses, pudiendo prorrogarse en dos ocasiones más por el mismo período, sin que dicha ampliación y sus prórrogas excedan los dieciocho meses.

La decisión judicial que estime la ampliación y sus prórrogas no admitirá recurso alguno. En todo caso el proceso penal no excederá de veinticuatro meses.

De emitirse la declaratoria de rebeldía, se procederá de conformidad a lo establecido en el artículo 88 inciso cuarto del Código Procesal Penal”.

Los límites a la detención provisional y duración de un proceso penal son una garantía fundamental a efecto de que el mismo no se extienda indefinidamente. Si bien la reforma deja la duración máxima del proceso penal en 24 meses, en la práctica no tiene efecto alguno, pues no se establece consecuencia en caso de rebasar ese plazo; asimismo, la reforma al art. 8, emitida en marzo de 2022²¹, eliminó el plazo máximo previsto para la detención provisional, supeditando su duración a lo que dure la tramitación del proceso hasta la sentencia firme, también suprimió la

²⁰ Sala de lo Penal, Casación, 101-CAS2010, del 22 de marzo de 2013.

²¹ Decreto Legislativo No. 339, de fecha 30 de marzo de 2022, publicado en el D. O. N° 65, Tomo N° 434, Fecha: 30 de marzo de 2022.

responsabilidad penal cuando se exceda el límite previsto por el mismo artículo (24 meses), es decir cuando se trata de *“cualquier delito cometido por miembros de grupos terroristas, maras, pandillas o cualquier otra agrupación criminal a las que se refiere el artículo 1 de la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal”*.

Es decir que la reforma extiende la detención provisional y la hace indefinida, bajo el riesgo de volver a la práctica de las detenciones sin condena.

El punto crítico de esta reforma es que extiende las razones por las cuales la FGR puede solicitar la ampliación de la investigación y el tiempo de esta hasta 18 meses. Dicha disposición tiene vicios de inconstitucionalidad por inobservar el contenido de los arts. 2, 11 y 18 Cn, porque niega el derecho a recurrir, coarta la existencia de un determinado medio impugnativo, y no permite a la parte el acceso a la posibilidad de un segundo examen de la cuestión, obstaculizando con ello sus derechos de defensa y acceso a los medios impugnativos.

Y es que las razones que pueden aducir los fiscales van más allá de sustentar la acusación contra el imputado, son para acusar al imputado por nuevos hechos o para realizar imputaciones a otras personas dentro del mismo proceso penal. Esto implica retrasar el proceso y mantener la privación de libertad bajo la argucia de esperar que procesen a otros. Esta reforma favorece expresamente la realización de los juicios colectivos, en perjuicio de garantías y derechos individuales de personas procesadas.

Tratándose de los procedimientos establecidos por la Ley de Crimen Organizado – que no posibilita que se revise si hay elementos probatorios contra el procesado sino hasta terminar la investigación- implica que una persona acusada de pertenecer a una estructura criminal puede pasar hasta 18 meses detenida sin derecho de defenderse y poder presentar prueba de descargo, volviéndose la detención provisional una condena anticipada.

H) Permite la confesión extrajudicial en el procedimiento abreviado (Art. 19-A LCO)

“Art. 17.- Intercálense entre el artículo 19 y 20, los Artículos 19-A, 19-B, 19-C, 19-D, 19-E y 19-F, de la siguiente manera:

Procedimiento Abreviado

Art. 19-A.- “Desde el inicio del procedimiento hasta la fase de incidentes en la vista pública, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando concurren los presupuestos siguientes:

- 1) Que el fiscal solicite la aplicación del procedimiento abreviado bajo el régimen de penas previsto en el Código Penal y demás leyes aplicables.*
- 2) Que el imputado esté de acuerdo en la aplicación de este procedimiento y que su defensor acredite que el imputado ha prestado su consentimiento libremente.*
- 3) Que el imputado **rinda voluntariamente confesión judicial o extrajudicial detallando las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión de los delitos atribuidos y que señale a los coparticipes y cómplices en caso los hubiere; así como***

de elementos de prueba que faciliten la comprobación de los hechos del proceso en su contra o de otros que tuviere conocimiento.

La confesión obtenida en un procedimiento abreviado podrá ser valorada en el proceso o en cualquier otro proceso penal como prueba de la participación de otros imputados en el o los hechos investigados, conforme a las reglas de la sana crítica.

Cuando se trate de dar el consentimiento por parte del menor procesado, así como la confesión de este, se deberá garantizar esta con la autorización de su representante legal y de su defensor.

4) No será necesario el consentimiento de la víctima.

El régimen de las penas que podrá acordarse entre el fiscal, el imputado y su defensor será el siguiente:

- a) *La aplicación desde la mitad del mínimo hasta el mínimo de la pena de prisión prevista para el delito imputado si el procedimiento abreviado se diere durante la audiencia de imposición de medidas o en la fase de instrucción hasta **la fase de incidentes de** la audiencia preparatoria.*
- b) *La aplicación del mínimo de la pena prevista si el procedimiento abreviado se aplicare en la etapa del juicio hasta antes de la fase de incidentes en la vista pública.*
- c) *El cumplimiento de la pena en un centro penal de seguridad media o mínima diferente al del resto de coparticipes, con las condiciones adecuadas para su readaptación.*
- d) *Excepcionalmente la pena a aplicar podrá ser hasta una cuarta parte del mínimo en cualquier etapa del proceso únicamente si media autorización expresa del Fiscal General de la República”*

El procedimiento abreviado es un procedimiento especial en que el imputado voluntariamente confiesa y acepta que se aplique un proceso más breve, el cual está regulado en el actual Art. 417 CPP. Sin embargo, la reforma crea un procedimiento abreviado específico para casos de crimen organizado, rebasando los límites constitucionales; así como las reglas de admisión y producción probatoria (art. 418 CPP), ya que la Fiscalía siempre debe probar todos los extremos procesales. No obstante, la propuesta parece ignorar que corresponde a la FGR presentar actividad probatoria para dar certeza de culpabilidad.

Por otra parte, los presupuestos contenidos en el art. 19-A para hacer efectivo el procedimiento abreviado, atan al imputado para que aporte elementos de prueba para comprobar no solo su participación en los hechos que se le atribuyen, sino la participación de terceros. Lo que implica una autoincriminación y aportación de prueba en su contra, además, se pretende preconstituir prueba testimonial para otras personas mencionadas en su proceso o en cualquier otro proceso, violando las reglas de la inmediación de la prueba.

El procedimiento abreviado en menores de edad se rige por las disposiciones del Código Procesal Penal (arts. 417 y 418) y actualmente es aplicado por la jurisdicción especializada de menores, aplicando los principios rectores de la Ley Penal Juvenil; así, para que la confesión del menor de edad sea admitida debe haberse obtenido sin violación a los derechos fundamentales y, sobre

todo, en cumplimiento al principio de legalidad, el interés superior y la aplicación de normas más favorables. En el caso de la reforma propuesta no se cumple estos principios, vulnera la garantía del juez natural, la especialidad de la jurisdicción para procesar y sancionar a menores de edad (art. 35 Cn); además, como en el caso de las personas adultas la confesión que se exige es autoincriminatoria, y al producirse ante autoridad administrativa sin control judicial se vulnera el principio de inmediación de la prueba y el de legalidad, entre otros.

La propuesta de reforma también autoriza el acuerdo de penas entre fiscal, imputado y defensor, no obstante, establece categorías que dependen de la etapa en la que se encuentre el procedimiento abreviado; siendo la pena más baja la que lleva autorización expresa del Fiscal, sin regular las condiciones por las que el fiscal pueda otorgarlas. La disposición no establece criterios técnicos para esta categorización, tampoco para la autorización del Fiscal General, en el último caso, lo cual puede generar un uso arbitrario de la disposición. No obstante, es importante tener presente que este procedimiento abreviado debe atender a las regulaciones generales del artículo 418 CPP.

Por otra parte, este artículo ignora deliberadamente que las personas menores de 18 años al estar sujetas a un régimen especial (art. 35 Cn.) no cumplen penas privativas de libertad, sino medidas de internamiento en centros propios para su edad, y que no pueden ser recluidos en ningún caso, en lugares o centros de detención para personas sujetas a la legislación penal común -personas adultas.

La exclusión del consentimiento de la víctima para otorgar el procedimiento abreviado viola los derechos de las víctimas (art. 1 y 2 Cn, y 106 CPP), el principio de acceso a la justicia (art. 11 CPP), la garantía de la protección judicial (art. 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Es claro que las reformas propuestas no buscan hacer justicia para las víctimas de los crímenes atroces cometidos en su contra por estructuras de crimen organizado, más bien pretenden asegurar por cualquier medio que las personas que han sido detenidas durante el régimen de excepción no sean juzgadas bajo las reglas del debido proceso, y sean condenadas sin derecho a defenderse y sin que se aporten pruebas lícitas en su contra.

I) Permite conceder criterio de oportunidad a cabecillas de pandillas (Art. 19-B LCO)

“Oportunidad de la acción penal pública.

Art. 19-B.- “El fiscal podrá, de acuerdo a los elementos recabados en la investigación, prescindir parcialmente de la persecución penal, de uno o varios de los hechos imputados como delito, respecto de uno o alguno de los partícipes o que ésta se limite a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles, en los casos siguientes:

- 1) En los delitos de crimen organizado podrá concederse criterio de oportunidad a quienes dirijan o sean parte de las organizaciones criminales, previa verificación de la información proporcionada;*
- 2) Que dicha información sea eficaz y útil para probar la participación de la cúpula y demás miembros de la organización delictiva.*

En estos casos, la pena solicitada no podrá ser menor a diez años de prisión, a menos que exista autorización expresa del Fiscal General de la República.”

El criterio de oportunidad es un mecanismo que establece la legislación procesal penal para que la FGR en ciertos casos en que los imputados colaboren con la investigación prescinda de la persecución penal, es decir, que quienes colaboren puedan ser liberados de su responsabilidad en los hechos.

La reforma si bien permite criterio de oportunidad en forma parcial, elimina la prohibición contenida en el artículo 18 numeral 1²² CPP, que prohíbe conceder criterio de oportunidad a los cabecillas de las organizaciones criminales, lo que denota una evidente contradicción entre el discurso gubernamental y de legisladores contra estas estructuras delincuenciales -ya que la reforma se justifica en la intención de combatir las pandillas- y los propios fines de la suspensión del procedimiento mediante el criterio de oportunidad.

Esta disposición incluso es más flexible en la imposición de sanciones y en los presupuestos regulados para el procedimiento abreviado, propuesto en la reforma, el cual condiciona al imputado para que aporte elementos de prueba contra sí mismo y contra otras personas. Resulta reprochable e indignante que, en el caso de miembros de la cúpula de estructuras criminales como son los cabecillas de pandillas, quede a criterio discrecional del Fiscal General disminuir la pena, ya que la disposición no establece un límite mínimo de pena que deba cumplir el “cabecilla” de una estructura criminal. Esta discrecionalidad da margen para beneficiar tanto a dirigentes de pandillas, como de otras estructuras criminales (narcotraficantes, tratantes de personas, entre otros).

J) Se aplica retroactivamente (Art. 21-A LCO)

“Art. 18.- Intercálense entre los artículos 20 y 21, los artículos 21-A, 21-B y 21 C de la siguiente manera:

Disposición transitoria

Art. 21-A.- “Los procesos penales tramitados con base en esta ley, iniciados antes de la entrada en vigencia de este decreto y que se encontraren en la fase de instrucción se ampliará por un plazo de doce meses contados a partir de este decreto, luego del cual se podrá solicitar prórroga hasta por doce meses más, cumpliendo los requisitos dispuestos en el Art. 17 de esta ley.

Asimismo, en el caso de los procesos penales iniciados en una misma sede el juez, de oficio o a petición de la Fiscalía General de la República, deberá acumularlos en un expediente determinado, cuando se trate de una misma agrupación ilícita u organización delincencial o a los imputados que en razón

²² “Art. 18 (...) 1) (...) *En el caso del 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 ultimo caso se incrimine además a otros participantes de los hechos delictivos.”*

de la actividad, territorio, o cualquier otro criterio se les vincule a esta modalidad delictiva.

En el caso de procesos iniciados en sedes judiciales distintas, se deberá acumular los expedientes cuando se cumplan cualquiera de los supuestos del inciso anterior, para lo cual la Fiscalía solicitará que se remitan las diligencias y se ponga a los imputados a la orden del tribunal al cual corresponda”.

Por regla general, las normas se aplican con efecto futuro, y excepcionalmente se permite que se aplique a hechos del pasado (retroactividad) solo en materias de orden público o cuando la misma favorezca al imputado.

Sin embargo, la reforma permite aplicarla a hechos del pasado al establecer que en los procesos ya iniciados se ampliará la instrucción a 12 meses con posibilidades de prórroga por otros 12 meses. Esto viola el art. 15 Cn²³ y el art. 21 Cn²⁴, ya que la reforma no reúne los requisitos para ser considerada de orden público y no es favorable a los imputados; por tanto los procesos iniciados con anterioridad a la reforma no pueden ser afectadas por el contenido de esta; en este sentido, el plazo de instrucción no puede ser ampliado en los doce meses propuestos por devenir en Inconstitucionalidad.

3.3 Cambios en la Ley de Telecomunicaciones (presentada aun no aprobada)

Si bien esta ley no es de tipo penal, la reforma se pretende justificar en el combate a la criminalidad. En general, la reforma impone a los operadores de telefonía la obligación de obtener, guardar y compartir información con la Fiscalía.

Actualmente, los operadores tienen la obligación de llevar un registro de todos los usuarios incluyendo los de pago previo y debe mantener la información a “*disposición de la autoridad competente*” que la requiera para la investigación de delitos. Esa información incluye los datos de registro de la línea o líneas telefónicas Investigadas, los registros de llamadas efectuadas durante un período claramente determinado, así como los datos sobre el origen de cualquier otro tipo de comunicación electrónica, y la suspensión temporal de las líneas, el bloqueo de aparatos telefónicos y de las demás comunicaciones electrónicas.

La reforma, aunque mantiene las obligaciones hacía los operadores de telefonía, incorpora nuevas obligaciones e infracciones (Arts. 10-A, 31-A, 35-A inc. 1, 42 lit e, y 42-A inciso segundo) que pueden vulnerar la privacidad y la protección de datos personales como: adoptar procedimientos para obtener y almacenar imágenes de los documentos y fotografías de los usuarios y que permitan la geolocalización de donde se realiza la venta y activación del servicio (Art. 30 lit. b), o entregar a la FGR datos del registro de líneas y llamadas; así como datos del origen de cualquier telecomunicación electrónica. (Art. 42-A)

²³ “Art. 15. “Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los Tribunales que previamente haya establecido la ley”.”

²⁴ “Art. 21. Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público y en materia penal cuando la ley sea favorable al delincuente.”

De igual forma, se agregan como infracciones especiales: no llevar registro de los usuarios (Art. 42 lit. e), no adoptar los procedimientos para registrar los documentos y fotografías del usuario (Art. 31-A No. 21) o no llevar registro de IMEIs (Art. 31-A No. 24). Actualmente, las multas para las infracciones especiales son de hasta 37 salarios mínimos mensuales. Con la reforma, se incrementan las multas de 500 a 1000 salarios mínimos del sector servicios y se adiciona como causal de revocación de las concesiones del espectro radioeléctrico no llevar registro de todos los usuarios y no ponerlo a disposición de la autoridad cuando se le requiera.

Si bien en el marco de investigación de delitos es válido a través de legislación establecer la colaboración de particulares con la misma, la reforma en lugar de que los operadores entreguen la información cuando lo requiera la autoridad, los obligan a mantener un registro actualizado a la comunicación de particulares, que se debe hacer con todos los clientes del operador, y no solo con las personas que se encuentra investigando, lo cual coloca en vulnerabilidad los datos personales y afecta el derecho a la autodeterminación informativa

Algunos de los puntos críticos que se pueden identificar son:

- **La reforma no establece quienes son “las demás autoridades con competencia legal”**, pero es obvio que se refiere a la PNC. El punto es que, al no definirla, hasta el Organismo de Inteligencia del Estado (OIE) podría tener acceso a esa información.
- Cuando permite la geolocalización de la venta y activación del servicio, se abre las puertas a seguimientos ilegales a ciudadanos.
- **Las reformas no contienen mecanismos efectivos para la protección de la autodeterminación informativa**²⁵. Según el estándar constitucional existen 4 momentos específicos en los que los Estados y actores privados con calidad de supra subordinación (como telefónicas) deben proteger especialmente los datos personales: a) en la recolección, b) en cuanto al tratamiento; c) en el uso; y, d) en el almacenamiento. En la reforma se permitiría la recolección de datos personales sin requerir el consentimiento informado de los titulares de los datos personales; además se permitiría el tratamiento por personas no autorizadas para ello.
- **La reforma no regula los requisitos y las formalidades del consentimiento informado** (otras leyes sí lo regulan, como ejemplo podemos citar la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes y Prestadores de Servicios de Salud). El consentimiento debe constar por escrito según jurisprudencia, en el documento respectivo se deben precisar todas y cada una de las finalidades para las que se utilizarán los datos personales recabados, tales como: imagen (foto), DUI (contiene datos personales, específicamente datos nominativos), localización geográfica del lugar donde se realiza la venta y activación (incluye datos nominativos), huellas dactilares, que se requiere para las personas que no pueden firmar.

²⁵ La autodeterminación informativa es el derecho que tienen las personas de tener control sobre el uso de sus datos personales, y de ser protegidas y reparadas frente al mal uso que se dé a su información personal. La Sala de lo Constitucional se ha pronunciado sobre los alcances de este derecho en varias sentencias (por ejemplo, sentencia de Amparo 934-2007).

- **Violación al principio de sujeción al fin del procesamiento.** Se menciona que la FGR podrá requerir cuando haya sucedido un delito, pero los datos quedarían almacenados sin ninguna otra finalidad. Según jurisprudencia está prohibido almacenar datos sin ninguna finalidad.
- **Almacenamiento.** No se regula la obligación de almacenar y custodiar datos personales.
- **No se regulan las facultades de acceso, corrección y cancelación como concreciones al derecho a la autodeterminación informativa** (“derecho al olvido”). No existen medidas para proteger el derecho al olvido, ni se prevé la posibilidad de que la ciudadanía pueda corregir los datos personales recabados, esto cobra importancia ante la posibilidad de que un ciudadano utilice datos personales de otros, como sucedió con la suplantación de identidad del caso Chivo S.A. de C.V.
- **No se establecen medidas para evitar SIM swapping²⁶.** La regulación podría servir para identificar a usuarios de troll centers si las SIM son compradas en el país, pero no se regulan medidas para evitar la compra de SIM por terceros, debería existir obligación de informar cuando se realice una transferencia de SIM.
- **Fiscalía podrá acceder a datos personales sin necesidad de autorización ni control judicial.** En el artículo 42, literal e (adicionado) se establece que los operadores deberán adoptar y aplicar procedimientos y soluciones técnicas para recopilar, almacenar e intercambiar información con la Fiscalía General de la República “y demás entidades con competencia legal” pero no se establecen requisitos, ni límites, por ejemplo: no se requiere la existencia de investigación previa en sede fiscal, ni control judicial, se podrían realizar investigaciones en secreto o medidas de vigilancia masiva.
- **Se evidencia regulación deficiente:** Se favorece la violación al derecho de autodeterminación informativa por parte del Estado, este derecho fundamental fue reconocido jurisprudencialmente por la Sala de lo Constitucional, sentencias relevantes: sentencia de Amparo Ref. 934-2007, del 4 de marzo de 2011 1, [aquí se hizo una recopilación de precedentes anteriores]; sentencia de inconstitucionalidad Ref. 58-2007-2, del 8 de marzo de 2013; 142-2012, del 20 de octubre de 2014.

²⁶ Práctica fraudulenta en que se suplanta la identidad de una persona ante una compañía telefónica solo con acceder al número de teléfono, fecha de nacimiento y dirección de la casa.