

55-12-2

CÁMARA SEGUNDA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO: San Salvador, a las doce horas quince minutos del día cinco de marzo de dos mil doce.

Por recibido el día 27 de febrero de este año el oficio n° 536, de fecha 24 del mismo mes y año, procedente del Juzgado Quinto de Instrucción de esta ciudad, acompañado de 50 folios, 40 de ellos correspondientes a **copia certificada** del expediente penal tramitado contra **Jorge Alberto Morales** de 49 años de edad, casado, mecánico electricista, salvadoreño, originario del departamento y ciudad de San Miguel y del domicilio de Apopa en este departamento, hijo de Ana Julia Morales, reside en Ciudad Obrera, casa #266 de Apopa, a quien se atribuye el delito provisionalmente calificado como **RESISTENCIA**, art.337 Pn., en perjuicio de la **administración pública**.

La remisión es a efecto de conocer recurso de apelación interpuesto por la agente auxiliar del fiscal general de la república Norma Roxana Navarro López contra la declaratoria de nulidad del proceso, pronunciada por el Juez Quinto de Instrucción de San Salvador por resolución de las 14:00 horas del 10 de febrero de este año.

ADMISIBILIDAD

De la lectura inicial se advierte que el recurso cumple con los requisitos establecidos en los arts. 452, 453, 459 464 y 465 Pr. Pn., además, la declaratoria de nulidad es impugnada mediante este recurso en específico de conformidad con el art. 347 inc. 2° Pr. Pn., por lo que **ADMÍTESE LA APELACIÓN**.

I.- RESOLUCIÓN IMPUGNADA

El juez a quo expresó:

a) Que constituye un hecho notorio que el 23 de enero de 2012 fue nombrado como Director General de la Policía Nacional Civil, el General (en situación de retiro) Francisco Ramón Salinas Rivera, circunstancia que obliga a considerar si tal nombramiento es constitucional, ya que uno de los roles constitucionales de la Policía Nacional Civil es la de colaborar en la investigación del delito, por lo que es imperioso determinar si tal nombramiento tiene incidencia directa o indirecta en el tipo de investigación penal que garantiza la Constitución y las consecuencias jurídico-procesales en caso de violación a la misma.

b) Que es necesario tener en cuenta que la Policía debe estar bajo la dirección de autoridades civiles, a efecto de la interpretación del art. 168 ordinal 17 in fine Constitución y si se atiende a una situación real, no simplemente formal, lo relevante desde el plano constitucional además del nombramiento es la dimensión real en virtud de la cual una persona con formación militar tiene una cosmovisión de la realidad, de la sociedad, de la seguridad pública y que tal visión determina su actuación y su gestión al frente de una institución.

Al Director General de la Policía le corresponde girar instrucciones, directrices, órdenes, etc. que deben ser obedecidas por todas las instancias policiales, por lo que una cosmovisión militar de la Dirección General, impregnará todas las subdirecciones, divisiones, delegaciones y a los agentes policiales de tal suerte que la institución resulte militarizada, a menos que se considere que toda la función de dirección atribuida al Director general se imparta para no ser obedecida por los subalternos, lo cual parece poco razonable.

La finalidad de la norma prevista en el art. 168 ordinal 17 in fine Constitución que prescribe que la Policía Nacional Civil debe estar bajo la dirección de autoridades civiles es evitar que esa cosmovisión de la persona militar, independientemente si es activo o en retiro, de la cual es portador por el hecho de ser su formación y proyecto de vida, impregne a la institución policial y a la seguridad pública, además de ser en clave historicista, una de las finalidades de la reforma constitucional derivada de los Acuerdos de Paz de 16 de enero de 1992 al pretender limitar al poder militar que en el pasado no atendía a sus funciones constitucionales estrictas e impregnaba todas las áreas de la vida social e institucional.

c) Que el nombramiento inconstitucional de Director de la Policía Nacional Civil, afecta el rol constitucional de la Policía de colaborar en la investigación del delito ya que, como se expresó, la cosmovisión de la persona militar, independientemente si es activo o en retiro, de la cual es portador por el hecho de ser su formación y proyecto de vida, impregna a la institución policial, su operatividad, funcionamiento y por tanto a la seguridad pública.

Al respecto debe considerarse precisamente otro hecho notorio conocido públicamente el 29 de enero del presente año, por medio del cual el recién nombrado Director de la Policía realizó cambios en 10 importantes jefaturas de la Policía, incluyendo a la Subdirección de Investigaciones, lo que de manera inmediata se ha denotado y previsiblemente continuará, impregnando la institución policial de una visión de su gestión de tipo castrense, contraria a los cometidos constitucionales.

Todo lo anterior supone la violación directa de los arts. 159, 168 ordinal 12º. y 17º en relación al artículo 212 de la Constitución, que constituyen una garantía del ciudadano y de la persona imputada por un delito, de la que la investigación penal deberá ser regida por una autoridad civil, profesional, objetiva, independiente de la Fuerza Armada (orgánica y funcionalmente), no sujeta a política partidista, sometida al principio de legalidad y con apego estricto a los derechos humanos.

d) En consecuencia, al haberse vulnerado una de las garantías del debido proceso penal, tal vulneración genera la nulidad absoluta del proceso, de conformidad al artículo 346 No. 7 del Código Procesal Penal que prescribe que el proceso es nulo absolutamente cuando el acto implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República.

Que el requerimiento fiscal que originó el proceso penal fue presentado a las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del tres de febrero de dos mil doce, posterior al nombramiento del Director de la Policía Nacional Civil General Francisco Ramón Salinas Rivera, siendo admitido en resolución de las catorce horas con cincuenta minutos del tres de febrero de este año, deberá declararse la nulidad absoluta del proceso a partir de tal resolución. El inc. final del art. 346 del Código determina que en estos casos la nulidad deberá reponerse en la forma establecida legalmente, sin embargo en este proceso ello no es posible ya que no habrían actos que reponer.

II.- CONTENIDO DEL RECURSO

La representación fiscal expresó las siguientes líneas argumentales:

a) No se ha fundamentado adecuadamente la declaratoria de nulidad, ya que se han omitido las disposiciones legales aplicables ni se ha motivado la existencia de alguna infracción a un derecho o garantía fundamental del imputado.

La captura de éste ocurrió en flagrancia, circunstancia bajo la cual puede ser detenido por cualquier persona según se desprende del art. 13 Cn. y su proceso penal inició por la presentación de requerimiento por un agente auxiliar fiscal.

b) Se ha expresado que el debido proceso incluye que la investigación del delito se realice bajo parámetros de objetividad, profesionalismo e independencia de la Fuerza Armada, lo cual se cumple en el presente proceso porque la dirección de la investigación del delito corresponde por mandato constitucional al Fiscal General de la República.

c) No se está de acuerdo con la interpretación que realiza el juez a quo de la expresión “autoridades civiles”, pues el vocablo autoridad se refiere a la potestad de dar órdenes y esperar que se cumplan, y el General Salinas tenía esa potestad en la Fuerza Armada por su grado, no así fuera de la estructura castrense.

d) Se quebranta la seguridad jurídica por cuanto el juez a quo ha manifestado que se hará la ponderación en los procesos penales en que el bien jurídico protegido implique afectaciones graves a derechos fundamentales a efecto de establecer si procede adoptar o no la misma solución legal.

Esto hace vislumbrar que en ciertos casos se reconocerá el nombramiento y en ciertos casos no.

III.- ANÁLISIS JURÍDICO

El debate versa sobre la validez del proceso penal iniciado contra **Jorge Alberto Morales** a quien se atribuye el delito de **resistencia**, en tanto el juez a quo sostiene que, por ser militar de carrera en situación de retiro, la cosmovisión del general **Francisco Ramón Salinas Rivera**, actual director de la Policía Nacional Civil, es la de un militar y la forma de dirigir la institución policial responde a una visión castrense. Visión que impregna todas las subdirecciones, divisiones, delegaciones y a los agentes policiales, lo que supone una violación directa de los arts. 159, 168 ord. 12° y 17° y 212 Cn., que constituyen una garantía del debido proceso consistente en que la investigación penal será regida por una autoridad civil, objetiva, independiente orgánica y funcionalmente de la fuerza armada, sometida al principio de legalidad y apegada a los derechos humanos, postura que le llevó a declarar la nulidad absoluta del proceso penal.

La representación fiscal considera que la autoridad que rige a la policía nacional civil no es de carácter militar, que en todo caso el director del proceso penal es el fiscal y que en el marco de la detención operó la flagrancia regulada en el art. 13 Cn. y en la ley secundaria y que no hay ni una garantía o derecho de **Jorge Alberto Morales** que haya sido vulnerado por la actuación de la policía al capturarlo o de la fiscalía al promover la acción penal.

Como esta controversia recae sobre un proceso penal en específico, debe determinarse si efectivamente se han infringido los derechos y garantías del imputado en el mismo.

El presente caso requiere del examen de la estructura del proceso penal en El Salvador, de las funciones de los entes que participan en él y de la incidencia que tienen

sus autoridades en el proceso penal en general y en el proceso penal que se estudia en particular.

Ello llevará a que por su orden se discorra sobre el proceso, la Fiscalía General de la República y la Policía Nacional Civil, y una vez establecidas sus características y funciones atinentes al proceso, se examine el caso concreto para definir si procede o no su anulación.

Es necesario precisar que, antes que el examen del carácter constitucional o inconstitucional del nombramiento del Director de la Policía Nacional Civil, lo que debe examinarse es la relevancia que pueda tener la actividad de este funcionario en el proceso penal que se tramita contra Jorge Alberto Morales.

Si de ese examen resulta que el rol que desempeña dicho funcionario no tiene gran incidencia en el proceso penal y que su actuación particular no puede haber derivado en una infracción a las garantías del procesado, no será necesario hacer una calificación, desde la perspectiva constitucional, en relación al acto de nombramiento del general Francisco Ramón Salinas Rivera como Director de la Policía Nacional Civil por parte del Presidente de la República.

a) El proceso penal en El Salvador

El proceso penal salvadoreño fue durante mucho tiempo un sistema inquisitivo, en el cual los jueces tenían amplísimas facultades: iniciar, investigar y juzgar de forma oficiosa en el proceso penal.

En ese tipo de proceso, el papel del ministerio público era de poca trascendencia, centrándose principalmente en algunos procesos atendiendo al interés.

Los órganos de investigación del delito (los cuerpos de seguridad primero y luego la Policía Nacional Civil en la primera etapa tras su creación) tenían facultades autónomas.

Incluso tras la reforma constitucional contenida en el Decreto Legislativo n° 64 del 31 de octubre de 1991, publicado en el Diario Oficial n° 217, Tomo n° 313 del 20 de noviembre de 1991, el art. 193 n° 3 Cn. se leía:

“Corresponde al Fiscal General de la República:

3°.- Dirigir la investigación del delito y en particular de los hechos criminales que han de someterse a la jurisdicción penal. A tal fin, bajo la dirección de la Fiscalía General de la República funcionará un organismo de investigación del delito, en los términos que defina la ley. Ello no limita la autonomía del juez en la investigación de los hechos sometidos a su conocimiento. El Organismo de Investigación del Delito practicará con toda diligencia cualquier actuación que le fuera requerida por un juez para los propósitos señalados.”

Este precepto permite advertir el momento de transición de la dirección de la investigación al ente fiscal desde la judicatura.

Al respecto y precisamente comentando esta disposición Fernando Cruz Castro dijo:

“Esta disposición deja abierta la posibilidad a la investigación del fiscal o del juez, es una fórmula de compromiso que sintetiza los temores que despierta la investigación a cargo del fiscal, pero en todo caso, en la disposición transcrita se abre la puerta a una investigación a cargo de la Fiscalía, lo que constituye sin duda alguna, un progreso

importante, si se pretende que el proceso penal, de corte inquisitivo, sea sustituido por un juez que no investigue, sino que tutele la vigencia real de las garantías constitucionales del proceso.” [Las Funciones del Ministerio Público en las Constituciones Centroamericanas, en Ministerio Público, Pena y Estado, año 2, revista latinoamericana de política criminal, Editores del Puerto, Buenos Aires Argentina, 1997, pág. 192]

Para mayor claridad citamos el art. 34 del decreto legislativo, que contiene una disposición transitoria relacionada con esta migración de funciones así:

“Mientras no opere el órgano de investigación del delito que contempla el ordinal 3º del Art. 193 y no estén vigentes las leyes que desarrollen la atribución que en él se confiere al Fiscal General de la República, seguirán conociendo en la investigación del delito las mismas instituciones que de conformidad s sus respectivas leyes y el Código Procesal Penal tienen tales atribuciones, aplicando los procedimientos establecidos en las mismas.

Podrá regularse que la referida atribución sea cumplida por el Fiscal General de la República en forma progresiva, de conformidad al criterio territorial por la naturaleza de los delitos.”

Tal disposición supone primero que la investigación del delito continuaría siendo realizada por los antiguos cuerpos de seguridad pública, y su desarrollo seguiría siendo reglado por las mismas leyes, de manera que seguía en vigencia el proceso inquisitivo y solamente de manera paulatina iría tomando el control de la investigación delictiva el Fiscal General de la República y sustituyendo a los jueces en ese rol.

En esa época el otro papel (el de promoción de la acción) no se entendía exclusivo -- en el sentido de reservado para esta institución estatal por sobre otras-- de la Fiscalía, como el mismo precepto constitucional recogía, de modo que los jueces conservaban la potestad no solamente de investigar sino que (de manera connatural a esa potestad) la de iniciar oficiosamente un proceso penal.

Los sistemas inquisitivos, como el que tenía nuestro país antes de la reforma constitucional y legal, adolecen de múltiples vicios, entre ellos la ausencia de imparcialidad que se genera en los juzgadores cuando en razón de tener un rol esencial en la investigación tienen mentalidad persecutora del delito (más adecuada a la de un acusador público que a la de un juzgador) derivado del hecho mismo de tender a proteger su investigación.

Aunado a ello, el poder del gobierno se sustenta en sus instituciones de fuerza: el ejército, que otorga fuerza conminatoria efectiva al gobierno político del país, hacia afuera, y la policía que cumple el papel de órgano de ejercicio monopólico de la fuerza del Estado hacia el interior.

En ese sentido, su función primordial también sirve como condicionante de la forma en que se conducirá: ante todo, le interesa evitar que sucedan delitos y en todo caso, una vez que se percatan de la comisión de alguno, evitar que sus consecuencias alcancen feliz desarrollo (funciones preventiva y represiva).

Al abandonar este sistema procesal, la opción político criminal que se asumió en nuestro país fue la de un proceso penal que, conservando residualmente instituciones procesales de corte inquisitivo de un modo muy leve, recogiera otras que resultan propias de un sistema procesal acusatorio.

Pero en la combinación de unas y otras se muestran con más acento las instituciones y principios del sistema acusatorio. Esa selección y agrupación de instituciones y principios procesales de sistemas dispares, en un solo sistema, ha dado lugar a la conformación de un **sistema procesal penal acusatorio mitigado**.

Aunque los jueces conservaron algunas facultades en la investigación y sobre todo en la dirección de la instrucción formal así como el control de garantías en el ejercicio de la función de investigación fiscal, este corte acusatorio transformó al proceso penal en varios sentidos:

(i) Hizo necesario el ejercicio de la acción penal por un tercero para iniciar un proceso.

(ii) Impidió la actividad procesal oficiosa.

(iii) Transfirió las facultades de investigación pura del juez a un ente diferente al juez: Fiscalía General de la República.

(iv) Se creó un nuevo cuerpo policial con diversas atribuciones entre ellas la seguridad pública y la investigación del delito pero como cuerpo auxiliar.

(v) Se supeditó a la policía en su función de investigación al control de la Fiscalía.

Hoy por hoy, las principales características del proceso penal, afinado tras la adopción del Código Procesal Penal vigente, desde enero de 2011, son precisamente esas: hay **un ente director de la investigación del delito** que promueve la acción pública (la Fiscalía General de la República), **un cuerpo policial con funciones auxiliares de investigación** (la Policía Nacional Civil) y **un órgano jurisdiccional** que no tiene facultades oficiosas para iniciar procesos penales, depende del requerimiento de las partes, controla la realización de actos que tienen incidencia en los derechos fundamentales, fija los plazos de investigación pero en el supuesto que se ha presentado requerimiento fiscal, conmina a particulares y a otras autoridades a colaborar con la recolección de evidencia.

Teniendo en consideración la conformación del proceso, cabe analizar el papel que desempeñan en el mismo las instituciones a las que atañe investigar los delitos: la Fiscalía General de la República y la Policía Nacional Civil.

b) **La Fiscalía General de la República**

1.- De conformidad con la redacción actual del art. 193 ord. 3° y 4° Cn.:

“Corresponde al Fiscal General de la República:

[...]

3° **Dirigir la investigación del delito** con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley.

4° *Promover la acción penal de oficio o a petición de parte.”*

Por mandato constitucional, en el proceso penal salvadoreño el órgano estatal competente para la persecución penal es la Fiscalía General de la República.

Este mandato se corrobora en el art. 2 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República

*“Son competencias de la Fiscalía General de la República: defender los intereses del Estado y de la sociedad; **dirigir la investigación de los hechos punibles** y los que determinen la participación punible; **promover y ejercer en forma exclusiva la acción***

penal pública, de conformidad con la ley; y desempeñar todas las demás atribuciones que el ordenamiento jurídico les asigne a ella y/o a su titular.”

Una característica particular de la configuración de nuestra Fiscalía General de la República es que sus miembros no gozan de independencia funcional sino que intervienen en los procesos sin plenitud de poder propio, representando al funcionario superior que es órgano -persona.

Tal formulación se evidencia en el art. 37 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República:

*“Son agentes auxiliares de la Fiscalía General todas las personas delegadas por el Fiscal General para desempeñar sus atribuciones, **actuando en su nombre** y en el de la Fiscalía General, por lo que tienen la categoría de empleados de confianza y de **dependencia directa, funcional y jerárquica del Fiscal General.**”*

Sobre este tipo de institución (órgano-persona) ha dicho la Sala de lo Constitucional:

“De esta manera, la Administración Pública está compuesta por un conjunto de elementos personales y materiales, distribuidos en equipos o unidades a las que se asignan determinadas competencias que forman parte del total de las potestades atribuidas al ente público en conjunto –órgano institución–. Así, esas unidades que componen los entes de la Administración Pública se denominan órgano persona, cuando con ellas se hace referencia al titular o funcionario que las representa; esta distinción se ha formulado con la finalidad de explicar el mecanismo de imputación al Estado, de la actividad de las personas que actúan en su nombre.

En el mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal al afirmar que nuestro sistema de organización administrativa se encuentra amparado en la teoría del órgano institución-persona y que, en cuanto a esta última concepción (órgano-persona), se entenderá representado por la persona física que realiza la función estatal; siendo su voluntad la que concretiza las decisiones del ente administrativo en nombre del cual ejerce su actividad, con la singularidad que esa voluntad expresada es imputable a la persona jurídica que integra.” [Inconstitucionalidad ref. 13-2009/14-2009, sentencia de las 8:00 horas del 14 de julio de 2010]

Esta particular configuración de la institución incide en las funciones de la misma ya que si en un dado caso se estimase acéfala por cualquier motivo -- entre ellos por la invalidez constitucional del nombramiento de su titular -- podría cuestionarse la actividad de los agentes auxiliares del fiscal general, por cuanto actúan mediante poder delegado, y dar lugar a cuestionamientos sobre la validez de sus actuaciones.

2.- Una vez determinada la naturaleza de la institución, analizaremos brevemente las funciones que se le han atribuido en nuestro proceso penal.

Dos son las funciones que tanto la Constitución como la ley le asignan a la institución en relación al delito: la promoción de la acción penal y la investigación del delito.

(i) **La promoción de la acción penal**, que es una potestad exclusiva de esta entidad estatal por oposición a las demás instituciones del Estado, no así respecto de la víctima del delito según dijo la Sala de lo Constitucional:

“Es evidente, que tal insuficiencia legal debe llevar a compatibilizar los intereses de la víctima con el supuesto monopolio de la acción penal pública por parte del Ministerio Público Fiscal, y particularmente sobre la supuesta característica de “exclusividad” en su ejercicio. Y aunque si bien, tal actividad oficial no puede estar supeditada a la voluntad de los particulares, puede modificarse la regulación del querellante adhesivo a fin que pudiera autónomamente –es decir, ya no de forma complementaria– iniciar y proseguir una persecución penal en aquellos casos en que la autoridad respectiva –por desinterés o cualquier otro motivo– no quiera penalmente investigar o no quiera proseguir con el proceso penal...De lo anterior se concluye que el ejercicio de la acción penal pública no es un monopolio ni competencia exclusiva del Fiscal General de la República; puesto que, entenderlo así, implicaría un desconocimiento o anulación del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de delitos. En razón de ello, el art. 193 ord. 4° Cn., conforme al principio de unidad de la Constitución, debe ser interpretado armónicamente con el art. 2 inc. 1° in fine de la misma Ley Suprema.” [Sentencia de inconstitucionalidad 5-2001 acumulado, pronunciada a las 9:50 horas del 23 de diciembre de 2010]

Si bien se matiza de esta manera el carácter monopólico de la acción penal desde la perspectiva constitucional del acceso a la justicia por parte de la víctima ya sea en forma directa o mediante apoderados, en cambio desde las potestades de los entes estatales, solamente la Fiscalía General de la República puede ejercer la acción penal y con ello iniciar el proceso jurisdiccional en la persecución del delito.

Esta atribución exclusiva se manifiesta de muchas y diversas formas en el proceso. Una de las más importantes es que se hizo la división legal entre los procesos penales de acción pública (ya sea ésta pura o de previa instancia particular) y privada.

La promoción de la acción pública exige de la solicitud fiscal, y aunque en concordancia con la interpretación que hizo la Sala de lo Constitucional, la legislación procesal actualmente vigente ha regulado la posibilidad de acción del querellante en ciertos casos legalmente regulados (art. 29 Pr. Pn.), lo cierto es que continúa en vigencia la exigencia de la promoción fiscal de la acción y la sanción de nulidad de un proceso por un delito de acción pública iniciado cuando ha sido iniciado sin requerimiento de esta institución (art. 346 Inc. 1° n° 2 Pr. Pn.)

Con ello, se descarta la facultad de otras instituciones del Estado para ejercer la acción y de esa manera presentar la pretensión punitiva a consideración judicial. Durante un tiempo la legislación contempló la potestad de la policía para requerir judicialmente en el caso de faltas (arts. 173 inc. 1º, 180 inc.2º y 391 inc. final Pr. Pn.) sin embargo, tal potestad fue declarada inconstitucional (Sentencia de inconstitucionalidad 6 de marzo 2007, pronunciada en el proceso 23-2006.)

Lo anterior reafirma que un proceso penal por un delito de acción pública, solamente puede ser iniciado por la Fiscalía General de la República (salvo las excepciones reguladas legalmente) y que, así ejercida la acción, se entiende que se ha accedido en forma legítima a la jurisdicción.

(ii) **La dirección de la investigación del delito.** En esta potestad tiene participación la policía nacional civil en un rol de colaboración.

Esta atribución de control de la investigación por parte de la fiscalía general de la república tiene un contenido de desarrollo histórico --siguiendo básicamente el sendero

recorrido en otros países por razones muy similares-- al propender el Estado a la promoción de los derechos fundamentales y a una persecución del delito con carácter técnico.

Ya Claus Roxin lo señalaba durante la conmemoración de los 100 años del Ministerio Público en Alemania diciendo: *“...el significado del ministerio público reside en el control sobre la policía, inherente al Estado de derecho, que él debe ejercer. También en este punto, Karl Friedrich v. Savigny halló la mejor formulación, cuando exigió para el ministerio público que la policía criminal sea puesta en lo posible en sus manos y le sea concedido un imperio material sobre todos sus funcionarios, de tal manera que éstos estén obligados a subordinar su actividad de policía criminal a la autoridad del fiscal, a satisfacer sus instrucciones en este sentido y, donde él intervenga, a apartarse de una investigación autónoma. Precisamente en las operaciones de los funcionarios de policía preliminares a una investigación subyace el peligro cercano de una lesión jurídica, y la experiencia enseña cómo, no raramente, los agentes policiales de menor jerarquía son los responsables de tales lesiones jurídicas, en perjuicio de una persona afectada.”* [Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público, en *Policía y sociedad democrática, Pena y Estado*, revista latinoamericana de política criminal año 3 número 3, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pág. 193]

El ente fiscal se convierte de esa forma en director de la estrategia de investigación y garante de la legalidad de los procedimientos que se desarrollan fuera del control judicial y que sirven como instrucción previa (diligencias iniciales de investigación y actos urgentes de comprobación) para determinar si existe delito, los partícipes y la evidencia a recolectar para sustentar los hallazgos de la investigación, en última instancia para preparar la acusación.

Ese control puede ser laxo o rígido dependiendo del sistema adoptado, y puede variar desde una intervención más bien directora, que no interfiera con la investigación policial si no que coadyuve en el sentido de encaminarla a servir a los intereses fiscales, pero sin un exceso de intervención, en la que el fiscal más que un director funcional de la investigación, hace “sugerencias”, hasta un sistema rígido como el vigente en El Salvador que determina tajantemente el control de la fiscalía sobre los actos de investigación policial urgentes luego de pasadas ocho horas desde que la policía tiene conocimiento de la comisión de una conducta potencialmente constitutiva de delito (según lo regulado en el art. 244 en el código de 1998 y en el art. 276 del código vigente) o desde el inicio de la investigación.

Durante la vigencia del proceso salvadoreño de corte inquisitivo mixto el papel del fiscal era secundario, no actuaba como director de la investigación ni tenía un rol protagónico respecto del inicio del proceso penal.

Al respecto, y refiriéndose a los Ministerios Públicos de Latinoamérica, Alberto M. Binder dijo:

“Debe quedar claro que cualquier pretensión de preocuparse del Ministerio Público por fuera del contexto político-cultural (como a veces pretenden hacerlo ciertos programas de fortalecimiento institucional) está condenado a fortalecer muchos de sus vicios. Ahora bien ¿cuál es ese contexto político cultural? Ya lo hemos dicho, es el sistema inquisitivo. Pero dentro de ese contexto ¿qué función propia cumple el Ministerio Público penal?

*Pareciera que ninguna y eso es lo que llevó a algunos países -como Chile y Honduras- a suprimir sustancialmente esa institución. **La reconocida frase de que el Ministerio Público es en el proceso penal la quinta rueda del carro**, que solamente demora el proceso sin que aporte nada significativo es una realidad cotidiana. No sólo no aporta nada en la investigación, por ejemplo, sino que tampoco cumple alguna función importante en la preservación de la imparcialidad del juez. No olvidemos que la adopción del sistema acusatorio formal, tenía como su propósito fundamental evitar la contaminación del juez mediante la concentración de funciones. La irrelevancia de la actividad del Ministerio Público -aún en aquellos sistemas que le otorguen el monopolio de la acusación e, inclusive, en los sistemas que adoptaron el sistema mixto- ha hecho que no pueda impedir dicha contaminación que se filtra a través de los actos de instrucción jurisdiccional.” [FUNCIONES Y DISFUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO PENAL, en Revista de Ciencias Penales, No 9, 1994, San José, Costa Rica, p. 30]*

Incluso tras las reformas constitucionales y legales resultantes de acuerdos de paz de 1992, que incluyeron el estatuto del órgano judicial, la creación y doctrina de un nuevo cuerpo de policía y el otorgamiento --al menos en el texto constitucional-- de un papel protagónico a la Fiscalía General de la República, la legislación vigente en aquél momento no propiciaba el desarrollo de este rol, según decir de Edgardo A. Amaya Cóbar “...hay que dejar constancia que, en buena medida, la actuación de la Fiscalía se encuentra limitada por el sistema procesal vigente de El Salvador, el cual podría catalogarse como inquisitivo reformado, que impide que el MP cumpla con su función ‘bifronte’, es decir, frente a la instancia policial y frente a la instancia judicial, ya que en la actividad tribunalicia, las diligencias policiales pasan directamente al juez para que instruya, durante la investigación de los hechos en los cuales poco o nada ha tenido que ver el fiscal. Por tanto el proceso penal es contrario al espíritu del constituyente de dar un papel protagónico al MP...Lejos de la idea de dirección funcional, la realidad da muestras de lo contrario, la policía es quien lleva las riendas a nivel operativo y decisorio y la Fiscalía está relegada o subordinada a un segundo plano...Esto es todo un producto histórico acumulado desde la existencia del MP en El Salvador y es una práctica anquilosada en toda la administración de justicia. Dentro de ello influye, según algunas opiniones, el germen militar de la policía, más aún en la década de la guerra que configuró la estructura jerárquica de la policía en que los funcionarios se remiten a la orden del superior inmediato, patrón que aún es reproducido por la PNC y no a la de un funcionario de otra institución (Ministerio Público)...” [Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en lo referente al rol director de la investigación del Ministerio Público, en Ministerio Público..., óp. cita. pág. 323].

El primer intento concreto darle vigencia a la dirección funcional fue la resolución pronunciada por la Sala de lo Constitucional en el Habeas Corpus ref. 2-B-96 de las 13:30 horas del 23 de enero de 1996, advirtiéndose por la sala la irregularidad ante la investigación y captura efectuadas en su totalidad por la Policía Nacional Civil sin dirección fiscal.

Sin embargo, a partir de 1998, se estableció en el Código Procesal Penal que esa labor de dirección de la investigación compete al fiscal y se adopta otra forma de conducción de la investigación al sustraer al órgano judicial de su dirección, minimizando

las facultades que tiene en ese sentido y potenciando las del fiscal, con lo que se logró armonizar el texto constitucional con la legislación secundaria.

La primacía de la Fiscalía en la investigación y la supeditación de la policía como su órgano auxiliar se contemplan en los arts. 15 y 18 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República.

El art. 15 explícitamente se refiere a la dirección funcional así:

“La Policía Nacional Civil y los organismos de seguridad pública, obedecerán las órdenes e instrucciones bajo el concepto de dirección funcional impartidas por la Fiscalía General para la investigación de los hechos punibles.”

El precepto otorga la potestad al ente fiscal de dirigir a la policía cuando ésta investiga hechos punibles y obliga a esta última a **obedecer órdenes** e instrucciones de la fiscalía en ese mismo marco.

El art. 18 por su parte dispone:

“Corresponde institucionalmente a la Fiscalía General de la República, y al Fiscal General como titular de la misma:

[...]

d) Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil y de los organismos especializados en la investigación.”

Esta tendencia se ha desarrollado también en el actual Código Procesal Penal en el art. 272 Pr. Pn.:

“Los oficiales, agentes y auxiliares de la policía, cumplirán sus funciones, en la investigación de los hechos punibles bajo el control de los fiscales y ejecutarán las órdenes de estos y las judiciales de conformidad con este Código.

El fiscal que dirige la investigación podrá requerir en cualquier momento las actuaciones de la policía o fijarle un plazo para su conclusión.

Los oficiales y agentes de la policía que por cualquier causa no puedan cumplir la orden que han recibido de la Fiscalía General de la República o de la autoridad judicial, lo pondrán inmediatamente en conocimiento de quien la emitió, con el fin de que sugiera las modificaciones que estime convenientes.

Los oficiales y agentes de la policía, en cuanto cumplan actos de policía de investigación, estarán en cada caso bajo el control de los fiscales, sin perjuicio de la autoridad general administrativa a la que estén sometidos.”

Esta disposición va más allá de lo que se regulaba en las disposiciones orgánicas que citamos anteriormente, pues ya no se refiere solamente a una supeditación institucional, que podría entenderse canalizada a través de los mandos de cada institución sino a una subordinación individualizada: en cada caso concreto el agente policial asignado está bajo control directo del fiscal del caso y debe ejecutar las órdenes o instrucciones que éste le encomienda y si no pueden hacerlo deben informárselo para que realice las modificaciones que le parezcan convenientes a la investigación.

A efecto de consolidar este papel, la Sala de lo Constitucional indicó:

“El Art. 193 ordinal 3° Cn. determina: ‘Corresponde al Fiscal General de la República: (...) Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley.’

Del precepto citado se desprende, que no obstante la locución utilizada por el constituyente, "colaboración", la Policía Nacional Civil **se encuentra supeditada en la investigación del delito a la dirección funcional ejercida por la Fiscalía General**, ya que "colaborar" puede entenderse como ayuda, cooperación, auxilio; y "dirigir" como ordenar, conducir, ser responsable de un resultado concreto y objetivo, cual sería, contar con los elementos suficientes para poder fundamentar el respectivo requerimiento fiscal.

Precisamente, **la dirección funcional de la Fiscalía tiene su razón de ser en la obligación que la misma posee de promover la acción penal**; es por ello, que el fiscal no es un mero "coordinador de la investigación del delito" o un "sujeto legitimante de las actuaciones policiales", sino el ente encargado de realizar todo el plan o estrategia a seguir en la investigación, pues del resultado de la misma dependerá la fundamentación del requerimiento fiscal, así como las medidas a adoptar dentro del proceso penal. Consecuentemente, la Fiscalía General de la República en el ejercicio de su dirección funcional, debe velar por el cumplimiento de los procedimientos legales por parte de la Policía Nacional Civil, lo que hará, atendiendo razones de orden técnico y jurídico delimitadas previamente en su tarea investigadora." [Sentencia de habeas corpus ref. **73-2003** de las 12:00 horas del 16 de enero de 2004.]

En el ejercicio de esta potestad se le han otorgado amplias atribuciones coercitivas respecto de otras autoridades así como de la ciudadanía.

c) La Policía Nacional Civil

En El Salvador, antes de la creación de la Policía Nacional Civil, existieron diversos cuerpos de seguridad pública que estaban adscritos al Ministerio de la Defensa (art. 212 Cn., previo a la reforma de 1992, art. 15 al 20 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 1961 previo a su derogatoria, art. 22 y 23 de la Ley de Ascensos de la Fuerza Armada de 1976, art. 28 del Código de Justicia Militar) y, para efectos prácticos, constituían unidades militares, concebidas y organizadas bajo la doctrina castrense.

Las múltiples reformas resultantes de los acuerdos de paz incluyeron la creación de la Policía Nacional Civil.

El art. 159 inc. 2 y 3 Cn. se refiere a la Policía Nacional Civil así:

"La Defensa Nacional y la Seguridad Pública estarán adscritas a Ministerios diferentes. La Seguridad Pública estará a cargo a la Policía Nacional Civil, que será un cuerpo profesional, independiente de la Fuerza Armada y ajeno a toda actividad partidista."

La Policía Nacional Civil tendrá a su cargo las funciones de policía urbana y policía rural que garanticen el orden, la seguridad y la tranquilidad pública, así como la colaboración en el procedimiento de investigación del delito, y todo ello con apego a la ley y estricto respeto a los Derechos Humanos."

Encontramos aquí la primera atribución constitucional de funciones a la policía:

Se le confiere la seguridad pública y un papel de cooperador en la investigación del delito.

Cabe detenerse un poco en el estudio de la **naturaleza** del cuerpo policial.

El art. 1 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil de EL Salvador (LOPNCES) dice:

“Créase la Policía Nacional Civil de El Salvador como una institución de derecho público, con personalidad jurídica, que dependerá de la Secretaría de Estado que determine el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, pero en todo caso será diferente a la que esté adscrita la Fuerza Armada.

Tendrá por objeto proteger y garantizar el libre ejercicio de los derechos y las libertades de las personas, prevenir y combatir toda clase de delitos, así como la colaboración en el procedimiento para la investigación de delitos; mantener la paz interna, la tranquilidad, el orden y la seguridad tanto en el ámbito urbano como rural, con estricto apego a los derechos humanos.

La Policía Nacional Civil tendrá a su cargo en forma exclusiva las funciones de policía urbana y policía rural.”

La policía es entonces una corporación de derecho público subordinada a una secretaría de Estado (o Ministerio, según prefiera llamarsele). Se le otorgan como funciones la protección de los derechos, la prevención y represión del delito, la colaboración en la investigación criminal y el mantenimiento de la paz y el orden.

El art. 6 de la LOPNCES define mejor la naturaleza de la policía, así:

“La estructura y organización de la PNC es de naturaleza jerárquica, bajo la conducción del Presidente de la República, por intermedio del titular del Ministerio al que se le asigne las funciones de seguridad pública, que en todo caso será diferente al de la Defensa Nacional. El mando ordinario de la misma, lo ejerce el Director General, que es su máxima autoridad administrativa y representante legal.

El Director General será nombrado por el Presidente de la República. Podrá ser removido por renuncia, incapacidad física o mental comprobada, por haber sido condenado por delito o por faltas graves en el ejercicio de sus funciones, o cuando el Presidente de la República así lo estimare.

La Asamblea Legislativa podrá recomendar al Presidente de la República la destitución del Director General, siendo vinculante cuando sea por causa de graves violaciones a los derechos humanos, según lo establecido en el ordinal 37° del Art. 131 de la Constitución.”

De esta disposición se desprende que esta corporación pública es de naturaleza jerárquica, que a diferencia de la Fiscalía General de la República no es un órgano-- persona y además que no es autónoma.

La policía está subordinada al Presidente de la República e incluso, bajo éste, a la autoridad de un Ministro. Bajo éste último se encuentra un director.

El art. 178 ord. 17° Cn. claramente otorga la conducción de la policía al Presidente de la República:

“Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

17º.- Organizar, conducir y mantener la Policía Nacional Civil para el resguardo de la paz, la tranquilidad, el orden y la seguridad pública, tanto en el ámbito urbano como en el rural, con estricto apego al respeto a los Derechos Humanos y bajo la dirección de autoridades civiles.”

De esta norma se extrae que **la máxima autoridad de la Policía Nacional Civil es el presidente**, quien la organiza y mantiene pero además **la conduce**. Para esta última función, entre otras, tiene la atribución de nombrar a sus autoridades.

Es pertinente hacer una breve referencia a la razón material recogida en el precepto constitucional antecedente: la Policía Nacional Civil fue ideada en un acto político: los acuerdos de paz de 1992, y muchos de los conceptos que se incluyeron en la Constitución se entienden mejor si se comprende el contexto del que se desprenden:

La Sala de lo Constitucional ha rechazado que una violación a los acuerdos de paz que no sea vinculada a una infracción de una disposición constitucional pueda ser protegida por ella, así:

“En consecuencia, este tribunal, cuya razón de ser estriba en la defensa de la Constitución, no puede tomar como parámetro de control otras normas que no sean las constitucionales; menos aún puede reconocer imperatividad y basar sus decisiones en supuestos “mandatos” que deriven de acuerdos políticos adoptados por los órganos estatales, como es el caso de los Acuerdos de Paz de 1991/1992; y si al análisis lógico-jurídico que sirve para ejercer el control de constitucionalidad se han de agregar consideraciones relativas a los hechos de la realidad histórica, social, económica, cultural o política que han incidido en la producción de las disposiciones constitucionales, las mismas sólo tendrán un valor secundario, complementario al análisis lógico-jurídico de la Ley Suprema y las disposiciones jurídicas sujetas a control de constitucionalidad.”
[Inconstitucionalidad 5-99, sentencia de las 12:00 del 20 de julio de 1999]

Si bien, como se cita, los acuerdos de paz per se no son un parámetro de control de constitucionalidad, en cambio pueden tener un valor complementario para el análisis de la norma suprema y de las leyes que la desarrollan. Se trae esto a colación porque en el Capítulo II de los Acuerdos de Chapultepec en el que se convino la creación de la Policía Nacional Civil, en el apartado 3 que atiende a la estructura y funciones que tendría el cuerpo policial se encuentra una directriz sobre las autoridades policiales que permite observar con mayor diaphanidad la jerarquía de la institución y comprender cómo funciona, además de dotar de contenido a la expresión constitucional *Autoridades Civiles*:

“A. Marco jurídico general.

a. Autoridades de la Policía Nacional Civil

1. La Policía Nacional Civil estará bajo la dirección de autoridades civiles (artículo 168, numeral 17 de la constitución). Estas serán: el Presidente de la República, el Ministro, el Viceministro, el Director General de la Policía, los Subdirectores Generales, el Inspector General, los Jefes de División de cada servicio y los Jefes de las Delegaciones Departamentales.

2. El Director General de la Policía Nacional Civil será designado por el Presidente de la República. Podrá ser destituido por resolución de la Asamblea Legislativa por causa de graves violaciones de los derechos humanos. Los mandos de la Policía Nacional Civil serán civiles.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en este mismo Capítulo a propósito del régimen transitorio. La Policía Nacional Civil estará adscrita a un nuevo Ministerio del Interior y de Seguridad Pública. A tal afecto, el actual Ministerio del Interior será reestructurado. Se

creará un Viceministerio de Seguridad Pública, que tendrá a su cargo la relación con la policía Nacional Civil. La estructura de seguridad pública será enteramente nueva.”

Tenemos ahora una visión más clara de lo que se entiende por autoridades civiles así como la idea de la cadena de mando (que está regulada en la ley orgánica de la policía).

Las funciones de la policía se listan en el art. 4 de ese cuerpo de ley, y aunque se enumeran 15, básicamente corresponden a tres grupos:

(i) Prevención del delito, (ii) intervención comunitaria, e (iii) investigación y represión delictiva.

La distinción es importante en tanto, según sea la función realizada, la policía obedece a su cadena de mando jerárquica o, como se explicó al discurrir sobre la Fiscalía General de la República, deja de encontrarse bajo ese control funcional no solamente de manera institucional -- la supeditación de una institución a la otra pero siguiendo cada una las órdenes emanadas de su respectiva cadena de mando-- sino inclusive a nivel individualizado --en el que los agentes policiales específicos reciben sus órdenes del fiscal del caso--.

Refiriéndose a esta misma bifurcación de mando orgánico dijo la Sala de lo Constitucional:

“...esta Sala en reiterada jurisprudencia ha sustentado un criterio respecto a las funciones de la Policía Nacional Civil; así, en la sentencia pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad número 33-2000 Ac. 37-2000 de fecha 31/08/01, estableció: ‘En cuanto a la seguridad pública esta Sala ha señalado en su jurisprudencia que comprende tres aspectos básicos, a saber: la función preventiva del delito, la función represiva e investigativa del delito y la función de asistencia a la comunidad.

De lo expuesto, y siguiendo la línea de desarrollo de esta sentencia, se tiene, que la dirección en la investigación del delito encomendada al Fiscal no posee un alcance de exigibilidad en las otras dos áreas de la seguridad pública --la prevención del delito y la asistencia a la comunidad-. La primera, tiene por objeto realizar labores de prevención, de modo que no se materialicen hechos delictivos, quedando dicha actividad dentro del mandato constitucional de garantizar el orden, la seguridad y la tranquilidad pública; mientras que la segunda está referida a una actividad de función social -- sentencia pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad número 33-2000 ac. 37-2000-.

Sin embargo, en la función represiva e investigativa del delito, la Policía Nacional Civil, si posee dependencia funcional respecto de la Fiscalía General de la República, por lo que, la primera debe informar, al ente fiscal del inicio de cualquier investigación dirigida a establecer un hecho ilícito, así como consultar cualquier decisión encaminada a ejercer privación de derechos fundamentales y orientar la investigación de acuerdo a los requerimientos del fiscal del caso, sin que esto implique que por medio de esa consulta se trate de llenar la investigación con una serie de formalidades o de actos burocráticos, sino más bien garantizar el fortalecimiento de la misma.

En ese mismo orden, la Fiscalía General de la República tiene la potestad de fijar las directrices a seguir en la investigación del delito, en razón que toda investigación previa al proceso está orientada a suministrar los elementos probatorios que permitan

fundamentar ante los tribunales el ejercicio de la acción penal, ya sea haciendo una imputación o solicitando la desestimación del caso." [Habeas corpus ref. 73-2003 citado previamente]

La **función preventiva del delito** se desarrolla de diversas formas, tanto mediante la presencia disuasiva de la policía en áreas conflictivas o como protección de personas vulnerables, como mediante su intervención comunitaria. Ambas formas de actividad preventiva se desarrollan a partir de las estrategias y políticas de Estado que diseñe el ministro del ramo por instrucciones del presidente.

La **función de asistencia comunitaria** es una función social, también depende de los lineamientos gubernamentales creados por el ministro del ramo, a instrucciones del presidente y desarrolladas por las autoridades de la Policía Nacional Civil.

En cuanto a la **función represiva e investigativa del delito**, la resolución antes mencionada destaca un cambio de control funcional de la institución que, en el marco del proceso penal pasa de la autoridad del presidente de la república, del ministro del ramo y de las autoridades administrativas jerárquicas de la policía al control bajo las órdenes del fiscal de cada caso, quien diseña la estrategia de investigación, ejerce la acción penal, puede dictar órdenes de captura o encomendar actos urgentes de comprobación a los miembros de la corporación.

Las funciones de policía preventiva y de policía de investigación se encuentran unificadas en una sola entidad, a diferencia de otros países que separan estas funciones y las asignan a instituciones diferentes. Tal es el caso de Costa Rica, cuyo Organismo de Investigación Judicial, dependencia adscrita a la Corte Suprema de Justicia, investiga los delitos mientras la Fuerza Pública ejerce la función de policía preventiva.

Al respecto, Maximiliano A. Rusconi dijo:

"La existencia de funciones distintas y, a veces, antagónicas que, además, responden a objetivos absolutamente independientes y que requieren metodologías diversas, a cargo de un mismo órgano, en este caso de policía, genera otros graves inconvenientes...Es indudable que no es una buena medida que la policía cumpla al mismo tiempo, y en ocasiones con las mismas personas, las tareas preventivas y de investigación...Esta 'promiscuidad funcional' genera serios obstáculos para el desarrollo de un sistema eficiente y garantista de investigación de delitos. En primer lugar la tendencia autoritaria proveniente de la actividad preventiva invade a menudo las tareas de investigación procesal. En segundo lugar, las actividades preventivas arrastran a las funciones investigativas aumentando el nivel de autonomía en relación con el control del Ministerio Público." [Reformulación de los sistemas de justicia penal en América Latina y policía: algunas reflexiones, en *Policía y sociedad democrática, Pena y Estado...* óp. cita. pág. 194]

Lo anterior explica, en parte, las numerosas dificultades relacionadas con la reticencia de la policía a supeditarse --en lo referido a la investigación del delito-- a la dirección funcional fiscal. Los otros factores principales de dicho fenómeno fueron el proceso penal vigente a esa fecha y la legislación que regulaba las atribuciones policiales.

Cabe destacar que el papel auxiliar en la investigación es característico de la Policía Nacional Civil desde su creación. Ya en el código procesal penal de 1974 el art. 138 inc. penúltimo establecía:

“Las indagaciones y declaraciones de ofendidos, vecinos del lugar y testigos de importancia serán tenidas por el juez en conjunto, como elementos de juicio suficientes para el solo efecto de decretar la detención provisional del imputado, si de ellas resultare que éste tuvo participación en el hecho delictivo; en todo caso, el juez deberá verificarlas a la mayor brevedad posible a efecto de confirmar o revocar la detención decretada.”

En cuanto a la subordinación policial con relación al juez el art. 141 Pr. Pn. prescribía:

“En cuanto realice funciones auxiliares de la administración de justicia, los funcionarios y agentes de los órganos auxiliares estarán en cada caso bajo la autoridad del juez competente para el cumplimiento de las órdenes que les dictare”

En el proceso penal vigente a la policía le corresponde investigar **los delitos de acción pública bajo el control de la fiscalía**, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, identificar y aprehender a los autores o partícipes y recoger las evidencias necesarias para la investigación (Arts. 159 Cn. y 271 Pr. Pn.)

Cabe aclarar que esta dirección funcional de la fiscalía hacia la policía no opera en los casos de delitos de acción privada, en los que la policía realiza las primeras diligencias urgentes por mandato legal y, si se requiere de auxilio judicial, realiza investigaciones bajo la dirección judicial.

Entre estas funciones encontramos la regulada en el art. 275 inciso 1 Pr. Pn.:

*“Los oficiales o agentes de la policía **deberán detener a los imputados en los casos que este Código autoriza**, cumpliendo estrictamente con los siguientes principios básicos de actuación...”* (Resaltado suplido)

Por ello cuando en el transcurso del proceso los agentes policiales cumplen una orden de detención, ya sea administrativa - emanada del fiscal del caso - o judicial - dada en una resolución durante el trámite del proceso - **actúan por mandato expreso de ley y bajo la dirección funcional fiscal**.

Por otra parte cuando un agente policial detiene a una persona que aparentemente está cometiendo un hecho delictivo o momentos antes o después, actúa por mandato expreso de ley no por determinación jerárquica ni en cumplimiento de orden superior como se consigna en el art. 323 Pr. Pn. que citamos para mejor claridad:

“La policía aprehenderá a quien sorprenda en flagrante delito. En el mismo caso, cualquier persona estará autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores e inmediatamente se entregará al aprehendido a la Policía Nacional Civil, para el inicio de la investigación correspondiente.”

Nótese como la disposición legal ordena a la policía la captura del delincuente sorprendido en flagrancia pero además hay una autorización legal para que en estos casos cualquier persona - no solamente un agente policial - pueda (i) impedir las consecuencias del delito y (ii) aprehender al delincuente. Esta potestad tiene derivación constitucional pues en el art. 13 inc. 1 Cn. se dispuso:

*“Ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley y estas órdenes deberán ser siempre escritas. Cuando un delincuente sea sorprendido infraganti, **puede ser detenido por cualquier persona**, para entregarlo inmediatamente a la autoridad competente.”* (Resaltado suplido)

Advertimos entonces que cuando la policía captura a una persona por orden fiscal o por orden judicial, actúa bajo control y dirección fiscal y no bajo el mando jerárquico de la institución; y que cuando los agentes policiales capturan a una persona en flagrancia no lo hacen previa autorización jerárquica institucional sino como reacción a una situación de emergencia y siguiendo un mandato legal.

Pueden existir circunstancias en que por la política particular seguida de manera institucional se generen detenciones a partir de una línea jerárquica previa (por ejemplo, que se instaure como política la detención de las personas sospechosas de haber realizado alguna conducta típica poco dañosa, que bien podría configurar una falta), que pueden incidir en el proceso penal, sin embargo ello no bastaría para viciar la detención provisional, a menos que durante el procedimiento policial se infringieran los derechos de la persona detenida o para contaminar la evidencia recolectada mientras no se recurra a medios ilícitos para su obtención.

d) **El Director de la Policía Nacional Civil**

Para determinar si el director de la Policía Nacional Civil ejerce atribuciones que incidan en el proceso penal contra **Jorge Alberto Morales** hay que identificar aquellas que atañen a su papel institucional como autoridad en la policía - por oposición a las administrativas pues estas últimas no atañen al proceso penal y por ende no es competencia de los jueces del sistema penal estudiar su validez constitucional, pues los juzgadores penales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de leyes, decretos, reglamentos, órdenes y toda otra forma de legislación o de acto jurídico **siempre y cuando** estas normas tengan un rol trascendente en la potencial decisión a tomar por el juez (Art. 185 Cn.)

¿Cuáles son entonces esas funciones?

De conformidad con el art. 6 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil de El Salvador:

*“La estructura y organización de la PNC es de **naturaleza jerárquica, bajo la conducción del Presidente de la República, por intermedio del titular del Ministerio al que se le asigne las funciones de seguridad pública**, que en todo caso será diferente al de la Defensa Nacional. El mando ordinario de la misma, lo ejerce **el Director General, que es su máxima autoridad administrativa** y representante legal.*

El Director General será nombrado por el Presidente de la República. Podrá ser removido por renuncia, incapacidad física o mental comprobada, por haber sido condenado por delito o por faltas graves en el ejercicio de sus funciones, o cuando el Presidente de la República así lo estimare.

*La Asamblea Legislativa podrá recomendar al Presidente de la República la destitución del Director General, siendo **vinculante cuando sea por causa de graves violaciones a los derechos humanos**, según lo establecido en el ordinal 37° del Art. 131 de la Constitución.”*

Tanto constitucional como legalmente se evidencia una dependencia jerárquica del Director de la Policía Nacional Civil para con el Presidente de la república.

El Director de la Policía Nacional Civil es la máxima autoridad **administrativa** de la corporación policial, pero jerárquicamente quienes ejercen la conducción de la institución

son el Presidente de la república y el ministro correspondiente - siendo el director el ejecutor de las políticas que el Ministro diseña por orden del Presidente.

Esta dirección jerárquica tiene incidencia principalmente en las denominadas función preventiva y función de asistencia a la comunidad.

El director tiene definidas sus funciones en el art. 9 de la ley orgánica citada, así:

“Corresponden al Director General de la Policía Nacional Civil, las siguientes funciones:

a) Dirigir y controlar la ejecución de la política de seguridad pública elaborada por el gobierno;

b) Coordinar y supervisar el trabajo de las Subdirecciones;

c) Hacer los respectivos nombramientos de los cargos de la Policía Nacional Civil;

d) Ejercer la representación judicial y extrajudicial de la institución a su cargo, pudiendo otorgar poderes o delegar atribuciones;

e) Presentar al Presidente de la República el Reglamento que desarrollará la presente ley

f) Elaborar el anteproyecto de su presupuesto y presentarlo a la Secretaría a la cual esté adscrita la Seguridad Pública; y

g) Ejercer todas las otras atribuciones que esta ley y el respectivo reglamento le señalen.”

La función institucional de mayor incidencia en la interacción de la policía con la ciudadanía que tiene el director de la institución es la de **implementar la política de seguridad que elabora el gobierno**.

Las otras funciones que se describen en el antecedente artículo son administrativas, aunque la coordinación y supervisión de las subdirecciones puede tener relevancia en la cosmovisión que presente la institución en su conjunto, pero las actuaciones que realiza respecto de estas funciones son ajenas al proceso penal.

De ahí resulta que en cuanto a las funciones de prevención y de intervención o asistencia social, el director es una autoridad intermedia de quien no dependen las políticas aplicadas para ejercerlas, pero quien puede influir en la manera en que se ejecutan.

Ya se ha definido que en el caso de la **función represiva e investigativa del delito**, los agentes policiales están supeditados a la dirección fiscal.

Es el fiscal general de la república, por medio de sus agentes auxiliares quien promueve y dirige la investigación y ejercita la acción pública.

Esto significa que **en la promoción de la acción** - la presentación del requerimiento fiscal y el impulso de la pretensión punitiva del Estado - **no tiene nada que ver el director de la Policía Nacional Civil**.

Tampoco tiene demasiada incidencia en la función represiva del delito, que incluye las capturas de delincuentes en el acto de cometer el delito - es decir, en el término de flagrancia al que se refiere el art. 323 Pr. Pn. - y todas aquellas que tiene como auxiliar en la investigación, de conformidad con los arts. 271, 272, 273, 275 Pr. Pn.

La política de persecución penal es dictada por la Fiscalía General de la República, art.74 Pr. Pn., manera que en ella no influye el Director de la Policía Nacional Civil.

Sí debe aclararse que en la ejecución de políticas de actuación diseñadas para la policía es posible que se incluyan los parámetros de uso de la fuerza, comportamiento de los agentes en las capturas, trato a los sospechosos y víctimas, manipulación de evidencia en los primeros momentos del proceso, todo lo cual podría influir en el proceso penal si se comprobase que alguna de las actuaciones realizadas vulnera derechos del imputado o víctima, o vicia la legalidad de la recolección de evidencia o de la captura del sospechoso. Sin embargo, ello no debe asumirse sino probarse en cada proceso penal.

De especial interés son estas atribuciones de la policía en el marco de la investigación del delito, porque nos damos cuenta que se supeditan a la intervención y dirección fiscal y que, en los casos de urgencia, los agentes actúan por mandato expreso legal.

Es decir son atribuciones unas y obligaciones otras que la ley impone a cada agente de policía y que para cumplirse no dependen - en muchos casos - de seguir un procedimiento jerárquico, sino que el agente policial que se encuentre en las circunstancias que sirven de presupuesto a la exigencia legal debe cumplirlas bajo su propia autoridad y **en todo caso bajo control fiscal**.

e) De lo anterior se colige:

- 1.- El director de la policía no tiene potestad para ejercer la acción pública.
- 2.- El director de la policía carece de facultades para dirigir de forma autónoma -- es decir sin dirección funcional fiscal-- la investigación de un delito.
- 3.- El director de la policía carece de facultades para librar órdenes de detención -- solamente puede ordenar la ejecución de aquellas que libran los fiscales o los jueces--
- 4.- El director no diseña las políticas que se han de aplicar en los procedimientos policiales pero ordena y supervisa la forma en que se ejecutan.
- 5.- Las funciones del director de la policía solamente pueden afectar al proceso penal de manera tangencial, de manera que un vicio derivado de las órdenes dadas por él no podría afectar la validez de todo el proceso penal, en todo caso, una infracción derivada de sus instrucciones solamente afectará la validez del procedimiento policial en que se cometa, pudiendo generar a los sumo una detención ilegal o un vicio en la obtención de evidencia.

f) **Aplicación al caso concreto**

1.- El proceso penal que se trae a estudio inició, según se desprende de la relación fáctica en el requerimiento fiscal, con la captura en flagrancia de **Jorge Alberto Morales**, ocurrida el 1 de febrero de este año luego de denuncia ciudadana por encontrarse el imputado en estado de ebriedad y "realizando desórdenes". Cuando los agentes policiales Ángel Orlando Rivera Arévalo y Juan José Morales Hernández llegaron al lugar donde se encontraba el imputado, éste los atacó con una varilla de hierro y una vez que se la quitaron los agentes policiales, continuó lanzándoles golpes con los puños y los pies. Esto motivo su captura por el delito de resistencia.

Se advierte que la captura de este imputado obedece al mandato legal de detener en flagrancia a cualquier persona que se encuentre cometiendo un delito.

Una vez capturado se informó a la fiscalía --el mismo día de la captura-- a efecto de que ésta coordinara la investigación y controlara los procedimientos policiales ya efectuados.

En ninguna de estas actividades se puede advertir la incidencia de alguna actividad de aquellas que la ley confiere al Director de la Policía Nacional Civil.

La acción penal fue ejercida por la agente auxiliar fiscal Norma Roxana Navarro López.

2.- Debe decirse que, desde que el inicio del proceso depende del impulso del agente fiscal en cada caso, y no de la actividad de la policía, las actividades que realiza el director de la corporación policial **no podrían en ningún caso invalidar la promoción de la acción, de manera que no pueden producir una nulidad absoluta en un proceso penal.**

La actividad policial podría, a lo sumo generar una detención ilegal o, respecto del proceso penal, viciar la recolección de evidencia.

La respuesta clásica jurisdiccional ante actos procesales que se consideraban viciados había sido la de decretarse la nulidad como sanción procesal aplicable al acto concreto o al proceso entero, según el caso.

Sin embargo desde la entrada en vigencia del código procesal penal de 1998, se reguló una respuesta distinta ante un vicio que afectara la evidencia y los medios probatorios (art. 15 Pr. Pn.) omitiendo su valoración y no anulando el acto de recolección y menos el proceso penal.

Esta respuesta se encuentra también regulada en el código procesal penal vigente, en sus arts. 175 y 179.

Una actividad policial que llevase a un vicio de la evidencia podría provocar que ésta no fuese valorada (exclusión probatoria) y por ende provocar en la etapa correspondiente un sobreseimiento --provisional o definitivo-- si al omitirse la viciada no hay suficiente evidencia restante como para sustentar la imputación penal.

3.- El proceso penal vigente tiene reguladas etapas procesales y dentro de ellas momentos en que la actuación de cada juez que conoce está determinada por la ley.

En el caso concreto, si existiese un vicio probatorio generado de la actuación policial --y que pudiese vincularse a la actividad del Director de la policía -- que requiriese de la omisión de valoración de evidencia y ésta fuese tan importante en el proceso que al excluirla se desvanece el nexo delito-participación, ello correspondería a una situación que afecta el fondo de la cuestión y que solamente puede resolverse mediante el pronunciamiento de un sobreseimiento, como se explicó previamente.

Ello supone que tal decisión solamente podrá pronunciarse en el momento procesal oportuno que es la audiencia preliminar.

4.- De este modo se determina que en el proceso penal bajo examen la actividad policial no podía generar la nulidad ni del proceso penal ni de un acto concreto, por lo que no era procedente decretarla-

Tampoco es de recibo la afirmación en cuanto a la imposibilidad de reposición. En el peor de los casos es decir que se estimara la nulidad, la reposición si podría ser posible dado que se trata de un hecho en flagrancia, y que si aceptara que la investigación policial estuviera viciada, la reposición podría haber sido posible a través de una investigación directa por la fiscalía-

Por lo dicho deberá revocarse la nulidad decretada, resultando innecesario en el marco del presente proceso penal realizar un juicio sobre la constitucionalidad del

nombramiento del General Francisco Ramón Salinas Rivera como Director de la Policía Nacional Civil de El Salvador.

POR TANTO: Por los motivos expuestos, con fundamento legal en las disposiciones legales y la jurisprudencia citadas y en los arts. 11, 12, 13, 159, 178 n° 17 y 193 ord. 3° y 4° Cn., 2 LOFGR, 1, 4, 6 LOPNCES, 271, 272, 273, 275, 323, 345, 346, 347, 452, 453, 459 464 y 465 Pr. Pn., esta Cámara **RESUELVE:**

a) **REVÓCASE LA DECLARATORIA DE NULIDAD** del proceso penal promovido contra **Jorge Alberto Morales** a quien se atribuye el delito provisionalmente calificado como **resistencia** en perjuicio de la **administración pública**.

b) Vuelvan las cosas al estado anterior de la declaratoria de nulidad y **CONTINÚE** el trámite del proceso.

c) **CERTIFÍQUESE** la presente resolución y **REMÍTASE DE INMEDIATO** al Juzgado Quinto de Instrucción de esta ciudad.

NOTIFÍQUESE.

PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN