

**“LÍMITES CONSTITUCIONALES
AL DERECHO PENAL”**

Agosto 2004

PLENO DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA DE EL SALVADOR

Presidenta

Licda. Silvia Lizette Kuri de Mendoza

Consejales Propietarios

Dra. Mirna Ruth Castaneda de Álvarez

Dr. Jaime Benjamín Trabanino Lobell

Dr. René Mauricio Castillo Panameño

Dra. María Hortensia Cruz de López

Licda. Marta Alicia Aguirre de Pérez

Lic. José Ricardo Reyes Escoto

Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos. AECI - CNJ

Escuela de Capacitación Judicial

Dr. José Ernesto Criollo - Director

Licda. Berta Díaz Zelaya - Sub-Directora

Oficina Técnica de Cooperación de la Embajada de España

Dr. Francisco Sancho López - Coordinador de la Oficina Técnica de Cooperación

Dra. Beatriz González - Directora del Proyecto de Capacitación

Revisión:

Licda. Nadia Jennifer Soundy Ellerbrock - Área Penal ECJ

Licda. Bessy Jeanette Aguirre de Flores - Área Penal ECJ

Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ - ECJ

Jefe: Licda. Karen de Sermeño

Diseño: Licda. Patricia Martínez

Diagramación: Erika Ortiz

El material publicado es de exclusiva responsabilidad de su autor

Consejo Nacional de la Judicatura

Final Calle Los Abetos No. 8 Colonia San Francisco, San Salvador

Tels. 245-2449, 245-2450 y 245-2451.

INDICE

Presentación

I. Los Principios del Sistema Penal	2
1. Los principios penales	2
1.1 El principio de intervención mínima	9
1.2 El principio de dignidad humana	17
1.3 El principio de lesividad	30
1.4 El principio de culpabilidad	46
1.5 El principio de prohibición de exceso	73
1.6 El principio de legalidad	81
2. Los principios en el proceso penal	102
2.1 Principio del juicio previo	102
2.2 Principio de legalidad procesal.....	104
2.3 Principio de independencia e imparcialidad del juez	105
2.4 Principio de presunción de inocencia.....	107
2.5 Principio de prohibición de múltiple persecución penal.....	108
2.6 Principio de inviolabilidad de la defensa	111
2.7 Principio de tutela de las víctimas	117
3. Los principios en la ejecución de la pena	117
3.1 Principio de legalidad de la ejecución de la pena.....	120
3.2 Principio de resocialización.....	122
3.3 Principio de normalidad.....	124
3.4 Principio de cuidado.....	126

3.5 Principio de reducción del daño.....	127
3.6 Principio de jurisdiccionalidad.....	128
3.7 Principio político - penales de la ejecución a la pena en materia de resocialización.....	129
4. Los principios en la justicia penal juvenil	132
4.1 Principio del interés superior del menor.....	132
4.2 Principio de la protección integral.....	134
4.3 El principio educativo.....	137
4.4 El principio de proporcionalidad.....	138
4.5 El principio de culpabilidad como límite en la justicia de menores.....	141
4.6 Características del sistema penal juvenil.....	144
Bibliografía	151
II. Introducción a la ciencia del derecho penal y a la teoría del delito	167
1. Consideración preliminar: la misión de la ciencia del Derecho Penal	168
2. Aspectos científicos y metodológicos del razonamiento dogmático-penal	166
3. La teoría del delito como desarrollo de la dogmática penal	176
4. El desarrollo evolutivo de la ciencia penal	180
Bibliografía	203

PRESENTACIÓN

Esta obra es la tercera de una serie de textos de apoyo relacionados con actividades de capacitación realizadas en el Consejo, mediante su Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo", gracias al Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos, ejecutado con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional. Dichas actividades fueron dirigidas, en el presente caso, a los miembros del Programa de Formación Inicial para Jueces (PFI), promoción 2001-2003, como una actividad de fortalecimiento en Derecho Penal.

La estrategia seguida en este Proyecto implica que respecto de cada capacitación desarrollada se procura la obtención de materiales o apoyos documentales que permitan la replicación esencial de las ideas facilitadas durante la experiencia formativa, potenciando de esa manera la extensión de los beneficios de una actividad de cobertura limitada, hacia muchos más capacitandos. Se trata de obras de capacitadores del ámbito nacional e internacional que las han elaborado como parte de su actividad investigadora y que generosamente han permitido su publicación por parte del Consejo.

Igual que para determinar los temas de capacitación, en la producción de estos materiales se toman en consideración las necesidades reales de los funcionarios judiciales salvadoreños, promoviendo la publicación de textos que puedan ser utilizados en las tareas cotidianas del juez y demás operadores del sistema de justicia. En este sentido, la reflexión sobre los límites del poder penal del Estado no podría ser más pertinente, relevante y de actualidad.

Esta obra contiene dos trabajos de autores nacionales. El primero, del Licenciado Carlos Ernesto Sánchez Escobar, Juez del Tribunal 3° de Sentencia de San Salvador, sobre "Los Principios del Sistema Penal". Es una exposición concentrada de los principios que informan a la actividad sancionatoria del Estado, en su vertiente penal, procesal penal, justicia penal juvenil y ámbito penitenciario. Todo desde la óptica constitucional de un Estado de Derecho. Por ello, partiendo de la concepción de Estado que la Constitución establece, el autor identifica las consecuencias para la actividad punitiva del Estado, en cuanto principios que informan las anteriores ramas del Derecho, desde los más generales (como el de dignidad humana) hasta afirmar efectos prácticos puntuales de su aplicación (por ejemplo, del principio de culpabilidad). Contiene además una importante referencia a bibliografía especializada en cada tema, que el lector podrá consultar si desea efectuar un estudio profundo de ellos.

El segundo trabajo, del Licenciado Martín Alexander Martínez Osorio, Capacitador del Área Penal de la Escuela, es una “Introducción a la Ciencia del Derecho Penal y a la Teoría del Delito”. Presenta de forma sintética aspectos relacionados con la misión del Derecho Penal y cuestiones metodológicas del mismo, para luego profundizar en la evolución de la ciencia penal, analizada a través del desarrollo de las escuelas más significativas del pensamiento dogmático.

Ambos aportes presentan la ventaja de aproximar al lector en el Derecho Penal, uno a través del análisis de los principios generales del mismo y el otro a partir de su desarrollo histórico y aspectos metodológicos, pero ambos logran relacionar ese panorama general con aspectos prácticos para su aplicación.

Esta obra, igual que los esfuerzos precedentes similares, tendrá un impacto positivo en el quehacer diario de los magistrados y jueces y demás operadores del sistema de justicia, como una herramienta adicional para la capacitación y el aprendizaje continuos, elementos importantes en la generación de cambios cualitativos dentro de la administración de justicia salvadoreña.

Consejo Nacional de la Judicatura.

I. LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA PENAL

Carlos Sánchez Escobar*

A mi esposa e hija.

SUMARIO

1. Los principios penales.
2. Los principios del proceso penal.
3. Los principios de ejecución de la penal.
4. Los principios en la justicia penal juvenil.

* Licenciado en Derecho por la Universidad de El Salvador. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica y Juez Tercero de Sentencia de San Salvador, El Salvador.

I. LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA PENAL

1. LOS PRINCIPIOS PENALES.

A. Fundamentación de los principios. La historia del saber penal está configurada por la creación y perfección de los principios que limitan y rigen todo el poder punitivo del estado. Esa articulación ha sido lánguida y sometida a constantes y múltiples lizas de acuerdo a las relaciones histórico, políticas, económicas y sociales de los diversos pueblos de la humanidad, en cuanto al derecho a castigar, sus miserias y antítesis¹.

Sin embargo, la estructuración de los principios no es una cuestión exclusiva del orden jurídico, ello es común en todos los ámbitos del conocimiento, por cuanto las cuestiones de índole epistemológico, están gobernadas sobre la base de enunciados fundamentales o rectores, con signos de veracidad y certeza, a los cuales se las nominado como “verdades fundantes”², de las cuales se deriva toda la construcción sistemática de cada área del saber humano; y ciertamente en el actual estado de cosas, la importancia de la principalística ha adquirido una nueva dimensión, en tanto las discusiones sistemáticas los proponen como sustanciales para las actuales construcciones en el ámbito del derecho, así como en lo relativo a las tendencias de la argumentación jurídica³.

En lo concerniente al área del derecho, estos principios son el eje central de toda la producción normativa, y ello mismo, es predicable en el saber penal; empero, la adopción de los principios en el ámbito penal, no es una derivación de la cavilaciones teórico-académicas, sino que por el contrario, ha significado una reacción del orden social en la época liberal, frente a las arbitrariedades del poder, que se fueron acumulándose durante el Ancien Régime.

Ello indica que la adopción de los principios limitadores del poder penal, tienen una fuerte connotación política, como forma de reacción ante un modelo de dominación en cuanto al ejercicio del poder; en atención a esa realidad histórica, el denominado derecho penal liberal, erigido sobre una base de principios limitativos del poder, debe intelegirse como una reacción ante el exceso del ejercicio del poder arbitrario del Estado absoluto, y como un afán de racionalizar la aplicación del poder punitivo del estado, y para ello, se ha discurrido desde los modelos iusnaturalistas hasta la positivización en las constituciones de la mayoría de Estados republicanos, así como en declaraciones y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

1. GARLAND David “Castigo y Sociedades Modernas”. Editorial Siglo XXI México D.F. 1999 p 337.

2. REALE Miguel “Introducción al Derecho”. Traducción de Jaime Bruñan Prats. Novena edición. Editorial Pirámide. Madrid. España. 1989, p. 139.

3. Ver GASCON ABELLÁN Marina, GARCIA FIGUEROA Alfonso “Interpretación y Argumentación Jurídica”. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003 p 120.

Cuando aludimos a la categoría de principios, la formulación que se adopta es la de unas reglas supremas en el sentido de una estructura normativa sistemática, de máxima jerarquía, que por su prelación le da sentido de ordenación a todo el corpus normativo; es decir, que los principios en el orden penal están dotados de un especial imperio normativo, por cuanto su vigencia y validez no esta sometido a la ordinariadad de la regulación normativa en cuanto a su reductibilidad.

De ahí que su reconocimiento no admite sometimiento a otros ámbitos normativos, por cuanto se legitiman desde lo interno acordado desde la constitución en cuanto a la tutela de los derechos del hombre, aspecto que desde una visión valorativa de la fundamentación del derecho significa la determinación de un mínimo ético que es irreductible por cuanto para su reconocimiento no esta supeditado al orden positivo⁴.

Propiamente en el orden penal, se ha dicho que los principios generales son aquellos “axiomas fundamentales forjados por el hombre desde tiempo inmemorial que convertidos en patrimonio común de los pueblos civilizados, permiten orientar y encausar el derecho represivo por senderos de justicia y seguridad jurídica; posibilitando, además a un nutrido cuerpo doctrina llevar este sistema de conocimiento al elevado grado de racionalización y sistematización teórica y práctica, con el cual cuenta en la actualidad”⁵.

De acuerdo con lo anterior, es menester indicar, que el aspecto medular de los principios en la regulación del orden jurídico-penal, es constituir una estructura sistemática de limitación para el ejercicio del poder penal, respecto de las personas que en representación del estado ejercen el control formalizado del cuerpo social; y es que a partir de la regulación de los principios, es posible sostener en los ámbito externos la tutela de los derechos y libertades fundamentales de los gobernados, así como, los mecanismos que garantizan la efectividad de los mismos; configurando un ámbito limitativo a las competencias de criminalizadoras y sancionadoras del Estado; ello se refiere tanto en la elaboración normativa, como en cuanto a su interpretación y sistematización⁶, con lo cual se proscribe la arbitrariedad y se justifica una intervención racional del derecho penal.

B. Los principios como límites de la Política Penal. La función limitadora del poder estatal en general, y del poder penal en particular, mediante la supremacía de los principios que emanan de

4. En tal sentido se ha expresado respecto a la consideración de los principios: “Llamo principios a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política, o social, que se considere deseable, sino por que es una exigencia de la justicia, la equidad, o alguna otra dimensión de la moralidad”. DWORKIN Ronald “Los Derechos en Serio”, Editorial Ariel. Barcelona. España. 1984 p 72.

5. VELÁSQUEZ V. Fernando “Derecho Penal”. Parte General. Temis. Bogotá. Colombia. 1997 . p. 256.

6. Reconociendo que el principialismo es la base de la limitación del poder en la creación del derecho como en su hemenéutica e integración véase VALENCIA RESTREPO Hemán “Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho” Editorial Temis. Santa fé de Bogotá. Colombia. 1993, p. 3.

la Constitución de la República, ya ha sido reconocida por la Sala de lo Constitucional, al advertirse sobre la preeminencia en el orden jurídico de los principios fundamentales que gobiernan nuestra organización como Estado.

En este sentido se ha expresado, que la Constitución es más que una ley superior, y que en consecuencia se vertebra como cuerpo normativo a través de los principios rectores que informan al constitucionalismo, teniendo al hombre como centro y fin de toda la actividad estatal⁷, con lo cual, todo poder del Estado debe entenderse que no es absolutamente autárquico, y aún entratándose del poder legislativo, éste se encuentra sometido al imperio de la Constitución, por cuanto ésta limita a todo el poder estatal⁸. De acuerdo con lo anterior, es plausible sostener que toda la actividad estatal, tendiente a la formulación de las normas penales como construcción incriminadora de conductas punibles, tanto en su vertiente original como en el proceso de reforma, debe respetar en cuanto producción normativa, el marco de los principios que emanan de la Constitución, acrisolados ya como derechos y garantías primarias⁹.

7. La Sala de lo Constitucional en este punto expresamente afirmó: "Aunado a lo anterior, es imperativo reconocer que la Constitución no es una mera ley fundamental o ley superior sino que además se trata de un conjunto normativo que ha optado por una serie de principios propios de las tradiciones del constitucionalismo; constituyendo, en consecuencia, un orden normativo que si bien es ideológicamente neutral, no es neutral ante tales principios. Ello significa que la Constitución no es la mera codificación de la estructura política superior del Estado Salvadoreño; sino que, si bien define esa estructura, lo hace a partir de un determinado supuesto y con un determinado contenido. Ese supuesto radica en la soberanía popular o poder constituyente del pueblo -Art. 83 Cn-, y su contenido esta integrado esencial y básicamente por el reconocimiento de la persona humana como origen y fin de la actividad del Estado -Art. 1 Cn.-, lo que conlleva la búsqueda por la efectiva y real vigencia de los derechos fundamentales de la persona. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia de Inconstitucionalidad de los Artículos 2 inciso 2° y 4°, 4, 6, 12, 14 inciso 1°, 15 y 22 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado. Publicaciones Especiales N° 23 de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 1997, p. 72; de ahora en adelante citada como Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia.

8. La cita literal en la sentencia de la Sala de lo expuesto por Marshall reza: "La Constitución es o bien una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o bien esta situada al mismo nivel de los actos legislativos ordinarios y, al igual que otras leyes, es modificable cuando la legislatura quiere modificarla (...). Si la primera parte de la alternativa es exacta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si la última parte es exacta, entonces las constituciones escritas son tentativas absurdas, por parte del pueblo, de limitar un poder, que es ilimitable por su propia naturaleza". CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op. cit. p. 71.

9. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la formulación de la política criminal ha de someterse a los dictados que impone la Constitución en materia de principios fundamentales, y en tal sentido descendiendo al ámbito penal se ha señalado la vinculación de control limitativo de los principios constitucionales sobre la actividad político-criminal en esta esfera, indicándose como axiomas rectores a ser observados: 1) El de configuración de un Estado Constitucional de Derecho y citando a Pérez Luño has indicado como presupuestos del mismo: "la limitación de la actividad de los órganos del poder por la constitucionalidad y la legalidad; la garantía por parte de ésta de los derechos fundamentales; y la teoría del control jurisdiccional de toda actividad del Estado"; 2) El principio de respeto a la dignidad humana, como idea central de la Constitución, del cual citando a Legaz Lacambra se dice que: "significa dos cosas: una que el Derecho es obra del hombre; otra, que el Derecho esta al servicio del hombre"; 3) El principio de bien común, el cual se entiende en palabras del alto tribunal citando un precedente de inconstitucionalidad radica en el justo equilibrio entre interés individual e interés social, sin que ninguno de ellos sea desproporcionado no importando los fines que se pretendan alcanzar; 4) La vigencia del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria el cual se concretiza en materia penal -con cita de González Cuellar- en: "la restricción de los excesos en que pudiera incurrir las actuaciones de los poderes públicos sobre la esfera de derechos e intereses del individuo". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia.. op. cit. pp. 94 a 95.

Tal respeto a ese núcleo esencial e irreductible, impone una actividad de control de las opciones de política penal que se impulsan por los órganos del poder estatal, que en todo caso deben sujetarse al ámbito de la constitucionalidad, y de no ser así, deben ser conjuradas mediante los mecanismos regulativos que la misma Constitución ha dispuesto para su defensa, cuya tarea impostergable recae en la judicatura como garante de la constitucionalidad.

Así, si bien es cierto que se ha reconocido nivel jurisprudencial constitucional que la política criminal acuña como elementos –lo cual puede reconducirse a fines– la prevención del delito, la persecución del delito y de la impunidad, así como la rehabilitación del delincuente; ello no puede verificarse, incumpliendo la Constitución, de ahí que toda la actividad de articulación de la política penal, en cuanto creación o reforma de las prescripciones penales, esté circunscrita a que tal actividad se encuentre sometida al cumplimiento exacto de la constitucionalidad y de la estricta legalidad¹⁰. En suma se ha reconocido que todo el ejercicio del ius puniendi está limitado por los principios de orden constitucional, que estructuran de manera vinculante todo el desarrollo de las políticas penales del Estado¹¹.

C. Configuración de los principios. En este aspecto, la estructuración de los principios que gobiernan el orden penal, se ha manifestado mediante una creciente positivización tanto en los ordenamientos internos, como en los instrumentos internacionales, estas articulaciones quedan legitimadas al ser elevadas al rango de mayor jerarquía dentro del orden jurídico, constituyendo verdaderos axiomas, que ordenan, y dan consistencia al sistema de fuentes del derecho, a esa realidad no escapa el derecho penal¹².

De ahí que los modelos constitucionales en las sinfisias histórico-políticas, del orden social, han superado los paradigmas de construcciones meramente declarativas, para constituirse mediante el reconocimiento de la supremacía de la norma constitucional en instrumentos efectivos de tutela de los derechos y libertades de los habitantes de la República; es por ello que actualmente el derecho penal, ya no se considera únicamente desde la perspectiva sistemática, sino que su verdadero ámbito de legitimación procede de la misma Constitución, es por ello que modernamente se teoriza sobre un

10. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia.. op. cit. p. 93

11. En tal sentido se ha dicho: "El ius puniendi entendido como la facultad del Estado para imponer penas o medidas de seguridad por la comisión de delitos, no es ilimitado: tiene fijados sus fines, así como sus postulados y principios rectores, a partir de la configuración que de la potestad punitiva realiza la Constitución.". Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las quince horas del uno de abril de dos mil cuatro. Inconstitucionalidad 52-2003/56-2003/57-2003. En Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras. Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2004 p 152 (de ahora en adelante se citará como Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras).

12. "En razón del carácter normativo de ésta, los principios rectores del sistema penal no pueden considerarse como límites del ius puniendi derivados de manera trascendente desde un indeteminable derecho natural o de programas políticos, sino como principios constituyentes del derecho penal; ello por que, más allá de las específicas referencias penales, la constitución contiene principios generales que vinculan al legislador y a los tribunales en la conformación de todo el ordenamiento, incluyendo por supuesto el jurídico-penal". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 152.

derecho penal constitucional o como programa penal de la Constitución¹³.

D. Características de los principios. Los principios del orden penal, en tanto orden normativizados, reúnen ciertas características que le son immanentes y que los diferencian en su contenido ordenador y jerárquico respecto de las restantes normas. Una aproximación a estas formas peculiares de los principios es la siguiente:

1°) Son esencialmente primarios, con lo cual se indica, que no hay en el ámbito normativos, prescripciones precedentes. Ello no niega una fundamentación mínima ética, política y filosófica o incluso, moral, pero esta perspectiva es meta-jurídica, en tal sentido la primacía de los principios, atiende a su estructuración jurídica, lo cual tampoco implica negar la realidad intrasistemática de todos los principios, pero en cuanto al orden normativo, son las normas originarias o primarias;

2°) Son prioritarios, con lo cual se significa, que los principios normativamente tienen una relación de prevalencia respecto de todo el restante orden normativo, con lo cual los principios forma una especie de derivación legitimante en cuanto a las otras normas, éstas sólo serán validas en cuanto se adecuen al núcleo esencial de los principios, es decir en cuanto no sean contrarias a los mismos y a las consecuencias que de ellos se derivan.

3°) Son principalistas, lo cual denota una característica esencial que identifica a los principios, a tal grado que una de las doctrinas del pensamiento jurídico se califica precisamente como principalista, en atención al desarrollo de todo el orden normativo a partir de la vigencia e irreductibilidad de los principios que lo informan, el distintivo de ser principalista, se manifiesta por cuanto estos axiomas fundantes, son los que dan cohesión y significación a todo el resto del ordenamiento jurídico, y no pueden ceder frente antinomias normativas de fuentes de menor jerarquía;

4°) los principios son fundamentadores, por cuanto su contenido y las consecuencias que se deriven razonablemente de su sustrato esencial, es el que le da legitimación a las restantes normas, a partir de los principios es que resulta adecuado explicar el contenido y función de las restantes prescripciones e instituciones jurídicas;

5°) Los principios en cuanto a la ejecución de sus consecuencias, son rectores del todo el orden jurídico, por cuanto de su contenido se emanan postulados que son superiores y que por tanto tienen

13. Sobre este tópico se dijo: "Por ello resulta necesario examinar la Constitución en su conjunto para extraer de ella lo que se ha denominado el programa penal de la Constitución, es decir, el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que les corresponde aplicar. Los distintos principios que componen el modelo salvadoreño de Derecho Penal, formulables todos ellos en la forma de preposiciones de implicación o condicionales, en realidad están ligados entre sí; resulta posible pues formalizarlos y sistematizarlos a partir de su inclusión constitucional. De este modo, los principios constitucionales del derecho Penal definen el modelo constitucional de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales tanto para la estructuración normativa de los delitos y las penas en sede legislativa como en la aplicación judicial". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 152 a 153.

predominio sobre el restante conjunto de normas. Sin esta característica de ser preponderantes, no podrían estar constituidos como principios en cuanto al ámbito de la supremacía;

6°) Los principios son normativos, lo cual le imprime una cualidad peculiar, su imperiosidad de vigencia y la obligación de su aplicatividad, más de la aquiescencia o no de quien debe aplicarlos, de ahí que en este aspecto, la fuerza coercitiva de los principios, es la misma que la de las normas jurídicas, sólo que con un imperio diferente en virtud de la jerarquía constitucional de la cual están investidos.

E. Función de los principios. Es importante dejar bosquejado –al menos– cual es la función que corresponde a los principios del sistema penal, en tal sentido es plausible indicar que el objetivo de los principios penales es el instituir unos límites determinados al ejercicio del poder punitivo del Estado¹⁴, con lo cual la función principalística se extiende a la protección de los gobernados, respecto de aquellas actividades excesivas por parte del poder estatal amparados en el orden jurídico infra-constitucional.

Todos los principios van a desarrollar esta doble función de limitación y de protección que es bidireccional, por cuanto la limitación del mismo poder de los representantes del Estado, determina la probabilidad de defensa de los derechos y libertades de los habitantes; y es que la limitación del poder estatal, sólo es comprensible cuando se gobierna bajo la configuración de un Estado constitucional y democrático de derecho, en el cual impera la Constitución y el derecho sobre los poderes de decisión, únicamente la estructuración de un estado republicano y ceñido a la Constitución, permite la articulación, de todo un bagaje de principios que funcionan como limitadores para el ejercicio del ius puniendi.

En un ámbito de mayor concreción debe indicarse que el sistema de principios penales derivados de la Constitución, son determinantes para la configuración del ordenamiento jurídico penal, involucrando el ámbito de creación normativa –poder de creación y de definición de las prescripciones penales– así como en lo relativo a su aplicación, que involucra la actividad jurisdiccional.

En ambas corporaciones del control social, la ordenación de los principios respecto de la actividad que se desarrolla no puede ser ignorada, la elaboración de las normas penales deben cumplir

14. Considerados así, cada uno de los principios de los cuales se compone el Derecho penal, enuncian una condición sine qua non, esto es, una garantía jurídica, para la aplicación de la pena: no son por tanto, una condición suficiente en presencia de la cual está permitido o es obligatorio penalizar, sino una condición necesaria en ausencia de la cual no está permitido hacerlo. Así, la función específica de las garantías constitucionales en el Derecho Penal no es tanto permitir o legitimar, sino más bien, condicionar y vincular y, por tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva. Tal marco normativo consagrado en la Constitución con relevancia para el derecho penal, se fundamenta en los valores de libertad e igualdad, y en los principios de pluralismo, razonabilidad y proporcionalidad; así mismo cuenta con preceptos sobre mandatos, prohibiciones y regulaciones que afectan directamente al derecho penal. Este catálogo de prescripciones constitucionales constituyen el núcleo específico de fundamentación del sistema penal, con efectos de legitimación y límite a la intervención penal". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 153.

con el respecto de los principios informadores del orden constitucional¹⁵; la aplicación e interpretación de las normas penales, deben descansar sobre el juicio de legitimación de la norma secundaria en cuanto a su conformidad con los principios de la constitución, de ahí que la actividad de hermenéutica jurisdiccional debe realizarse de conformidad al sentido de los principios constitucionales.

F. Principios y garantías. Los principios entendidos como un conjunto ordenado y sistemático de normas jerárquicamente primarias y fundamentadoras de todo el restante orden jurídico, están estrechamente vinculados al sistema de garantías, en las actuales formulaciones del ideario del garantismo, a la conjunción de los principios se les denomina precisamente como sistema de garantías, el cual se caracteriza por constituir una integración normativa secuencial que legitima el ejercicio del poder en la definición de la conflictividad social que deriva en conductas seleccionadas como delictivas; de ahí que, este sistema de garantías se cimienta, en unos principios que determinan lo que se conoce como “condiciones de verificabilidad”, mismos que son atinentes a los presupuestos respecto de los cuales se deberá decir una verdad, correspondiendo al derecho penal la misión de estructurar dichos presupuestos, los que deben ser verificables en la realidad.

El otro aspecto, está referido a los principios que determinan las llamadas “condiciones de verificación”, por las cuales, se constituyen las formas precisas por las que, es legítimo encontrar la verdad, misión que es conferida al ámbito del proceso penal; como corolario, debe estimarse la configuración de una serie de axiomas, que organizan y normalizan los modos, para hacer ingresar la información que será de utilizada para establecer la verdad, lo cual se vincula necesariamente al aspecto probatorio, y a la necesidad concreta de la reglamentación sobre este aspecto esencial.

En esta triada, intervienen diversos principios que disciplinan toda la actividad estatal, para desarrollar cada una de las actividades, lo cual debe reflejar un ámbito de eficacia, en cuanto a la capacidad de que y como puede conocer el ser humano, es decir que deben respetarse –para no incidir en la arbitrariedad– los modelos de conocimiento, de verificabilidad y de confrontación de esos conocimientos de acuerdo al saber racional humano.

Sin embargo, en el modelo garantista¹⁶, la estructuración de estos principios requieren además, la complementariedad de las

15. En relación al control constitucional del derecho penal como forma de control social formalizado, la Sala de lo Constitucional expresó que: “De esta manera, el Derecho Constitucional conforma la política criminal, que en una primera acotación constituye una forma de control social lo suficientemente importante para que sea monopolizada por el Estado, y que por tanto, requiere ser limitada –la política criminal – jurídicamente con la máxima claridad posible como garantía para el ejercicio de los derechos de la persona humana”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 154.

16. La relación entre garantismo y principios la destaca por ejemplo GASCON ABELLÁN Marina, GARCIA FIGUEROA Alfonso “Interpretación y Argumentación Jurídica... op cit pp 13 a 14.

formas de garantías, es decir los mecanismos de cumplimiento de los principios o sus consecuencias. La disimilitud entre garantías y principios radica en que las primeras, funcionan como instrumentos que permiten consolidar la vigencia de todas las consecuencias que los principios conceden a los ciudadanos, con lo cual, mediante el sistema de garantías, es posible invalidar las afectaciones que se causen a los mandatos de los principios, en la actividad de estructuración del ejercicio del poder penal.

Y aquí si es conveniente señalar, que la eficacia del modelo de garantías, se corresponde única y exclusivamente, con el ejercicio de la jurisdicción como último garante de la primacía de los principios y de la efectividad de las garantías; lo cual se concretiza en la creación de formas de protección en todo el sistema normativo penal –derecho penal de fondo, derecho procesal penal, derecho de ejecución, derecho penal juvenil– siendo la derivación de los mismos del orden constitucional, con lo cual adquieren la primacía de la jerarquía en cuanto a su aplicación y vigencia dentro del sistema normativo.

1.2 EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.

A. Fundamentos Actuales. Uno de los principios acuñados históricamente por el sistema penal, es el denominado principio de intervención mínima o de mínima intervención¹⁷, por medio del cual se reconoce la necesidad que la intervención del sistema penal como instrumento coactivo esté reducido a la menor expresión. Sin embargo lo polifacético de éste principio y su diversa vinculación a otros axiomas que informan como límite al poder penal, han permitido la calificación del brocardo más como un principio de índole político-filosófico, que de raigambre normativo, inclusive algún sector de la doctrina le resta importancia –lo cual no compartimos– a la sustancialidad del principio de mínima intervención¹⁸.

No obstante ello, parece plausible entender, que los estados que se construyen como Repúblicas Democráticas, en las cuales el poder esté limitado –y precisamente el Estado salvadoreño es democrático y republicano conforme al artículo 86 Cn– impere el principio de mínima intervención, en aquella zona del ejercicio del poder estatal, en la cual es más profunda la restricción de los

17. Ya en aquel tiempo decía Beccaria "Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia; y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella solo que baste a mover a los hombres para que la defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posible forman el derecho a castigar, todo lo demás es abuso y no justicia; es hecho no derecho... Todas las penas que sobrepasen la necesidad de conservar este vínculo son injustas por naturaleza" BECCARIA Cesare "De los Delitos y de las Penas". Traducción de Juan Antonio de las Casas. Editorial Alianza. Madrid. España. 1988 p 29.

18. De forma crítica DIEZ RIPOLLES José Luis "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana" en Revista Electronica de Ciencias Penales y Criminológicas. 06-03-04 (2004) pp 03:22 <http://criminet.ugr.es/rectpe>.

derechos y libertades de los gobernados, es decir en los ámbitos del derecho penal.

Lo primero que convendría señalar es que el principio de intervención mínima, en un primer aspecto, está dirigido al legislante, en cuanto límite para la construcción de las normas penales, por cuanto es a ese poder a quien corresponde la potestad de definir lo prohibido con rango penal y de asociarle consecuencias jurídicas a dichas prohibiciones¹⁹, en tal sentido ese poder de configuración de toda la normativa penal, le concede al legislador el dominio de incrementar o reducir los márgenes de la criminalización, lo cual genera consecuencias en la aplicación e interpretación del orden jurídico penal.

Empero como ya se ha expresado, ese poder configurativo –en un estado constitucional– no es un poder omnímodo, teniendo el mismo limitaciones que le vienen impuestas por el diseño principialístico de la Constitución, y ello implica que el ejercicio del poder penal, en cuanto política de creación normativa, está reducida a ciertos márgenes que son irreductibles, y en los cuales el derecho penal ya no puede intervenir; ello no está divorciado de la necesidad de que el estado garantice la protección de los bienes jurídicos de los habitantes, y de que brinde un nivel aceptable de seguridad ciudadana, pero ello, debe hacerlo dentro del equilibrio y la razonabilidad del respecto a los derechos y libertades, que la misma Carta Magna concede a los habitantes;

De ahí que no es aceptable que la tutela de los derechos fundamentales signifique la restricción desproporcionada de los mismos derechos de los ciudadanos. Con lo anterior estamos indicando, que la protección de los intereses del orden social, por el orden jurídico punitivo, únicamente resulta legitimado en el estado constitucional –que es el estado de las libertades públicas, de las garantías y del respeto al ser humano– cuando la intervención del poder penal, resulta ser la estrictamente necesaria, para alcanzar la tutela de los derechos de los habitantes en un marco de seguridad, paz social y justicia; de ahí que el principio de intervención mínima es entendido como la menor injerencia invasiva del Estado en los ámbitos de libertad del ciudadano, conforme al principio de reserva constitucional.

Obviamente que el principio de mínima intervención es revelador, de un ideario de derecho penal mínimo²⁰, con el cual se reconoce la necesidad de la intervención penal, pero desde una visión de articulación de la política penal, de un derecho penal

19. Señalando la función del principio de intervención mínima como límite MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción al Derecho Penal". 2ª edición. Editorial B de F. Buenos Aires, Argentina. 2001, p 107.
20. Así FERNÁNDEZ Gonzalo D. "Culpabilidad y Pena". Editorial B de F. Montevideo. Uruguay. 1995, p 49.

mínimo y la exclusión del denominado derecho penal máximo²¹. Ciertamente el derecho penal mínimo tiene su origen y fundamento en los idearios políticos del liberalismo ilustrado y su fundamento esencial es la limitación del poder y de la arbitrariedad en su ejercicio, mediante el derecho penal mínimo la teoría del garantismo se opone al autoritarismo, y frente a los modelos decisionistas se opone el modelo de estricta legalidad²²,

Por ello el denominado inflacionismo penal es una orientación completamente contraria al principio de intervención mínima del derecho penal en los conflictos sociales, por cuanto bajo el ideario de un derecho penal maximizado se convoca al derecho penal como instrumento de prima ratio en lugar de su orientación de última ratio. Esto significa que en la clave del poder político, se recurre al derecho penal como un recurso de primer nivel ante la compleja conflictividad social, con ello se descuidan otras áreas de intervención de menor intensidad y el impulso de otras políticas públicas, que serían más eficientes que la intervención del derecho penal para enfrentar los déficits del cuerpo social.

Lo anterior no debe ser olvidado por cuanto significa un averroísmo en el método del discurso entre saber y realidad, con lo cual se crean antinomias, entre un reconocimiento formal del Estado Constitucional de derecho, lo que el mismo significa y una práctica autoritaria en cuanto al ejercicio del poder penal.

B. Ambitos Aplicativos. Conviene ahora examinar la dimensión en la cual se desarrolla y tiene vigencia el principio de intervención mínima. Sí el derecho penal será ejercido dentro de

21. Sobre los alcances de la configuración del derecho penal máximo y del derecho penal mínimo en relación a las normas penales, la Sala de lo Constitucional ha dicho: "Desde las premisas expuestas, puede diferenciarse las características que definen un Derecho Penal mínimo de un derecho penal máximo –según el grado de intervención estatal en las libertades–; así según el primero, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzca la comisión de un delito, sin que tal punición, sea necesaria y no excesiva, en relación con el carácter lesivo de la conducta, lo que a su vez conlleva a la exigencia de que se penalicen aspectos exteriores y materiales de la acción criminosa –no elementos de la interioridad del sujeto – pues sólo así se podrá reflejar la imputabilidad y culpabilidad del autor; así mismo tales exigencias carecerían de sentido si el delito –desviación punible atribuible a un sujeto en virtud de la lesión a un bien jurídico– no esta prevista taxativamente en la ley, y que para su atribución, requiera prueba empírica discutida ante juez imparcial en un proceso público y contradictorio previamente establecido, e instado por las autoridades competentes. Según los postulados constitucionales que identifican al derecho penal salvadoreño conectándolo con los principios que configuran un Estado Constitucional de Derecho, es claro que el derecho penal mínimo –condicionado y limitado estrictamente– corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y certeza jurídica. Con ello, resulta excluida la responsabilidad penal, todas las veces que sus presupuestos sean inciertos e indeterminados; un derecho penal es racional y cierto en la medida que sus regulaciones son previsibles; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos que sean susceptibles de refutación procesal. A la inversa, el modelo de derecho penal máximo –incondicional e ilimitado – es el que se caracteriza además de su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las conductas y sus respectivas penas; y que, consecuentemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por la ausencia de parámetros ciertos y objetivos de convalidación o anulación". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras pp 162 a 163. Respecto de los Fundamentos del derecho penal mínimo y del derecho penal máximo ver: FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón". Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. 2º edición. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997 pp103 a 109.

22. GASCON ABELLÁN Marina, GARCIA FIGUEROA Alfonso "Interpretación y Argumentación Jurídica..." op cit pp 14 a 16.

una marco de respeto al estado constitucional, y si dentro de éste la violencia que produce el derecho penal debe de estar controlada, para que la misma sea un ejercicio racional y por ende legítimo, entenderemos que la sistemática penal debe de explicarse desde uno de sus principios fundantes –el de intervención mínima– que precisa que la violencia ejercida por el estado en el control de los conflictos sociales, debe ser el último recurso al cual haga uso el estado.

Precisamente esa connotación de postrimería en la intervención es la que califica al principio de ultima ratio del derecho penal, el cual emerge de la construcción del estado de derecho, que tiene que a reducir la violencia dentro del orden estatal y limitar a lo imprescindible a aquella –violencia– que sea razonablemente necesaria; y ello siempre ha sido un ideario dentro del saber penal, impulsado en su origen por el pensamiento ilustrado²³.

Ahora bien, el desarrollo del principio de intervención mínima, en el tratamiento de los conflictos que surgen en el seno de una sociedad, tiene una mayor incidencia cuando se le considera articulado sobre las decisiones de política de estado para enfrentar las diversas problemáticas del orden social, con ello nos referimos a los enfoques que desde la política criminal entendida –como política de estado– se hacen frente al fenómeno del conflicto, que posteriormente puede derivarse al conflicto delictivo. Ciertamente en la actualidad se señalan tres modelos de gestión de los conflictos del orden social, a los cuales puede recurrir el estado como modelos de intervención, siendo éstos, el modelo preventivo, el modelo disuasivo y el modelo reactivo²⁴.

En cuanto al modelo de prevención, este se centra en las estrategias de articulación de políticas que tratan de prevenir la presentación de determinados conflictos en la interrelación personal, para ello es necesario reconocer la existencia del ámbito problemático y el punto esencial radica en dirigir las estrategias para su neutralización, mediante el desarrollo de la función preventiva, empero se debe ser consciente que, no se enfrenta el aspecto neurálgico del conflicto, por cuanto no incide en las causas originarias del fenómeno problemático, tratándose únicamente el aspecto más notorio del mismo, sin embargo el desarrollo de la función preventiva evita que la situación conflictiva genere consecuencias de mayor afectación a los bienes jurídicos de un sector de los gobernados.

El otro modelo de intervención pasa del aspecto preventivo al disuasivo, por cuanto mediante el desarrollo de esta estrategia no se pretende la prevención de la situación conflictiva, sino únicamente la remisión parcial de las consecuencias del mismo,

23. Ver en tal sentido: FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón..." op cit pp 332 a 333.

24. Desde esta perspectiva lo enfoca BINDER Alberto M. "Introducción al Derecho Penal". AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2004 pp 42 a 43.

como signo de violencia social, es por ello que la función disuasiva constituye una mutación de la situación conflictiva, pero no implica la solución del mismo, con lo cual éste modelo, por estar más alejado de la causa del conflicto, incide menos en su solución integral.

Por último cuando el conflicto ha generado manifestaciones concretas de afectación, el nivel de intervención estatal es más incisivo, normalmente se desarrolla mediante el concurso de los sistemas sancionadores, para interrumpir el conflicto y tratar de redefinirlo mediante el ejercicio de los actores del sistema penal y la formalización de la imputación penal, éste mecanismo debe ser último, no sólo por que es el más violento, sino por que respecto de la tutela de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos de los habitantes, es el que menos capacidad de eficacia tiene para evitar el conflicto, puesto que es completamente reactivo a éste, es decir funciona cuando la perturbación por el conflicto ha ocurrido, de ahí la necesidad que en el marco de la seguridad ciudadana, sea un elemento necesario, pero de última intervención²⁵.

C. Función del Principio de Mínima Intervención. Quizá sea conveniente recordar al explicar la función asignada al principio de mínima intervención penal, de su característica heterogénea y vinculatoria a otros principios, lo cual no le hace perder su propia identidad de principio limitador del poder penal. Dicho lo anterior debe precisarse que la tutela de los bienes jurídicos en el orden social no se realiza con exclusividad mediante la intervención del poder punitivo del estado, esta actividad únicamente debe constituir un ámbito de protección complementario por el derecho penal cuando a nivel de política de gestión de los conflictos se ha confirmado el fracaso de otros sectores de intervención estatal en el tratamiento del conflicto; de ahí que la punibilidad en su connotación abstracta y concreta es la última opción para el estado²⁶ por cuanto el derecho penal no es un mecanismo de protección total de los bienes jurídicos de los habitantes²⁷.

No es posible pretender que el derecho penal sea la consecuencia frente la totalidad de las conductas infractoras de las reglas prescriptivas que ordenan la actividad social, y por ello la

25. Sobre esos aspectos ver BINDER Alberto M. "Introducción al Derecho..." op cit pp. 44 a 45.

26. En tal sentido se ha dicho con relación al principio de mínima intervención: "Una de las manifestaciones del principio de mínima intervención es que la coherencia del sistema exige que el derecho penal intervenga solo en los casos más graves de ataques contra los bienes jurídicos más importantes, ya que las perturbaciones más leves de los bienes jurídicos o contra los bienes jurídicos menos relevantes son objeto de otras ramas del Derecho. En otras palabras, existen conductas que perturban bienes jurídicos, que no son penalizados o instituidos como delictivos sino que son objeto de solución por las otras ramas del derecho. Una de las finalidades de la política criminal es decidir sobre como las instituciones del Estado responden al problema denominado criminalidad, implicando además decisiones respecto ¿que tipos de comportamiento debieron ser criminalizados, es acá donde cobra importancia el principio de mínima intervención. Cámara de la Tercera Sección Occidente. 18-02-02.

27. Ver LUZON PEÑA José-Manuel "Curso de Derecho Penal". Editorial Hispamer. Colombia. 2000 pp 82 a 83

intervención del derecho penal únicamente puede ocurrir cuando el grado de ofensa respecto de los bienes jurídicos sean más violentos y más intolerables, para el mantenimiento de la paz social, ello también implica dotar de verdadera eficacia al derecho penal, por cuanto la intervención de éste será más eficiente y más legítima en cuanto a las consecuencias que de el mismo se pretenden, de lo contrario el mismo derecho penal quedará deslegitimado, por no poder cumplir las expectativas que se le han subrogado, con lo cual se debilitara en la conciencia ciudadana la confianza en la tutela simbólica –racional– que puede ser conferida al derecho penal, y de ahí la importancia que el principio de intervención mínima cumple para un verdadero derecho penal que sea eficaz y respetuoso del modelo constitucional.

D. Subsidiariedad. Aspecto esencial del principio de intervención mínima, el carácter subsidiario, con el cual “colorea” al derecho penal, ello significa que el sistema punitivo únicamente debe actuar cuando los ataques a los intereses jurídicos tengan una connotación de gravedad por fuera de la nimiedad; desde esa perspectiva es que se explica el carácter de subsidiariedad del orden penal, teniéndose en cuenta que la sistemática penal tiene una función –desde nuestra perspectiva– fundamentalmente tuteladora de los bienes jurídicos.

Lo anterior, no implica sustentar una función omnimoda –objetivismo puro– de protección de dichos bienes, sino solamente accesoria, en el sentido que solamente cuando la protección dispensada por otros mecanismos de intervención –normativos o no– fracasen, el derecho penal podrá concurrir a la intervención del conflicto²⁸.

Lo anterior no significa un condicionamiento del derecho penal respecto de otros tipos de ordenamiento o una interferencia de estos en los niveles de aplicación del derecho penal, el orden penal mantiene su ámbito de autonomía en cuanto a las especiales consecuencias que genera la infracción a sus prohibiciones, y que precisamente lo diferencian de todos los otros sistemas de control formalizado, inclusive los que tienen una connotación sancionadora, aunque no de máxima intervención como en el derecho penal.

Sin embargo, en cuanto a la construcción de la ilicitud, es menester reconocer y ello es necesario para la vigencia del aspecto

28. Así se ha dicho: “El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema –como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales etc.–. Por ello se denomina a la pena como “última ratio de la política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida que el derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza fragmentaria del derecho penal”. ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid. España. 1997 p 65.

subsidiario del derecho penal, que la construcción de la misma, no corresponde en muchas áreas de la conflictividad con exclusividad al derecho penal, con lo cual la intervención del orden penal, también queda condicionada a la eficacia de la intervención de otras áreas del orden jurídico que pueden inclusive aportar más a la solución del conflicto, por medidas de menor nivel de intervención en los derechos de los gobernados o por producir menos consecuencias no queridas pero esperadas en cuanto a la satisfacción del conflicto.

Por cuanto un derecho penal que en lugar de aportar a la reformulación del conflicto en cuanto provocar menos situaciones lesivas, provoca una mayor afectación en la relación social de los involucrados, es un derecho penal carente de su función de reducir el conflicto y por ende no subsidiario en cuanto al tratamiento del problema social, de ahí que la dimensión del aspecto subsidiario del derecho penal, no puede únicamente ser entendido desde el ámbito de la creación de las prescripciones penales, sino también en cuanto a la aplicación de las normas penales al conflicto que en concreto se presenta.

E. Fragmentariedad. El aspecto fragmentario del orden penal, vinculado al principio de intervención mínima, significa que el proceso de incriminación de la conducta delictiva en cuanto a su configuración legislativa, debe ser limitada, lo cual implica que no todos los intereses que defiende el orden jurídico deben ser elevados a la categoría de bienes jurídico penales, y que aún elevándolos a ese rango de protección, no todos pueden ser defendidos de todas las modalidades de ataque que se realicen contra los mismos, sino únicamente de aquellas formas que afectan al bien jurídico mediante ataques de más gravedad en cuanto a su grado de realización o por los resultados que puede alcanzar²⁹; de ahí que el carácter fragmentario del derecho penal obedezca a que éste sólo sanciona aquellas conductas que más gravemente afecten los bienes jurídicos de terceros.

La doctrina penal señala que la fragmentariedad del orden penal, se manifiesta desde un modelo tripartito que se concretiza en: a) la acción protectora de los intereses jurídicos se dispensa mediante aquellos formas de ataque que tengan una singular gravedad por la forma en la cual se concretiza su lesión, característica de ello es la adopción de las modelos de imputación dolosa de las conductas y la exclusión de las conductas imprudentes en cuanto al ámbito de protección; b) la consideración de seleccionar sólo parcialmente la ilicitud general de ciertas conductas, con lo cual el radio de acción de las normas penales se constriñe a ciertos ámbitos de la antijuridicidad, la cual de acuerdo a la dimensión del bien jurídico, puede significar expansiones o restricciones en cuanto

29. Sobre los alcances de la fragmentariedad ver MIR PUIG Santiago "Introducción a las Bases del Derecho Penal". Concepto y método. 2^o edición. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2002 pp 110 a 112.

ámbito de lo ilícito; c) delimitando los parámetros de intervención del derecho penal, a conductas lesionadoras de un mínimo ético-social, sin que tengan relevancia la afectación de los propios bienes jurídicos o aspectos meramente morales del orden social.

También se señala que la protección fragmentaria de los bienes jurídicos representa desde la noción de la política de intervención del derecho penal, unas cualidades especiales de los objetos dignos de protección, respecto de la tutela penal esperada, lo cual significa que:

a) El bien jurídico debe ser merecedor de la protección penal. Ello significa que dicho interés vital debe tener un valor suficiente para que al mismo se le pueda dispensar protección, tal aspecto como se ha señalado inclusive depende de las particulares valoraciones de un contexto histórico-político en relación a la realidad que se viva en el orden social;

b) El bien jurídico debe ser necesitado de la protección jurídico-penal. Lo cual se entiende en el sentido que, aunque un bien jurídico sea merecido de protección su especial naturaleza puede significar que no concurra necesidad en la protección de dicho interés vital, por cuanto la tutela que se le concede por otros áreas del orden jurídico es necesaria para presentar una tutela más efectiva a esa parcialidad de relación social, y únicamente cuando dicha protección sea disfuncional, el derecho penal podrá intervenir, aunque para ello debe considerarse la capacidad de tutela del orden jurídico penal;

c) La capacidad del bien jurídico para ser efectivamente protegido. Lo anterior significa que aunque la relación social que da sustrato al bien jurídico amerite protección por cuanto su preponderancia y su necesidad de tutela, esta misma puede ser completamente disfuncional si el derecho penal con su intervención causará una mayor afectación al bien jurídico, en relación a la no tutela que podría conceder, se trata aquí de una visión en las consecuencias en la cual se formula una propensión de los efectos queridos, como de los no queridos –pero que indefectiblemente acaecerán– con la intervención del derecho penal, y que someterán a un mayor grado de afectación del bien jurídico, este aspecto se ha tratado como la idoneidad de los bienes jurídicos para ser protegidos por el derecho penal, en el sentido que la tutela que se dispensa no va a generar consecuencias más nocivas alrededor de las relaciones sociales³⁰.

F. Consecuencias del principio de Mínima Intervención. Para esbozar las consecuencias del principio de mínima intervención penal, debe de recordarse su postulado esencial, el cual es la rigurosa necesidad de intervención, en el sentido que el derecho

30. Sobre estas cualidades de protección atendiendo al principio de intervención mínima desde la perspectiva de la fragmentariedad ver MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción al Derecho Penal..." op cit pp 125 a 130.

penal sólo debe intervenir cuando sea estrictamente necesario, ello significa que la violencia penal que produce el Estado mediante la intervención del derecho penal, únicamente se encuentra justificada cuando ella misma sea necesaria para la salvaguarda de los intereses jurídicos más relevantes de los habitantes, para mantener el orden social dentro de una visión democrática del ejercicio del poder. Es por ello que al principio de intervención mínima también se le ha calificado como principio de extrema ratio, con lo cual se quiere expresar, que la utilización del poder penal no es posible emplearla siempre en todos los conflictos sociales que se presenten, por que ello significaría pasar de un Estado democrático a un Estado penal.

Las consecuencias que se derivan del principio de intervención mínima pueden ser resumidas en las siguientes: a) que únicamente el legislador puede criminalizar aquellas conductas que sean necesarias para el mantenimiento del orden jurídico y la paz social, mediante la tutela de bienes jurídicos trascendentes para el ser humano; b) que las consecuencias jurídicas que se adopten para tales conductas deben ser las de menor incidencia en las libertades y derechos ciudadanos, procurando que no provoque una afectación irrazonable; c) que debe siempre mediante una base empírica examinarse la necesidad de desincriminación y despenalización de aquellas conductas que ya no se justifiquen en cuanto a su punición; d) que la utilización de la pena privativa de libertad debe ser la última opción en los sistemas de sanción.

1.2 EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA.

A. Fundamentos Actuales. La prevalencia del principio de dignidad humana³¹, significa la asunción de un determinado modelo de Estado, por cuanto que el estado sea una creación para servir al hombre, significa que esa dimensión personal y social del ser humano es una barrera infranqueable en el desarrollo del orden social para todas las políticas que deba impulsar el ente estatal, en las cuales, no pueden rebasarse las limitaciones que el principio de dignidad humana fija al ejercicio del poder, en este caso del poder penal³². De ahí que se pasa de una visión de Estado de Derecho a Estado Constitucional y social de derecho, por cuanto es en este en el cual los derechos fundamentales y sociales alcanza una mayor dimensión centrados precisamente en el principio de dignidad humana³³.

31. En tal sentido se ha manifestado sobre la primacía del ser humano "Ello significa que la Constitución no es la mera codificación de la estructura político superior del Estado Salvadoreño; sino que, si bien define esa estructura, lo hace a partir de un determinado supuesto y con un determinado contenido. Ese supuesto radica en la soberanía popular o poder constituyente del pueblo -Art. 83 Cn- y su contenido está integrado esencial y básicamente por el reconocimiento de la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado -Art. 1 Cn- lo que conlleva a la búsqueda por la efectiva y real vigencia de los derechos fundamentales de la persona. Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum. 32. Ver en tal sentido SUAREZ SANCHEZ Alberto "El Debido Proceso Penal". Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 1998 p 127.

33. Se ha indicado sobre la dignidad humana en relación a los derechos fundamentales que: "Son derechos fundamentales o derechos humanos los que se encuentran intrínsecamente conectados con la dignidad de la persona humana, conexión que es deducible tanto del preámbulo de la Constitución Salvadoreña como del artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. humanos Sala de lo Constitucional. Inc. 24-97 ac. 21-98; 26-09-00.

Conforme al principio de dignidad humana, el hombre es un fin en si mismo, y en tal sentido se le debe respetar ámbitos esenciales como lo son capacidad de autodeterminación, y de libertad³⁴, de ahí que, a partir de estos dos grandes fundamentos, el Estado asume la responsabilidad de tutela del ser humano, en cuanto al desarrollo de todas sus políticas –incluida la política penal– para potenciar que las personas alcancen un status de plenitud de vida, lo cual significa la protección de la vida, la integridad física, la integridad psíquica y espiritual, la libertad, la salud, la familia, el trabajo, el medio ambiente, el orden económico, etcétera. En tal sentido la dignidad humana se conecta inescindiblemente con el respeto a los derechos fundamentales y al derecho internacional de los derechos humanos³⁵.

Fundamental en la consideración del principio de dignidad humana –con incidencia en el derecho sancionador– es el reconocimiento de la diversidad, del diferente, o “del otro”, ello implica que debe respetarse –incluido el poder penal– la calidad de humano de aquel que puede ser distinto por una serie de condiciones, pero que en nada afectan la calidad de humano de la cual es portador, de ahí que las diferencias en cuanto a raza, credo, condición social o política, sexo, nacionalidad, visión de mundo, forma de ser o de asumir la vida, no debe implicar un trato diferenciador en cuanto a la respuesta penal, teniendo como límite la tutela de los derechos fundamentales.

En el ámbito del derecho penal, el respeto por la dignidad humana es un principio rector, por cuanto en el orden social, muchas de las diferencias entre los seres humanos en cuanto a la opción de vida, pretenden ser intervenidas mediante el desarrollo de políticas penales; sin embargo también en el área del saber penal deber respetarse el principio de alteridad, que significa respetar al diferente, respetar la diversidad en el genero humano, lo cual lleva a respetar la identidad que se haya adoptado conforme al principio de autodeterminación.

Lo anterior no es ocioso manifestarlo, por cuanto la privación de esa identidad propia, es un fenómeno que se ha extendido en la actual visión de la postmodernidad, sobre todo con el influjo de las corrientes de pensamiento único que pretenden generar una visión de hombre y de mundo, homogénea y uniforme, en la cual

34. Bajo este ideario de que el hombre no es un instrumento, sino un fin en si mismo, en virtud de su dignidad humana, y que por lo tanto no puede ser cosificado se dijo en su momento: “No hay libertad cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se repute como cosa” BECCARIA Cesare “De los Delitos y de las Penas”. Traducción de Juan Antonio de las Casas... op cit p 62.

35. En tal sentido se ha dicho: “Por tanto debe considerarse el status interno de la DIDH a partir del prisma dignidad humana, pues con ello se preconiza una apertura a la protección efectiva de ésta. De este modo, la integración normativa entre el derecho constitucional y la DIDH –por la vía del artículo 144 inc. 2° CN– es jurídicamente viabilizada por la coincidencia de sus objetivos. Es decir corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol; la protección de los derechos de las personas”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 183.

al otro se le trata como un desviado al que hay que excluir, mediante el ejercicio del poder penal³⁶.

Como punto de partida habrá que expresar que principio de dignidad humana, es un reconocimiento al ser humano como tal, intrínseco a su naturaleza, y por ello se constituye como centro y fin de toda actividad estatal³⁷; esta visión profundamente humanística, es la que informa la Constitución, y la misma se comunica a todo el resto de principios, que si se examinan a profundidad están teñidos por el respeto al hombre como ser humano. La visión del principio de dignidad humana, es propia de un Estado de configuración profundamente democrático, que parte de una perspectiva humanista y personalista³⁸, por lo cual, todo el orden penal debe responder a este principio, tanto en la creación de las conminaciones penales como en la determinación y aplicación de las sanciones que se asocian a los hechos punibles³⁹.

Lo anterior significa que el ser humano tiene un valor inescindible como tal, mismo que no puede ser desconocido por la actividad sancionatoria del Estado, lo anterior implicará respecto de esa condición humana, que a partir de la misma, se estructuran ciertas prohibiciones en el sentido que, la persona humana no puede ser objeto de discriminación, de que se la trata como objeto o cosa, de que se le impongan sanciones que representen materialmente tratos o penas crueles, degradantes o inhumanas.

Por último, debe señalarse que el reconocimiento del derecho de identidad personal, que se vincula al reconocimiento de la alteridad del ser humano, y que se deriva directamente del principio de dignidad humana, ha sido estatuido a nivel de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales le imprimen una especial primacía al ejercicio del mismo, primero por que se deviene de un orden normativo que jerárquicamente en el sistema de fuentes, tiene un trato diferenciado, segundo por que respecto del orden

36. Ver ZAFFARONI Eugenio Raúl "La Globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal" en Nueva Doctrina Penal. 1999-A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1999 pp IV a V.
37. En relación a la Dignidad humana y los fines del Estado la Sala de lo Constitucional dijo en sentencia de Inconstitucionalidad Inc. 1-92; 19-07-96. "(...) de modo figurado la Constitución habla de los fines del Estado (...) ya que estos fines estatales sólo pueden tener como último objetivo la realización de los fines éticos de la persona humana, por tanto, los órganos estatales no deben perder de vista que su actividad siempre debe orientarse a la realización de la persona humana, tanto en la dimensión individual como social, sin anteponer a este objetivo supremo supuestos "fines" de la colectividad como conjunto orgánico, o del Estado, como ente superior a aquélla, pues en este caso su actuación vendría en inconstitucional por vulnerar el artículo 1.
38. Respecto de la Dignidad humana como fundamento de la Constitución, el máximo tribunal constitucional expresó en sentencia de IS00488. 99 acu. IS00196.99. "Es evidente que la Constitución al entrar en vigencia el veinte de Diciembre de mil novecientos ochenta y tres, no apareció en un vacío jurídico, sino que se incardinó en un ordenamiento preexistente, el cual no desapareció en su totalidad por la promulgación de la nueva Ley Suprema, sino que pervivió, aunque afectado y modificado por la nueva regulación constitucional; ello plantea lo que Luis López Guerra denomina el problema de la inserción de la Constitución en un ordenamiento forzosamente preconstituido. Para abordar el análisis y resolución de dicho problema debe tenerse presente que la actual Constitución se construye sobre un sustrato ideológico, personalista o humanista, distinto al de las Leyes Primarias bajo las cuales se promulgaron las disposiciones preconstitucionales".
39. En tal sentido ver WOLTER Jürgen "Derechos Humanos y Protección de Bienes Jurídicos en un Sistema Europeo del Derecho Penal. Traducción de Francisco Baldó Lavilla en "Fundamentos de un Sistema Penal Europeo del Derecho Penal". J.M. Bosch Editor. Barcelona. España. 1995 pp 39 a 43.

internacional, hay una obligación del Estado de preservar, proteger y potenciar tal derecho; de ahí que las prescripciones que se encuentran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos –artículo 16– y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos –artículo 3– han consagrado el respeto que se debe a la personalidad humana.

Debe entonces reconocerse que, el principio de dignidad humana, se fundamenta en el hecho de que las personas están dotadas de un ámbito de libertad, por el sólo hecho de pertenecer a la especie humana, y ello les confiere un plano de dignidad⁴⁰. Este cimiento, se ha abordado desde diversos ámbitos como lo son el religioso, el ontológico, el ético, el social, el antropológico; y desde todos ello no obstante su heterogeneidad, hay una puesta en común, en el sentido que, los seres humanos, deben ser respetados, en cuanto a su autonomía personal derivada de sus propia dignidad.

Por lo mismo el Estado –incluido el poder penal– no puede asumir fines trascendentes a los de la persona humana, siendo ésta siempre, el fin inmediato de toda actividad estatal incluida la actividad sancionadora, por cuanto la dignidad de la persona humana en toda su dimensión constituye un límite infranqueable para las políticas penales que se impulsen por el estado, el cual está obligado a respetar siempre el carácter de digno del ser humano, tanto en la creación del delito como en la imposición y ejecución de las sanciones penales⁴¹.

B. La inviolabilidad de la persona humana. Aspecto fundamental derivado del principio de dignidad humana, es la consecuencia de incolumidad del ser humano, para ello es oportuno recordar que mediante el principio de dignidad del hombre se prescribe que, todos las personas deben ser tratados según sus propias decisiones o manifestaciones de consentimiento, teniendo como límite el mismo respeto de los derechos de los demás.

40. En lo relativo a la Dignidad humana y libertad se ha dicho: "La Constitución Salvadoreña califica de derecho fundamental no sólo a determinadas libertades –v. gr. libertad de expresión, libertad religiosa – sino que también confiere un derecho general de libertad, como se deduce tanto del artículo 2 como del artículo 8, ambos de la Constitución (...). Para dar contenido concretos a ese derecho general a la libertad, es indispensable recurrir al principio de la dignidad de la persona humana, art. 1 de la Constitución (...). Si se vinculan ambos conceptos –dignidad y libertad– puede afirmarse que en la Constitución Salvadoreña subyace una concepción de la persona como ser ético-espiritual que aspira a determinarse en libertad". Sala de lo Constitucional. Inc. 17-95; 14-12-95.

41. En cuanto a La dignidad humana como límite al poder penal del Estado, se ha expresado: "Es necesario además hacer referencia a la relación de la política criminal con los principios constitucionales; a tal fin, podemos considerar que las premisas esenciales determinadas por la Constitución para el comportamiento estatal en general, y sus concretas manifestaciones en el ámbito penal son... B. En segundo lugar, el respeto a la dignidad de la persona humana, que es, a decir del Preámbulo de la Constitución, uno de los "fundamentos de la convivencia nacional"; y a los derechos fundamentales inherentes a ella, sobre todo por que nuestra Constitución se basa en una concepción personalista o humanista que –según expone Legaz Lacambra– en su esencia "significa dos cosas: una, que el derecho es obra del hombre; otra, que el derecho está al servicio del hombre". Tal respeto no debe limitarse a una consideración formal o retórica, sino que traducirse en una efectiva tutela a los derechos fundamentales de la persona humana". Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum.

Como consecuencia de este fundamento, surge el reconocimiento de inviolabilidad del hombre, el cual radica en el derecho a no ser privado de ciertos bienes jurídicos, como la vida, la integridad corporal y psíquica, la libertad, admitiéndose únicamente en ciertos derechos restricciones razonables a los mismos –caso de la libertad en cuanto a las coerciones que limitan la misma– ; en concreto de acuerdo al principio de dignidad humana, el ser humano es inviolable, por lo cual no es legítimo imponerle privaciones que no representen ulteriormente un beneficio para su propia personalidad.

La tutela de este derecho no sólo esta dirigida respecto de los particulares, sino que también queda comprendida toda la actividad estatal, de ahí que la razonabilidad debe imponerse en un aspecto tan sensible, como lo es el derecho penal en el cual los medios de intervención resultan ser lo más lesivos para el ser humano, es por ello que aún admitiendo la necesidad de la sanción como última opción, la misma debe respetar el marco de inviolabilidad de la persona humana, y constituir en todo caso un instrumento de personalización.

C. Consecuencias del Principio de Dignidad. Como consecuencias del principio de dignidad humana, pueden aproximarse las siguientes, las cuales inciden en toda la actividad normativa incluida la que corresponde a todo el sistema penal:

(a) En atención a la dignidad del ser humano, la persona no puede ser discriminada en ninguna forma, ni aún mediante el uso de cláusulas equiparativas o de diferenciación, cuando las mismas signifiquen un decrecimiento en el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona⁴². En tal sentido, la producción normativa penal debe respetar este ámbito de prohibición de discriminación, de tal manera que, las diferencias que se hagan en las conminaciones penales, no tienen que tener como referente, un trato discriminatorio, en cuanto afectación de derechos o libertades, en virtud de las condiciones personales. Es por ello que, la incriminación penal siempre debe mantener un ámbito de generalidad; en los supuestos normativos, que impulsen una vocación por formas de derecho penal de autor –en detrimento de normas generales– mediante las

42. Como Reconocimiento de la dignidad humana a nivel internacional se ha dicho: Fundamento de Derecho N° (55): La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que conduzca a tratarlo con privilegio; o que a la inversa por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma, lo discrimine del goce de derechos que si se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se corresponda con su única e idéntica naturaleza./ Fundamento de Derecho N° (57): No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento esta orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón, o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos, o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana. Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-4-84 del diecinueve de Enero de 1984. SER. A. N° 4.

cuales se persigan segmentos o franjas de la población, debe de señalarse que se está atentado contra el principio de igualdad, en lo relativo a al persecución penal⁴³, por cuanto es precisamente el principio de igualdad, el que garantiza –mediante el principio de legalidad– que en la construcción de los tipos penales, no se incurran en practicas de discriminación del ser humano. Es por ello que la ley penal en cuanto construcción normativa y derivación del principio de igualdad, no puede perseguir a grupos de personas en atención a sus características y por el contrario deber estar construida para la persecución genérica de todos los habitantes⁴⁴.

(b) Que en virtud del principio de dignidad del ser humano, la persona que se encuentre afectada en su condición humana, por circunstancias biofísicas o sociales, en ningún momento pierde la calidad de ser humano y la dignidad que le corresponde como tal, así como todos los derechos que de ella se derivan. Precisamente es en este fundamento, en el cual, encuentra explicación, la prohibición de que las penas que se impongan a la persona por el hecho punible cometido, signifiquen un irrespeto a su condición intrínseca de ser humano⁴⁵.

Con lo cual debe reconocerse que, ciertamente el delito, es una forma de afectación de índole ético-social, en la persona humana, que puede ver degradada en mayor o menor medida su conciencia, ante el irrespeto de los bienes jurídicos de terceros; empero, la atribución de la comisión un hecho delictivo, o en su caso la declaratoria de culpabilidad, y la pena que ha de ejecutarse respecto de la persona declarada culpable, nunca deben significar un irrespeto a la dignidad del ser humano, aunque el mismo sea una persona delincuente, es decir un ser humano que ha cometido un delito, lo cual únicamente debe significar la privación de alguno o algunos de sus derechos, pero manteniendo indemne su esencia de persona, con todos los derechos que de la misma se derivan.

(c) Que en virtud del reconocimiento de la dignidad humana, la persona no puede ser privada esencialmente en sus derechos o libertades fundamentales, la no privación esencial de los derechos fundamentales significa que, las restricciones que se hagan a estos⁴⁶,

43. En relación al principio de dignidad humana respecto de los regímenes penales, la función de la pena, y la prohibición de tratos no igualitarios, que no son legítimos en un Estado Constitucional de Derecho, vinculándolo a leyes de carácter especial que generan desigualdad en el ejercicio del poder penal y declarándolo violatorio de la Constitución por esos motivos ver. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 208 a 213.

44. De manera muy precisa lo explica LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Garantías y Sistema Penal". Releyendo hoy a Cesare Beccaria. Editorial Arete. San José. Costa Rica. 1999 pp 109 a 111.

45. Ver FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón..." op. cit pp 394 a 397.

46. En cuanto a las limitaciones de los derechos fundamentales se ha dicho –con cota de Durig– que implican restricciones a su núcleo fundamental aquellas que: "afecten el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando el administrado queda convertido en mero objeto de la actividad estatal, especialmente cuando se condiciona el uso de un derecho fundamental a la existencia de ciertos presupuestos cuyo cumplimiento no puede lograrse a pesar de poner su titular su mayor empeño en ello". HERNÁNDEZ VALLE Rubén "El Derecho de la Constitución". Volumen II. Editorial Juricentro. San José. Costa Rica. 1994 pp 347 a 348. Ahora bien, en cuanto a la construcción del contenido esencial de los derechos fundamentales se ha dicho, que estos son abiertos, siendo que su reconocimiento debe aproximarse mediante el uso de construcciones lógicas y

no pueden afectar el núcleo duro de los mismos o el contenido esencial⁴⁷ de sus derechos fundamentales, por cuanto una afectación aún a la parcialidad de un aspecto del contenido esencial, lo vuelve disfuncional, vale decir no practicable, razón por la que esta vedado al estado –en este caso– en su intervención punitiva, afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales que reconoce la Constitución, por que ese contenido mínimo, por así decirlo es inviolable, siendo los criterios que se señalan para determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, los de reconocibilidad, así como el de los intereses jurídicamente protegidos⁴⁸, los cuales no pueden ser desconocidos por cuanto ello significaría la afectación al contenido esencial de un derecho fundamental, y a su transgresión.

A este fundamento, corresponde la formulación de prohibición absoluta de penas o medidas de seguridad, que afecten el contenido esencial de un derecho fundamental⁴⁹, con lo cual se indica que la

conceptuales derivados de las mismas normas constitucionales en tal sentido; ver LÓPEZ GUERRA Luis "Introducción al Derecho Constitucional". 1ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1994 pp 112 a 113.

47. Por contenido esencial de los derechos fundamentales se ha entendido: "el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque sólo sea en algunos de sus elementos) el derecho deja de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere" ALVAREZ CONDE, Enrique "Curso de Derecho Constitucional". Volumen I Tecnos. 3ª edición. Madrid. España. 1999 p 509.

48. Sobre estos criterios de reconocibilidad y de tutela normativa de intereses ver PÉREZ ROYO Javier "Curso de Derecho Constitucional". 3ª edición. Marcial Pons. Madrid. España. 1998 pp 347 a 348; RUBIO LLORENTE Francisco "Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (doctrina jurisprudencial)". 1ª edición. Editorial Ariel. Barcelona. España. 1995 pp 721 a 724.

49. En lo relativo a la Prohibición de afectar el núcleo esencial de la dignidad humana mediante penas privativas de libertad, se ha dicho: "Los reos por la condena sólo están privados de libertad, pero no pierden la misma; sin embargo este ámbito se ve afectado, en el caso de la pena de prisión con modalidad de aislamiento, tal cual lo prescribe el artículo 45 N° 1 CP vinculado al artículo 103 de la Ley Penitenciaria, para ciertos delitos dentro de los que esta el lavado de dinero y activos. Mucho menos la pena podrá significar otras privaciones del derecho general de libertad, que ni la misma Constitución concibe, como la afectación al derecho de informarse, a la intervención de correspondencia o de las comunicaciones telefónicas o a limitar el derecho a compartir libremente, y en condiciones lo más normales posibles, con el grupo familiar. De ahí que –lo repetimos– el enclaustramiento, el aislamiento como modalidad de la pena de prisión, repugna a la dignidad humana, es por ello que enfatizamos, que la pena privativa de libertad, debe ser organizada sobre el fundamento de la dignidad personal, y con fines humanitarios y resocializantes, que no importen una mayor degradación en el ser humano, afectando irrazonablemente sus derechos, aún aquellos que ya se encuentran restringidos, es por ello que la pena de prisión debe proscribir en cuanto a su ejecución todo aquello que sea excesivo, cruel y ofensivo para la humanidad de la persona. Debe en este punto recordarse además, que el condenado no por ser culpable pierde el ejercicio de sus derechos fundamentales, éstos sólo se encuentran restringidos de manera proporcional, tampoco la condena resta en nada a la persona su calidad de ser humano, y el derecho a ser tratado como tal; el condenado no es un extraño en la sociedad, no es una especie de ser a-social, sino que a pesar de la condena, forma parte importante del cuerpo social, con plenitud de derechos, si no se han visto afectados por una ley que goce de estimación constitucional; de ahí que los restantes derechos del reo permanezcan incólumes; es por ello que la pena dirigida al hombre culpable, debe ostentar el respeto de la persona humana, ya que la pena proporcional y no deshumanizada será un parámetro para fomentar la responsabilidad del condenado, enseñándole que aún ante su delito, la pena no es un acto se ensañamiento contra su persona. De ahí que, aunque con la pena de prisión se restrinja la libertad ambulatoria de manera relativa, pero no los derechos civiles que tiene el ciudadano, los cuales deben serle respetados en atención a su calidad de persona. La efectiva tutela de los derechos fundamentales, pasa por reconocer que el privado de libertad, mediante condena, mantiene indemne la dignificación como persona, se encuentra privado de libertad, pero ello no significa –en un Estado Democrático de Derecho – que por esa razón pierda sus derechos fundamentales. Debe considerarse entonces, que la pena de prisión significa la disminución de un ámbito de libertad ambulatoria –la que se restringe a la penitenciaria– y ello es la principal consecuencia de la responsabilidad por el delito cometido, cuando sea necesario; pero esto no implica que el régimen de la pena de prisión, afecte otros derechos fundamentales, hasta el grado de afectar su núcleo esencial; si ello se dispone así, para agudizar los caracteres de la pena, volviéndola un instrumento deliberadamente afflictivo; tal decisión es irrazonable,

restricción que se determine no debe implicar una afectación la esencia de los derechos o libertades; o que por otra parte, tales sanciones no impliquen un trato inhumano degradante o cruel.

Sobre la base de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, las sanciones que prevé el derecho penal, ante el delito, son penas y medidas de seguridad; estas son formas de restricción de derechos o libertades de la persona, que se verá afectada por su imposición; sin embargo la restricción de esos derechos, para ser legítima –vale decir– conforme a la Constitución, debe respetar el núcleo esencial de los derechos y libertades del ser humano; y precisamente en virtud de lo anterior es que, la intervención penal en el ámbito sancionatorio, únicamente, puede reducir este derecho, pero no vaciarlo de contenido, en el sentido que lo torne disfuncional en cuanto a su ejercicio o goce del mismo.

Bajo esta línea de ideas debe considerarse que la primacía de la dignidad impide que la afectación por la coerción penal llegue hasta límites de reducción del núcleo duro de los derechos y libertades fundamentales; y de ahí, la conexión directa, con la prohibición absoluta⁵⁰, de penas o medidas de seguridad, que en su contenido impliquen un trato inhumano, cruel o degradante⁵¹.

desproporcional y arbitraria, por que no respeta los derechos fundamentales, sino que los pretende aniquilar, causando un máximo de aflicción". Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 12-06-03 50. En esa línea de pensamiento ver ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal". Parte general. Ediar. Buenos Aires. Argentina. 2000 p 125.

51. Señalándose la obligación de un trato digno ante la penas, así como la prohibición de penas indignas o inhumanas como respeto máximo al principio de dignidad humana, un Estado democrático y Constitucional debe, por la pena, ante las conductas más intolerables, privar de algunos de sus derechos a los condenados; pero está obligado como Estado a preservar, proteger, y hacer respetar los demás derechos de los justiciables sujetos a una pena de prisión. La ley penal, para respetar verdaderamente la dignidad y primacía de la persona humana, sólo puede ordenar –desde el principio de proporcionalidad– que algunos de los derechos fundamentales, resulten restringidos como consecuencia de una condena, empero el ejercicio de los demás derechos, el Estado debe garantizarlos tal como se prescribe en el artículo 2 de la Constitución. El reo es un sujeto de derechos y no un objeto, o una mera categoría enunciada en los tipos penales, sobre los cuales el Estado no puede tener amplios y omnímodos poderes de control y sujeción sobre sus vidas; por ello, no es permitido una intromisión tan aguda en el núcleo del derecho a la autodeterminación personal, si ello se permitiera, el poder penal que debe ser racional y constitucional –para ser legítimo– se constituirá en un mero mecanismo de opresión, signo involutivo de un esquema totalitario, que atenta de manera palmaria y sustancial, contra el núcleo esencial de la libertad y dignidad de la persona humana, ejes de todo derecho y principios fundamentales que son el cimiento de la concepción político-filosófica constitucional de la cultura occidental. Un principio que subyace en todo el orden penal y que funciona como límite a los excesos, es el principio de dignidad humana; que adquiere mayor relevancia en lo pertinente a las consecuencias jurídicas del delito. Las penas –y también las medidas de seguridad– aunque restrinjan legítimamente derechos fundamentales de la persona, no deben afrontar la dignidad humana de la misma, ese es el límite irrasionable para la determinación de las sanciones en su ámbito cuantitativo y cualitativo. Es por ello que están proscribas de nuestro ordenamiento, toda pena que explícita o implícitamente signifiquen penas perpetuas o aquellas que –por su forma de ejecución– sean tormentosas, degradantes, o impliquen un trato cruel o inhumano; la razón es que tales penas, resabios de un Derecho Penal pretérito, afrontan la racionalidad del concepto del hombre y su dignidad como ser humano. Y es que nuestra Constitución reconoce a la persona humana, como centro y finalidad de toda actividad del Estado, no dice otra cosa la Constitución cuando por ella se declara que: "El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común". De ahí que toda la actividad del Estado, en este caso la sancionadora, debe de respetar la primacía del ser humano, aún del ser humano delincuente, por que este –pese al delito– mantiene indemne la calidad de ser humano. Por supuesto, esta visión personalista que dimana de nuestra Constitución, y es propia del pensamiento liberal humanista, sólo resulta contrapuesta, por visiones autoritarias del poder, quien asume fines trascendentes al de la persona humana; por el contra el derecho penal y los poderes del que éste emanan, deben respetar al hombre como fin y no volverlo medio, destruyendo

Estas modalidades, son ya superlativas en cuanto a la afectación de los derechos y libertades, y se encuentran así mismo prohibidas por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 7; por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 5.1.2; y de manera específica en el artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura.

Por último, en lo que respecta a este apartado, es conveniente indicar que las penas crueles o inhumanas, tienen el denominador común de causar una excesiva afflictividad al condenado, al limitar desproporcionadamente sus derechos. Actualmente, no sólo se vinculan a sufrimientos corporales de máxima intensidad –en la idea de suplicio corporal– sino que encubren formas más refinadas, como el aislamiento, las penas de amplio espectro, es decir de larga duración, las cuales alcanzan los mismos fines: no sólo afectar el contenido esencial de las libertades y derechos, sino infligir sufrimientos desmedidos a las personas, los cuales no son compatibles con la dignidad que ostenta el ser humano. Las penas degradantes, como evolución de las penas infamantes, afectan la esencia de la dignidad personal, pues mancilla a la persona, reduciendo los ámbitos de su humanidad.

(d) Otro aspecto que debe ser considerado, es aquel que precisa que, en atención a la dignidad humana, la persona no puede ser objeto de instrumentalización por el Estado, debiéndose respetar en este ámbito, la autonomía del ser humano, en cuanto a la determinación de su conciencia; el hombre no puede ser tratado como un objeto por la ley⁵². Esta idea en materia penal, tiene especial relevancia, no sólo en el aspecto de imposición y ejecución de penas, sino también en el ámbito de la configuración delictiva.

En ese orden de ideas, esta prohibido por ejemplo la criminalización de conductas auto-referentes, en cuanto estas sólo importan un daño respecto del propio sujeto, mismo que queda librado a los ámbitos de su propia autonomía, con ello surge también la gran separación entre derecho penal y moral, diferenciación que se extiende a la separación entre delito y pecado⁵³.

Lo anterior se corresponde en materia sancionatoria, en la aceptación de que la pena no puede tener una finalidad de imposición ético-valorativa respecto de la autonomía del sujeto, es decir, que en virtud del principio de dignidad humana, no es posible la intervención en la conciencia del ser humano, desconociendo la

con ello la dignidad de las personas, fin último de toda actividad estatal. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 12-06-03.

52. Así expresa LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Garantías y Sistema Penal.." op cit p 89 a 96.

53. Sobre ello se dijo: "Finalmente algunos pensaron que la gravedad del pecado se considerase en la graduación de los delitos... La gravedad del pecado depende de la impenetrable malicia del corazón. Esta no puede sin revelación saberse por unos seres limitado: ¿cómo pues, se la tomará por norma para castigar los delitos? Podrán los hombres en este caso castigar cuando perdona, y perdonar cuando castiga. Si ellos son capaces de contradecir al Omnipotente con la ofensa pueden también contradecirle con el castigo. BECCARIA Cesare "De los Delitos y De las Penas..." op cit p 38.

autonomía ética del mismo, de ahí que la pena, aún en la versión de la prevención especial, ha superado la doctrina del tratamiento y de la sujeción, para ser una oferta de no mayor desocialización, que respete el marco de la autonomía personal del penado, y que le garantice el cumplimiento de sus derechos; así en lugar de fines de resocialización actualmente se perfilan los fines de personalización de la pena.

Dignidad Humana y Penas. Como aspecto introductorio debe señalarse, que ante la persona declarada culpable y sujeta a un cumplimiento de pena privativa de libertad, debe potenciarse en la ejecución de la sanción una visión solidaria y respetuosa de la persona sobre la cual recaerá el poder punitivo del Estado, desde esta perspectiva se establece como un límite de la punición el respeto a la dignidad del ser humano; y ello aún en el ámbito de la ejecución de las penas, representa el respeto por la autonomía ética de la persona.

Lo anterior significa que el Estado, aún en instituciones de control total, no se erige como amo de la vida de las personas; aún durante el régimen de ejecución de la pena, el individuo tiene derecho a ser considerado en su individualidad tanto personal como social, lo cual implica:

a) la diferenciación necesaria en el régimen penitenciario entre seres diferentes, sin que ello signifique trato alguno discriminatorio en el sentido de reducción de derechos;

b) que la determinación de la pena como su ejecución deben de respetar la integridad del ser humano, con lo cual quedan proscritos todos aquellos medios que en la construcción de la pena o en el modelo de ejecución de la misma, signifiquen una degradación o trato indigno o cruel para la persona; este aspecto es esencial en el cumplimiento de la ejecución de la pena, con lo cual se le da fundamento al principio de solidaridad en el ámbito de la ejecutivo de las sanciones penales.

(I) Prohibición de penas o tratos crueles, infamantes o degradantes. Conforme con el principio de dignidad humana todas aquellas penas que sean crueles o infamantes estas proscritas, así como los tratos crueles o degradantes. Se entiende que una pena es cruel cuando impone un sufrimiento que no tiene ninguna relación con el hecho cometido, o que aún teniéndola, impone la intensidad de un sufrimiento al ser humano, que afecta la esencia de uno o algunos de sus derechos fundamentales.

En tanto que la pena es infamante cuando esta dirigida a la imposición de una deshonra de la persona, afrentándola en sus cualidades personales que no están en relación al hecho cometido. Por trato degradante se ha entendido “el que puede crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia, y de inferioridad susceptible de humillarles, de envilecerles, y de quebrantar, en su

caso su resistencia física y moral”; mientras que tratos crueles son aquellos “tratos inhumanos incluye todos aquellos que producen intensos sufrimientos y daños corporales a veces de importancia”⁵⁴.

En suma el ámbito de afectación que persiguen las penas crueles o infamantes, es el de destruir al ser humano, lo cual es completamente contrario al principio de dignidad humana. Las penas crueles o infamantes, constituyen una rémora de una forma de castigar asociado al máximo poder estatal y a la plenitud de la arbitrariedad, lo cual ha sido una realidad constatable en el devenir histórico de la pena. Actualmente la constatación de penas con estas características se manifiestan en los regímenes carcelarios y en las condiciones en las cuales se cumple las penas privativas de libertad.

(II) Prohibición de la pena de muerte. El aspecto fundamental en lo relativo a la pena de muerte –más allá de su pretendida legitimación preventiva– en relación a la dignidad humana, es si las personas que son parte integrante de una sociedad y del Estado, tienen la legitimación para formalizadamente matar a una persona.

La opinión sustentante acorde con el principio de dignidad humana, es que ni el orden social, ni el Estado como tal –en cuanto entelequia con fines meramente instrumentales– pueden privar de la vida a un ser humano, por muy horribles que sean los crímenes que éste haya cometido; el poder de matar de manera formalizada en manos de los ciudadanos o en los funcionarios del Estado, sólo representa la visión de un Estado absoluto, que tiene un poder ilimitado, por cuanto quien puede decidir sobre la vida de las personas, en tanto si viven o mueren, tiene poder para tomar cualquiera otra decisión para el orden social.

La visión de limitación de semejante poder arbitrario se refleja en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en los cuales, la eliminación y reducción de la pena de muerte, es una constante, la pena de muerte es completamente contraria a la dignidad de las personas humanas, y lo es en una doble dimensión: lo es para quien muere, lo es para quien mata –la sociedad toda– que resulta pervertida en su esencia más preciada: el respeto por el hombre y por la vida humana⁵⁵.

(III) Prohibición de penas perpetuas. Otro aspecto que es medular para el principio de dignidad humana, es la prohibición

54. BALAGUER SANTAMARIA Javier “Derechos humanos y privación de libertad en particular dignidad, derecho a la vida y prohibición de torturas” en “Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos”. J.M. Bosch. Editor. Barcelona. España. 1992 p 114.
55. Sobre el respeto a la vida humana y la abolición de la pena de muerte se decía: “¿Que derecho puede atribuírse a éstos para despedazar a sus semejantes? Por cierto no el que resulta de la soberanía y de las leyes. ¿son más que una suma de cortas porciones de libertad de cada uno, que representan la voluntad general como agregado de los particulares? ¿Quién es aquel que ha querido dejar a los otros hombres el arbitrio de hacerlo morir? Como puede decirse que en el más corto sacrificio de la libertad de cada particular se halla aquel de la vida, grandísimo entre todos los bienes? Y si fuere así hecho este sacrificio, ¿cómo se concuerda tal principio con el otro en que se afirma que el hombre no es dueño de matarse? Debía serlo si es que pudo dar a otro, o a la sociedad entera este dominio”. BECCARIA Cesare “De los Delitos y De las Penas...” op cit p 74.

de penas perpetuas, aunque siempre fue así, y ello se debe a la propia evolución del derecho penal⁵⁶. En este ámbito no debe prevalecer el formalismo, pues penas perpetuas no sólo son aquellas, que a nivel formal se declaran como tales en la ley, sino también aquellas que materialmente puedan producir las mismas consecuencias. De ahí que, las penas perpetuas pueden ser ex profeso cuando el legiferante les da expresamente esa calidad, siendo aquella pena que tendrá que ser cumplida por el resto de la vida del reo, dicha pena la Sala Constitucional la ha definido como “una Sanción Penal por la que se condena a un delincuente a sufrir la privación de su libertad personal durante el resto de su vida”.

La pena perpetua entonces adquiere el significado de una sanción vitalicia consistente en el extrañamiento del condenado del resto de la sociedad a consecuencia de la comisión de un delito. Sin embargo, las penas de prisión perpetuas, pueden ser concebidas de manera más sutil, que son precisamente las denominadas formas implícitas de prisión perpetuas, en las cuales a pesar de que la norma penal no reconozca formalmente ese confinamiento de por vida, y por el contrario le da un parámetro temporal –solamente aparente– por cuanto los efectos materiales de la sanción penal, son los mismos, en atención a que generan un encarcelamiento del condenado de por vida⁵⁷.

56. Aún en el pensamiento ilustrado, había una aceptación por la pena de prisión perpetua, en el sentido de ser menos desproporcional –sólo en apariencia– que otro tipo de penas o suplicios propios de aquella época por ejemplo se expresó por algunos de los paladines de la ilustración: “Si se me dijese que la esclavitud perpetua es tan dolorosa y, por tanto igualmente cruel que la muerte, responderé que sumando todos los movimientos infelices de la esclavitud lo será aún más, pero estos se reparten sobre todo en vida y aquella ejercita toda su fuerza en un momento; y en esto se halla la ventaja de la pena de esclavitud, que atemoriza más a quien la ve que a quien la sufre; por que el primero considera todo el complejo de momentos infelices, y el segundo esta distraído de la infelicidad del momento futuro con la del presente” BECCARIA Cesare “De los Delitos y De las Penas...” op cit p 77. También se expresó: “Hace ya mucho tiempo que se ha dicho que un hombre ahorcado no sirve para nada, y que los suplicios inventados para el bien de la sociedad deben ser útiles para ésta. Es evidente que veinte ladrones vigorosos, condenados a trabajar en obras públicas todo el curso de sus vidas, son útiles al Estado por sus suplicios, y que su muerte es únicamente útil para el verdugo que se paga para que mate hombres en público”. VOLTAIRE en “Comentarios sobre el libro “De los Delitos y de las Penas por un abogado de provincia” en BECCARIA Cesare “De los Delitos y De las Penas”. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Editorial Alianza. Madrid. España. 1998 p 133. Sin embargo con acierto se ha dicho: “Beccaria al sostener que en vez de la pena de muerte debiera adoptarse la de reclusión por toda la vida, venía a ser propugnador de la pena más cruel, y renunciaba así a su principio de suavidad de las penas”. CALAMANDREI Piero. Prefacio y notas en BECCARIA Cesare “De los Delitos y De las Penas”. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina. 1974 p 146.

57. En relación a el Principio de Dignidad humana y las penas perpetuas se ha dicho: “El por que de la prohibición de las penas perpetuas explícitas o implícitas, tienen un sentido en la Constitución, su decantamiento por el respeto a la dignidad humana y a la centralidad del hombre como fin del Estado, si ello es así, es obvio que la pena de prisión debe reflejar esa concepción humanista y lo hace en el art. 27 Cn cuando establece que la función de la pena de prisión será esencialmente la readaptación del condenado. Tal principio de rehabilitación de la persona condenada es transgredido flagrantemente cuando se dispone penas que generan materialmente un confinamiento de por vida del recluso, ello sin duda alguna destruye la función rehabilitadora que la pena pretende como forma de legitimación para restringir el derecho a la libertad. Esa función de resocialización que debe cumplir la prisión como consecuencia jurídica del delito y a la cual se opone la pena de prisión ha sido claramente reconocida por el Tribunal constitucional al decir: “De la sola comparación de este concepto con la función y caracterización de la pena privativa de libertad expuesta en líneas arriba, se desprende la lógica de la prohibición de la pena perpetua: tal pena no es compatible con la resocialización

Así estas formas discretas de insertar penas de prisión con una modalidad encubierta constituyen verdaderos fraudes a la Constitución, puesto que de una manera latente se viola el orden constitucional que para nuestro caso conjura las penas perpetuas, al prescribir el artículo 27 CN que “Se prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento”; con lo cual se contraviene el principio constitucional aludido que prohíbe las penas perpetuas y se lesiona en su núcleo esencial la dignidad de la persona humana y el derecho fundamental de la libertad, el cual no puede afectarse de manera esencial, lo cual significa el aniquilamiento de tal derecho, al generar como consecuencia material dicha norma el confinamiento de por vida de las personas aquí juzgadas en un centro de reclusión.

Por último debe indicarse que la prohibición de las penas perpetuas manifiestas o tácitas, tiene un sentido en la Constitución, su decantamiento por el respeto a la dignidad humana y a la centralidad del hombre como fin del Estado, si ello es así, es obvio que la pena de prisión debe reflejar esa concepción humanista y lo hace en el artículo 27 CN cuando establece que la función de la pena prisión será esencialmente la readaptación del condenado⁵⁸. Tal principio de rehabilitación del convicto se ve transgredido flagrantemente cuando se disponen penas que generan materialmente un confinamiento de por vida del recluso, ello sin duda alguna destruye la función rehabilitadora que la pena pretende como forma

del delincuente; pues implica determinar un extrañamiento de la vida ordinaria de la sociedad por el resto de su vida”. De ahí que la finalidad de la pena de prisión en el esquema constitucional –teniendo como centro al hombre– es imperativo en cuanto a su observancia, las penas que el legislador fije tienen que tener una opción que siempre permita realizar una verdadera realidad de oportunidad readaptativa de la persona, si la pena por su duración ya no permite razonablemente estos efectos la misma, la misma es desproporcionalizada y como en este caso llegando a constituir una prisión vitalicia, pues esa es la consecuencia empírica que produciría en la realidad”. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 08-09-02.

58. En lo relativo a La dignidad humana como límite a la pena se ha manifestado: “Desde esos principios que permean la toda la Constitución y demás leyes, es obvio para nosotros, que la pena no puede legitimarse en nuestra República, como un acto de pura retribución de mal por el mal causado por el delito –según el sentido de doctrinas puramente idealistas– ni puede constituir un acto de venganza asumida por el Estado y sus gobernados, que trata de infligir la mayor cantidad de daños a la persona del condenado, ni puede ser un mero instrumento, que pretenda intimidar a los demás, al imponerse severas y despiadadamente sobre la persona que la habrá de padecer, instrumentalizándola de manera irrazonada, ni puede pretender la pena, aislar, castigar, o segregar a la persona humana, separándola, de la sociedad por considerar a la persona un delincuente con características especiales, al que deben infligirse más castigo (...) Para entender cual es la función de la pena en el Estado Constitucional, debemos previo delimitar la visión que el tribunal tiene de la pena. La pena es la privación de uno o más derechos fundamentales de la persona encontrada culpable, por un delito, que se impone de conformidad con el orden jurídico y por autoridad judicial competente. Esta restricción impuesta por el imperio del Estado puede afectar la libertad, el honor, y los bienes de la persona condenada. Ahora bien, en el Estado constitucional –que no es el Estado de la arbitrariedad o de los excesos del poder o de poderes solutos– la pena de cómo privación de derechos, debe ser necesariamente proporcional en todos sus ámbitos, cuestión que atiene precisamente a la humanidad y dignidad de las personas, no debe olvidarse que la pena está dirigida y será impuesta sobre un ser humano, que aunque haya sido declarado delincuente, no pierde la dignidad que le corresponde como persona, de ahí que la pena debe ser proporcional e impregnada de humanismo para no degradar al hombre y para darle oportunidades de readaptación (...). Sin embargo la pena privativa de libertad no significa la pérdida absoluta de la libertad ambulatoria de la persona, ésta se mantiene relativizada al confinamiento del centro penal, más allá, no es legítimo intervenir en la libertad de la persona, puesto que ello constituye una carga excesiva que afecta ya la esencia de la dignidad de la persona, al anticipar un trato cruel e inhumano, puesto que trastoca la esencia de la libertad”. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 12-06-03.

de legitimación para restringir el derecho a la libertad.

Esa función de resocialización que debe de cumplir la prisión como consecuencia jurídica del delito y a la cual se opone la pena de prisión ha sido claramente reconocida por el Tribunal Constitucional al decir que: “De la sola comparación de este concepto con la función y caracterización de la pena privativa de libertad expuesta en líneas arriba, se desprende la lógica de la prohibición de la pena perpetua: tal pena no es compatible con la resocialización del delincuente; pues implica determinar un extrañamiento de la vida ordinaria de la sociedad por el resto de su vida”.

1.3 EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD.

A. Significación del principio. La determinación del principio de lesividad del bien jurídico, es otra limitación a la potestad del ius puniendi estatal⁵⁹, dicho brocardo, también es conocido como principio de objetividad o lesividad material, y es un enunciado del derecho penal nuclear⁶⁰, que tiene su raigambre más clásico, en la separación que debe mediar entre derecho penal y moral, expresándose bajo el apotegma latino *nullum crimen nulla poena sine iniuria*, a partir del cual, se reconocen por lo menos dos garantías fundamentales:

(1) En cuanto a la primera de ellas, esta sustentada en la exigencia que, la construcción de conductas delictivas, es legítima siempre que el tipo penal, este sustentado sobre la tutela de bienes jurídicos relevantes para el derecho penal⁶¹ con lo cual se indica, que la tipificación de conductas, que no resguarden bienes jurídicos, afectan la dimensión del principio de lesividad, el cual está estrechamente vinculado, a los principios de fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal, que lo circunscriben a la última forma de intervención⁶².

De ahí que, no todos los bienes jurídicos deben ser protegido por el derecho penal, y aún cuando el interés jurídico de protección sea valioso, éste no puede ser tutelado de todas las formas de

59. La enunciación del principio de lesividad como limite se reconoce en materia de constitucionalidad: “En conexión con lo expuesto, es viable afirmar que el establecimiento normativo de la desviación punible no es totalmente libre en sede legislativa; es decir, la determinación de las conductas sobre las cuales aplicar una sanción, no queda librada a la plena discreción de su configurador normativo, sino que debe obedecer a los lineamientos impuestos por la Constitución: uno de ellos es el principio de lesividad, según el cual la tipificación de una conducta como delictiva debe obedecer a una prohibición de realizar conductas que, según las consideraciones del legislador, sean dañosas, es decir, que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos fundamentales”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 156.

60. NESTLER Cornelius “El principio de Protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”. Traducción de Guillermo Benloch Petit en “La Insostenible Situación del Derecho Penal”. Editorial Comares. Granada. España. 1999 p 64.

61. CADAVID QUINTERO Alfonso “Introducción a la Teoría del Delito”. Especial consideración a los fundamentos de los delitos imprudentes. Dike. Medellín. Colombia 1998 p 42.

62. KAYBER Marjón “Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal Competencias penales en la cuestión del aborto”. Traducción de Rampn Ragués I. Vallés en “La Insostenible Situación del Derecho Penal”. Editorial Comares. Granada. España. 1999 p 150.

ataque, sino únicamente de aquellas que por su forma más intensa, representen ataques intolerables respecto de la protección de los bienes jurídicos. En suma un tipo penal, sin el sustrato del bien jurídico, es ilegítimo desde el orden constitucional; el derecho penal democrático debe respetar el principio de lesividad.

(2) La restante dimensión del principio de lesividad, está orientada ya al aspecto de punición, y desde este ámbito, la mera infracción normativa no supone ya la concurrencia de un injusto penal, de ahí que, no es viable imponer penas o medidas de seguridad, cuando la conducta transgresora de una norma jurídico penal ni siquiera ha puesto en riesgo al objeto de protección. Es por ello que el principio de lesividad no sólo se colma con el desvalor de acción, sino que se requiere también la concurrencia del desvalor de resultado por lo menos en grado de peligro.

Es por ello que, en un derecho penal democrático, la mera infidelidad normativa no puede ser el fundamento de la punición, aunque ello signifique un desvalor ético de la conducta, éste –ciertamente– es importante, pero está complementado por la vigencia de lesividad de los bienes jurídicos; claro ejemplo de ello, es la no punibilidad del denominado delito imposible.

En tal sentido la exigencia de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, esta vinculada a la noción de antijuridicidad material, que implica que el hecho es antijurídico no sólo por que sea contrario a un precepto penal, sino por que además también lo pone en peligro; si ni siquiera existe ese riesgo, no concurre un ilícito jurídico penal. De ahí que el derecho penal, orientado democráticamente, tienda a la protección de bienes jurídicos y no a la tutela de funciones⁶³, y que como se ha puesto de manifiesto que la centralidad del bien jurídico y del principio de lesividad es fundamental para sostener una sistemática del derecho penal dentro de los cánones de un verdadero –y material– Estado constitucional de Derecho⁶⁴.

B. Rango Constitucional. El fundamento Constitucional del principio de lesividad es posible desentrañarlo a partir del artículo 2 Cn, que garantiza protección a determinados bienes vitales –vida,

63. Señalando esos aspectos MOCCIA Sergio "De la tutela de bienes a la tutela de funciones". Entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales. Traducción de Rampn Ragués I. Vallés en "Política Criminal y Nuevo Derecho Penal". Homenaje a Claus Roxin. J.M. Bosch Editor. Barcelona. España. 1997 p 118 a 119.

64. En tal sentido –y con la pulcritud académica y humanismo que le caracteriza– Chirino ha dicho: "Este interés nuestro por el problema del bien jurídico tiene, además un doble punto de partida. Por una parte, sentimos la necesidad de hacer un aporte a la fundamentación dogmática del principio de lesividad, el cual, tiene, desde nuestro punto de vista, un importante papel en la discusión actual, y que forma parte de las tendencias legislativas en nuestro país. De otra parte hemos observado que la teoría del bien jurídico puede ser el núcleo álgido de una consideración democrática y republicana del problema penal, tanto desde la teoría de la legitimación del ius puniendi, de la teoría de la pena, y de la teoría de la antijuridicidad, de la culpabilidad, así como también como desde el punto de vista de la discusión sobre los problemas de los fines del derecho penal, al ser el bien jurídico el punto de encuentro, en el cual convergen, de siempre, los más disímiles enfoques sobre el quehacer punitivo del Estado". CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo "Perspectivas para una Teoría del Bien Jurídico en el momento actual". Un aporte a la discusión de la reforma penal en Costa Rica" en "Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Walter Antillon Montealegre. Juan Marcos Rivero Sánchez, Javier Llobet Rodríguez. Compiladores. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2004 pp 36 a 37.

integridad física, integridad moral, libertad, seguridad, trabajo, propiedad y posesión, honor, intimidad personal y familiar– que no forma un catálogo cerrado, sino sólo enunciativo, el cual fue abordado en un primer momento por el tribunal constitucional de manera tutelar, sin vincularlo inicialmente al principio de lesividad, pero apuntando hacia esa garantía⁶⁵; actualmente el principio de lesividad como principio con jerarquía constitucional se ha derivado del artículo 2 de la Constitución⁶⁶.

Pues bien, respecto de esos bienes vitales –y de otros– se erige una doble función de tutela, una respecto de los personas, en cuanto a las ofensas que hagan a dichos bienes jurídicos, mediante la conminación de normas penales, que elevan esos intereses a la categoría de bienes jurídico-penales; y otra respecto de las instituciones de poder del Estado, que también quedan obligadas a respetar y preservar esos derechos⁶⁷, lo cual se hace mediante la confección de normas penales, que no sean irrazonables ni excesivas, de ahí

65. Respecto de la visión de la Tutela de derechos fundamentales se ha dicho: "En relación con el inciso primero del art. 2 Cn. ya esta Sala manifestó en la Sentencia de 24-V-1999, dictada en el proceso de Amp. 40-98 lo siguiente: "Nuestra Constitución acertadamente, desde su artículo 2 establece –haciendo una referencia textual– una serie de derechos –individuales si se quiere– consagrados a favor de la persona, es decir, reconoce un catálogo de derechos abiertos y no cerrados como fundamentales para la existencia humana e integrante de la esfera jurídica de las personas. Ahora bien, para que tales derechos dejen de ser un simple reconocimiento abstracto y se reduzcan a lo más esencial y seguro, esto es, se aniden en zonas concretas, es también imperioso el reconocimiento a nivel supremo de un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta. En virtud de ello nuestro constituyente dejó plasmado en el art. 2 inciso primero el derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de las categorías jurídicas subjetivas instauradas a favor de todo ciudadano, es decir, en términos globales, un derecho de protección en la conservación y defensa del catálogo de derechos descritos en el párrafo anterior. De ambas vertientes, lo que en esta decisión se analizará seguidamente es el derecho de protección jurisdiccional. Tal derecho interpreta esta Sala se ha instaurado con la simple pero esencial finalidad de darle vida a todas las categorías jurídicas subjetivas integrantes de la esfera jurídica del individuo, al poder validamente reclamar frente a actos de particulares y estatales que atenten contra la conservación, mantenimiento, defensa y titularidad de tales categorías. Sala de lo Constitucional. IS002497.00 ac. 21-98. 66. Sobre tal derivación la Sala ha expresado: "Sobre el fundamento constitucional de dicho principio, es necesario tener en cuenta la jurisprudencia de este tribunal sustentada en Sentencia de 25-V-1999 pronunciada en proceso de Amp. 167-97 en el sentido que la Constitución salvadoreña desde su artículo 2 positiva un catálogo de derechos que son fundamentales para la existencia humana e integrantes de la esfera jurídica de las personas. Para que tales derechos dejen de ser un simple reconocimiento abstracto y se especifiquen en zonas concretas, es también imperioso el reconocimiento de un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta. En virtud de ello, el constituyente dejó plasmado en el artículo 2 Inc. 1° Cn el derecho a la protección, lo cual se traduce en el establecimiento de acciones o mecanismos para evitar que los derechos constitucionales sean violados. Es decir, corresponde al Estado un deber de protección, con la finalidad de reducir al mínimo posible las conductas dañosas o que pongan en peligro tales bienes jurídicos. Sin embargo, tal afirmación no significa la imposibilidad de un sector del derecho penal cuantitativamente más amplio, tenga por objeto bienes jurídicos instrumentales, es decir bienes jurídicos que sirvan de instrumento o medio para salvaguardar los llamados fundamentales". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 156 a 157. 67. En lo relativo a la tutela de derechos respecto de la actividad del estado, desde una perspectiva internacional se ha expresado: Fundamento (25) No es el propósito de la Corte hacer un desarrollo teórico sobre la relación entre derechos y garantías. Basta señalar que debe entenderse por garantía en el sentido en que el término está utilizado por el artículo 27. 2. Las garantías sirven para proteger, asegurar, o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1) vale decir: de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia. Fundamento (26) El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una triada, cada uno de cuyos componentes se define completa y adquiere sentido en función de los otros. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva. OC/87 del 30 de Enero de 1987. (SER. A) (1987).

que las restricciones que se formulen como tipos penales, deben estar dirigidas también a la conservación y defensa de los derechos fundamentales, ahí donde haya exceso, se vulnera la garantía de lesividad por parte del Estado⁶⁸.

C. Caracteriología del bien jurídico. Ahora bien, antes de continuar con los aspectos esenciales del principio de lesividad, es menester por los menos aproximar algunas cuestiones relevantes sobre el bien jurídico, por cuanto éste el fundamento material del principio de lesividad. Conviene indicar primero alguna aproximación al concepto de bien jurídico teniendo en cuenta que tal tarea ha sido ingente en la sistemática penal y dependiente de la visión que se adopte respecto de la función que debe desempeñar el denominado objeto de protección.

Por bien jurídico, se ha entendido “todas la categorías conceptuales que asumen un valor contienen un sentido o sustentan un significado positivamente evaluados, dentro de una consideración institucional de la vida regulada por el derecho, como merecedor de la máxima protección jurídica representada por la conminación penal de determinados comportamientos descritos en los tipos legales⁶⁹.

Desde una perspectiva material el bien jurídico es comprendido como “relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno” a partir de lo cual se ha afirmado que el bien jurídico tiene un doble carácter sintético, como síntesis normativa y como síntesis social⁷⁰.

Conviene ahora que se señalen algunas de las propiedades que se asignan en la generalidad a la noción de bien jurídico⁷¹:

a) carácter substancial. La significación del carácter de objetividad del bien jurídico enuncia –desde nuestra perspectiva – que el bien jurídico no es creación del derecho, es decir que tiene una connotación meta-legal –según la antigua y democrática visión

68. Respecto de la ponderación entre tutela de bienes jurídicos y tutela de derechos fundamentales, en relación con el principio de defensa de bienes jurídicos desde la visión constitucional se ha considerado: “Del modo expuesto, el Derecho penal desarrolla su finalidad última a través de la tutela de los presupuestos imprescindibles para la existencia común, que se concreta en los bienes jurídicos. Dicho concepto condiciona al derecho a la protección, en cuanto esto haga posible la tutela de los derechos de los individuos, máxime en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, que adopta la dignidad, libertad, e igualdad de la persona y los derechos que de tales valores se deriven, como fundamento de la convivencia nacional y fines hacia los cuales el Estado debe orientar su actuación, tal como lo dispone la Constitución, en el preámbulo, art. 1 inc. 1 y 2 inc 1. Y es que, si las consecuencias jurídicas del delito –pena y responsabilidad patrimonial – afectan los bienes dotados de relevancia constitucionales, parece claro que su privación sólo se puede efectuar si la causa que la determina es la defensa de un bien de al menos análoga significación constitucional”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p159.

69. En tal sentido POLAINO NAVARRETE Miguel “El Injusto Típico en la Teoría del Delito”. Editorial MAVÉ. Comientes. Argentina. 2000 p 488.

70. HORMAZABAL MALAREE Hernán “Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal. PPU. Barcelona. España. 1991 p 152.

71. Sobre las características del bien jurídico de manera amplia POLAINO NAVARRETE Miguel, op cit pp 496 a 523.

liszciana– con lo cual se indica que ni el legislador ni el derecho crea los bienes jurídicos, y que por la mismo la noción de bien jurídico no puede estar divorciada de la realidad.

Precisamente esta caracterización no autopoiética del bien jurídico es lo que le confiere una legitimidad como principio limitador de las potestades estatales en la creación del delito, por cuanto obliga al legislador a crear incriminaciones que atenten contra hechos relevantes que están en la realidad social, y que por el merecimiento, necesidad e idoneidad para ser protegidos son dignos de ser elevados a la categoría de bienes jurídicos.

b) Carácter normativo. No obstante su objetividad, el bien jurídico cuando es elevado a la categoría de bien jurídico-penal, presenta una cualidad valorativa, y es que necesariamente toda vinculación al orden jurídico debe entrañar una connotación axiológica de la cual tampoco escapa el bien jurídico –y la cual debe reconocerse– sin que por ello pierda su aspecto empirista; como bien jurídico penal la esencia del mismo, se cimienta en la capacidad valorativa de lo que se protege, es decir en su contenido de deber ser.

c) Carácter dinámico. La cualidad de relatividad del bien jurídico, permite descubrir su vocación democrática, por cuanto no significan unas relaciones inmutables, de ahí que la variabilidad sea una característica fundamental de los bienes jurídicos, pero este aspecto debe de estimarse desde una amplitud histórico-social, en el desarrollo de la existencia del ser humano en un contexto y época determinada, las mutaciones que vayan sufriendo los aspectos de tutela de los bienes jurídicos estarán influenciados por las modificaciones del orden social. Sin embargo debe predicarse un mínimo de inmutabilidad en cuanto a la relación del bien jurídico con la persona humana, el bien jurídico mantiene esa esencia de ser un medio para la realización de las personas con respeto a su dignidad.

d) Poliforme. Dicha cualidad del bien jurídico atañe a su ámbito de tutela, que puede estar dispensada para intereses personales, pero así mismo puede alcanzar la protección de bienes supra-individuales, en todo caso una concepción legitimadora del bien jurídico se sustentara ulteriormente siempre en el interés humano, por cuanto el Estado como tal es sólo una forma instrumental que no tiene intereses propios, sino que siempre de manera más mediata o inmediata están al servicio del ser humano.

D. Funciones del Bien Jurídico. Ahora corresponde formular algunas disgregaciones respecto de las funciones que se le señalan al bien jurídico⁷², las cuales a continuación se apostillan:

(a) Función Valorativa. Lo anterior es innegable de sostener,

72. Respecto de las funciones signadas al bien jurídico dentro de la sistemática penal se ensancha POLAINO NAVARRETE Miguel, op cit p 525 ss.

por cuanto el derecho penal como parte del orden jurídico, mantiene su carácter axiológico, correspondiendo como fin del derecho penal, la protección de los intereses fundamentales para mantener el equilibrio en la convivencia social, de ahí que el bien jurídico como parte esencial de la norma jurídico penal, legitima su construcción al menos en los siguientes aspectos: (I) sirve como criterio de precisión para delimitar y diferenciar las distintas áreas del saber humano en relación al saber jurídico; (II) permite formarse un juicio crítico respecto de los objetos a los cuales se les dispensara merecimiento de tutela penal; (III) permite la determinación de la finalidad de las normas jurídicos penales en cuanto formas de protección, con lo cual cumple una importante misión en el ámbito de la interpretación de los tipos penales.

(b) Función sistemática. A la anterior función valorativa del bien jurídico debe asimilársele en igual grado de importancia la función sistemática que desarrolla en el ámbito del derecho penal, cuanto más si se entiende que la dogmática penal, se justifica entre otros parámetros por su nivel de racionalidad. De ahí que el bien jurídico de manera metódica genera una función ordenadora de la sistemática penal, desde el ámbito de la tipicidad hasta la culpabilidad, desde la creación del merecimiento en abstracto de la conducta, hasta la determinación del merecimiento en concreto.

(c) Función Hermenéutica. Cometido fundamental del bien jurídico es la de constituir un mecanismo de exégesis en cuanto al alcance de las normas penales, pero no se trata de una función meramente interpretativa de las normas penales en el sentido de ser un mecanismo usual para poder desentrañar la ratio legis, sino que al contrario la función de interpretación que se corresponde con el bien jurídico, es atinente a su correspondencia como principio rector. Se parte de una función interpretativa de índole incluso político criminal, que pueda orientar la función que corresponde a cada tipología penal; esta actividad no esta reñida con la progresividad, en cuanto a la interpretación, por cuanto el bien jurídico tampoco esta escindido de manera completa de la finalidad de la norma penal, sin que corresponda asimilar ambas entidades.

En cuanto a la función de interpretación que venimos tratando es conveniente agregar que al constituir el bien jurídico, el sustrato de los tipos penales, en el sentido de ¿cuál es la razón de tutela de ciertos intereses vitales?, da la pauta, para que el objeto de protección, se erija en un instrumento de interpretación, orientado teleológicamente, con lo cual se rebasa el estudio meramente formal –como ya lo expresamos– de la norma penal, quedando incluida en la valoración de la misma, el aspecto lesivo, el cual constituye un elemento esencial en la formación del injusto penal, cuando es ponderado de manera proporcional, haciendo compatible el aspecto subjetivo con el objetivo.

Por último, una cuestión más –que aunque es de perogrullo– es menester hacer su precisión, y ello radica en la necesaria distinción, que debe mediar entre injusto y culpabilidad, por cuanto la afirmación de un hecho sea típico y además antijurídico, todavía no es fundamento de la pena, por cuanto además, debe predicarse la culpabilidad del injusto jurídico-penal⁷³.

E. El principio de Lesividad. El reconocimiento del principio de lesividad de los bienes jurídicos en los sistemas penales, representa en la actualidad, la caracterización de un derecho penal que se construye esencialmente sobre parámetros democráticos en cuanto al ejercicio del poder y en este caso del poder penal⁷⁴. De ahí que se sostenga como aspecto esencial y legitimador del poder penal la necesidad de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos⁷⁵, con lo cual de previo, se exige que todo delito como construcción normativa tenga a la base un bien jurídico merecido de tutela⁷⁶, es precisamente la exigencia de lesión o puesta en peligro del interés jurídico lo que da base a la antiquísima formulación del “*nullum crimen sine injuria*”, con el cual se caracterizó la necesidad de ofensa en cuanto a la conducta delictiva, en su incriminación y en su realización; de ahí que, a partir del principio de lesividad de los bienes jurídicos, toda conducta para que sea delictiva, debe ofender no sólo la norma jurídica en cuanto transgresión normativa, sino que lesionar o poner en peligro el bien jurídico objeto de protección de la norma penal⁷⁷.

De acuerdo con lo anterior, en relación al delito, el bien

73. SCHÜNEMANN Bernd “La Función de la delimitación de injusto y culpabilidad”. Traducción de Carlos J. Suárez González en “Fundamentos de un sistema Europeo de Derecho Penal”. Homenaje a Claus Roxin. J. M. Bosch Editor. Barcelona. España, 1995 pp 217 a 218.

74. Señalando la importancia del bien jurídico como principio material: “El punto de partida para la formulación de un contenido material en la definición de delito, ha de constituirlo la función que desempeña el derecho penal: positivizar la vida en comunidad mediante la tutela de bienes jurídicos. Si se da por sentado este punto de partida, la determinación de un concepto constitucional de delito debe precisar los criterios por los que se llegue a establecer, en la concurrencia de un comportamiento la gravedad suficiente para que éste justificada su calificación como hecho delictivo. Uno de tales criterios consiste en la relevancia del bien jurídico protegido, es decir el factor determinante de la intervención del derecho penal es la importancia del bien jurídico tutelado y la relevancia del modo de ataque. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p159

75. Se ha manifestado respecto de la Necesidad de lesión del bien jurídico. “En tal sentido, no existe lesión alguna al bien jurídico tutelado por la figura penal discutida, el cual como se dijo antes, consiste en la seguridad y credibilidad que de la naturaleza del cheque se tiene en el tráfico económico y comercial, y no en el derecho de crédito como eróneamente lo afirma el Juez aquí en su sentencia. En ese orden de ideas, con fundamento en los principios de lesividad del bien jurídico y de responsabilidad regulados en los Arts. 3 y 4 Pn., es impropio atribuir responsabilidad penal al señor Hemández Paniagua, considerando únicamente el resultado material al que está unido causal o normativamente su conducta, siendo necesario apreciar además la dirección de su voluntad, la cual como se dijo en la sentencia de mérito, tuvo por finalidad garantizar una obligación que se desconoce si nació, en tal sentido su conducta resulta atípica, por no existir correspondencia entre los elementos objetivos del tipo y el elemento subjetivo denominado dolo, requisito necesario para completar su tipicidad. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las quince horas del día veintisiete de junio del dos mil uno.

76. Así FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema de Delito” en “Teorías Actuales en el Derecho Penal”. 1° edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1998 p 407.

77. En lo atinente a la Antijuridicidad como presupuesto de la culpabilidad. De ese modo es necesario determinar que la culpabilidad puede ser antecedente de la lo que es la responsabilidad y en sentido negativo vendría a ser lo opuesto a lo que es la inocencia. Para existir culpabilidad debe haber una anticipada imputación probada de un hecho antijurídico concreto, lo que conlleva a obtener un juicio reprochable por parte del juzgador. Sala de lo Constitucional. HS004T95.96.

jurídico presupone, en el ámbito del contenido material del ilícito, una afectación del bien jurídico objeto de tutela en la prescripción típica, dicha dañosidad, puede estar fundamentada ora en una lesión ora en una puesta en riesgo para el objeto de protección. De ahí que esa vulneración, constituye un aspecto sustancial del ilícito en cuanto a su configuración típica⁷⁸. En atención a lo anterior, no es posible considerar la estructuración de tipos penales, que a su base no tengan bienes jurídicos que puedan ser infringidos, es decir no se concibe la tipificación de un delito, sin un bien jurídico, de ahí la doble importancia del principio de lesividad por una parte exige a los ámbitos definitorios del poder penal, la creación del delito que a su base debe tener un bien jurídico; y no permite imputar como transgresión típica, aquella conducta que ni siquiera a puesto en peligro un bien jurídico.

F. Fundamentación del principio de lesividad. La necesidad del principio de lesividad es imperante, ante los abusos reales que el poder penal puede ocasionar, al desarrollar sus políticas de intervención, respecto de los conflictos sociales que se desarrollan en el tejido social, de ahí que, mediante el principio también denominado de objetividad se pretende encauzar el poder penal hacia la solución exclusiva de la conflictividad social que genere unas consecuencias de dañosidad también social, con lo cual, se tiende a neutralizar las distorsiones de la política penal, para hacerla derivar en aspectos meramente moralizantes⁷⁹ o instrumentales

78. Con respecto al principio de lesividad en relación al bien jurídico se expresó por el máximo tribunal en materia penal: "Asimismo esta Sala advierte que el cheque es un título valor que hace nacer derechos de cumplimiento de obligaciones para los acreedores, donde aparece siempre el riesgo de que los deudores no cumplan con la prestación debida. Sin embargo el Derecho Penal no puede forzar el cumplimiento de obligaciones, tampoco la ley penal no puede imponer costumbres o consolidar determinadas formas de negocio, ni mucho menos moralizar ni ser medio coercitivo para institucionalizar el chantaje. El derecho penal en la protección del orden socio-económico, como bien jurídico supraindividual, articula instrumentos como el principio de lesividad regulado en nuestro Código Penal en el Art. 3. De ahí que deba justificarse la intervención punitiva del Estado, sólo en aquellos casos donde se traspasa los límites de la libertad contractual y del poder de disposición, sustrayéndose dolosamente -Art. 4 CP- del cumplimiento de las obligaciones o vulnerando el derecho de crédito con prácticas -se reitera- que se infiera el conocimiento y voluntad de querer sustraer dentro de un contexto determinado, donde los remedios del derecho civil o mercantil ya no son suficientes (...) La interpretación del tipo penal naturalmente como norma jurídica se dinamiza con la realidad, donde se desenvuelven las conductas humanas, factor determinante para establecer si una conducta está o no conforme con el tipo penal. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las nueve horas del día catorce de mayo de dos mil tres (128-01).

79. Uno de los aspectos más fundamentales del pensamiento ilustrado fue trazar una clara separación entre moral, religión y derecho penal, clara manifestación de ello es lo que se prescribe en el artículo 5 de La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que dice en su texto literal: "La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas" o "La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad. Lo que no esta prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no ordena". DORANTES TAMAYO Luis Alfonso "Filosofía del Derecho". Segunda edición. Oxford University Press. México D. F. 2000 p 268. Inclusive en el proyecto de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la redacción de Thoret decía: "Los delitos que no perjudiquen más que al culpable y no perturben directamente el orden de la sociedad no deben ser objeto de las Leyes penales". Asi FAURE Cristine (editora) "Las Declaraciones de los Derechos del Hombre de 1789. Fondo de Cultura Económico. México D.F. 1996 p 222.

respecto de otro tipo de políticas públicas⁸⁰, que pretendan impulsarse pero que no están asociadas a la defensa de bienes jurídicos, de ahí que si la moral estrictu sensu no es parámetro de punibilidad, las conductas auto-referentes, por las cuales una persona se causa un perjuicio así mismo, sin dañar a terceros, no es objeto del derecho penal, por cuanto desde el principio de lesividad, no se ofenden bienes jurídicos de terceros, con la conducta realizada⁸¹.

De ahí que, un primer rendimiento del principio de lesividad, es limitar las actividades del Estado, en cuanto intervención punitiva en materia de derechos y libertades fundamentales, para alcanzar fines meramente instrumentales del ente estatal, con lo cual quedan proscritos los fines autónomos del estado para la utilización del poder punitivo. Es por ello que la alusión a finalidades de preservar el orden público, la seguridad pública, la paz social, la tranquilidad pública, no resultan legítimas si se hacen por fuera de la persona humana.

Al final, los conflictos que se suscitan en el seno del tejido social tienen la cualidad de ser conflictos personales, es decir representan en un más o en un menos, una afectación a un interés humano, ello significa que, los conflictos que se desarrollan en el orden social, se caracterizan por ser conflictos inter-personales, sin distinción a que se trata de dos personas, de un grupo de personas o de una colectividad de personas; en virtud de ello, y si el conflicto es una realidad preexistente al orden penal, el Estado sólo puede intervenir cuando el daño que se cause, tenga una relevancia tal,

80. Respecto de la prohibición de penalización de conductas meramente inmorales y la afectación al principio de lesividad, se dijo: "El mandato que para el Estado deriva del art. 2 inc. 1 Cn exige su intervención para que los derechos materiales del individuo sean reales y efectivos; si proyectamos dicho precepto sobre el derecho penal, se concluye que el Estado está obligado a evitar la comisión de delitos, es decir la transgresión o puesta en peligro efectivo de bienes jurídicos fundamentales e instrumentales. En un primer término, es necesario acotar que la primera limitación de la esfera de las prohibiciones penales, es que estas se refieran sólo a las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros. La ley penal tiene el deber de prevenir los costes individuales o sociales representados por esos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de las penas y prohibiciones. El principio de lesividad veta, a su vez, la prohibición y penalización de comportamientos meramente inmorales o estado de ánimo o, incluso apariencias peligrosas. Y establece en general la tolerancia jurídico-legislativa de toda actitud o comportamiento no lesivo para terceros. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 159 a 160.

81. En lo relacionado al principio de lesividad con relación a las conductas autoreferentes, se ha expresado : "El no rebasar las cantidades que por su natural insignificancia no sean calificadas como presumiblemente comerciables, esta conducta no tiene importancia desde la perspectiva penal, es decir, es atípica para los efectos del derecho penal; la connotación moral o de otra índole, que puede predicarse de estas conductas son ajenas al derecho penal, que –como sabemos– es un instrumento de última ratio y no sanciona immoralidades per se, sino lesiones a bienes jurídicos, por ello es que el consumo de droga como conducta autoreferente, que puede causar perjuicio a quien se suministra la droga, es ajena al derecho penal, con lo que se indica que no este es el mecanismo idóneo para intervenir en estas acciones dañinas al propio sujeto, de sostenerse otra posición, el Estado estaría legitimado para penar: el suicidio, el fumar, las autolesiones, el comer en demasia, todas esas actividades también causan severos daños a la salud etcétera; con estos ejemplos bastantes radicales, ponemos en claro que los perjuicios que un mismo sujeto se cause por su propia decisión no son punibles en el ámbito del derecho penal y la protección de estos bienes no corresponde asumirla al derecho penal, sino a otras formas del control social. Con ello se quiere dejar en claro que este tipo de tenencias de drogas destinadas para el consumo, moralmente reprobables, lo son precisamente en esa dimensión moral o aún ética, y deben ser prevenidas en esos ámbitos por todos los medios razonables para ello, pero en esos ámbitos no puede concurrir el derecho penal, como mecanismo de sanción altamente coercitivo y violento, por que respecto de esa conducta del adicto o del que quiere consumir droga el derecho penal no puede actuar como instrumento estatal moralizador". Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 22-11-02.

que genere una disfunción problemática entre los miembros de la comunidad.

G. Fundamentos limitativos del principio de lesividad. Los fundamentos de limitación que se derivan del principio de lesividad, están estrechamente vinculados con la creación de las conductas punibles, en cuanto a la forma en que se determina el merecimiento de una conducta para ser elevada a la categoría de bien jurídico-penal, mediante la estructuración de una zona de prohibición para los gobernados, la cual será configurativa del tipo penal, en tal sentido se han señalado como criterios rectores⁸²:

(a) Que la decisión de prohibir ciertas conductas bajo la articulación de un tipo penal, únicamente resulta justificado cuando, el ámbito de prohibición se encuentra dirigido a impedir ataques concretos mediante los cuales se puede injuriar o poner en riesgo bienes jurídicos esenciales;

(b) Que la elección de una conducta como relevante para la construcción del tipo penal, solo resulta legítima, si el valor del interés jurídico a ser protegido es de mayor entidad que el de los derechos fundamentales que serán objeto de restricción. De no ser así, el derecho penal no debe intervenir y la tutela debe ser dispensada por otra área del derecho de menor intensidad en las consecuencias que se provocan.

(c) Cuando se configura el tipo penal, el cual asociará a la prohibición la consecuencia de la sanción, debe colmarse no sólo el ámbito del merecimiento y necesidad de protección, sino que también es determinante que el bien jurídico, en las consecuencias, pueda ser idóneamente tutelado por el derecho penal, es decir que los efectos que provoque la protección penal, no sean más nocivos de los que se quiere evitar;

(d) La creación de incriminaciones penales para la tutela de bienes jurídicos valiosos, únicamente resulta justificada cuando tal ámbito de merecimiento es subsidiaria a otras políticas de estado que en su articulación, pueden ser más efectivas en la protección de los bienes jurídicos;

(e) El criterio de selección de los bienes jurídicos, en cuanto a la creación de normas penales no debe ser expansivo, ni reactivo, sino restrictivo, es decir debe servir para frenar el inflacionismo y la expansión del derecho penal, como fenómeno del derecho penal postmoderno, sólo un derecho penal, bien orientado a las consecuencias que objetivamente puede alcanzar, será un derecho penal eficaz, dentro del marco del Estado Constitucional.

H. Lesión del bien jurídico, tipo y tipicidad. Conviene aquí abordar otro aspecto que parece importante y es la relación que media entre el bien jurídico y la potestad en la creación del delito.

82. En tal sentido HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal". Tiran lo Blanch. Valencia. España. 1982 pp 104 a 105.

Ciertamente existen formas de injuria para el objeto de protección, que resultan ser insignificantes y sobre las cuales la sanción penal, por todas las consecuencias que produce, podría resultar no sólo innecesaria sino que perjudicial en la relación de los bienes en conflicto.

De ahí que el criterio de antijuridicidad material en este aspecto sea importante, pero visto desde un *prima* diferente, no en tanto a la lesión del bien jurídico como rector del tipo penal, sino en lo relativo al alcance de la lesión que podría generarse dentro del ámbito de protección de la norma penal. Como aspecto fundamentador de lo anterior se invoca el criterio de tangibilidad o grado de lesión del bien jurídico, de tal manera que si no concurre una lesión tangible para un bien jurídico en el ámbito de protección normativo, no es posible estructurar la tipicidad de la conducta⁸³.

Esta evaluación de lo tangible que puede ser la lesión para un bien jurídico, es una ponderación que es menester realizar *ex post* al análisis de la adecuación típica de la conducta, lo cual significa que una vez agotado el examen de la tipicidad en el ámbito objetivo y subjetivo, debe establecerse un juicio de antinormatividad suficiente, y ello significa el si tangiblemente el bien jurídico ha sufrido lesión o si únicamente se trata de una infidelidad normativa, supuesto en el cual, no procedería entender típica, la conducta.

Lo anterior no tiene que representar un cisma en el ámbito del tipo penal, por cuanto no es inadecuado al ámbito de la norma, que en ella sea considerado el grado de vulneración que puede haber sufrido un bien jurídico, por cuanto norma y bien jurídico son aspectos relacionales desde la tipicidad, ello se demuestra por ejemplo en el hecho de que el objeto de protección de la norma penal, es el que incide decisivamente en su merecimiento para ser construida como tipo prohibitivo.

De tal manera que un examen de la tipicidad de la conducta y del tipo penal, sin ninguna consideración a la relación que media entre norma de protección y objeto de protección de la norma, significaría no darle la verdadera connotación que corresponde al principio de protección de los bienes jurídicos ahora en clave valorativa constitucional, por cuanto –como ya se ha expresado– el principio de ofensividad no sólo significa la exigencia de que los delitos a su base contengan bienes jurídicos, sino que en la relación sintética entre conducta y tipo penal, el bien jurídico que subyace como aspecto tutelado en la prescripción, sea al menos puesto en riesgo. Sino concurre ni siquiera la posibilidad de la puesta en peligro, la respuesta de la tipicidad es desproporcionada y por ende ya en esta sede debería ser excluida la conducta como no típica en atención a que la misma, en la concreta relación que medió no representa una afectación tangible para el objeto de protección de

83. *Idem*.

la norma penal.

Y es que para decirlo más claramente, la potestad del legiferante en lo relativo a la creación del delito no sólo significa la creación del tipo penal. Este no “nace” en una relación de vacío, sino que el mismo importa, la necesidad de tutela de una determinada relación interpersonal en la realidad social que al ser sintetizada en una formula legal, adquiere la connotación de bien jurídico penal; de ahí que no sólo interese un análisis valorativo del tipo penal, sino también del ámbito de afectación que pudiera ocasionarse al interés de tutela de la norma penal.

J. Bien jurídico y lesión. Examinado lo anterior, conviene ahora puntualizar algunas disquisiciones sobre el valor del resultado respecto del principio de lesividad⁸⁴. En lo referente a este aspecto de lesividad y lesión, en relación a la exigencia de la adecuación típica, es importante el rol que se le otorga al resultado, como cuestión verificable y refutable. Ciertamente, en la elaboración de la tipología penal, se acuña como elemento integrante el resultado, y ello es así, en la mayoría de tipos penales, sea dolosos o culposos de acción o de omisión; inclusive su importancia se traslada al ámbito de la determinación de la punibilidad, en la configuración de la tentativa como un hecho disvalioso no sólo por el disvalor de acto, sino por que éste ha sido capaz de poner en peligro al bien jurídico.

De ahí que, la comprensión del resultado en el ámbito de la dogmática penal, representa la limitación de que la conducta no puede ser punible, a menos que haya representado un peligro para el objeto de protección que tutela la norma penal, éste aspecto, es completamente verificable en la relación de comprobación que se dará en el proceso cognoscitivo y por lo tanto sujeto a demostración y refutación, es decir al empleo de *modus ponens* y *modus tollens*⁸⁵.

Los aspectos esenciales para la determinación del resultado compatibles con el principio de lesividad de los bienes jurídicos pueden ser los siguientes: a) debe considerarse que el resultado dentro de la estructura típica, es un elemento distinto y diferenciado a la conducta; b) debe entenderse que el resultado, necesariamente debe tener una vinculación con el objeto de protección que resguarda la norma penal, si media esta relación entre objeto de protección y resultado, el mismo es valorable dentro del ámbito de esa relación, cuestión que inicia en el examen de lo típico; c) debe entenderse que el resultado esta vinculado por un nexo causal naturalístico o normativo respecto de la conducta⁸⁶; d) debe estimarse que la relación del resultado no puede consistir una consecuencia intangible,

84. Sobre ello ampliamente LAURENZO COPELLO Patricia “El Resultado en el Derecho Pena”. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1992 pp 63 a 87.

85. Sobre el contenido de la demostración y la refutación en el proceso penal, conectado al derecho penal material, ver FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón...” op cit pp 610 a 611.

86. Debe entenderse que las cuestiones normativas vinculadas a la imputación son admisibles si y sólo si, son utilizados como criterios restrictivos en el ámbito de la imputación del resultado a la conducta.

por que ello propiamente hace disfuncional la relación de verificabilidad y refutabilidad que ya habíamos anticipado, en tal sentido el resultado en el ámbito típico, debe estar construido sobre parámetros de tangibilidad.

K. Bien Jurídico y simbolismo penal. Esta consideración es harta necesaria en la visión actual que pueda sustentarse de un derecho penal postmoderno, por cuanto pareciera que la misión del derecho penal ya no esta sustentada con exclusividad en la tutela del ser humano y de sus derechos fundamentales, sino que lo que se pretende tutelar son una especie de funciones que garanticen el normal desarrollo del sistema social, en el cual únicamente, se protegen relaciones de fidelidad y de consenso para una buena marcha del sistema, de ahí que, precisamente la nueva misión asignada al derecho penal, sea la de regular los riesgos abstractísimos de las sociedades de la postmodernidad, y generar un intenso control social, sobre aquellas personas que por ser disfuncionales –es decir no funcionales– representan en si mismas un factor de riesgo⁸⁷.

Un derecho penal orientado a esas consecuencias, es un derecho penal que rebasa el grado de simbolismo, que podría estimarse racional para toda norma jurídica-penal⁸⁸; y precisamente ahí radica la esencia del problema, por cuanto el abuso del simbolismo penal terminará deslegitimando al mismo derecho penal; lo anterior puede ser fácilmente constatado cuando se mide la eficacia del derecho penal, en relación a los ámbitos de seguridad ciudadana, que actualmente se padecen en las sociedad contemporáneas; en ellas, la eficacia normativa, parece ser sólo una quimera, en cuanto a los efectos de la reducción de la criminalidad, mediante leyes endurecidas, que son más bien “frugales” en cuanto a esos resultados.

Y es que en el actual estado de cosas, se deposita por la ciudadanía –muy poco y no muy bien informada– una fe mesiánica en el derecho penal para la solución de los múltiple problemas que se generan en la actualidad, y precisamente esas expectativas, son las que permiten que el orden político, le apueste al derecho penal como un instrumento alquímico, para resolver el problema de seguridad ciudadana frente al conflicto y frente al delito. Sin embargo, el resultado de tal gestión en la conflictividad social, sólo puede arrojar un mismo resultado compatible al de su origen, el cual es también –y no puede ser de otra manera– simbólico.

L. Principio de lesividad en la configuración del merecimiento. Corresponde ahora examinar, la cuestión relativa a la vigencia del principio de lesividad en cuanto a la construcción del merecimiento de la conducta en abstracto. En atención a ello, debe ser menester

87. Sobre ese aspecto MENDOZA BUERGO Blanca “El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo”. Civitas. Madrid. España. 2001 p 155.

88. Sobre los aspectos simbólicos de las normas penal y los contornos de su legitimidad ver HASSEMER Winfried “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Traducción de Elena Laurrañ en “Pena y Estado”. AA. VV. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile. 1995 p 30.

reconocer, que dentro de la formulación de la política penal, el principio de lesividad es un límite real a la expansión del poder punitivo del Estado.

Acuñado bajo el tradicional aforismo del *nullum crimen nulla poena sine necessitas*⁸⁹, el principio de lesividad, permite establecer una doble garantía que a continuación se detallará:

(a) El primer aspecto responde a la exigencia que la criminalización de las conductas delictivas en cuanto tipificaciones, sólo resultan legítimas si la norma penal está dirigida a la tutela de un bien jurídico relevante⁹⁰, es decir si la ofensividad descansa sobre la afectación de bienes individuales o sociales⁹¹.

Así, las construcciones típicas que no protejan bienes jurídicos, afectan el principio de lesividad, puesto que fincan la punición sobre conductas que sustancialmente no afectan un bien jurídico⁹²; a ello se debe agregar, que la opción por la protección de los intereses vitales se ve también informada –de manera relacional– por el principio de intervención mínima, que aquí también se manifiesta, en el sentido que aunque sea necesaria la tutela de un bien jurídico, este resguardo puede ser no necesariamente dispensado desde el entorno del derecho penal que ciertamente no es el más eficaz salvo que se quiera exaltar su contenido simbólico de una manera desproporcionada lo cual sería no sólo intolerable, sino que también violatorio del principio de lesividad y por ende de la Constitución de la República que lo garantiza.

(b) En cuanto al segundo aspecto, debe indicarse que esta manifestación del principio de lesividad se circunscribe al principio de necesidad de tutela de los bienes jurídicos, ello significa no otra cosa que, cuando se va a recurrir a la tutela del derecho penal, no debe olvidarse que se trata del ámbito de protección de mayor

89. Reconociendo el alcance de este principio se ha dicho: "De allí se derivan importantes consecuencias a título de limitación al poder punitivo del Estado: a) La primera viene determinada por el principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales, expresado en el axioma *nulla poena sine necessitate*, el cual sostiene que, si la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y dignidad de los ciudadanos, debe exigirse que se recurra a ella como remedio extremo. Es decir el derecho penal responde sólo al objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su absoluta necesidad son, a su vez, las prohibiciones mínimas necesarias, esto es, las encaminadas a impedir comportamiento lesivos, que suponen una mayor afectación que las generadas por el derecho penal". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 160.

90. BUSTOS RAMÍREZ Juan "Control Social y Sistema Penal". PPU. Barcelona. España. 1987 p 178.

91. Sobre esta extensión del principio se ha considerado que: "El principio de lesividad constituye el fundamento axiológico en la estructuración del delito, pues las prohibiciones legislativas, a cuya infracción se atribuye una pena, se justifica únicamente si se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social, entendiendo por ataque no sólo el daño causado, sino también el peligro que se ha corrido". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 160.

92. Debe señalarse en este aspecto, que hay una vocación bastante progresiva del legiferante, a conminar bajo la amenaza de la pena ya no la afectación de bienes jurídicos, sino de meras funciones, sobre las que se pretende tutelar intereses, que no están ligados a una concepción de bienes predicables respecto de la visión de la persona humana, se trata de objetivos genéricos ligados a necesidades políticas, económicas, sociales que buscan una "eficiencia" a costa de la libertad de los gobernados y de la intervención desmedida de sus derechos fundamentales, ello desnaturaliza la utilización del derecho penal convocándolo como un instrumento de primera ratio contraviniendo con ello el principio de intervención mínima. Ver en tal sentido sobre la tutela de funciones y no de bienes jurídicos. MÓCCIA Sergio "De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones..." op. cit pp 118 a 121.

incidencia restrictiva en los derechos y libertades de los gobernados, dicho de manera sencilla, que se recurre el medio más afflictivo y violento, por lo cual el mismo debe ser utilizado como instrumento de extrema ratio. De ahí que el derecho penal no puede ser exacerbado en sus contenidos simbólicos y únicamente debe ser utilizado cuando sea absolutamente necesario; en tal sentido la configuración de tipos penales, sólo son razonables cuando son las necesarias para salvaguardar al bien jurídico, en su ámbitos de merecimiento, necesidad y aptitud para ser protegido, es decir un bien jurídico construido sobre la base de la dañosidad social⁹³ pero con un sentido antropocéntrico.

M. Principio de lesividad en cuanto afectación del bien jurídico. La otra extensión del principio de lesividad, se dirige ya a la fase punitiva, en el sentido que, no obstante que una conducta este reprimida como delictiva, no es razonable imponer ninguna pena o medida de seguridad, si la acción u omisión no ha puesto ni siquiera en peligro al objeto jurídico de protección⁹⁴ mediante una acción con contenido lesivo⁹⁵. Lo anterior es plausiblemente explicable por cuanto, un derecho penal correctamente orientado, en todo Estado democrático, no construirá la punición del delito, cifrando únicamente como fundamento, el desvalor de acción; de tal manera que aunque concurra completamente colmado un relación de desvalor de la conducta, ello aún es insuficiente para determinar en concreto la punibilidad; por cuanto se requiere además la concurrencia de un desvalor de resultado que mesure la reacción penal.

De ahí que la mera desobediencia normativa, la transgresión a la misma en el sentido de infidelidad del sujeto hacia la norma, no justifica la imposición de una pena o medida de seguridad si la conducta no lesionó o puso en riesgo inminente a un concreto bien jurídico protegido penalmente.

Y es que esa es la exigencia fundamental del principio de lesividad, que la conducta exteriorizada por el sujeto ya en concreto haya sido capaz de producir una lesión o un peligro para el bien jurídico que es el objeto de protección de la norma penal; no sólo interesa el no acatamiento del mandato normativo, sino que también a consecuencia de esa infracción se haya producido una lesión en

93. En tal sentido ver MOCCIA Sergio "El Derecho Penal entre Ser y Valor. Función de la pena y sistemática teleológica. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2003 p 182.

94. Señalando la necesidad de la lesividad en tanto afectación o puesta en peligro de los bienes jurídicos ver MORA MORA Luis Paulino, NAVARRO Sonia "Constitución y Derecho Penal". Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. San José. Costa Rica. 1995 p 86.

95. La Sala Constitucional ha reconocido esta consecuencia del principio de lesividad al considerar: "La segunda se manifiesta a través de la exigencia de la materialidad de la acción dañosa; es decir ningún daño puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción. En consecuencia los delitos como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estado de ánimo interiores, y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concentrarse en acciones u omisiones humanas -materiales físicas o externas, es decir empíricamente observables - describibles exactamente por la ley penal". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 161.

el sentido de provocar un resultado, que se encuentra escindido de la conducta –aunque vinculado a la misma–. Sólo ese aspecto de exteriorización y de materialización de la conducta podrá representar, en la relación concreta entre acto, norma, bien jurídico y resultado; la posibilidad de imponer una pena si media culpabilidad.

N. Bien Jurídico y dosimetría penal. En el actual estado de cosas, la significación del merecimiento de pena es vital. Ello se explica no sólo por la adopción de criterios de justicia al momento de la valoración en concreto del merecimiento de pena, sino por que en abstracto también significa un importante límite para el legiferante.

De lo anterior es plausible sostener, que una conducta es merecedora de pena, cuando la misma –de entre otros parámetros– afecta intereses vitales de la persona humana o de la comunidad; de ahí que el poder legislativo, aún reconociéndosele su amplio poder de configurar lo punible, no puede –so consecuencia de violar la Constitución– crear a su arbitrio prescripciones penales, por cuanto el límite que se tiene es precisamente que tales incriminaciones afecten bienes jurídicos valiosos.

Desde la perspectiva de justicia –que es un valor constitucional entre nosotros– no se concibe que una conducta sea merecedora de pena cuando la misma no haya ni siquiera causado un riesgo para el objeto que se protege por la norma penal, ello significa que no se tolera, la imposición de penas, para delitos que no tengan a su base bienes jurídicos, ni tampoco para conductas que aunque vulneren la prescripción normativa no representaron un peligro de afectación real para el bien jurídico.

En suma, la relación entre bien jurídico y merecimiento de pena, limita a legisladores y jueces. Para unos –los legisladores– está proscrito que se creen delitos sin bienes jurídicos, por que ello significará la punición por la contravención a una norma, pero no por la lesión a un bien jurídico; para los otros –los jueces– significa que no pueden imponer penas por aquellos delitos que no tengan a la base un bien jurídico, pero además, cuando la conducta vulnere un tipo penal que este legítimamente construido, la imposición de pena o medida de seguridad requiere indefectiblemente, al menos peligro para el bien jurídico tutelado, sólo si éste ha sido afectado, es razonable la imposición de la sanción, desde la perspectiva de la defensa de los bienes jurídicos⁹⁶.

96. En lo concerniente al Principio de lesividad, en cuanto a su relación con la pena se ha dicho: De ahí que por la pena sólo resulte proporcionado prohibir aquellos comportamientos más intolerables, que por lo menos pongan en riesgo bienes jurídicos vitales de la persona o de la comunidad, pero siempre bajo una noción personalista. El derecho penal debe tener ese carácter subsidiario y fragmentario, en el sentido que únicamente es legítimo, desde el orden constitucional, sancionar con pena, aquellas conductas lesionen bienes jurídicos trascendentales cuando otro segmento del orden jurídico no puede hacerlo de manera efectiva. La fragmentariedad se vincula a que no toda ilicitud debe ser absorbida por el derecho penal, sino únicamente las que resulten más intolerables para el orden social, en atención a la intensidad del ataque hacia los bienes jurídicos. La pena y el Derecho Penal, tienen como misión: la protección de los bienes jurídicos y, únicamente mediante la tutela

1.4. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

A. Perspectiva del principio. Si la exigencia de lesión del bien jurídico fue un límite al subjetivismo extremo, que pretendía fincar la punición únicamente en la decisión de vulnerar el orden jurídico, el principio de culpabilidad, también constituye un límite para el objetivismo radical, que pretende fincar la respuesta punitiva únicamente teniendo en cuenta la afectación a un bien jurídico sin atender los aspectos de atribución personal, es decir a la cuestión subjetiva⁹⁷.

De ahí que la construcción del principio de culpabilidad va a discurrir en una serie de garantías que van a impedir que se sancione a una persona por un resultado causado, pero sin que tal resultado se le pueda imputar culpablemente, y precisamente este ideario del cual partimos es consustancial con la dignidad del ser humano en tanto se le reconoce su capacidad de autonomía así como los ámbitos básicos de libertad, propios de su racionalidad como ser humano.

En el sentido anterior, mediante la vigencia del principio de culpabilidad, se exige como necesario que la pena sólo pueda imponerse a quien ha actuado culpablemente, la no actuación culpable no puede generar la imposición de una pena, aunque la conducta que acaeció o se realizó haya perjudicado un bien jurídico. Al menos penalmente no sería legítimo sostener la imposición de una pena para quien no actuado culpablemente⁹⁸. El principio de culpabilidad, se estructura en una dimensión amplia, como un límite al poder penal del Estado⁹⁹; y de sus formulaciones de protección,

de éstos, el resguardo de los valores ético-sociales relevantes. El derecho penal por ende no es moralizador, no tutela meras desobediencias al orden normativo, sino que se encarga de contener conductas lesivas para los bienes jurídicos más relevantes. Es por ello que la pena, no puede ser un instrumento irracional que pretenda buscar un castigo como especie de vindicación pública, ante el escándalo del delito, la pena sólo está dirigida a fines racionales, y por ello, por que esta erigida sobre la razón, es que la pena sólo se justifica, si a partir de ella, puede reintegrarse al individuo al tejido social, brindándole una propuesta de readaptación y generar un razonable sentimiento de la importancia de la tutela de los bienes jurídicos. Siempre la pena debe tener este plus de ser un instrumento de reincorporación del individuo, así lo que antes era venganza o castigo, ahora en un Estado Constitucional se concibe como una opción de recuperación del hombre. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 09-08-02.

97. En tal sentido se ha afirmado "Para que una persona sea castigada con una pena por un hecho delictivo es necesario que sea culpable. He aquí uno de los principios básicos del Derecho Penal, cuyo mantenimiento ha de ser tarea ineludible para cuanto creemos que su existencia forma parte integrante del orden jurídico que ha de garantizar la justicia, la seguridad y el bien común". RUIZ VADILLO Enrique "Desviaciones al principio "no hay pena sin culpabilidad" en el Derecho Penal Español" en "Estudios Penales". Homenaje al padre Julián Pereda. S.J. Universidad de Deusto. 1965 p 17.

98. Sobre este aspecto se ha considerado que: "El principio de culpabilidad importa una limitación de la facultada de castigar del Estado, por que sólo puede sancionarse a quienes son culpables de un delito y la pena debe ser proporcionada a la culpabilidad. GARRIDO MOTT Mario "Derecho Penal. Parte General. T. I Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1997 p 147.

99. Respecto del principio de culpabilidad la Sala Constitucional ha dicho en una nueva consideración: "Así en su sentido más amplio, el término culpabilidad se contrapone al de inocencia, sin embargo bajo la expresión principio de culpabilidad se incluyen diferentes límites al ius puniendi que tienen en común exigir como presupuesto para la determinación legislativa del delito y la consecuente aplicación judicial de la pena, que pueda recaer en quien cometa el hecho que motiva la aplicación". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 169.

únicamente se desarrollaran algunos aspectos, que a continuación se detallan.

La primera prohibición del principio de culpabilidad atañe a que no es justificado imponer una pena a la persona que, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, no ha realizado esa conducta con un grado autonomía en su decisión que le permitiese elegir entre la realización de la conducta antijurídica que realizó, de no haber ese margen de libertad en la decisión por la cual se ha optado, no procede la imposición de una pena.

La segunda prohibición está construida sobre la base que la pena no puede ser impuesta a quien, realizando una conducta punible, no ha podido ejercer sobre sus actos un nivel de control determinado para poder evitar su conducta, de tal manera que el acto realizado pueda predicarse fuera del control de la persona que lo ejecutó.

La tercera prohibición está cimentada en el hecho de que no es posible imponer penas a la persona que no ha conocido de manera razonable que con su conducta estaba realizando un hecho constitutivo de una infracción penal. Si no se tenía ese conocimiento por una situación insalvable, no es posible entonces imponer una pena.

Por último el juicio de culpabilidad y la pena que se corresponda, solo puede predicarse e imponerse exclusivamente a la persona responsable del hecho, no siendo legítimo que la sanción se extienda a terceros; ni tampoco que en las construcciones típicas se inserten fictas de culpabilidad¹⁰⁰.

El poder de imponer de penas en la historia del derecho penal ha discurrido por dos grandes vectores –anunciados– como lo son el objetivismo y el subjetivismo¹⁰¹. Ambas concepciones, desde sus opciones radicales, permitieron el exceso y el arbitrio en el ejercicio del poder de castigar –la pena era vista como un castigo– en ese contexto, desde la perspectiva objetiva bastaba que únicamente el acaecimiento de un hecho que se consideraba perjudicial para los fines de quien ostentaba el poder, para que el castigo pudiese ser impuesto al causante del mismo, e inclusive extenderlo hacia sus

100. Señalando las diferentes consecuencias del principio de culpabilidad la Sala Constitucional ha expresado que: "En esa línea, el art. 12 Cn establece que toda personas a quien se impute un delito se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad, para ello es preciso, en primer lugar, que no se conciba como responsable a un sujeto por hechos ajenos –principio de personalidad de las penas –; en segundo lugar, no pueden calificarse y por tanto castigarse como delitos formas de ser, personalidades o apariencias, puesto que la configuración de su responsabilidad es de difícil determinación distinto a los hechos o conductas plenamente verificables –principio de responsabilidad por el hecho – y la consecuente proscripción de un derecho penal de autor; además es preciso que el hecho constitutivo de delito sea doloso, es decir que haya sido querido por su autor o cuando se haya debido a su imprudencia –exigencia de dolo o culpa–; así también para que una persona pueda ser considerada como culpable de un hecho doloso o culposo, éste ha de ser atribuible a su autor como producto de una motivación racional normal –principio de imputación personal o de culpabilidad en sentido estricto– ello sucede cuando el sujeto del delito es imputable". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 169.

101. En tal sentido ver FRIAS CABALLERO Jorge, CODINO Diego, CODINO Jorge "Teoría del Delito". Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1993 p 60. FERRAJOLI Luigi "Derecho Penal y Razón..." op cit p 496.

congéneres, quienes también deberían responder por el hecho cometido, lo que justificaba que la imposición de la pena, era el resultado dañoso sufrido.

Estas formas de imputación fueron perfeccionándose en la evolución del desarrollo social, pero siempre estuvieron sustentadas bajo el fundamento de la responsabilidad por el actuar sin atender a la culpa del causante, es decir que su fundamento fue siempre el del castigo por el resultado, sin que mediase una relación culpable entre acto y resultado; es más, inclusive hasta nuestros días estas formas de imputar la responsabilidad han pervivido y son positivas en muchos ordenamientos penales¹⁰².

La otra visión no descansaba sobre la existencia de un hecho dañoso o sobre el perjuicio sufrido a consecuencia de un acto, sino que por el contrario en sus orígenes descansaba en la maldad intrínseca del ser humano, el cual al ser apreciado bajo ciertos parámetros en relación a sus características personales, era responsable de males acaecidos o futuros. De ahí que lo que se estimase como fundamento del castigo era la persona misma, en atención a su forma o estilo de vida; el sujeto era considerado un ser malo por naturaleza o por asunción de vida y ello era suficiente para que determinara que su persona era un peligro para los demás, él mismo, su grupo o su pueblo, y por ello pudiese ser objeto de la reacción penal por quien ostentaba el poder de castigar.

B. Fundamentos. Modernamente en la sistemática penal, se tiene el consenso de que únicamente a quien actúa culpablemente es posible imponerle una pena; de ahí que, un derecho penal democrático y respetuoso de la dignidad del ser humano, no puede sostener que, el injusto típico, pueda constituir el fundamento de la pena, sino que ésta debe suponer además otro juicio de desvalor, que reside en la vinculación entre el hecho cometido y la responsabilidad subjetiva del autor, en el sentido que a nadie se le puede imponer pena sin culpabilidad y respetando la gradualidad de la misma.

Así, el vetusto axioma “nulla poena sine culpa¹⁰³” que reconoce el principio de culpabilidad –el cual la doctrina escinde de la culpabilidad como categoría del delito¹⁰⁴ – que impone al

102. Confrontar VITALE Gustavo L. “Estado constitucional de derecho y derecho penal” en “Teorías Actuales en el Derecho Penal. 1° edición AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1998 pp 99 a 100.
103. El derecho penal moderno está compenetrado hasta sus raíces más profundas, del concepto de que no es posible condenar a una pena por el sólo hecho de haberse causado un daño o por la destrucción de un bien jurídico –como ocurrió en épocas pretéritas– si ello no es el resultado de una acción injusta, llevada a cabo culpablemente. Este es un postulado de garantía de la libertad humana que ha sido elevada en numerosos países del mundo civilizado, al rango constitucional. Es llamado por la doctrina principio de culpabilidad y se formula en el apotegma latino *nulla poena sine culpa* el cual no procede –como a veces se afirma – de Feuerbach, sino que su origen es muy posterior”. CÔUSINÓ MAC IVER Luis “Derecho Penal Chileno. T. III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1992 p 5.

104. Esta distinción entre principio de culpabilidad y culpabilidad como categoría de la teoría del delito ha sido correctamente tratada ya en el ámbito de la doctrina penal, en tal sentido se ha afirmado: “ Cuando en este punto hablamos de la culpabilidad, en cuanto concepto central del derecho penal, se hace preciso aclarar que en el ámbito de éste, tomado en su contexto, deben distinguirse tres conceptos de la culpabilidad. En primer

Estado la limitación de que nadie puede ser objeto de las consecuencias jurídicas del delito, si el hecho no le es reprochable o exigible –con independencia de la noción de culpabilidad que se asuma– de tal manera que, la garantía radica en que sólo al culpable puede imponerse pena, de ahí que la culpabilidad es fundamento de la pena¹⁰⁵.

El principio de responsabilidad subjetiva o de culpabilidad, incorpora dos áreas primordiales a saber, en cuanto limitación del poder penal –que se desarrollan en diferentes consecuencias– y que impiden un uso arbitrario de la función punitiva; las cuales pueden ser sintetizadas de la forma siguiente: a) No está justificado imponer una sanción penal a quien actúe sin culpabilidad; b) No está justificado que las sanciones que se impongan al culpable, sobrepasen la medida de su culpabilidad. Estas dos dimensiones del principio de culpabilidad erigen una esfera de protección sobre todo el sistema penal, consolidando al principio de culpabilidad como un instrumento garantizador de los derechos fundamentales de los habitantes y limitador del poder punitivo del Estado¹⁰⁶.

Bajo esa línea de pensamiento, al principio de culpabilidad, actualmente se le reconocen diversas formas de garantía, la primera –como se pre-indicó– está erigida sobre la base, que ha nadie puede imponérsele una pena, si el hecho cometido no lo ha sido de manera culpable, en tal sentido, el injusto penal no es suficiente para que a una persona se le imponga una pena, el hecho debe ser atribuido culpablemente¹⁰⁷. El otro aspecto radica, en que la pena que se imponga debe ser proporcional a la culpabilidad¹⁰⁸, de ahí que, la culpabilidad como principio garantiza el límite de la sanción penal, el cual es irreductible, y no puede ser rebasado ni por efectos preventivo generales ni por efectos preventivo especiales, la culpabilidad es el límite indisponible para la pena, involucrando tanto el merecimiento de pena en abstracto, como en concreto, de

término la culpabilidad representa, desde la perspectiva político-criminal, el principio de rango constitucional, rector de la configuración de todo derecho penal en el sentido ius filosófico se trata de la idea de la culpabilidad en cuanto tal". MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz "Derecho Penal". Parte General. I. Teoría General del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la séptima edición alemana por Jorge Boffill Genzch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1994 pp. 512 a 513. En el mismo sentido en cuanto distinguir entre principio de culpabilidad y culpabilidad ver: MUÑOZ CONDE Francisco "El Principio de Culpabilidad" en Terceras Jornadas de Profesores de Derecho Penal. Santiago de Compostela Universidad Santiago de Compostela, España. 1975. pp 221 y ss; VELASQUEZ V. Fernando "La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad". Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Volumen 50. Año 1993. Universidad Nacional de San Marcos. Lima. Perú. 1993, p. 283.

105. HIRSCH Hans Joachim "El principio de culpabilidad y su función en el derecho penal". Traducción de Daniel R. Pastor. en Derecho Penal. Obras completas. Tomo I. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 1999, pp. 151 a 152.

106. La visión del principio de culpabilidad, como garantía fundamental en un Estado Constitucional respecto del poder penal, con cita de abundante doctrina SANCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto " El Principio de Culpabilidad Penal". en Revista Justicia de Paz. N° 13. Año V. Volumen III. Septiembre-Diciembre.2002. CSJ-AECL. San Salvador, El Salvador. 2002, pp. 86 a 87.

107. En tal sentido STRATENWERTH Günter "Derecho Penal". Parte General I. El hecho punible. Traducción de la segunda edición alemana (1976) por Gladys Romero. Edersa. Madrid. España. 1982.

108. Ver GARCÍA ARAN Mercedes "Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995. Aranzandi. Pamplona. España. 1997 pp 72 a 76.

esta forma, es que el principio de culpabilidad, se erige como límite al poder penal sancionador¹⁰⁹.

C. Rango Constitucional del Principio de culpabilidad. Ciertamente que la Constitución de la República reconoce la vigencia del principio de culpabilidad, el cual se encuentra regulado con categoría de norma primaria en el artículo doce de la Constitución cuyo tenor literal reza: “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”.

El reconocimiento de tal principio a partir del artículo 12 Cn. se ha realizado ya por el máximo tribunal constitucional en una línea de precedentes que han ido fortaleciendo el argumento que precisamente dentro del marco de garantías que la constitución ha reconocido al ser humano, una de las importantes es la de la necesidad de acreditación de la culpabilidad, precedentes que se iniciaron con una sentencia de inconstitucionalidad respecto de un cuerpo normativo del derecho administrativo sancionador¹¹⁰, que fueron cimentándose en procesos constitucionales de habeas corpus o de amparo, hasta el último –e importante precedente– pronunciado por la Sala en el cual confirma definitivamente que el principio de culpabilidad tiene “carta de arraigo” en la normativa constitucional derivándolo expresamente del artículo 12 Cn. Sin pretender abarcar todas las consecuencias del principio de culpabilidad, daremos inicio a la consideración de aquellas más notables.

D. Principio de Exterioridad. El fundamento de que la persona sólo puede ser sancionada por la conducta exterior que realice y no por las meras intenciones que tenga, permite consagrar el principio de exterioridad de la conducta también conocido como “nulla crimen nulla poena sine conducta o sine actione”¹¹¹ por el cual únicamente es dable sancionar el acto humano externo quedando interdicta la punición del aspecto ideativo bajo el apotegma “cogitationis nemo

109. KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER Carlos “Culpabilidad y Pena”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2002 pp 64 a 65.

110. La Sala dijo al respecto del principio de culpabilidad lo siguiente: “Podemos asegurar entonces, sin ambages que en materia administrativa sancionatoria es aplicable el principio nulla poena sine culpa; lo que excluye cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues el dolo o culpa constituyen un elemento básico de la infracción tributaria. El jurista español José María Paz Rubio –profesor del Centro de Estudios Judiciales de Madrid– en conferencia dictada recientemente en el país, al referirse al principio de culpabilidad en relación a la Constitución, acertadamente sostuvo: “Eso quiere decir que la pena sólo se puede imponer a la persona culpable, o sea que es necesario que se base en el principio de culpabilidad y aquí llama la atención que la Constitución de El Salvador es de las pocas constituciones que garantiza el principio de culpabilidad en el primer inciso del Art. 12 de la Constitución. Por lo tanto no podría imponerse una pena en base a criterios de responsabilidad objetiva...”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la ley del IVA... op. cit. p. 83.

111. FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón...” op cit pp 480 y 518. Sobre la exigencia de exterioridad de la acción y la no punición de los pensamientos desde el pensamiento ilustrado se afirmaba que: “La única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación, y por esto han errado los que creyeron que lo era la intención del que los comete”. BECCARIA Cesare “De los Delitos y de las Penas...” op cit p 37.

patitur”¹¹². Pero lo anterior se encuentra estrechamente ligado con el principio de culpabilidad por cuanto el poder sancionatorio del Estado sólo puede aplicarse a los actos externos del ser humano –derecho penal de acto– y únicamente en los límites del disvalor del acto cometido¹¹³.

A esa garantía se opone la visión por la cual el Estado tiene facultades para castigar no los actos ejecutados por el hombre, sino al hombre mismo en razón de su propia personalidad, de ahí que la sanción no tiene fundamento en el acto exterior realizado, sino en la totalidad de la persona, el acto en sí sólo podría alcanzar el valor sintomático de lo perverso del ser o de su personalidad, y ésta es el fundamento esencial para la imposición de la pena o medida. Resulta obvio que este modelo responde al denominado derecho penal de autor, por el cual no se sancionan esencialmente los hechos de la persona, sino su propia personalidad¹¹⁴.

Como el fundamento del castigo no puede ser la persona del justiciable, en cuanto purificación de su ser mediante la pena –visión antiquísima de la pena–, resulta plausible que el fundamento inicial de la potestad punitiva esté erigido sobre los actos externos de la persona, y sobre las consecuencias que éste acto produce en la realidad. De ahí la necesidad de la exteriorización de la conducta, como una realidad que puede objeto de conocimiento, mediante los modos de verificación y refutación y que permite –dicho sea de paso– instaurar un modelo democrático de juzgamiento por cuanto lo que se acusa debe de demostrarse, con posibilidades de contradecirse¹¹⁵, lo cual significa que la imputación no debe versar como objeto del juicio, respecto de la personalidad del acusado en cuanto ser moral, sino sobre sus actos externos o hechos, que son los únicos que pueden ser afirmados o rebatidos¹¹⁶; de ahí también la importancia de prohibición de incorporar fictas en la construcción del tipo penal¹¹⁷.

112. Es de señalar que el apotegma “*cogitationis poena nemo petitur*” –las ideas no delinquen– se opone a la máxima “*in maleficus voluntas spectatur non exitus*” –lo decisivo está en la voluntad no en el resultado–.

113. *Idem*.

114. *Idem*.

115. Es por ello que las normas penales que se requieren en la configuración de los tipos penales, son normas de carácter regulativas y no constitutivas, por cuanto sólo las primeras cumplen la exigencia alética de decisibilidad del sujeto, y por ende son capaces de ser comprobadas y refutadas con fundamentos en hechos, sobre ello: *Idem* p. 502 a 503.

116. Respecto del principio de exteriorización “El derecho penal no debe tener únicamente por función imponer y reforzar la penalización por la comisión de un delito, sino la de impedir la comisión de acciones dañosas, asimismo, tal función por sí sola no es suficiente para justificar la intervención coactiva del Estado en la vida de los ciudadanos. Para que pueda prohibirse y castigarse conductas se exige además que estas dañen de un modo concreto o pongan en peligro idóneo bienes jurídicos fundamentales o instrumentales; en ese sentido, el juicio penal no debe versar acerca de la moralidad –entendida como pura intimidad no trascendente o sobre aspectos sustanciales de la personalidad del imputado, sino que sólo de hechos que le son imputables, pues sólo éstos pueden ser empíricamente probados por la acusación y refutados por la defensa”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 164.

117. En tal sentido, en relación a las prohibiciones de fictas en la elaboración de los tipos penales se ha dicho: “Prohibición de presunciones legales típicas. De la redacción del Art. 37 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas se extraen dos circunstancias fácticas con penalidades totalmente diferentes. Una se construye a partir de un juicio de valor presuncional sobre el conocimiento y voluntad del agente activo del

El fundamento del principio de exterioridad de la acción implica que, únicamente puede ser objeto de pena, la conducta humana que ha provocado efectos en la realidad, y sobre la base de ese disvalor, que se forma entre conducta realizada según el conocimiento y voluntad del sujeto, y en las consecuencias que ha provocado dicha conducta en los bienes jurídicos de un tercero, es que debe verificarse el juicio de valoración respecto de la gravedad disvaliosa de la conducta¹¹⁸.

Debe indicarse que, a partir del principio que exige como fundamento de la punición la conducta exterior del sujeto, pueden predicarse al menos las siguientes consecuencias: a) sólo la garantía que exige la exterioridad de la conducta puede ser útil para descifrar las perversiones cuando se pretende larvadamente parámetros de derecho penal de autor¹¹⁹.

De ahí que al estar proscrito el derecho penal autoral, también esta vedado que la persona sea sancionada por su forma de ser; el fundamento de la propia personalidad no es legítimo para imponer o intensificar la culpabilidad y la pena –caso de la reincidencia o de la habitualidad– por cuanto significa no otra cosa que la aplicación de reglas de sanción propias del derecho penal de autor, modelo antiliberal, antidemocrático y no conforme con la Constitución de la República; en suma la persona por lo que es no puede ser fundamento de la pena.

De ahí que este prohibido el castigo de la persona en razón de su propio ser, es decir por lo que ésta persona haya decidido ser según su plan de vida; tampoco se puede sancionar en los términos del derecho penal, a la persona en razón de sus carácter, la persona –repetimos– debe asumir su sanción por los hechos que ha cometido, pero no por las peculiaridades caracteriológicas que tenga, en otras

delito acerca de destinar o no la droga para fines comerciales y la otra trata de describir es la predisposición para realizar cualquiera de las actividades de tráfico, es decir no tiene el juzgador que realizar ninguna inferencia sobre la voluntad del agente activo del delito, lo que debe de hacer es buscar los criterios objetivos que le ayuden a acreditarlos propósitos de tráfico (...) así mismo esta Sala quiere dejar constancia que el tipo penal de la Posesión y Tenencia, como ya lo hemos mencionado, es el juzgador quien expresará un juicio de valor sobre la intencionalidad del sujeto activo del delito, esta regla de valoración de la prueba es inapropiada que aparezca en la redacción de los tipos penales, puesto que obliga a considerar una finalidad comercial de la posesión de la droga en función de la cantidad y un juez no puede condenar en base a presunciones, sino según sus convicciones y no es por la cantidad en sí misma lo que lleva a la conclusión si la droga es con fines comerciales, tráfico o almacenamiento. De acuerdo a lo que se extrae del proceso podemos analizar que se trata de un delito de peligro, lo cual no se requiere que exista un daño visible sobre el objeto que recae la acción, sino que el objeto jurídicamente protegido haya sido potencialmente en situación de causarle una lesión, siendo la salud pública la que se pretende proteger, comprendiendo ésta el bienestar mental, físico y social de una colectividad". Sentencia de la Sala de lo Penal, de las ocho horas y veinte minutos del día veinte de junio de dos mil tres (208-02).

118. En tal sentido confrontar FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón..." op cit pp 481 a 482.
119. En lo relativo a la Prohibición de Derecho Penal de autor, se ha dicho: Acerca de la personalidad del autor, la Sala considera que dicho parámetro no debe utilizarse para fijar la pena, pues con ello se contravendría el principio de responsabilidad por el hecho, según el cual en toda valoración tendiente a establecer la responsabilidad de una persona, deberá prescindirse de la personalidad u otras características particulares carentes de incidencia en el accionar ilícito del sujeto, todo ello con base en el Art. 12 de la Constitución y en los Arts. 8.2 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Art. 14.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las once horas del día dieciocho de octubre de dos mil dos.

palabras esta conjurada la culpabilidad por el carácter¹²⁰.

El derecho penal de acto y el principio que exige que la punición tenga como objeto la exterioridad de la acción, prohíbe que la sanción penal puede tener como fundamento la conducción de vida de la persona, es decir su plan de vida, de ahí que el valor de la conducta como hecho externo –objeto de valoración – no puede quedar supeditado a al conjunto de decisiones que la persona ha asumido como forma particular de vida. Este aspecto no puede ser objeto de valoración ni en la culpabilidad ni en la dosimetría de ésta, con lo cual no es posible fundar la sanción penal en las opciones de vida la persona¹²¹, sino únicamente por el hecho cometido como conducta delictiva¹²².

Tampoco es posible que la sanción penal pueda tener por objeto la sintomatología del sujeto como ser peligroso, con lo cual el principio de culpabilidad, mediante la exigencia del derecho penal acto y de la necesidad de la exterioridad de la acción destierra la doctrina del peligrosismo como fundamento de la punibilidad¹²³. La peligrosidad sólo es un juicio de prognosis, respecto de lo que una persona ulteriormente podría ser, y tal ideario es vástago de las doctrinas más lesivas del ser humano –el fascismo, el nazismo– el peligrosismo tiene múltiples fuentes, dos de las mas conocidas y aplicadas, son el peligrosismo biologicista y el peligrosismo social¹²⁴.

120. ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal.." op cit p 629. MOCCIA Sergio "El Derecho Penal entre Ser y Valor.." op cit pp 164 a 165.

121. De ahí que se sostenga con toda razón que la conducción de la propia vida no puede ser el fundamento de la culpabilidad, ni del incremento de la misma por cuestiones de reincidencia y se recuerde lo que establecía ya de antiguo el Código Toscano de 1786 en el parrafo 57 que establecía que: "agotada la pena no podrán ser considerados infames para ningún efecto ni nadie podrá jamás reprocharles su pasado delito que deberá considerarse plenamente purgado y expiado con lo que habrán sufrido ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal.." op cit pp 1010 a 1011.

122. Sobre la prohibición de derecho penal de autor se ha manifestado por el tribunal constitucional: "En relación con el segundo de ellos –principio de responsabilidad por el hecho – es viable afirmar que éste se opone a la posibilidad de penalizar la apariencia o modo de ser de las personas ; enlaza este principio con el de lesividad pues, en la creación de los tipos penales, el mandato de protección de bienes jurídicos proclama la punición de una conducta dañosa de dichos bienes jurídicos fundamentales e instrumentales. O cuando menos que pongan en un peligro lo suficientemente potencial de producir daño; en ese sentido la Constitución al consagrar la presunción de inocencia en el art. 12 y la protección de bienes jurídicos en su art. 2 proscribe el derecho penal de autor". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 169 a 170.

123. Con relación al peligrosismo y su prohibición en el orden constitucional a partir del principio de culpabilidad se ha sostenido que: "Al presuponer determinadas valoraciones legislativas, las normas y principios jurídico-penales implican una función preventiva limitada por los valores a cuya protección sirven: en consecuencia la peligrosidad y apariencia predelictual no son conductas que se puedan prohibir ni castigar, es decir los imperativos contenidos en normas punitivas no pueden referirse al modo de ser de las personas, sino a los resultados, de sus hechos lesivos de bienes jurídicos tutelados. Pues la finalidad necesaria y racional a realizar por el derecho penal, es posibilitar la vida en comunidad a través de la protección de bienes jurídicos, mediante la actuación encaminada a prevenir el delito de aquellas personas que no son potenciales delincuentes, sino de aquellos que ya han cometido un ilícito. Y es que la exigencia de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos requiere que lo que se incrimine sean hechos y no meros pensamientos actitudes o modos de vida, comportando la exigencia de un derecho penal de hecho, al que se oponen la idea autoritaria de un derecho penal de autor, que plasma generalmente, en leyes de peligrosidad social". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 170.

124. Sobre tal enfoque ver ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel, CHAN MORA Gustavo "Derecho penal y sociedades disciplinarias: El debilitamiento del principio de lesividad como tendencia del derecho penal moderno" en "Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Walter Antillon Montealegre. Juan Marcos Rivero

Empero el principio de culpabilidad es irreconciliable con la doctrina del peligrosismo, por cuanto el fundamento del castigo en la peligrosidad es no lo que se ha hecho –que para ello está la desvaloración de lo culpable– sino lo el sujeto sería capaz de hacer, situación que no es demostrativa ni refutable y que sólo puede ser inferida internándose en el autor mediante una suerte de prestidigitación.

Precisamente, es en la época del peligrosismo criminológico, cuando el derecho penal de autor tiene mayor auge, sobre el fundamento de la defensa social, de ahí que, si era pronosticable que una persona pudiese ocasionar daños, la misma debería ser neutralizada, en ese momento. Por eso mismo no es casualidad, que en los vientos que han soplado nuevamente en nuestro istmo, bajo la bandera de la defensa social y de la doctrina de la seguridad, las opciones que se propongan sean las mismas –execrables por cierto– de las de aquel período oscuro de la humanidad, del cual ya nadie se quiere acordar –pero que es importante no olvidarlo– por todo el daño que causó¹²⁵.

No es ocioso aquí por lo menos dejar señalado que los criterios de peligrosidad criminal siguen actuales en muchos ordenamientos –incluido el nuestro–; por ejemplo, en el área de la aplicación de las medidas de seguridad se recurre a la formulación de la peligrosidad para justificar su aplicación, lo cual no es legítimo, en el sentido que la peligrosidad sea el fundamento de las medidas asegurativas¹²⁶.

También tal criterio se adopta en materia de restricción de derechos mediante la coerción procesal, por ejemplo en el ámbito de la detención provisional; otra área que no puede quedar fuera es la que corresponde al derecho administrativo sancionador, por cuanto muchas de las prohibiciones que se elevan a la categoría de infracciones administrativas descansan en una visión tipológica de derecho penal de autor.

E. Prohibición del objetivismo. La responsabilidad penal objetiva esta prohibida en el derecho penal por consagración del derecho penal de culpabilidad¹²⁷, con lo cual sólo aquellas conductas

Sánchez, Javier Llobet Rodríguez. Compiladores. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2004 pp 15 a 16.

125. Ver el interesante resumen que se presenta por FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón..." op cit p 534. 126. Sobre esta la visión de que la peligrosidad no es fundamento de las medidas de seguridad, y que esa visión debe ser superada SOTOMAYOR A. Juan Oberto "Inimputabilidad y Sistema Penal". Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1996 pp 136 a 146.

127. El reconocimiento del principio de culpabilidad de manera expresa en nuestro orden Constitucional, lo ha considerado la Sala de lo Constitucional expresando: La idea expuesta en el acápite precedente significa como ineludible derivación que el vocablo delito consignado en el Art. 12 inciso primero de la Constitución debe entenderse no en sentido estricto, sino como indicativo de un ilícito o injusto típico, esto es conducta humana que en virtud del mandato legal se hace reprochable a efecto de su sanción; incluyéndose en este concepto a las infracciones administrativas y específicamente a las tributarias. Esta equiparación que no puede hacerse más que por el rasero de la teoría general del delito implica que los principios del Derecho Administrativo sancionatorio son los que se sistematizan en el derecho penal de aplicación judicial, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto (...) Podemos asegurar

realizadas con intención o imprudencia imputables al sujeto pueden servir como uno de los fundamentos para la sanción penal¹²⁸. La formulación precisa del precepto, manda que no se impongan penas ni medidas de seguridad –en su actual versión– si la acción u omisión no se ha cometido con dolo o culpa, y es una derivación del clásico principio de culpabilidad, que en sus orígenes, para limitar la responsabilidad penal objetiva, exigió que para imponer una pena, la conducta exterior del sujeto debía ser realizada ora con dolo ora con culpa¹²⁹, ese es el apotegma que enuncia el principio “nulla poena sine culpa”.

Sin embargo, debe considerarse que al presente, el principio de culpabilidad ya no se agota exclusivamente en esta originaria consecuencia, sino que ha partir de las propias realidades en las cuales se ha ido desarrollando la actividad humana, el principio ha sido objeto de nuevas reformulaciones para ir ido obteniendo diversos niveles de protección, los cuales se derivan precisamente, de su formulación de índole constitucional, que como tal, erige un concepto indeterminado –en este caso la culpabilidad– que permite colmarlo de diferentes contenidos, de acuerdo a las realidades históricas que se desarrollen.

En este apartado, únicamente se desarrollará lo relativo a la consecuencia de exigencia de dolo o culpa. Ciertamente el principio

entonces, sin ambages, que en materia administrativa sancionadora es aplicable el principio *nulla poena sine culpa*: lo que excluye cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues el dolo o culpa constituyen un elemento básico de la infracción tributaria. El jurista español José María Paz Rubio –profesor del Centro de Estudios Judiciales de Madrid– en conferencia dictada recientemente en el país, al referirse al principio de culpabilidad en relación a la Constitución acertadamente sostuvo “Eso quiere decir que la pena sólo se puede imponer a la persona culpable, o sea que es necesario que se base en el principio de culpabilidad y aquí llama la atención que la Constitución de El Salvador es de las pocas constituciones que garantizan el principio de culpabilidad en el primer inciso del Art. 12 de la Constitución. Por lo tanto no podría imponerse una pena en base a criterios de responsabilidad objetiva (...) Sala de lo Constitucional IS. 3-92 ac. 6-92; 17-12-92. 128. En tal sentido ver FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón...” op cit p 487.

129. En lo relativo al Principio de Responsabilidad se ha dicho “Por otra parte se es penalmente responsable si se es culpable. La culpabilidad es, el presupuesto básico de la responsabilidad (...) La doctrina moderna acepta que no pueden existir delitos puramente objetivos, o sea que, por el mero hecho cometido se aplique la sanción penal; sino que se necesita la demostración de culpabilidad. Esto incluso, lleva a otra consecuencia: no es punible quien comete una infracción en virtud de error excusable en la interpretación de las leyes tributarias, recogido en nuestro ordenamiento jurídico, ya en sentencia de inconstitucionalidad 3 y 6-92 se expresó que el artículo 113 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles, al establecer una responsabilidad objetiva de los gobernados y reputar a éstos siempre culpables por el incumplimiento de obligaciones establecidas en dicha ley, trasgrede el artículo 12 inciso 1º de la Constitución. Si la responsabilidad objetiva en materia meramente de índole administrativa, se declaró inconstitucional; con mucha mayor razón debe desecharse en el campo penal. Sala de lo Constitucional”. HS047797.97 ac. HS050597.97. En igual sentido fundamentando el principio de culpabilidad se ha sostenido: Puesto que se infringe el artículo 12 inciso primero de la Constitución (...) En dicha disposición encontramos entre otros, el principio de responsabilidad a través del cual, el tribunal debe valorar conforme a la sana crítica, la culpabilidad de la persona a quien se le atribuye un hecho delictivo y no basta entonces, que se relacione prueba que involucre en forma general a determinadas personas, sino que debe probarse de manera particular su correspondiente responsabilidad; todo lo cual está en consonancia con la presunción de inocencia, ya que toda persona está investida jurídicamente de tal estado hasta que una resolución judicial en el proceso legal, declare lo contrario; principio también reconocido como garantía vigente del debido proceso legal, que a parte de estar elevado a la categoría de derecho Constitucional, se encuentra también en los arts. 11. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 14.2 del pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 5 N° 4 y 8 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sala de lo Constitucional. HS033697.97; acu HS 035897.97; HS038097.97; HS040697.97.

de que no hay pena sin culpa, es de rancio abolengo¹³⁰. Dicho principio se erige como un límite al objetivismo penal¹³¹, por lo que su fundamento tiene al menos un doble contenido:

Por una parte se garantiza que la configuración de los tipos penales, en cuanto construcciones normativas, no pueden ser estructurados mediante fórmulas que entrañen cuestiones de responsabilidad objetiva, en cualquiera de sus manifestaciones, ora que se trate de delitos calificados por el resultado, ora que se trate de delitos preterintencionales¹³².

De ahí que, la agravación en la pena, por el resultado objetivo no cubierto por la imputación subjetiva de la persona, esta proscrito de un derecho penal que reconozca la vigencia del principio de culpabilidad¹³³. Los delitos calificados por el resultado que son aquellos delitos que tienen asignada una penalidad más grave, cuando en la ejecución de un hecho doloso, se ocasionan resultados más graves, aunque los mismos no hallan sido ni asumidos ni previstos por el autor, son violatorios del principio de culpabilidad.

Lo anterior es así, por que, lo que se sanciona, con un carácter más enérgico, es únicamente el resultado sobrevenido y no la intención del agente; tal agravación tiene fundamento en el hecho que el resultado, se encuentra originado –sólo causalmente– en ejecución de una conducta en el ámbito de la ilicitud, por lo que se pretenden cubrir, todas las consecuencias malignas que se deriven de tal actuación ilícita, esa es precisamente la base del brocardo

130. En tal sentido se cita a Jousse con la máxima penal "la où il n'y a point de dol, il n'y a point de crime et par conséquent il ne peut pas y avoir de peine" "allí donde no hay dolo no hay delito ni por consiguiente no puede haber una pena". Confrontar SCHURMANN PACHECO Rodolfo "Nullum Crimen Sine Culpa. Dogma y realidad" en Doctrina Penal. Año N ° 8 Número 29-32. 1985. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1985 p 34.

131. En lo relativo al Principio de culpabilidad, y a la prohibición de responsabilidad objetiva, se ha expuesto: "Sin embargo, no basta colmar la objetividad del tipo penal, para que una conducta pueda calificarse de inmersa en su configuración típica, el sujeto además debe saber lo que hace, por que de lo contrario se privilegia irrazonadamente lo objetivo ante lo subjetivo y ambos aspectos deben concurrir en un ponderado sincretismo; es por ello que, la égida del principio de culpabilidad en este caso, bajo el brocardo "nulla poena sine culpa" impide sancionar a la persona por meros resultados de su actuar, por que sin dolo o culpa no hay reproche típico, ni mucho menos puede predicarse a posterior culpabilidad. Y esto es lo que afirma el artículo 4 CP cuando dice (...) Esta norma es derivación directa del artículo 12 Cn que no sólo se limita a proclamar la presunción de inocencia, sino que además exige la demostración de la culpabilidad, garantía ineludible de las personas para que se les pueda aplicar una consecuencia jurídica del delito. De ahí que del artículo 4 CP podamos extraer –entre otras– dos importantes conclusiones: la primera es que tal norma de garantía no se limita a prohibir de manera genérica la responsabilidad objetiva, sino que toda forma o cualquier forma de dicha responsabilidad está proscrita de nuestro sistema penal, por que a las personas debe sancionarseles no sólo por aquellas consecuencias que provoca, sino por que las provoca, o deliberadamente o con grave violación de los deberes de cuidado y siempre que las mismas afecten bienes jurídicos, es por ello que en la construcción típica por aplicación del principio de intervención mínima mientras la mayoría de conductas se construyen típicamente dentro de una figura dolosa que requiere el conocimiento y la voluntad del sujeto de realizar lo que se prohíbe, excepcionalmente se punibilizan las conductas culposas o imprudentes, ello responde a que nuestro sistema no acepta una teoría de crimina culpae sino de la crimina culpa, es decir, no hay una extensión desmesurada de los tipos penales, esa situación no será posible al menos que ya expresamente la tipificación culposa esté prevista para este tipo de conductas de manera concreta y precisa para salvaguardar el principio de legalidad. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 19-06-02.

132. Confrontar VELÁSQUEZ V. Fernando "Derecho Penal..." op cit p 284.

133. En tal línea de pensamiento HASSEMER Winfried "Persona, Mundo y Responsabilidad". Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1999 pp 54 a 55.

“versanti in re illicita etiam imputatur” o “al que se mueve en lo ilícito hasta la causalidad le es imputable”.

La segunda dimensión del principio *Nulla pena sine culpa*, se extiende respecto del hecho cometido, y garantiza que a ninguna persona podrá imponérsele pena o medida de seguridad, si la conducta de éste, no ha sido realizada con dolo o culpa¹³⁴; ello significa que únicamente puede ser típica aquella acción u omisión que se comete dolosa o culposamente; de ahí que haya una exigencia a que las conductas, deben ser realizadas por el sujeto obrando o bien con dolo o mediante imprudencia¹³⁵; con lo cual se prohíbe la imputación de un resultado que no este gobernado por el dolo, o que pueda atribuirse según culpa, como se advertirá, se vuelve en este ámbito a un equilibrio, entre objetivismo y subjetivismo. El mero hecho del resultado, tampoco por sí sólo funda la imputación del tipo penal¹³⁶.

También es oportuno dejar señalado que la exigencia de que la acción o la omisión sea cometida con dolo o con culpa, no sólo esta referida a la imposición de una pena, sino que también esta articulada como una necesidad para imponer una medida de seguridad; sin duda esto es un gran aporte del derecho penal humanitario, que permite hacer descender el énfasis que se dispensa al peligrosismo como fundamento de la imposición de medidas de seguridad¹³⁷, relativizando la aporía de la Temibilita.

De ahí que, la égida del principio de culpabilidad, en su

134. En lo que respecta a la exigencia de dolo o culpa, se ha manifestado: “De acuerdo al principio de responsabilidad que rige en el Derecho Penal, par atribuir responsabilidad penal una persona, no basta establecer el resultado material a la que está unida causal o normativamente su conducta, resultando necesario apreciar además la dirección de su voluntad, es decir, no puede atribuirsele responsabilidad penal sin que se hay establecido la existencia del dolo en su conducta (...) De lo anterior esta Sala advierte, que la conducta realizada por los señores Zaldívar Martínez, consistió en librar y entregar un cheque posechado a favor del Licenciado Machado Gómez, y que tal conducta tuvo como origen un contrato verbal de servicios profesionales, en virtud del cual, los contratantes hicieron perder al cheque su doble carácter de medio incondicional e inmediato de pago, condicionándolo a las results del juicio objeto del contrato referido, desnaturalizando de esa forma el uso de dicho título valor, convirtiéndolo a su vez en un instrumento de garantía así mismo, al consignarle una fecha posterior a su libramiento, retardaron deliberadamente el pago del mismo evidenciándose por una parte la ausencia se lesión al bien jurídico protegido por la noma, y por otra, la falta de dolo al momento que fue librado y entregado. Con base en lo expresado y lo dispuesto en los Arts. 3 y 4 Pn, que consagran los principios de lesividad del bien jurídico y de responsabilidad, es impropcedente atribuir responsabilidad penal a los señores Zaldívar Martínez, dado que en el juicio se estableció que hubo acuerdo acerca del uso que se le daría al cheque en referencia, distorsionando en su naturaleza, razón por la cual la conducta resultó ser atípica, por no existir el elemento subjetivo denominado dolo, requisito necesario para completar la tipicidad del delito en comento”. Sentencia de la Sala de lo Penal, de la diez horas del día dos de octubre del dos mil uno (272-00).

135. En tal sentido CALDERON CERESO Angel, CHOCLAN MONTALVO José Antonio “Derecho Penal”. Tomo I. Parte General. Bosch. Barcelona. España. 1999 p 60.

136. En cuanto al reconocimiento del principio de dolo o culpa se ha dicho: “La idea del principio de culpabilidad nace principalmente en el principio de responsabilidad de las penas y en el principio de exigencia de dolo o culpa; el primero de ellos limita la responsabilidad penal a los autores del hecho delictivo y a los que participen en el como inductores coautores o cómplices. En ese orden de ideas, habida cuenta la asimilación legislativa, el principio de culpabilidad reclama el rechazo de la responsabilidad penal objetiva y la exigencia que el delito se cometa dolosamente o al menos por imprudencia, es decir a propósito o por una inexcusable falta de cuidado, lo que excluye la responsabilidad por el resultados vinculados causalmente a la conducta del sujeto, que no eran previsibles ni evitables”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 171.

137. VELÁSQUEZ V. Fernando “Derecho Penal...” op cit p 285.

sentido pleno, como garantía constitucional, permite también la tutela del inimputable en aquellas consecuencias de la garantía de culpabilidad que le sean aplicables. En virtud de ello se exige, para imponer medidas de seguridad al inimputable, que éste debe haber cometido el acto dolosa o culposamente, ello implica la adopción de un tipo simple o avalorado.

Por último debemos hacer énfasis que el principio de nulla poena sine culpa, por cuanto exige que la conducta sea dolosa o imprudente, se opone al derecho penal de autor¹³⁸ y ello por que en la construcción configurativa de estos delitos, lo que desaparece es la posibilidad de verificación subjetiva de la conducta, son por así decirlo, delitos sin exigencia del presupuesto subjetivo, con lo cual se vulnera primariamente el principio de culpabilidad, por cuanto se trata de sancionar meramente el resultado de la infracción normativa, asociando a la misma las características personales del ser humano, pero no su conducta¹³⁹, por lo tanto impidiendo aleticamente la opción de realización en cuanto a la voluntad, o en su caso la no previsión de lo que si era previsible.

La Imputación subjetiva en concreto. Ahora debe examinarse, la cuestión de la necesidad de la imputación subjetiva. Conviene sobre ello expresar que, la exigencia de la consecuencia que se examina requiere, más allá de la relación que se determina entre, conducta realizada y resultado devenido a consecuencia de dicha acción u omisión, la atribución subjetiva de la misma respecto de la persona que lo ha ejecutado¹⁴⁰, por cuanto el hecho constituye como tal una conducta,¹⁴¹; de ahí que ésta que es la única que

138. En lo relativo a la neutralización del derecho penal de autor mediante la exigencia de dolo o culpa se ha considerado: "Pero además el principio de culpabilidad como principio básico del derecho penal, también puede implicar una contraposición al derecho penal de autor, pues deslegítima la punición de conductas sin el elemento subjetivo del delito, es decir, a partir de dicho principio ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción o si no es fruto de una decisión, por tanto, no puede ser castigado y ni siquiera prohibido, si no es intencional, esto es, realizado con la conciencia y voluntad necesaria en una persona capaz de comprender y de querer producir un resultado dañoso". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 171 139. Se ha expresado al respecto que: "Los delitos en los cuales no se exige intencionalidad del sujeto pertenecen a un sistema sin culpabilidad, que se refleja en un ordenamiento penal primitivo informado por la responsabilidad objetiva, ligada, no al conocimiento, y voluntad de la acción o del hecho delictivo, sino a un criterio de resultado. Este sistema, en puridad es un ordenamiento que privilegia estructuralmente la función penal de la defensa social y que por ello, descuida el elemento subjetivista de la culpabilidad, reputándolo irrelevante en el plano teórico. Mediante estas figuras delictivas de responsabilidad objetiva, presunta o sin culpa, resultan debilitados también la carga de la verificación empírica de los nexos de causalidad y de imputación que enlazan imputado y delito, junto con el resto de garantías procesales en materia de prueba y defensa". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 172 a 173.

140. Ver HASSEMER Winfried "Persona, Mundo y Responsabilidad..." op cit pp 53 a 54.
141. Respecto de la Garantía de imputación subjetiva, se ha dicho: "Sin embargo, en el ámbito Penal, no basta únicamente la delimitación del tipo objetivo, siendo indispensable determinar el elemento subjetivo rector de la conducta, sobre todo en delitos como éste donde lo penalmente relevante deviene del riesgo al bien jurídico, en tanto afecta la seguridad del tráfico mercantil, e igualmente concurre el carácter defraudatorio del cheque sin fondos, en la medida que el destinatario lo recibe por considerarlo equivalente al papel moneda, ignorando la carencia de fondos (...). Como sabemos, el dolo es conocimiento y voluntad en la ejecución de una acción prevista como delictiva, lo que para el caso, implicaría un deliberado propósito de girar un cheque sabiendo la carencia de fondos y callando tal circunstancia; por lo cual, el dolo genérico implícito en la figura del cheque sin provisión de fondos, se elimina al comprobarse que el librador no ha engañado al destinatario, si éste aceptó el título valor a sabiendas de la carencia de fondos y, aún más, si frente al conocimiento de la insolvencia del cuentacorrentista, pactó con éste un pago diferido, recibiendo el cheque precisamente para asegurar dicho

puede ser objeto de una imputación, es la que realiza un ser humano, y no la causación de meros resultados, es por ello que se requiere del concurso de criterios de imputación en el ámbito subjetivo que son los que a continuación se desarrollarán.

a) la exigencia que el autor del hecho conozca todos los elementos que conforman el hecho que esta desmerecido en el tipo penal. Con lo anterior se exige el conocimiento del sujeto respecto a la realidad sobre la cual desarrollará la conducta.

b) La exigencia que la persona que realiza la acción o omite realizar el acto debido lo haga mediante un acto de propia voluntad, de ahí que el hecho ha de ser querido en la voluntad de la persona. Se exige por ambos criterios conocimiento y voluntad del sujeto respecto del acto que realiza y del resultado que se producirá a partir de del mismo¹⁴².

c) Pero el conocimiento que se exige en la realización de la conducta y en la derivación del resultado de la misma ha de ser un conocimiento actual y no potencial¹⁴³; ese conocimiento se exige tanto a nivel de la situación fáctica en la cual ocurre el suceso, como de los elementos que estructuran la figura típica. De ahí que, si se trata de elementos descriptivos, es suficiente en el sujeto tenga los conocimientos usuales de cualquier persona, en su misma posición; si se trata de elementos normativos se requiere un conocimiento preciso de las normas que estructuran ese conocimiento conceptual; si se trata de un elementos culturales se requiere el conocimiento ordinario de ese aspecto vivencial-cultural.

d) también se exige en el aspecto de la voluntad que la persona que realiza el acto quiera la consecuencia que de él ordinariamente se producirá, es decir se quiere de manera directa el resultado que el acto produce¹⁴⁴; también ese resultado puede ser un objetivo que aunque no deseado de manera directa, es el esperado necesariamente de acuerdo al desarrollo de la conducta¹⁴⁵, o al final, basta con que sin querer directamente el resultado de la acción se asuma el riesgo de su producción, ratificando su suceso en caso que acontezca¹⁴⁶.

pago (...) Con lo expuesto, al tenerse por establecido la ausencia del elemento subjetivo en la conducta de la imputada, resultan innecesarias ulteriores consideraciones, tal como el análisis propuesto por el recurrente sobre el fenómeno delictivo desarrollado por Jakobs, tesis objeto de diversas críticas por otros estudiosos de la materia, pues propugna por una noción ultranormativa de la acción, pretendiendo crear un concepto socializado de delito, restando valor a ciertas categorías ontológicas tradicionales, indispensables para el análisis de cada conducta y su consecuente tipificación. Por otro lado, la Sala comparte el criterio del Tribunal de Sentencia, al sostener que la imputación dolosa del impago del cheque en la fecha acordada por imputada y víctima, lo sería a título de responsabilidad objetiva, pues no otra conclusión puede derivarse de un hecho carente de dolo, tal como antes se analizó". Sentencia de la Sala de lo Penal, de las nueve horas del día tres de junio de dos mil dos.

142. ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal..." op cit 496.

143. En tal sentido ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal..." op cit 497.

144. HASSEMER Winfried "Persona, Mundo y Responsabilidad..." op cit p 73.

145. Así ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal..." op cit p 498.

146. ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal..." op cit p 499.

De lo anterior puede intelecgrirse que la formulación de los presupuestos anteriores hacen alusión al instituto jurídico del dolo, de ahí que la exigencia del mismo en el ámbito de la imputación subjetiva, trascienda de una mera formulación dogmática, a un elemento que conceptualmente, desde la formulación del principio de culpabilidad, se erige como un límite al poder punitivo del Estado.

De ahí, la importancia de que el hecho cometido bajo el concepto del dolo, debe ser mediante un conocimiento actual, la voluntad de realización debe ser directa, bajo la modalidades que se han anticipado, por que en todas ellas se conoce y quiere la producción del resultado, y precisamente este aspecto es el que permite diferenciar dolo de imprudencia¹⁴⁷.

Corresponde ahora precisar algunas cuestiones respecto de la imprudencia que es la otra modalidad que se requiere en el ámbito de la imputación para que esta pueda ser objeto posteriormente de un examen de responsabilidad.

La primera aproximación que es menester señalar es que la diferencia entre hecho doloso y culposo, radica en la posición de la persona respecto del resultado, en el hecho intencional siempre se querrá el resultado, en el culposo el resultado es una consecuencia no asumida por la persona; de ahí en los tipos imprudentes, el resultado que se pretende evitar debe estar prescrito con toda precisión.

Otro aspecto a tener en cuenta es mantener la tipificación culposa bajo un sistema cerrado en el cual, únicamente cuando el legiferante considere digna de merecimiento de tutela en sede penal, la conducta culposa será considerada como delito¹⁴⁸. Ello es imperioso que así sea por cuanto la extensión de la imprudencia al ámbito de la vida ordinaria, bajo la consideración del deber de cuidado, presenta la dificultad de un tipo penal en principio abierto¹⁴⁹.

Para tratar de menguar lo anterior, se debe tener presente que es necesario evitar en lo posible las formulaciones excesivamente genéricas en los ámbitos de construcción del tipo penal culposo; la formulación precisa sobre ciertas áreas que son más sensibles para la configuración del delito culposo, es un aspecto a considerar. El

147. Sobre ello se ha dicho: "Si en la búsqueda de las correctas características del dolo se renuncia a definiciones apriorísticas de tipo ontológico y a desfiguraciones de elementos del dolo, se plantea en primer lugar, desde el punto de vista deontológico, la pregunta de cuál es la razón que justifica que en nuestro derecho penal se incrimine de un modo más grave el comportamiento doloso que el imprudente. Quien no puede contestar a esta pregunta, no podrá fundamentar los límites del dolo en criterios normativos aceptables: qué grupos de casos, situaciones, hechos, han de ser valorados como dolosos y cuáles como culposos no se decide según una presunta naturaleza ante o extrapenal del dolo o de la imprudencia en sí mismos considerados, sino según una lógica normativa, la cual sirve de base al diferente tratamiento penal que reciben los grupos de casos dolosos y culposos; lo que se considera como "ya doloso" o como "todavía culposo" solo puede decidirse en función de la ratio por la que se sanciona con mayor energía el dolo". HASSEMER Winfried "Persona, Mundo y Responsabilidad..." op cit pp 68 a 69.

148. Confrontar CHOCLAN MONTALVO José Antonio "El Delito Culposo". Primera edición. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. República de El Salvador. 2001 pp 28 a 29.

149. En tal sentido ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal..." op cit p 523.

deber de cuidado que se estime no sólo debe estar cimentado en los criterios de prudencia general, sino en los singulares que tenga la persona en relación al hecho que se sucede.

El resultado que se produce debe ser la concreción del acto infractor del deber de cuidado; el resultado de lesión debe ser el previsto en el ámbito de tutela de la norma; y el acto u omisión del acto debido debe ser previsible, de acuerdo a criterios mínimos y personales del sujeto. En la imprevisibilidad importa la no imputación del resultado en el ámbito de la culpa; y la única exigencia cuando concurren eventos que no son previsibles, es la razonable posibilidad de haber advertido lo que podría ser predecible en el ordinario de la vida, según los conocimientos de la propia persona.

F. Principio de Atribución Personal. Como fundamento esencial del principio de atribución personal, se señala la relación necesaria que ha de mediar entre el acto realizado y el aspecto psíquico del ser humano, en cuanto se ve a la persona en relación a la capacidad que tenga para dirigir sus propias conductas¹⁵⁰.

Es obvio que la consideración del principio de atribución personal, trasciende de los meros actos exteriores del sujeto y de los efectos que el acto produzca, para dirigirse al examen del ser humano en su interioridad, es decir es un enfoque si se quiere holístico en cuanto incumbe a la totalidad del hombre, sus actos y la capacidad para decidir y dirigir sus actos. Sin agotar éste aspecto esencial, no es legítima la imposición de una pena o de una medida de seguridad¹⁵¹ por cuanto se requiere una normalidad en el ámbito psíquica para comprender el contenido de lo ilícito, y ello configura el principio de imputación personal en sentido estricto¹⁵².

Precisamente por ello debemos de recordar que la exigencia de atribución personal del acto, siempre ha estado vinculado al tema de la insania mental, y ello conviene indicarlo no obstante alcanzar tópicos de ciencias naturales. No se trata de un tema neutro, también la locura en cuanto a su definición y alcances, esta imbuida

150. VELÁSQUEZ V. Fernando "Derecho Penal..." op cit p 567.

151. Sobre este tópico ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal..." op cit pp 662 a 663. VELÁSQUEZ V. Fernando "Derecho Penal..." op cit pp 567 a 568.

152. En lo relativo al principio de culpabilidad en sentido estricto o de atribución personal se ha considerado por la Sala Constitucional: "En otro orden y como manifestación del principio de culpabilidad, el subprincipio de imputación personal impide penalizar al autor de un hecho antijurídico que no alcance determinadas condiciones psíquicas, que le permitan un acceso normal a la prohibición infringida. Es lo que sucede en el caso de los inimputables, ya sea por ser menores de edad, ya por causa de enfermedad mental, defecto de inteligencia o percepción, trastorno mental transitorio. Este principio se apoya en la necesidad que el hecho punible pertenezca a su autor no solo subjetiva y materialmente, sino que también como producto de una racionalidad normal que permita verlo como obra de un ser con suficientemente discernimiento. Tal situación se justifica además en el principio de igualdad, pues la exigencia de imputación personal, como presupuesto de la punición de las conductas delictivas, obliga a diferenciar a las personas según sus capacidad de discernimiento delictivo, es decir, sería contrario a la igualdad pretender, que se impongan penas a personas que no gozan de la misma capacidad de motivación normal, siendo que las mismas están previstas para quienes pueden ser motivados por la ley penal; pues frente al sujeto que dispone de una racionalidad que le hace normalmente accesible a la norma penal, es preferible el mecanismo de la motivación normativa y de la pena como respuesta a una infracción normalmente atribuible a su autor.". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 176.

de la ideología del control, no se trata de un conocimiento disciplinar aséptico al poder y a la ideología del poder¹⁵³, en tal sentido es ésta una área donde los límites al poder sancionador deben estar presentes quizá con mayor rigurosidad.

Por medio de la consecuencia de la necesidad de atribución personal, se requiere la concurrencia de ciertos presupuestos que permitirán que bajo ciertas condiciones a la persona que realizó un hecho tipificado como delito, pueda responder del mismo como un acto de su propia conciencia: a) la primera exigencia radica en que no es posible imponer pena alguna a quien no tiene capacidad para ser culpable¹⁵⁴, por cuanto el hecho que realizó no representa un acto gobernado por su racionalidad que implica la exigencia a su propio ámbito de libertad, sin ésta capacidad para dirigir los propios actos de acuerdo a un parámetro de normalidad psíquica no es posible la imposición de pena alguna, por cuanto no es posible exigir motivación a quien ha visto mermada esa capacidad; b) la segunda exigencia del principio de atribución personal, radica ya en el ámbito no de la ausencia de la capacidad psíquica para decidir, sino de la merma significativa, que genere alteraciones o insuficiencias que reducen en la gobernabilidad de los actos¹⁵⁵.

De ahí que, es menester concluir, que desde el derecho penal de la culpabilidad, no es posible imponer penas, cuando la persona presenta un déficit en el proceso cognoscitivo y comprensivo de la realidad que le circunda, que le hace o no comprender los actos que realiza o no dirigir los actos por un decrecimiento de esa facultad de comprensión psíquica, ello puede generar desde la no exigencia de responsabilidad penal en cuanto pena, a la atenuación especial de la pena, en virtud de un trato diferenciado, por cuanto quien presenta decrecimientos en las facultades comprensivas o volitivas, aún cuando estos no tornen a la persona en inimputable, no puede ser equiparado a la generalidad de las personas, que no presentan estas disfunciones, por lo cual, no es posible de acuerdo al principio de igualdad, partir de un merecimiento de pena en abstracto, es decir para la generalidad de las personas, ello por que, concurre una situación de hecho, que vuelve a quien adolece de una imputabilidad disminuida diferente a los demás y por ende debe ser tratado en razón de esa diferencia con una pena disimil, a la que se depara para la generalidad de los gobernados.

La imposición de medidas de seguridad, en estos casos no es una consecuencia necesaria, ese ideario debe desaparecer del ámbito penal, las medidas de seguridad no se imponen ex profeso

153. Sobre los aspectos ideológicos del poder psiquiátrico como forma de control ver BUSTOS RAMIREZ Juan "Control Social y Sistema Penal..." op cit pp 289 a 299.

154. En tal sentido MIR PUIG Santiago "Revisión de la teoría del delito en un estado social y democrático de derecho" en "Crímen y Castigo". Año I. Agosto-2000. N° 1. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. 2001 pp 193 a 194.

155. VELÁSQUEZ V. Fernando "Derecho Penal..." op cit p568.

por que una persona adolece de una afección psíquica, ello es insuficiente para fundar la imposición de medidas de seguridad, por cuanto la justificación únicamente descansa en el mito del “loco” como persona peligrosa¹⁵⁶.

G. Principio de Personalidad de la culpabilidad y de la coerción. El cimiento esencial de esta consecuencia, es que la culpabilidad es personalísima, con lo cual se quiere significar que, la misma no es transferible a ninguna otra persona –que no sea el propio culpable– y ello también debe predicarse de las consecuencias jurídicas del delito –penas o medidas de seguridad– las cuales esencialmente por sus efectos de restricción de derechos fundamentales no deben resultar transmisibles más allá de la persona declarada culpable, que es la única que esta sujeta a pena. En resumen, culpabilidad y sanción punitiva son intransferibles de la persona del justiciable y ello debe reflejarse no sólo en materia de sistemática penal, sino en el área del proceso penal y en el ámbito de la ejecución de la pena o de las medidas de seguridad. Corresponde entonces aproximar las cuestiones de mayor relevancia en el ámbito de la garantía de la personalidad, de la culpabilidad y de la pena.

(A) El problema de la pena de prisión y sus efectos deletéreos. La sanción penal se caracteriza en la realidad por su amplio poder de afectación en relación con el goce los derechos fundamentales¹⁵⁷; de todas las sanciones, esa realidad es mas aguda entratándose de la pena privativa de libertad, y debe reconocerse que la misma, en cuanto a los efectos que produce, no sólo afectan al declarado culpable y responsable del delito, sino que también extiende sus efectos lesivos hacia otras personas que constituyen el entorno social cercano del reo –su familia– y que desde una perspectiva social son alcanzados en sus derechos fundamentales mediante la pena sin que participen de la culpabilidad del acusado.

La anterior realidad, es importante tenerla presente al momento de criminalizar conductas y fijar sanciones penales en abstracto y en concreto, pues siendo un efecto negativo ciertamente irreductible, sólo puede aspirarse a racionalizar la coerción penal material, en el sentido de disminuir sensiblemente los límites de la sanción penal, que inflige materialmente un sufrimiento no sólo al condenado, sino a las personas que forman su grupo social esencial, transfiriendo los efectos de la sanción a terceros; lo cual es compatible con la utilización del derecho penal en su consideración de instrumento de última ratio.

Un aspecto que merece consideración especial es el que se deriva de los modelos actuales de ejecución de pena, que generan una expansión ya desproporcionada sobre la transferencia de las consecuencias de la ejecución de la pena, que trascienden del

156. QUINTERO OLIVARES Gonzalo “Locos y Culpables”. Editorial Aranzandi. Pamplona. España. 1999 p 53.
157. ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro “Derecho Penal..” op cit p 886.

condenado a terceras personas estrechamente vinculada al reo. Precisamente nos referimos a la restricción de las visitas familiares con evitación del contacto físico entre condenado y familia; y la prohibición de la visita íntima que determina el artículo 103 de la Ley Penitenciaria como régimen de internamiento especial, relacionado con el régimen de ejecución de la pena –aspecto cualitativo de la pena– que se prescribe a partir del artículo 45 N° 1 del Código Penal. Normas como las anteriores, son expansoras de las consecuencias de la pena a terceros que no tienen por que soportar el exceso de las consecuencias penales, de ahí que el principio de personalidad de la culpabilidad y de la pena se vea transgredido por normas que de manera irrazonable, hacen trascender los efectos de la pena a personas distinta del culpable.

Lo anterior no sólo viola el principio de que la pena es personalísima, derivado esencial del principio de culpabilidad, reconocido en el artículo 12 Cn, sino que además vulnera el artículo 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que garantiza que la pena es una consecuencia personal del delito para quien lo ha ejecutado, y que no puede extenderse más allá de lo razonable a otras personas¹⁵⁸. Obviamente el limitar a los familiares del condenado el contacto físico con éste en cuanto al régimen de visitas y la prohibición de la visita íntima hace trascender a estos los efectos de la pena de prisión en cuanto al tratamiento de ejecución, pena que en si misma es inhumana y afectadora de otras normativas internacionales.

(B) El caso de la prisión preventiva. Las afectaciones al principio de culpabilidad no necesariamente se materializan en el ámbito del derecho penal de fondo; también en el ámbito del derecho procesal penal, pueden sucederse estas transgresiones, pero también en esta área del derecho, es posible hacer prevalecer el principio de culpabilidad como instrumento de garantía. La lesión material del principio de culpabilidad, en el área de la coerción procesal, esta fundamentada en la modificación de algunos supuestos de la detención provisional.

La actualidad de la doctrina y también en la jurisprudencia constitucional, se ha esforzado por delimitar y diferenciar correctamente la detención provisional de la pena de prisión, haciéndose énfasis, en que ambas medidas de coerción responden a propósitos distinta naturaleza, de tal manera que las mismas –pena de prisión y detención provisional– no son homologables–mas allá de la materialidad en la intensidad de la privación de libertad con exclusión del régimen penitenciario– y por lo tanto no pueden esperarse que ambas cumplan

158. El texto literal reza: "La pena no puede trascender de la persona del delincuente".

las mismas finalidades¹⁵⁹.

Ahora bien, la garantía que se examina estatuye que la culpabilidad y la pena son personalísimas, ello significa que la persecución penal y las medidas coercitivas, que se incorporan para investigar y determinar la imputación sobre la cual posteriormente podrá derivarse el juicio de culpabilidad, deben responder a la misma lógica, es decir, ser personalísimas, en tal sentido nadie debería ser perseguido penalmente por hechos ajenos, ni tomarse como fundamento para la coerción procesal, hechos que son al nivel de imputación procesal extraños a la persona que se persigue como justificable.

Y aquí precisamente es donde se quiebra el principio de culpabilidad en el ámbito procesal penal, pues existen fundamentos normativos que permiten decretar la detención provisional por hechos atribuidos otras personas, distinta de quien sufrirá la medida cautelar de prisión preventiva; es por ello que la detención tomando como parámetro “la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos...” es violatoria del principio de culpabilidad, en relación a los hechos análogos cometidos, por que éstos no son imputables al justificable; y en cuanto al fundamento de la alarma social que el hecho produzca, debe de recordarse que la pena es el instrumento que modestamente podría generar algunos efectos –simbólicos– de prevención general, pero ello no es atributo de la detención provisional, que no constituye

159. Sobre los fines que se predicán a las medidas cautelares y de entre ellas especialmente a la detención provisional con abundantes criterios cuya discusión ameritaría otro espacio ver: TINETTI José Albino, SORIANO RODRÍGUEZ Salvador Hector, MARROQUIN GALO Fernando, JOSÁ María Antonieta, SALAZAR TORRES Godofredo y CRUZ AZUCENA José Manuel “Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal”. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 1999 pp 417 a 433. ; en lo particular es oportuno adherirse a la posición asumida por Bovino quien en esta temática señala que: “Para respetar el principio de inocencia, es indispensable tener en cuenta, en todo momento y para todos los casos, que no se puede otorgar fines materiales –sustantivos– a la privación de libertad procesal o cautelar. En consecuencia, no se puede recurrir a la detención preventiva para obtener alguna de las finalidades propias de la pena (v.gr. impedir que el imputado cometa un nuevo delito). La detención preventiva, como medida cautelar, sólo puede tener fines procesales. El carácter procesal de la detención significa que la coerción (la privación de libertad) se utiliza para garantizar “la correcta averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal”. Se trata en consecuencia de lograr que el proceso penal se desarrolle normalmente, sin impedimentos, para obtener la solución definitiva que resuelva el aspecto sustantivo del caso. Según CAFFERATA NORES, la “característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines. Los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas) sino instrumental y cautelar; sólo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cesarse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva”. BOVINO Alberto “El Encarcelamiento Preventivo en los Tratados de Derechos Humanos” en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Compiladores. Martín Abregú/Christian Courts. Centro de Estudios Legales y Sociales. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1997 ps. 442 a 443. También es importante citar el precedente constitucional que al respecto expresó: “Sin embargo, la praxis impone que la Constitución autorice algunas restricciones a la libertad durante el desarrollo del proceso penal; pero, al mismo tiempo, ya que la Constitución optó por consagrar como derecho fundamental la presunción de inocencia del imputado, ello descarta completamente que la privación de libertad durante el proceso –que es lo que implica la detención provisional– sea de la misma naturaleza y persiga los mismos fines que la pena y, por ello, la detención provisional sólo puede tener por objeto asegurar o hacer posibles los fines del proceso penal, estando constitucionalmente prohibido trasladar a aquélla los fines que supone la pena, pues ello supondría una inaceptable tergiversación de la presunción de inocencia”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op. cit. p. 126

ni es una pena, que responde a otros criterios, propios de las medidas cautelares –instrumentalidad, necesidad, variabilidad etc– y que en todo caso se hace recaer sobre una persona que jurídicamente desde la Constitución es inocente.

(C) El problema de imputación en las personas jurídicas. Que el apotegma “societas delinquere non potest”, haya permanecido por mucho tiempo inalterado el sentido que las personas jurídicas, no tienen capacidad de culpabilidad penal, es una consecuencia de la estructuración de la acción en el sentido de estar predicada sobre la base de la imputación para personas humanas¹⁶⁰ y por ende no pueden ser objeto de penas en el ámbito del derecho penal; aunque como se advierte por la doctrina, este ideario en el actual estado de cosas, se está viendo fuertemente cuestionado, sobre todo en atención a los denominados “delitos de empresas” y a las actuales visiones de las sociedades de riesgo, de ahí que se configuren como ámbitos de riesgo respecto de la actividad de empresas: a) actividades de peligro contra el medio ambiente; b) actividades de peligro dentro de la actividad empresarial; c) actividades de peligro respecto de los productos para los consumidores; d) actividades de peligro en los medios de transporte; e) actividades de peligro en las actividades de investigaciones transgénicas y genéticas.

De ahí que, las opciones que se presentan, van desde: 1) admitir una suerte de responsabilidad civil especial de las personas jurídicas; 2) a establecer la transferencia de calidades especiales de la persona jurídica, a la persona natural que realiza la conducta delictiva utilizando la estructura del ente ficticio, con lo cual se admite como modalidad de autoría la figura del “actuar por otro”; 3) La consideración de que las personas jurídicas como tales, deben responder penalmente por el delito que se les atribuya, para lo cual se edifica todo un sistema de imputación y de sanciones acordes a la naturaleza de las personas morales; 4) a la consideración de que las personas jurídicas deben ser sometidas a una especie de medidas asegurativas.

En nuestro ordenamiento se ha optado por la fórmula del “actuar por otro” inicialmente acuñada en Alemania y que permite mediante una cláusula especial en el ámbito de la autoría, transferir las calidades especiales que ostenta la persona jurídica a las personas naturales que realizaron el comportamiento delictivo, los cuales, de no concurrir esa transmisión de calidades, no tendrían típicamente la calidades de autores, puesto que el supuesto de hecho exige de un elemento de especialidad, que le es propio a la persona moral, pero le es ajeno a la persona humana.

160. Así se ha indicado “Tampoco son acciones conforme al Derecho penal alemán los actos de personas jurídicas, pues, dado que les falta una sustancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas. Sólo “órganos humanos” pueden actuar con eficacia para ellas, pero entonces hay que penar a aquellos y no a la persona jurídica”. RÖXIN Claus “Derecho Penal” pp 258 a 259.

Lo relevante para el principio de culpabilidad, es tener en cuenta las circunstancias en las cuales debe manejarse este ámbito de transferencia de calidades especiales, en el sentido que, si se considera ello idóneo en el ámbito de la tipicidad vinculado al elemento de autoría, ello no supone la transferencia de la culpabilidad de las actuaciones de la persona natural respecto de la persona jurídica; esta relación debe mitigarse en el sentido que no todas las personas humanas que constituyen la persona jurídica, deben ser afectadas por las actuaciones del ente moral, mediante el concurso de personas naturales en la comisión de ilícitos penales.

Se está indicando entonces que por el hecho que una o más personas humanas, utilicen las estructuras de una persona jurídica para delinquir, ello no genera automáticamente responsabilidad para todas las personas naturales, que tienen la representación o la dirección de la persona jurídica; no es aceptable desde el principio de culpabilidad que por el sólo hecho de constituir parte de la persona jurídica se deba responder de todas las consecuencias que se generen tanto en el ámbito penal como en el civil.

(D) La cuestión de la tipicidad cumulativa. Quizá convenga por lo menos hacer un síntesis sobre problemas actuales que se suscitan respecto del principio de culpabilidad. Uno de ellos es la criminalización de nuevas conductas delictivas respecto de innovadores bienes jurídicos que se dotan de autonomía, —por ejemplo el medio ambiente—¹⁶¹ y que han generado la discusión, en relación a las nuevas formas de ejecución de estos delitos no convencionales, de si las formas cumulativas de tipicidad, podrían vulnerar el principio de culpabilidad en la modalidad de que la culpabilidad es singular e intransferible.

El aspecto de la discusión tiene como fundamento que si la culpabilidad se predica personal, la imputación del injusto típico, debe ser también personal, y ello es aplicable a la realización de la conducta personal; en otras palabras, si la culpabilidad y la pena se preconizan de personalísimas, la tipicidad de la conducta también debe ser personalísima, bajo el criterio que sólo sobre los hechos típicos que cometa el autor puede recaer el juicio de culpabilidad, sin que a la persona puedan serle atribuidos, conductas cometidas por otras personas.

Digamos que en los delitos convencionales, las cuestiones de imputación personal no habían derivado en una problemática más sustancial, que la que involucraba las cuestiones de autoría; sin embargo las nuevas formas de criminalidad, en especial las que se hacen descansar sobre construcciones típicas no convencionales, entrañan también nuevos problemas en los ámbitos de la imputación. De ahí es que un sector del pensamiento penal hace alusión a las

161. Así TERRADILLOS BASOCO Juan "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente" en "Derecho Penal del Medio Ambiente". Editorial Trotta. Madrid. España. 1997 pp 42 a 43.

denominadas formulas de tipicidad cumulativa –que según Kunhlen–¹⁶² son aquellas en la cual la producción dañosa como afectación del bien jurídico aparece mediante la coincidencia reiterada de varias acciones que –en principio inocuas– sumadas o acumuladas representan una dañosidad tal que afectan al objeto de protección. En tal sentido, el perjuicio no acontece hasta que concurre la reiteración de diversas conductas que van acumulando un daño que de ínfimo al final resulta creciente precisamente –según lo informa Kleine –¹⁶³ por sus efectos cumulativos.

Una aproximación a lo anterior indica que si las conductas reiteradas, que acumulan secuencialmente el daño, proviniesen de una misma persona, los cuestionamientos dogmáticos serían de otra entidad, empero si las conductas que al final por acumulación, convergen a provocar la afectación del bien jurídico, provienen de distintas personas que por sus diferentes acciones van sumando el perjuicio y que al final permiten concretar la tipicidad, y sobre la misma fundar la determinación de la culpabilidad, tal situación provoca examinar si comprometen los fundamentos del principio de culpabilidad, puesto que el sustrato típico, es decir los hechos sobre los que recae la subsunción y sobre los cuales se predicara la culpabilidad no provienen con exclusividad del autor¹⁶⁴.

En tal sentido, la pena toma como referente una culpabilidad que ya no es personalísima sino que esta difuminada sobre diversas actuaciones no imputables subjetivamente en su conjunto a la persona. Tal situación –como lo expresamos, es mercedora de una profunda reflexión, puesto que materialmente las tipicidades cumulativas estarían afectando el sub-principio de que la culpabilidad es personalísima que sólo se estructura por los hechos personales por acción u omisión del sujeto, sin que se deba responder por las acciones u omisiones de otros.

H. Principio de Conocimiento. Otro aspecto que es sensible para el principio de culpabilidad, es la consecuencia de la exigencia de conocimiento tanto del hecho típico como de la prohibición, por cuanto de no mediar éste nivel de exigencia en la persona del autor, no le es predicable un juicio de exigibilidad en cuanto a la motivación de sus actos, respecto de la infracción de las normas y de la afectación de los bienes jurídicos. Anteriormente esta consecuencia

162. KUHLEN A. Der Handlungserfolg der strafbarem Gewässerverunreinigung (324 StGB), GA 1986, exp. 389, ps. 399. Así citado por HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción a la Criminología". Tiran lo Blanch. Valencia. España. 1982 p. 178.

163. KLEINE-COSACK E. "Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht, Berlin 1998 ps. 76 a 77. Así citado por TERRADILLOS BASOCO Juan "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente" en "Derecho Penal del Medio..." op. cit. p.48.

164. En este punto, es importante advertir que tal situación problemática no estaría satisfactoriamente resuelta –al menos en nuestra opinión– desde la perspectiva del principio de culpabilidad, por la denominada autoría accesoría la cual según lo informa Trejo –citando a Jescheck– consiste: "Cuando varias personas producen en común el resultado típico sin hallarse vinculados por un común acuerdo". TREJO ESCOBAR Miguel Alberto "Autoría y Participación en Derecho Penal". Editorial Triple "D". 1ª edición. San Salvador. El Salvador. 2000 p. 31.

del principio de culpabilidad era rechazada sobre todo bajo el apotegma de “error iuris nocet o ignorantia iuris non excusat” axioma bajo el cual el desconocimiento de la ley no eximía a nadie de responsabilidad penal¹⁶⁵.

En la actualidad la vetusta ficción que presumía conocido todo el derecho que produce el orden político, es una aporía al menos en los ámbitos del derecho sancionador; de ahí que las vigencias de la utopía –que en otras áreas del derecho se admite – es inadmisibles en el ámbito del derecho penal, con lo cual los criterios de que la ignorancia de la ley o el error sobre la misma o sobre la realidad en la cual se desarrolla la conducta no son causas que eximan de responsabilidad penal, están vedadas en el entorno del sistema penal por vigencia del principio de culpabilidad¹⁶⁶.

Las cuestiones que se examinarán son las siguientes: (a) La persona que ha desarrollado una conducta sobre la base de una situación errática, no puede ser objeto de punición, ello por que no sería legítimo sancionar a quien ha orientado su decisión y su conducta merced a una realidad equivocada, ora por que ha errado sobre la comprensión de la ilicitud de alguno de los elementos del tipo penal, ora por que la equivocación ha tenido una falsa percepción de la facticidad en la cual la persona se encontraba desarrollando sus actos, de ahí que cuando el error ha sido sustancial para la realización de la conducta, ello impide que la persona pueda ser objeto de una sanción¹⁶⁷.

Acorde con el principio de culpabilidad y con la consecuencia del principio de conocimiento, si la persona se ha encontrado en una situación de error relevante respecto a la materialidad del hecho que ejecuta o la comprensión de los elementos del tipo penal, su responsabilidad penal se encuentra excluida, si se quiere un nivel de precisión diremos que en este caso, al situarse el error en el conocimiento de lo típico, por afectación de la capacidad de conocimiento, el dolo resulta excluido, cuando esa situación errática era insalvable para la persona en el caso particular, por cuanto se requiere que el dolo como conocimiento abarque los elementos del tipo penal¹⁶⁸.

Precisamente la relevancia del error ha de medirse por la capacidad de conocimiento que tenía la persona en relación a la situación en la cual se encontraba. Ahora bien cuando el defecto del error no es de la entidad para ser insalvable, la consecuencia es que la imputación dolosa, desaparece, precisamente por que

165. En tal sentido ver DÍAZ YGARCÍA CONLLEDO Miguel “Los Elementos normativos del tipo penal y la teoría del error” en “Estudios Jurídicos” en Memoria del Profesor José Ramón Casabó Ruiz. Primer Volumen. Universitat de Valencia. Valencia. España. 1997 pp 678 a 679.

166. ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro “Derecho Penal...” op cit p .507

167. Sobre ese aspecto se pronuncia VELASQUEZ V. Fernando “Derecho Penal...” op cit pp 294 a 295.

168. PUPPE Ingeborg “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción” en “El Error en el Derecho Penal” AA. VV. Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1999 pp 89 a 90.

concurriendo el error impide la formación de un conocimiento y voluntad en cuanto a la ejecución de la conducta como querida¹⁶⁹; pero dado que la situación errática podía ser superada, es posible la imputación por culpa del hecho, si se satisfacen debidamente los parámetros de adecuación de la imputación culposa¹⁷⁰.

(b) La otra cuestión que debe considerarse es el error que procede por ignorancia normativa, en el sentido de saber que la conducta que se ejecuta, esta prohibida con rango de delito, merece indicar desde ya que esta particularidad, no afecta –por regla general – las cuestiones de la imputación típica, y debe ser examinada a nivel de la exigencia de culpabilidad en relación directa a la conciencia de lo ilícito¹⁷¹.

Desde las perspectivas de la teoría del error, la falta de conocimiento es una cuestión similar al conocimiento errático. De ahí que, conforme al principio de culpabilidad, es sostenible que quien desconozca de manera invencible la existencia de una prescripción penal, en relación con el hecho que ejecuta, no puede ser sujeto a la consecuencia de la pena. La anterior consecuencia en su momento casi significó un cisma en el derecho penal, en relación a las consecuencias que se podría producir, si se admitía esta garantía derivada del principio de culpabilidad, sin embargo, estas funestas consecuencias nunca se concretaron¹⁷².

En resumen, lo que podríamos indicar es que quien actúa en una situación de error prohibitivo, sea directo o indirecto, cuando dicho error es insalvable, la consecuencia es la exclusión de la culpabilidad –para un sector de la doctrina– con lo cual no procede la imposición de una pena, empero si la situación de error es superable, la exigencia de la culpabilidad se mantiene, por lo cual es plausible la imposición de una pena, sólo que mitigada por la situación del error que ha concurrido pero que era superable, de ahí que algunos modelos en la determinación de la culpabilidad opten por una pena especialmente atenuada; mientras otros modelos, prefieren imputar cuando se trata de un error indirecto, la solución de un delito imprudente¹⁷³.

I. Principio de prohibición de doble incriminación. Este axioma se ha considerado que es una modalidad del principio de Ne bis in idem sólo que materializado en el ámbito del derecho penal

169. FRISCH Wolfgang "El error como causa de exclusión de lo injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad" en "El Error en el Derecho Penal" AA. VV. Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1999 p 29.

170. VELASQUEZ V. Fernando "Derecho Penal..." op cit p 422.

171. En tal sentido ver DALL'ANESE Francisco "Derecho Penal: lo científico y lo político en "Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Walter Antillon Montealegre. Juan Marcos Rivero Sánchez, Javier Lobet Rodríguez. Compiladores. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2004 p 149.

172. Sobre ello NIETO MARTÍN Adán "El Conocimiento del Derecho". Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Atelier. España. 1999 p 19.

173. Por ejemplo sigue está sistemática en Costa Rica DALL'ANESE Francisco "Derecho Penal: lo científico y lo político..." op cit p 149.

sustantivo¹⁷⁴. La prohibición precisa radica en que no es posible imputar más de una vez la misma conducta a una persona; la otra dimensión del principio de doble incriminación descansa en la imposibilidad de que se haga una doble valoración sobre un mismo hecho generador, y que a partir de esa duplicado en la valoración de un mismo hecho, se agrave la culpabilidad y la pena. Como consecuencia de esta garantía se impide desproporcionarse tanto en el ámbito del procesamiento, el cual significa ya un estado aflictivo para el justiciable –pena forense– como la desproporcionalidad en la sanción, que significaría un exceso en el ámbito punitivo.

Si se quisiera apostillar sobre lo anterior se indicará que son formas de violar el principio de doble incriminación: a) la doble valoración de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; b) la doble valoración de los elementos objetivos del delito, cuando se después se desvaloran en el juicio de culpabilidad al graduarse el desvalor del hecho; c) la doble valoración de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, que después se aprecia como circunstancia modificativa especial; d) la prohibición de la doble valoración de la misma circunstancia agravante, que se desvalora especialmente en el tipo penal; e) la prohibición de doble valoración de elementos subjetivos del delito, cuando desvalorados en la graduación del injusto, ya no pueden ser desvalorados como móviles al desvalorarse la culpabilidad.

Por último, es menester reconocer, que unos de los instrumentos importantes para reducir la posibilidad de la doble incriminación es la utilización del concurso aparente de leyes o normas penales; por cuanto la esencia de los postulados del concurso aparente, como lo son los criterios de especialidad, de subsidiariedad, y de consunción; descansan en la prohibición, de penalizar doblemente o múltiplemente un único hecho; por ello, es que esta garantía es una derivación del axioma de la culpabilidad, e inclusive vinculada muy estrechamente al principio proporcionalidad, puesto que resulta irrazonable, que a una persona le sean impuestas diversas penas, ante la subsunción de la conducta, en varios tipos penales, cuando el hecho generador es uno sólo, y éste puede reconducirse a una exclusiva tipicidad, que desvalora de manera completa la conducta del justiciable.

De ahí que, el concurso aparente de normas es un excelente instrumento para evitar estas múltiples penalizaciones, y ello no es cuestión pueril, en la realidad forense, se imputan a partir de una conducta, diversas calificaciones de delitos, lo cual es un riesgo

174. Así se dice: "Aunque no está expresamente consagrada en la legislación argentina, es una cuestión de lógica jurídica y expresión de non bis in idem el principio según el cual cuando una circunstancia está contemplada en el tipo legal no debe ser tomada en cuenta para la cuantificación de la pena, lo cual se conoce doctrinariamente como prohibición de doble desvaloración. Esta regla elemental impide que una circunstancia, cuando forma parte de la descripción típica en su determinación básica o cualificada pueda ser considerada entre los criterios que agraven la pena pues ya integra el desvalor del injusto que se reprocha. ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGÍA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal..." op cit p 1000.

inadmisible para el justiciable y una erogación excesiva para el Estado, por lo que significa la eficacia de la investigación. Precisamente, para evitar esos excesos en la adecuación de los hechos, es que se utiliza el concurso aparente de normas.

J. Principio de diferenciación en los ámbitos externos e internos de la imputación. La exigencia de la consecuencia aludida, parte de dos grandes axiomas el de igualdad y el de razonabilidad, y se vincula al principio de culpabilidad, en cuanto a que de no observarse el principio de diferenciación, los ámbitos de la dosimetría de la pena, se vuelven excesivos y por ende desproporcionados, lo cual vulnera el segundo gran contenido del principio de culpabilidad que estatuye que la pena debe ser proporcionada a la culpabilidad¹⁷⁵.

El principio en su esencia señala que, las graduaciones de los niveles de imputación tanto de aquellos que son externos –objetivos– como de aquellos que son internos –subjctivos– deben presentar, según los parámetros de sus respectivas gravedades, un tratamiento desigual y diferenciado para los que se sitúen en distintos niveles, por cuanto el grado de reproche y de gravedad es distinto, de lo contrario la regla de equiparación que llevaría a no regular un trato diferenciado, significaría un tratamiento desigualitario, por cuanto trataría como iguales a quienes se encuentran en distintas condiciones, en este caso respecto de los niveles de imputación¹⁷⁶.

Huelga decir, que la materialización de éste principio no se colma con la diferenciación meramente normativa en el supuesto prescriptivo de la norma penal, para que el principio sea funcional, es necesario que la diferenciación se haga en el ámbito de la pena, pero no desde la generalidad, por que la generalidad misma, ya tiene un desvalor que esta fijado con anticipación, de ahí que el cumplimiento del principio en el ámbito normativo implica la creación de supuestos normativos especiales que consideren especialmente el aspecto diferencial de los intervinientes, con un trato disímil respecto a la generalidad, precisamente por este motivo es que la determinación de la pena según el merecimiento de pena del tipo penal no resuelve el problema, por cuanto el tipo penal y su merecimiento esta determinado in genere sin tomar en cuenta la cláusula de diferenciación.

Algunas manifestaciones concretas del principio de diferenciación en cuanto a las consecuencias de la imposición de la pena son las siguientes: a) la penalidad de las resoluciones manifestadas cuando se incriminan como tipos penales autónomos, no puede ser equiparable a la penalidad de la tentativa, ni mucho menos a la del delito consumado; b) la penalidad del delito imperfecto debe ser diferenciada a la penalidad del delito consumado; c) la penalidad asignada a los autores debe ser diferenciada a la penalidad

175. En tal sentido HASSEMER Winfried "Persona, Mundo y Responsabilidad..." op cit p 57.
176. En tal sentido HASSEMER Winfried "Persona, Mundo y Responsabilidad..." op cit p 55 a 56.

de los partícipes; d) la penalidad del delito imprudente no debe equiparse a la penalidad del delito doloso; e) la penalidad de quien obra bajo situación de error vencible debe ser disímil de quien no obra bajo la misma circunstancia; f) la penalidad para el imputable debe ser diferente a la penalidad del semi-imputable o a quien adolece de una imputabilidad disminuida; g) la penalidad del delito de lesión debe ser diferenciada de la penalidad del delito de peligro; h) la jerarquía del bien jurídico es rector de infra-sistemático en el diseño del merecimiento de pena en abstracto.

1.5 PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE EXCESO.

A. Significación. Quizá lo primero que debe de indicarse respecto del principio de prohibición de exceso, visto desde la óptica penal, surge como un límite para el legiferante, fundamentado en la reserva respecto de la legalidad de la pena, así como de la dignidad de las personas¹⁷⁷. Ello involucra la grave responsabilidad del poder legislativo, por cuanto es el ámbito de la creación de la incriminación penal, cuando se debe ponderar la dosimetría abstracta que se dispondrá como consecuencia jurídica de la inobservancia del precepto penal¹⁷⁸, teniendo ya en ciernes –aún en el ámbito abstracto– la valía del bien jurídico que será tutelada por la norma penal. Esta afirmación no es novedosa, desde la época de Montesquieu se anunciaba que la pena que no era absolutamente necesaria era tiránica¹⁷⁹.

Y es que debe de repararse –aunque sea una perogrullada, pero a veces se olvida– que la pena es el recurso más extremo con el cual cuenta el poder estatal y que como opción extrema es la más

177. Ver FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón..." op cit p 395.

178. En lo relativo a la prohibición de penas desproporcionadas en abstracto, se ha indicado: "Las penas de prisión que el legislador determine, deben respetar la dignidad del ser humano, y la finalidad resocializadora de la pena; por ello mismo, no pueden ser excesivas, por que en lugar de socializar; por su mayor duración lo que producirá será un déficit en la reincorporación del individuo a la sociedad. Es por ello que aunque el legislador tiene libertad de configuración para disponer que penas fijará, esta discrecionalidad no era absoluta ni arbitraria, es una facultad regulada por la misma Constitución, que la subordina a los principios de dignidad humana y de una pena utilitaria hacia la readaptación del condenado. De ahí que si la pena es ya excesiva en su determinación por el legiferante, cuando fija los límites abstractos de la pena en sus rangos mínimos y máximos, esa pena por estar desprovista de la finalidad resocializadora es lesiva del principio de readaptación de la pena de prisión, que en un lenguaje más técnico se centra en la vigencia del principio de prohibición de exceso de la pena, el cual es propio del principio de culpabilidad que ya se reconoce en el artículo 12 Cn. La culpabilidad como garantía, no sólo opera para imponer una pena, en el sentido que la persona debe ser culpable, sino también la culpabilidad como garantía funciona cuando la pena a imponer no puede sobrepasar ese grado de culpabilidad. Las penas excesivas en abstracto fijadas por el legislador, quebrantan éste principio, puesto que la pena en su mayor volumen sólo obedece a fines de un mayor castigo del delito, lo que no es constitucionalmente válido cuando por esa laxitud de la pena, ésta se vuelve desproporcionada. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 09-08-02.

179. Es importante citar en este contexto que la Declaración Francesa de 1789 en su artículo 8° prescribía que: "La loi ne doit établir que des peines strictement nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée" o "La ley no debe establecer sino las penas estrictamente necesarias y ninguno podrá ser castigado sino en virtud de ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada". DORANTÉS TAMAYO Luis Alfonso "Filosofía del Derecho..." op cit p 269.

violenta de todas para enfrentar el conflicto del delito. De ahí que la pena debe ser un instrumento –por que no es un fin en sí mismo – que debe ser utilizado sólo en casos de extrema gravedad¹⁸⁰, y ello es predicable desde los ámbitos definitorios de la incriminación penal; ello debe ser objeto de mención por cuanto el derecho penal de la actualidad y la crisis del estado en todos sus ámbitos, permite que el derecho penal sea objeto de manipulación, y mucho más en el instrumento de merecimiento de la prohibición, con lo cual se descarga la responsabilidad de los gobiernos y de la clase política, mediante las ofertas de una mayor drasticidad en la pena, para paliar las demandas del cuerpo social ante la disparidad de conflictos que agobian al mundo de la postmodernidad.

Precisamente, el principio que se desarrolla –Poena debet commensurari delicto– implica reconocer que la pena, como potestad estatal, no se justifica cuando no es una repuesta para la tutela o las ofensas de bienes jurídicos trascendentales y para la convivencia de la sociedad; y ello cuando no concurren otras alternativas, más idóneas para la mediación y solución del conflicto.

Ciertamente éste debería ser el criterio rector en materia de política sancionatoria, por cuanto, todavía se recurre de manera casi generalizada a la pena privativa de libertad, signo del no reconocimiento pleno del principio de necesidad de la pena; de ahí que, un sistema alternativo de penas, que no sólo descansa en la pena de prisión, y que se construya de una manera eficaz y practicable, es un importante paso para dar vigencia al principio que se examina.

B. Principio de necesidad. En cuanto a la necesidad de pena, debe precisarse que este axioma que indica que las penas y medidas de seguridad únicamente deben ser impuestas cuando sean necesarias¹⁸¹, esta erigido sobre el principio de mínima intervención del derecho penal, que en este caso se refiere a la utilización de última ratio en materia de política de penas, de ahí que, la imposición de una pena o medida de seguridad, debe ser una especie de ulterior recurso, ello implica reconocer que, por una parte, está la cuestión de prescindir de la imposición de una pena; y por otra, la cuestión de mutación de la pena de una que es más restrictiva a otra menor entidad, y dentro de esta última modalidad queda comprendida la ejecución de la pena.

En cuanto a la necesidad de la pena, debe despejarse un dogma que hasta hace poco lustros, imperante en el ámbito del derecho penal, predicaba que a delito cometido culpablemente, fatalmente debería corresponder la imposición y ejecución de una pena; esta visión es una especie de retribucionismo absoluto, por el cual, para purgar completamente la culpabilidad, era necesaria

180. FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón..." op cit p 396.

181. Sobre la necesidad de la pena ROXIN Claus "Derecho Penal..." op cit pp 983 a 984.

la imposición de la pena, por cuanto sólo así se afirmaba la validez del derecho.

Obviamente, este postulado comenzó a reducirse, con el advenimiento de los subrogados penales, que permitían la no ejecución de la pena o su ejecución incompleta, mediante las opciones de prevención especial positiva; y en la actualidad se ha avanzado más cuando se sostiene que por fines de prevención especial –sin que mengüe el aspecto mínimo de la prevención general– es posible no imponer pena al culpable o no ejecutarla, si con ello se logran los fines del derecho penal, y teniendo en cuenta que el recurso a la pena generaría un mayor costo que beneficio en el caso en particular.

Ahora bien, debe examinarse si conforme al principio de necesidad de pena del artículo 5 CP, que es un principio rector, en este caso derivado del principio de prohibición de exceso, derivado a su vez del principio de proporcionalidad –rector en materia de política criminal– es posible no imponer pena o medida de seguridad cuando estas no sean necesarias, y fuera de los casos en principio reconocidos por la ley penal¹⁸².

La cuestión es de vital importancia, si partimos de una construcción integrativa de la pena en cuanto a su fundamentación, ello podría ser posible; por cuanto que la pena no se fundamente en la absoluta retribución, y que tenga fines instrumentales, es una cuestión que se deriva del programa constitucional de la pena que admite tanto fines de prevención general como de prevención especial en sus aspectos positivos se aspira a que la pena procure la readaptación y la prevención del delito.

Ahora bien, esos fines de la pena en la visión de la Constitución, no deben entenderse absolutos, por cuanto se encuentran limitados por otros principios de igual rango, de ahí que, el límite para tales efectos preventivos de la pena, surja precisamente del principio de culpabilidad, también reconocido en el artículo 12 de la Carta Magna. En virtud de lo anterior es dable sostener, que los fines de prevención general y especial, en cuanto a la imposición de una pena, encuentren su correspondiente limitación en el grado de culpabilidad, las penas no pueden en virtud de los fines signados, rebasar el grado de culpabilidad que le corresponde al justiciable, así el grado de culpabilidad, al final es el límite de la pena¹⁸³, esta es una derivación propia de la limitación del poder penal en virtud de los principios aludidos.

182. En el ámbito de la dogmática penal, también existen claras manifestaciones del principio de necesidad de pena, baste señalar el régimen del perdón del ofendido, tanto en los delitos de acción privada como en los de previa instancia particular, previsto en el artículo 107 CP y el caso de enfermedad incurable en período terminal, artículo 108 CP; así como el caso de perdón judicial fundado en los artículos 82 y 96 número 7 CP. 183. En tal sentido ROXIN Claus "La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal". Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2000 pp 72 a 73.

Bajo este orden de ideas, la pena si es posible por una parte que descienda por abajo del grado de culpabilidad¹⁸⁴, si así lo aconsejan, situaciones de prevención especial que es particular e individual del justiciable, y si ello afecta esencialmente los aspectos de prevención general; de igual manera, tal como la pena puede ser fijada por debajo de sus límites normales, la misma puede prescindirse, si ésta es innecesaria de acuerdo a los fines de prevención especial, y siempre que mantengan incólume los parámetros de prevención general. La formulación propuesta, parte de una idea esencial, en toda la sistemática del derecho punitivo, la favorabilidad de las normas penales en beneficio del justiciable y no en su perjuicio.

Nótese que esta forma de entender el principio de necesidad de pena, pasa por que se cumplan también los fines preventivos del derecho penal, los cuales no pueden ser puestos en riesgos. Para aclararlo con un ejemplo, una persona con una excelente formación académica insertada exitosamente en el orden social, que ha cometido un delito por ejemplo no convencional, estará necesitada del ámbito de prevención; la disvaliosidad de la conducta, a quien por ejemplo podría exigírsele más, indicaría que su contexto no lo excluye de la dimensión de la prevención especial; otra cosa es que tipo de ejecución de pena, habría que asumir respecto de la persona para que, dicha pena sea de utilidad; pero tampoco, de acuerdo a los fines preventivos generales positivos, la no imposición de pena, de no utilizarse razonadamente, trastocaría los ámbitos de igualdad del derecho penal; es por ello que es conveniente aclarar que, para estas decisiones en cuanto a la necesidad de la pena por disminución o por renuncia, no puede haber un marco absoluto, cada caso en particular debe ser contrastado con la necesidad o no de la pena y de los fines preventivos de acuerdo a las características particulares del hecho y de la persona; siendo precisamente este marco de diferenciación el que permitirá apreciar cada caso en particular.

B) principio de Proporcionalidad de la pena. Es conveniente indicar que el principio de proporcionalidad en sentido estricto, es una clara manifestación del principio de culpabilidad, e implica precisamente, la ponderación de la gravedad del injusto y de la culpabilidad, para graduar la pena que sea proporcionada al hecho y la culpabilidad por el hecho mismo¹⁸⁵; por ello, la manifestación concreta de dicho principio, se enmarca dentro del ámbito regulador de las consecuencias jurídicas del delito, es decir se abarca tanto a las penas como a las medidas de seguridad.

Precisamente por eso, no es ocioso manifestar, que justamente

184. Sobre los límites del principio de culpabilidad en relación a la necesidad de la pena, y fijación por debajo del grado de culpabilidad se ha dicho: "Por el contrario, desde el punto de vista de teoría de la pena no hay objeción alguna contra una pena cuya cuantía se quede por debajo de la medida de la culpabilidad. Ciertamente la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzarla siempre que eso lo permita su fin preventivo. ROXIN Claus "Derecho Penal..." op cit pp 100 a 101.

185. Ver LÚZÓN PEÑA Diego-Manuel "Curso de Derecho Penal..." op. cit pp 85 a 86.

la cuestión de la proporcionalidad, surgió de la necesidad de graduar las medidas de seguridad, que tenían una duración indeterminada, propia de la ideología del tratamiento terapéutico. Corresponde aquí examinar la dimensión del principio de proporcionalidad en sentido estricto, desde una doble vertiente: a) la de necesidad de pena o medida de seguridad; b) la de proporcionalidad de la pena y de la medida de seguridad.

En cuanto a la proporcionalidad de la pena, deben manifestarse dos concreciones del principio de necesidad. La primera de ellas alude a la denominada proporcionalidad de la pena en su merecimiento abstracto¹⁸⁶. Para ello se requiere que exista una proporción entre la configuración de la conducta prohibida por el tipo penal, y la pena que en abstracto se determine respecto del tipo penal¹⁸⁷; en este punto, la necesidad de un ponderado examen intrasistemático, de los tipos penales, respecto de la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados, será el mejor instrumento para cumplir con este mandato del principio de proporcionalidad que en este caso esta dirigido a quien configura la conminación penal, el legislante, pero los jueces no son ajenos a esta problemática, por que aún respetando el amplio margen de libertad configurativa que tiene el legislante, en la determinación de lo punible, corresponde al juez, ejercer el control de constitucionalidad sobre este aspecto tan esencial.

186. Sobre ese aspecto se ha dicho: "En la previsión legislativa de la pena correspondiente al delito el principio de proporcionalidad requiere una relación de adecuación entre gravedad de la pena y relevancia del bien jurídico que protege la figura delictiva y a su vez entre la misma y las distintas formas de ataque al bien jurídico que la conducta delictiva puede presentar. Como todo juicio de proporcionalidad se resuelve éste en valoraciones y comparaciones, es decir en una ponderación. Como catálogo de orientaciones puede decirse que las penas más graves deben reservarse para los delitos que ataquen los bienes jurídicos más fundamentales, por lo que la medida máxima de las penas bien podría establecerse a partir de los delitos contra la vida y la salud, situándose estos bienes en la cúspide del ordenamiento jerárquico de bienes jurídicos como parece propio de un Estado social y democrático de derecho". BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Ignacio, ARROYO ZAPÁTERO Luis, FERRE OLIVÉ Juan Carlos, SERRANO PIEDECASAS José Ramón, GARCÍA RIVAS Nicolás "Lecciones de Derecho Penal". Parte General. Editorial Praxis. Barcelona. España. 1996 p 51.

187. En relación al principio de proporcionalidad se ha manifestado. "El principio de proporcionalidad supone una pena adecuada a la culpabilidad, pero sujeta a los fines preventivo generales positivos, así como a los fines preventivos especiales positivos de la pena; teniendo como límite el grado de culpabilidad sobre el hecho. Sólo la pena proporcional, responde en el plano dogmático a las necesidades de prevención general y especial; de ahí que la pena, quede deslegitimada cuando su fundamento es el castigo, la expiación, la retribución pura y absoluta del hecho, el ejemplarizar ante los demás o el inocular al hombre, todos esos fines que pretenden ser esenciales, afectan la razonabilidad de las penas, por que son desproporcionadas y atentan contra la dignidad humana. El principio de proporcionalidad, se vincula necesariamente, a los presupuestos de un derecho penal, que sean propios de un régimen democrático, propio de un Estado Constitucional de Derecho, ello significa, que tal principio, homologa el carácter subsidiario del derecho penal, que no sólo se justifica constitucionalmente, cuando su intervención es necesaria para tutelar bienes jurídicos; y esa intervención, no es de prima ratio sino de última, ante los ataques más intolerables para los bienes jurídicos más trascendentales; tal fragmentariedad, es aplicable a la pena como mecanismo restrictor de derechos, su intervención como pena privativa de libertad, debe ser la última opción y siempre proporcional, sin sacrificar en exceso el derecho a la libertad, en cuanto a su núcleo esencial. La pena por ende no debe ser desproporcionada, esto es necesario en su determinación judicial e imprescindible en su determinación legislativa, quedando incluida la desproporción cualitativa de la pena. Ciertamente el merecimiento abstracto que es el que fija el legislante, determina la fijación que hará el juez al caso concreto, de ahí que aunque se reconozca al legislante amplias facultades configurativas en cuanto a la pena, esas potestades no pueden rebasar los límites de la razonabilidad y necesidad de la pena sobre la base de la persona humana, tanto en los límites cuantitativos como en los cualitativos". Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 12-06-03.

Ahora bien, la proporcionalidad en abstracto, impone una correlación de ponderación sobre las penas que se asocian a los delitos, las cuales no deben ser desproporcionadas en su determinación¹⁸⁸, siendo diversos los criterios que pueden asumirse, como la entidad del bien jurídico protegido, la forma de resguardo que se le otorga a dicho interés vital, ora en grado de lesión o de peligro concreto o abstracto; el adelantamiento de las barreras punitivas; la especie de la pena.

La segunda concreción, atañe al denominado merecimiento en concreto de la pena, y esta circunscrito a la fijación de la pena por el hecho concreto cometido, función que en este caso corresponde al juez que impone la pena, y para ello deben observarse los parámetros del desvalor del injusto y de la graduación de la culpabilidad¹⁸⁹, justipreciando ambos no por su sola concurrencia sino por la intensidad de los mismos, ello salvaguarda la garantía de culpabilidad, respecto del quantum de la pena que en concreto habrá de imponerse. El sincretismo de los criterios predichos, unidos a la finalidad de prevención especial como expectativa de

188. En lo relativo al Principio de Proporcionalidad de la pena, la Sala de lo Constitucional en sentencia de Inconstitucionalidad IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum. Expresó: "A tal fin, no debe olvidarse que, como se ha sostenido antes en la presente sentencia, las medidas estatales para el combate de la criminalidad deben sujetarse a principios racionales, entre ellos el de proporcionalidad. De tal principio se habla ya en el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano según el cual "la ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias". Y actualmente es reconocido por la doctrina que tal principio implica: (a) la idoneidad de los medios empleados -en el sentido que la duración e intensidad de los mismos deben ser los exigidos por la finalidad que se pretende alcanzar-; (b) la necesidad de tales medios -en el sentido que se debe elegir la medida menos lesiva para los derechos fundamentales, es decir, la que permita alcanzar la finalidad perseguida con el menor sacrificio de los derechos e intereses del afectado-; y (c) la ponderación de intereses, a fin de determinar la existencia de una relación razonable o proporcionalidad de la medida con la importancia del bien jurídico que se persigue proteger". Y en cuanto a la Prohibición de penas desproporcionadas; el mismo tribunal en la misma sentencia precitada señaló que: "Específicamente en lo relativo a la pena, el principio se manifiesta en la predeterminación -legislativa- y la aplicación -judicial- de la pena privativa de libertad, sólo y estrictamente en la medida y grado necesarios para que la pena cumpla su fin esencial, sin desnaturalizar su carácter utilitario o instrumental en relación a tales fines; el agravamiento de la misma de forma tal que exceda la medida o el grado necesarios para el cumplimiento de sus fines, deviene en inconstitucional, por violentar la función de la pena privativa de libertad preceptuada en el art. 27 Cn. Finalmente en relación a tal principio hay que decir, que el mismo no se reduce al ámbito de la aplicación de la ley -lo cual corresponde al Órgano Judicial- sino que parte desde la formulación de la norma que construye el tipo penal, función que -en virtud del principio de legalidad- le corresponde al Órgano Legislativo. Es, por tanto, errónea la consideración según la cual es al juzgador a quien le corresponde, haciendo uso de la sana crítica, ponderar y medir la razonabilidad y proporcionalidad de la pena, ya que tal función se ve considerablemente reducida si la ley penal ya le ha determinado al juzgador un parámetro desproporcionado para la individualización e imposición de la pena. Del análisis del artículo 2 de la ley en cuestión en relación con la finalidad del cuerpo normativo, se advierte que en el considerando II, el órgano emisor dice que la ley se emite: "ante el alarmante incremento de la criminalidad" en virtud del cual la mayoría de la población estaría "demandando que se dicten medidas urgentes y especiales (...) para sancionar con mayor severidad a los responsables de los hechos criminales". De tal consideración se advierte que el agravamiento de las penas -adoptada como una medida para sancionar con mayor severidad a los delinquentes- no se adecua a la finalidad prescrita por el art. 27 Cn pues se desnaturaliza su función resocializador y se le convierte en un mecanismo intrínsecamente represivo. Consecuencia de ello es que, en cuanto el art. 2 de la ley en cuestión autoriza la imposición de penas aumentadas en una tercera parte o hasta dos terceras partes de sus límites máximos implica una violación a la mencionada disposición constitucional, pues supone una desnaturalización de la pena, por el excesivo uso de la misma, como medio para alcanzar los fines prescritos por la Ley Suprema. Por ello respecto de tal motivo argumentado por los demandantes, el art. 2 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado es inconstitucional, y así debe declararse en esta sentencia". 189. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Ignacio, ARROYO ZAPATERO Luis, FERRE OLIVE Juan Carlos, SERRANO PIEDECASAS José Ramón, GARCÍA RIVAS Nicolás "Lecciones de Derecho Penal..." op cit p 53.

readaptación, bajo el fundamento del principio de resocialización¹⁹⁰, constituyen las pautas que marcan la fundamentación de la pena, respecto de la graduación del ilícito culpable; en este ámbito, la jurisdicción está obligada a respetar la debida proporcionalidad, en la dosimetría de la pena que en concreto imponga, observando los criterios dogmáticos que encuentren su demostración en los hechos por medio de la prueba.

E. Proporcionalidad y medidas de seguridad. Conciérne abordar ahora, la cuestión de la imposición de medidas de seguridad, como parte del principio de prohibición de exceso¹⁹¹, que en este ámbito también se torna en una garantía para los inimputables, que deban ser sometidos necesariamente a medidas de seguridad, ello como ya se dijo, es una superación de la doctrina de la sujeción terapéutica de claro cuño positivista decimonónico, que consideraba a las medidas de seguridad una especie de formas inocuas y piéticas, que sólo se utilizaban en beneficio de las personas, y que se estructuraban en la necesidad curativa y en la peligrosidad del agente, por lo cual se justificaba la indeterminación de dichas medidas, lo cual ha sido en esta época completamente superado, al haberse abdicado la ideología de la defensa social de clara impronta autoritaria y anti-humanista¹⁹².

Un primer punto a destacar, es que no todo hecho cometido en el sentido de delito, dará lugar a la imposición de medidas de seguridad, es decir infracción a una norma penal, no es base suficiente para imponer medidas de seguridad, la mera tipicidad objetiva no alcanza para ello, puesto que ya se advirtió que la imposición de medidas de seguridad, pasan por determinar la lesividad de un bien jurídico y además que la acción u omisión haya sido realizada con dolo o con culpa.

Otro aspecto esencial que debe señalarse se corresponde con la duración de la medida de seguridad a imponer, para ello se ha de tener como parámetros los límites en abstracto que se determinan a partir del tipo penal objeto de la imputación, es decir la medida que se imponga en cuanto a su duración, no podrá exceder del límite máximo fijado a la pena, que esta reservada para el delito cometido en el respectivo penal; con ello queda proscrita la indeterminación de la medida de seguridad.

Ahora bien, dicho parámetro de contención, no significa que al inimputable, por el hecho cometido, tenga que imponérsele el máximo del período que fija la determinación del tipo penal en

190. SILVA SÁNCHEZ José-María "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo". J.M. Bosch. Editor. Barcelona. España. 1992 p 263.

191. Respecto de la Proporcionalidad con relación a las medidas de seguridad se ha expresado: "Por último la determinación de la medida de seguridad exige que exista proporcionalidad entre la sanción a imponer y el hecho realizado, tal principio denominado de proporcionalidad en sentido estricto y que para nosotros es una garantía penal mínima; indica que tal imposición es legítima, sólo en cuanto a la necesidad de la misma, artículo 5 CP y como consecuencia de un delito. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador 21-09-01. 192. Ver VELÁSQUEZ V. Fernando "Derecho Penal..." op cit pp 695 a 696.

cuanto a la sanción, ello por que la dosimetría concreta de la medida debe ser fijada por el tribunal, indicando cual será el quantum de la medida que deberá imponerse a la persona, y los parámetros para tal decisión se corresponde entre el límite mínimo y el máximo que tiene acordado cada tipo penal.

Para dicha determinación, debe procederse de manera análoga, como cuando se determina la pena, únicamente excluyendo, aquellos elementos que no pueden ser considerados en atención a la no capacidad de culpabilidad del justiciable, en todo caso los fundamentos que determinen el alcance de la medida deben estar fundados en hechos verificados en el juicio, al igual que ocurre en la determinación de la pena; sólo que en este caso dirigidos a valorar la situación particular del inimputable.

Otro aspecto a considerar, es el hecho de que la imposición de medidas de seguridad solamente –en nuestra opinión– procede imponerlas cuando se ha cometido delito, y no cuando se trata de una falta, esa es la intelección del precepto que reza: “En ningún caso podrá imponerse medida de seguridad si no es como consecuencia de un hecho descrito como delito en la ley penal...”; con lo cual la imposición de medidas de seguridad, respecto de las faltas no sería posible, sin embargo concurren otras opiniones –muy respetables por cierto– que entienden que si es posible la imposición de medidas de seguridad, por que conciben que el concepto de delito, ha sido utilizado en su acepción amplia como hecho punible, y además se invoca el fundamento del desvalor de la acción¹⁹³.

Sin embargo, entiendo que la imposición de medidas de seguridad, no es posible, en atención a por lo menos dos razones poderosas fundamentadas en los siguientes principios:

(a) por una parte el principio de legalidad impide que el vocablo delito sea interpretado de manera extensiva, es decir in malam partem, puesto que las medidas de seguridad son en todo caso restricciones a los derechos o libertades de las personas, de ahí que no puede hacerse una interpretación analógica que será perjudicial, se impone entonces una interpretación restrictiva del concepto de delito, el cual ha sido utilizado en sentido estricto, con lo cual quedan excluidas las faltas¹⁹⁴.

(b) Por otra parte, el principio de necesidad, también estaría limitando la imposición de las medidas de seguridad a las faltas, si se tiene en cuenta que, dicha infracción penal es una ofensa de menor entidad, por lo cual la consecuencia jurídica que tiene asociada también será de una corta entidad, si ello es así, la sujeción de una persona a una medida de seguridad, no tiene ninguna eficacia y es desproporcional, que es lo que precisamente pretende

193. Así CHOCLÁN MONTALVO José Antonio “Culpabilidad y Pena”. Su medición en el proceso penal salvadoreño. Justicia de Paz. CSJ-AECL. 1° Edición. San Salvador. El Salvador 1999 pp 17 a 21.

194. SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto “ El Principio de Culpabilidad Penal...”. op. cit. 114 a 118.

evitar el principio de necesidad, con lo cual reafirmamos la opinión de que las faltas penales están excluidas de la imposición de medidas de seguridad.

F. Principio de dosimetría de la pena. Conviene aquí señalar algunos tópicos esenciales en cuanto a la dosimetría de la pena, ello por que el llamado juicio de determinación de la pena, debe estar sometido a las mismas garantías que los otros ámbitos de la sistemática penal. Si se advierte para el justiciable después de que se le ha determinado como culpable, lo más importante será la pena que en concreto se le impondrá como consecuencia del hecho realizado culpablemente, de ahí la importancia de este ámbito que es fundamental en la sistemática penal. Un primer aspecto a destacar es el siguiente, la determinación de la pena no es una decisión que este exenta de restricciones y garantías, con lo cual queremos afirmar que la fijación de la pena en concreto no es una materia discrecional del juez, la cual la puede fijar a su prudencia o libre arbitrio.

Otro aspecto es que los desvalores que afecten la agravación de la culpabilidad y de la pena, están sometidos taxativamente a la regulación legislativa que se ha hecho en este aspecto, el juez no puede, mediante interpretación, incluir nuevas valoraciones que afecten la gravedad de la dosimetría de la pena, por cuanto la interpretación normativa desfavorable para el reo –in malam partem– esta proscrita del derecho penal, y aún si tratase de una cuestión fáctica de índole probatorio –prevalece aquí el indubio pro reo– solo se admitiría la duda en beneficio del justiciable. Por último, el juicio de determinación de pena debe ser estrictamente fundado, por cuanto el juez tiene que externar los motivos de hecho y de derecho por los cuales se decide a imponer una pena determinada.

1.6 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

A. Fundamentos. El principio de legalidad constituye sin lugar a dudas un importante límite externo al ejercicio del poder punitivo del Estado. Lo anterior significa que todos los poderes estatales se encuentran limitados en cuanto a sus facultades en materia de delitos y penas¹⁹⁵. Así, el poder legislativo, aún reconociéndosele el amplio poder de configuración de lo punible, debe reconocer límites

195. En lo relativo al Principio de legalidad de la pena, se ha expresado que: "Dicho principio asegura a los destinatarios de la ley que sus conductas no pueden ser sancionadas sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al hecho considerado como infracción. Es decir que este principio no sólo constituye una exigencia de seguridad jurídica que requiere el conocimiento previo de los delitos o infracciones y de las penas o sanciones, sino que también constituye una garantía política hacia el ciudadano de que no puede ser sometido a penas o sanciones que no hayan sido aceptadas previamente, evitando así los abusos de poder (...). Así, a la norma jurídica que garantiza el principio de legalidad de la pena se le imponen ciertos requisitos: 1. Lex praevia que implica la prohibición de la retroactividad de las leyes sancionadoras; 2. Lex scripta que excluye la costumbre como posible fuentes de delitos (infracciones) y penas (sanciones) e indica que la norma jurídica tiene categoría de ley cuando emanada del Órgano Legislativo; y 3. Lex stricta exige que la ley establezca en forma precisa las diversas conductas punibles y las sanciones respectivas. Sala de lo Constitucional. Amp. 422-97: 28-05-99.

irreductibles derivados del principio de legalidad, en cuanto a la configuración del tipo penal y de las consecuencias jurídicas.

En igual sentido, el poder judicial en el ámbito de la aplicación de la ley, encuentra límites precisos que le son fijados desde el principio de legalidad; en virtud de ellos es plausible sostener que el principio de legalidad tiene un carácter defensivo frente a los abusos del poder en el ámbito de la sistemática penal, que es precisamente el área más sensible en cuanto a la restricción de los derechos fundamentales.

Lo anterior permite entender el origen del principio de legalidad, en el sentido que significó un instrumento importante del modelo revolucionario de las libertades frente a los excesos de poder del poder absoluto del Ancien Régimen; sin embargo es oportuno indicar que el fundamento garantizador del principio de legalidad, no puede quedar agotado únicamente en la función de garantía de la seguridad jurídicas, representada por la exigencia de la predeterminación normativa, sino que por el contrario, los fundamentos del principio de legalidad son más trascendentes, se vinculan a la defensa de la triada fundamental, en un estado democrático, como lo son la libertad, la igualdad y la dignidad de los seres humanos.

Empero también el principio de legalidad significó en su momento, el tránsito de una concepción retributiva de la pena, hacia otros modelos, esencialmente aquellos de connotación preventiva¹⁹⁶, por cuanto tanto la prevención general como la prevención especial requieren el conocimiento previo y exacto de la ley por parte de los gobernados, en el sentido de saber con precisión cual el comportamiento que se designa como prohibido y con que pena esta amenazada la conminación penal; sólo ese conocimiento previo y exacto, es el que podrá generar los efectos disuasivos en cuanto a la ejecución del delito; de ahí la celebre formulación hecha por von Feuerbach en el sentido de “Nulla poena sine lege, Nulla poena sine crimine, Nullum crimen sine poena legali”.¹⁹⁷

La concepción del principio de legalidad, se fundamenta en una limitación respecto del poder configurativo del orden penal, de

196. Así se señala por Beccaria que: “el fin de las penas, no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido... El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus conciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”. BECCARIA Cesare “De los Delitos y de las Penas”. Traducción de Juan Antonio De Las Casas. Editorial Alianza. Madrid. España. 1998 p 45; en similar sentido se había pronunciado Hobbes al sostener que: “Todo el mal que se inflige sin intención, o sin posibilidad de disponer al delincuente, o a otros hombres (a ejemplo suyo), a obedecer las leyes no es una pena sino un acto de hostilidad, ya que sin semejante fin ningún daño hecho queda comprendido bajo esa denominación”. HOBBS Thomas “Leviatán”. México. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1994 Capitulo. 28.

197. “I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (nulla poena sine lege). Por ende sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena; II) La imposición de una pena esta condicionada a la existencia de la acción conminada (nulla poena sine crimine). Por ende es mediante la ley como se vincula la pena al hecho como presupuesto jurídicamente necesario; III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (Nullum crimen sine poena legali). Consecuentemente el mal, como consecuencia jurídica necesaria se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica”. FEUERBACH Paul Johann Anselm Ritter von “Tratado de Derecho Penal”. Común vigente en Alemania. Traducción al castellano de la 14ª edición alemana (Giessen 1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Segunda edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1989 p 63.

ahí que mediante el desarrollo de la estricta legalidad, es posible tutelar aspectos vitales del ser humano, como lo son la libertad y la igualdad¹⁹⁸, en cuanto al primero, tiene inusitada relevancia la llamada cláusula de reserva, por medio de la cual, a los gobernados lo que no les esta prohibido por la ley, les esta permitido (artículo 8 Cn) y ello indica que, en el ámbito del derecho penal, únicamente las conductas desmerecidas de manera posterior con rango de prohibición (delito o falta) serán las que limitaran las esferas de libertades de las personas.

En cuanto a la igualdad, el principio de legalidad impone que la construcción del supuesto de hecho se enuncie de una manera general, respecto de las acciones u omisiones que deben quedar comprendidas en el tipo penal, evitándose con ello una formulación personal en la construcción típica, que pueda después derivar en un derecho penal de autor. Si el anterior fundamento es de índole política¹⁹⁹, en la cuestión dogmática la función del principio de legalidad, esta impregnada de un carácter valorativo, que esta vigente inclusive en la época actual, puesto que sólo resulta legítimo prohibir y sancionar, aquellos hechos que pueden ser conocidos por los destinatarios, es decir, de que conductas las personas se deben abstener de realizar y cuales les están permitidas ejecutar²⁰⁰.

De ahí que el principio de legalidad en este desarrollo evolutivo, abarca tanto el ámbito de la seguridad jurídica, como la tutela de la libertad individual de los gobernados; y sobre ambos aspectos se genera una diferente garantía: respecto de la seguridad jurídica –entre nosotros elevado al rango de derecho individual – el principio de legalidad, exige que únicamente por ley emanada del poder legislativo, puedan restringirse los derechos fundamentales de los habitantes de la República; en cuanto a la seguridad jurídica se garantiza que la predeterminación de la norma penal, y su correspondiente taxatividad en su formulación constructiva.

Conforme al desarrollo de los tiempos el principio de legalidad fue adquiriendo su fundamentación actual, derivada de los postulados anteriores, y precisamente a esta nueva dimensión obedece su clásica formulación en el sentido de nullum crimen, nulla poena, sine lege

198. Ver NAUCKE Wolfgang "La progresiva pérdida del contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado". Traducción de Pablo Sánchez-Ortiz Gutiérrez en "La Insostenible Situación del Derecho Penal". Editorial Comares. Granada. España. 1999 pp 533 a 535. 199. Con esa visión FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón". Teoría... op cit p 36.

200. En tal sentido respecto de esta connotación del principio de legalidad se ha sostenido que: "El principio de legalidad tiene un fundamento político-criminal, en el sentido que sólo puede entenderse razonablemente que los ciudadanos se abstengan de realizar determinada conducta si la prohibición es perceptible previamente y con la claridad suficiente: sólo el carácter previo y taxativo de la norma proporciona certeza a los individuos para orientar sus actos. Si bien el principio de legalidad tradicionalmente se ha entendido como una norma dirigida a los jueces, el principio de legalidad a su vez, prescribe al legislador la obligación de garantizar la posible verificación y refutación de los supuestos típicos penales. En consecuencia se viola dicho principio en el caso de figuras delictivas cuyos elementos constitutivos están formulados en términos cuya interpretación no permite una verificación precisa, incentivando diversas opciones interpretativas de carácter subjetivo en el juzgador". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 189 a 190.

praevia, scripta, stricta et certa²⁰¹. De la anterior formulación se derivan cada una de las consecuencias del principio de legalidad²⁰², quedando determinadas como: 1) la exigencia de reserva de ley en su sentido formal o principio de reserva –nullum crimen nulla poena sine lege–; 2) la prohibición de irretroactividad desfavorable de ley penal –Nullum crimen nulla poena sine lege praevia–; 3) la garantía de taxatividad que exige la precisión en la formulación del tipo penal y de la pena –Nullum crimen nulla poena sine lege certa– ; 4) la exigencia de que las normas penales se interpreten de acuerdo al principio de tipicidad, proscribiéndose en consecuencia la analogía y la interpretación extensiva perjudicial de las normas penales –Nullum crimen nulla poena sine lege stricta–. Al estudio de las consecuencias anteriores –en apretado epitome– de dedicaran los párrafos subsiguientes.

A) La garantía de reserva de ley en sentido formal. Conviene comenzar indicando que del origen democrático del principio de legalidad y de su función de ser un límite real al poder penal en cuanto a la configuración del delito y de la pena, se determina la imperante necesidad de que –delitos y penas– estén sometidos en su creación únicamente a la ley, en su formulación formal²⁰³, es decir que la creación de la incriminación y de sus consecuencias jurídicas –penas y medidas de seguridad– sólo puede ser determinada por el poder legislativo, a él con exclusividad le corresponde la formulación del tipo penal, y de las penas que se le asignan, es

201. Siendo que tal cuádruple formulación es aceptada por la doctrina penal de manera unánime, sólo para ejemplificar son citables: COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTÓN Tomás S. "Derecho Penal". Parte General. 4ª edición. Conforme al Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch. Valencia España. 1996 p 66; Villavicencio Terreros Felipe "Derecho Penal de los Derechos Humanos" en Justicia Para Todos. Jaime Martínez Ventura. Compilador. FESPAD ediciones. San Salvador. El Salvador 1997 p 125; CARBONELL MATEU Juan Carlos "Derecho Penal: Concepto y principios Constitucionales". Tirant lo Blanch. 3ª edición. Valencia. España. 1999 p 111; ZAFFARONI Eugenio Raúl "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Cardenas Editor. Primera Reimpresión. México D.F. 1997 p 131; BACIGALUPO Enrique "Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de legalidad como tarea inconclusa" en "De las Penas". Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1997 p 2; MIR PUIG Santiago "Introducción a las Bases del Derecho Penal". Concepto y método. 2ª edición. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2002 p 128; HASSEMER Winfried "Fundamentos del Derecho Penal". Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona. España. 1994 p 313 a 314.

202. Esa formulación del principio de legalidad la reconoce el máximo Tribunal constitucional cuando señala que: "El principio de legalidad surge esencialmente como una concreción coetánea al Estado de Derecho; específicamente en el ámbito del derecho estatal sancionador. Tal principio postula el sometimiento al imperio de la ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado sobre los ciudadanos, a partir de las siguientes exigencias: la existencia de una ley (lex scripta); que sea anterior al hecho sancionado (lex previa); y que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa) lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas e impide como límite a la actividad judicial que el juez se convierta en legislador". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 190.

203. En relación a la garantía de reserva de ley, respecto de los delitos se ha precisado que: "Con relación a la libertad –y en parte con el patrimonio– también está reservada a la ley la elaboración del catálogo de los delitos y las penas, como supuestos que habilitan al Estado a privar de la libertad, vía pena de prisión, o a afectar el patrimonio, vía pena de multa; y es que desde Beccaria la teoría del delito ha establecido que las conductas delictivas deben estar previamente tipificadas por una ley formal, de manera que no se puede crear por medio de un decreto ejecutivo, sino que debe concurrir la voluntad del pueblo, a través de sus representantes, señalando el tipo de conductas que se quiere que sean sancionadas para el resguardo de la paz social, sea con pena de prisión, con inhabilitación, con una medida de seguridad, o bien con una multa pecuniaria. Sala de lo Constitucional". IS27-99; 06-09-01.

decir en el sistema de fuentes la ley formal, es la única que crea el delito y la sanción.

Debe indicarse además que por la extensión de este brocado, se desarrollan al menos dos cuestiones relevantes: la primera de ellas, esta dirigida al poder que emite las normas de carácter penal, que en nuestro caso, la Constitución lo determina al órgano legislativo, lo anterior significa, que la criminalización de conductas elevadas a la categoría de hecho punible como delitos o faltas, y las sanciones que le estén asociadas, es exclusiva y esta reservada al poder legiferante²⁰⁴; de ahí que a los otros poderes les este excluida en el orden penal esta facultad de configurar conductas delictivas, o crear penas o medidas de seguridad.

La importancia de la ley escrita, alcanza su completa dimensión, cuando se examina como garantía política de la separación de poderes²⁰⁵, por lo cual únicamente al poder legislativo, le esta atribuida en materia de derecho penal, la creación de delitos y penas²⁰⁶, con lo cual se concretiza el gran principio de reserva de

204. En cuanto a la garantía de reserva de ley, la Sala de lo Constitucional en sentencia de inconstitucionalidad IS23-97; 22-10-01 sostuvo que: "La reserva de ley supone una garantía para que la regulación normativa de determinadas materias se efectúe por el Órgano Legislativo, como modo de asegurar, por otro lado, que su adopción venga acompañada necesariamente de un debate público en el que puedan concurrir libremente los distintos representantes del pueblo. La reserva de ley es la garantía de que un determinado ámbito vital de la realidad, depende exclusivamente de la voluntad de los representantes de aquellos involucrados necesariamente en dicho ámbito: los ciudadanos"; y en lo atinente al Principio de legalidad, visto como reserva de ley de ley, la Sala expresó en sentencia: 007098. 98. En materia de privación de derechos fundamentales, priva el llamado principio de legalidad, por el cual, únicamente el legislador puede establecer los supuestos por los cuales el Estado podrá limitar o restringir el ejercicio de ciertas derechos; es el llamado principio de reserva de ley, por el cual, es competencia exclusiva del legislador establecer los casos de limitación o restricción de derechos y siempre dentro de los límites que la Constitución le señala al legislador (...) Por el contrario, tal límite a la potestad coercitiva del Estado es una manifestación del principio de seguridad jurídica, que además, es uno de los fines del Estado mismo, respecto de la persona humana. Privar de su libertad a una persona sin fundamento legal, sin que ésta haya cometido un hecho que el legislador ha tipificado como delito y sancionado con pena de privación de libertad y sin que haya mediado un juicio previo, es violar la Constitución.

205. Respecto del principio de Ley scripta, desde la dimensión de la garantía de separación de poderes, se ha dicho: Sobre la expresión ley contenida en el párrafo anterior, no debe obviarse que –en virtud de los principios de supremacía constitucional y regularidad jurídica, ya explicados en Considerando previos– la norma legal debe ser conforme en forma y contenido, a los preceptos constitucionales; en consecuencia, la atribución de una norma legal a un órgano de potestades que constitucionalmente no le pertenecen significaría actuar –por la Asamblea Legislativa– al margen de la normativa primaria. Esto se halla vinculado con el principio de división de poderes, uno de los pivotes del constitucionalismo moderno. "El propósito fundamental de instrumentar la Constitución –sostiene German J. Bidart Campos– cómo una ley de garantía condujo a desconcentrar las funciones del poder, evitando que el mismo órgano acumulará todas; de esa manera racionalmente se procuraba la seguridad de los individuos, por aquel aforismo –esencialmente verdadero– de que todo hombre que tiene el poder tiende al abuso de ese poder. IS. 3-92 ac. 6-92; 17-12-92.

206. También en el sistema penal de los Estados Unidos de Norte América, ha tenido relevancia la cuestión de las normas penales en blanco, siempre sobre el fundamento de la separación de poderes y de las facultades del congreso para emanar normas de carácter sancionador, la mayor difusión de esta doctrina, lo ha sido –según se informa– en el área de los delitos administrativos –administrative crímenes– y la tendencia ha sido ha entender que bajo ciertos parámetros, se pueden hacer remisiones hacia otras áreas normativas que no emanan del congreso, si la norma originaria ha sido una creación legislativa ello según se ha dicho –leadig case– en "United States vrs Grimaud" 220 U.S. 506 (1911) aunque cuando la normativa de reenvío ha sido imprecisas –"Schechter Poultry vrs United State" 295 U.S. 495 (1935)– o la remisión no ha sido clara –"Panama Refining Co. Vrs. United State". 293 U.S 388 (1935)– se ha estimado su no constitucionalidad. En tal sentido HENDLER Edmundo S. "Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos". AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1996 p 32.

ley como potestad exclusiva del poder legislativo²⁰⁷, lo que significa que la limitación de los derechos y libertades ciudadanas, únicamente puede ser acordada mediante las normas que emanan del poder legislativo; y precisamente, es en este punto relevante, abordar la cuestión de la denominada leyes o tipos penales en blanco, que se conectan de manera decisiva a este punto.

El tratamiento de este tópico, esta constreñido de manera sustancial con la garantía del principio de reserva de ley formal, y

207. En relación al Principio de Reserva de Ley, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva OC/86 del nueve de Mayo de 1986. (SER A) N° 6. (1986) de la manera siguiente: Fundamento (21) El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección de los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parten de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal. Fundamento (22) Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneraran los atributos inviolables de la persona, dentro de los cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el poder legislativo de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este, procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su incomodidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero si es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder. Fundamento (23) Lo anterior se deducirá del principio – así calificado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, Advisory Opinion 1935, P.C.I.J. Series A/B N° 65 Pag. 56)– de legalidad, que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del Siglo XVIII, que es consustancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con lo cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación; Fundamento (24) La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley, constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo de su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos. Fundamento (25) Ya en 1879, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano expresaba en su artículo 4 que: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otro; así el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tienen otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley. Desde entonces este criterio ha constituido un principio fundamental en el desarrollo constitucional democrático. Fundamento (26) En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar las restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana según el cual: “los derechos esenciales del hombre (...) tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”. Fundamento (27) La expresión leyes, en el marco de la protección de los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir sus derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta de los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes, cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

ciertamente, es este el aspecto medular que se discute, en relación a que involucra el principio político de separación de poderes. De ahí que, el aspecto fundamental a discutir sea el de las normas penales en blanco, que en una primera aproximación, son aquellas en las que el supuesto de hecho no aparece descrito en su totalidad en la formulación del tipo penal, debiéndose acudir para su complemento a una o más normas de carácter extra-penal.

Ahora bien, es menester indicar que sobre el alcance y determinación de lo que constituye una norma penal en blanco, no concurre consenso en el pensamiento penal; así para cierto sector, normas o tipos penales en blanco son aquellos supuestos de hecho que remiten a otra norma penal o extrapenal, es decir la remisión del tipo penal a otra norma penal o a una norma diferente del orden penal, constituyen normas penales en blanco, siendo que este modelo se ha calificado de amplio.

Por el contrario, otro sector de la doctrina entiende que las normas penales en blanco, sólo están constituidas por la remisión que se hace de una norma penal a una norma de carácter extra-penal de inferior jerarquía, siendo éste modelo el restringido. Por último, para otros las leyes penales en blanco serían aquellas que remitan de un supuesto de hecho de carácter penal, a una norma extra-penal, pero con rango de ley formal; sistema denominado intermedio.

De estas formulaciones inclusive, se ha llegado a proponer de manera sintética dos modelos, las denominadas normas penales en blanco propias y las normas penales en blanco impropias, sin embargo para resumir la cuestión, la importancia de las normas en blanco en relación al principio de reserva –como ya se enunció– esta sustentado en la remisión de normas penales de jerarquía de ley formal a fuentes normativas que formalmente no tienen la prerrogativa de ser una emanación del poder legislativo y que su formulación corresponde al poder ejecutivo por la vía reglamentaria; en virtud de ellos, ésta problemática será la examinada.

Para comenzar debe indicarse que, en las llamadas normas penales en blanco propias, la remisión ya no es a la misma jerarquía de fuente normativa, sino a otra, que aunque tiene un sustrato material normativo, no lo es, en rango de ley secundaria; normalmente estas facultades están circunscritas a la potestad reglamentaria, que es propia del poder ejecutivo, de ahí que tal reenvío involucra –como lo expresamos– el principio de reserva de ley²⁰⁸, puesto que la tipicidad se termina configurando por otro órgano de poder en este

208. Indicando respecto del peligro de las normas penales en blanco se ha apostillado sobre: "El cuidado que se debe tener en los tipos penales en blanco, al describirlos, es que cuando el legislador hace uso de esta técnica legislativa, puede darse casos en los que no se de simplemente una remisión normativa, sino más bien, una habilitación del reglamento para definir delitos, lo que no resulta admisible desde el punto de vista constitucional. Lo importante es, que el legislador debe definir claramente el núcleo esencial del delito; ello puede conllevar a cierta relajación en la reserva de ley; y luego, en definitiva, la definición de ciertos elementos del delito queda en manos de la administración". Tribunal de Sentencia de San Vicente. 16-02-99.

caso el ejecutivo.

Sobre este punto en extremo delicado, casi de *communi opinio* la doctrina ha entendido justificada la utilización configurativa de las leyes penales en blanco propias²⁰⁹, señalándose, que la mutabilidad de las circunstancias en el ámbito de la protección de ciertos bienes jurídicos (económicos, industriales, ecológicos, asegurativos, laborales, culturales, de protección al consumidor de seguridad colectivos) requieren de una tutela especial, según las modificaciones que se presenten en la realidad, puesto que conductas, en principio inofensivas, pueden posteriormente, según la variación de las circunstancias, tornarse en nocivas respecto de la afectación a bienes jurídicos, de ahí la necesidad que se propugna, para la tutela de dichos bienes, mediante el reenvío de la ley penal, hacia normas reglamentarias que son más dúctiles en su formulación²¹⁰.

Y es que en una primera aproximación, la formulación de normas penales en blanco por parte del legislante se han estimado conformes a la Constitución cuando se colmen los siguientes presupuestos: a) que la remisión normativa que el legislador realice sea expresa y que además se encuentre justificada, legitimación –que como vimos– se centra en la necesidad de protección de los bienes jurídicos; b) que la norma penal debe necesariamente señalar la pena, y además la definición del núcleo esencial de la prohibición; con lo cual debe garantizarse el principio de certeza, con lo cual se requiere concreción en la formulación del tipo penal, para que la prohibición no tenga el vicio de la imprecisión, ello por que representaría un acto de ineficacia, al quedar comprometido –por una parte– el mandato de certeza y por otro haría inaxequible, el conocimiento de la prohibición, restandole entonces al carácter preventivo de la norma penal, por cuanto no se conocería a cabalidad la conducta prohibida, con lo cual, los efectos en otras áreas de la sistemática penal –por ejemplo en el ámbito del error – haría ineficaz el ámbito preventivo-sancionador de la norma penal. Sin embargo la exigencias de las formulaciones de las normas penales en blanco, merecen un tratamiento de mayor entidad, por lo cual se pasará su examen.

En atención a lo anterior debe indicarse que tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, se han precisado ciertas condiciones²¹¹, por las cuales, la formulación de las leyes penales en blanco, guardan su conformidad, con el principio de separación de poderes y de reserva de ley del poder legislativo, en el sentido que, siendo necesario formular tipos penales en blanco, tal decisión debe respetar, como mínimo ciertos presupuestos, en la relación del

209. DOVAL PAIS Antonio "Posibilidad y Límites para la Formulación de las Normas Penales". El caso de las leyes penales en blanco. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1999 pp 139 a 156.

210. CURY Enrique "La Ley Penal en Blanco". Temis. Bogotá. Colombia 1988 pp 50 a 54.

211. ZUNIGA MORALES Sandra Eugenia "Cuando las normas penales en blanco, vulneran el principio de legalidad" en Revista de Defensa Pública. N° 1. Octubre. San José. Costa Rica. 2001 pp 26 a 27.

reenvío de ley penal que es norma secundaria, a la otra fuente de distinta jerarquía; dichos requisitos en la configuración del tipo penal son los siguientes:

(I) Que la determinación esencial de la prohibición, se encuentre en la norma que reenvía, y no en la norma referida o receptora. Lo cual denota, que la materia de prohibición que constituye el sustrato fundamental del tipo penal, es la que debe quedar reservada, en cambio las circunstancias periféricas, son las que pueden remitirse; digamos que éste es el uno de los aspectos más esenciales en relación a la legitimidad de las normas penales en blanco, por cuanto significa desentrañar que es lo que constituye el “núcleo esencial de la prohibición”.

Precisamente sobre ese aspecto se ha entendido que constituye –primordialmente– el núcleo esencial y por ende que no está permitido su reenvío: a) la conducta –acción u omisión–; el núcleo rector de la misma –la construcción verbal primigenia–; b) la modalidad de la misma –dolosa o culposa–; c) la constitución de otros elementos subjetivos; d) el objeto jurídico de protección; e) la determinación de calidades especiales en la autoría, en tal sentido no pueden reenviarse, para ser completadas por la norma referida, y deben estar ya previamente establecidas en el tipo penal en blanco. Por el contrario, una modalidad en la misma forma de ejecución, siguiendo la conducta nuclear, o la inclusión de otro objeto material de la acción, así como condiciones objetivas de punibilidad, si pueden ser materia de reenvío;

(II) la pena como consecuencia jurídica del delito, no puede en ningún caso ser objeto de reenvío, de ahí que, la misma siempre tiene que quedar estatuida, en el tipo penal en blanco, sin que ni cuantitativamente ni cualitativamente –en su especie, quantum y forma– pueda ser colmada por la norma de complemento; este aspecto es esencial que se cumpla por cuanto la pena es el instrumento propio de restricción de los derechos de los gobernados, y el mismo está reservado con exclusividad al legiferante, quien por ley formal debe de precisarlo, estando prohibido completamente que otro funcionario configure la pena sea en su aspecto cuantitativo, es decir, en la extensión de su determinación como en su aspecto cualitativo, es decir la forma de ejecución; y lo anterior es válido para todo tipo de pena, de privación de libertad, de multa, de privación de otros derechos, y no obsta que se trate de penas principales o de penas accesorias.

(III) El reenvío debe estar determinado de manera clara y precisa, es decir la habilitación de la norma penal, extendiéndose hacia otra fuente normativa debe ser una decisión expresa del legiferante; éste aspecto también debe ser pulcramente cumplido por cuanto sólo la autorización de reenvío expreso del legiferante, supondrá la legitimación de una norma penal en blanco, de lo

contrario, la extensión constituirá una invasión ilegítima en las funciones del legislante; una última precisión es menester en este aspecto y es la distinción entre normas penales en blanco y uso de elementos normativos en el tipo penal; en atención a ello debe diferenciarse que el reenvío expreso es lo que diferenciará cuando se este en presencia de un tipo penal en blanco, y cuando se trate solamente de un elemento normativo, que requiere una especial valoración en materia de interpretación para su comprensión y que se rige por los requisitos de esa materia.

(IV) La parte complementaria de la norma referida –por ejemplo la disposición reglamentaria– debe construirse, de la manera más idéntica posible, a la formulación del tipo penal en blanco, en tal sentido, si el supuesto de hecho del tipo penal es prohibitivo, de esa misma manera debe enunciarse la norma receptora; y ello implica una cuestión de sistemática, pero que también –es oportuno indicarlo – involucra la garantía del principio de precisión, por cuanto se requiere que toda norma penal en su contenido sea precisa e inequívoca para cumplir con el mandato de certeza, de ahí que por ejemplo siendo la omisión un expansor del tipología penal, el carácter comprensivo del tipo penal en cuanto a su precisión podría quedar seriamente comprometido.

(V) La prohibición de doble reenvío, es decir la norma complementaria, no puede hacer un nuevo reenvío a otra fuente normativa. Esta completamente prohibido la duplicidad del reenvío como el reenvío múltiple, con ello se quiere significar que las normas que de complemento no pueden habilitar el reenvío normativo a otras disposiciones, la competencia del reenvío, mediante el principio de reserva es exclusivo del poder legislativo.

(B) Por último es provechoso señalar que la otra consecuencia importante de la garantía de ley escrita, es la prohibición de la aplicación de la costumbre, es decir, que ni la materia de prohibición, ni la consecuencia jurídica que se asocie a ésta, puede estar construida en manera alguna a partir de prácticas costumbristas, de ahí que, en la configuración de las conminaciones penales o en su aplicación, ninguna formulación de la costumbre podría admitirse; ni aquella que sirve para completar o integrar la ley (*Secundum legem*) ni mucho menos aquella costumbre que construye los casos no previstos por la ley (*Praeter legem*) ni la llamada costumbre *Contra legem* que es aquella que es antitética a la ley. Así, el principio de ley escrita –vinculado si se quiere a la codificación o modelo del civil law o continental para anteponerse al common law– proscribire el uso de la costumbre en la aplicación de la ley penal, cuestión que esta también bastante vinculada a la interpretación de las normas penales. Por dicha interdicción por ejemplo, se ha pronunciado Jakobs al decir: “En lo que concierne al principio de legalidad, éste no cabe eludirlo nunca mediante el derecho consuetudinario, dado que el

quebrantamiento de principios del Estado de derecho no llega a convertirse en derecho por que tenga conforme al uso prolongado y optima fide”²¹².

Sin embargo es menester hacer unas disquisiciones sobre el aspecto de la valoración de cuestiones culturales, misma que pueden impactar en las cuestiones de la apreciación de la culpabilidad personal, siendo que ellas, si pueden ser apreciadas, siempre que impliquen favorabilidad respecto del justiciable, y ello resulta comprensible, en cuanto esas valoraciones que por vía cultural, permiten una consideración de la costumbre, no significa expansión perjudicial del poder penal, que es precisamente lo que prohíbe el principio de legalidad; y la restante cuestión, atañe a que los fenómenos culturales, en relación con la costumbre, constituyen un evento relevante en la realidad de las personas, por lo que no es posible excluirla en la consideración. Sobre tal aspecto se informa: “En cambio se admite el derecho consuetudinario que repercute en provecho del reo, como por ejemplo mediante la creación de nuevas causas de justificación”²¹³.

(I) Garantía de prohibición de irretroactividad desfavorable y de retroactividad o ultractividad de la norma penal favorable. Debemos iniciar comentado que la garantía que manda que las normas penales no pueden ser aplicadas retroactivamente si son desfavorables, están destinadas principalmente respecto de las actuaciones del poder judicial, por cuanto es materia reservada a tal órgano, la interpretación y aplicación de las normas penales.

Como se deduce, la prohibición de irretroactividad de las normas penales desfavorables, tiene como una de sus funciones primordiales, garantizar la seguridad jurídica de los gobernados, con lo cual se pretende evitar el arbitrio del estado en el sentido que con posterioridad mediante la creación de la ley, pueda incriminar conductas delictivas que en su momento no estaban prescritas como punibles o modificar las penas dispensadas para los delitos o su forma de ejecución, con la modificación de la ley posterior, para ser aplicada a hechos anteriores, de ahí que ni creaciones ni modificaciones a la estructura de los tipos penales o a las consecuencias jurídicas a él asignadas son admisibles desde el ámbito garantizador de este principio.

Y es que conectado el principio aludido con los aspectos de seguridad jurídica y con la exigencia de conocimiento previo de la norma penal, resulta plausible sostener que en el momento en que los gobernados desarrollan sus actos, estos deben poder conocer, cuales son los ámbitos de prohibición y cuales son los de permisión

212. JAKOBS Günter “Derecho Penal”. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2° edición corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis González Serrano de Murillo. Editorial Marcial Pons. Madrid, España. 1997 pp 108 a 109.

213. JESCHECK Hans-Heinrich “Tratado de Derecho Penal”. 4° edición. Completamente corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España. 1993 p 119.

a partir de lo prescrito por la ley; en otras palabras que, según la ley, les esta permitido, y que les esta prohibido. Dicho estado de seguridad, únicamente puede ser garantizado por el principio de irretroactivad de las normas penales desfavorables, por cuanto, sólo la norma que rige en el momento de la conducta, es la que puede ser aplicada al justiciable, y es la que le será objeto de exigibilidad, siempre que su contenido sea de no favorabilidad; pero además, debe tenerse en cuenta, que lo anterior se complementa por que no es admisible que, normas ulteriores restrinjan más gravemente los derechos fundamentales de los justiciables, cuando los hechos suceden bajo la vigencia de una norma que le es benigna.

Ahora bien, la irretroactividad de la ley penal por desfavorable, puede abarcar diversos supuestos que son los que a continuación se apostillaran: a) Las cuestiones atinentes a la parte general del derecho penal, quedan cubiertas por esta garantía, cualquier situación que importe desfavorabilidad, en el sentido de una mayor restricción a los derechos, libertades y garantías de los gobernados, importa una prohibición de retroactividad.

Por ejemplo, cuestiones atinentes a la autoría, a la tentativa, a situaciones concursales, a las penas, a las medidas de seguridad, a las causas que excluyen la responsabilidad penal, circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, modelos de imputación, formas de cumplimiento de penas o subrogados penales, etcétera; de ahí que, si en determinados supuestos se construyeran de manera más limitativa, las mismas por ser desfavorables quedarían cubiertas por el ámbito de la irretroactividad de la ley penal;.

b) La configuración del tipo penal, también queda resguardada, de ahí que la modificación del supuesto de hecho, por nuevos elementos del delito, en cuanto sean desfavorables, únicamente pueden imputarse a hechos subsecuentes que sean típicos de acuerdo a esa modalidad; de ahí la prohibición que la modificación del supuesto de hecho posterior pueda extenderse a la materia de prohibición que el tipo penal tenía articulada con anterioridad, ello rige también en materia de cualificantes especiales, las mismas si son sobrevinientes no se pueden extender al tipo penal originario.

c) La cuestión de la pena, también queda tutelada, por la irretroactividad de la ley penal, aquellas configuraciones posteriores que afecten este ámbito tornándolo desfavorable, no pueden aplicarse en virtud del principio de ley previa; y este aspecto debe ser señalado como de mayor sensibilidad, de ahí que el principio de legalidad en relación a la prohibición de la ley irretroactiva desfavorable, exepción la configuración de la pena, mediante normas posteriores que añaden circunstancias de mayor limitación respecto de los derechos fundamentales que se verían afectados, la prohibición cubre el aspecto cuantitativo de la pena, es decir su forma de merecimiento; como el aspecto cualitativo la forma y modo en la

cual se ejecutara.

Lo anterior significa que la configuración de las penas y medidas de seguridad, quedan especialmente tuteladas por este principio; estando prohibido, la aplicación de manera retroactiva, de otras formas, condiciones o modos en la ejecución de la pena, que no sean aquellos que estaban previstos, cuando se cometió el hecho punible.

Otra cuestión importante, es la excepción a la irretroactividad de la ley penal, la cual se cimienta en la favorabilidad de la ley posterior; lo que permite aplicar la nueva norma penal con carácter retroactivo, aquí es importante indicar, que además del sustento constitucional que impone el artículo 21 Cn; tal principio también es esta reconocido en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 9 de la Convención Americana sobre derechos humanos.

Ello es importante expresarlo por cuanto el principio de retroactividad de la ley favorable, no está en todos los órdenes jurídicos reconocido de manera expresa y tiene que ser deducido implícitamente de otras normas, pero ello no es el caso nuestro, por que de manera expresa la normativa precitada reconoce la vigencia de la retroactividad de la norma penal, cuando esta es favorable al justiciable.

El fundamento de semejante garantía no debe circunscribirse a móviles de exclusiva piedad, o de gracia de la autoridad, en el fondo esta latente una de las funciones del derecho penal, en su sentido de límite, por cuanto, una de los objetivos del derecho penal, es también ser un instrumento de garantía de la libertad de los gobernados, con lo cual el principio de retroactividad de la ley favorable, partiría del favor libertatis, en el sentido que no es razonable que los derechos de las personas sigan bajo un modelo de restricción cuando las valoraciones sobre la configuración del hecho punible han sido modificadas.

El otro aspecto de aplicación de la garantía de retroactividad de la ley favorable, lo constituye la llamada ultractividad de la ley penal, por el cual una norma penal más favorable, que ha sido derogada, puede ser aplicada –por regla general– en tanto la norma posterior sea más desfavorable; sin embargo para que ello sea posible, debe concurrir un requisito sine quomodo el cual radica en el momento de ejecución del hecho, de tal manera que el hecho debe haber sido ejecutado en la vigencia de la ley anterior favorable, si ello es así la nueva norma –que es la desfavorable– se torna irretroactiva y la anterior se vuelve ultractiva.

Empero, si el hecho sucede con el advenimiento de la nueva ley penal, aunque esta sea desfavorable debe ser aplicada, con una sola limitación para su aplicación, la norma reciente, debe ser conforme con la Constitución, es decir debe respetar los principios,

derechos, libertades y garantías que la Constitución estatuye, si hay simetría de la nueva ley con la normativa constitucional, aunque sea desfavorable el precepto, debe ser aplicado, y en este caso no puede aplicarse la ultractividad de la ley anterior por que los hechos sucedieron en la vigencia de la normas posteriores.

La garantía de irretroactividad de las normas penales, cuando son desfavorables, en el modelo del common law tiene un amplio reconocimiento, tanto como en el sistema continental; sin embargo, tal principio cubre otras áreas importantes, que en los modelos del civil law, no se entienden comprendidas, como lo es el caso de la prohibición de retroactividad desfavorable de interpretaciones perjudiciales de las normas penales –United States vrs. Albertini²¹⁴, 1987. 830. E. 2d 985– por cuanto están proscritas de aplicación retroactiva, aquellas interpretaciones posteriores desfavorables, esta peculiaridad del sistema anglosajón, tiene su justificación, en el modelo de precedentes, pero ello no es óbice para reconocer su vigencia en el sistema continental, en el sentido que estén prohibidas aquellas interpretaciones desfavorables de las normas penales que se apliquen de manera retroactiva, a conductas realizadas antes de que se realizara tal interpretación, por cuanto como se ha dicho estas interpretaciones perjudiciales ex post facto, aplicadas retroactivamente, son arbitrarias y afectan la seguridad jurídica de los gobernados, violentando con ello la garantía del debido proceso²¹⁵.

214. El caso fue decidido por Cámara Federal de Apelaciones del 9° Circuito de los Estados Unidos y el resumen era el siguiente: "La Cámara de apelaciones había absuelto a una persona acusada de ingresar sin permiso a una base militar por considerar que estaba amparada por el derecho constitucional a la libertad de expresión. El fallo fue apelado por el Gobierno federal ante la Corte Suprema y, antes de que la Corte declarara formalmente admisible el recurso, el acusado Albertini –luego de consultar con su abogado– realizó varias manifestaciones en la base militar, desafiando la orden militar que le prohibía hacerlo. Con posterioridad la Corte Suprema revocó el fallo de la instancia anterior, pues consideró que el acusado no estaba amparado por el derecho constitucional a la libertad de expresión. Como consecuencia el gobierno acusó a Albertini logrando su condena por las manifestaciones realizadas luego de la primera absolución, pero con anterioridad a que la Corte Suprema decidiera examinar el caso. Albertini apeló por que considerar que la garantía constitucional del debido proceso prohibía la aplicación retroactiva del fallo de la Corte Suprema... la Cámara de Apelaciones le dio la razón". HENDLER Edmundo S. GULLCO Hernán V. "Casos de Derecho Penal Comparado". Segunda edición corregida y aumentada. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2003 p 11 a 12.

215. Los fundamentos de la Cámara Federal de Apelaciones fueron los siguientes: "El gobierno sostiene que el proceso en el cual los planteo Albertini fueron finalmente resueltos en su contra por la Corte Suprema fue un caso o controversia único y que este tribunal no debería dejar abierta la posibilidad de que alguien realice la conducta cuestionada, en tanto que existía la posibilidad de que la Corte Suprema examinara el caso. Albertini dice que luego de haber recibido una decisión favorable de este tribunal, y ante, al menos de que el recurso del gobierno (ante la Corte Suprema) fuera concedido, estaba actuando dentro de sus derechos legales y que tenía un derecho fundado en el debido proceso a confiarse en la decisión de este tribunal. La Constitución de los Estados Unidos dispone que ni el congreso ni ningún estado sancionarán leyes ex post facto. La prohibición en contra de las disposiciones ex post facto impide toda ley que convierta en delictiva, sancionándola, una acción realizada antes de la sanción de esa ley y que era impune al ser realizada. Si bien la cláusula ex post facto se aplica a la legislación y no a los tribunales, el principio en el cual se funda la cláusula –la idea de que toda persona tiene derecho a una advertencia leal respecto de la conducta que dará lugar a sanciones penales– es fundamental para nuestro concepto de libertad constitucional. En efecto Albertini obtuvo una sentencia declarativa de este tribunal en el sentido de que las acciones por él realizadas eran legítimas. Si la cláusula del debido proceso ha de tener algún significado, debería significar que una persona, que es beneficiaria de la última decisión de un tribunal que declare que sus actividades se encuentran constitucionalmente protegidas, debería estar en condiciones de basarse en esa decisión para proteger actividades similares de una conducta penal hasta que esa decisión sea revocada o al menos hasta que la Corte Suprema declare al recurso

(II) Garantía de certeza o de precisión. El llamado mandato de certeza involucra la garantía de que las normas penales han de ser precisas e inequívocas, lo cual está íntimamente vinculada a la construcción del tipo penal, a tal grado que algunos autores le han denominado principio de tipicidad, y como tal, está destinado casi con exclusividad al legislante –aunque no sólo a él– en el sentido que la descripción típica debe ser cierta y precisa²¹⁶.

Importa la vigencia del mandato de certeza, que las normas penales deben ser determinadas de manera suficiente, tanto en el ámbito de la descripción de la prohibición, como en lo que atañe a la configuración de la pena²¹⁷, de nada serviría tener unas normas reservadas al poder legislativo en grado formal, y que fuesen previas, si las mismas se configuraran de manera imprecisa, por cuanto ello significaría la desregulación de estos mismos principios, en manos de otro poder que podría a su arbitrio configurar el tipo penal, mediante la labor de interpretación; de ahí que la exigencia de la ley cierta esté estrechamente vinculada a la garantía de ley estricta²¹⁸.

Este imperativo del principio de legalidad exige que los tipos penales se formulen de una manera tal, que los hechos prohibidos o mandados estén descritos de manera precisa²¹⁹; como se nota,

(interpuesto contra la sentencia absolutoria formalmente admisible)... Albertini actuó durante un periodo en el cual creyó razonablemente que sus actos estaban protegidos a la luz de la decisión en "Albertini" (I) No puede ser condenado por actuar confiando en esa opinión, al menos hasta que la Corte Suprema hubiera declarado el recurso formalmente admisible. Resolver lo contrario llevaría a aprobar una especie de "celada" realizada por el gobierno, condenando a Albertini por actos que el gobierno le había dicho que estaban protegidos de la persecución penal por la Primera Enmienda. Cuando la celada ha sido causada por una decisión judicial, el argumento a favor de reconocer una defensa basada en la creencia razonable es aún más fuerte, dado que los tribunales son los organismos encargados de interpretar la ley". HENDLER Edmundo S. GULLCO Hemán V. "Casos de Derecho Penal Comparado..." op cit p 12 a 13.

216. Sobre ello se ha dicho: "Es muy importante que en la determinación prescriptiva de conductas punibles, no se utilicen conceptos oscuros e inciertos, que pueden inducir a la arbitrariedad, pues cada individuo debe entender perfectamente a qué atenerse, lo que reclama al legislador que las leyes penales sean precisas y claras. Por tanto, el principio de legalidad incorpora una garantía de orden material que supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, mediante procesos jurídicos que permitan predecir, con suficiencia grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables. Por tanto, no pueden considerarse conforme al art. 15 Cn los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación depende de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces y tribunales. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras pp 191 a 192.

217. Sobre la legalidad de la configuración de delitos y penas se dijo: "Tales aseveraciones, evidencian la íntima relación entre el principio de legalidad y el valor seguridad jurídica, pues el primero, es una derivación lógica del segundo. Con el mandato de predeterminación normativa de los tipos y de las penas con que se penaliza su realización se asegura a los ciudadanos que la interpretación y aplicación de las normas penales por parte de los jueces no se va a traspasar, en ningún caso, la barrera infranqueable de la letra de la ley, evitándose así toda tentación de creación jurisprudencial de delitos y penas. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 192.

218. En el sistema del common law el principio de tipicidad en el sentido de garantía de certeza ha sido reconocido bajo la exigencia del principio de precisión –the void vagueness doctrine– por la cual se requiere que la ley determine en su contenido una clara advertencia previa –fair warning– de lo prohibido al gobernado, lo cual exige que la construcción del delito debe ser lo suficientemente clara para que lo entienda un ciudadano común –average man– sólo así, se entiende garantizado el derecho al debido proceso como garantía constitucional derivada para la enmienda V para la jurisdicción federal y de la enmienda XIV para la jurisdicción estatal. Confrontar: HENDLER Edmundo S. "Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos" op cit p 28 a 29.

219. Señalando la garantía de ley estricta, asociada a la garantía de tipicidad, se ha manifestado por Sala de lo Constitucional, en sentencia de inconstitucionalidad IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum. Lo siguiente: "A efectos de esta sentencia interesa la denominada garantía criminal, que también se

la exigencia de esta formulación esta explicitada sobre la actividad configurativa del legiferante, que tiene el deber de construir tipos penales de manera clara y determinada, con lo cual, se destierran las formulaciones indefinidas o mediante cláusulas genéricas, que no importan una verdadera descripción de las conductas humana, con las modalidades que le sean atinentes y con la constitución de elementos verificables en la realidad; la admisión de normas penales o de carácter administrativo sancionador que sean imprecisas o vagas²²⁰, toman sumamente discrecional la actuación de las autoridades en cuanto a los ámbitos de aplicación de las mismas, generando ámbitos de arbitrariedad y desigualdad, afectando la seguridad jurídica²²¹.

engloba en el aforismo *nulla poena sine lege scripta* la cual significa que los delitos y las penas sólo se pueden crear por ley, excluyendo por tanto la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho como fuentes directas del Derecho Penal. Tomando en cuenta el anterior marco conceptual, es necesario ahora considerar los alcances y límites que el principio de legalidad adquiere en el derecho penal, especialmente en lo relativo a la tipificación de las conductas delictivas, pues si se considera la manifestación que el mismo adquiere en el Art. 1 CP –en el cual se exige la previsión en forma “precisa e inequívoca” de los hechos punibles– ello obliga a determinar el significado de tales expresiones. Para tal fin en primer lugar hay que recordar que, como exponen Miguel Angel Trejo et. al. en un sentido amplio el tipo penal “abarca la totalidad de los presupuestos materiales de la punibilidad”, y, en este sentido, se concibe como un tipo garantía que abarca todos los elementos que condicionan la aplicación de la pena”. A tal caracterización del tipo penal hay que agregar que los alcances y límites del principio de legalidad en materia de tipificación de conductas delictivas, está determinado por el nivel de generalidad incito en la construcción en abstracto de los elementos que configuran la situación elevada a la categoría de delito por el legislador; y no es posible exigir al legislador el nivel de concreción propio de la realidad que valora el juez. De lo anterior se concluye que siendo el tipo penal una construcción lógica de la situación hipotética conminada en abstracto con la imposición de una pena, la misma debe hacerse con el mayor nivel de precisión y claridad que permitan los marcos o límites de tal construcción, lo cual no puede llevar a exigir al legislador a un nivel de precisión que sólo puede ser hecho por el juzgador a la vista de la situación fáctica que le corresponde decidir.

220. En nuestra realidad, y dado lo prolífico de las normas administrativas sancionadoras –como por ejemplo ordenanzas o normas reglamentarias de carácter punitivo – es oportuno indicar la vigencia del principio de certeza o de precisión, e ilustrarlo –paralelamente– con el caso *Papachristou vs City Jacksonville*, cuyo resumen es el siguiente: “Los apelantes habían sido condenados por violar una ordenanza municipal de la ciudad de Jacksonville, Florida. Entre otros aspectos la ordenanza disponía que: “serían considerados vagos y sancionados (...) las personas que vagaran de un lado a otro sin ningún objetivo legítimo, los vagos habituales, personas perturbadoras, personas que no realicen ningún negocio legítimo y que pasen habitualmente su tiempo frecuentando casas de mala fama, garitos, o lugares en los cuales se vendan o sirvan bebidas alcohólicas, personas que sean capaces de trabajar pero que habitualmente vivan de los ingresos de sus esposas o de sus hijos menores...” HENDLER Edmundo S. GULLCO Hemán V. “Casos de Derecho Penal Comparado...” op cit p 6.

221. Sobre el principio de certeza, es importante destacar la exigencia del mismo en los modelos anglosajones, que han erigido la defensa de las garantías y libertades constitucionales, proscribiendo normas imprecisas que generan un actuar demasiado discrecional para cualquier autoridad, lo anterior se ilustra de manera significativa con los fundamentos esgrimidos en el caso *Papachristou vs City Jacksonville*. Corte Suprema de los Estados Unidos. 450 U.S. 156 (1972) de los cuales se citan: “La ordenanza es inválida en razón de su vaguedad por que omite dar a una persona de inteligencia normal una advertencia leal de que la conducta que se tiene proyectada está prohibida por la ley (...) y por que fomenta los arrestos y condenas arbitrarias (...) El vivir en un estado de derecho conlleva varios supuestos, uno de los cuales es que “todas las personas tienen derecho a estar informadas acerca de lo que el Estado ordena o prohíbe (...) Otro aspecto de la vaguedad de la ordenanza aparece cuando nos concentramos ya no en su falta de advertencia a un delincuente potencial, sino en el efecto de discrecionalidad ilimitado que pone en las manos de la policía de Jacksonville. Caleb Foot, uno de los primeros estudiosos de este tema, ha calificado a la legislación sobre vagancia como “un castigo por analogía” (...) Si bien tales delitos han sido comunes en Rusia, no son compatibles con nuestro sistema constitucional. Permitimos a nuestra policía efectuar arrestos únicamente en razón de una causa probable. Este estándar es aplicable tanto a los estados como al gobierno federal, en virtud de las enmiendas Cuarta y Decimocuarta de la Constitución. Arrestar a una persona por sospechas, como arrestar a una persona para investigarla, es extraño a nuestro sistema, aún cuando el arresto se funde en la criminalidad pasada. Sin embargo, la criminalidad futura es la justificación habitual de las leyes sobre la vagancia (...) Por supuesto que

Pero este principio a nivel sistemático cumple otro cometido, por cuanto, resulta indispensable para que las normas penales puedan cumplir la función de motivación y de prevención que se les asigna, que los destinatarios de las normas, puedan comprenderlas de manera más o menos clara, de no ser así, la función motivadora y preventiva de la norma penal, perdería sentido y no podría ser exigida ni actual –en sede de tipo– ni potencialmente –en sede culpabilidad–. En virtud de ello, por el principio de ley cierta se exige que la descripción de prohibición y de las penas, puedan ser efectivamente conocidas por los gobernados, para que se determine cual es el alcance de la prohibición²²².

Conviene entonces que se examinen ciertos presupuestos que se derivan del mandato de certeza: a) La garantía de precisión es una obligación para el legislante en el sentido que la construcción de la tipología penal, debe ser realizada con la mayor claridad y precisión posibles, lo cual servirá para evitar la configuración de tipos penales abiertos, que dejen al arbitrio de los jueces su aplicatividad²²³.

Si es importante indicar en este punto, que siendo el lenguaje la forma de construcción de los tipos penales, ello implica una valoración comunicacional que no es neutra, ni puede aspirarse a que la misma tenga una conceptualización absoluta, en cuanto a la precisión de las realidades que sintetiza; de ahí que éste margen

las leyes sobre la vagancia son útiles a la policía. Por supuesto que son redes que permiten atrapar fácilmente a los llamados indeseables. Pero el estado de derecho implica igualdad y justicia en su aplicación. Las leyes sobre vagancia del tipo de Jacksonville enseñan que las balanzas de la justicia están tan inclinadas que hacen imposible una aplicación equitativa de la ley. El estado de derecho, aplicado equitativamente tanto a las minorías como a las mayorías, a los pobres como a los ricos, es el cemento que mantiene unida a nuestra sociedad. La ordenanza de Jacksonville no puede ser compatible con nuestros estándares constitucionales y es claramente inconstitucional. Se revoca la sentencia apelada". HENDLER Edmundo S. GULLCO Hernán V. "Casos de Derecho Penal Comparado..." op cit pp 6 a 8.

222. Es sumamente ilustrativo respecto de los alcances del mandato de certeza, el ejemplo socrático que se narra: "Según cuenta Jenofonte en sus "recuerdos socrático" cuando se instauró en Atenas la dictadura de los Treinta Tiranos, Sócrates, fue llamado a comparecer ante Critias y Caricles, encargados de redactar las leyes del nuevo régimen. Éstos le mostraron el texto de una ley que prohibía la enseñanza del arte de la palabra (techne logon), y en virtud de esa ley le prohibieron que conversara con los jóvenes. "Para que yo vea con seguridad", dijo Sócrates a Caricles, "si me aparto de lo que me es prescrito, indicame hasta qué edad los hombres están en juventud". "Lo están" respondió Caricles, "mientras no les es permitido entrar al senado por no haber conseguido aún los conocimientos indispensables". "Por consiguiente" añadió "no hables a los jóvenes de menos de treinta años". FERRERES COMELLA Victor "El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional. Civitas. Madrid. España 2002 p 14. 223. Sobre ello se ha resuelto: "De ahí la exigencia dirigida al legislador penal, en el sentido de procurar utilizar un lenguaje claro y comprensible al describir las conductas prohibidas, evitando en lo posible la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que pudiesen dar lugar a la aparición de divergencias interpretativas. Sin embargo es preciso hacer las siguientes acotaciones a la anterior afirmación: (i) el Legislador penal no está constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción típica, sino sólo cuando se sirva de expresiones que, por su falta de arraigo en la cultura jurídica, carezcan de toda virtualidad significante; (ii) la utilización de conceptos jurídicos abiertos que permitan un margen de interpretación objetivamente determinable, no se opone por consiguiente al principio de legalidad penal, cuando de ellos se desprende con la mayor claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada; (iii) son, por el contrario incompatibles con la exigencia de lex certa aquellos conceptos que, por su amplitud o vaguedad dejan en la más absoluta indefinición los tipos punibles; en cualquier caso son contrarios al artículo 15 Cn. los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de la decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 192 a 193.

irreductible no afecta el mandato de certeza, en cuanto el supuesto de hecho se construya, de la manera más precisa posible, es decir bajo conceptos que permitan una racional determinación de su significado.

El mandato de certeza prohíbe el uso de conceptos valorativos excesivamente indeterminados²²⁴, la recurrencia a elementos normativos en la construcción de los tipos penales no esta vedada en principio, pero no le es dable al legiferante el abuso de los mismos ni en cantidad, ni en extensión, de ahí que cuando en el precepto penal se utilicen cláusulas normativas excesivamente abiertas, se estará transgrediendo el mandato de certeza²²⁵.

De ahí que, la exigencia de que el tipo penal, formule una descripción cierta, se opone a la construcción de los llamados “tipos penales abiertos”, los cuales se caracterizan por su indeterminación, en cuanto a las prohibiciones o mandatos que formulan; lo cual lleva a la construcción de figuras inexactas en materia de tipología penal, y ello permite al aplicador, una discrecionalidad que no es legítima²²⁶ a la formulación de los tipos penales abiertos se opone la garantía de tipicidad ya declarada por Beling en en el sentido que no puede haber “ningún delito sin tipicidad” –Kein Verbrechen

224. En cuanto a la creación de tipos penales mediante formulad indeterminadas se expresó: “La creación de tipos penales mediante el suo de conceptos jurídicos indeterminados, conceptos abiertos o cláusulas generales, no debe realizarse en contradicción con la inevitable exigencia de taxatividad de las descripciones típicas, la cual obliga que tales conceptos generales sean cuando menos determinables conforme a pautas objetivas, repetibles y técnico-jurídicas, y no en virtud de valoraciones subjetivas y metajurídicas del juez. De ser así, la utilización de tales conceptos absolutamente indeterminados por parte del legislador como la aplicación por los órganos judiciales de los tipos penales en los que se contenga sean contrarias al principio de legalidad penal recogida en el art. 15 Cn y por consiguiente al valor seguridad jurídica consagrado en el art. 1 de la misma. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 193.

225. Con relación al principio de certeza, el máximo tribunal penal en setencia de las de las ocho horas y treinta minutos del día diecisiete de enero del dos mil tres (110-01) ha expresado: “Respecto al primero de los motivos es necesario recordarle al recurrente que en algunos casos el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica del tipo penal se integra con otros preceptos complementarios, al respecto la doctrina penal advierte que esta situación de alguna manera presenta problemas de seguridad jurídica poniendo en riesgo el principio de certeza que informa la norma penal, Art.1 Pn. Con base a lo anterior es necesario tener en cuenta en el presente caso el Art.584.1 del Código de Comercio, Art.9 de la Ley de Procedimientos Mercantiles así como el Art.26 literal “c” del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial. De manera que no se puede sostener el argumento del recurrente quien afirma que hace falta un elemento del tipo penal, pues el objeto decomisado no es estancado ni de importación prohibida. Afirmación que no es sostenible al tener en cuenta las normas mercantiles que complementan el tipo penal en cuestión”.

226. Respecto de la prohibición de tipos penales abiertos, la Sala de lo Constitucional por sentencia IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum. Indicó: “Pero en el presente caso, hay que hacer un análisis a partir de la necesidad que la tipificación legal sea determinada lo suficiente para garantizar la seguridad jurídica de los gobernados, a efecto de concluir si la disposición impugnada constituye un tipo penal abierto. Ilustrativo resulta sobre este tema, lo decidido por el Tribunal Constitucional español en la sentencia 102/94 del diecisiete de mayo de ese año, en la cual dijo que: “El principio de legalidad, exacerbado en el ámbito del ius puniendi del Estado y de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas (...) exige la presencia anterior al hecho inculmado de una Ley, vedando cualquier tentación de lex ex post facto, que además debe tener el suficiente grado de precisión, inteligibilidad y de certeza en la configuración de cada tipo penal o descripción estereotipada de conductas punibles, sin que resulten admisibles desde esta perspectiva las configuraciones difusas por excesivamente genéricas”. Ya que la tipificación necesariamente debe realizarse por medio de una ley, si esta reviste el carácter de ser “incompleta y variable” se concluye que la misma no cumple con el requisito de previsión precisa e inequívoca que se exige para la tipificación, requisito que deriva del principio constitucional de legalidad. Y es que, si el tipo penal abarca todos los elementos que condicionan la aplicación de la pena, tal descripción debe identificar adecuadamente la conducta punible, en la medida que sea necesaria para cumplir con los requerimientos del principio de legalidad”.

onhe tabestand- .

Son tipos abiertos aquellos: “en los que falta una guía objetiva para completar el tipo, de manera que prácticamente de la mano del texto legal no podría hacerse una distinción entre comportamiento prohibido y permitido. No obstante la teoría de los tipos abiertos debe ser rechazada, pues si el tipo se concibe en el sentido de clase de injusto (Unrechtstypus), sólo puede ser imaginado como “cerrado” por que en otro caso le faltaría precisamente la característica propia del tipo”²²⁷.

Tan importante es la garantía del mandato de certeza respecto del tipo penal, que modernamente, también se le señala como garantía de tipicidad²²⁸, lo cual indica que no puede haber delito sin tipicidad, es por ello que, en la construcción del tipo penal, están interdictas la utilización de cláusulas genéricas, gaseosas o porosas, es decir sin sustrato fáctico, que permita una precisión de las conductas desmerecidas, que ya no pueden ser configuradas de manera difusa, genérica o confusa, la ley debe cumplir el mandato de certeza o de taxatividad²²⁹.

B. Principio de prohibición de analogía. Garantía de ley estricta. Dicho principio tiene como finalidad primordial, conjurar del ámbito del derecho penal, la aplicación analógica de la ley penal, en el sentido que por la misma se configuren los preceptos penales mediante la función de aplicación de ley penal y su interpretación que corresponde como materia reservada a la jurisdicción²³⁰, lo anterior tiene una razonable explicación de orden

227. En tal sentido JESCHECK Hans-Heinrich “Tratado de Derecho Penal”. 4ª edición... op. cit p 223. Es oportuno agregar que los tipos penales abiertos en el sentido de ser normas penales absolutamente indeterminadas son inviables desde el principio de legalidad y la exigencia del mandato de certeza en la formulación de los tipos penales, ello implica que la construcción de la tipología penal debe ser cerrada en el sentido de determinar de la manera más precisa posible la formulación de las conductas –acciones u omisiones– antinormativas, lo cual implica que el área interpretativa para los aplicadores, debe quedar lo más determinada posible, para que no sea posible la configuración de la ilicitud por otras autoridades que no sean los legisladores, ello es uno de los fundamentos de la prohibición de los tipos abierto –offene Tabestände– por cuanto además es exigencia política que las normas penales sean comprendidas con sencillez en cuanto a los aspectos que prohíbe o manda.

228. En lo concerniente al principio de tipicidad, la prohibición de interpretación para perjudicar, y la habilitación de interpretación en lo favorable se ha sostenido Respecto del primer punto es imprescindible destacar que los jueces no pueden instruir procesos por los hechos que no estén previstos por la ley en forma precisa e inequívoca como hechos punibles, es decir que el hecho debe adecuarse al tipo penal. Enrique Bacigalupo en su obra “Lineamientos de la Teoría del Delito” conceptúa al tipo penal como: “la descripción de la conducta prohibida por una norma, por lo que a esa descripción debe ajustarse un hecho concreto para que pueda sostenerse como típico(...) Como corolario de lo anterior, se desprende que el legislador proscribió la para configurar tipos penales o para imponer sanciones y sin embargo existe la posibilidad de hacer uso de la interpretación analógica; no obstante dicha interpretación debe hacerse para favorecer al reo, pues en materia penal tiene vigencia el principio “in dubio pro reo”. Es decir como argumenta Legaz Lacambra, “que en el derecho penal, la se justifica únicamente por el favor humanitatis es decir como garantía de la eminente dignidad del hombre. Sala de lo Constitucional. HS012B96. 96.

229. QUINTERO OLIVARES Gonzalo “La Justicia Penal en España”. Aranzandi. Pamplona. España. 1988 p 122.

230. Señalando la Prohibición de analogía. Sala de lo Constitucional. HS015300. 00. “El principio de legalidad, recogido en la disposición constitucional antes citada, aplicado a la materia procesal penal, pretende evitar que los procesos se ventilen de manera arbitraria, es decir sin respetos a las garantías constitucionales que todo proceso debe cumplir y que se encuentran previamente establecidas en nuestra Constitución. Y es que, en aplicación de tal principio a los jueces de lo penal se les prohíbe: a) conceptualizar como delito para efecto de

constitucional, fundamentada en el principio de reserva –que aquí se conecta al de ley estricta– y en el principio político de separación de poderes, por cuanto a los jueces les está vedado, la creación del delito y de las sanciones penales; atribución que es exclusiva del poder legiferante.

Quizá por lo anterior, es que respecto a la vigencia de este principio de antiquísimo había cierta oposición a la función del juez como interprete de la ley²³¹, y se pretendía un juez *le bouche* o *loi*; empero tampoco se puede perder de vista que el juez de esa época era el juez del Ancien Régim, del que desconfiaba el pensamiento ilustrado²³²; tal visión modificada gradualmente con el devenir de los tiempos, ha conferido al juez la competencia de interpretar la ley y no ser sólo boca de la misma, teniéndose en cuenta en esta tarea, la ductilidad del lenguaje, así como su imprecisión²³³.

instruir un proceso penal un hecho que el Código Penal no haya expresamente previsto como delito o falta; b) imponer una pena que no esté expresamente determinada por la ley material penal; c) aplicar la para solucionar las posibles lagunas de ley penal y de aplicar retroactivamente las leyes a menos que favorezcan al reo (...) la delimitación del concepto de es particularmente importante puesto que al menos cuando ésta redunde en perjuicio del imputado analogía in malam partem, constituye una vía de aplicación de la ley contraria a la exigencia de certeza que encierra el principio de legalidad penal (...) importa por ello, distinguir la de la interpretación, ya que a diferencia de aquella ésta siempre es lícita en derecho penal, aunque se trate de interpretación extensiva que perjudique al reo. La diferencia entre interpretación –siempre permitida– y –prohibida si perjudica al reo– es la siguiente: mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su sentido literal posible, la supone la aplicación de la ley penal aun supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal; sin embargo existe la posibilidad de hacer uso de la no obstante debe hacerse para favorecer el reo, pues en materia penal tiene vigencia el principio in dubio pro reo, es decir como argumenta Legaz Lacambra que en el derecho penal se justifica únicamente por el favor humanitatis, como garantía de la eminente dignidad del hombre”.

231. Ya Beccaria advertía: “Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores... En todo delito debe hacerse por el juez; la silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor la acción conforme o no con la ley; la consecuencia la libertad o pena... No hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley. Esto es un dique roto al torrente de opiniones... El espíritu de la ley sería, pues, el resultado de la buena o mala lógica del juez, de una mala o buena digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de cada objeto en el ánimo fluctuante del hombre”. BECCARIA Cesare “De los Delitos y de las Penas...” op cit p 31.

232. Sin embargo Hobbs en su tiempo –dada la visión de la aplicación del derecho– era partidario de la interpretación judicial respecto de la ley, por ello decía: “La ley no es siempre aquello que se significa mediante la interpretación gramatical de la letra, sino lo que por medio de ella pretendía el legislador que estuviera en vigor; intención ésta que lo admito, muchas veces es muy difícil extraer de las palabras del estatuto y que requiere una gran capacidad de entendimiento y larga meditación, así como considerar el conjunto de circunstancias e inconvenientes que requirieron una nueva ley como remedio”. HOBBS Thomas “Diálogo entre un filósofo y un jurista y estudios autobiográficos. Tecnos. Madrid, España 1992 pp 61 a 62.

233. Sobre el alcance de la función interpretativa de la ley, ante la realidad de que toda norma debe ser interpretada, y que el aforismo de que la ley es clara, es sólo una quimera, es conveniente citar a James Madison quien –en aquel tiempo– sostenía que: “Todas las nuevas leyes, a pesar de que se forman con la mayor habilidad técnica y que son aprobadas después de amplia y madura deliberación, se excluyen más o menos equívocas y oscuras, hasta que su significación se depura y se fija mediante una serie de discusiones y resoluciones judiciales en casos concretos. Además de la oscuridad que es resultado de la complejidad de los objetos y de la imperfección de las facultades humanas, el medio a través del cual los hombres transmiten sus ideas agrega una nueva dificultad. Las palabras sirven para expresar ideas; por lo tanto, la lucidez exige no sólo que las ideas se conciben con claridad, sino que se expresen con palabras distintas y exclusivamente apropiadas a ellas. Pero ningún idioma es lo bastante rico para proporcionar palabras y locuciones para cada idea compleja, ni tan correcto que no incluya muchas equivocadamente denotativas de distintos conceptos. De ahí que, por muy exactamente que se diferencien en sí mismo los objetos y por mucha que sea la precisión con que se piense en esa diferencia, su definición puede resultar inexacta por la inexactitud de los términos con que se exprese. Y esta inevitable inexactitud puede ser mayor o menor según la complejidad y la novedad

Sin embargo, aún reconociendo que le corresponde al juzgador la facultad de interpretación de las normas, desvinculada de la ratio legislatoris, en materia de interpretación como primer estadio se propone como método primordial de interpretación el lingüístico o gramatical, el cual consiste en determinar el significado de los vocablos mediante las cuales se construyen las prescripciones penales; la utilización de tal modelo, que no debe ser desechada ab initio por cuanto ayuda a garantizar el principio de ley estricta, tampoco debe ser utilizado como única metodología de interpretación, por cuanto aún la construcción de los tipos penales bajo cláusulas descriptivas no están exentas –por la cuestión comunicacional– de valoración en cuanto a la fijación del contenido de su significación.

No obstante lo anterior –como ya lo apuntamos– los límites de esta actividad son sumamente complejos, puesto que involucran la labor de interpretación de las normas, desde una perspectiva comunicacional, por la necesidad de construcción de las normas penales, mediante la simbología del lenguaje²³⁴. De ahí que, el pensamiento penal ha sustentado que, en virtud de este principio, lo que resulta proscrito, es la creación analógica de la ley penal, incluyendo las cuestiones atinentes a las consecuencias jurídicas.

Por el contrario, la interpretación analógica de los tipos penales es permitida, siendo la misma legítima, puesto que no hay otra forma de elucidar las normas, que no sea interpretándolas, pero la condición de tal interpretación se vincula a los aspectos siguientes: (1) el constreñirse al límite del tenor literal de la norma penal; (2) la prohibición de interpretación extensiva o in malam partem; (3) ante normas complejas por su extensión interpretativa, la aplicación de la interpretación restrictiva; (4) la posibilidad de interpretación favorable o in bonam partem; (5) en caso de duda en la interpretación de la norma jurídica penal aplicación del principio in favor rei.

En resumen podemos indicar que la analogía, como fuente de producción normativa, esta desterrada de la sistemática penal, por cuanto la misma significa la plasmación de las normas penales tanto en el supuesto de hecho como en la sanción, aún por vía integrativa, y por ello viola el principio de legalidad, no sólo en el mandato de ley estricta, sino en el de ley escrita por afectar, el principio de reserva de ley. Que también esta prohibida la

de los objetos definidos. Cuando el mismo todopoderoso se digna a dirigirse al genero humano utilizando el lenguaje de éste, su intención, luminosa como seguramente es, se vuelve oscura y ambigua debido al nebuloso medio a través del cual nos la comunica". A. HAMILTON. J. MADISON. J. JAY. "El Federalista". Fondo de la Cultura Económica. México D.F. 1943 p 150.

234. En tal sentido, sobre las limitaciones de las formulaciones lingüistas y los ámbitos de la interpretación, respecto del principio de legalidad ver: ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid. España. 1997 p 147; HASSEMER Winfried "Crítica al Derecho Penal de Hoy". Norma, interpretación, procedimiento. Límites a la prisión preventiva. Traducción de Patricia Ziffer. AD-HOC. 2° edición. Buenos Aires. Argentina. 1998 pp 23 a 44.

interpretación extensiva cuando fuera del sentido literal posible²³⁵, se hace coincidir la voluntad del legislador con la formulación del precepto²³⁶, con lo cual se realiza una interpretación in malam partem²³⁷, misma que viola el principio de ley estricta²³⁸. Que la interpretación restrictiva, si es conforme con el principio de legalidad, que se erige como límite del poder penal.

Como corolario debe señalarse, una especial forma de interpretación, que se manifiesta mediante un reenvío normativo de un precepto penal a otro semejante; normalmente estas formulaciones están previstas por la misma ley, resultando ser legítimas –es decir conforme con el principio de legalidad– si se explicita con claridad, la formula que servirá de base para la interpretación, y si el interprete en la labor hermenéutica, utiliza la vía restrictiva, lo cual significa, hacer una intelección sobre la base normativa que el legiferante ha prescrito.

2. LOS PRINCIPIOS EN EL PROCESO PENAL.

2.1 PRINCIPIO DE JUICIO PREVIO.

Este postulado parte de la idea fundamental, que ninguna consecuencia jurídica puede aplicarse a una persona, si esta no ha sido oída y vencida en juicio, es decir que se requiere de una etapa específica en la cual, con todas las garantías y ante una autoridad ya predeterminada, se juzgará al acusado, al cual únicamente se

235. AMELUNG Knut "Contribución a la crítica del sistema jurídicopenal de orientación politicriminal de Roxin. Traducción de Francisco Muñoz Conde en "El sistema Moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales". Tecnos, Madrid, España. 1991 pp 96 a 97.

236. En relación a la prohibición de interpretación extensiva, se ha expresado: "Ha quedado demostrado que no ha mediado en el caso sub iudice sustracción del vehículo por parte del imputado, pues el abuso que hiciera el imputado del derecho conferido trasladándose a otro lugar distinto del convenido, no convierte tal conductas en un hurto de uso, pues al mediar autorización inicial que consentía que el imputado pudiese llevarse el vehículo. Desaparece la sustracción, pues esta no es equiparable a entrega o abuso de facultades, la sustracción para que sea tal tiene que ser clandestina, en el sentido de no mediar ningún tipo de consentimiento que permita al sujeto activo disponer del bien, si la disposición en este caso del vehículo se ha realizado con la aquiescencia expresa o tácita del sujeto pasivo, ya no es posible calificar el hecho como hurto, aunque el sujeto activo se haya excedido o abusado de las facultades concedidas, tal conducta puede constituir un ilícito pero no penal sino de otro orden, pues como se dijo el derecho penal es un sistema de protección fragmentario que sólo se ocupa de aquellas conductas que merecen por su forma de ataque al bien jurídico una tutela reforzada, para los hurtos cuando media sustracción y no en otros casos, ello se vincula además al principio de legalidad en lo concerniente al ámbito del nullum crimen sine lege stricta por el cual se prohíbe toda interpretación extensiva y se acoge aquella que resulte restrictiva de la tipicidad, ello significa que la licitud del comportamiento del acusado debe proponerse en otra sede". Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 10-04-01.

237. En cuanto a la Prohibición de Analogía perjudicial, la Sala de lo Constitucional en HS001397.97, consideró: "Sobre tal infracción constitucional esta Sala considera que el legislador, al describir la figura delictiva, describe tanto elementos objetivos relativos a la conducta prohibida y penada, como elementos subjetivos relacionados a los sujetos de la relación penal, sujeto activo y sujeto pasivo. En tal sentido cuando el legislador restringe la conducta punible a ciertos sujetos, no puede el juzgador mediante interpretación analógica, hacer extensiva tal responsabilidad para un sujeto distinto al descrito en la norma. Es más, en aplicación al principio de in dubio pro reo tal interpretación es además prohibida".

238. En tal sentido ESER Albin BURKHARDT Björn "Derecho penal". Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencia. Traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Colex. Madrid, España. 1995 p 59.

le podrá privar de sus derechos mediante una sentencia dictada en juicio oral y público²³⁹; sin la realización de esta fase, que es un culmen en todo el procedimiento, ninguna persona puede ser sometida al cumplimiento de una restricción a sus derechos fundamentales, se requiere el pronunciamiento de una sentencia que, emanada a partir de un juicio, habilite la determinación de una sanción, en virtud de ello a este principio de “Nulla poena sine iudicio” también se le conoce como principio de jurisdiccionalidad²⁴⁰.

Este reconocimiento al principio de que no puede haber pena sin juicio esta positivizado como garantía procesal, así en el artículo 1CPP²⁴¹ se reconoce que para la imposición de las consecuencias jurídicas del delito, tratándose de penas o de medidas de seguridad, debe necesariamente que celebrarse un juicio, con las características de ser oral y público. Tal garantía es la expresión de que no hay pena sin juicio²⁴², y en nuestra jurisprudencia constitucional, tal exigencia se ha incardinado en el derecho de audiencia²⁴³.

En virtud de tal concepción, indudablemente que la garantía precitada, debe completarse con la garantía del proceso –Nulla poena sine processu– puesto que para satisfacer el derecho de audiencia, no basta sólo con conceder una etapa de debate, como fase ulterior, sino que para concluir ese período, debe haberse agotado un iter formalizado –el proceso–²⁴⁴ por el cual, únicamente

239. Reconociendo la garantía del juicio previo PEDRAZ PENALVA Ernesto, MARTÍNEZ LAZARO Javier “Comentarios al Código Procesal Penal”. Tomo I. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 2003 pp 84 a 85.

240. Ver en tal sentido FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón...” op. cit p 98.

241. Dice tal disposición: “Nadie podrá ser condenado o sometido a una medida de seguridad sino mediante una sentencia firme, dictada luego de probar los hechos en un juicio oral público, llevado conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República, en este Código y demás leyes, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas”.

242. Sobre la garantía de juicio previo se ha dicho en precedente constitucional: “En este sentido dicha garantía en nuestro medio es absoluta y no admite más excepciones que las que la misma Constitución establece expresamente, al facultar a un órgano del Estado a privar a un gobernado de un derecho sin el requisito del juicio previo”. (sentencia dictada en el juicio de amparo clasificado 2-F-84). En relación con esto es de señalar que dicho artículo constitucional protege a los gobernados contra la privación arbitraria de cualquier clase de derechos subjetivos de los que sea titular, y no estableciendo ninguna excepción dicha disposición, es de concluir, que nadie puede ser privado de un derecho sin ser oído y vencido en juicio”. (sentencia dictada en juicio de amparo clasificado 14-R-85)”. Sentencia de inconstitucionalidad pronunciada a las doce horas del diecisiete de Diciembre de mil novecientos noventa y dos respecto de la Ley de Impuestos a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios”. Revista Judicial. Tomo XCIII. Enero-Diciembre 1992. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 1995 p. 434 a 435.

243. Sobre tal punto se dijo: “Refiriéndonos al contenido del derecho de audiencia, el artículo 11 de la Constitución señala en esencia que la privación de derechos –para ser válida normativamente– necesariamente debe ser precedida de proceso o procedimiento seguido conforme a la ley. Al respecto tal referencia supone y exige que se respete el contenido esencial del derecho de audiencia, conformado, de modo genérico y sin carácter taxativo, por los siguientes aspectos esenciales: a) que la persona a quien se pretenda privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso o procedimiento que no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones infraconstitucionales respectivas; b) que dicho proceso se ventile ante autoridades previamente establecidas; c) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales; y d) que la decisión se dicte conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado, de conformidad a la Constitución. (Sentencia de Amparo del 25 de mayo de 1999. Ref. 167-97).

244. En este sentido, estableciendo lo que se conoce como “Nulla Poena sine Processu” es decir la garantía del procedimiento se ha dicho desde el orden Constitucional: “La exigencia del proceso previo supone dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso, la posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derechos de manera plena y amplia. Y es que, hacer saber al sujeto contra quien se pretende en un

cuando se presenten ofertas bastantes de imputación, pueda habilitarse la etapa propia del enjuiciamiento, esto sin duda, tiende a evitar los riesgos de ser sometido a una declaratoria de culpabilidad, cuando no hay fundamento suficiente para ello, lo cual debe tenerse sumamente presente, por que nuestro modelo de justicia criminal, habilita también el conocimiento del jurado, empero, sea ante un juez de derecho o ante sus pares, es patente que ninguna persona, debe comparecer a esa etapa tan afflictiva, si no hay una imputación suficiente, que justifique legítimamente ese riesgo; y esa meritación sólo depende del tránsito del proceso, que por ello se erige también en garantía fundamental de un proceso regular, ello vale tanto para imponer penas como medidas de seguridad.

2.2 PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL.

La vigencia de este principio no es una novedad, ya de antes se conocía como una garantía de los gobernados, signo de un juicio justos, según los postulados esenciales del pensamiento liberal²⁴⁵. A su vez, en la normativa procesal se estatuye el principio de legalidad²⁴⁶, que rige la forma del proceso, en el sentido que, de manera precedente al hecho delictivo imputado, se haya constituido la forma de enjuiciamiento –en su sentido amplio– la cual no puede ser alterada, por una norma posterior que en cualquiera de sus manifestaciones, se vuelva más restrictiva para los derechos y garantías fundamentales del acusado. También es manifestación del principio de legalidad procesal, la necesidad de la predeterminación del juez ordinario, para el conocimiento de los hechos, establecido normativamente²⁴⁷.

De ahí que, si la nueva normativa procesal es más limitadora de ese ámbito, la misma ya no es inocua, y debe prevalecer el principio de estricta legalidad procesal, por el cual, se prohíbe que posterior al hecho delictivo –el injusto– se someta a una persona, a la persecución penal, con formas procesales diferentes y más

determinado proceso, la existencia de éste, y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa, constituyen circunstancias ineludibles para el goce íntegro del derecho de audiencia”. (Sentencia de Amparo del 13 de Octubre de 1998. Ref. 150-97).

245. Así en la Carta Magna inglesa en el artículo 39 se estatúa que: “Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado o molestado de alguna manera, y no dispondremos de él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país”. PACHECO Máximo “Los Derechos Humanos”. Documentos Básicos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1987 p 6.

246. Dice el artículo 2 CPP “Toda persona a la que se impute un delito o falta, será procesada conforme a leyes preexistentes al hecho delictivo de que se trate y ante un tribunal competente, instituido con anterioridad por la ley. Este principio regirá también en la ejecución de la pena y en la aplicación de medidas de seguridad”. Ampliamente sobre el principio de legalidad procesal o de juridicidad en cuanto a sus fundamentos y estructura ver: TINETTI José Albino, SORIANO RODRÍGUEZ Salvador Hector, MARROQUIN GALO Fernando, JOSA María Antonieta, SALAZAR TORRES Godofredo y CRUZ AZUCENA José Manuel “Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales... op cit pp. 260 a 264.

247. PEDRAZ PENALVÁ Ernesto, MARTÍNEZ LAZARO Javier “Comentarios al Código Procesal Penal” op cit p 93.

gravosas; y únicamente si la norma anterior es menos gravosa, procedería aplicar una consecuencia de la retroactividad de la ley cuando es favorable, que en este caso se concretiza a la garantía de ultractividad, que también esta presente en el ámbito procesal penal, por lo que el principio de irretroactividad no es absoluto –salvo que sea desfavorable– y por tanto, si normas anteriores al hecho resultan menos lesivas a los derechos fundamentales, estas son las que deben aplicarse de manera ultractiva²⁴⁸.

En verdad que el proceso penal y sus formas no son instrumentos asepticos respecto de las restricciones de los derechos fundamentales, también el proceso penal y toda sus gama de medidas de intervención, limitan y afectan los derechos y libertades de las personas, aunque dichas restricciones tienen una finalidad distinta de la pena; sin embargo, esa diferencia sólo es de grado más no de contenido, es por ello que en el proceso penal, también debe considerarse la irretroactividad de la ley procesal, cuando esta sea más restrictora de los derechos fundamentales de las persona sometida a proceso, y estimarse la ultractividad, cuando la ley anterior de juzgamiento en la cual sucedió el hecho, es más favorable en el sentido de ser menos lesiva a los derechos y libertades que concede la Constitución²⁴⁹.

2.3 PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL JUEZ.

Se establece también como garantía básica, la independencia e imparcialidad de los jueces²⁵⁰, esta garantía política, de manera directa que este dirigida a la protección del ciudadano, que como acusado o como víctima, acuden a los tribunales de justicia²⁵¹. El que los jueces sean independientes e imparciales, tiene

248. Este punto de vista también es sostenido por López Ortega al comentar nuestro ordenamiento procesal indicando que: "En efecto, en materia procesal no debería considerarse prohibido que la ley se aplique "retroactivamente", pues, se suele decir, toda norma procesal nace con una vocación para de futuro y esto es lo que sucede cuando, ante un cambio de legislación procesal, los procesos iniciados se rigen por la ley en vigor en el momento de la realización de cada acto procesal ("tempus regit actum"): unos por la ley anterior que, lógicamente conserva validez, y los posteriores por la nueva ley. En el proceso penal se trata más bien de la "ultractividad" de la ley anterior, que de la aplicación retroactiva de la ley posterior. Desde esta óptica, ningún inconveniente debería existir en admitir la aplicación de la nueva ley a los procesos en curso, posibilidad que, sin embargo, hay que reconocer se encuentra radicalmente proscrita por este precepto, de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 15 Cn: "nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate". CASADO PÉREZ José María, DURAN RAMÍREZ Juan Antonio, DURO VENTURA Cesareo, LÓPEZ ORTEGA Juan José, MARCO COS José Manuel, SALAZAR GRANDE Cesar E. y SEOANE SPIEGELBERG José Luis "Código Procesal Penal Comentado". Tomo I. Corte Suprema de Justicia. Primera edición. San Salvador. El Salvador. 2001 p. 8

249. No es esta la posición asumida por la Sala de lo Constitucional, tribunal que desde inveterados precedentes, ha mantenido la tesis, de que la que las normas procesales penales son retroactivas por ser apáticas.

250. Dice el artículo 3 CPP "Los magistrados y jueces, competentes en materia penal, sólo estarán sometidos a la Constitución de la República, y a la legislación secundaria, y sus actuaciones serán imparciales e independientes.

251. Una versión muy bien elaborada de la imparcialidad del juez, la presenta Caferata al examinar el proceso penal desde su configuración constitucional, bajo la "lupa" de la contraposición de intereses. Ver CAFFERATA NORES José I. "Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal". Tercera edición actualizada. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2000 ps. 13 a 16.

únicamente sentido, si al momento de juzgar, el juez sólo esta sometido a la Constitución y a las leyes; así tal garantía de manera directa, no esta pensada a favor de los derechos de la autoridad jurisdiccional, sino a favor y para los gobernados²⁵².

Sobre la funcionalidad de esta garantía, debe indicarse que ciertamente, en estos últimos lustros, el poder judicial enfrenta en nuestro país un dilema de legitimación ciudadana, pero este fenómeno, que es menester que sea exhaustivamente estudiado, no justifica que el órgano jurisdiccional, en el afán de presentar una imagen de severidad en la aplicación de la ley, comprometan la imparcialidad de sus decisiones.

El juez no se legitima por responder al clamor de las mayorías, por ello es que precisamente, su elección en nuestro sistema, no responde a criterios políticos directos del electorado, inclusive, en ocasiones la defensa de la Constitución y de sus garantías y libertades, originará que la decisión del juez, no responda a las expectativas que pueden formarse grupos mayoritarios, pero ahí radica la esencia de la independencia e imparcialidad del juzgador, éste es garante de la Constitución, y debe hacerla valer, aunque eso contradiga el sentir popular, o las opiniones de los grupos de poder, incluyendo los mass media.

La única forma legítima y de respeto al principio de independencia de controlar las decisiones de los jueces en el marco del Estado Constitucional, es mediante el sistema de recursos, así lo ha reconocido la Sala Constitucional al señalar que el artículo 17 de la Carta Magna que reza: “Ninguna autoridad podrá abocarse a causas pendientes o fenecidas” con lo cual queda proscrita la facultad de avocación, y es ello es así por que únicamente de esa manera se protege la independencia interna de los jueces²⁵³.

252. Ver “Asociacionismo e Independencia Judicial en Centro América”. INECIP-Guatemala. Ciudad de Guatemala. 2001 p. 9.

253. Sobre el alcance de esta prohibición en relación a la independencia de los jueces, la Sala de lo Constitucional expresó: “Entendida como ausencia de subordinación del juez o magistrado a otro poder jurídico o social que no sea la ley, la independencia adquiere ciertas manifestaciones frente al mismo OJ, frente a los otros órganos estatales, frente a los poderes sociales y frente a las propias partes, –en forma específica de imparcialidad consagrada en el Art. 186 Inc. 5° Cn–. A. Frente al mismo órgano judicial, la Constitución establece en su artículo 17 Inc. 1° la prohibición de avocarse a causas pendientes; prohibición que se puede entender en dos sentidos: uno estricto, que significa la no atracción, por un tribunal superior, de un proceso que esté siendo conocido por un tribunal inferior; y uno amplio, que implica la prohibición de revisar las resoluciones judiciales fuera del sistema de recursos, es decir, que las actuaciones de los jueces en lo relativo a la interpretación y aplicación de la leyes, no pueden ser aprobadas, censuradas o corregidas por los tribunales superiores, salvó cuando éstos ejerzan sus atribuciones jurídicas de confirmar, reformar, revocar, o anular, las resoluciones de las cuales conozcan por medio del sistema de recursos”. Sentencia de 20-VII-1999, Inc. 5-99. Considerando V2. GONZÁLEZ BONILLA Rodolfo Ernesto “Constitución y Jurisprudencia Constitucional. 1° edición. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2003.

2.4 PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

La presunción de inocencia ya en el marco procesal penal²⁵⁴, es una garantía fundamental reconocida de manera inédita por nuestra Constitución de 1983, cuyo fuente es el reconocimiento que de ella se hace en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de ahí que, al amparo de dicho estado de inocencia, quede prohibida toda forma de presunción legal o judicial de culpabilidad, que no sean las inferencias judiciales, que respeten el marco del sistema de apreciación de la prueba, bajo el modelo de la sana crítica.

Pero no sólo bastará afirmar que la persona es inocente, sino que realmente ésta debe ser tratada como tal, en áreas sensibles como por ejemplo, en el ámbito de las medidas cautelares, donde no puede campear la idea de la prisión preventiva obligatoria, tal como actualmente lo estatuye el artículo 294 inciso final CPP mediante senda reforma que se introdujo en materia de medidas cautelares, y la cual es utilizada por sectores de la judicatura para imponer la prisión preventiva, no obstante que ya se tiene reconocida la inconstitucionalidad de la prisión preventiva con carácter obligatorio, según precedente de la Sala de lo Constitucional²⁵⁵.

También como derivado de la presunción de inocencia, se reconocen dos aspectos sustanciales: el primero es que al justiciable, no le incumbe probar nada, todos los extremos de la acusación, que versan sobre la imputación del injusto y de la culpabilidad, deben ser probados por quien ejerce la acusación; por lo que, si en materia de hechos probatorios, no hubiese certeza de demostración, y subsistiese la duda debe –según el estado en el cual se acredite la situación dubitativa– favorecerse al acusado, quien ante esa situación, debe considerarse inocente de los hechos atribuidos –naturalmente éste estado de penumbra rige con todo su vigor al momento de dictarse la sentencia²⁵⁶ – y es que en estos casos, debe optarse por considerar a un ciudadano inocente, aunque haya duda

254. El artículo 4 CPP estatuye que: "Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente, y será tratada como tal en todo momento, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley y en juicio público, en el que se le aseguren las garantías del debido proceso. La carga de la prueba corresponde a los acusadores. 255. Sobre este se dijo en lo pertinente "Cuando se acude al mecanismo de prohibir la excarcelación, se está prescribiendo la detención provisional como medida obligatoria; o dicho con otras palabras, en dicho artículo se postula la privación de libertad que la detención supone como necesidad investigativa, circunstancia que no puede ser constitucionalmente la regla. Si desde una perspectiva constitucional la excarcelación es la regla general, lo que puede hacer el legislador secundario es señalar los supuestos en que excepcionalmente podrá el juez –en resolución motivada – denegar aquélla; pero no puede, sin violar la normativa constitucional, disponer en abstracto supuestos en los que la excarcelación no podrá concederse; es decir, en abstracto todo delito es excarcelable, y el legislador secundario puede disponer los motivos por los cuales el juez puede rechazar la concesión de la excarcelación. Consecuencia de lo anterior, y en virtud de lo expuesto en el considerando que antecede, es imperativo concluir que, en cuanto al artículo 15 del cuerpo normativo impugnado impone la obligatoriedad de la detención provisional del imputado, impidiendo que el juzgador determine la concesión o no de la excarcelación, es violatorio de los artículos 2 y 12 de la Constitución, por lo que es procedente declarar su inconstitucionalidad" Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia ... op. cit. ps. 134 a 135.

256. Ver en tal sentido CAFFERATA NORES José I. "La Prueba en el Proceso Penal". 3° edición actualizada y ampliada. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1998 ps. 12 a 13.

sobre la culpabilidad en el hecho, por que con esas dudas no es legítimo destinarlo a una pena cuyos efectos son irremisibles; subyace aquí todavía el antiquísimo aforismo “satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari” o “es preferible dejar impune al culpable de un hecho punible que perjudicar a un inocente”.

2.5 PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE MULTIPLE PERSECUCIÓN PENAL.

Se reconoce también el principio de *bis de eadem res ne sit actio*²⁵⁷ o *Ne bis in idem*²⁵⁸, como aquel que según nuestra propia Carta Magna, prohíbe el doble o múltiple enjuiciamiento, tal reconocimiento en los planos valorativos tiene gran trascendencia. La prohibición de no ser enjuiciado múltiplemente, no se reduce a la proscripción de transgredir la “cosa juzgada”²⁵⁹, sino que –por ejemplo– también a la multiplicidad de imputaciones, cuando no se observa correctamente las normas de los concursos aparentes de leyes, lo cual genera múltiples imputaciones y enjuiciamientos²⁶⁰.

De igual manera, la observancia de la agravante de la reincidencia –además de violar otros principios– también quebranta el principio de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, puesto que más allá de la discusión dogmática que pueda plantearse, nadie dudará, de que la pena se agrava en su dosimetría concreta, en este caso tomando en cuenta la condena precedente, que ya es un hecho pasado y juzgado²⁶¹.

Un punto que merece destacarse, es que nuestra Constitución, al estatuir la prohibición de doble juzgamiento, acuñó lo que la doctrina procesal denomina como el “criterio amplio”²⁶², por cuanto, la norma constitucional no se limita a prohibir la situación de ser doblemente sancionado por un mismo hecho, sino que hace descansar la garantía, en proscribir incluso esa posibilidad, prohibiendo

257. Señalando de manera precisa su origen HENDLER Edmundo S. “Una regla que confirma sus excepciones: ne bis in idem” en “Las Garantías Penales y Procesales”. Enfoque histórico-comparado. Edmundo S. Hendler (comp). Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001 p 131.

258. En el código se regula tal instituto en el artículo 7 CPP de la manera siguiente: “Nadie será perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. La sentencia absolutoria firme dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por los tribunales nacionales producirá el efecto de la cosa juzgada”.

259. En el sentido de ser derivado del apotegma “Res iudicata pro veritate habetur” o “la cosa juzgada es tenida por verdad”.

260. Esa es la formulación de origen de la garantía propia del derecho norteamericano, según el texto de la Quinta Enmienda que reza: “... nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb” cuya significación es “ninguna persona podrá ser dos veces puesta en peligro de vida o de la su integridad de sus miembros, por el mismo delito”. Ver HENDLER Edmundo S. “Una regla que confirma sus excepciones...” op cit p 133.

261. Ver BERTELOTTI Mariano “El principio de ne bis in idem: un análisis desde una perspectiva Histórico-comparada” en “Las Garantías Penales y Procesales”. Enfoque histórico-comparado. Edmundo S. Hendler (comp). Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001p 125 a 127.

262. Ver en tal sentido MAIER Julio B.J. “Derecho Procesal Penal Argentino”. Tomo I. Vol. B. Fundamentos. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1989 p. 372.

anticipadamente inclusive el doble juzgamiento, y por ende el doble procesamiento, esa es la intelección que infiero, del postulado de la norma que dice “ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”.

Examinando un poco más la esencia de la garantía de prohibición de doble o múltiple persecución penal, se determina que el eje central de la misma es impedir que los gobernados sean sometidos no sólo a una doble condena, sino también a afrontar el riesgo de la misma, de ahí que no sólo este proscrito el hecho de ser sancionado más de una vez por el mismo, sino además el doble procesamiento, y ello significa que la persona por el mismo hecho no puede ser enjuiciado más de una vez, con lo cual se veda la posibilidad de que una persona sea proceda más de una vez por el mismo hecho²⁶³.

Ahora bien, punto medular es precisar que constituye un mismo hecho, y para ello se han elaborado por la doctrina y la jurisprudencia –casi de manera unánime– unos criterios, que se denominan identidades, a partir de las cuales es plausible determinar si concurre la protección de la garantía invocada. Se señala así que debe tratarse de: a) una misma persona; b) un mismo hecho; c) un mismo motivo de persecución²⁶⁴.

En cuanto al primero, se denomina como identidad personal, “eadems person”, con lo cual se indica que, debe de tratarse de una misma persona, es decir que, la persona que es sometida a persecución por el mismo hecho, debe ser la misma, importa aquí un criterio fáctico de identificación, puesto que lo importante a tener por demostrado es que, se trata de la misma persona según su individualidad; como se advierte, esta primera correspondencia, es estrictamente personal, y sólo puede amparar al sujeto que ya ha sido perseguido, no siendo procedente su consideración respecto de otros sujetos que no hayan sido objetos de la persecución penal.

En lo relativo a la segunda identidad o eadem res, es necesario que se trate de una correspondencia con los mismos hechos, es decir, los mismos hechos enjuiciados para un mismo sujeto, ya no pueden ser objetos de un nuevo enjuiciamiento; quizá lo más importante de decir en este aspecto es que la alocución a los hechos, refiere al sustrato fáctico, la realidad histórica, que aconteció en un lugar y tiempo determinado, y que constituye la base material, sobre la que posteriormente recaerá el juicio de tipicidad.

Es en, todo caso, la situación fáctica base de la imputación

263. Sobre la violación al principio de *Ne bis in idem* la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declaró la violación a dicha garantía en el caso *Loayza Tamallo contra Perú*, por cuanto la acusada absuelta en la jurisdicción militar, fue juzgada y condenada en la jurisdicción ordinaria.

264. En tal sentido CLARÍA OLMEDO Jorge A. “Derecho Procesal Penal”. Tomo I Actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 1998 p 74.

jurídica, pero que es independiente de ella por tener un contenido ontológico, si se quiere el suceso que ocurrió como acto de la realidad, es decir la conducta humana realizada y sus consecuencias, despojado de todo nomen iuris. De lo anterior es posible ya anticipar que los hechos no son, ni se corresponden con la calificación jurídica del delito, es decir, las descripciones del supuesto de hecho como materia de prohibición, que contiene el tipo penal, no son identificables ni equiparables con la exigencia de los hechos.

Ahora bien, para que desde la praxis puedan distinguirse e identificarse plenamente cuales son los hechos, deben cumplirse en la imputación de los mismos ciertos requisitos, en el sentido que estos hechos, deben ser presentados bajo una relación clara, es decir no confusa, circunstanciada, vale decir detallada y pormenorizada y además dicha relación debe ser específica, entiéndase concreta.

Para lo anterior, es menester que en la relación correspondiente de los hechos, cuando se ejerce la acción penal correspondiente se determine:

1) cuando ocurrieron los hechos: con ello se pretende fijar temporalmente el suceso histórico, es decir, determinar de la manera más certera, su fecha de ocurrencia, día y horas, en caso de no ser posible tal exactitud, debe comprenderse por lo menos la época del suceso; ello es importante y mucho más cuando por ejemplo se trate de imputaciones que pueden ser consideradas como delitos permanentes o de efectos permanentes, o de delitos continuados.

2) Para la identificación de los hechos es importante que se determine el ámbito especial de los mismos, que se vincula al lugar donde ocurrieron los hechos; a esta interrogante, debe corresponder, la determinación del ámbito espacial, en el cual se desarrollaron los hechos, tal formulación responde a la cuestión, donde ocurrieron los hechos.

3) La forma en que ocurrieron los hechos, esta destinada a particularizar el modo en el cual el suceso delictivo se desarrolló, pero ello debe entenderse de una manera integral, abarcando todas las particularidades que acontecieron en el hecho.

Solo de esa manera se podrá tener una mayor certidumbre de cual ha sido el hecho atribuido, y se podrá determinar si se trata o no del mismo hecho, por ello conviene reiterar que lo importante es el hecho como suceso histórico y no la calificación legal que se le dé al mismo, ésta última puede variar y ser calificada de distinta manera, pero si se trata del mismo la garantía es oponible.

La tercera identidad es conocida como eadem causa petendi, con lo cual se indica que debe tratarse del mismo motivo de persecución penal, y con ellos se hace referencia al mismo objetivo final del proceso, si concurre la misma causa de persecución penal, corresponde declarar la identidad, por cuanto se trata del mismo motivo de persecución penal.

En caso de que concurren las tres identidades, procede estimar la concurrencia de la garantía de ne bis in idem, y ello implica por los menos las siguientes consecuencias: a) El justiciable no puede ser objeto ni de una doble penalización ni de una doble persecución; b) el justiciable que ha sido absuelto o sobreseído definitivamente mediante decisión firme no puede ser objeto de una nueva persecución penal, es decir no hay revisión; c) en caso que el acusado haya sido condenado, no puede ser objeto de una condena más grave; d) no puede ser procesado múltiplemente en el mismo proceso por el mismo hecho.

2.6 PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD DE LA DEFENSA.

Por otra parte, se reconoce de manera específica la inviolabilidad de la defensa²⁶⁵, esta garantía que es trascendental, tiene como fundamento de su existencia el derecho de audiencia, por lo que, sólo respetando un derecho de defensa amplio, se asegura así mismo un juicio justo al imputado, quien no puede ser condenado a pena ni medida de seguridad, si no ha sido oído y vencido en juicio.

De ahí que el fundamento principal del principio de inviolabilidad de la defensa se deriva de la misma Constitución, que garantiza en el artículo 11 que nadie será privado de sus derechos sin ser previamente oído y vencido en juicio; y que la demostración de la culpabilidad es en un juicio público en el cual, a la persona “se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”.

Varias son las manifestaciones que pueden predicarse del ejercicio del derecho de defensa, de entre las principales nos limitamos a señalar:

(a) La presencia física del imputado al momento culminante del juicio y su comparecencia a los anticipos de prueba anteriores al mismo, para los cuales él estime oportuno comparecer, y en razón de ello el encartado debe ser informado personalmente de la practica de los mismos.

Sobre todo, merece destacar que respecto a este derecho de defensa material, el justiciable no puede ser juzgado en contumacia, es decir la Constitución como norma suprema no habilita juicios en rebeldía, necesariamente el imputado ha de estar presente de lo contrario no puede haber debate²⁶⁶. digamos que este es el

265. Dice el artículo 9 en lo pertinente: “Será inviolable la defensa en el procedimiento”.

266. Situación distinta es que el imputado estando presente en la etapa del juicio, decida por alguna estrategia de su defensa o por otro motivo no estar físicamente en la sala de debates después de el inicio de la vista pública y de haberse realizado la intimación, así como de habersele indicado que tiene la facultad de declarar, tal eventualidad la norma el artículo 325 que reza en lo pertinente: “La vista pública se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes. El imputado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal. Si después de su declaración rehusa permanecer, será custodiado en una sala próxima y para todos los efectos podrá ser representado por su defensor...”; los límites a esta no presencia del justiciable, son los de la intimación, cuando se amplía la acusación o para la práctica de una actividad probatoria, en la cual el

fundamento máximo del derecho de audiencia cuando dice que a nadie se puede privar de un derecho sino es “oído y vencido en juicio”.

(b) El derecho de defensa, también se asegura con la asistencia de un defensor que debe ser abogado de la República, el cual debe asistir y representar al justiciable en el proceso y en los actos del juicio. Este derecho es irrenunciable cuando se practican actos de prueba anticipada, conforme a las reglas del artículo 270 CPP²⁶⁷, por que el rito consiste precisamente, en adelantar las condiciones del juicio, de ahí que, si en el juicio un evento de actividad probatoria no se desarrollaría sin el concurso del defensor, tal requisito es imprescindible también al momento de anticipar dicha prueba, en estos casos, si el imputado es ausente o se teme por motivos fundados que la información anticipada a su defensor de confianza pueda afectar la finalidad del acto, un defensor público puede legítimamente realizar la función de contradicción²⁶⁸.

Ahora bien, la actividad probatoria también limitará en lo pertinente, el ejercicio del derecho de defensa, según la especie de prueba que se reciba, por ejemplo, mientras que en la prueba testimonial, es sine quanom que el defensor este presente para inmediar la declaración del testigo y decidir si le contrainterroga; en algunas pruebas periciales, la presencia del defensor no será posible en el ámbito de la captación de la información, por que atentaría contra la naturaleza de la prueba, y en algunos casos contra otros derechos fundamentales.

Dos ejemplos aclaran este panorama; en una pericia psiquiátrica o psicológica del imputado o de otra persona, al momento de la entrevista forense entre perito y entrevistado, el

imputado es objeto de prueba, vale decir por ejemplo un reconocimiento de personas. También en lo relativo a aquellos delitos no sancionados con pena privativa de libertad, o en los delitos de acción privada, el imputado puede para todos los efectos hacerse representar por su defensor otorgando poder especial para ello, salvo para la practica de actos imprescindibles, uno de ellos como ya se abundara, es la intimación de los hechos al justiciable que es personal e intransferible, quizá únicamente exepcionada en aquellos casos, en los cuales la persona sujeta a un juicio para medidas de seguridad, por la patología psiquica de la cual adolece, no esta en posibilidad de comprender los hechos intimados, pero estos entonces deben serle intimados a su tutor. 267. En lo pertinente dicha norma prescribe: “El juez si considera que el acto es ejecutable, lo realizará citando a todas las partes, sus defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho de asistir, con todas las facultades previstas respecto de su intervención en las audiencias. El imputado detenido será representado, a todos los efectos, por su defensor, salvo que pida intervenir personalmente. Si por la naturaleza o la urgencia del acto, la citación anticipada hace temer la perdida de elementos de prueba, excepcionalmente, el juez lo practicará únicamente con la citación del fiscal y de un defensor público...”.

268. Es por ello que la ultima reforma en el apartado que precede, es violatoria del más elemental derecho de defensa, puesto que pretende que el acto se realice aún si el concurso de las partes que no comparecen, pretendiendo solucionar ello mediante el uso de la incriminación delictiva, la norma en este apartado reza “Dicha diligencia se realizará aún si la presencia de una de cualquiera de las partes si han transcurrido tres horas posteriormente al señalamiento por el juez, sin perjuicio de la responsabilidad penal que prescribe el art. 313 del Código Penal”. Ciertamente, esta reforma desconoce la garantía de inviolabilidad de la defensa, y sobremanera la de debido proceso, que esta estrechamente vinculada con la anterior, la comparecencia de las partes, no es una mera formalidad ritual, es como lo dijimos, el adelantar las condiciones del debate, sobre todo, el contradictorio de las partes sobre el objeto de prueba que se incorpora, de ahí que, si una parte no comparece, en este caso el defensor, lo que debe ordenarse, es la comparecencia de un defensor público, por que en el debate a nadie se le ocurrirá, recibir un elemento de prueba sin la presencia del fiscal o del defensor, de ahí que tal reforma, como lo dijimos viole sensiblemente la garantía de defensa.

defensor no debe estar presente, ni tampoco el fiscal, el querellante, el juez u otros, puesto que la presencia de cualquier persona extraña al entorno afecta la pureza de la prueba.

En esta actividad, el derecho de defensa se garantiza primero por la notificación de la pericia, con lo cual la parte puede nombrar su propio perito o recusar al nombrado (art. 199/200/201 CPP); y además por el interrogatorio al que el perito puede ser sometido en la etapa del juicio sobre la pericia practicada; en todo caso, el derecho de defensa queda asegurado, por la intervención de un consultor técnico, cuya característica esencial es la especialidad de la materia, lo cual lo vuelve idóneo para participar del acto²⁶⁹.

Un caso más sería la práctica de exámenes de genitales en la víctima de un delito sexual, en tal actividad obviamente no puede estar presente la defensa, ni el fiscal, ni el juez; el límite es la dignidad e intimidad de la víctima, que impiden la presencia de otras personas que no sea la del perito examinador y los ámbitos de defensa se aseguran en los términos supracitados.

(c) También constituye un fundamento esencial para preservar el derecho de defensa, el hacer saber al imputado los hechos que se le acusan, en los momentos oportunos y con los requisitos pertinentes para esa etapa. Esta actividad de hacer saber los hechos atribuidos al encartado, es progresiva según las fases del enjuiciamiento, y lo que justifica tal menester, es que nadie puede defenderse correctamente si no sabe primero de que hechos se le acusan. Sin embargo hay momentos claves para formular éste conocimiento al imputado, uno de ellos es el momento en el cual se formaliza la acusación, de ahí que, quien acusa tiene el peso de exponer los hechos de manera “clara, precisa circunstanciada y específica” ello bajo pena de nulidad.

Esta actividad no le corresponde al juez, sino al acusador, es él quien debe de manera pristina, describir cuales son los hechos acusados, como fundamento de la conducta ilícita; el control de esa actividad, en cambio si corresponde al juez, quien debe asegurar que los hechos que el fiscal acusa cumplan con estos requisitos de claridad, precisión, circunstanciación y especificidad; en este punto, si tal requisito se incumple por el acusador, y no se controla por el juez, ocurre un defecto que es insalvable, se trata de una nulidad²⁷⁰ que es absoluta y no relativa.

La cuestión de por qué es insalvable o absoluta esta nulidad, obedece a que, tras la necesidad de que la acusación en cuanto a

269. La norma que regula esta facultad defensiva es el art. 177 CPP que dice: “Si por las particularidades del caso, alguna de las partes considera necesario ser asistida por un consultor en una ciencia, arte o técnica, lo propondrá al juez o tribunal, quien lo designará según las reglas aplicables a los peritos, en lo pertinente, sin que por ello asuma tal condición. El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales, hacer observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen, y se dejará constancia de sus observaciones. En las audiencias podrá acompañar a la parte con quien colabora y auxiliarla en los actos propios de su función”.

270. Dice a la letra el artículo 314 CPP “La acusación contendrá bajo pena de nulidad”.

los hechos, tenga una relación clara, precisa, circunstanciada y específica, se resguarda la obligación de hacer saber al acusado con toda claridad los hechos atribuidos, y este presupuesto lo que garantiza, es el derecho de inviolabilidad de la defensa, y creo que nadie negará, que ésta es una garantía fundamental reglada por la Constitución, que estatuye que a las personas se les aseguren todas las garantías necesarias para su defensa, de ahí que, la nulidad sea absoluta, por que la violación de un derecho o garantía constitucional, genera un defecto absoluto que debe proveerse en nuestro medio como una nulidad de esa especie²⁷¹.

Ello es lo que manda precisamente el artículo 224 en su número sexto CPP cuando ordena que: “El proceso es nulo absolutamente en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: 6) Cuando el acto implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en este Código”. Y como ya se expresó, el requisito de que la acusación sea clara, precisa, circunstanciada y específica, no es una simple formalidad, esa regla resguarda la inviolabilidad de la defensa del acusado, en el sentido que, éste tiene derecho a saber con toda precisión, los hechos que se le acusan, para estar en capacidad de defenderse de la imputación que se le ha formulado.

Una adición, es conveniente formular en el sentido que, “hechos” no significa calificación jurídica, el nomen iuris que se de al delito es algo diferente a los hechos, estos se refieren a la facticidad de lo ocurrido, como conducta material histórica desarrollada por el imputado, la cual debe estar suficientemente clara y detallada, o para decirlo en términos pragmáticos: debe satisfacer el cuando ocurrieron esos hechos, a donde ocurrieron esos hechos, como ocurrieron esos hechos, y quien cometió esos hechos.

(d) Por ultimo, es importante indicar, que manifestación del principio de defensa, es que el acusado no puede ser constreñido a declarar contra si mismo, es decir el derecho que tiene todo justiciable a no inculparse o autoincriminarse²⁷², por que el justiciable no esta obligado a producir prueba contra él mismo, de ahí que, toda actividad que tienda a afectar esa libre voluntad para declarar, se ve proscrita mediante prohibiciones probatorias²⁷³, que están

271. De otra opinión López Ortega quien la dimensiona como una nulidad relativa, aunque sin abordar tal temática desde la perspectiva de una garantía fundamental. Confrontar. CASADO PÉREZ José María, DURAN RAMÍREZ Juan Antonio, DURO VENTURA Cesario, LÓPEZ ORTEGA Juan José, MARCO COS José Manuel, SALAZAR GRANDE Cesar E. y SEOANE SPIEGELBERG José Luis “Código Procesal Penal Comentado”. Tomo I... op. cit. P 823.

272. Sobre los fundamentos del derecho a no inculparse desde sus perspectivas históricas y rémoras inquisitoriales, así como sus presupuestos ver el interesante estudio de CAMPOS CALDERON J. Federico “Consideraciones en tomo al derecho constitucional a no inculparse en el proceso penal. (Nemo tenetur se ipsum accusare: nadie tiene que acusarse así mismo) en “Revista de la Defensa Pública. N.º 3. Octubre. 2003. San José. Costa Rica. 2003 pp 46 a 56.

273. Roxin define las prohibiciones probatorias como “todas las normas jurídicas que contienen un limitación de la práctica de la prueba en el procedimiento penal, dividiéndolas en prohibiciones de producción de prueba y prohibiciones de valoración de prueba. Ver ROXIN Claus “Derecho Procesal Penal”. Traducción de la 25^o

normadas tanto a nivel constitucional como de normativa infraconstitucional. Así lo prescriben los artículos 12 CN; el artículo 14.3. “g” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8.2. “g” y 8.3. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; y los artículos 87 N° 7 y 262 CPP.

De lo anterior, se formula el denominado “derecho a guardar silencio”, el cual tiene una doble dimensión, que debe ser explicada pulcramente al justiciable. Por una parte, al acusado debe hacérsele saber que tiene el derecho de no declarar, sin que esta inactividad pueda perjudicarlo en nada, en cuanto a su situación jurídica y respecto de la imputación que se le ha formulado.

Pero además, debe explicársele que tiene la facultad de declarar voluntariamente, haciéndole notar que lo que diga en su declaración, puede ser usado en su contra; este último predicado, es de vital importancia que el imputado lo sepa y comprenda, por que de lo contrario, se generaría una especie de error a la cual es inducido el procesado, cuando se le dice que puede declarar, pero sin advertirle que lo que diga puede ser usado en perjuicio suyo. Por otra parte, cuando el imputado declara, lo cual se considera como una manifestación de su defensa material, el tribunal debe valorar lo que el imputado ha manifestado, aunque ello no constituya una confesión.

Tal exigencia de valoración es necesaria, por que confesión y declaración son dos manifestaciones diferentes que surgen de una misma fuente: la indagatoria del acusado respecto de los hechos. Pero por ello, no debe confundirse el ámbito de las mismas, la confesión es un medio de prueba, que puede en un momento determinado inculpar al encartado, al atribuirse éste la comisión de un hecho delictivo, sea que la confesión sea simple o calificada.

En cambio la declaración del imputado, que no constituye una confesión, es un medio de defensa del justiciable, para rebatir las pruebas que presenta quien lo acusa; y como medio de defensa que es –muy especial por cierto– debe ser valorada, de lo contrario si tal declaración no fuera objeto de estimación, que sentido tiene que se le diga al imputado que puede declarar, si al final la información que brinde no será sujeto de una ponderación.

De ahí que, si no se valora lo que el imputado ha declarado, fijándole su medida con respecto a las probanzas incorporadas, la decisión del tribunal carece de motivación, y además afecta el derecho de defensa del imputado, que no declara tan sólo para ser escuchado, sino para que se pondere valorativamente, lo que exprese

edición alemana por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor. Editores del Puerto, 1° Reimpresión. Buenos Aires. Argentina. 2001 p. 190. En el mismo sentido, se informa que las prohibiciones probatorias constituyen barreras infranqueables a la búsqueda de la verdad, respecto de la comprobación de ciertos hechos, para los cuales, queda enervada la investigación, mediante la utilización de medios especiales, indicándose que estas prohibiciones pueden ser absolutas como relativas. Ver GUARIGLIA Fabricio “Las Prohibiciones Probatorias” en AA. VV. “El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación”. Análisis crítico. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1993 pp. 15 a 16.

acerca de la imputación que se le formula; como violación del derecho de defensa, es un motivo que habilita casación, para su examen en esa vía impugnativa.

Por último, una manifestación más del principio de inviolabilidad de la defensa, y en este punto en particular, conectado con el de presunción de inocencia, es que el justiciable no tiene la carga de la prueba, ella le corresponde a quien acusa, tal como lo dispone de manera positiva el artículo 6 CPP cuando en lo pertinente prescribe que: “La carga de la prueba corresponde a los acusadores”.

Sin embargo, debe señalarse, que el imputado tiene amplias facultades defensivas, ello por que, aunque él mismo no está obligado a probar su inocencia –la cual se ha construido jurídicamente hasta que quien acusa no construya su culpabilidad– esta garantía no significa, que el justiciable no tiene derecho, a presentar la prueba que estime útil y necesaria a sus pretensiones, los límites de dicha prueba para ser admisible, serán los generales en materia de prueba, como son pertinencia, licitud, relevancia.

Esta facultad defensiva, que los tribunales deben garantizar cuando el imputado ofrece prueba, encuentra su respaldo normativo en el artículo 12 CN que determina que al imputado deben asegurarsele todas las garantías necesarias para su defensa. Además, de lo establecido en los artículos 14. 3 (b) y (e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dicen: “Durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: (b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa... (e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

Por su parte el artículo 8.2 (c) y (f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe en lo pertinente: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; (f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. En suma, parte vital del derecho de defensa, es que el justiciable goce de oportunidades reales, para proponer e incorporar la prueba que estime conveniente a sus pretensiones de defensa, ello es manifestación de la garantía a un juicio justo o al debido proceso, como lo entiende nuestra Sala Constitucional²⁷⁴.

274. La Sala Constitucional al construir el derecho de audiencia ha exigido de entre otros presupuestos esenciales el siguiente: “que en el proceso o procedimiento se observen las formalidades esenciales, dándosele al gobernado oportunidad amplia y real de controvertir los motivos de la posible privación, facilitándole, además, la presentación de los medios de prueba conducentes”. (Sentencia de Amparo ref. 492-98 de fecha 11 de Enero de 2000).

2.7 PRINCIPIO DE TUTELA DE LAS VÍCTIMAS.

Que las víctimas deban ser protegidas desde y por el derecho penal, no es una afirmación que deba causar extrañeza, en verdad que en la relación material del conflicto denominado delito, los más importantes, son víctimas e imputados; de ahí que la protección de las víctimas, sea una cuestión importante, que debe ser asumida con equilibrio. De la importancia de las víctimas informa por ejemplo la Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y abuso de poder, instrumento normativo en el cual, se reconoce que las víctimas deben ser tratadas con dignidad, y que uno de los fines esenciales, es lograr la reparación de los perjuicios irrogados –y sufridos– por las víctimas ante el delito. De ahí las modernas formulaciones de derechos respecto de las víctimas en los ordenamientos procesales, que es importante que aquellas conozcan y comprendan, para que puedan ser ejercitados; la construcción de un proceso penal con inclusión de las víctimas, es uno de las ideas más firmes que impulsa la victimología, para evitar la neutralización de éstas en la solución del conflicto penal²⁷⁵.

Es de vital importancia que a la víctima se le garanticen, su derecho a la seguridad, el derecho a la información, a la asistencia gubernamental, el acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva, a minimizar la revictimización, a la reparación por los daños causados por el delito; teniéndose en cuenta que el reconocimiento de estos derechos, no deben significar, la reducción del debido proceso, en cuanto al procesamiento y enjuiciamiento de los justiciables.

Debe remitirse la consideración de una víctima expropiada de su propio conflicto, por cuanto ello significa una doble afectación para la víctima, primero ante la comisión del delito, posteriormente frente al sistema penal²⁷⁶, cuando la víctima no tiene significación para la solución del conflicto, y aunque éste se redefina por una pena, ello en muchos, no significará ningún resultado favorable para el perjuicio sufrido por las víctimas. De ahí que debe fortalecerse el sistema de justicia reparatoria o restitutiva, para que las víctimas puedan alcanzar una adecuada respuesta al problema penal.

3. PRINCIPIOS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

Fundamentos. Es importante hacer un bosquejo de los límites que el poder del Estado tiene en la etapa ejecutiva de la pena.

275. Ver BERISTAIN IPIÑA Antonio "Nuevo Proceso Penal desde las Víctimas" en la Administración de Justicia. En los albores del tercer milenio. Messuti, Sampedro Arrubla. Compiladores. Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina. 2001 pp 20 a 27.

276. Así CRISTIE Niels "Los Límites del Dolor". Fondo de la Cultura Económica. México D.F. 1984 pp 126 a 127.

Ciertamente en esta fase la vigencia de los derechos fundamentales de las personas se han visto ampliamente reducidos, sobre todo cuando los modelos penitenciarios se han sustentado en la doctrina de la sujeción especial²⁷⁷, bajo cuyas directrices el privado de libertad pasa ser tratado casi como una persona sin derechos. Ello no es admisible en un Estado Constitucional de derecho por cuanto en un régimen como éste los derechos fundamentales, en su perspectiva material –no formal–, deben de respetarse y tutelarse en todas las esferas en las cuales se ejerce el poder, y de ella no está excluido el ámbito de ejecución de las penas²⁷⁸.

De ahí que, los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, únicamente pueden ser restringidos, dentro de los parámetros que la estricta legalidad prescribe, lo cual está sujeto al cumulo de principios y de garantías que establece el orden constitucional, de cuyo amparo no esta excluida la población privada de libertad²⁷⁹.

Ello significa la vigencia de ciertos principios, que funcionan como reguladores de las restricciones de los derechos fundamentales, de ahí que respecto de estos principios el convicto mantiene la misma condición que cualquier ciudadano –por cuanto nunca pierde sus derechos civiles– sólo siendo limitados aquellos derechos que se derivan de la restricción impuesta por la pena.

Con lo anterior se quiere señalar que el poder estatal, en este caso ejercido mediante las actuaciones de la administración de centros penales, están obligados a la tutela y al respeto de los derechos y garantías de los reclusos; únicamente conviene señalar que de estos principios fundantes y derivados del derecho de los derechos humanos, únicamente serán abordados el principio pro-homine y el principio pro-libertatis, en relación a las personas privadas de libertad.

PRINCIPIO PRO-HOMINE. El principio Pro-Homine es aquel que prescribe que en materia de derechos fundamentales, debe estarse a la interpretación más favorable para el ser humano, con lo cual se propone una intelección de los derechos fundamentales,

277. El fundamento de la doctrina de la sujeción especial, descansa en el ideario de que el reo, mediante la pena esta sometido a la dominio del Estado, lo cual significa la sumisión a esferas máximas de tutela y de constante vigilancia, en el cual es el ente estatal el que determina las reglas de organización, los ámbitos de actuación, la disciplina, la sanción, controlando de manera absoluta la vida de los reclusos.

278. Ver BORJA MAPELLI Caflerana "Ejecución y proceso penal" en "Jomada sobre sistema penitenciario y derechos humanos" Editores del puerto. Buenos Aires. Argentina 1997 pp 58 a 59.

279. Así se dice: "Es necesario trabajar en procura del reconocimiento a los condenados y personas sometidas a prisión provisional como sujetos de derechos. De esta forma se evita que las personas sometidas a encierros carcelarios se conviertan en objetos sometidos pasivamente a las declaraciones y acciones de la administración. La conservación y ejercicio por parte de los internos, de los derechos básicos que les corresponden como personas y que no hay razón de cercenar por el encierro carcelario, además de constituir un pilar fundamental en cualquier intento por recuperar al individuo para la vida libre en sociedad, es básico en un sistema penitenciario que pretenda respetar las garantías individuales. Es indispensable recalcar que la persona sometida a una medida de encierro sigue siendo titular de derechos que es fundamental respetar. FREIXAS Eugenio "La Procuración penitenciaria. Balance y perspectivas" en "Jomada sobre sistema penitenciario y derechos humanos" Editores del puerto. Buenos Aires. Argentina 1997 p 51.

que tenga como objetivo ampliar su ámbito de eficacia²⁸⁰, de ahí que todas aquellas regulaciones que sean restrictivas de estos derechos deben ser interpretadas bajo la directriz del mejor sentido y la mayor amplitud en todo lo que beneficie a la persona humana.

Por ello, no es casualidad que la fundamentación de este principio se haya derivado de la doctrina del primado de la libertad, consustancial al ser humano, y que tal principio se derive de la formulación de todo Estado Republicano y Democrático, que reconozca la dignidad humana. En suma puede expresarse que el principio pro-homine garantiza que los derechos fundamentales del ser humano, deben siempre ser interpretados y aplicados de la manera que más favorezcan al hombre, es decir, elegir la interpretación que mejor tutela los derechos del ser humano.

La vinculación del pro-homine se vincula al ámbito de la ejecución de la pena, en el sentido de tutelar el derecho de libertad del ser humano, éste derecho aquí apostillado se hace bajo su dimensión más general, en el sentido de que al ser humano le es consustancial la libertad y como tal debe asegurársele un ámbito intangible e irreductible de autonomía que no puede ser intervenida por el estado; éste núcleo duro del derecho a la libertad, no puede ser objeto de restricción ni mediante prescripciones normativas de ninguna clase, ni mediante los actos de la autoridad, incluidas las que ejercen las potestades en el área de la ejecución de la pena.

PRINCIPIO PRO-LIBERTATIS. El fundamento del principio aludido radica en que todas las prescripciones normativas que regulan aspectos de la libertad del ser humano deben ser interpretadas en el sentido que favorezcan a la extensión del ejercicio de libertad del ser humano.

En relación a las personas que se encuentran bajo un régimen de cumplimiento de penas privativas de libertad, el principio garantiza el derecho a actuar libremente, con la única limitación de la realización de conductas ilícitas, se garantiza por este principio la capacidad del ser humano de actuar o no actuar de acuerdo a su autonomía, en aquellos ámbitos que no son alcanzados por la pena privativa de libertad, que limita únicamente la libertad locomotiva, con lo cual el recluso sigue amparado por el principio de que le esta permitido todo lo que no se prohíbe.

De ahí que en virtud de este principio el reo tiene un espacio de libertad que esta sustraído de la actuaciones regladas que impone la ejecución de la pena, por lo cual son zonas en las cuales la autoridad no puede intervenir, y en caso de duda sobre la procedencia del ejercicio del derecho, deberá estarse a la interpretación que

280. Así PINTO Monica "El Principio Pro-Homine. Criterios de hermenéutica y pauta para la regulación de los derechos humanos" en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Compiladores. Martín Abregú/Christian Courtis. Centro de Estudios Legales y Sociales. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1997 p 163.

respete el ejercicio de éste ámbito de libertad; consecuencia de lo anterior fuera de la privación de libertad que se sufre en el centro de reclusión, el principio pro-libertatis garantiza que la libertad del recluso debe ser la regla general y las limitaciones a la misma su excepción.

Ciertamente algunos derechos resultan de ordinario limitados ante la pena privativa de libertad, sobre todo aquellos derechos a determinadas libertades personales. Así el derecho a la privacidad, a la libertad ambulatoria, a la libertad de expresión, a la libertad de asamblea o a la libertad del sufragio, pero lo importante es que estos derechos sólo admiten restricciones razonables y nunca absolutas; si ellos son interrumpidos de manera total, su afectación no respeta el orden constitucional.

3.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

La pena privativa de libertad, en lo relativo a su ejecución, está ceñida estrictamente al principio de legalidad. Lo anterior significa que el cumplimiento de la pena de prisión mediante su régimen no es una facultad que le esté signada arbitrariamente a la administración penitenciaria, sino que por el contrario, esta sujeta a ley, con lo cual su forma y modo de cumplimiento se rige por los principios de reserva de ley, de prohibición de retroactividad favorable, por el principio de taxatividad y por la prohibición de la analogía; ello es lo que se deriva de la formulación del axioma “nulla poena sine regimine legale; lo cual implica la sujeción de la ejecución de la pena a la más estricta legalidad²⁸¹.

En lo relativo al principio de reserva de ley formal, ello significa que sólo al poder legislativo le esta confiada la restricción de los derechos fundamentales en relación a la potestad punitiva del legislador, en cuanto se trata de la formalización del hecho punible. Este ámbito, como ya lo hemos expresado, no se limita únicamente a la estructuración de la prohibición típica, sino que se comprende también a la consecuencia jurídica, es decir a la pena; en tal sentido la pena no sólo esta supeditada a reserva de ley formal, en su dosimetría abstracta, sino también en cuanto a la forma de ejecución de la misma²⁸², por cuanto éste aspecto –su régimen de cumplimiento– es el que materialmente incide en los derechos del justiciable.

De lo anterior es dable afirmar, que la fase de ejecución de la pena es el momento de materialización del poder penal del Estado, y este poder, que es derivado sustancial de la pena, concretamente

281. MAPELLI CAFFERANA Borja “Tendencias modernas en la legislación penitenciaria” en “Jornada sobre sistema penitenciario y derechos humanos” Editores del puerto. Buenos Aires. Argentina 1997 p 129.
282. Confrontar BLANCO Edward Sidney, MEMBREÑO José Ricardo “Ley Penitenciaria. Concordada, comentada y anotada. ARSJ-UTE. San Salvador. El Salvador. 1998 pp 37 a 38.

de su aspecto cualitativo, no puede quedar a la discreción del poder ejecutivo, constituyendo una facultada reservada con el exclusividad al legislador y garantizada mediante el principio de reserva de ley; de ahí que, la reglamentación en materia de ejecución de penas, únicamente puede normativizar con mayor precisión el régimen de ejecución, pero no ampliarlo en perjuicio de los derechos fundamentales en cuanto a la ejecución de la pena, por que tal restricción es facultad únicamente del legiferante.

De acuerdo con el principio de legalidad de la ejecución de la pena, la determinación configurativa de la pena debe ser por ley formal, previa, precisa, irretroactiva si es desfavorable, y debe ser interpretada restrictivamente, prohibiéndose toda interpretación analógica o extensiva, estas consecuencias del principio de legalidad, se aplica necesariamente a la creación de la pena en los ámbitos siguientes: a) la especie de pena que se fija; b) el tipo de pena; c) los límites de la pena; d) el régimen ejecutivo de la pena.

Lo anterior se ve ratificado por la formulación en concreto del principio de legalidad en la sistemática penal iniciando por el artículo 15 de la Constitución, que establece que ninguna persona puede ser juzgado por un hecho que no este previamente descrito como delito –principio de la ley previa– en el mismo sentido, el artículo del código penal en materia de penas prescribe que nadie “podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad”.

El artículo 4 de la Ley Penitenciaria establece que la actividad penitenciaria esta sometida rigurosamente al derecho, es decir a la Constitución, a la leyes, y a los reglamentos dictados conforme a la ley, así como a la sentencia del caso concreto; en suma la sujeción de la actividad penitenciaria en cuanto a la ejecución de la pena, esta reglada al más alto rango –la Constitución– y las demás normas deben ceñirse a la jerarquía de sus principios.

Aunque el Reglamento General de La Ley Penitenciaria (RLP), no se alude expresamente al principio de legalidad, ello es completamente derivable intra-sistemáticamente de la normativa reglamentaria. A partir del artículo 4 establece como principios rectores los de dignidad e igualdad de los internos, misma que no se puede entender si la actividad de los funcionarios no esta sometida normativamente, bajo el imperio del principio de legalidad. Extra-sistemáticamente, el reglamento si está sometido a leyes de la materia y a la Constitución por lo cual, la función del principio de legalidad en esta materia es indiscutible, estando sometida aún reglamentariamente la actividad de la administración penitenciaria a la estricta legalidad.

También garantizan la estricta legalidad en la ejecución de la pena privativa de libertad, con rango preferente dado su carácter de tratados en materia de derechos humanos: El pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos, que en el artículo 15. 1 en lo pertinente reza: “Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. Y el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que estatuye en lo pertinente: “Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

3.2 PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN.

La derivación del principio de resocialización, parte del axioma *Nulla poena sine resocializatione*, con lo cual se quiere afirmar que no puede ejecutarse la pena sin un debido tratamiento penitenciario y asistencial que respete la autonomía de la persona humana. En tal sentido el tratamiento que se brinde al reo, debe tener por única finalidad ofrecerle las oportunidades de resocialización, para permitir posteriormente su debida inclusión en tejido social.

Es por ello que la función rehabilitadora o inclusiva de la pena, que tiene un claro fin instrumental de respeto por el ser humano, como ideario preventivo, es opuesta al retribucionismo absoluto, por cuanto la finalidad de rehabilitadora de la pena, correctamente entendida, es potenciadora de los derechos humanos de la persona²⁸³.

De ahí que el énfasis represivo de las penas sea desplazado por el fin rehabilitador de la pena, que debe implementarse de acuerdo a la situación personal del reo, en el más absoluto respeto de su dignidad personal y de las consecuencias que de ella se derivan, y es que –ya como cuestión práctica– ningún modelo de inserción o rehabilitación podría funcionar, si no parte de tomar en cuenta la voluntad del ser humano, de ahí la importancia del respeto a su autonomía e individualidad como persona, de ahí el planteamiento de reintegración social²⁸⁴ para rescatar la finalidad de la pena en la visión de resocialización y no signar a la pena unas funciones meramente tecnocráticas²⁸⁵ que sólo generen legitimaciones exiguas en cuanto a los fines que debe cumplir la pena de prisión²⁸⁶.

283. Estamos conscientes de la grave crisis atravesada por la función preventivo especial de la pena, y por la profundas críticas a la ideología de la resocialización y en suma a las denominadas “ideologías re”; empero no renunciamos a la visión de rehabilitación de la pena, pero bajo una faceta profunda de humanización y respeto al ser humano, siendo el régimen penitenciario una oferta de asunción de derechos a los más vulnerables. Sobre las ideologías re, puede verse ZAFFARONI Eugenio R “Sistema penitenciario y normas constitucionales” en “Jornada sobre sistema penitenciario y derechos humanos” Editores del puerto. Buenos Aires. Argentina 1997 pp 183 a 184.

284. Ver BARATTA Alexandro “Reintegración social del detenido”. Redefinición del concepto y elementos de operacionalización” en “La Pena: Garantismo y Democracia. A propósito de la reforma penal en curso. Mauricio Martínez (compilador). Ediciones Jurídicas. Gustavo Ibañez. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1999 pp 75 a 76.

285. Así distinguiendo magistralmente entre funciones tecnocráticas e ideológicas de la pena. ARROYO GUTIERREZ José Manuel “El Sistema Penal ante el Dilema de sus Alternativas”. Colegio de Abogados de Costa Rica. 1° edición. San José. Costa Rica 1995 p 34.

286. BARATTA Alexandro “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal” en Revista Poder y Control. Numero 0. Barcelona. España 1986 pp 84 a 89.

Objetivo especial de la pena de prisión es su pretensión rehabilitadora respecto de la persona que ha cometido un delito, y ello como opción y no como imposición; este es un principio fundamental vinculado al principio de humanidad; es decir que la pena de entre otros fines, tiene como objetivo esencial el dirigirse a la persona como una opción rehabilitadora que respeta su autonomía ética, y que jamás puede rebasar el grado de su culpabilidad; y ello en la etapa ejecutiva se manifiesta con un mayor énfasis

Para poder desarrollar el principio de resocialización o inclusión, también debe partirse de una premisa básica –para no incurrir en un error de desconocimiento de la realidad – la pena privativa de libertad, dada su esencia de incidir directamente en la libertad y de separar al reo del resto de la comunidad, presenta un carácter aflictivo en relación a la restricción que impone al individuo, ello genera un déficit en la persona²⁸⁷ que no debe ser agravado por la ejecución de la pena, por que al volverse más aflictivo, afectará el proceso de rehabilitación del sujeto²⁸⁸.

De ahí que la ejecución de la pena no debe propiciar un estado de mayor aflicción en la persona del condenado, por que menguar el ámbito de autodeterminación de la persona, afectando su capacidad de responsabilidad, y ante unas consecuencias extremadamente aflictivas, creará o potenciará antivalores entre los condenados, que inhibirán efecto positivos a las políticas de inclusión.

En tal sentido, la finalidad de la pena privativa de libertad y del régimen de su ejecución debe ser la protección y el fomento de los valores constitucionales, y en virtud de ello, la ejecución de la pena debe responder a la interacción social, con lo cual la ejecución de la sanción debe verificarse dentro de una dimensión social y no excluidas de ella; es decir, la pena debe ejecutarse incluyendo al reo en una perspectiva social y no excluyéndolo.

En suma, las consecuencias de la pena –su ejecución– deben entenderse no como un sacrificio expiativo de las personas, sino como opciones posibilitadoras de desarrollo de la actividad social, que permitirán al individuo en concreto, una opción de interacción en el tejido social, una vez cumplida la pena; favoreciendo con ello el desarrollo de las aptitudes humanas, esa es la finalidad de la pena privativa de libertad: potenciar al ser humano, no reducirlo, ni destruirlo o aniquilarlo, la pena es ya aflictiva por la privación de libertad y el régimen de vida que lleva implícito, para exasperarlo a grados intolerables.

Y es que el condenado que tiene que cumplir una pena, no sólo tiene deberes que cumplir, sino que es una persona con un

287. BARATTA Alexandro "Criminología crítica y crítica del derecho penal" Siglo XXI Editores. México D.F. 1986 p.174.

288. BLANCO Edward Sidney, MEMBREÑO José Ricardo "Ley Penitenciaria..." op cit p 34.

status jurídico a quien se deben asegurar todos los derechos y garantías que la Constitución y otras leyes le conceden. Las únicas diferencias entre condenado y otros ciudadanos, son los derechos que limitan la pena, pero esta limitación debe provenir de leyes razonables que guardan armonía con la Constitución. De ahí que los derechos limitados por la pena, deben serlo en un grado de proporcionalidad y acorde a los mismos principios que impone la Constitución: Igualdad, dignidad, humanidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, readaptación, entre otros.

Por último debe indicarse que conforme al principio de rehabilitación del condenado, art. 27 Cn deriva para el reo una serie de derechos, de entre los que se destacan: 1) El derecho a no ser maltratado por penas excesivamente aflictivas; 2) El respeto a su humanidad, en virtud de la dignidad de ser persona; 3) El derecho a la no discriminación de ningún tipo; 4) El derecho a la información y a la libertad de pensamiento; 5) El derecho al respeto a la vida familiar; y 6) El derecho al desarrollo personal.

Esos derechos, además de estar contemplados en nuestra Constitución como derechos civiles, están reconocidos ampliamente por tratados internacionales, leyes de la República, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes; además de dos declaraciones que ya la Sala de Constitucional ha dado como fundamento interpretativo del respeto a los Derechos Humanos, los cuales la Declaración Universal de Derechos Humanos y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos.

Normativamente el principio de resocialización o de rehabilitación tiene un amplio marco legal, comenzando por el artículo 27 Cn; lo reconoce también como principio rector el artículo 2 de la Ley Penitenciaria cuando precisa que la ejecución de la pena, tiene como finalidad suministrar al reo las condiciones favorables que le haga posible “una armónica integración a la vida social”.

En igual sentido el Reglamento de la ley materia hace énfasis en el artículo 3 la finalidad de reinserción de los penados y de los sometidos a medidas de seguridad. La readaptación como finalidad de los regímenes penitenciarios está prescrita en el artículo 10. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 5. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.3 PRINCIPIO DE NORMALIDAD.

Conviene indicar, la estrecha vinculación entre el principio de normalidad y el principio de rehabilitación o inclusión de la pena, puesto que uno no se entiende sin el otro, para lograr una efectiva rehabilitación del condenado. Su vida en prisión, aún con las

consecuencias afflictivas que de ellas se derivan, debe discurrir en parámetros lo más similares posibles a la vida en libertad, por cuanto el reo, posteriormente se deberá insertar en la normalidad de la vida social, y ello será mucho más difícil si existe una completa asimetría entre las condiciones de la vida en prisión y las condiciones de la vida en libertad.

Para ello es importante tener en cuenta que el régimen de ejecución de la pena privativa de libertad, no debe limitar más allá de lo imprescindible la normalidad de la vida del recluso²⁸⁹, de ahí que se deben potenciar los contactos del condenado con el mundo exterior, e impulsar las estrategias adecuadas para el fortalecimiento del desarrollo personal, con lo cual la exigencia del principio de normalidad radica, en el hecho que, el tratamiento de la ejecución de la pena, debe estar orientado en su plenitud a preparar al recluso para desarrollar una vida normal en la sociedad, cuando sea puesto en libertad.

Lo anterior implica necesariamente el esfuerzo por reducir las diferencias entre vida en libertad y vida en prisión; lo cual no significa igualdad de condiciones –en la prisión ello no es posible– sino el objetivo de que la ejecución de la pena, se verifique reduciendo las grandes brechas, entre la vida penitenciaria y la vida en sociedad; por ello es que el régimen de ejecución de la pena no puede privar al recluso de su sentido de responsabilidad.

Ahora bien, mecanismo importante para desarrollar el principio de normalidad, es el retorno paulatino del recluso a la vida en el orden social, de ahí que el régimen progresivo adoptado por la Ley Penitenciaria y la aplicación de los subrogados penales, son aspectos importantes para garantizar la eficacia del principio de normalidad; estos mecanismos son los que permiten una reducción esencial entre las diferencias de vida en prisión y vida en libertad, y con ello se cumple el postulado rehabilitador que manda la Constitución en el artículo 27 de la Cn; ejemplo de la integración de este principio a la normativa penitenciaria es la regla contenida en el número 6 del artículo 97 de la Ley Penitenciaria.

De ahí que, el régimen de la vida en prisión en todo momento debe estar orientado a tratar de reducir los espacios diferenciales entre la vida de prisión y la vida en libertad, ello porque el aumento de las diferencias acrecienta el problema de la sub-cultura carcelaria, y los efectos nocivos del fenómeno de la prisionalización²⁹⁰, debilitándose con ello el sentido de responsabilidad del reo y perdiéndose por este el respeto a la dignidad del hombre.

Para ello es clave los contactos con sus familiares, el acceso a la información normal y el no aislamiento, por cuanto fomentar

289. MAPELLI CAFFERANA Borja "Tendencias modernas en la legislación penitenciaria" op cit p 131.
290. Ver TORO David "Reincorporación Social" en "Conferencia Latinoamericana sobre Reforma Penal y Alternativa a la Prisión. Memorias. Ministerio de Justicia de la República de Costa Rica y Reforma Penal Internacional. San José Costa Rica. 2002 pp 62 a 63.

un mejor desarrollo personal del condenado. El principio de normalidad es fundamentador en el régimen progresivo de las instituciones siguientes: a) fase de confianza artículo 98 LP y 263 del RLP que señala que: “Tiene como objetivo promover y motivar, en los internos el establecimiento de relaciones formales con la comunidad externa a fin de facilitar y fortalecer su proceso de reinserción social y familiar”.

Con un mayor énfasis, en el principio de normalidad, la fase de semi-libertad es un mecanismo esencial para reducir los aspectos diferenciales de la vida en prisión y en libertad; la formulación se precisa en el 100 LP y el objetivo queda claramente establecido en el artículo 264 RLP que prescribe: “Esta fase de semilibertad tiene como objetivo dar oportunidad al interno de poner en práctica la capacidad de reinserción social positiva, fortaleciéndose dentro del período de entrenamiento previo a su reinserción definitiva a la comunidad. También el trabajo penitenciario se adscribe en los fundamentos del principio de normalidad al establecer en el artículo 104 que: “El trabajo penitenciario no deberá ser de carácter aflictivo. Se procurará en todo lo que sea posible, la identificación de las características del trabajo penitenciario con el trabajo en libertad”.

La consecuencia de lograr la mayor efectividad del principio de normalidad es que hace viable la vigencia del principio de reducción del daño, por cuanto, sabiéndose que la pena privativa de libertad es aflictiva y que la cárcel es un factor criminógeno que genera consecuencias nocivas en el ser humano, como la institucionalización carcelaria y las sub-culturas carcelarias; la ejecución de la pena privativa de libertad debe tener por objeto causar el menor daño posible a la persona del ser humano, es decir evitar en todo lo posible su mayor desocialización como fenómeno del encierro en prisión; factor clave para evitar la un mayor proceso desocializante de los reclusos, es reducir los márgenes de hacinamiento penitenciario²⁹¹.

3.4 PRINCIPIO DE CUIDADO.

Uno de los axiomas importantes dentro del ámbito de la ejecución de la pena, es el denominado principio de cuidado –que esta vinculado al de jurisdiccionalidad. Bajo la égida de este principio, los seres humanos que están internados en los centros penales, son responsabilidad del Estado, en cuanto a la protección y fomento de sus derechos fundamentales y humanos.

De ahí que las restricciones que se verifiquen a los ámbitos de autodeterminación del recluso para la estabilidad de una vida

291. CARRANZA Elías “Las Prisiones en América Latina” en “Conferencia Latinoamericana sobre Reforma Penal y Alternativa a la Prisión. Memorias. Ministerio de Justicia de la República de Costa Rica y Reforma Penal Internacional. San José Costa Rica. 2002 p 18.

comunitaria dentro de los centros penales, son necesarias, pero deben de hacerse con respeto a los marcos constitucionales: Es deber del Estado y su responsabilidad, prevenir y tutelar los bienes jurídicos de los internos en los centros de cumplimiento de penas. Las personas privadas de libertad no pierden este derecho reconocido sin distinción a todos en el artículo 2 de la Constitución, que obliga al Estado a la conservación y defensa de los mismos, precisamente por ello el principio de cuidado implica un doble efecto, asegurar los bienes jurídicos de los reclusos de ataques de terceros; asegurarlos a su vez, del excesivo autoritarismo del Estado, con lo cual se rechaza que el principio de cuidado pueda fundamentarse en la doctrina de la sujeción especial.

3.5. PRINCIPIO DE REDUCCIÓN DEL DAÑO.

El principio de reducción de daño, también se encuentra estrechamente vinculado a los principios de normalidad y de readaptación, con lo cual se quiere significar que la ejecución de la pena privativa de libertad, debe cumplir el principio de reducción del daño en la humanidad de la persona que se encuentra en prisión²⁹². De acuerdo con el mismo, los propósitos fundamentales de la pena son dos: la rehabilitación del condenado y la prevención de los delitos. (mismos que acoge nuestra Constitución en el art. 27).

Uno de ellos es la readaptación del condenado, lo cual lleva a entender que la pena privativa de libertad no es un mecanismo de exclusión social, y que por lo tanto, el condenado deberá nuevamente volver a la sociedad; de ahí que, es desventajoso para la sociedad que los reos al regresar al tejido social lo hagan más endurecidos por el delito y con mayor dedicación a los estilos de vida de la criminalidad.

En virtud de lo anterior el principio de reducción del daño puede potenciarse desde tres perspectivas: a) evitar que las penas privativas de libertad sean excesivas, en su dosimetría abstracta y concreta, por cuanto penas de amplio espectro sólo agudizan los efectos de la prisionalización; b) reducir en los ámbitos de ejecución de la pena, los efectos nocivos que se derivan de la privación de libertad; c) dar vigencia a los subrogados penales, y a la fase de ejecución progresiva de la pena privativa de libertad; de lo contrario, los daños ocasionados en el ser humano son progresivos y son uno de los efectos más comunes de la prisión, y si ella se agudiza en tiempo y en forma de tratamiento, los efectos dañinos al hombre suelen ser irreversibles, con ello se incumple el principio de la

292. Con una visión práctica sobre la importancia de las políticas de reducción del daño en cuanto al tratamiento carcelario, DA ROCHA Joaquín "Experiencias en el área de política penitenciaria" en "Jomada sobre sistema penitenciario y derechos humanos" Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina 1997 pp 137 a 138.

rehabilitación.

En relación con lo anterior, debe formularse una visión realista: La condena a una pena privativa de libertad, no obstante su visión resocializadora, como instrumento restrictivo de derechos fundamentales, es y siempre será aflictiva para el condenado, ello es un fin deletéreo, inherente a la pena de prisión. Pero lo que no debe olvidarse es que la prisión no está pensada como un lugar para que al condenado le sean infligidos más sufrimientos de los naturales a la pena privativa de libertad. Si bien es cierto la prisión no es un lugar en el cual la vida se desarrolla normalmente, las condiciones de la pena si deben estar orientadas a la rehabilitación, es decir, debe acercarse lo más posible a la normalidad.

Es por ello que las penas de prisión no deben restringir más allá de lo necesario los derechos y libertades de las personas, los contactos familiares y sociales, y su relación con el mundo exterior, prescribiendo con ello a los reclusos verdaderas opciones de desarrollo personal. La pena privativa de libertad, en suma debe facilitar la adaptación e integración del recluso a su ulterior vida en libertad en la comunidad.

3.6 PRINCIPIO DE JURIDICCIONALIDAD.

La ejecución de las consecuencias jurídicas del delito, y de éstas aquellas que se concretizan en la privación de libertad de las personas, deben de estar sujetas al más estricto control jurisdiccional²⁹³, de ahí que las prisión y las medidas de seguridad, sean ejecutadas bajo el control de la jurisdicción²⁹⁴, y ello implica dos consecuencias:

a) toda restricción de derechos fundamentales –como en este caso la libertad de las personas– esta sometida a los poderes de la jurisdicción y no al poder de otro funcionario, corresponde a los jueces la decisión o el control sobre decisiones que asuman otros funcionarios, respecto de la restricción de derechos fundamentales, ello es una derivación del principio constitucional de exclusividad de la jurisdicción;

b) en materia de delitos y de penas, además corresponde con exclusividad a los jueces, no únicamente juzgar, sino además ejecutar lo juzgado, de ahí que la ejecución de la penas y de la pena privativa de libertad sea una competencia constitucional asignada al control de la judicatura.

En relación a ello, el artículo 6 de la IP establece el principio de judicialización o de jurisdiccionalidad en la ejecución de la pena, con lo cual se determina el control jurisdiccional en: a) respecto de la ejecución de la pena o medida de seguridad; b) el control respecto del estricto cumplimiento a la aplicación del régimen penitenciario.

293. BLANCO Edward Sidney, MEMBREÑO José Ricardo "Ley Penitenciaria..." op cit pp 40 a 41.

294. BORJA MAPELLI Cafferana "Ejecución y proceso penal" op cit pp 62 a 65.

De ahí que se regule lo respectivo a los organismos judiciales de aplicación en lo relativo a la ejecución de las penas privativas de libertad y a los regímenes asignados, competencia y atribuciones que se extiende al control de las medidas de seguridad. Como consecuencia de lo anterior, todas las actividades de los organismos administrativos que intervienen en la ejecución de la pena, está bajo el control jurisdiccional en el marco de su competencia y las decisiones de dichos órganos de administración no deben entenderse vinculantes para el juez.

3.7 PRINCIPIOS POLÍTICO-PENALES DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN MATERIA DE RESOCIALIZACIÓN.

La finalidad resocializadora de la pena es de tanta trascendencia, que ante la crisis presentada por las iniciales teorías de la resocialización, fundamentadas en la ideología del tratamiento y de la sujeción, han debido ser reformuladas conforme al actual estado de las cosas, para que finalidad rehabilitadora de la pena se conserve, pues ella misma, rectamente entendida es un instrumento importante para la actividad de inclusión de las personas que cumplen penas privativas de libertad y están sujetas a un régimen penitenciario, de ahí que aún de manera sintética deben enunciarse los principios rectores en esta materia, que son importantes en cuanto a su desarrollo en la llamada función político criminal terciaria.

(I) Principio de simetría funcional de los programas dirigidos a ex-detenido y de programas dirigidos al ambiente y a la estructura social. Parece ser que este principio se desarrolla sobre la base del principio de normalidad; de ahí que el principio de simetría implica que el desarrollo que se dará a la ejecución de la pena privativa de libertad, en cuanto a las condiciones de vida, debe de ser correspondiente a las condiciones que el privado de libertad encontrara en la vida social, cuando salga en libertad, de ahí que las condiciones del tratamiento penitenciario –no en su visión antigua– deben ser la idóneas en cuanto a la familia, el ambiente, el entorno cultural, laboral, etcétera; la actividad de reintegración requiere de roles y competencias que no sean provistas de manera asistida, sino compartida, para fomentar o mantener el principio de responsabilidad.

(II) Principio de presunción de normalidad del condenado. Este principio establece la necesidad de partir de la visión de normalidad del condenado, es decir, el reo es una persona que ha cometido delito, la caracterización de la desviación –como concepto en desuso en la moderna criminología– no debe ser aplicada, de ahí que se debe abandonar la visión del recluso como un ser patológico del delito, por cuanto esta visión morvida del delincuente tiene una clara impronta del positivismo criminológico. Así la rehabilitación debe ser proyectada, sobre las necesidades personales

de los reclusos, pero con un enfoque distinto a la ideología del tratamiento. Los programas deben ser elaboradas no bajo un ideario de patología delictiva con fundamentos meso-mórfico delictivas. Lo anterior en el ámbito de la ejecución penal debe llevar a diferenciar claramente los aspectos disciplinarios y los programas de reinserción, estos últimos sólo se desarrollan mediante políticas de ofertas de inclusión.

(III) Principio de exclusividad del criterio objetivo de la conducta en la determinación del nivel disciplinario y del régimen de disminución de pena. Lo anterior lleva a exigencia de una estricta separación entre pena, disciplina carcelaria y programas de reinserción social. Lo anterior exige que se establezcan únicamente criterios objetivos para la determinación de las infracciones administrativas y para el otorgamiento de los subrogados de pena o de las fases que disminuyen la intensidad de la pena privativa de libertad. Criterios objetivos significa, que únicamente deben verificarse hechos y conductas sobre hechos, así como la atribución de las mismas, abandonado los meros juicios subjetivos que son inverificables y por ende no controlables, se nota aquí el advenimiento del principio de estricta legalidad.

(IV) Principio del criterio de reagrupación y diferenciación del tratamiento independiente de las clasificaciones tradicionales y de las diagnósticos criminológicos de impronta positivista. Por medio de dicho axioma se señala que deben superarse los criterios tradicionales de diagnósticos criminológicos y de clasificación de condenados, con lo cual se propone una reorientación de los criterios de selección y de reagrupación, los cuales se sintetizan en los siguientes:

(1) facilitar la interacción del reo con la familia y su ambiente;
(2) reducir las asimetrías en las relaciones sociales entre los detenidos, brindándoles ambientes de cierta homogeneidad cultural o social;

(3) optimizar las relaciones personales para mejorar el clima social en la cárcel y obtener espacios amplios de gestión de conflictos personales o colectivos, evitando la soluciones violentas;

(4) impulsar diferenciaciones racionales de los programas y servicios fundamentados en necesidades y demanda de la población reclusa.

(V) Principio de extensión simultanea de los programas de inserción e inclusión a toda la población carcelaria. Parte este principio de la necesidad de diferenciar entre pena, régimen disciplinario interno y programas de reintegración social, en el sentido que en los mismo debe de manejarse una política de no interferencia, por lo tanto, lo atinente a los programas de reintegración que es una de las claves esenciales para el proceso de rehabilitación, no debe ser negado a los reclusos que se encuentren bajo sanciones en razón del régimen disciplinario interno.

(VI) principio de extensión diacrónica de los programas. Continuidad de las fases carcelarias y post-carcelarias. Este principio es fundamental para la pretensión del éxito del tratamiento rehabilitador, teniendo en cuenta que la persona objeto del tratamiento ha estado sometida a una condición particular de vida, la del privado en libertad; de ahí que teniendo en cuenta que el modelo de reintegración no es disciplinar ni punitivo, es importante su extensión –como programa de apoyo– respecto de las personas que cumplen en libertad su pena o que son puestos en libertad, ello garantiza una mejor inclusión en el tejido social, y genera una mayor identificación entre cárcel y sociedad.

(VII) Principio de reciprocidad y relación de roles. El principio se fundamenta en la disminución de la asimetría de roles en la vida carcelaria. La cárcel en mayor o menor medida es una comunidad de frustraciones, para todos los operadores de la misma, no únicamente para el condenado. Todas las personas que se relacionan con la cárcel, son condicionadas negativamente por su visión de institución total, sobre todo por las contradicciones tratamiento-pena-resocialización-disciplina.

Se indica que la salud mental de los involucrados en el mundo carcelario se afecta por la alienación entre relaciones de personas y roles. De ahí que la aplicación del principio de asimetría es la base para la reciprocidad y relación de roles, lo anterior significa que la comunicación entre personal penitenciario y reos se transformen de relaciones de institucionalización que llevan insertos los roles de autoridad-sometimiento a relaciones hetero-comunicación, de aprendizaje recíproco y de alivio de perturbaciones.

(VIII) Principio de la Anamnesis social. Debe rechazarse el paradigma de la cárcel como anamnesis criminal –diagnóstico individual sobre el crimen y su tratamiento – para desarrollarse una política de contenido social sobre el delito. La cárcel no es un universo particular, sino una especie de micro-cosmos que refleja el universo social; es por ello que la reconstrucción de la vida personal del recluso –finalidad de la inclusión– debe ser verificada en el contexto de lo social, debe entenderse el fenómeno carcelario no como una vuelta a lo individual –visión expiacionista de la cárcel – sino como una vuelta a lo social²⁹⁵.

DERECHOS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA. Conviene aquí indicar que los principios que se han apenas esbozado, tienen como finalidad esencialmente la defensa de los derechos de los internos en la fase ejecutiva de la pena, lo reiteramos aquí nuevamente que el reo es condenado a una pena privativa de libertad y sometido a un régimen especial de tratamiento en atención a pena impuesta, a la vida en la cárcel y a los programas de reintegración; no es una

295. El desarrollo de estos principios político-penales de reintegración ha sido resumidos conforme a la visión presentada por BARATTA Alexandro "Reintegración social del detenido" op cit. pp 77 a 88.

especie de alien juris desposeído de sus derechos civiles, sino que es una persona con plenitud de derechos²⁹⁶, de los cuales, únicamente se encuentran limitados aquellos que se afectan por la pena impuesta. En atención a ello –sin que sean objeto de desarrollo en este trabajo– deben al menos enunciarse esos derechos.

- 1) Derechos relacionados a la persona en su dimensión vital: derecho a la vida, derecho a la integridad física, psíquica y moral, derecho a la salud.
- 2) Derechos relacionados a la autonomía personal: derecho a la dignidad, derecho a la intimidad, derecho al honor, derecho al secreto de la correspondencia epistolar, derecho al secreto de la comunicación personal, derecho a la libertad locomotiva dentro del recinto penal.
- 3) Derecho a la seguridad personal.
- 4) Derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva.
- 5) Derecho a la libertad de culto y a las prácticas religiosas.
- 6) Derecho a la libertad de reunión y libertad de asociación.
- 7) Derecho al ejercicio de petición
- 8) Derecho al trabajo, derecho a la libre elección de la actividad laboral.
- 9) Derecho a la propiedad privada,
- 10) Derecho a la tutela de la seguridad personal.
- 11) Derecho a la igualdad.
- 12) Derecho al esparcimiento y a la formación personal.

4. PRINCIPIOS EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL.

4.1 PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

El principio del interés superior del niño, no es un axioma nuevo en el área normativa de menores, ya la declaración de derechos del niño, en el principio dos, establecía que los niños gozaban de una protección especial, la cual debería dispensarse a partir del reconocimiento normativo, con la finalidad de alcanzar

296. Manifestaciones de la dignidad humana en relación a la pena de prisión. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador: 12-06-03. El panorama que la pena de prisión nos presenta, en su modelo de expansión, que se origina del artículo 45 N° 1 del CP y se complementa en el art. 103 de la Ley Penitenciaria por reenvío, es el de una pena cruel inhumana y en suma tormentosa, dado el carácter de su afflictividad, respecto de la persona a quien es impuesta. Sobre esta clase de pena, debe reconocerse el principio de dignidad humana, derivado del art. 1 Cn (...) y el principio de rehabilitación del condenado, art. 27 Cn del cual se derivan para el reo una serie de derechos de entre los que destacamos: 1) el derecho a no ser maltratado por penas excesivamente afflictivas; 2) el respeto a su humanidad en virtud de la dignidad de ser persona; 3) el derecho a la no discriminación de ningún tipo; 4) el derecho a la información y a la libertad de pensamiento; 5) el derecho al respeto a la vida familiar; 6) el derecho al desarrollo personal. Esos derechos además de estar contemplados en nuestra Constitución como derechos civiles, están reconocidos ampliamente por Tratados Internacionales que son leyes de la República, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes; además de dos declaraciones que aunque no son tratados, ya la Sala de lo Constitucional ha dado como fundamentos del respeto a los Derechos Humanos; nos referimos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos.

un desarrollo óptimo, saludable y normal, bajo parámetros de dignidad y libertad, debiendo las leyes normar bajo el interés del menor²⁹⁷. Mientras que en el principio siete establecía que el interés superior del niño debería ser la directriz esencial en lo relativo a su educación y orientación²⁹⁸.

Según se informa, el tema de la inclusión o no del principio del interés superior, fue ampliamente debatido en las reuniones preparatorias para la elaboración de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el sentido de examinar su rendimiento, por cuanto se estima que la visión –paternalista que fue fuente de la doctrina de la situación irregular²⁹⁹– podría representar una disminución de la visión del menor como persona que es sujeto de derechos y de responsabilidad³⁰⁰.

Empero, la decisión fue reconocer la normatividad del principio, de ahí que en el artículo 3.1 de la Convención precitada se prescribiera que: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño”.

Lo anterior es menester reconocerlo, por cuanto como se indicó, el interés superior del menor fue un fundamento importante del modelo de la justicia tutelar en materia de menores³⁰¹, y precisamente que fue eso uno de los fundamentos de la doctrina de la situación irregular³⁰², con lo cual se pretendía actuar siempre en defensa de los menores, aunque de esa manera se les hiciera objeto del derecho³⁰³; es decir que bajo una intención piética respecto de

297. El aludido principio reza: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensados todos ellos por la ley, y por otros medios para que pueda desarrollarse física, mental, moral y espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con ese fin, la consideración a que se atenderá será el interés superior del niño”. Resolución N° 1386 (XIV) de 1959 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en PACHECO Máximo “Los Derechos Humanos”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1987 pp 616 a 619.

299. Una visión de la función tutelar y la doctrina de la situación irregular en GUZMÁN FLUJÁ Vicente, BELLOFF Mary Anna, MARTÍN ATIENZA María Luisa “Apuntes sobre el Proceso de Menores en El Salvador”. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador pp 170 a 176.

300. Ver O’DONNELL Daniel “La Convención sobre los Derechos del Niño. Estructura y Contenido en “Derechos de la Niñez y de la Adolescencia”. UNICEF Editores. San José Costa Rica. 2001 p 21.

301. Ver GARCÍA MENDEZ Emilio “Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales” en “Estudios Básicos sobre Derechos Humanos VII. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional. San José. Costa Rica. 1996 pp 231 a 232.

302. Respecto a los fundamentos de la doctrina de la situación irregular, así como a sus fundamentos político-ideológicos sustentados en: a) el conservadurismo jurídico-corporativo; b) el decisionismo administrativista; c) el basismo de la atención directa. Ver GARCÍA MENDEZ Emilio “Infancia. De los derechos y la justicia”. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1998 pp 7 a 11.

303. Es ilustrativa en este sentido lo que expresa Ferrajoli cuando señala respecto de la doctrinas paternalista: “El tradicional paradigma paternalista del Derecho minoril resulta de hecho por su naturaleza informal y discrecional, siempre consignando a un supuesto poder “bueno” que invariablemente actuaría en el “interés superior del menor”. Es justamente este presupuesto el que ha sido dramáticamente desmentido por la realidad, habiéndose transformado de hecho en una ausencia absoluta de normas y legitimando los peores abusos y

los menores se redujeron notablemente para el menor las garantías y derechos penales y procesales, bajo un esquema de defensa social del menor³⁰⁴.

Conviene ahora examinar, la visión de la doctrina del interés superior del menor³⁰⁵, en relación a la doctrina de la protección integral³⁰⁶. Fundamento inicial, –como se expresó– en la Convención de los derechos del niño es que se reconoce el principio del interés superior del menor, empero es oportuno indicar que, en la normas de la convención que se refieren al aspecto penal, no se regula expresamente dicho principio, ni tampoco se encuentra en regulación en normativa internacional posterior, como son las Reglas de Beijing, y las Directrices de Riad. No obstante ello, el interés superior del menor siempre se ha entendido que es un cimiento principialístico de la justicia penal juvenil e inclusive fundamentador³⁰⁷.

En relación con la legislación penal juvenil, debe señalarse que expresamente el principio de interés superior esta reconocido como uno de los principios rectores, ello lo informa el artículo 3 ley Penal Juvenil* (LPJ) cuando prescribe que: “La protección integral del menor, su interés superior... son los principios rectores de la presente ley”. Sobre el alcance del principio de interés superior del menor, el mismo ha sido calificado de difuso ³⁰⁸, y de ahí su explicación conjunta con el principio de protección integral.

4.2 PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL.

Ahora bien, aunque el interés superior del menor, informa tanto la doctrina de la situación irregular, como la de protección integral del menor³⁰⁹, debe indicarse que éste ultima, tiene un

* El nombre de la Ley del Menor Infractor fue cambiada a Ley Penal Juvenil, mediante D.L. No. 395, del 28 de julio del 2004, publicado en el Diario Oficial No. 143, Tomo 364, del 30 de julio del 2004.

arbitrariedades”. GARCÍA MENDÉZ Emilio, BELOFF Mary (editores) *Infancia, Ley y democracia en América Latina*. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1998 p XIII.

304. En tal sentido GARCÍA MENDÉZ Emilio “Derecho de la Infancia adolescencia en América Latina. Editorial Edino. Guayaquil. Ecuador. 1994 pp 83 a 89.

305. Una amplia visión del principio del interés superior del menor en QUINTANILLA MOLINA Salvador Antonio “Los Principios de la ley del menor infractor” en “Justicia Penal de Menores”. AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 1998 pp 45 a 50.

306. Ver LOBATO SANTOS José Luciano “Eficacia y garantía de la legislación de menores en El Salvador” en “Justicia Para Todos”. Jaime Martínez Ventura. Compilador. FESPAD ediciones. San Salvador. El Salvador 1997 pp 168 a 169.

307. Así LLOBET RODRÍGUEZ Javier “El interés superior del niño y garantías procesales y penales” en Ley de la Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Lecciones aprendidas. UNICEF. San José. Costa Rica. 2000 pp. 45 a 54.

308. En tal sentido ARMIJO SANCHO Gilbert “Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil”. Investigaciones Jurídicas. San José Costa Rica. 1998 p 165.

309. Una interesante síntesis del modelo tutelar al permisivo y al de responsabilidad en CAMPOS VENTURA Oscar Alirio “Antecedentes, orígenes y evolución de los modelos de justicia penal juvenil” en “Justicia Penal de Menores”. AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 19981 pp 13 a 25; en igual sentido con un amplio desarrollo de los modelos y de las legislaciones, abordadas desde el contexto del control juvenil. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ Ana Cristina, MURGAS LÓPEZ Carlos Ovidio, RIVAS GALINDO Doris Luz, OCHOA GÓMEZ Edgar Alexander, DE JIMÉNEZ Edith Haydee, GUERRERO MORALES Elisa, TORRES GAVIDIA Manuel de Jesús, JOSA DE ROMERO María Antonieta, QUANT DE LINARES María Antonieta, CAMPOS

enfoque diferente, por cuanto, en la protección integral se parte del niño como sujeto con capacidad de derechos, apartándose de la visión de la doctrina irregular que lo trataba como era objeto en su relación con el Estado. La protección integral del menor también esta reconocido en el artículo 3 de la LMI como uno de sus principios rectores³¹⁰ pero además goza de reconocimiento constitucional a partir de las derivaciones del tratamiento diferenciado señalado para los menores en el artículo 35 Cn³¹¹.

Precisamente, el cambio de paradigma trae como consecuencia que el menor ahora considerado como sujeto de derechos –según la doctrina de la protección integral³¹²– también sea caracterizado como sujeto responsable, con lo cual también puede ser objeto de imputación por las conductas delictivas que cometa³¹³, con lo cual se evita la impunidad en materia de delitos cometidos por menores³¹⁴ y se cumple con el principio de acceso a la justicia para la víctimas de delitos provenientes de la población minoril.

La doctrina de la protección integral genera dos importantes consecuencias: a) la vigencia del principio educativo en cuanto al menor, por el cual el menor tiene que interiorizar la responsabilidad de vivir en sociedad, y el respeto de los derechos de terceros; b) el abandono de la ficta de inimputabilidad –adoptada por la doctrina de la situación irregular– con lo cual al menor –bajo cierta parámetro de edad – se le considera capaz de culpabilidad, lo cual no excluye la concurrencia de la eximente de pena en lo relativo a la inimputabilidad concreta³¹⁵.

VENTURA Oscar Alirio, SÁNCHEZ RIVAS Patricia, RIVERA Sneider, DÍAZ CASTILLO Xenia "Justicia Penal Juvenil Salvadoreña". La experiencia de los operadores. UNICEF (editor) 1° edición. San Salvador. El Salvador. 2001 pp 29 a 64.

310. En lo relativo al principio de protección integral ver QUINTANILLA MOLINA Salvador Antonio "Los Principios de la ley del menor..." op cit pp 44 a 45.

311. Sobre el particular la Sala Constitucional considero que: "Ese tratamiento distinto no significa únicamente una simple separación formal del régimen normativo general –Código Penal y Código Procesal Penal – sino que implica una regulación especial de la materia, es decir, la especialidad del tratamiento legislativo de los menores respecto de la legislación penal común se plantea, incluso desde los aspectos sustanciales. Así la doctrina de la protección hacia los menores que se deduce del artículo 35 inc. 2° Cn parte del supuesto del menor como sujetos de derechos –nunca de objeto de derechos – en consecuencia los criterios ideológicos que deben inspirar el régimen penal de los menores, debe contener todas las garantías sustantivas y procesales establecidas en el programa penal de la Constitución, acoplándose a las características especiales que lo diferencian sustancialmente del proceso penal ordinario". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 177.

312. Según se indica los pilares de la doctrina de la protección integral en el ámbito normativo lo constituyen: a) la Convención Internacional sobre Derechos del Niño; b) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing); c) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad; d) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad). GARCÍA MENDEZ Emilio "Infancia. De los derechos y la justicia..." op cit p 14. En igual sentido: GUZMÁN FLUJÁ Vicente, BELLOFF Mary Anna, MARTÍN ATIENZA María Luisa "Apuntes sobre el Proceso de Menores..." op cit p 176.

313. GÓMEZ DE COSTA Antonio "Pedagogía y Justicia" en García Méndez y Beloff Mary (Editores) en "Infancia, Ley, y Democracia en América Latina." Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1998 pp 62 a 63.

314. En tal sentido TAMARIT SUMALLA, Joseph María "El nuevo Derecho Penal de Menores". ¿Creación de un sistema penal menor? Revista Penal. Número 8. Barcelona España. 2001 p. 74.

315. Con abundantes ideas sobre el tema BUSTOR RAMÍREZ Juan "Inimputabilidad y Edad Penal" en Justicia Penal y Sociedad N° 6. INECIP. Ciudad de Guatemala 1998 pp 119 a 131.

La relación entre principio de interés superior del menor y protección integral del menor es sumamente estrecha y en cuanto su función se ha expresado que esta dirigida en el ámbito de la justicia penal juvenil, al considerar lo más provechoso y eficaz para la reinserción familiar y social del joven³¹⁶; es por ello que el interés superior del menor y la protección integral, se vinculan con el principio educativo, por cuanto se requiere que el menor sea sujeto de una capacitación integral, con lo cual se fortalezca su desarrollo en los ámbitos, culturales, sociales, psíquicos, familiares e inclusive jurídicos.

Por ultimo debe abordarse la consideración que hace la doctrina de la protección integral en materia de menores en cuanto a las sanciones. El primer aspecto a reconocerse es que como toda sanción³¹⁷, significa una privación de derechos –no obstante su finalidad educativa– con lo cual, al restringir bienes jurídicos del justiciable, tienen un carácter afflictivo –con ello se indica que no constituyen un bien en el sentido de la doctrina irregular³¹⁸–. Se trata en suma de una sanción por un delito, aunque con características especiales en virtud del parámetro de la diferenciación.

El cambio de la doctrina de la protección integral, estará orientada por las siguientes características, en el ámbito normativo: a) los cuerpos normativos se dirigen en conjunto a la infancia, y no únicamente para menores en situación de conflicto; b) la solución del conflicto corresponde a la judicatura, en virtud del principio de exclusividad de la jurisdicción, la acusación corresponde al Ministerio Fiscal; c) las cuestiones conflictivas del sector minoril, dejan de verse como patologías sociales; d) se consolida el principio de igualdad, basado en el tratamiento desigual para igualar, y en la equiparación, respecto de otras garantías; e) se aparta de la visión, impunidad-arbitrariedad, para dar paso a la de severidad-justicia; f) se proscriben las medidas asegurativas pre-delictuales, la única responsabilidad corresponde por el hecho punible cometido; g) el menor es considerado como un sujeto de plenitud de derechos, así como un ser responsable; h) Se incorporan a los menores, todas las garantías del debido proceso, tanto del derecho penal de fondo, el procesal penal y el de ejecución de sanciones³¹⁹; i) se reconoce que las consecuencias impuestas por hechos punibles, son sanciones, y que el internamiento constituye una privación de libertad.

316. En tal orden de ideas TIFFER Carlos "La Ley de Justicia Penal Juvenil. Concordada y anotada. Editorial Juritexto. San José. Costa Rica. 1996. p 32 a 33.

317. Ver SANTOS MEJÍA DE ESCOBAR Aida Luz "La Reinserción social en la justicia minoril" en "Justicia Penal de Menores". AA. VV. ARSJ/UTE. 1ª edición. San Salvador. El Salvador. 19981 p 189.

318. BARATTA Alexandro "Elementos de un Nuevo Derecho Penal para la infancia y la Adolescencia" en "La Niñez y la Adolescencia en Conflicto con la Ley Penal". Editorial Hombres de Maiz. Ministerio de Justicia. San Salvador. EL Salvador 1995 pp 47 a 62.

319. Ver CILLERO BRUÑOL Miguel "Los derechos de los niños y los límites del sistema penal" en "Adolescentes y Justicia Penal". UNICEF e ILANUD Editores. Santiago de Chile. Chile. Pp 21 a 24.

4.3 EL PRINCIPIO EDUCATIVO.

Fundamento esencial del principio educativo, es la diferenciación que por medio del mismo se hace en materia de aplicación de justicia penal entre adultos y jóvenes, por cuanto las consecuencias jurídicas del delito en el ámbito de la justicia penal juvenil, están orientadas esencialmente a la finalidad educativa del joven en conflicto con la ley, lo cual marca la diferencia esencial de la penas en la esfera del orden penal de adultos. Sin embargo debe entenderse que el principio educativo no implica per se que el menor no comprenda sus actos, por cuanto en el estado de cosas del derecho penal juvenil se parte del principio de sujetos responsables y no de la visión de sujetos inimputables³²⁰.

En tal sentido, el principio educativo se entiende en cuanto a la sanción penal juvenil, como dirigido a potenciar la prevención especial positiva estricta, es decir, la evitación de la reincidencia, sin que ello implique a su vez, la exigencia de un cambio de conciencia impuesto al joven, por cuanto ello violaría su derecho a la dignidad humana.

De ahí que el principio educativo no significa llanamente la necesidad de colmar deficiencias en el ámbito educativo³²¹, a menos que ello sea esencial como motivo criminógeno en cuanto al hecho imputado, al cual se debe limitar el ámbito de la sanción; por ello el principio educativo correctamente entendido –diferenciado de la sanción penal juvenil– debe de permear todo el régimen de restricción de derechos y sancionatorio en el área minoril, en el sentido de ser las medidas de coerción procesal –detención provisional– y de coerción material–internamiento– de última ratio.

Debe abordarse aquí la cuestión de la significación que desempeña el principio educativo en la determinación de la sanción del menor³²². Este aspecto debemos vincularlo al principio de culpabilidad y es rector en materia de imposición de sanciones en el ámbito minoril, por cuanto es el fundamento para graduar la sanción en un nivel inferior al grado de culpabilidad, ello sólo es posible realizarlo desde la primacía del principio educativo; siendo que lo anterior se denota con mayor incidencia respecto de la sanción de internamiento, es decir que en virtud del principio educativo, la sanción de internamiento debe ser la última opción a la cual se recurra.

320. Indicando tal visión ALASTUEY DOBÓN M. del Carmen "La Reparación de la Víctima en el marco de las Sanciones Penales. Valencia. España. Tirant lo Blanch. 2000 p 389.

321. Señalando que el principio educativo no se fundamenta en la idea de compensar los déficits de educación mediante el derecho penal ALBRECHT Peter Alexis "Respecto del futuro del derecho penal de menores: peligros y chances" en Un Derecho Penal del Menor. Juan Bustos Ramírez (editor). Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago de Chile. 1992 p 61.

322. Sobre las formulaciones del principio educativo en diferentes manifestaciones CAMPOS VENTURA Oscar Alirio "Perspectivas actuales de la ley del menor infractor: hacia la plena legitimación social de un modelo eficaz por medio de sus programas de ejecución de medidas" "en "Justicia Penal de Menores". AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 19981 pp 214 a 217.

Conviene aquí examinar cuestiones normativas derivadas de las reglas mínimas en relación a la determinación de la sanción: a) en primer lugar la privación de libertad procede cuando la declaratoria de culpabilidad, sea por un hecho grave en el que concorra violencia contra otra persona o por reincidencia, pero sin que ésta medida de internamiento sea la única opción, sino cuando no concurre otra respuesta adecuada³²³; b) que se establece además que el internamiento de los menores debe ser la última opción y por el menor tiempo posible³²⁴.

Conforme con lo anterior, el principio educativo tiene una importante dimensión en la determinación de la sanción penal juvenil, por cuanto si conforme al principio de culpabilidad -que tiene rango constitucional- la sanción del menor debe ser impuesta sin rebasar su culpabilidad, conforme a éste mismo principio, complementado por el principio educativo, es posible imponer al menor una sanción inferior a su culpabilidad, si ellos es lo más idóneo y necesario en juicio de proporcionalidad para los fines de la integración del menor a la sociedad y a su familia.

De el contexto anterior es plausible sostener que como derivación del principio educativo, la sanción de internamiento del menor debe ser siempre la excepción, cuando absolutamente no sea posible imponer otra sanción que garantice en mejor manera las opciones socio-educativa del menor; ello por que como muy bien se ha señalado es una aporía, que los déficits de las políticas sociales se traten de compensar en las instituciones de privación de libertad³²⁵, sin tener en cuenta la dimensión criminógena de la sanción privativa de libertad.

4.4 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

El principio de proporcionalidad es un regulador de toda la actividad estatal y límite del poder del estado, así como fundamento de los desarrollos político criminales que el estado desarrolle en relación con los derechos y libertades fundamentales de los habitantes. Pero su carácter axiomático, es de mayor entidad -en el sentido de estar fundamentado en la filosofía³²⁶- por lo que el principio de

323. El texto del artículo 17. 1. (c) de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de los Menores establece que: Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concorra violencia contra otra persona o por la reincidencia en el cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada.

324. El artículo 19 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de los Menores prescribe que: "El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible."

325. En esa línea argumentativa de manera magistral ARROYO GUTIERREZ José Manuel en "Ejecución de las sanciones en la justicia penal juvenil" en *De la Arbitrariedad a la Justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*. Mauricio González Oviedo, Carlos Tiffer (Editores). UNICEF. San José Costa Rica. 2000 pp 445 y ss.

326. ABBAGNANO Nicola "Diccionario de Filosofía". Fondo de la Cultura Económico. México D.F. México. 1961. pp 69 y ss.

proporcionalidad –en sentido amplio– se entiende como el parámetro de necesidad para ponderar los intereses humanos y sociales en una situación de conflicto.

En el marco de la función sancionadora del Estado el principio de proporcionalidad adquiere una inusitada dimensión, por la correlación que debe imperar entre restricciones a los derechos y libertades y vigencia de las mismas; de ahí que en materia de derecho penal juvenil, el principio de proporcionalidad sea también rector en ésta materia.

La estructuración más usual del principio de proporcionalidad se corresponde con la formulación y magistral síntesis que se hace en cuanto a sus derivaciones o consecuencias de: a) principio de idoneidad o de adecuación al fin; b) principio de necesidad o de intervención mínima; c) principio de proporcionalidad en sentido estricto o de ponderación de intereses³²⁷.

Por el principio de idoneidad se ha entendido la obligatoriedad del poder estatal de realizar sus actos de acuerdo a los fines propuestos –fines que se vinculan primero a los fines de la Constitución – de ahí que los actos de los funcionarios del Estado que se traducen en las medidas que en concreto se adopten, deben respetar la finalidad que les da fundamento, es por que ello que entratándose de materia de producción normativa y de su aplicación, las autoridades deben respetar el principio de idoneidad, en el sentido que las medidas adoptadas, deben ser adecuadas a los fines propuestos, que como se dijo están orientados por la vigencia de los fines de la Constitución.

En relación al principio de necesidad debe indicarse que su significación precisa que en las actividades que se desarrolla por los funcionarios de gobierno, los mecanismos utilizados deben ser los que causen un menor efecto lesivo respeto de la funcionalidad de los derechos fundamentales, de ahí que las medidas por las que se debe optar deben ser siempre las menos lesivas, es decir las que menos afecten a los derechos fundamentales, de ahí que en la intervención respecto de los mismos sólo debe ocurrir cuando sea absolutamente necesario.

Por último el denominado principio de proporcionalidad en sentido estricto, éste se fundamenta en la no excesividad –de ahí su denominación– en el sentido de que determinado un acto como idóneo y necesario –en los términos aludidos – es decir que la limitación del derecho o libertad guarda razonabilidad con el interés estatal que se trata de amparar otro interés jurídico, si la privación del derecho o libertad no resulta excesivo, procede su limitación, pero si la afectación es excesiva conforme al juicio de ponderación, la limitación es inadmisibles.

327. En tal sentido GONZALEZ-CUELLAR Nicolás "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal". Editorial Colex. Barcelona. España. 1990 p 21 y 153.

El Principio de Proporcionalidad y el sistema de Sanciones en el ámbito penal juvenil. Es importante anotar la vigencia del principio de proporcionalidad –de entre otras áreas– en los ámbitos de las consecuencias jurídicas del delito respecto de los menores. Por cuanto a nivel sancionatorio, el marco que se tiene en la Ley Penal Juvenil, permite la posibilidad de aplicar al condenado una sanción que no necesariamente tiene que ser privativa de libertad, por la amplia configuración que se tiene en el aspecto sancionatorio; en tal sentido, la clasificación de las medidas –artículo 8 LPJ– que se imponen como consecuencia del hecho punible son las siguientes: a) Orientación y apoyo sociofamiliar; b) Amonestación; c) Imposición de reglas de conducta; d) Servicio a la comunidad; e) Libertad asistida; f) Internamiento. Lo anterior refleja, que el juez cuenta con una mayor gama de oportunidad para escoger, la sanción más adecuada y ello es manifestación del principio de proporcionalidad.

Así en el ámbito sancionatorio, el sub-principio de idoneidad, se manifiesta en la alternabilidad del sistema sancionatorio, por cuanto la medida no sólo se determina en atención al hecho cometido, sino que esencialmente debe tenerse en cuenta a la persona del menor, para la eficacia de la sanción, de ahí que la sanción que se imponga en cuanto a su naturaleza, esta estrechamente vinculada al cumplimiento de los fines que se pretenden, que en este caso, se vinculan a la reintegración del menor, en cumplimiento del principio educativo, es decir los fines preventivos especiales, se manifiestan con mayor intensidad por cuanto la sanción a aplicar debe ser aquella que garantice en mejor medida la integración del menor.

De ahí que la manifestación del principio de proporcionalidad, visto de la perspectiva del ámbito sancionatorio, se construye como un límite, respecto de los excesos del Estado en éste ámbito de aplicación de la sanción, con lo cual se cubren las áreas de determinación en abstracto, pero también de determinación en concreto, con ello se configura una intervención punitiva de menor intervención. Es por ello que las sanciones de privativa de libertad, tienen una connotación a nuestro juicio proporcional con el principio de proporcionalidad –duración de hasta siete años – y que además permite cumplir los fines de tratamiento diferenciado respecto del derecho penal de adultos.

Pero también la proporcionalidad puede ser extendida a los ámbitos de ejecución de las sanciones, es decir sus formas y condiciones de cumplimiento, ello por es en esta fase en la cual se manifiesta con toda su extensión el poder penal del estado, por lo cual el cumplimiento de las sanciones siguen estando sometidos al respeto de la proporcionalidad, tanto respecto de la idoneidad, como en cuanto a la necesidad y al principio de proporcionalidad en sentido estricto.

En lo relativo a la sanción del internamiento, el principio

de proporcionalidad tiene una incidencia más notable, por cuanto, respecto de la sanción en materia penal juvenil; se tiene establecido, que la privación de libertad mediante su internamiento, es la última opción a la cual debe recurrir el Estado, lo anterior tiene una derivación con vigencia normativa para la aplicación del derecho penal juvenil como lo es la positividad de las declaraciones en esta materia, de ahí que tiene relevancia lo dispuesto por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores³²⁸, así como la Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad³²⁹.

4.5 EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO LIMITE EN LA JUSTICIA DE MENORES.

El principio de culpabilidad como limite del poder penal, se extiende al ámbito de la justicia penal juvenil. Si el menor se considera como una persona responsable³³⁰, ese grado de responsabilidad debe estar cimentado sobre los fundamentos del principio de culpabilidad, por cuanto éste funciona como limitador de la potestad sancionadora del Estado.

No nos da ningún prurito, el referirnos en el ámbito de la justicia penal juvenil a la culpabilidad, por cuanto, entendemos que los menores de edad, en el contexto de la doctrina de la protección integral, son personas a las cuales se les reconoce derechos y obligaciones en el ámbito del orden social y jurídico, por lo cual son capaces de culpabilidad³³¹.

De ahí que, la designación de responsabilidad que normalmente se desarrolla en el marco de la justicia penal juvenil, no es disímil de la culpabilidad, y únicamente podríamos encontrar diferencias entre las discusiones actuales en la sistemática del derecho penal, respecto de la conveniencia o de la culpabilidad –principio

328. Sobre este aspecto 19. 1 prescribe "El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible.

329. Sobre ello regla Primera.

330. CILLERO BRÚNOL Miguel "Nulla poena sine culpa". Un limite necesario al castigo penal de los Adolescentes" en "Adolescentes y Responsabilidad Penal". Emilio García Méndez. Compilador. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2001 p 76. Afirmando el carácter de responsabilidad del menor, en virtud de su condición de persona, aunque distinguiéndola de la culpabilidad SANTOS MEJIA DE ESCOBAR Aida Luz "La Reinserción social en la justicia minoril" en "Justicia Penal de Menores". AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 19981 p 188.

331. En esta línea de pensamiento, diferenciando entre responsabilidad y culpabilidad BELOFF Mary "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericano" en "Adolescentes y Responsabilidad Penal". Emilio García Méndez. Compilador. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2001 p 40. También diferencia entre las categorías de culpabilidad y responsabilidad FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón..." op cit p 490. Ciertamente la concepción de la responsabilidad nunca ha sido homogénea, por ejemplo Hart distingue significaciones de responsabilidad así: Role-Responsability; Causal-Responsability; Liability-Responsability; Capacity-Responsability en HART L.H. "Responsability and Retribution", Postcrip" a punishment and Responsabilit. Essays in the Philosophy of law. Oxford. Clarendon Press 1970 p 210 ss. Así citado por MOLINA FERNÁNDEZ Fernando "Responsabilidad Jurídica y Libertad". Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 2002 pp 15 a 16.

y concepto al cual seguimos adhiriéndonos- o de una nuevas formas de imputación como lo son las de responsabilidad; empero tampoco debemos de olvidar, que la responsabilidad de los menores es diferente a la responsabilidad de los adultos, es decir, se trata de niveles diferentes en cuanto a la responsabilidad³³², no puede concurrir una llana equiparación entre adultos y menores –la única equiparación posible es el ámbito de las garantías del principio de culpabilidad – por cuanto el contexto de la responsabilidad es disímil; en el ámbito minoril no sólo concurren responsabilidades personales, sino que también sociales³³³.

Ahora, es conveniente examinar la dimensión con la cual se desarrolla el principio de culpabilidad en el ámbito de la justicia penal juvenil, sin que perdamos la perspectiva que el principio de culpabilidad tiene rango constitucional; de ahí que todos los ámbitos que garantiza el principio de culpabilidad, le son aplicables a los menores en cuanto a la imputación penal de ahí que tengan vigencia: a) el principio de exterioridad de la conducta; b) el principio de personalidad en cuanto a la culpabilidad y la consecuencia jurídica; c) el principio de dolo o culpa o de imputación subjetiva; d) el principio de derecho penal de acto; e) el principio de atribución; f) principio de conocimiento; g) la prohibición de fictas de culpabilidad.

Resulta también importante indicar que respecto del principio de culpabilidad –y aquí se adhiere perfectamente al derecho penal minoril– éste implica el reconocimiento que a nadie se le pueden imponer sanciones si no ha mediado culpabilidad, y que la culpabilidad en principio debe ser adecuada al hecho culpablemente cometido.

Empero, ello no significa reconocer que el principio de culpabilidad se entienda como principio límite, y en tal sentido, como aquel que prohíbe que la culpabilidad sea rebasada por la sanción penal, lo cual implica que la culpabilidad fija el límite máximo de la sanción. Es decir que la sanción, aunque se entienda preventiva en su fundamento, jamás puede rebasar el límite de la culpabilidad, o sea ser fijada más allá de los máximos, pero la pena si puede ser fijada en los ámbitos inferiores de la culpabilidad, si así es necesario por fines preventivos de la pena, por cuanto ello no significa vulneración al límite de la culpabilidad.

La anterior visión de una sanción orientada preventivamente, en ninguna medida es afectadora de las garantías y libertades de la persona, por cuanto, primero es acorde a la culpabilidad, jamás puede rebasar el límite de ésta –en ambos planos radica su garantía

332. BUSTOS RAMÍREZ Juan "Hacia la desmitificación de la facultad reformativa en el derecho de menores: por un derecho penal de menores" en "Un Derecho Penal del Menor". Juan Bustos Ramírez (editor). Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago de Chile. 1992 p 5; en el mismo sentido SANTOS MEJÍA DE ESCOBAR Aida Luz "La Reinserción social en la justicia..." p 188.

333. Así BELOFF Mary "Algunas confusiones en tomo a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil..." op cit p 41.

de límite – y por último a favor del justiciable, puede ser la pena fijada por debajo del límite de la culpabilidad, si los efectos preventivos de la misma así lo requieren, es decir si es más conveniente para la integración del menor.

a) La determinación del grado de culpabilidad en la justicia penal minoril. El primer aspecto a desarrollar, es que el fundamento de la culpabilidad respecto del justiciable en el ámbito del derecho penal juvenil está fundamentado en el desvalor que se haga del injusto penal, y de la propia culpabilidad del menor –que es un sujeto estimado responsable– en relación al hecho injusto que el ha cometido.

Así desvalor del hecho y desvalor de la culpabilidad, son los que determinan el grado de merecimiento en concreto, con lo cual, se reconoce un derecho penal de acto; empero, debe indicarse que entratándose de justicia penal minoril, la persona del infractor, puede tener relevancia en cuanto a la finalidad de la sanción, por cuanto ésta en su especie puede ser modificada en atención a los efectos que podría provocar, es decir cuando de acuerdo a la persona del justiciable no sea necesario una medida de mayor intensidad.

b) Dicho lo anterior, debe formularse una precisión respecto de la naturaleza del derecho penal minoril. Es acertado que la gravedad del injusto sea un fundamento de la culpabilidad de la persona del menor, pero la valoración que se hace de la gravedad del desvalor del injusto en el derecho penal de menores, es diferente al derecho penal de adultos, es decir en la justicia penal de menores, el desvalor del hecho antijurídico, no debe ser medido, bajo los mismos parámetros, para la graduación que se hace en el ámbito de la justicia penal de adultos.

De ahí que deben ser considerados las peculiaridades propias de la dimensión juvenil, respecto del hecho cometido, en relación a que no es igual que un hecho injusto lo cometa un menor –con una integración bio-psico-social diversarsa– que lo cometa un adulto; el parámetro de significación de la gravedad es distinto, ello inclusive esta ya reconocido por normativa internacional relacionada a los aspectos de la criminalidad juvenil³³⁴.

c) En lo concerniente a la reprochabilidad de la persona del menor, debe discutirse respecto a la gradualidad de su madurez en el caso en concreto³³⁵, ello no sólo tiene relevancia para la

334. Así uno de los principios generales enunciados por las Directrices de Riad Numeral I (e) expresa el: "Reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajusten a los valores, y normas generales de la sociedad, son con frecuencia parte del proceso de madurez y tiende a desaparecer espontáneamente en la mayoría de personas cuando llegan a la edad adulta. 335. A contrario de lo que ocurría antes, en el ámbito de la justicia penal juvenil, el menor se considera un sujeto imputable, ello es diferente a los modelos decimonónicos en los cuales imperaba el sistema de incapacidad de culpabilidad penal, respecto de los menores, y ello fue una herencia del clasicismo penal, por cuanto si el fundamento de la pena, era el aspecto retributivo, el criterio de merecimiento era la capacidad de discernimiento, de la cual quedaban excluidos los menores, quienes eran tratados ex profeso como inimputables". En tal sentido ver SILVA SÁNCHEZ Jose-María "El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales. Bosch. Barcelona. España. 1997 p 168.

determinación de la capacidad penal del menor; sino que también tiene trascendencia para determinar el grado de determinación el grado de merecimiento en concreto que le es exigible en cuanto al hecho cometido, en su dimensión como menor pero también relacionado en su dimensión social, la cual debemos reconocer no puede ser escindida en el contexto de la justicia penal juvenil³³⁶.

d) El advenimiento del principio de culpabilidad en el derecho penal juvenil –aunque su jerarquía es constitucional– se integra a la doctrina de la protección integral que se desarrolla sobre la base de la responsabilidad del menor, con lo cual, el fundamento de la sanción tiene como límite máximo, la determinación de la culpabilidad de la persona en el hecho cometido, de acuerdo a la propia naturaleza especial de la justicia penal minoril; en cambio bajo la doctrina de la situación irregular, debe reconocerse que la misma, no tenía como fundamento el principio de culpabilidad, sino la peligrosidad de los menores³³⁷.

En el contexto de lo anterior, debe nuevamente enfatizarse sobre la importancia que en lo atinente a la sanción penal en materia de menores, tiene el principio educativo, pero sin entender éste como un sometimiento compulsivo del menor, y visto como un principio limitador del poder penal, que permite reducir los márgenes del encarcelamiento –aunque duele reconocerlo la medida de internamiento, también son un encarcelamiento– siempre que ello sea más conveniente para la integración del menor a su entorno personal y social.

4.6 CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PENAL JUVENIL.

Por último, es conveniente precisar las características a las cuales deben adscribirse los actuales sistemas de responsabilidad de menores³³⁸, de los cuales nuestro país, no esta excepto por cuanto estos ámbitos regulativos propios de la justicia penal juvenil, son los que le imprimen –entre otros – el carácter de un sistema diferenciado que hace posible la exigencia del artículo 35 de la Constitución, en cuanto exige que la conducta antisocial de los menores esté sujeta a un régimen especial. Dichas características

336. A este último aspecto entendido como incidencia del orden social, en la delincuencia juvenil, se le denomina co-culpabilidad de la sociedad. Así ZAFFARONI Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediar. Buenos Aires. Argentina. 1996 pp 520 a 521.

337. Resumiendo las tesis peligrosistas FELLINI Zulita "Derecho Penal de Menores". AD-HOC. Primera reimpresión. Buenos Aires. Argentina. 2001 pp 50 a 51; en relación a la peligrosidad y a la identificación del menor con parámetros patológicos: SANTOS MEJIA DE ESCOBAR Aida Luz "La Reinserción social en la justicia..." p 186.

338. Una excelente exposición de los diferentes modelos de justicia penal juvenil en Europa puede verse en: FERNANDEZ MARTINES Ana Cristina, MURGAS LÓPEZ Carlos Ovidio, RIVAS GALINDO Doris Luz, OCHOA GÓMEZ Edgar Alexander, DE JIMÉNEZ Edith Haydee, GUERRERO MORALES Elisa, TORRES GAVIDIA Manuel de Jesús, JOSA DE ROMERO María Antonieta, QUANT DE LINARES María Antonieta, CAMPOS VENTURA Oscar Alirio, SÁNCHEZ RIVAS Patricia, RIVERA Sneider, DÍAZ CASTILLO Xenia "Justicia Penal Juvenil..." op cit pp 67 a 76.

se pueden aproximar de la siguiente manera:

(I) Los sistemas de justicia penal juvenil comprenden a las personas que cometen un delito o una falta, no siendo mayores de dieciocho años. Se ubica de esta forma una edad límite que separa los regímenes de adultos de los de menores³³⁹; siendo el de estos últimos un régimen especial³⁴⁰.

(II) La atribución de la responsabilidad de los menores por los hechos punibles cometidos, tiene un límite en el aspecto psíquico evolutivo del menor³⁴¹, por el cual se fija un límite que es completamente irrebalsable, en el sentido que las conductas de los menores en esa edad, no importan responsabilidad penal³⁴², ni consecuencias jurídicas por el hecho cometido, es decir se determina una presunción de no capacidad de culpabilidad penal³⁴³; la edad

339. Sobre ello la Convención sobre los derechos del niño prescribe en el artículo 1 "Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". De ahí que el artículo 2 de la LPJ estatuya que: "Esta ley se aplicará a las personas mayores de doce años de edad y menores de dieciocho. Los menores cuya edades se encontraren comprendidas entre los dieciséis años y dieciocho años de edad, a quienes se les atribuyera o comprobare responsabilidad, como autores o partícipes de una infracción penal se les aplicarán las medidas establecidas en la presente ley". Por su parte el Código Penal establece en cuanto al ámbito de aplicación de la ley penal: "La ley penal se aplicará con igualdad a todos las personas que en el momento del hecho tuvieran más de dieciocho años. Los menores de esta edad estarán sujetos a un régimen especial".

340. Sobre esta diferenciación la Sala Constitucional ha dicho: "Entrando en el análisis del caso concreto se observa que el artículo 35 inc. 2° Cn instauro un supuesto especial de igualdad por diferenciación, es decir, el constituyente, en razón de la diferencia natural que advierte en un sector de la población, determina que éste debe ser tratado legal y procesalmente de distinta manera. Así al establecer que a conducta de los menores que cometen delitos o faltas, estará sujeta a un régimen jurídico especial, vuelve evidente el propósito de diferenciar a éstos en relación con el régimen aplicable a los adultos: tal diferenciación se fundamenta en la nota calificativa del concepto minoría de edad, el que a pesar de ser una noción esencialmente jurídica, posee un fundamento fáctico, consistente en la circunstancia que concurre en la persona durante las primeras etapas evolutivas de su desarrollo, diferenciándola de aquella otra en la que se logra plenitud psíquica: la mayoría de edad. El concepto mismo de minoría de edad supone ya una diferenciación, pues se es menor en comparación con la persona que ya es mayor de edad; y en consecuencia, aquél, supone una adjetivación comparativa que al ser apprehendida por el derecho determina una esfera jurídica regida por normas especiales. Por ello la distinción entre minoría y mayoría de edad viene a construir una específica manifestación de la igualdad jurídica, entendida ésta como igualdad valorativa, ya que resulta relativizada de dos maneras: se trata en primer lugar, de una desigualdad relacionada con igualdades fácticas parciales y, al mismo tiempo, de una desigualdad relacionada con determinadas tratamientos o consecuencias jurídicas. Y es que, en realidad, la personalidad, siempre es la misma, y si bien en la minoría de edad aquella se presenta con frecuencia complementada con otra voluntad, ello no supone la desaparición de la personalidad, sino entraña su mantenimiento y reafirmación, sobre todo el papel activo que le corresponde al Estado en el referente al desarrollo integral del menor de conformidad al inci. 1° del art. 35 Cn". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras pp 184 a 185.

341. El fundamento de la fijación de una edad acorde con el desarrollo evolutivo psíquico de los menores se remonta a Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la justicia de Menores que en la regla 4.1. establece que: En todos los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal, con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual".

342. Respecto a la no responsabilidad de los menores de acuerdo a un parámetro de edad y la responsabilidad para otro grupo de menores, en relación a los efectos preventivos generales del derecho penal JAKOBS Günter "Derecho Penal". Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación..” op cit pp 629 a 630.

343. Sobre tal cuestión se consideró: "Además de establecer un régimen especial para menores, entendido como el conjunto de normas jurídicas aplicables al menor en conflicto con la ley penal, la Constitución supone la determinación del sujeto del derecho penal de menores y la definición de una edad límite, debajo la cual no debe aplicarse nunca el ius puniendi -arts. 12 y 35 inc. 2° Cn-. Así mismo el artículo 40. 3 letra a) de la CSDN establece que los Estados partes deben establecer una edad mínima antes de la cual se considera que los menores no tienen capacidad para infringir las leyes penales, prescripción imperativa de la cual se infiere la limitación al ejercicio del poder punitivo del Estado sobre los menores de edad, en el sentido de excluir, a

en nuestro ordenamiento se ha fijado en menos de doce años³⁴⁴, y ello es consecuencia del artículo 40. 3. (a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece: “El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad de infringir las leyes penales.

(III) Frente al hecho punible cometido se pretende que se la reacción estatal por regla general no este orientada a la imposición de consecuencias jurídicas originadas por el delito, es decir que las soluciones alternativas al conflicto, deben ser privilegiadas, es decir que el control social formalizado debe ser la última opción a la cual se acuda³⁴⁵.

(IV) el sistema de la justicia penal juvenil, es un sistema de responsabilidad penal diferenciado, por lo tanto excluido de la jurisdicción penal de adultos, es decir que sólo es aplicable en las formas de imputación, en las consecuencias jurídicas, en la formalización y en la ejecución de las medidas impuestas a quienes no tengan más de dieciocho años³⁴⁶.

partir de cierta edad mínima, una parte de ellos del alcance del *ius puniendi*”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 187.

344. El artículo 2 LPJ inciso final reza: “Los menores que no hubieren cumplido doce años de edad, y presentaren una conducta antisocial, no estarán sujetos a este régimen jurídico especial, ni al común, están exentos de responsabilidad penal, y en su caso, deberá darse aviso inmediatamente al Instituto Salvadoreño de protección al menor para su protección integral”.

345. Sobre lo anterior la Convención sobre los Derechos del Niño establece en el artículo 40. 3. (b) “Los estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades, e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: (b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento que se respetaran plenamente los derechos humanos y las garantías judiciales. La directriz de Riad, respecto de los principios fundamentales en la directriz número 5 establece que: “Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de contar con políticas progresistas de prevención de la delincuencia, así como de realizar estudios sistemáticos de los motivos para ello, y de elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño, por una conducta que no cause graves perjuicios a su desarrollo ni perjuicios a los demás”.

346. En cuanto a los regímenes de edad para la fijación de la capacidad de culpabilidad penal, el aspecto comparativo resulta esencial, y se aproxima al siguiente: (1) Brasil. Estatuto del Niño y del Adolescente, según Ley 8069 de julio de 1990: artículo 2 Se considera niño, para los efectos de esta ley, a la persona de hasta doce años de edad incompleto, y adolescentes a aquella entre doce y dieciocho años de edad. Artículo 104: Son penalmente inimputables los menores de dieciocho años, quedando sujetos a las medidas previstas en esta Ley. Para los efectos de esta ley, debe ser considerada la edad del adolescente a la fecha del hecho; artículo 105 Al acto infractor practicado por un niño le corresponderán las medidas previstas en el artículo 101 (medidas de protección); (2) Costa Rica. Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 7739) Artículo 2. Definición. Para los efectos de este Código, se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho; Ley de Justicia Penal Juvenil (Ley 7576) Artículo 1. Ámbito de aplicación según los sujetos. Serán sujetos de esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o leyes especiales; (3) Guatemala. Código de la Niñez y de la Juventud (Decreto 78/1996) Artículo 2 “Se considera niño o niña, para los efectos de esta ley, a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y joven a toda persona desde los doce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”; Artículo 159 “Del término conflicto con la ley penal. Debe entenderse como una acción cometida por un joven en conflicto con la ley penal a aquella que sea tipificada como delito o contravención en el Código Penal o de leyes especiales; Artículo 160. Ámbito de aplicación según los sujetos. Serán sujetos de esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de incurrir en una acción en conflicto con la ley penal o leyes especiales; 4) Honduras. Código de la Niñez y la Adolescencia (Decreto 73/1996). Artículo 1. Para todos los efectos legales se entiende por niño o niña a toda persona menor de dieciocho años. La niñez legal comprende los periodos siguientes: la infancia que se inicia con el nacimiento y termina a los doce años en los varones y a los catorce años en las mujeres y la adolescencia que se inicia

(V) El reconocimiento que la diferenciación entre régimen penal de menores y régimen penal de adultos, no implica que los menores no sean sujetos de todos los derechos y garantías que se reconocen en los sistemas de enjuiciamiento de adultos³⁴⁷, a estos derechos y garantías se agregan aquellas propias de la jurisdicción minoril, que únicamente serán desarrollados de manera sintética, en los párrafos que siguen.

Ciertamente, el derecho penal de menores, es una jurisdicción especializada, pero la misma, no obstante esa especialidad, no significa que en las áreas de investigación y en la fase del proceso, no se guarden los derechos y las debidas garantías, que confiere la Constitución y los tratados internacionales a todas las personas, precisamente por ello, la regla de diferenciación en el juzgamiento de los menores, en esta caso, no interfiere, y se trata de aplicar la regla de equiparación, por cuanto los menores deben de estar resguardados por las mismas derechos y garantías de los adultos, más aquellas que se entiendan especiales³⁴⁸.

en las edades mencionadas y termina a los dieciocho años. Los mayores de esta edad pero menores de veintinueve años toman el nombre de menores adultos; artículo 180. De los infractores de la ley. Los niños no se encuentran sujetos a la jurisdicción penal ordinaria o común, y sólo podrá deducirse la responsabilidad prevista en este Código por las acciones u omisiones ilícitas que realicen. Lo dispuesto en el presente título únicamente se aplicará a los niños mayores de doce años de edad, que cometan una infracción o falta. Los niños menores de doce años, no delinquen. En caso de que cometan una infracción de carácter penal sólo se les brindará la protección especial que en su caso requieren y se procurará su formación integral; 5) Nicaragua. Código de la Niñez y de la Adolescencia (Ley 287-1998). Artículo 2. El presente Código considera como niña o niño a los que hubiesen cumplidos 13 años de edad y adolescente a los que se encuentren entre los 13 y 18 años de edad no cumplidos. Artículo 95. La Justicia Penal del Adolescente establecida en el presente Código, se aplicará a los adolescentes que tuviesen 13 años cumplidos y que sean menores de 18 años, al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o falta en el Código Penal o en leyes penales especiales... Las niñas y niños que no hubieren cumplido los 13 años de edad, no serán sujetos a la Justicia Penal Especial para Adolescentes, están exentos de responsabilidad penal, quedando a salvo la responsabilidad civil, la cual será ejercida ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Sin embargo el juez referirá el caso al órgano administrativo correspondiente con el fin de que se le brinde protección integral, velará y protegerá en todo caso se respeten los derechos, libertades, y garantías de los mismos. Se prohíbe aplicarles por ningún motivo cualquier medida que implique privación de libertad"; 6) Perú. Código de los Niños y los Adolescentes (Decreto-ley 26.102. 1993) Artículo 1. Definición. Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. Artículo 207. Definición. Se considera adolescente infractor al autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal Artículo 208. Medidas. El niño menor de doce años que infrinja la ley penal, será pasible de medidas de protección previstas en el presente Código; República Dominicana. Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 14/1994) Artículo 2. Para los efectos del presente Código, se consideran niño, niña y adolescente todo ser humano desde su nacimiento hasta los dieciocho años de edad. Se le calificará de niño o niña desde su nacimiento hasta los doce años y adolescente desde los trece años hasta los dieciocho años cumplidos. Artículo 122. Son niños, niñas y adolescentes infractores los y las que incurran en hechos sancionados por la ley; Artículo 231. Son inimputables los niños, niñas y adolescentes. Si se les atribuyere la comisión de actos contrarios a la ley, no podrán ser enjuiciados y penados por los tribunales ordinarios. En todo caso, están bajo la jurisdicción de los tribunales de niños, niñas y adolescentes y se les aplicarán las reglas establecidas en este Código; Venezuela. Ley orgánica para la protección del niño y del Adolescente. Artículo 2. Definición de niño y de adolescente. Se entiende por niño a toda persona con menos de doce años de edad. Se entiende por adolescente a toda persona con doce años o más y menos de dieciocho años de edad. Artículo 332. Cuando un niño se encuentre incurso en un hecho punible sólo se le aplicará medidas de protección, de acuerdo a lo previsto en esta ley. DAVID Pedro R. "Sociología Criminal Juvenil". LexisNexis. Sexta edición actualizada. Buenos Aires. Argentina. 2003 pp 220 a 227.

347. Respecto de los derechos y garantías, reconocidas a los menores ver: RIVAS GALINDO Doris Luz, MANZANO MELGAR María Consuelo "La estructura del proceso penal de menores" en Justicia Penal de Menores". AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 19981 pp 27 a 29. 348. Al respecto en materia constitucional se ha dicho: "Lo esencial en el marco regulatorio distinto al régimen penal de adultos es el establecimiento de mayores garantías para el menor frente al poder punitivo del Estado,

Por ejemplo en el ámbito del proceso penal se reconocen las garantías y derechos siguientes: a) Derecho a ser tratado con respeto a la dignidad humana; b) Derecho a la presunción de inocencia; c) Derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en el domicilio o las comunicaciones; d) Derecho a no ser torturado o sometido a trato cruel o inhumano; e) derecho a ser informado de los hechos atribuidos; f) derecho a no declarar; g) derecho a la asistencia letrada; h) derecho a defenderse y a la inviolabilidad de su defensa; i) derecho a un interprete; j) derecho a no ser detenido arbitrariamente y a ser llevado sin demora ante un juez; k) derecho a un juez natural, independiente e imparcial; l) Derecho a un proceso contradictorio; m) derecho al recurso.

En lo relativo a las garantías propias de la justicia minoril pueden aproximarse las siguientes, sin que ello signifique cubrir la extensión de los mismos:

(I) El derecho a la protección de la intimidad, con lo cual se prescribe la publicidad en el caso de los menores a quienes se imputa una infracción penal, y ello es la regla general, de ahí que no debe ser publicada ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de los menores infractores, es obvio que ello trata de disminuir las consecuencias del etiquetamiento y de la estigmatización delictiva³⁴⁹, que pueden hacer disfuncional, la protección integral de los menores y los fines del principio educativo; ello se reconoce en las reglas 8 y 18 de las Reglas de Beijing; Lo anterior, también es reconocido como derecho y garantía en el artículo 5 LPJ letras (b) y (c).

(II) La garantía de una justicia penal especializada. Se indica de la importancia de que la jurisdicción que conozca de las imputaciones penales de los menores sea especializada³⁵⁰, ello es un requerimiento de la misma Convención de los Derechos del Niño que lo exige en el artículo 40.3; pero dicha garantía también esta estatuida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en el artículo 5. 5 estatuye: que “cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados antes tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”. La especialización también atañe al régimen punitivo aplicado a los menores, el cual debe ser esencialmente diferente al

en relación con las garantías reconocidas para los primeros. Lo que se traduce en que, en ningún caso, el menor quedará en desventaja frente al proceso penal de adultos, es decir, el menor tiene los mismos derechos que un adulto procesado penalmente, pero sobre esa base, las normas especiales sólo pueden ser entendidas como tales en la medida que sean más favorables y que, por tanto, provean concretamente mayores garantías al menor. Lo importante es advertir que, más allá de una regulación formal de determinados aspectos, resulta que lo regulado en la ley especial deba constituir algo más favorable –un monto menor en la penalidad de los delitos y faltas, plazos procesales más cortos, instituciones especializadas en su reinserción social etc.-

349. Aunque señalándolo como principio de no estigmatización QUINTANILLA MOLINA Salvador Antonio “Los Principios de la ley del menor...” op cit p 74.

350. Lo trata como principio de especialidad QUINTANILLA MOLINA Salvador Antonio “Los Principios de la ley del menor...” op cit p 75.

de la justicia punitiva de adultos, tanto en la especie como en el contenido de las consecuencias jurídicas³⁵¹.

Como se ha expresado en las Reglas de Beijing, los operadores del sistema de la justicia penal juvenil, deben ser especializados en el sentido de conocer las características particulares de la delincuencia juvenil, de ahí la importancia de una exigencia de formación mínima en el ámbito multidisciplinar³⁵².

(III) Aunque la celeridad en la justicia es una garantía para todos los gobernados, asume una dimensión especial, respecto del proceso de menores, por cuanto, en este ámbito, el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, asume una connotación diferente, precisamente la Convención sobre los derechos del niño, establece en el artículo 40. "(b) Que todo niño que del que alegue ha infringido las leyes penales, o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice por lo menos, lo siguiente: (iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley; en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado, y a menos que se considere que con ello fuere contrario al interés superior del menor, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales". En igual sentido las reglas de Beijing que estatuye en la regla 20 la prevención de demoras innecesarias prescribiendo que: "Todos los casos se tramitaran desde el comienzo de manera expeditiva y sin demoras innecesarias".

(IV) La detención provisional como medida de ultima ratio. Si la presunción de inocencia, determina que la privación de libertad de quien es sometido a proceso y a juicio, debe ser la excepción y que la regla general debe ser la libertad, ello es todavía más imperioso entendiéndose de menores, de ahí que en el ámbito del derecho penal juvenil, se establece el carácter excepcionalísimo³⁵³

351. Sobre este parámetro de especialidad se ha considerado: "Atendiendo a la consagración constitucional de la exigencia de un régimen jurídico especial al que se somete la conducta antisocial de los menores, es necesario abordar la principal manifestación que dicho régimen debe adoptar. Con frecuencia se suele entender que no debe existir diferencias sustanciales entre el sistema especial para menores con respecto al sistema penal para adultos, aludiendo que el rango distinto que diferencia uno del otro, simplemente consiste en una legislación punitiva formalmente separada del penal de adultos, es decir, la regulación de un cuerpo normativo distinto de la legislación penal común, pero sin tratamiento sustantivo y procesal que los diferencie. Sin embargo, dado que la minoría de edad comprende un periodo de la existencia del ser humano que no es exacto y absoluto, sino que varía según la clase de relaciones que puedan entrar en juego, y están en función directa con el ordenamiento positivo que las regula, es evidente que el constituyente ha establecido que las conducta antisocial de los menores esté sometido a un régimen especial, lo que no puede significar otra cosa que constitucionalmente está prohibido prescribir el mismo régimen sancionatorio para menores que para mayores de edad".

352. Se indica que las personas que intervienen en la función de la administración de la justicia de menores deben tener conocimientos básicos de derecho, psicología, pedagogía, criminología, disciplinas del comportamiento, sociología. En tal sentido ver ROCATTI Mireille, LARA Evangelina "Justicia Juvenil en el Estado de México. ILANUD (editor), México D.F. 1996 p 332.

353. Sobre el carácter excepcional de la privación de libertad GUZMÁN FLUJÁ Vicente, BELLOFF Mary Anna, MARTÍN ATIENZA María Luisa "Apuntes sobre el Proceso de Menores..." op cit p 189; FERNANDEZ MARTINES Ana Cristina, MURGAS LÓPEZ Carlos Ovidio, RIVAS GALINDO Doris Luz, OCHOA GÓMEZ Edgar Alexander, DE JIMÉNEZ Edith Haydee, GUERRERO MORALES Elisa, TORRES GAVIDIA Manuel de Jesús, JOSA DE

la detención de los menores³⁵⁴ –que la LPJ en el artículo 76 llama medida provisional– siendo, pero que en su esencia constituye una detención provisional, ésta medida debe ser el último recurso a utilizar, de ahí que deben aplicarse por regla general otras medidas distintas a la privación de libertad como medida provisional³⁵⁵; el fundamento para decretar una medida provisional de privación de libertad, únicamente si concurren los presupuestos del artículo 54 de la LPJ y si con la misma no se afecta en el caso particular, los grandes principios rectores que informa al derecho penal minoril.

Es importante señalar que los menores que se encuentren privados de libertad de manera provisional, deben estar separados de la población reclusa adulta, ora que estén guardando detención en establecimientos distintos o por lo menos en recintos completamente separados, ello es lo que establece el artículo 13. 4 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de los menores cuando se dispone que: “Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en que haya detenido adultos”.

Resulta evidente que la prisión preventiva es generadora de situaciones aflictivas para las personas que la sufren –poena forensi – de ahí que, en tratándose de menores, se pretende que estos males que importan un sufrimiento anticipado, se reduzcan al máximo, y ello es posible lograrlo, utilizando la detención provisional como el recurso más extremo, lo cual también es acorde, al principio de proporcionalidad, teniéndose en cuenta, con mayor énfasis en la valoración, el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

ROMERO María Antonieta, QUANT DE LINARES María Antonieta, CAMPOS VENTURA Oscar Alirio, SÁNCHEZ RIVAS Patricia, RIVERA Sneider, DÍAZ CASTILLO Xenia “Justicia Penal Juvenil...” op. cit p 80
354. La declaración de Beijing dice en el artículo 13. 1 que: “Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible”.

355. El artículo 13. 2 de la precitada declaración expresa que: “Siempre que sea posible se adoptaran medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, o el traslado a un hogar, o a una institución educativa.”

BIBLIOGRAFIA.

- ABBAGNANO Nicola “ Diccionario de Filosofía”. Fondo de la Cultura Económico. México D.F. México. 1961.
- ALASTUEY DOBÓN M. del Carmen “La Reparación de la Víctima en el marco de las sanciones penales”. Valencia. España. Tirant lo Blanch. 2000.
- ALBRECHT Peter Alexis “Respecto del futuro del derecho penal de menores: peligros y chances” en Un Derecho Penal del Menor. Juan Bustos Ramírez (editor). Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago de Chile. 1992.
- ÁLVAREZ CONDE Enrique “Curso de Derecho Constitucional”. Volumen I. Tecnos. 3º edición. Madrid. España. 1999.
- AMELUNG Knut “Contribución a la crítica del sistema jurídicopenal de orientación políticocriminal de Roxin”. Traducción de Francisco Muñoz Conde en “El sistema Moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales”. Tecnos. Madrid. España. 1991.
- CALDERÓN CERESO Angel, CHOCLÁN MONTALVO José Antonio “Derecho Penal”. Tomo I. Parte General. Bosch. Barcelona. España. 1999.
- ARMIJO SANCHO Gilbert “Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil”. Investigaciones Jurídicas. San José Costa Rica. 1998.
- ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel “El Sistema Penal ante el Dilema de sus Alternativas”. Colegio de Abogados de Costa Rica. 1º edición. San José. Costa Rica 1995.
- ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel en “Ejecución de las sanciones en la justicia penal juvenil” en De la Arbitrariedad a la Justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica. Mauricio González Oviedo, Carlos Tiffer (Editores). UNICEF. San José Costa Rica. 2000.
- ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel, CHAN MORA Gustavo “Derecho penal y sociedades disciplinarias: El debilitamiento del principio de lesividad como tendencia del derecho penal moderno” en “Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Walter Antillon Montealegre. Juan Marcos Rivero Sánchez, Javier Llobet Rodríguez. Compiladores. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2004.
- BACIGALUPO Enrique “Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de legalidad como tarea inconclusa” en “De las Penas”. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1997.
- BALAGUER SANTAMARIA Javier “Derechos humanos y privación de libertad en particular dignidad, derecho a la vida y prohibición de torturas” en “Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos”. J.M. Bosch. Editor. Barcelona. España. 1992.

BARATTA Alexandro "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal" en Revista Poder y Control. Numero 0. Barcelona. España 1986.

BARATTA Alexandro "Criminología crítica y crítica del derecho penal" Siglo XXI Editores. México D.F. 1986.

BARATTA Alexandro "Elementos de un Nuevo Derecho Penal para la Infancia y la Adolescencia" en "La Niñez y la Adolescencia en Conflicto con la Ley Penal". Editorial Hombres de Maíz. Ministerio de Justicia. San Salvador. EL Salvador 1995.

BARATTA Alexandro "Reintegración social del detenido. Redefinición del concepto y elementos de operacionalización" en "La Pena: Garantismo y Democracia". A propósito de la reforma penal en curso. Mauricio Martínez (compilador). Ediciones Jurídicas. Gustavo Ibañez. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1999.

BECCARIA Cesare "De los Delitos y de las Penas". Traducción de Juan Antonio De Las Casas. Editorial Alianza. Madrid. España. 1998.

BELOFF Mary "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericano" en "Adolescentes y Responsabilidad Penal". Emilio García Méndez. Compilador. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2001.

BERISTAIN PIÑA Antonio "Nuevo Proceso Penal desde las Víctimas" en la Administración de Justicia. En los albores del tercer milenio. Messuti, Sampedro Arrubla. Compiladores. Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina. 2001.

BERTELOTTI Mariano "El principio de ne bis in idem: un análisis desde una perspectiva Históico-comparada" en "Las Garantías Penales y Procesales". Enfoque histórico-comparado. Edmundo S. Hendler (comp). Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001.

BINDER Alberto M. "Introducción al Derecho Penal". AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2004.

BLANCO Edward Sidney, MEMBREÑO José Ricardo "Ley Penitenciaria". Concordada, comentada y anotada. ARSJ-UTE. San Salvador. El Salvador. 1998.

BOVINO Alberto "El Encarcelamiento Preventivo en los Tratados de Derechos Humanos" en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Compiladores. Martin Abregú/Christian Courtis. Centro de Estudios Legales y Sociales. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1997.

BUSTOS RAMÍREZ Juan "Control Social y Sistema Penal". PPU. Barcelona. España. 1987.

BUSTOR RAMÍREZ Juan "Inimputabilidad y Edad Penal" en Justicia Penal y Sociedad N° 6. INECIP. Ciudad de Guatemala 1998.

BUSTOS RAMÍREZ Juan "Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho de menores: por un derecho penal de menores" en "Un Derecho Penal del Menor". Juan Bustos Ramírez (editor).

CADAVID QUINTERO Alfonso "Introducción a la Teoría del Delito". Especial consideración a los fundamentos de los delitos imprudentes. Dike. Medellín. Colombia 1998.

CAFFERATA NORES José I. "Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal". Tercera edición actualizada. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2000.

CAFFERATA NORES José I. "La Prueba en el Proceso Penal". 3° edición actualizada y ampliada. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1998.

CALAMANDREI Piero. Prefacio y notas en BECCARIA Cesare "De los Delitos y De las Penas". Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina. 1974.

CAMPOS CALDERÓN J. Federico "Consideraciones en torno al derecho constitucional a no inculparse en el proceso penal. "(Nemo tenetur se ipsum accusare: nadie tiene que acusarse así mismo) en "Revista de la Defensa Pública". N° 3. Octubre. 2003. San José. Costa Rica. 2003

CAMPOS VENTURA Oscar Alirio "Antecedentes, orígenes y evolución de los modelos de justicia penal juvenil" en "Justicia Penal de Menores". AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 19981

CAMPOS VENTURA Oscar Alirio "Perspectivas actuales de la ley del menor infractor: hacia la plena legitimación social de un modelo eficaz por medio de sus programas de ejecución de medidas" en "Justicia Penal de Menores". AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 1981

CARBONELL MATEU Juan Carlos "Derecho Penal: Concepto y principios Constitucionales". Tirant lo Blanch. 3° edición. Valencia. España. 1999..

CARRANZA Elias "Las Prisiones en América Latina" en "Conferencia Latinoamericana sobre Reforma Penal y Alternativa a la Prisión. Memorias". Ministerio de Justicia de la República de Costa Rica y Reforma Penal Internacional. San José Costa Rica. 2002.

CASADO PÉREZ José María, DURAN RAMÍREZ Juan Antonio, DURO VENTURA Cesareo, LÓPEZ ORTEGA Juan José, MARCO COS José Manuel, SALAZAR GRANDE Cesar E. y SEOANE SPIEGELBERG José Luis "Código Procesal Penal Comentado". Tomo I. Corte Suprema de Justicia. Primera edición. San Salvador. El Salvador. 2001.

CILLERO BRUÑOL Miguel "Los derechos de los niños y los límites del sistema penal" en "Adolescentes y Justicia Penal". UNICEF e ILANUD Editores. Santiago de Chile. Chile. 2000.

CILLERO BRUÑOL Miguel "Nulla poena sine culpa". Un límite necesario al castigo penal de los Adolescentes" en "Adolescentes y Responsabilidad Penal". Emilio García Méndez. Compilador. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2001.

CLARIA OLMEDO Jorge A. "Derecho Procesal Penal". Tomo I. Actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 1998.

COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTÓN Tomás S. "Derecho Penal". Parte General. 4° edición. Conforme al Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch. Valencia, España. 1996.

COUSIÑO MAC IVER Luis "Derecho Penal Chileno. T. III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1992.

CRISTIE Niels "Los Límites del Dolor". Fondo de la Cultura Económica. México D.F. 1984.

CURY Enrique "La Ley Penal en Blanco". Temis. Bogotá, Colombia 1988.

CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo "Perspectivas para una Teoría del Bien Jurídico en el momento actual. Un aporte a la discusión de la reforma penal en Costa Rica" en "Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Walter Antillon Montealegre. Juan Marcos Rivero Sánchez, Javier Llobet Rodríguez". Compiladores. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2004.

CHOCLÁN MONTALVO José Antonio "Culpabilidad y Pena". Su medición en el proceso penal salvadoreño. Justicia de Paz. CSJ-AECI. 1° Edición. San Salvador. El Salvador 1999.

CHOCLÁN MONTALVO José Antonio "El Delito Culposo". Corte Suprema de Justicia. San Salvador. República de El Salvador. 2001.

DALL'ANESE Francisco "Derecho Penal: lo científico y lo político" en "Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Walter Antillón Montealegre. Juan Marcos Rivero Sánchez, Javier Llobet Rodríguez". Compiladores. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2004.

DA ROCHA Joaquín "Experiencias en el área de política penitenciaria" en "Jornada sobre sistema penitenciario y derechos humanos" Editores del puerto. Buenos Aires. Argentina 1997.

DAVID Pedro R. "Sociología Criminal Juvenil". LexisNexis. Sexta edición actualizada. Buenos Aires. Argentina. 2003.

DIEZ RIPOLES José Luis "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana" en "Revista Electronica de Ciencias Penales y Criminológicas". 06-03-04 (2004). <http://criminol.ugr.es/recpe>.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Miguel "Los Elementos normativos del tipo penal y la teoría del error" en "Estudios Jurídicos" en Memoria del Profesor José Ramón Casabó Ruiz. Primer Volumen. Universitat de Valencia. Valencia. España. 1997.

DORANTES TAMAYO Luis Alfonso "Filosofía del Derecho". Segunda edición. Oxford University Press. México D. F. 2000.

DOVAL PAIS Antonio "Posibilidad y Límites para la Formulación de las Normas Penales". El caso de las leyes penales en blanco. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1999.

DWORKIN Ronald "Los Derechos en Serio". Editorial Ariel. Barcelona. España. 1984.

ESER Albin BURKHARDT Björn “Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencia”. Traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Colex. Madrid. España. 1995.

FAURE Cristine (editora) “Las Declaraciones de los Derechos del Hombre de 1789”. Fondo de Cultura Económico. México D.F. 1996.

FELLINI Zulita “Derecho Penal de Menores”. AD-HOC. Primera reimpresión. Buenos Aires. Argentina. 2001.

FERNÁNDEZ MARTINES Ana Cristina, MURGAS LÓPEZ Carlos Ovidio, RIVAS GALINDO Doris Luz, OCHOA GÓMEZ Edgar Alexander, DE JIMÉNEZ Edith Haydee, GUERRERO MORALES Elisa, TORRES GAVIDIA Manuel de Jesús, JOSA DE ROMERO María Antonieta, QUANT DE LINARES María Antonieta, CAMPOS VENTURA Oscar Alirio, SÁNCHEZ RIVAS Patricia, RIVERA Sneider, DÍAZ CASTILLO Xenia “Justicia Penal Juvenil Salvadoreña”. La experiencia de los operadores. UNICEF (editor) 1° edición. San Salvador. El Salvador. 2001.

FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Culpabilidad y Pena”. Editorial B de F. Montevideo. Uruguay. 1995. FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema de Delito” en “Teorías Actuales en el Derecho Penal”. 1° edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1998

FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez. Editorial Trotta. Madrid, España. 1997.

FERRERES COMELLA Víctor “El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional”. Civitas. Madrid. España 2002.

FEUERBACH Paul Johann Anselm Ritter von “Tratado de Derecho Penal”. Común vigente en Alemania. Traducción al castellano de la 14° edición alemana (Giessen 1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Segunda edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1989.

FRÍAS CÁBALLERO Jorge, CODINO Diego, CODINO Jorge “Teoría del Delito”. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1993.

FRISCH Wolfgang “El error como causa de exclusión de lo injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad” en “El Error en el Derecho Penal” AA. VV. Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1999.

GARCÍA ARAN Mercedes “Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995”. Aranzandi. Pamplona. España. 1997.

GARCÍA MÉNDEZ Emilio “Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales” en “Estudios Básicos sobre Derechos Humanos VII”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional. San José. Costa Rica. 1996.

GARCÍA MÉNDEZ Emilio "Derecho de la Infancia adolescencia en América Latina. Editorial Edino. Guayaquil. Ecuador. 1994.

GARCÍA MÉNDEZ Emilio "Infancia. De los derechos y la justicia". Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1998.

GARCÍA MÉNDEZ Emilio, BELOFF Mary (editores) "Infancia, Ley y democracia en América Latina". Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1998.

GARLAND David "Castigo y Sociedades Modernas". Editorial Siglo XXI. México D.F. 1999.

GARRIDO MOTT Mario "Derecho Penal. Parte General". T. I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1997 p 147.

GASCON ABELLÁN Marina, GARCIA FIGUEROA Alfonso "Interpretación y Argumentación Jurídica". Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003.

GOMEZ DE COSTA Antonio "Pedagogía y Justicia" en García Méndez y Beloff Mary (Editores) en "Infancia, Ley, y Democracia en América Latina." Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1998.

GONZÁLEZ BONILLA Rodolfo Ernesto "Constitución y Jurisprudencia Constitucional". 1° edición. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2003.

GONZÁLEZ-CUELLAR Nicolás "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal". Editorial Colex. Barcelona. España. 1990.

GUARIGLIA Fabricio "Las Prohibiciones Probatorias" en AA. VV. "El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación". Análisis crítico. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1993.

GUZMÁN FLUJÁ Vicente, BÉLOFF Mary Anna, MARTÍN ATIENZA María Luisa "Apuntes sobre el Proceso de Menores en El Salvador". Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2002.

HAMILTON A. MADISON. J. JAY. J. "El Federalista". Fondo de la Cultura Económica. México D.F. 1943.

HASSEMER Winfried "Crítica al Derecho Penal de Hoy". Norma, interpretación, procedimiento. Límites a la prisión preventiva. Traducción de Patricia Ziffer. AD-HOC. 2° edición. Buenos Aires. Argentina. 1998.

HASSEMER Winfried "Fundamentos del Derecho Penal". Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona. España. 1994.

HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal". Tiran lo Blanch. Valencia. España. 1982.

HASSEMER Winfried "Persona, Mundo y Responsabilidad". Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1999.

- HENDLER Edmundo S. "Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos". AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1996.
- HENDLER Edmundo S. "Una regla que confirma sus excepciones: ne bis in idem" en "Las Garantías Penales y Procesales". Enfoque histórico-comparado. Edmundo S. Hendler (comp). Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001.
- HENDLER Edmundo S. GULLCO Hernán V. "Casos de Derecho Penal Comparado". Segunda edición corregida y aumentada. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2003.
- HERNÁNDEZ VALLE Rubén "El Derecho de la Constitución". Volumen II. Editorial Juricentro. San José. Costa Rica. 1994.
- HIRSCH Hans Joachim "El principio de culpabilidad y su función en el derecho penal". Traducción de Daniel R. Pastor. en Derecho Penal. Obras completas. Tomo I. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 1999.
- HÖBBES Thomas "Diálogo entre un filósofo y un jurista y estudios autobiográficos". Tecnos. Madrid. España 1992.
- HÖBBES Thomas "Leviatán". México. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1994.
- HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán "Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal. PPU. Barcelona. España. 1991.
- INECIP "Asociacionismo e Independencia Judicial en Centro América". INECIP-Guatemala. Ciudad de Guatemala. 2001.
- JAKOBS Günter "Derecho Penal". Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2º edición corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis González Serrano de Murillo. Editorial Marcial Pons. Madrid. España. 1997.
- JESCHECK Hans-Heinrich "Tratado de Derecho Penal". 4º edición. Completamente corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España. 1993.
- KAYBER Marijon "Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal Competencias penales en la cuestión del aborto". Traducción de Rampn Ragués I. Vallés en "La Insostenible Situación del Derecho Penal". Editorial Comares. Granada. España. 1999.
- KLEINE-COSACK E. "Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht", Berlin 1998 ps. 76 a 77. Así citado por TERRADILLOS BASOCO Juan "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente" en "Derecho Penal del Medio" Editorial Trotta. Madrid. España. 1997

KUHLEN A. "Der Handlungserfolg der strafbarem Gewässerverunreinigung" (324 StGB), GA 1986, exp. 389, ps. 399. Así citado por HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción a la Criminología". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1982.

KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER Carlos "Culpabilidad y Pena". Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2002.

LAURENZO COPELLO Patricia "El Resultado en el Derecho Penal". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1992.

LÓPEZ GUERRA Luis "Introducción al Derecho Constitucional". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1994.

LLOBET RODRÍGUEZ Javier "El interés superior del niño y garantías procesales y penales" en Ley de la Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Lecciones aprendidas. UNICEF. San José. Costa Rica. 2000.

LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Garantías y Sistema Penal". Releyendo hoy a Cesare Beccaria. Editorial Arete. San José. Costa Rica. 1999.

LUZON PEÑA José-Manuel "Curso de Derecho Penal". Editorial Hispamer. Colombia. 2000.

MAIER Julio B.J. "Derecho Procesal Penal Argentino". Tomo I. Vol. B. Fundamentos. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1989.

MAPELLI CAFFERANA Borja "Ejecución y proceso penal" en "Jornada sobre sistema penitenciario y derechos humanos" Editores del puerto. Buenos Aires. Argentina 1997. MAPELLI CAFFERANA Borja "Tendencias modernas en la legislación penitenciaria" en "Jornada sobre sistema penitenciario y derechos humanos" Editores del puerto. Buenos Aires. Argentina 1997.

MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz "Derecho Penal". Parte General. 1. Teoría General del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la séptima edición alemana por Jorge Bofill Genzch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1994.

MENDOZA BUERGO Blanca "El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo". Civitas. Madrid. España. 2001.

MIR PUIG Santiago "Revisión de la teoría del delito en un estado social y democrático de derecho" en "Crimen y Castigo". Año I. Agosto-2000. N° 1. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. 2001.

MIR PUIG Santiago "Introducción a las Bases del Derecho Penal". Concepto y método. 2° edición. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2002.

MOCCIA Sergio "De la tutela de bienes a la tutela de funciones". Entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales. Traducción de Rampn Ragués I. Vallés en "Política Criminal y Nuevo Derecho Penal". Homenaje a Claus Roxin. J.M. Bosch Editor. Barcelona. España. 1997.

MOCCIA Sergio "El Derecho Penal entre Ser y Valor. Función de la pena y sistemática teleológica". Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2003.

MOLINA FERNÁNDEZ Fernando "Responsabilidad Jurídica y Libertad". Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 2002.

MORA MORA Luis Paulino, NAVARRO Sonia "Constitución y Derecho Penal". Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. San José. Costa Rica. 1995.

MUÑOZ CONDE Francisco "El Principio de Culpabilidad" en Terceras Jornadas de Profesores de Derecho Penal. Santiago de Compostela Universidad Santiago de Compostela, España. 1975. MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción al Derecho Penal". 2° edición. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2001

NAUCKE Wolfgang "La progresiva pérdida del contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado". Traducción de Pablo Sánchez-Ortiz Gutiérrez en NESTLER Cornelius "El principio de Protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes". Traducción de Guillermo Benlloch Petit en "La Insostenible Situación del Derecho Penal". Editorial Comares. Granada. España. 1999.

NIETO MARTÍN Adán "El Conocimiento del Derecho". Un estudio sobre la venciabilidad del error de prohibición. Atelier. España. 1999.

O'DONNELL Daniel "La Convención sobre los Derechos del Niño. Estructura y Contenido en "Derechos de la Niñez y de la Adolescencia". UNICEF Editores. San José Costa Rica. 2001.

PACHECO Máximo "Los Derechos Humanos". Documentos Básicos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1987.

PEDRAZ PENALVA Ernesto y otros "Comentarios al Código Procesal Penal". Tomo I. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 2003.

PÉREZ ROYO Javier "Curso de Derecho Constitucional". 3° edición. Marcial Pons. Madrid. España. 1998.

POLAINO NAVARRETE Miguel "El Injusto Típico en la Teoría del Delito". Editorial MAVÉ. Corrientes. Argentina. 2000.

PINTO Mónica "El Principio Pro-Homine. Criterios de hermenéutica y pauta para la regulación de los derechos humanos" en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Compiladores. Martín Abregú/Christian Courtis. Centro de Estudios Legales y Sociales. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1997.

PUPPE Ingeborg "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción" en "El Error en el Derecho Penal" AA. VV. Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1999

QUINTANILLA MOLINA Salvador Antonio "Los Principios de la ley del menor infractor" en "Justicia Penal de Menores". AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 1998.

QUINTERO OLIVARES Gonzalo "La Justicia Penal en España". Aranzandi. Pamplona. España. 1988.

QUINTERO OLIVARES Gonzalo "Locos y Culpables". Editorial Aranzandi. Pamplona. España. 1999

REALE Miguel "Introducción al Derecho". Traducción de Jaime Brufan Prats. Novena edición. Editorial Pirámide. Madrid. España. 1989.

RIVAS GALINDO Doris Luz, MANZANO MELGAR María Consuelo "La estructura del proceso penal de menores" en "Justicia Penal de Menores". AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 1981.

ROCATTI Mireille, LARA Evangelina "Justicia Juvenil en el Estado de México". ILANUD (editor). México D.F. 1996.

ROXIN Claus "Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid. España. 1997

ROXIN Claus "Derecho Procesal Penal". Traducción de la 25° edición alemana por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor. Editores del Puerto. 1° Reimpresión. Buenos Aires. Argentina. 2001.

ROXIN Claus "La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal". Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2000.

RUIZ VADILLO Enrique "Desviaciones al principio "no hay pena sin culpabilidad" en el Derecho Penal Español" en "Estudios Penales". Homenaje al padre Julián Pereda. S.J. Universidad de Deusto. 1965.

RUBIO LLORENTE Francisco "Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (doctrina jurisprudencial)". Editorial Ariel. Barcelona. España. 1995

SANCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto " El Principio de Culpabilidad Penal". en Revista Justicia de Paz. N ° 13. Año V. Volumen III. Septiembre-Diciembre.2002. CSJ-AECL. San Salvador, El Salvador. 2002.

SANTOS MEJÍA DE ESCOBAR Aida Luz "La Reinserción social en la justicia minoril" en "Justicia Penal de Menores". AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 19981.

SCHÜNEMANN Bernd "La Función de la delimitación de injusto y culpabilidad". Traducción de Carlos J. Suárez González en "Fundamentos de un sistema Europeo de Derecho Penal". Homenaje a Claus Roxin. J. M. Bosch Editor. Barcelona. España, 1995.

SCHURMANN PACHECO Rodolfo "Nullum Crimen Sine Culpa. Dogma y realidad" en Doctrina Penal. Año N ° 8 Número 29-32. 1985. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1985.

SILVA SÁNCHEZ Jose-María “El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales. Bosch. Barcelona. España. 1997.

SILVA SÁNCHEZ José-María “Aproximación al Derecho Penal Comtemporaneo”. J.M. Bosch. Editor. Barcelona. España. 1992.

SOTOMAYOR A. Juan Oberto “Inimputabilidad y Sistema Penal”. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1996

STRATENWERTH Günter “Derecho Penal”. Parte General I. El hecho punible. Traducción de la segunda edición alemana (1976) por Gladys Romero. Edersa. Madrid. España. 1982.

SUAREZ SÁNCHEZ Alberto “El Debido Proceso Penal”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 1998.

TAMARIT SUMALLA Joseph María “El nuevo Derecho Penal de Menores” ¿Creación de un sistema penal menor? Revista Penal. Número 8. Barcelona. España. 2001.

TERRADILLOS BASOCO Juan “Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente” en “Derecho Penal del Medio Ambiente”. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997.

TIFFER Carlos “La Ley de Justicia Penal Juvenil. Concordada y anotada. Editorial Juritexto. San José. Costa Rica. 1996.

TINETTI José Albino, SORIANO RODRÍGUEZ Salvador Héctor, MARROQUIN GALO Fernando, JOSA María Antonieta, SALAZAR TORRES Godofredo y CRUZ AZUCENA José Manuel “Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal”. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 1999.

TORO David “Reincorporación Social” en “Conferencia Latinoamericana sobre Reforma Penal y Alternativa a la Prisión. Memorias. Ministerio de Justicia de la República de Costa Rica y Reforma Penal Internacional. San José Costa Rica. 2002.

TREJO ESCOBAR Miguel Alberto “Autoría y Participación en Derecho Penal”. Editorial Triple “D”. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 2000.

VALENCIA RESTREPO Hernán “Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho” Editorial Temis. Santa fé de Bogotá. Colombia. 1993.

VELÁSQUEZ V. Fernando “Derecho Penal”. Parte General. Temis. Bogotá. Colombia. 1997. VELÁSQUEZ V. Fernando “La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad”. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Volumen 50. Año 1993. Universidad Nacional de San Marcos. Lima. Perú. 1993.

VILLAVICENCIO TERREROS Felipe “Derecho Penal de los Derechos Humanos” en Justicia Para Todos. Jaime Martínez Ventura. Compilador. FESPAD ediciones. San Salvador. El Salvador 1997.

VITALE Gustavo L. “Estado constitucional de derecho y derecho penal” en “Teorías Actuales en el Derecho Penal. 1° edición AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1998.

VOLTAIRE en "Comentarios sobre el libro "De los Delitos y de las Penas por un abogado de provincia" en BECCARIA Cesare "De los Delitos y De las Penas". Traducción de Juan Antonio de las Casas. Editorial Alianza. Madrid. España. 1998.

WOLTER Jürgen "Derechos Humanos y Protección de Bienes Jurídicos en un Sistema Europeo del Derecho Penal". Traducción de Francisco Baldó Lavilla en "Fundamentos de un Sistema Penal Europeo del Derecho Penal". J.M. Bosch Editor. Barcelona. España. 1995.

ZAFFARONI Eugenio R "Sistema penitenciario y normas constitucionales" en "Jornada sobre sistema penitenciario y derechos humanos" Editores del puerto. Buenos Aires. Argentina 1997.

ZAFFARONI Eugenio Raúl "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Cardenas Editor. Primera Reimpresión. México D.F. 1997.

ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal". Parte general. Ediar. Buenos Aires. Argentina. 2000.

ZAFFARONI Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal". Parte General. Ediar. Buenos Aires. Argentina. 1996.

ZAFFARONI Eugenio Raúl "La Globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal" en Nueva Doctrina Penal. 1999-A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1999.

ZUNIGA MORALES Sandra Eugenia "Cuando las normas penales en blanco, vulneran el principio de legalidad" en Revista de Defensa Pública. N° 1. Octubre. San José. Costa Rica. 2001.

SENTENCIAS.

(I) Sentencias de Inconstitucionalidad.

Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada a las doce horas del diecisiete de Diciembre de mil novecientos noventa y dos respecto de la Ley de Impuestos a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios. "Revista Judicial". Tomo XCIII. Enero-Diciembre 1992. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 1995.

Sentencia de Inconstitucionalidad de los Artículos 2 inciso 2° y 4°, 4, 6, 12, 14 inciso 1°, 15 y 22 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado. Publicaciones Especiales No. 23 de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 1997.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional. Inc. 24-97 ac. 21-98; 26-09-00.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional. Inc. 1-92; 19-07-96.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional. IS00488. 99 acu. IS00196.99.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional.

Inc. 17-95; 14-12-95.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional. IS002497.00 ac. 21-98.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional IS. 3-92 ac. 6-92; 17-12-92. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional". IS27-99; 06-09-01.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional en sentencia de inconstitucionalidad IS23-97; 22-10-01

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional IS. 3-92 ac. 6-92; 17-12-92.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional de 20-VII-1999, Inc. 5-99. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las quince horas del uno de abril de dos mil cuatro. Inconstitucionalidad 52-2003/56-2003/57-2003. En Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras. Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2004

(II) Sentencias en procesos de Amparo.

Sentencia de Amparo de la Sala de lo Constitucional. Amp. 422-97: 28-05-99.

Sentencia de Amparo de la Sala de lo Constitucional del 25 de mayo de 1999. Ref. 167-97.

Sentencia de Amparo de la Sala de lo Constitucional del 13 de Octubre de 1998. Ref. 150-97.

Sentencia de Amparo de la Sala de lo Constitucional ref. 492-98 de fecha 11 de Enero de 2000.

(III) Sentencias en procesos de Exhibición Personal.

Sentencia en Habeas Corpus de la Sala de lo Constitucional. HS004T95.96.

Sentencia de Habeas Corpus de la Sala de lo Constitucional. HS047797.97 ac. HS050597.97.

Sentencia de Habeas Corpus de la Sala de lo Constitucional. HS033697.97; acu HS 035897.97;HS038097.97; HS040697.97.

Sentencia de Habeas Corpus de la Sala de lo Constitucional. HS012B96. 96.

Sentencia de Habeas corpus de la Sala de lo Constitucional. HS015300. 00.

Sentencia de Habeas Corpus de la Sala de lo Constitucional en HS001397.97.

(IV) Sentencias de Casación de la Sala de lo Penal. Sentencia de la Sala de lo Penal de las quince horas del día veintisiete de junio del dos mil uno.

Sentencia de la Sala de lo Penal, de las nueve horas del día catorce de mayo de dos mil tres (128-01). Sentencia de la Sala de lo Penal,

de las ocho horas y veinte minutos del día veinte de junio de dos mil tres (208-02).

Sentencia de la Sala de lo Penal, de las once horas del día dieciocho de octubre de dos mil dos.

Sentencia de la Sala de lo Penal, de la diez horas del día dos de octubre del dos mil uno (272-00).

Sentencia de la Sala de lo Penal, de las nueve horas del día tres de junio de dos mil dos.

Sala de lo Penal sentencia de las de las ocho horas y treinta minutos del día diecisiete de enero del dos mil tres (110-01).

(V) Opiniones Consultivas y Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

OC-4-84 del diecinueve de Enero de 1984. SER. A. N° 4.

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

OC-8/87 del 30 de Enero de 1987. (SER. A) (1987).

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

en Opinión Consultiva OC-6/86 del nueve de Mayo de 1986. (SER

A) N° 6. (1986).

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Loayza Tamallo contra Perú. Tribunal

(VI) Sentencias de Tribunales y Cámaras.

Sentencia de la Cámara de la Tercera Sección Occidente de fecha 18-02-02.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de fecha 12-06-03.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 08-09-02.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de fecha 22-11-02.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de fecha 09-08-02.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de fecha 19-06-02.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de fecha 12-06-03.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de fecha 21-09-01.

Sentencia del Tribunal de Sentencia de San Vicente de fecha 16-02-99.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de fecha 10-04-01.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 09-08-02.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 10-04-01.

Sentencia de la Cámara de la Tercera Sección Occidente de fecha 18-02-02.

II. INTRODUCCIÓN A LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y A LA TEORÍA DEL DELITO

Martin Alexander Martínez Osorio*

A Suzanne y Rodrigo, los extraño tanto.

El jurista se ve situado en un desierto de dudas y de diversidad de opiniones, dentro del cual tiene que tantear, lentamente, el camino hacia delante y, tiene que mirar cuidadosamente a su alrededor para poder encontrar el camino correcto.

Karl Engisch.

Sumario:

1. Consideración preliminar: la misión de la ciencia del Derecho Penal;
2. Aspectos científicos y metodológicos del razonamiento dogmático-penal; 3. La teoría del delito como desarrollo de la dogmática penal; 4. El desarrollo evolutivo de la ciencia penal: A) El naturalismo, B) La reformulación neokantiana, C) El finalismo, D) El sistema racional-final o teleológico, E) El funcionalismo sistémico.

* Capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo", y profesor de Derecho Penal, estudios especializados en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR: LA MISIÓN DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL.

No existe -según mi parecer- una forma más precisa de describir el estado actual de la ciencia del Derecho Penal en una primera aproximación que la expresada por SHÜNEMANN al referirse a sus construcciones sistemáticas: «le resultan al profano aunque sea culto, a menudo extrañas; al estudiante inentendibles, y al práctico, superfluas»¹.

La consideración de tan distinguido autor, en referencia al complejo panorama alemán -pese a ser uno de los mayores productos de exportación como reconoce- resulta ser una advertencia extensible para cualquiera de nosotros que tenga la intención de conocer y dominar la imbricada red de conceptos y relaciones lógicas que componen el moderno sistema del Derecho Penal. La tarea en algunos casos, requiere de un doble esfuerzo si además contamos con un déficit de desarrollo nuestro pensamiento jurídico nacional y en particular, cuando escasean los estudios sobre el uso del *ius puniendi* y sus desbordes.

Pero al reflexionar más allá de este escéptico diagnóstico, que se basa en una realidad diferente a la nuestra y que se caracteriza por una evolución alta del nivel de especulación y filigrana de los conceptos legales, producto de la enorme suficiencia teórica mostrada por décadas por las diferentes escuelas penales germanas, no debe olvidarse que la dogmática jurídico-penal responde a un sentido práctico: la búsqueda de un método ordenado y correcto de comprensión de la ley penal, que permita resolver casos al operador jurídico con un alto grado de seguridad jurídica y justicia².

Si las proposiciones de entendimiento de las normas o sobre los diversos contenidos de las categorías dogmáticas básicas de la ciencia penal se expliquen a partir de consideraciones ontologicistas, normativas o aún sociológicas, no desvirtúan la certera afirmación que la Ciencia del Derecho -y en particular del Derecho Penal- busca dar respuesta continua al incierto sentido de la ley para resolver situaciones sociales de gran intensidad como es la realización de un delito³.

Es posible que la dificultad de «aprendizaje» de la dogmática

1. Confr. SHÜNEMANN, Introducción al razonamiento sistemático el Derecho Penal [cit. Introducción], El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, P. 31.

2. Retomando las palabras de HASSEMER, la tarea de los juristas es decidir sobre «casos» que no son más que sucesos o acontecimientos reales, sometidos a calificación jurídica en la que los preceptos legales son aplicados a casos y los casos son resueltos mediante normas legales, Fundamentos de Derecho Penal, P. 15.

3. Según lo establece CUERDA RIEZU, la dogmática penal, al ofrecer diversas posibilidades de explicación, garantiza una mayor seguridad jurídica y facilita el trabajo del Defensor, Fiscal, Juez y del funcionario de instituciones penitenciarias, pues: ¿Cómo defender, acusar, juzgar e incluso aplicar la pena, sin un material bibliográfico que explique e interprete las normas penales?. El legislador y el Derecho Penal, P. 62 y ss. Referido al contexto nacional, el profesor argentino Alberto BINDER sostiene que la dogmática penal puede llegar a ser un instrumento de enorme utilidad por ser una disciplina eminentemente práctica, La aplicación de la dogmática penal en el trabajo cotidiano de los defensores. Revista de Ciencias Jurídicas, Enero, 1992.

penal, pueda explicarse conforme a la íntima relación que nuestra disciplina ha tenido con las corrientes filosóficas en general y especialmente de aquellas que han incidido en el ámbito de la filosofía del Derecho⁴. Lo cual es fácilmente comprobable, debido a que la mayor parte de los profesores alemanes precursores de la disciplina, han ostentado además de la cátedra de ciencias penales, la de filosofía del Derecho; tradición vigente desde Gustav RADBRUCH, y que han compartido juristas como Karl ENGISCH, Edmund MEZGER, Arthur KAUFMANN, Hans WELZEL, Armin KAUFMANN y actualmente Günther JAKOBS. Esto nos lleva a concluir que detrás de una nueva concepción dogmática o su reformulación se encuentra generalmente una formulación filosófica como su basamento.

2. ASPECTOS CIENTÍFICOS Y METODOLÓGICOS DEL RAZONAMIENTO DOGMÁTICO-PENAL.

El Derecho Penal moderno nace a partir del iluminismo francés, el cual retoma a la persona como centro de imputación. Es así que autores como BENTHAM en Inglaterra, MONTESQUIEU y VOLTAIRE en Francia, HOMMEL y FEUERBACH en Alemania, BECCARIA, FILANGIERI y PAGANO en Italia, desarrollaron a partir de los principios básicos de la filosofía de la ilustración un sistema de Derecho Penal que puede denominarse de «garantías», el cual consistió en que legitimaba el uso del poder penal siempre que su ejercicio estuviera regido por una variedad de principios como fueron los primigenios de legalidad y culpabilidad entre otros. Al respecto, FIANDACA/MUSCO nos recuerdan que la premisa común de las primeras construcciones teóricas era una acentuada preocupación por racionalizar el sistema penal, además de utilizarlo como un instrumento útil para la prevención del delito y que pudiera evitar la excesiva discrecionalidad judicial, que siempre terminaba en un ensañamiento al condenado⁵. Como puede observarse al reformulado derecho de castigar se le otorgaban de una diversidad de funciones que en muchos casos pudieran parecer aparentemente contrapuestas.

Un planteamiento descartado es el de Frank Von LISZT quien en su obra: «La idea del fin en el Derecho Penal», establece el papel central de la pena como uno de los mecanismos principales para el combate del crimen, pues sirve de «corrección» al delincuente capaz y necesitado de reprensión; «intimida» a los que no necesitan de la corrección, y «neutraliza» (inocua) a quienes no son

4. Véase al respecto, HASSEMER, Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania, Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho, 2ª, semestre, 1990.

5. Confr. Giovanni FIANDACA/Enzo MUSCO, Diritto Penale, Parte Generale, Zanichelli, P. XVI-XXIV.

susceptibles de enmienda. Es así que la máxima sanción estatal es definible como el secuestro del delincuente, que puede ser transitorio o permanente de acuerdo a su tipología, y que resulta ser una artificial selección del individuo socialmente inepto. Esta idea sintetizada en la no muy feliz fórmula: «la naturaleza echa a la cama a aquel que atenta contra ella; El estado lo envía a la cárcel»⁶. Sin embargo, la imposición de la misma debía encontrarse sujeta a un riguroso modelo de enjuiciamiento (regido por los aportes de la ciencia del Derecho Penal) que no permitieran que su imposición resultara injusta. Es así, que el Derecho Penal constituye la «Magna Charta» del delincuente, y el infranqueable límite de la Política Criminal («unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik»). A partir de LISZT, el Derecho Penal como la Política Criminal aparecen como dos disciplinas independientes aunque complementarias, un divorcio de más de medio siglo hasta su integración por Claus ROXIN en el año de 1970 con su monografía «Política Criminal y Sistema de Derecho Penal»⁷.

Luego de un incesante avance evolutivo experimentado por el Derecho Penal conforme a un nuevo paradigma antropológico, a finales del siglo XX, la disciplina fue nuevamente objeto de discusión en la medida de si era posible considerarla un conocimiento verdaderamente científico; es decir, una ciencia al igual que la química, la biología o la física. En realidad, si entendemos por ciencia a una actividad humana determinada no sólo por la existencia de un objeto de estudio específico, sino además por un método que permita soluciones altamente satisfactorias en orden a una explicación racional de los fenómenos que constituyen su razón de ser, no se aprecia problema alguno en la consideración del Derecho en general y del Derecho Penal como disciplinas científicas de las normas, pero en la coyuntura histórica en que la discusión tuvo lugar, fue objeto de duras controversias. En primer lugar se adujo, el carácter mutable y ahistórico de su objeto de estudio: la ley, y en segundo lugar en su clara distinción de las ciencias empíricas tanto en el objeto como en el método.

Las primeras objeciones parten del discurso que en 1847 brindó el célebre fiscal Prusiano Julius von KIRSCHMANN, el cual

6. Confr. LISZT, La idea del fin en el Derecho Penal, P. 83 y ss.

7. LISZT afirmaba: « Cuanto más se abandonen a la casuística la legislación y la ciencia, tanto más insegura e incoherente será la Administración de Justicia. Sólo el conocimiento sistemático garantiza un pleno dominio sobre la materia», citado por SERRANO-PIEDRACASAS FERNANDEZ, Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal, P. 121.

denominó: «La Jurisprudencia no es ciencia». En el mismo, aseveró tajantemente que no podía considerarse ciencia a una actividad que tuviera como objeto de estudio algo tan impreciso y mutable como es el derecho positivo, sentenciando su tesis con la famosa expresión de que «tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura»⁸.

KIRSCHMANN además, puso en relieve el carácter estacionario de la jurisprudencia en comparación con las ciencias físicas en orden al progreso social, en razón del aporte que éstas últimas han efectuado en la medicina o en el desarrollo tecnológico.

Sin embargo, las objeciones presentadas por el funcionario berlinés no pueden ser consideradas aisladamente de su contexto histórico, más bien son sintomáticas de la preponderancia que el «positivismo científico» y su método experimental tenía en la época, y cuya aplicación era reconocida como el único medio para la comprensión correcta de los fenómenos físicos; es así que los fenómenos que no pudieran ser percibidos por los sentidos en ningún momento podrían ser considerados como un digno objeto científico, más bien, eran pura metafísica; argumentación que se llevaba de encuentro a la historia y por supuesto, al Derecho⁹.

Ante tal encrucijada que obligaba a los orgullosos juristas a brindar una respuesta, aparece una primera postulación que propugna la científicidad del Derecho Penal en el estudio del sujeto delincuente como objeto de la disciplina a través de la confluencia de diversas materias como la biología, la antropología y la psiquiatría entre otras, reduciendo el problema a la descripción y tratamiento de meras patologías humanas con relevancia criminal, esta primera respuesta caracterizada por un «grosero» trasplante del método científico para la explicación del fenómeno social del delito se denominó el «Positivismo Criminológico», y permitió posteriormente el desarrollo de la criminología.

La mejor expositora de esta opción ha sido sin duda la escuela positiva italiana de FERRI, GAROFALO, LOMBROSO y, que se caracterizó por aplicar sin discusión alguna el método experimental propio de las ciencias naturales, llegando a postular que el crimen no es en esencia un «ente jurídico» como creía la «escuela clásica» -término de claro desprecio que acuñaba FERRI a CARRARA y sus contemporáneos- sino una cuestión que atendía a causas naturales¹⁰.

8. Conf. KIRSCHMANN, La jurisprudencia no es ciencia, Madrid, 1983; Un exhaustivo análisis crítico de su tesis: SORIANO, La jurisprudencia no es ciencia, Actualidad: Revista Jurídica, Año 1, San Salvador, 1996. De igual forma: MUÑOZ CONDE, Introducción al Derecho Penal [cit. Introducción], Barcelona, 1978, P. 104 y ss.

9. Según POPPER en dicha época sólo podían considerarse «como científicos (legítimos) aquellos conceptos surgidos de la experiencia, es decir, que pudieran ser reconducidos lógicamente a conceptos empíricos elementales (sensaciones, impresiones, percepciones, recuerdos de vivencias)»: citado por BACIGALUPO, Delito y Punibilidad, P. 19.

10. En Alemania su mayor expositor fue LISZT en sus trabajos posteriores a la elaboración del Tratado de Derecho Penal de 1881.

Conforme a ello, se despreocuparon por el entendimiento de las normas legales vigentes y se dedicaron de lleno al estudio del «l'uomo delinquente». Sin duda sobresale dentro sus aportaciones la puesta en duda del libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal por no ser posible su verificación, siendo más bien una creencia de fe y por ello no es sostenible que la pena responda a retribuir esa libre decisión; lo correcto, es sustituir el concepto de culpabilidad basado en el indeterminismo por el de «peligrosidad» que sí resulta perceptible y cuantificable. Así que dependiendo del grado de proclividad al delito de una persona, así será la respuesta que el Estado debe imponer, la cual iba desde la asistencia psiquiátrica hasta su inocuización del medio social (eliminación).

Resultan indiscutibles las aportaciones que la Escuela Positiva ha brindado: el inicio de la Criminología como una ciencia inter-disciplinar referente al estudio de la prevención y control del delito, la implementación de las medidas de seguridad como el medio más adecuado para el tratamiento de los inimputables o la teoría de los sustitutivos penales. Sin embargo, su contribución se ve ensombrecida por el grado de atraso que sufrió la dogmática –en particular la italiana- respecto al estudio de las normas penales. De nada sirvió todo el bagaje conceptual realizado sino era posible entender cuando nos encontramos ante un delito y cuando no, o qué vamos a considerar como tal. En este sentido, valga de ejemplo la definición de GARÓFALO sobre el delito: «es la lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad), según la medida media en que se encuentra en las razas humanas superiores, cuya media es necesaria para la adaptación del individuo en la sociedad¹¹». Qué utilidad tiene esta definición sino ayuda a precisar según el sentido de la ley cuando comienza la tentativa o cuando estamos en presencia de una autoría directa o mediata. Podría pensarse que es exigirle en demasía a la definición debido a que es eminentemente sociológica, lo cual resulta cierto, pero constituye una ineludible exigencia para los juristas crear un concepto «jurídico» del delito, que permita al Juez la interpretación y aplicación correcta de las normas

11. Citado por LUZÓN CUESTAS, Compendio de Derecho Penal, PG, P. 60.

penales. Esto último fue rectificado hasta 1910 con Arturo ROCCO y su orientación técnico jurídica¹².

En forma diversa a los postulados de la Sociología Criminal italiana, surge en Alemania una tendencia distinta de encarar el problema de la legitimidad científica del Derecho Penal, prefiriendo analizar a la norma jurídica como su exclusivo objeto de estudio, investigando los conceptos jurídicos generales como hechos inmutables no sujetos a los cambios legislativos, que según la corriente positivista en boga debían servir de base a la actividad científica¹³. De ello se deriva la denominación de «dogmática»: la norma como punto de partida para la actividad del intérprete jurídico.

El objetivo de esta corriente teórica -apunta MUÑOZ CONDE- era desarrollar el derecho positivo hasta conseguir un sistema lógico cerrado de conceptos en los que un concepto general y supremo de Derecho, debía recoger a todos los demás¹⁴. Este nuevo paradigma se denominó «Positivismo Jurídico», -y resaltan como sus forjadores Paul Anselm Von FEUERBACH- considerado por más de algún autor como el «fundador de la ciencia moderna del Derecho Punitivo»¹⁵ con su: «Tratado del Derecho Penal Común vigente en Alemania»¹⁶ que se constituyó uno de los primeros estudios asentados en el derecho positivo y Karl BINDING, escritor de otra obra fundamental: «Las normas y su transgresión» («Die Normen und ihre Übertretung»)¹⁷. Ambos trabajos constituyeron el punto inicial de la ciencia del Derecho Penal mejor conocida como «dogmática penal».

Los esbozos metodológicos del positivismo jurídico parten de la irrestricta observancia de una premisa que es básica: «la ley penal es la única fuente del Derecho Penal»;¹⁸ conforme a ella, el jurista debe comenzar por «recolectar el material», que son las normas jurídicas que componen su objeto y que se encuentran en el Derecho vigente. Una vez reunido el material, el dogmático penal

12. Era tal la indignación de ROCCO que en su célebre trabajo acerca del carácter científico del Derecho Penal sostuvo: «...sometidos el derecho y la ciencia del derecho penal a la antropología, aún más, anulados en nombre de una falsa antropología, o ahogados por otra parte en el mar inmenso de la sociología, la escuela positiva tuvo, no obstante algunos méritos innegables, el resultado de acumular a su alrededor un montón de ruinas jurídicas, sin haber hecho nada por sacar de entre ellas el nuevo edificio, ni diré legislativo, sino al menos científico, del derecho penal, que había manifestado querer construir, y cuya edificación todos esperaban. Destruyendo, pues, sin reconstruir, tal escuela ha terminado por limitarse a la tarea más sencilla que es la de criticar y negar, y ha llegado el último análisis a un derecho penal...sin derecho!». Confr. El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal, P. 6. (Las cursivas son del autor).

13. BACIGALUPO, Delito y Punibilidad, P. 19.

14. *Ibidem*.

15. Cfr. MEZGER, Tratado de Derecho Penal [cit. Tratado], T. I, P. 55.

16. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Existe traducción al castellano realizada por Raúl ZAFFARONI e Irma HAGEMEIER., Edít. Hammurabi, Buenos Aires.

17. MEZGER afirmó que éste prestigioso doctrinario fundamentó «...su total vida científica en el amor respetuoso al Derecho Positivo». Tratado, citado, P. 72.

18. Sigo las puntualizaciones de LISZT que se encuentran en sus Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, las cuales han sido traducidas y comentadas por BACIGALUPO, Delito y Punibilidad, P. 20 y ss e igualmente por ZUGALDIA, Fundamentos de Derecho Penal, Granada, P. 186.

debe deducir sus conceptos de las normas jurídicas; en otras palabras, realizar un análisis exacto de las proposiciones jurídicas y de los conceptos que en ellas se conectan como sujeto y predicado¹⁹. A través de la inferencia de lo general a lo particular resulta posible lograr el desarrollo de una proposición jurídica a partir del conjunto de las restantes.

Este proceso concluye con el descubrimiento de una proposición jurídica ya existente, pero no incluida directa y expresamente en la ley. Al lograr lo anterior, continúa la elaboración de un sistema teórico pues «sólo el orden sistemático se eleva constantemente por el camino de la abstracción desde los conceptos más especiales a los más generales». Es así que a partir del hurto, del asesinato, del incendio, etc., se desarrolla el concepto de delito. Y esa tarea de ordenación sistemática no descansa hasta alcanzar los conceptos más altos y únicos de cada disciplina jurídica, sus conceptos más comprensivos²⁰.

La metodología propuesta por LISZT se mantiene hasta nuestros días, como lo demuestra Hans WELZEL al inicio de su influyente obra «Derecho Penal Alemán»: «Misión de la ciencia penal es desarrollar y explicar el contenido de estas reglas jurídicas (las normas penales) en su conexión interna, es decir, “sistemáticamente” WELZEL²¹». Coincide igualmente JESCHECK: «el núcleo de la Ciencia del Derecho Penal es la dogmática jurídico penal que, partiendo de la Ley penal que constituye su fundamento y límite, elabora el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones jurídicas; ordena el material jurídico en un sistema en el que también tienen cabida las sentencias de los Tribunales y las opiniones de la ciencia e intenta hallar nuevos caminos de elaboración conceptual y de sistemática²²».

Empero, no es tan cierto que la ley como dogma, determine una cierta hipótesis de explicación y de igual manera ciertas soluciones. Al contrario, existen determinados condicionamientos del intérprete en su lectura que inciden a la hora de la elaboración teórica y cuya única barrera consiste en no traspasar el sentido literal posible de la disposición legal.

De ahí que durante la vigencia de un mismo texto legal se hayan dado distintas teorías para fundamentar diversas interpretaciones del mismo. Por ejemplo, nuestro Código Penal puede ser interpretado conforme al sistema causal o en base al sistema final o aún a la sistemática funcionalista. Todo depende de la decisión personal del intérprete

19. *Ibidem*.

20. *Ibidem*.

21. Derecho Penal, P. 1.

22. JESCHECK, Tratado de Derecho Penal [cit. Tratado], T. I, P. 58.

y no del sentido de la norma, aún cuando se incline en determinadas situaciones por una de las tendencias dogmáticas expresadas como acontece en el Art. 28 inciso segundo respecto a la regulación del error de prohibición con una solución propia de los finalistas. Esto lleva a la conclusión –certeramente establecida por BACIGALUPO- de que la labor dogmática requiere decisiones y toma de posiciones del intérprete que no tienen cabida dentro del concepto de ciencia jurídico-penal tradicional²³.

En resumen, el punto de partida de la especulación científica de la dogmática jurídico-penal es el derecho positivo y de forma más precisa la norma penal²⁴. Posterior al proceso interpretativo realizado por la jurisprudencia, resulta necesario «ordenar el conocimiento», con base a un método deductivo-axiomático, que permita sintetizar los conceptos gnoseológicos fundamentales, determinar su contenido con un alto grado de precisión y ponerlos en relación con los demás conceptos. Así se establecen las categorías conceptuales que componen la noción jurídica del delito: acción o comportamiento, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como categorías comprendidas dentro de un primer nivel de abstracción.

Es importante soslayar, que los resultados derivados de la metodología dogmática, no se encuentran necesariamente condicionados por la observancia del datum legis como punto de partida científico del Derecho, sino del grado de libertad en los puntos iniciales de las cadenas argumentales que considere el intérprete como correctos para la explicación de los distintos conceptos legales, como pueden ser el entendimiento de la naturaleza material de la norma penal como norma de valoración o determinación, la teoría sobre la función de la pena que se considere correcta o la función del mismo Derecho Penal en las diferentes formas de Estado, etc.

Estos diversos puntos de vista explican la creación de las distintas tendencias doctrinarias que se han desarrollado desde finales del siglo XIX hasta en la actualidad, y que son a grandes rasgos y con el pecado de excesiva generalización²⁵: el naturalismo, el neokantismo, el finalismo y el funcionalismo en sus dos tendencias: el sistema racional-final o teleológico y el funcionalismo sistémico.

Todas ellas serán desarrolladas más adelante en sus puntos esenciales, pero antes resulta conveniente precisar la relación entre la dogmática jurídico penal y la teoría del delito.

23. BACIGALUPO, Delito y Punibilidad, P. 29.

24. MORILLAS CUEVA, Curso, P. 63.

25. SHÜNEMANN, Introducción, P. 43.

3. LA TEORÍA DEL DELITO COMO DESARROLLO DE LA DOGMÁTICA PENAL.

Dejando claro que la dogmática jurídico-penal como ciencia cuyo objeto de estudio se centra en la voluntad del legislador que trasluce en cada una de las leyes de contenido punitivo, resulta de obligada importancia describir esa elaboración teórico-práctica denominada «Teoría Jurídica del Delito» o «Teoría General del Delito».

Para BUSTOS/HORMAZABAL, la teoría del delito constituye una «propuesta metodológica», un modelo de análisis, que sirve para establecer si la realización de un hecho concreto acarrea una responsabilidad penal para sus autores²⁶. Por nuestra parte podemos afirmar que es un sistema de explicación de los presupuestos generales de lo que la ley penal denomina delito o más técnicamente «hecho punible», cuya construcción se basa en una abstracción de los elementos comunes de cada tipo de la parte especial y que son ordenados en categorías operativas que a la vez conforman niveles de conocimiento.

Cada uno de los diversos niveles (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), representan una determinada faceta de análisis judicial, que al darse por comprobada permite pasar a la siguiente de forma sucesiva. Una vez comprobados todos los elementos, podemos afirmar con un alto grado de seguridad que el hecho enjuiciado es un delito y su autor responsable, mereciendo por tanto la imposición de la pena.

El origen y posterior desarrollo de la teoría del delito parte de que la codificación fuera un fenómeno asentado en la época moderna y se hiciera evidente la búsqueda de aquellos conceptos generales o similares, a fin de ordenarlos en base a un denominador común para efectos de su interpretación, esto es, crear categorías y ordenarlas en un sistema de conocimientos²⁷.

Comenzó en primer lugar con la distinción entre parte general y especial, posteriormente con la sistematización en base a la noción de bien jurídico, y sucesivamente se siguió con la idea de que el delito tenía que consistir en una acción humana (BERNER y LUDEN). Se postuló su carácter antijurídico, predicado proveniente del derecho civil merced de los trabajos Derecho Civil de Rudolf Von IHERING: el delito era una acción antijurídica por

26. Juan BUSTOS/Hemán HORMAZABÁL, Lecciones de Derecho Penal, Vol. I, P. 127.

27. Consideración unánime, por todos: ZUGALDÍA ESPINAR, Fundamentos de Derecho Penal [cit. Fundamentos], P. 184.

ser contraria al ordenamiento jurídico en general. Posteriormente a través de los trabajos de Adolf MERKEL se introdujo el estudio del sujeto culpable. Con todo ello se había establecido un doble sistema de análisis que superaba al realizado anteriormente por Samuel PUFENDORF, quien distinguió una imputación referente al hecho y una imputación al autor (*imputatio iuris e imputatio facti*). El sistema tal como se conoce en la realidad, aparece por primera vez debidamente ordenado en el Tratado de Frank Von LISZT, siendo agregada la categoría denominada «tipicidad», obra del ilustre jurista alemán Ernst Von BELING, siendo definido el delito como el acto típico, contrario al derecho, culpable, sancionado con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de penalidad²⁸.

En estricta observancia del método dogmático, el segundo nivel de especulación teórica posterior a la definición jurídica del delito como una acción, típica, antijurídica y culpable, consistió en determinar el contenido de cada una de las mencionadas categorías y en qué casos resultaban excluidas. Es aquí donde aparecen las divergencias entre las escuelas penales para explicar de una forma coherente y racional esos diferentes niveles.

El ejemplo más patético lo constituye el importante término «acción», del cual no sólo es necesario precisar su contenido a fin de afirmar cuando estamos es presencia de una acción relevante para el Derecho Penal y cuando no, como resulta en los casos de actos reflejos, estados de inconsciencia o fuerza física absoluta, sino también si constituía el elemento en común de la omisión, o si era necesario establecer una categoría todavía más abstracta denominada «comportamiento» que albergara conjuntamente a la omisión. Como puede observarse, luego de la formación de la categoría era necesario adentrarse en su análisis para determinar su consistencia a fin de que ello pudiera ayudar a la resolución de las diversas situaciones donde habría que precisar qué conductas humanas son relevantes para el enjuiciamiento penal. El naturalismo causalista sostuvo que la esencia de la categoría era la acción humana voluntaria que causaba una modificación del mundo exterior, definición que podía sin ningún problema

28. Confr. Die Lehre von Verbrechen [cit. Die Lehre], Tübingen, 1906, P. 7.

excluir aquellas situaciones no voluntarias como las arriba descritas, pero tropezaba con la explicación de la omisión, pues en ningún momento resultaba ser una modificación en el mundo exterior; al contrario, era sencillamente el dejar correr un determinado curso causal por el omitente. De igual forma la doctrina finalista tuvo el mismo problema. En la actualidad se entiende que la acción humana relevante para el Derecho Penal es aquella que resulta evitable. Siendo la «evitabilidad» el criterio unificador tanto de la acción como de la omisión²⁹.

La importancia básica de la construcción de un sistema de análisis del delito, radica sencillamente en que la mayor parte de los problemas prácticos que acaecen en la praxis judicial pueden ser ordenados y solucionados dentro de los contenidos del sistema, por ejemplo, los referidos a las capacidades psíquicas del sujeto como la obnubilación total o parcial del razonamiento habrían de ser ubicados en el análisis del sujeto responsable, es decir en la culpabilidad. Las situaciones de hacer valer el derecho excepcional de defensa o de cumplimiento del deber han de tratarse en el análisis referido del carácter antijurídico del hecho.

Sin embargo, más allá de su alcance práctico, la teoría del hecho punible cumple una serie de funciones tan importantes como son:

1. Función mediadora. Proporciona seguridad jurídica al momento de la interpretación de la norma penal por parte del operador judicial³⁰, a través de la creación de una serie de teorías tiene como tarea concretar en proposiciones menos abstractas que las contenidas en la ley ciertas reglas de conducta, permitiendo en el momento de la aplicación de la ley, que el juez disponga de reglas más concretas y cercanas al caso específico que se juzga que las establecidas en la ley³¹.

2. Función limitadora. Delimita claramente el ámbito de lo punible de lo que no lo es, garantizándose plenamente tanto la seguridad jurídica y la libertad de los ciudadanos.

3. Función de legitimación. En la medida que se amplían a través del Derecho Penal las zonas de libertad, pero a la vez se repriman aquellas acciones que el sentimiento general expresado en boca del legislador ha tipificado, se cumple la función de confirmación de una serie de valores socialmente aceptados que constituyen un mínimo ético que se requiere para la convivencia humana.

29. JAKOBS, El concepto jurídico penal de acción, en Estudios de Derecho Penal [Cit. Estudios], Civitas, Madrid, p. 111 y ss.

30. WELZEL, Derecho Penal Alemán [cit. Derecho Penal], P. 1.

31. ESSER, citado por BACIGALUPO, Delito y Punibilidad, P. 17.

Esta última función de legitimar el uso del poder penal por parte del Estado es uno de los temas que encienden en la actualidad la polémica, entre otras razones, por el déficit real que presenta debido a su utilización para la defensa de intereses minoritarios o de grupos de poder hegemónico, también por el ensañamiento con que opera respecto a los sectores más vulnerables del sistema social. Ello ha conllevado al surgimiento de diversas opciones teórico-políticas que abogan por su eliminación sin más, debido a su inutilidad manifiesta, como lo ha propuesto el movimiento abolicionista. No puede negarse que es una realidad a la que el penalista no puede cerrar sus ojos ni ocultar hipócritamente, pero eso no significa que la utilización del Derecho Penal, no pueda servir para lograr la disminución de la violencia social y asegurar mínimamente las condiciones de igualdad de oportunidades de realización de todos dentro de una esfera de libertad que el Estado mismo está obligado a brindar según las pautas constitucionales. En consecuencia, la legitimidad del uso del Derecho Penal debe venir por su actividad de prevención de los delitos y de no permitir las penas privadas, arbitrarias o desproporcionadas³²; con su utilización se debe buscar la minimización de la violencia en la sociedad, y que ésta sea aplicable a los casos en que resulte necesario para asegurar la convivencia. Para este fin, únicamente contamos en la actualidad con la utilización de este tosco medio, pues hasta este momento no existe todavía algo mejor que él, como algún día lo vislumbró RADBRUCH, ni la propuesta abolicionista presenta esa mejor opción. La pena seguirá siendo «una amarga necesidad entre seres imperfectos como son los hombres » como dijeron los redactores del Proyecto Alternativo Alemán, y por tanto también el uso Derecho Penal es otra «amarga necesidad para racionalizar la imposición de la pena», sólo que cuenta con la posibilidad de ser más humano de acuerdo a la realización de aquellos valores que dentro de un determinado contexto social se consideren relevantes. Es aquí, donde se encuentra el quid de la cuestión: la ineludible referencia a valores. La legitimación del poder penal del Estado no se enfoca a partir de la necesidad, sino su concordancia a valores, que no pueden ser cualesquiera (la pureza

32. FERRAJOLI, El Derecho Penal Mínimo .Poder y Control, Edit. PPU, Barcelona.

de la sangre, el sano sentimiento del pueblo o los proclamados por las campañas de ley y orden), sino sólo aquellos que la sociedad ha consensuado como de general aceptación y se enmarquen en el respeto íntegro de la persona en toda su plenitud -idea fundamental de un Estado Democrático de Derecho- y que han sido formulados tanto en la Constitución salvadoreña como en la normativa internacional de los Derechos Humanos³³, esto garantiza una doble legitimación tanto, por su necesidad como por su adecuación a valores^{34, 35}.

4. EL DESARROLLO EVOLUTIVO DE LA CIENCIA PENAL.

A) El naturalismo.

Como hemos señalado anteriormente, a finales del siglo XIX -1870 en adelante- adquieren preponderancia las ideas del positivismo naturalista en el Derecho Penal, a raíz del potente florecimiento y éxito sin igual de las ciencias naturales, lo que despierta el deseo de concebir de la misma forma a las ciencias sociales, de la misma forma conforme a una metodología basada en el «observar» y «describir» sin pretensión valorativa alguna³⁶.

Este método influyó grandemente en las categorías conceptuales de la noción jurídica del delito, sobre todo su consideración primordial: ...el pensamiento de la ley de la causalidad como poder que todo lo domina³⁷. Así el común denominador de las mismas era su manifiesta objetividad, por consiguiente libre de contenido valorativo en su explicación.

La acción era entendida como «una actuación voluntaria trascendente en el mundo exterior, es decir, la causa o no impedimento

33. VILLAVICENZIO, El Derecho Penal de los Derechos Humanos. En: Actualidad. 1997. P. 1 y ss.

34. En esto radica a mi parecer el entendimiento de aquella máxima planteada por WELZEL (Derecho Penal, P. 3-5) de que la misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia ético-social, si y sólo si, estos son referidos a las condiciones mínimas de realización personal que el ordenamiento constitucional e internacional de los Derechos Humanos ha positivizado y que aparecen como bienes merecedores de protección penal. En ese sentido retomo lo escrito por MORILLAS CUEVA en el sentido que las normas penales se presentan como una muralla que defiende valores colectivos fundamentales donde «ambos valores fundamentales y norma, son dos premisas inevitables en los contenidos de la definición del Derecho Penal», Curso de Derecho Penal Español [cit. Curso]. P.G., P. 46.

35. BARAITA, Principios del Derecho Penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal), Doctrina Penal, 1987, P. 623: «...El concepto de derechos humanos asume, en este caso una doble función. Una función negativa concierne a los límites de la intervención penal. En segundo lugar, una función positiva respecto de la definición del objeto posible pero no necesario de la tutela por medio del derecho penal». Señala además que el mismo concepto histórico social de los derechos humanos permite incluir como objetos de tutela, aquellos intereses colectivos como la salud pública, la ecología, las condiciones laborales, etc.

36. MEZGER, Tratado, T. I, P. 75.

37. *Ibidem*.

de un cambio en el mundo exterior» en el decir de LISZT³⁸ importando entonces que esa «inervación muscular» provocadora de un resultado fuera perceptible por los sentidos³⁹, y a la vez, se encontrara relacionada con un resultado, mediando entre ellos un nexo de causalidad⁴⁰.

La omisión quedaba englobada dentro del término genérico de acción, aunque variaba su precisión conceptual, por ejemplo, BELING afirmaba su existencia al existir una contención de los nervios motores dominable por la voluntad⁴¹ (teoría de la interferencia de la omisión)⁴².

En sede de la tipicidad, la teoría de la equivalencia de las condiciones creada por Julius GLASER y puesta en escena por Von BURI, adquiere notoria importancia en la medida que la subsunción al tipo del hecho quedaba reducida a la mera causación de la lesión de un bien jurídico⁴³, por ende, se trataba de una categoría carente de valor y más bien descriptiva de dichos procesos de causación. En dicho sentido se expresaba BELING: «El tipo abarca el conjunto de características externas del delito, contenidas en la respectiva disposición legal. El tipo constituye pues una figura objetiva, entendiéndose por objetivo todo aquello que puede ser apreciado sin necesidad de recurrir a una contemplación de la esfera anímica del autor. La relación interna entre autor y hecho tipificado pertenece a la culpabilidad⁴⁴».

La influencia de la teoría de la causación determinó la creación de la teoría subjetiva en el ámbito de la teoría de la participación cuya tesis central se basaba en que siendo difícil determinar objetivamente la importancia de la aportación de los intervinientes en el hecho delictivo, pues todas sus contribuciones son causales del resultado, era necesario hacer el distingo en el ámbito subjetivo: en el ánimo⁴⁵.

La antijuridicidad era concebida como la contrariedad a la norma jurídica, y se trataba ante todo de un concepto eminentemente formal y objetivo que desaparecía a medida que existiera una causa de justificación.

En la culpabilidad, se analizaba un segundo nexo causal

38. LISZT, Tratado, T. II, P. 289.

39. *Ibidem*, P. 288.

40. *Ibidem*, P. 292.

41. BELING, *Die Lehre*, P. 15.

42. Distinto LISZT quien pese a afirmar que en la omisión se supone que el resultado producido hubiera sido evitado por el acto, que, a pesar de ser posible para el autor y esperado por nosotros, fue omitido por éste, dándose una situación análoga a la causalidad, aunque no es causalidad misma, negó totalmente la causalidad de la omisión pues esta radica al igual que en la vida ordinaria cuando tenemos un fundamento para esperar un acto posible de la persona: «...sólo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo», Tratado, P. 304.

43. SHÜNEMANN, Introducción, P. 45.

44. BELING, *Die Lehre*, P. 178.

45. Un análisis pormenorizado en: ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, P. 21-24.

de carácter psicológico entre el contenido de la voluntad y resultado causado por el sujeto, siendo el dolo y la imprudencia formas de culpabilidad. Es interesante hacer notar el contenido del dolo:, compuesto tanto del conocimiento y voluntad de la realización típica como también, de la conciencia de la antijuridicidad, lo cual era relevante a efectos del error. Así un error en algunos de esos elementos era considerado un error de tipo, el cual si era invencible acarrearba la impunidad, al ser vencible venía en consideración el castigo por imprudencia (teoría estricta del dolo). Por otra parte, la imprudencia siguió anclada al dogma causal cuya sombra no permitió un desarrollo hasta años después con ENGISCH.

En realidad, el sistema era sencillo y facilitaba de gran manera su operatividad práctica en base a la comprobación del duplo de relaciones causales: la física como la psíquica. Sin embargo, se mostró desde el principio insuficiente respecto a su capacidad de explicación a sinnúmero de cuestiones dogmáticas. De ahí su declive, el cual empezó con la impotencia de explicar la naturaleza de la omisión la cual no puede consistir en la simple contención de los nervios motores por parte del sujeto activo, sino que en la mayor parte de ocasiones se realizan verdaderas acciones físicas, por ejemplo: el chofer que huye del lugar del accidente realiza la acción física de desplazarse y nadie en su sano juicio podría discutir la aplicación del delito de omisión de socorro. Esto deja a entrever la verdadera naturaleza normativa de la omisión y esto únicamente puede ser comprendido desde una perspectiva valorativa y no ontológica. Por otra parte al reducir la categoría del tipo a la comprobación de meras causaciones de resultados impidió -como señala acertadamente SHÜNEMANN- la entrada a las discrepancias de valoración establecidas en una pluralidad de situaciones de conflicto y de asimilarlas a través de una completa diferenciación conceptual⁴⁶. En éste sentido, el entendimiento de la naturaleza primordialmente objetiva del tipo, imposibilitaba la apreciación de determinados elementos subjetivos que eran necesarios para su caracterización de determinados tipos (ánimo de lucro, animus difamandi, etc.). El mismo problema tuvo tanto el naturalismo como

46. SHÜNEMANN, Introducción, P. 44.

su versión reformulada neokantiana respecto al dolo en la tentativa, que era explicado según la siguiente incongruencia sistemática: si el hecho era consumado, pasaba a formar parte de la culpabilidad, pero en el delito tentado era necesario apreciar la tendencia subjetiva para definirla siquiera como injusto; de ahí que se hiciera famoso aquel argumento de WELZEL⁴⁷: ¿Cómo podría depender de que el disparo dé o no en el blanco, el que el dolo sea un elemento de lo injusto o de la culpabilidad?. En efecto, el contenido de la tentativa no es posible constatarlo de un modo puramente objetivo, se requiere siempre atender a la decisión subjetiva del autor, al dolo.

B) La reformulación neokantiana.

La pobreza del contenido teórico derivada de la falacia naturalista, consistente en que del ser podían encontrarse las directrices del deber ser, da lugar a una nueva tendencia que se conecta en primer lugar, con la búsqueda de un nuevo concepto de ciencia que permitiese calificar de científicas las disciplinas relativas a la conducta humana, en especial, la del derecho. Aquí se destacan el historicismo de DILTHEY respecto al objeto, así como los aportes de las Escuelas de Marburgo y Sudoccidental alemana en cuanto al método.

En consonancia a ello, se da una superación de un positivismo unilateral, en el reconocimiento de que los conceptos jurídico-penales nunca pueden recibir de la ley su contenido determinante.

Específicamente al ámbito que nos interesa, RIKKERT señaló la «referencia a valores» como el elemento que distingue a las ciencias culturales de las naturales, LASK añadió que el concepto de Derecho siempre está «teñido teleológicamente». Ambas aportaciones tuvieron una particular relevancia en el método de la dogmática penal, en el sentido que la misión del jurista penal no consiste en «observar» y «describir», sino en «valorar» y «comprender» los comportamientos humanos que resultan regulados por las normas.

La indiscutible referencia axiológica dio lugar a una elaboración teleológica de conceptos, que condujo a una progresiva renormativización de las categorías dogmáticas como sucedió con la omisión por ejemplo, la cual para su entendimiento habría que desprenderse de la acción como movimiento corporal susceptible de modificación de la realidad externa, pues la omisión era todo lo contrario, era la negación de la acción (RADBRUCH), por tanto no podía quedar englobada en ese supraconcepto, sino en una noción más amplia y adecuada denominada «comportamiento» que

47. WELZEL, Derecho Penal, P. 73.

comprendiera ambas formas de realización personal relevantes a efectos penales.

En la tipicidad donde la noción de bien jurídico había adquirido un importante papel en la interpretación del tipo penal, MEZGER y HEGLER, se encargaron de demostrar la existencia de los elementos subjetivos de lo injusto, aunque su carácter era excepcional⁴⁸. Por otra parte, se lograron singulares precisiones entre las causas de justificación y las de inculpabilidad, en particular referencia respecto al estado de necesidad justificante y exculpante, tanto como a las situaciones de inexigibilidad.

En la culpabilidad se sustituye el nexo psicológico por la idea de reprochabilidad de la mano de los trabajos de Reinhard FRANK, James GOLDSCHMIDT y Berthol FREUDENTHAL donde la exigibilidad de una conducta distinta es el núcleo esencial de la culpabilidad. Esto la dota de un carácter eminentemente valorativo a dicha categoría, no obstante, se entremezclan con el dolo y la culpa como componentes psicológicas.

La influencia del neokantismo vislumbra un profundo cambio de paradigma, pero al no poder desembarazarse del dogma causal -del cual únicamente fue un complemento- determinó una contradicción sistemática insoluble, pues vulnera su propio punto de partida metódico: la independencia de las categorías de las ciencias naturales y espirituales⁴⁹.

C) El finalismo.

A partir de las insuficiencias dogmáticas del neokantismo y dentro un período sumamente difícil de la historia europea (décadas de 1930 y 1940) surge una nueva tendencia teórica cuya base epistemológica descansa en concepciones derivadas de la fenomenología y de la psicología del pensamiento. Se trata de la escuela finalista o de la «doctrina de la acción final» cuyo fundador fue Hans WELZEL, quien se destacó como profesor de la Universidad de Bonn⁵⁰.

Su sistema dogmático parte de la existencia de estructuras de conocimiento de carácter ontológico, es decir, previas a la valoración constitutiva de las normas jurídicas, las cuales deben ser observadas por el legislador si es que desean lograr determinados objetivos y no caer en una reglamentación inadecuada y

48. MEZGER, *Modemas orientaciones de la Dogmática Jurídico Penal* [cit. *Modemas orientaciones*], Valencia, 2000, P. 36 y ss.

49. MIR PUIG, *Introducción*, P. 244.

50. De acuerdo al CERESO MIR, la formulación del concepto finalista de la acción tuvo lugar dentro del marco de la crítica de la influencia del naturalismo en la Ciencia del Derecho Penal, perceptible en el concepto causal de la acción, así como en la crítica de la filosofía jurídica neokantiana con su tajante separación entre el ser y el deber ser, la realidad y el valor. Véase al respecto su artículo: *El finalismo hoy*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XLVI, Fascículo I, P. 5 y ss.

contradictoria⁵¹. Esas «estructuras lógico-objetivas», a las que el ordenamiento jurídico determina, valora y vincula consecuencias jurídicas, no pueden ser modificadas al ser recogidas en los tipos. Dichas estructuras constituyen la base de toda valoración jurídica.

Conforme a dicha idea, en el Derecho no se trata de crear un objeto sino un aprehender algo que existe previa e independientemente de todo conocimiento⁵². Por ello, la ciencia penal en su metodología «tiene que partir siempre, sin duda del tipo pero tiene que trascender luego del tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender el contenido de las definiciones y para comprender también correctamente las valoraciones jurídicas⁵³». De esta forma, WELZEL logra equilibrar adecuadamente las relaciones entre el ser y el valor con el fin de poder deducir de la naturaleza de las cosas, el contenido de la regulación jurídica justa, es decir, el deber ser del Derecho⁵⁴.

Dentro de dichas estructuras lógico-objetivas, dos de ellas conforman la clave de bóveda para la construcción del sistema de la teoría del delito: la acción tendiente a una finalidad y la reprochabilidad, como posibilidad de poder actuado de un modo conforme a derecho, ésta última basada en la esencia de hombre como ser responsable caracterizado por la capacidad de autodeterminación final con arreglo a sentido (Anders-Handeln-Können)⁵⁵.

Para WELZEL, el objeto de normación jurídica únicamente podían ser las acciones humanas encaminadas a un fin y no los acontecimientos causales de la naturaleza resultantes de una constelación de causas existentes en cada momento. Por el contrario, la actividad final es una actividad dirigida por el ser humano gracias a la capacidad de poder prever y orientar su actuación conforme a un plan y a la consecución de un fin. Este proceso se desarrolla conforme a la anticipación mental del fin, la selección de los medios para su consecución y la consideración de los efectos concomitantes que

51. WELZEL, El nuevo sistema del Derecho Penal [cit. El nuevo sistema], P. 14; KAUFMANN, Teoría de las normas: Fundamentos de la dogmática penal moderna [Teoría de las normas], Buenos Aires, 1977, P. IX.

52. WELZEL, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht [Naturalismus], 1935, P. 74.

53. WELZEL, El nuevo sistema, P. 14.

54. CERESO MIR, La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica, en: Problemas fundamentales del Derecho penal, 1982, P. 39-40. Siguiendo a ZIELINSKI, Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito [Disvalor de acción], 1990, P. 58 y ss: «...el punto de partida filosófico del sistema de la acción final contiene un doble aspecto: a) al conocimiento humano y a la valoración jurídica le están dadas previamente una realidad que existe y que existe de cierta manera, cuyos objetos sólo así, y de ningún otro modo, pueden ser el contenido y el punto de conexión de la regulación jurídica; b) Los objetos previamente dados de tal manera no existen por sí mismos en un ámbito libre de valor, sino que están siempre ya en el interior de ese ámbito en una relación de significación como totalidades humanas y sociales, que no es aportado recién desde afuera -por ejemplo-, por la ley». Esto era totalmente distinto al esquema neokantiano el cual sostenía que el conocimiento de los objetos como materia amorfa tomaba sentido a partir de aplicación de las categorías a priori de la razón humana.

55. WELZEL, Introducción a la Filosofía del Derecho, P. 252 y ss.: «El reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho». Sobre ambos puntos: MIR, Introducción, P. 249.

pueden surgir; luego de ello, se ejecuta la resolución en el mundo exterior⁵⁶.

Esto lo ilustra con los siguientes ejemplos: La enfermera que sin sospecha alguna pone una inyección de morfina demasiado fuerte, realiza sin duda, una acción final de inyectar, pero no una acción final de matar. El que para ejercitarse, dispara contra un árbol, detrás del que se encuentra una persona -al que no ve- y mata a ese hombre, hace sin duda un disparo final de entrenamiento, pero no realiza una acción final de matar. En ambos casos deduce que, las dos muertes han sido producidas de un modo causal ciego y en consecuencia son irrelevantes para el enjuiciamiento penal.

La actividad final en consecuencia debe ser tenida en cuenta por las prohibiciones y mandatos del ordenamiento jurídico, sencillamente porque éste no puede dirigirse a procesos causales ciegos, sino a acciones que pueden configurar finalmente el futuro, convirtiéndose en un fenómeno pleno de sentido, ético-socialmente relevante⁵⁷. Este es el objeto del juicio de valor contenido en la norma: mandar o prohibir una conducta final⁵⁸. De ello extrajo las siguientes conclusiones:

El contenido del injusto penal - es decir: la acción típica y antijurídica- desde una perspectiva material no es únicamente la mera causación de resultados disvaliosos o desvalorados socialmente (desvalor de resultado), sino que es además, la ejecución de una acción socialmente desvalorada que el autor ha decidido emprender (desvalor de acción). Por ello, se trata de un «injusto personal» en la medida que puede ser referido como una obra con sentido, de una persona concreta y no un mero hecho de la naturaleza⁵⁹.

Por ello, la tipicidad debe referirse a acciones cuya voluntad de realización vaya dirigida a producir una situación o proceso socialmente no deseado (delitos dolosos de comisión), u omisiones de aquellas acciones exigibles para evitarlos (delitos dolosos de omisión) o, a realizar una actividad sin observancia del cuidado necesario que el caso se exige (delitos imprudentes). En consecuencia, el dolo y la imprudencia resultan ser formas de tipicidad y no de culpabilidad. La consecuencia práctica de lo anterior es que la

56. WELZEL, Derecho Penal, P. 39 y ss; El nuevo sistema, P. 25 y ss.

57. WELZEL, Naturalismus, P. 74.

58. KAUFMANN, Teoría de las normas, P. 135-136.

59. WELZEL, El nuevo sistema, P. 40 y 67 ss: « La doctrina de la acción finalista, al concebir la acción humana como una obra, puede comprender los dos aspectos de la acción, el del acto y el del resultado (el valor o el desvalor de la acción y el resultado), mientras que la doctrina de la acción causal puede explicar sólo la causación del resultado, pero no la ejecución de la acción.»

determinación del aspecto subjetivo es imprescindible en el análisis judicial pues permite con precisión seleccionar el tipo a aplicar.

Aparte de la modificación generada a nivel de la acción y la tipicidad -dividiendo ésta última en una parte objetiva y una subjetiva- la doctrina de la acción finalista supuso un avance enorme en materias tales como la comprensión del delito culposo, la tentativa, las causas de justificación y la autoría.

En materia del delito culposo o imprudente -dejando de lado por un momento el importante aporte de ENGISCH-, un sector causalista afirmaba que su esencia radica en la mera comprobación causal de resultado sin tomar en cuenta que lo relevante es la acción defectuosa realizada debido a la inobservancia de las normas de cuidado requeridas en el ámbito de la relación. En consecuencia el juicio de tipicidad en estos casos, para los finalistas, radica en un juicio de comparación entre la dirección real de la acción por el autor y la exigida por el derecho siendo el resultado un elemento adicional y restrictivo de la penalidad⁶⁰. De igual forma sucede en la tentativa donde su constatación no puede realizarse únicamente desde un punto de vista puramente objetivo, sin atender a la decisión subjetiva del autor a fin de esclarecer que tipo es el que concurre⁶¹.

Ejemplo: Si alguien hace un disparo a otra persona, el proceso causal realizado puede ser comprendido en el delito de disparo de arma de fuego (147-A CP), tentativa de Homicidio (128 CP) o tentativa de lesiones (142 CP). Por ello, el dolo es el componente subjetivo por excelencia de la tipicidad en el delito imperfecto.

En el ámbito de la antijuridicidad, WELZEL que estableció que las causas de justificación no se componen únicamente de elementos objetivos (agresión ilegítima, situación de necesidad, etc.), sino también se requieren unos de carácter subjetivo, como son el conocimiento por parte del sujeto de los mencionados presupuestos objetivos y tener una tendencia subjetiva especial: el ánimo de actuar justificadamente⁶².

Ejemplo: Un médico realiza un aborto en una mujer embarazada que no quiere cargar con un hijo. Posteriormente se determina que de no haberse practicado el mismo, la mujer hubiera muerto meses después⁶³. Para la aplicación de la eximente completa del estado de necesidad, bastaría para

60. WELZEL, El nuevo sistema, P. 33 y ss.

61. WELZEL, Derecho Penal, P. 48 y 73.

62. WELZEL, Derecho Penal, P. 100.

63. Caso citado por JESCHECK, Tratado, T. I, P. 449.

los causalistas la comprobación de sus presupuestos objetivos (situación de necesidad, peligro actual o inminente para el bien de mayor o igual valor, etc.). Para los finalistas no basta únicamente ello, pues se ha de requerir que el médico en el presente caso obre conociendo que está ante una situación de necesidad y que tenga el ánimo de salvar la vida de la madre, lo que no acontece en el presente caso.

Por último, hay que destacar la gran aportación realizada en materia de autoría y participación con la teoría del dominio del hecho, que supuso una superación de la teoría subjetiva que hasta ese momento se mantenía incólume en la jurisprudencia alemana. Para WELZEL lo que caracteriza al autor del delito es el «señorío» que mantiene sobre la dirección del acontecer causal en dirección al resultado típico, lo que lo distingue del mero partícipe, que sólo auxilia el acto dominado finalmente por el autor (complicidad) o lo ha incitado a la decisión (instigador)⁶⁴. En resumidas cuentas, es autor el delito quien ostenta del señorío del hecho conforme una voluntad de realización, que le permite dirigir el hecho en forma planificada.

Luego de todo lo visto anteriormente, podemos afirmar que no existió ningún tema de la teoría del delito que no fuera trastocado por el sistema finalista. Y resulta de tanta importancia su influencia que algunas instituciones el Código Penal salvadoreño vigente se han inspirado en él como son la regulación del error (Art. 28), la tentativa (Art. 24) y la autoría (Art. 32 y ss), así como la reciente jurisprudencia de algunos tribunales. Pese a ello no hay que olvidar que como sistema teórico perfectible tuvo límites y dificultades.

Sin duda sus dos objeciones fundamentales fueron: en primer lugar, una de carácter metodológico: la vinculación del legislador con las estructuras lógico-objetiva y que, de ello se derivara en mayor o menor grado en la comprensión de las diferentes instituciones dogmáticas; segundo, la absolutización del desvalor de acción como único contenido del injusto, desplazando a mera condición objetiva de punibilidad al resultado⁶⁵.

Es acertado pensar que la actividad final es un elemento clave para la función de prevención general que la norma contiene, aunque lo que si resulta discutible es, si esto deviene en razón de que el legislador se encuentre atado a la «naturaleza de las cosas» o, si ello es en razón de la función social y del carácter valorativo

64. WELZEL, Derecho Penal, P. 120.

65. Podemos agregar una tercera objeción que resulta demasiado extensa para tratarse en la presente introducción, pero que es procedente hacerla constar, y es la vinculada al severo tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación como errores de prohibición -teoría estricta de la culpabilidad-, cuya vencibilidad podía lograr simplemente una disminución de la pena.

el Derecho Penal. En éste sentido, ROXIN afirmó que los conceptos superiores del sistema -como la acción- deben tener una naturaleza específicamente penal y vinculada a la ley, si es que se desea que tengan una significación práctica, pues sí no la tienen no son una cuestión decisiva para la ciencia.

El finalismo, en vez de vincular el concepto de acción a la ley, quiere vincular al legislador a que regule acciones humanas según su concepto prejurídico, olvidando que lo que es final y qué no lo es, depende exclusivamente de las finalidades del orden jurídico⁶⁶. En éste orden de ideas, el legislador es libre a la hora de elegir qué aspectos relevantes de la conducta ha de tomar en cuenta, pues -como dijera MEZGER- puede considerarse como antijurídica una conducta humana en referencia a un resultado externo y prohibir una conducta causal para un resultado o, bien puede colocar como fundamento la voluntad del autor y conminar con una pena una conducta dirigida a un resultado⁶⁷.

Pero las anteriores objeciones podían ser dejadas de lado si se demostraba que la sujeción a las estructuras del ser, era una sólida base que pudiera abarcar las diferentes formas de conducta humana que regulara el Derecho Penal. Era una prueba acerca de su capacidad de rendimiento que no pudo superar.

En el sistema finalista, la acción es entendida como un ejercicio de actividad final lo cual explica con creces al delito doloso y podría afirmarse con seguridad que es el que mejor lo explica; sin embargo, no sucede lo mismo con el delito imprudente, donde WELZEL tuvo muchos problemas que eran observables en cada una de las ediciones de su obra⁶⁸. En primer lugar sostuvo que era una acción final defectuosa, para posteriormente sostener que era una forma completamente independiente de la acción dolosa, caracterizable por existir una «causación evitable mediante el ejercicio de la actividad final», RODRIGUEZ MUÑOZ cómo podía derivar la imprudencia del dolo y por otra parte, que la finalidad real y la finalidad posible son dos cosas distintas: la primera sí ontológica, pero la segunda evidentemente normativa, ubicable en el plano del deber ser, y que implica ya el juicio de

66. ROXIN, Contribución a la teoría crítica final de la acción, en Problemas básicos del Derecho Penal, Madrid, P. 93.

67. MEZGER, Modemas orientaciones, Valencia, 1999, P.7

68. Contribuyó grandemente con sus incisivas argumentaciones específicamente en éste punto: RODRIGUEZ MUÑOZ, La doctrina de la acción finalista, Anales de la Universidad de Valencia, T. XXVII. I. En lo que se sigue, se tomará en cuenta la síntesis realizada por CEREZO MIR, El concepto de la acción finalista, En Problemas Fundamentales del Derecho Penal, 1982, P. 16 y ss.

culpabilidad⁶⁹. En una tercera toma de postura afirmó que los tipos de los delitos culposos comprenden aquellas acciones que, respecto a sus consecuencias causales, no presentan la medida mínima de dirección final exigida jurídicamente. Lo cual denota que lo relevante es entonces la causalidad. Con ello y en palabras del ex-profesor de la Universidad de Valencia se estaba demostrando la incapacidad de la teoría de la acción final para comprender la esencia de los delitos culposos, donde lo que en realidad interesa está fuera de la acción. En efecto, siguiendo a ROXIN, lo relevante en estos delitos es la trasgresión a la norma de cuidado, la finalidad es indiferente e incluso puede faltar totalmente⁷⁰. Lo mismo puede predicarse en referencia a la omisión cuya esencia no consiste en la concreta capacidad de acción y la ausencia de realización de ella, sino que se trata de una acción que se debía ejecutar⁷¹. Baste el siguiente ejemplo: Un estudiante se encuentra ante una biblioteca que dispone de 100,000 volúmenes. Al momento que realiza la acción de tomar uno, teniendo una concreta capacidad de acción ha realizado 99,999 omisiones potencialmente finales pues ha dejado de tomar los demás⁷². Pero lo relevante no son esas 99,999 omisiones, sino la consistente en haber tomado un libro distinto al que estuviera obligado por diversas razones -el profesor recomendó estudiarlo para un examen, realizar una tarea, etc. Como puede observarse tanto en la vida social y es valedero también para el Derecho Penal, la única omisión relevante es aquella que se ampara en la infracción de una norma de mandato⁷³.

La segunda objeción -que no corresponde al originario esquema de WELZEL- hace referencia a cierto sector de la corriente finalista -encabezado por Armin KAUFMANN- que llevó hasta sus últimas consecuencias la premisa teórica de que el injusto penal se

69. CEREZO, *Ibidem*.

70. ROXIN, *Contribución*, P. 97.

71. GIMBERNAT, *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento*, En *Estudios*, P. 186 y ss.

72. Para WELZEL, si bien la omisión constituía una infracción a aquellas normas que ordenan efectuar acciones para evitar la producción de resultados socialmente indeseados, puso el acento en su entendimiento como la no producción de la finalidad potencial de un hombre, bastando para su comprobación un juicio objetivo, de si la acción estuvo subordinada al poder de hecho, y no si se estaba esperando su ejecución, *Derecho Penal*, P. 238-239.

73. GIMBERNAT, *Ibidem*.

encontraba constituido únicamente por el disvalor de acción. En este sentido, el más perspicaz de los discípulos directos de WELZEL, sostuvo de igual forma que su maestro que las normas de conducta (mandatos y prohibiciones) tienen por tanto, como objeto, únicamente a acciones finales. Sólo el accionar realizado mediante acciones finales puede ser exigido o vedado por el Derecho. Las prohibiciones causales no tendrían sentido⁷⁴.

En consecuencia, el resultado y el desvalor de resultado no tienen ninguna función en el ilícito, y, por ende, ninguna relevancia para la culpabilidad, ni en los delitos dolosos, ni en los imprudentes, ni para los delitos de omisión. El resultado, es en todo caso - afirmaba ZIELINSKI-, un criterio de la necesidad de la pena⁷⁵.

Las consecuencias prácticas de tal planteamiento son visibles en una fundamentación subjetiva de la tentativa y de la tipicidad imprudente. Según KAUFMANN, si el autor ha hecho todo lo exigible según su plan, entonces se muestra de modo acabado el injusto penal. El acaecimiento del resultado (disvalor del hecho) no permite añadir nada más. De allí se sigue el igual tratamiento del delito consumado y de la tentativa acabada, que exige el fin preventivo de la pena. Por otra parte, la punibilidad no depende además de un baremo objetivo (situación de peligro objetivo para el bien jurídico)⁷⁶, sino el dolo del autor, en virtud de mostrar el sujeto una voluntad rebelde al derecho cuya imposición, prescindencia o atenuación de pena puede quedar a la discrecionalidad del tribunal dependiendo de las exigencias preventivas de la sociedad⁷⁷. Respecto al delito culposo, su injusto únicamente se fundamenta en el disvalor que conlleva la violación del deber de cuidado, pues que el resultado acontezca es algo sujeto al azar, se trata únicamente de una condición objetiva de punibilidad que no se muestra necesaria para la adecuación típica⁷⁸.

El presente «monismo normativo», ha sido rechazado unánimemente por la doctrina en general debido a que podría derivar en un *gesinnungstrafrecht* («derecho penal del ánimo») -en especial respecto a sancionar la tentativa absolutamente inidónea- aun cuando lo nieguen sus mismos postulantes y por otra parte, por sus consecuencias prácticas: penar cualquier acción fallida del

74. KAUFMANN, Sobre el estado actual de la doctrina del injusto personal, en *Nuevo Pensamiento Penal*, P. 160-161.

75. Disvalor de acción. P. 2, 144 y ss. Siguen el presente planteamiento además de Zielinski algunos discípulos de directos de KAUFMANN como STRUENSSE y HORN en Alemania. En América Latina SANCINETTI, *Teoría del Delito y Disvalor de Acción*, Buenos Aires, 1991. Discrepan de la misma algunos finalistas como STRATENWERTH (*Acción y resultado en el Derecho Penal*, Buenos Aires, 1991), MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal*, Buenos Aires, 1994, § 17.I, P. 271 y ss. y CERREZO, *Curso de Derecho Penal español. Teoría Jurídica del Delito*, T. II, P. 154-158.

76. Como postula la teoría objetiva desde los tiempos de FEUERBACH, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1989, §42, P. 75 y ss.

77. KAUFMANN sostiene además que aun la tentativa supersticiosa es un injusto culpable pero que la pena en estos casos no cabría por innecesaria pues la prevención carecería de objeto, Sobre el estado actual, P. 169-170.

78. KAUFMANN, *Ibidem*.

autor sin tomar en cuenta el resultado producido y si éste originó una perturbación social, llevaría a la investigación y el castigo de todas las lesiones al cuidado debido sin consecuencias, sobreexigiendo a los órganos de persecución estatales y apartándolos de tareas más importantes.

Por otra parte, esa punición excesiva llevaría a la penalización de la mayor parte de la población de un modo político-social indeseado, ya que también el ciudadano totalmente integrado no puede escapar ocasionalmente al descuido⁷⁹.

D) El sistema racional-final o teleológico.

El debate de la teoría de la acción final con los postulantes del causalismo neokantiano en el ámbito europeo tuvo su mayor apogeo en el ámbito de los años 50 y 60 del siglo pasado, etapa considerada en alguna forma «infructuosa» debido al empecinamiento académico en temas como la acción, la posición del dolo y aún el del error, dejando de lado temas como los fines de la pena y el sistema de las consecuencias jurídicas.

El debate entra al ámbito latinoamericano a finales de la década de los 70, luego del abandono del Proyecto de Código Penal Tipo para América Latina de inspiración neokantiana que supuso una visible influencia en el anterior Código Penal salvadoreño de 1973.

El escéptico panorama no significaba que la evolución del Derecho Penal había concluido con el finalismo. En 1970 aparece una obra que vino a revolucionar el estéril y agotado marco que había supuesto la polémica de más de una década caracterizado por seguir anclado en un pensamiento sistemático y despreciativo de consideraciones de índole criminológicas o político-criminales, ella es «Política Criminal y Sistema de Derecho Penal» de Claus ROXIN, que constituyó la base programática para la elaboración de un sistema de Derecho Penal de carácter «abierto» a los problemas y fines sociales y no encerrado en consideraciones eminentemente sistemáticas⁸⁰.

Con dicha obra, se inaugura el sistema racional-final o teleológico en el Derecho Penal, que junto al funcionalismo sistémico de Günther JAKOBS, constituyen las tendencias más importantes en la actualidad.

La metodología de construcción del nuevo sistema, consiste en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el

79. ROXIN, Política criminal y estructura del delito [cit. Política Criminal y estructura], Barcelona, 1992, P. 49-50.

80. El «moderno sistema de Derecho penal» -según SHÜNEMANN- constituye el marco de elaboración doctrinaria actual de los países con alta evolución dogmática. Autores como HASSEMER, SHÜNEMANN, FRISCH, WOLTER, NAUCKE y OTTO en Alemania, así como MIR PUIG, SILVA SANCHEZ, LUZÓN PEÑA, CORCOY BIDASOLO en España en mayor o menor grado se adscriben a la corriente.

sistema de Derecho Penal y sistematizando, desarrollando y contemplando las categorías del delito desde ese enfoque⁸¹. Según ROXIN, el punto de partida de la ciencia dogmática penal orientada político-criminalmente es la configuración de sus principios superiores, esto es, de qué se persigue con la pena y para qué debe servir el Derecho Penal.

El fin de la pena es exclusivamente la prevención tanto general como especial de los delitos. Pero la prevención general no se entiende como intimidatoria o negativa al estilo de FEUERBACH y su teoría de la coacción psicológica, sino como «positiva» o «integradora», en la medida que la pena en cuanto restaura la paz jurídica devuelve al pueblo confianza, de que su seguridad se encuentra salvaguardada y que las normas de convivencia se mantienen firmes ante perturbaciones graves⁸².

El Derecho Penal en cambio tiene como misión de proteger bienes jurídicos penando su lesión en determinadas condiciones así como asegurar el cumplimiento de las prestaciones públicas de las que depende el individuo en el marco de la asistencia social del Estado⁸³. En consecuencia, pena y Derecho Penal se relacionan en la medida que éste último protege aquellas condiciones valiosas socialmente en el marco de una sociedad (bienes jurídicos), a través de la pena cuya imposición reafirma una vez más el respeto hacia el orden social por todos (prevención general positiva) y permite al delincuente insertarse en la sociedad luego del cumplimiento de la sanción penal en una vida sin delito. Conforme a ello, ROXIN diseña las categorías contentivas del concepto del delito de diversa manera.

La tipicidad sirve para la realización de la seguridad jurídica conforme al principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*). Para ello, el legislador se sirve de dos métodos de construcción de los tipos: puede poner el acento en la descripción precisa de acciones o, donde no le interese ello, sancionar conforme a la infracción de las exigencias de conductas derivadas del papel social que el sujeto desempeña. Los primeros son los denominados «delitos de dominio» (*Herrschaftsdelikten*) y los segundos los «delitos de infracción del deber» (*Pflichtdelikten*). Los primeros se caracterizan porque el sujeto entra en ámbitos que por imperativo del Derecho debiera dejar de lado, mientras que en el segundo se protege la capacidad de funcionamiento de sectores ya conformados jurídicamente.

Ejemplo: El delito de homicidio (128 CP) constituye un ejemplo de los primeros en la medida que se requiere que el sujeto realice la acción descrita en

81. ROXIN, Política Criminal y Sistema de Derecho Penal [cit. Política Criminal y Sistema], Buenos Aires, P. 54.

82. ROXIN, Política Criminal y estructura, Barcelona, 1992, P. 46 y ss.

83. Sentido y límites de la pena estatal, en Problemas básicos, P. 21.

el tipo, para ser comprobado el juicio de tipicidad, es decir, que «domine» la acción típica. Distinto es el caso de algunos delitos de funcionarios como la malversación (332 CP), donde lo relevante es el papel de fidelidad e integridad que tiene el funcionario respecto de la correcta gestión de los recursos patrimoniales públicos, no importando a efectos de la realización típica si el sujeto realizó la acción física de llevarlos a su casa, integrar dinero a una cuenta bancaria propia o de tercero, darles un destino diferente, etc., lo que interesa es la infracción de las normas que rigen su actividad. Esto explicaría por qué se pena por éste delito a un funcionario aun cuando otro sujeto distinto resulte beneficiado.

Un aporte esencial de ROXIN en la teoría del tipo lo constituye sin duda la teoría de la imputación objetiva, inicialmente creada para resolver los problemas relacionados con los delitos de resultado como el homicidio y las lesiones. De acuerdo a su trabajo titulado “Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal”⁸⁴: no basta únicamente la comprobación del nexo naturalístico entre acción y resultado, sino que se requiere además que exista entre ellos una relación normativa basada en el “principio del riesgo”.

En éste sentido, la importante aportación del Profesor de la Universidad de Munich contribuye a delimitar el papel de la causalidad en el ámbito de la responsabilidad penal, lo cual por mucho tiempo fue objeto de duras controversias y de propuestas como las teorías de la adecuación y de la relevancia típica. Dichas teorías, propugnaban solucionar la confusión sobre si la comprobación entre acción típica y resultado debía realizarse en forma exclusivamente naturalista bastando únicamente ello, o si por el contrario dicho juicio debe ser complementado por consideraciones eminentemente normativo-jurídicas.

En realidad, el problema causal tiene una base naturalista. En efecto, se trata de un elemento que el Derecho Penal no puede obviar, pero su establecimiento sin más, nunca puede decidir la atribución jurídica a su causante. Ello lleva a conclusión de que «la cuestión jurídica fundamental, no consiste en averiguar si se dan determinadas circunstancias, sino en establecer los criterios conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona⁸⁵».

84. ROXIN, Reflexiones sobre la problemática de la imputación [Reflexiones], en Problemas básicos del Derecho Penal, Madrid, 1976, p. 128 y ss.

85. ROXIN, Reflexiones, citado, p. 128 y ss.

De esto se encarga la teoría de la imputación objetiva, que busca la configuración del nexo objetivo-normativo, que ha de existir entre la acción y el resultado para que pueda afirmarse la responsabilidad del sujeto por la lesión del bien jurídico⁸⁶.

El postulado esencial de la teoría es el siguiente: para que el resultado típico producido sea atribuido al autor de la infracción, el resultado debe ser objetivamente imputable a la acción, la cual debe crear un riesgo jurídicamente desaprobado que una norma pretenda evitar.

De forma sintética, la imputación objetiva consta de tres postulados básicos: 1º) El sujeto debe haber creado con su conducta un riesgo jurídico penalmente relevante, es decir, un riesgo que no encuentre cobertura con el ámbito de los riesgos tolerados socialmente; 2º) Dicho riesgo ha de traducirse en el resultado material de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y 3º) la afectación sea de aquellas que la norma pretende evitar (alcance del tipo penal o el fin de protección de la norma).

El primer postulado, destaca que vivimos en una sociedad de riesgos (p. ej. conducir un vehículo, practicar una operación quirúrgica de alto riesgo por un cirujano, etc.), pero es necesario distinguir entre aquellos que socialmente son permitidos y los que no lo son, por sobrepasar la medida de lo soportable. Estos últimos se denominan riesgos jurídicos desaprobados o no permitidos y su creación o incremento es lo relevante a efectos penales. P. Ej.: cuando alguien conduce su vehículo más allá de la velocidad permitida en la ciudad (50 km/h) o maneja en la noche sin las luces delanteras encendidas, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, de igual forma el médico opera a un paciente con instrumentos no esterilizados. La importancia de este postulado es que permite no considerar típicas aquellas acciones que, al contrario de lo anterior, disminuyen el riesgo respecto a los bienes jurídicos (p. ej. A empuja a B al suelo fracturándole el brazo, con el fin que no sea alcanzado por una pedrada que C había tirado a B).

El segundo postulado hace referencia a que el riesgo debe haberse traducido en el resultado, para que éste pueda ser imputado,

86. MARTINEZ ESCAMILLA, La imputación objetiva del resultado. Una primera aproximación. En: Cuadernos de Derecho Judicial, Causalidad e Imputación Objetiva, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994. P. 83 y ss.

debe ser consecuencia del riesgo implícito en la conducta. Por esto se dice que la acción debe tener una posibilidad objetiva de desembocar en resultado.

Esta idea de la «pretensión objetiva» no hace referencia a la intención del sujeto -a si obra con dolo o imprudencia- sino a que su acción refleje una posibilidad de control sobre el curso causal que ella origina, ya que tratándose de una acción humanamente dominable es posible entender la producción del resultado como «dispuesta finalmente»⁸⁷.

Ello no ocurre en el trillado ejemplo de unas pequeñas lesiones en zonas no vitales a una persona, que muere luego como consecuencia de un incendio en el hospital -los denominados cursos causales irregulares-. Es obvio que dicha conducta no puede dar lugar a una muerte o, más técnicamente, no tiene la pretensión objetiva de matar a alguien, de modo que a lo sumo, lo que vendría a consideración sería el delito de lesiones, pero no un homicidio. Distinto es el caso de apuñalar repetidas veces a alguien en zonas vitales, en cuyo caso existe una pretensión objetiva de la acción, que puede conducir a la muerte.

Por último, el alcance del tipo penal o ámbito de protección de la norma establece que sólo aquellos resultados que se hallan dentro de las situaciones que la norma pretende evitar son las que darán lugar a su atribución jurídico-penal. Para entender este último, es necesario reconocer que los efectos causados por un comportamiento son variados, algunos de ellos son inmediatos (p. ej. la muerte causada al peatón) y otros son mediatos (Ej. la madre que al saber la noticia que su hijo ha muerto, le da un ataque nervioso).

De acuerdo al tercer postulado, únicamente serán imputados aquellos resultados que se encuentren enlazados mediante una conexión de inmediatez temporal y que sean de los que la norma infringida pretenden evitar (Ej. las normas de tránsito intentan evitar resultados lesivos derivados del uso de vehículos automotores, pero no aquellos que no tienen nada que ver con ellos, como en el caso de la madre que muere al saber la noticia del fallecimiento de su hijo en un accidente automovilístico).

La antijuridicidad se caracteriza por introducir en el ordenamiento jurídico la dinámica de los conflictos sociales que versan entre la general vigencia de las normas -necesidad social- y una excepcional situación del individuo -libertad individual-

87. ROXIN, Reflexiones, *ibidem*.

estableciendo una variedad de principios que sirven para la construcción de autorizaciones para realizar hechos típicos.

Estos principios ordenadores combinados diferentemente, determinan el contenido de cada una de las causas de justificación⁸⁸.

Ejemplo: La legítima defensa está conformada por dos principios rectores: la prevalencia del Derecho y la autoprotección del bienes jurídicos⁸⁹. El primero permite la realización de un daño mayor a los bienes del agresor antijurídico que aquel que se pretende evitar. Y con el segundo, se establece el carácter eminentemente personal de las excluyentes dejándose fuera la defensa de bienes colectivos o del Estado. Si bien a partir de ambos principios se rompe el marco de la estricta proporcionalidad que informa por ejemplo a otras causas de justificación como el estado de necesidad, no se justifican los casos de absoluta desproporcionalidad entre los bienes en conflicto como acontece cuando el dueño de la finca utiliza un arma de fuego para impedir el robo de unas manzanas. Se trata de las denominadas «restricciones ético-sociales» que buscan impedir un exceso en el uso del presente derecho.

En el ámbito de la culpabilidad es donde ROXIN, realiza un giro copernicano en toda su fundamentación a partir de las teorías de la pena y por ello precisa llamarla: «responsabilidad». Este nuevo concepto, parte de una revisión en primer lugar del concepto tradicional de culpabilidad anclado todavía en consideraciones metafísicas como el libre albedrío -científicamente no comprobado-, para posteriormente determinar el contenido jurídico de modo más preciso posible y que se situó en relación correcta con los fines preventivos del Derecho Penal⁹⁰, dando lugar a una división de su contenido en dos juicios el primero, referente a la posibilidad de dirección del sujeto a la norma y el segundo, referente a si es necesaria la pena desde consideraciones preventivo generales o especiales.

Con ello intenta de alguna manera evitar caer en la trampa de entender la culpabilidad desde una perspectiva absolutamente óptica o preventiva como única respuesta a su esencia.

ROXIN advierte que si bien no es empíricamente contrastable

88. Para ROXIN, la misión de la teoría de la antijuridicidad es elaborar de modo más completo posible el catálogo de las no muy numerosos principios configuradores sociales y poner en claro su relación, Política Criminal y Sistema, P. 83.

89. Política Criminal y Sistema, P.78.

90. ROXIN, ¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal? [cit. Qué queda de la culpabilidad], CPC, N° 30, 1986, P. 684.

que el autor hubiera podido actuar de otro modo en el momento del hecho, la sicología y la psiquiatría desarrollan cada vez más criterios de enjuiciamiento, con lo que las limitaciones de la capacidad de auto conducción pueden ser advertidas y ponderadas en toda su intensidad.

Esa capacidad de «auto-conducción» permite dirigir nuestro comportamiento conforme a la norma. De ahí que la culpabilidad del autor haya que afirmarla, cuando en el hecho, conforme a su constitución espiritual y anímica, estaba en disposición para la llamada de la norma, es decir, cuando le eran accesibles (todavía) posibilidades de decisión para un comportamiento orientado por el mandato normativo, o si esto acontece cuando la posibilidad de dirección síquica dada en la mayoría de situaciones en los adultos sanos estaba presente en el caso concreto⁹¹.

De forma sintética, la determinación de la culpabilidad en un caso concreto radica en comprobar si el autor en una situación dada, era todavía capaz de conducir su comportamiento, y si por su situación disponía síquicamente de «posibilidades de decisión en favor de un comportamiento orientado a la norma». Si se comprueba esa dirigibilidad normativa, tiene capacidad de comportarse conforme a la norma y se vuelve culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de comportamiento que le son en principio síquicamente accesibles⁹².

Pero la afirmación del juicio de culpabilidad no se agota en la simple comprobación de la «abordabilidad normativa», sino que debe realizarse un análisis a partir de una consideración preventiva: si la pena es necesaria o no. Se trata de un esquema dialéctico donde se combina la culpabilidad y los fines de prevención general-especial y, que denomina: «responsabilidad», afirmando que el mejor y más liberal Derecho Penal es aquel en donde ambos -culpabilidad y prevención- se limitan recíprocamente en la fundamentación y medición de la pena⁹³.

En dicho sentido, una pena correspondiente a la culpabilidad no puede verse sin más como una sanción adecuada, sino que la admisibilidad de la pena adecuada a la culpabilidad debe ser limitada, por su parte a través del requisito de necesidad preventiva. Esto lo demuestra el estado de necesidad disculpante donde no es que falte la capacidad para actuar de modo distinto, sino que es la falta de necesidad preventiva lo que lleva al legislador a dejar exentos de pena a quienes se encuentran en dichas situaciones. De igual

91. Política Criminal y estructura, P. 136 y ss.

92. ¿Qué queda de la culpabilidad?, P. 685.

93. *Ibidem*.

forma sucede en el error de prohibición invencible y el exceso en la legítima defensa.

E) El funcionalismo sistémico.

Partiendo de bases diferentes dentro de la misma corriente, en la actualidad es visible una nueva transformación a partir de los trabajos del actual Profesor de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn: Günther JAKOBS quien bajo la influencia filosófica de HEGEL y sociológica de Niklas LUHMANN ha elaborado una original teoría funcional del Derecho Penal⁹⁴.

JAKOBS parte en su formulación con una clara coincidencia con WELZEL en que la misión del Derecho Penal es la de asegurar los valores de acción ético-sociales, pero a partir de aquí «se apartan los caminos»⁹⁵. Los fenómenos relevantes de los que se hace cargo el ordenamiento jurídico no se caracterizan por ser simples cuestiones ontológicas sino son situaciones con significación expresiva, si se quiere comunicativa, en razón de su naturaleza social.

El Derecho Penal debe ser entendido del mismo modo; se inserta en lo social y brinda una prestación a la misma, cual es la reafirmación de la identidad normativa de la sociedad a costa de aquel sujeto que se muestra refractario o cuestionador de ella a través del cometimiento del delito⁹⁶. Es así que resulta imposible desgajar al Derecho Penal de la sociedad, pues constituye su tarjeta de presentación: «imponer la pena máxima por asesinato o por contar chistes sobre el Führer, caracteriza a ambos, a la sociedad y al Derecho penal»⁹⁷.

En consecuencia, la misión de la pena tampoco puede desprenderse de orden social al que sirve, más bien, su imposición busca estabilizar el mismo ante aquellas defraudaciones que ponen en entredicho las expectativas socialmente aceptadas por la mayoría de los ciudadanos (prevención general positiva). De acuerdo con JAKOBS, la infracción de las normas constituye una desautorización de la misma por un sujeto que se muestra refractario ante ella y que la pone en tela de juicio como modelo de orientación.

Es aquí que la pena actúa contrafácticamente, mostrando que el esbozo del mundo realizado por el infractor no es un modelo social determinante a seguir⁹⁸. En otras palabras, frente a un delito

94. Una panorámica crítica de su sistema puede apreciarse en el interesante estudio realizado por los Profesores PEÑARANDA RAMOS, SUAREZ GONZÁLES y CANCIO MELIA, Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs.. Dicho trabajo antecede a una variedad de trabajos realizados por el Profesor Alemán, traducidos al español por los anteriormente citados y que han sido recopilados en la obra: Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1997.

95. Véase el Prólogo de su obra: Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación [cit. Derecho Penal], Madrid, 1997, P. IX.

96. *Ibidem*, P. 13-14.

97. *Ibidem*.

98. Véase, JAKOBS, Tratado de Derecho Penal, Madrid, P. 13.

entendido como una puesta en duda de una norma, se impone una pena como reafirmación de su vigencia⁹⁹.

Si la misión del Derecho Penal es garantizar la vigencia de la norma entendida como una expectativa garantizada, el entendimiento del bien jurídico como objeto de protección según la concepción dominante constituye una tesis ya de por sí insostenible.

En efecto, el Derecho en general no puede proteger a los bienes jurídicos -entendidos en su sentido tradicional- frente a todos los ataques: no cualquier lesión a ellos posee relevancia jurídica, sino aquellas que provienen de otras «personas» y que constituyan el quebrantamiento de un rol social. Ejemplo: disparar dolosamente a una persona provocándole su muerte, desde el plano tradicional constituye una lesión al bien jurídico «vida», sin embargo, desde un plano comunicativo, la acción de «matar», constituye una toma de postura, una expresión de sentido que demuestra una defraudación a la expectativa normativa de no atentarse a la vida y que merece ser neutralizada.

El modelo a reaccionar ante dichas defraudaciones constituye la teoría de la imputación, cuyo concepto fundamental es el de «persona», no entendido como un sistema bio-psíquico productor de meras causaciones, sino como portador de un rol social; en otros términos no constituye la expresión de la subjetividad de su portador sino que es representación de una competencia socialmente comprensible¹⁰⁰.

En términos precisos, la esencia del injusto penal consiste en el quebrantamiento del rol por una persona socialmente «competente», quien tiene libertad para configurar su propia «organización» como el deber de no perturbar o irrogarse el ámbito de organización de otras personas, así como el de mantener su ámbito en una situación inocua para los demás¹⁰¹.

El entendimiento sobre en qué momento ha existido una conducta relevante para el Derecho Penal como defraudación de expectativas, dependerá del contexto social en que nos encontremos para atribuir normativamente el resultado. Pueda ser, que éste sea atribuido a una persona que ha quebrantado su rol de acuerdo a una consideración estandarizada, pero además pueda explicarse como una dejación de los deberes de autoprotección que

99. JAKOBS, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional [cit. Sociedad, norma y persona], P. 18. «...La prestación que realiza el Derecho Penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El derecho penal confirma por tanto, la identidad social».

100. JAKOBS, Sociedad, norma y persona, P. 50-51.

101. "Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado estándar". Véase, JAKOBS, la imputación objetiva en Derecho Penal, Madrid, 1996, P. 100.

correspondan a la víctima en una actuación a riesgo propio o como una situación que incumbe a tercero e inclusive como una desgracia donde no resultan afectadas las expectativas de carácter normativo.

De acuerdo con lo anterior, la acción como la omisión pueden explicarse bajo el denominador común de ser comportamientos individualmente evitables y que resultan imputados conforme a un proceso normativo de atribución¹⁰², que surge ante la infracción de los deberes derivados en virtud de una competencia por organización como de los deberes derivados de una competencia institucional¹⁰³.

La primera hace referencia a los delitos de comisión, y se corresponde con el mantenimiento del ámbito de organización en un Estado que no permita un detrimento de un ámbito ajeno («out put nocivo»), pero también el deber de revocación cuando el peligro ya ha alcanzado el ámbito de la víctima y ha abandonado el del autor. En síntesis la responsabilidad es consecuencia del dominio sobre un determinado ámbito de organización¹⁰⁴.

De forma distinta, existen delitos en los que determinadas personas tienen que responder de la indemnidad de un bien social y en los cuales resulta irrelevante el hacer o el no hacer. En estos casos estamos en presencia de «garantes institucionales», cuya responsabilidad deviene por infracción de una responsabilidad especial como es el caso de los funcionarios públicos¹⁰⁵.

En la teoría del tipo, particularmente en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento, JAKOBS realiza los valiosos aportes que merece la pena detallar.

Partiendo del principio general que «no todo no resulta ser competencia de todos», establece como finalidad primordial de la teoría la de aportar el material con cuya ayuda puede interpretarse el suceso puesto en marcha por una persona como un acontecer socialmente relevante o irrelevante. Sin este material lo sucedido no es más que conglomerado naturalista que no merece ser analizado¹⁰⁶.

Partiendo de ello, el sistema de imputación penal debe

102. "Puesto que tanto en el delito comisivo como en el omisivo el fundamento de la responsabilidad se encuentra en la lesión de las reglas del status general y puesto que ese status viene determinado por el derecho a configurar libremente su organización dentro del riesgo permitido y el deber de evitar riesgos que superen ese nivel, se puede efectuar la siguiente formulación: todo titular de un círculo de organización es garante de la evitación de un out-put que exceda del riesgo permitido, sólo que, por tratarse de un deber que incumbe a cualquiera, no constituye ello ninguna especialidad y, por cierto, ni en el delito de comisión activa, ni en el de omisión. O por expresarlo con un ejemplo: cualquier persona es garante de que el automóvil que conduzca no choque contra un peatón y a ese respecto la omisión de acelerar o la acción de frenar son sólo las formas externas en las que se cumple el mismo deber de mantenimiento inocuo el output del propio círculo de organización". Véase: JAKOBS, La competencia por organización en el delito omisivo, en Estudios, P. 350.

103. Categorías que corresponden a las señaladas anteriormente por ROXIN de «delitos de dominio» y «delitos de infracción del deber» y que son retomadas por JAKOBS en su Derecho Penal, P. 730 y ss.

104. JAKOBS, DP, cit., P. 791.

105. Ibidem.

106. JAKOBS, Imputación Objetiva, P. 99-100.

tomar en cuenta cuatro principios: 1º) El principio de riesgo permitido, 2º) El principio de confianza, 3º) La prohibición del regreso, y 4º) La competencia de la víctima. De acuerdo con ellos, no forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar todo riesgo de lesión de otro, por tanto no cualquier puesta en peligro resulta prohibida: tampoco cuenta dentro de dicho rol controlar de manera permanente a los demás, pues no sería posible la división del trabajo.

Por otra parte, los comportamientos «estereotipados» (standarizados o regularmente aceptados) que resultan inocuos o inofensivos no constituyen una complicidad o participación en un delito. En último lugar, puede que la configuración del contacto social competa no sólo al autor sino también a la víctima, y puede resultar que únicamente competa a ella: «Quien por sí mismo se zambulle en el agua o salta a un lugar donde hay que contar con la presencia de agua, no puede imputar a los demás el haberse mojado»¹⁰⁷.

107. *Ibidem*.

V. BIBLIOGRAFÍA.

BACIGALUPO ZAPATER, Principios de Derecho penal. Parte general, 2ª edición, Madrid 1990.

BACIGALUPO ZAPATER, Delito y punibilidad, Madrid, 1983.

BARATTA, Principios de Derecho Penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal), Revista Doctrina Penal, 1987.

BELING, Die Lehre Von Verbrechen, Tübinguen, 1906.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE-ARROYO
ZAPATERO-GARCIA RIVAS-FERRE OLIVE-SERRANO
PIEDCASAS, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 2 ed., Barcelona, 1999.

BINDER, La aplicación de la dogmática penal en el trabajo cotidiano de los defensores, Revista de Ciencias Jurídicas, San Salvador, 1991.

BUSTOS RAMIREZ-HORMAZABAL MALAREE,
Lecciones de Derecho Penal, I y II, Madrid, 1997-1999.

CEREZO MIR, El finalismo hoy, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XLVI, Fascículo I, Madrid.

CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal español, 6º edición, Madrid, 2001..

CEREZO MIR, Problemas fundamentales del Derecho Penal, 2º Edición, Buenos Aires, 2000.

CUERDA RIEZU, El legislador y el Derecho Penal, Madrid, 1991.

FIANDACA/MUSCO, Diritto Penale, Parte Generale, Roma, 2001.

FERRAJOLI, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, 1995.

FERRAJOLI, El Derecho Penal mínimo, Poder y Control Año 0, Barcelona, 1986.

FEUERBACH, Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania [Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts], Versión castellana, Buenos Aires, 1996.

GIMBERNAT ORDEIG, Autor y cómplice en Derecho

Penal, Madrid, 1996.

GIMBERNAT ORDEIG, Estudios de Derecho penal, 3° edición., Madrid 1990.

HASSEMER, Fundamentos de Derecho Penal, Barcelona, 1984.

HASSEMER, Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Madrid, 1990.

JAKOBS, Derecho Penal. Parte General, Madrid, 1995.

JAKOBS, Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional, Madrid, 1996.

JAKOBS, Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1997.

JAKOBS, La imputación objetiva en el Derecho Penal, Madrid, 1996.

JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, Barcelona, 1981.

KAUFMANN, La teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna, Buenos Aires, 1977.

KAUFMANN, Sobre el estado actual de la doctrina del injusto personal, Nuevo Pensamiento Penal, Buenos Aires, 1976.

KIRSCHMANN, La jurisprudencia no es ciencia, 3ª Edición, Madrid, 1983.

LISZT, Tratado de Derecho Penal, Madrid, 1927.

LISZT, La idea del fin en el Derecho Penal, Granada, 2001.

LUZÓN CUESTAS, Compendio de Derecho Penal, Madrid, 1996.

MARTINEZ ESCAMILLA, La imputación objetiva del resultado: una primera aproximación, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1994.

MAURACH/ZIPF, Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, 1994.

MEZGER, Tratado de Derecho Penal, Madrid, 1935.

MEZGER, Modernas orientaciones de la dogmática

penal, Valencia, 2000.

MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 5ª edición, Barcelona, 1998.

MIR PUIG, Introducción a las bases del Derecho penal, Barcelona 1976.

MORILLAS CUEVA, Curso de Derecho Penal español, Madrid, 2000.

MUÑOZ CONDE, Introducción al Derecho Penal, Barcelona 1976.

MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE-GARCIA ARAN, Derecho Penal. Parte General, Valencia, 2001.

PEÑARANDA RAMOS-SUAREZ GONZÁLEZ-CANCIO MELIÁ, Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs, en JAKOBS, Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1997.

ROCCO, El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal, Bogotá, 2000.

ROXIN, Derecho Penal. Parte General, Madrid, 1997.

ROXIN, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Barcelona 1975.

ROXIN, Problemas básicos de Derecho Penal, Madrid 1976.

ROXIN, Política criminal y estructura del delito, Barcelona, 1992.

ROXIN, Culpabilidad y prevención, Madrid, 1981.

ROXIN, ¿Qué queda de la culpabilidad en el Derecho Penal?, Cuadernos de Política Criminal, Nº 30, Madrid, 1986.

SANCINETTI, Teoría del Delito y disvalor de acción, Buenos Aires, 1991.

SERRANO-PIEDecasas, Conocimiento científico y fundamentos de derecho penal, Lima 1999..

SCHÜNEMANN, El sistema moderno del Derecho Penal, trad. Silva Sánchez. Madrid, 1991.

SORIANO, La jurisprudencia no es ciencia, Actualidad: Revista Jurídica, UTE, Año 1, San Salvador, 1996.

STRATENWERTH, Acción y resultado en el Derecho

Penal, Buenos Aires, 1991.

VILLAVICENZIO, El Derecho Penal de los Derechos Humanos, Actualidad: Revista Jurídica, UTE, San Salvador, 1997.

VELASQUEZ VELASQUEZ, Derecho Penal. Parte general, 3ª edición., Bogotá, 1997.

WELZEL, El nuevo sistema del Derecho penal, Barcelona, 1964.

WELZEL, El nuevo sistema de Derecho Penal, Montevideo, 2000.

WELZEL, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, Bonn, 1935.

WELZEL, Derecho Penal y Filosofía, Montevideo, 2002.

ZIELINSKI, Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito, Buenos Aires, 1990.

ZUGALDÌA, Fundamentos de Derecho Penal, 2º Edición, Valencia, 1994.

