



# TEMAS FUNDAMENTALES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

MARTÍN ALEXANDER MARTÍNEZ OSORIO



Comisión Coordinadora del Sector de Justicia



# TEMAS FUNDAMENTALES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

MARTÍN ALEXANDER MARTÍNEZ OSORIO





## COMISIÓN COORDINADORA DEL SECTOR DE JUSTICIA

Dr. José Salomón Padilla

Presidente de la Corte Suprema de Justicia



General de División David Munguía Payés

Ministro de Justicia y Seguridad Pública



Lic. Luis Antonio Martínez González

Fiscal General de la República



Lic. Sonia Elizabeth Cortez de Madriz

Procuradora General de la República



Lic. Tito Edmundo Zelada Mejía

Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura



Lic. David Gonzalo Cabezas Flores

Director General

Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia



345.04

M385t Martínez Osorio, Martín Alexander

sv Temas fundamentales de la niñez y adolescencia en la justicia penal juvenil / Martín Alexander Martínez Osorio. -- 1ª ed. -- San Salvador, El Salv. : Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2013.

140 p. ; 22 cm.

ISBN 978-99961-902-1-6

1. Niños -Aspectos sociales-Derecho. 2. Derecho penal. I. Título.

@Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador

Todos los derechos reservados

Elaboración y coordinación de proyecto  
Licda. Bessy Jeannette Aguirre de Flores  
Consejo Nacional de la Judicatura

Autores

Lic. Martín Alexander Martínez Osorio  
Consultor salvadoreño

Diseño y diagramación  
Raquel Díaz

Impresión

Talleres Gráficos UCA  
1ª. Edición 2013

Los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de su autor.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Final Calle Los Abetos No. 8, Colonia San Francisco, San Salvador, El Salvador  
Tels. (503) 2250-0538, 2523-3000  
[www.cnj.gob.sv](http://www.cnj.gob.sv)

UNIDAD TÉCNICA EJECUTIVA DEL SECTOR DE JUSTICIA

7ª C.P. # 5143, Col. Escalón.  
Tels. (503) 2263-2144, fax. 2263-2275  
[www.ute.gob.sv](http://www.ute.gob.sv)

Esta obra fue elaborada para el Consejo Nacional de la Judicatura gracias a la cooperación de INTERVIDA y su publicación fue posible con el apoyo técnico y financiero de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), en coordinación con la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, UTE.

# Contenido

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	7
---------------------------	---

<b>TEMA 1: IMPLICACIONES PRÁCTICAS DE LAS REFORMAS EN MATERIA DE INTERNAMIENTO EN LA LEY PENAL JUVENIL RELACIONADAS CON LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA MEDIDA</b> .....	9
--	---

## **PARTE PRIMERA: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE RIGEN LA APLICACIÓN DE LAS SANCIONES PENALES EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL**

1. La Constitución y el Derecho Internacional de los derechos humanos como el marco interpretativo fundamental en el ámbito de la justicia penal juvenil .....	9
2. Principios generales de naturaleza sustantiva que rigen la aplicación de la ley Penal Juvenil: el programa penal de la Constitución .....	22
3. Principios especiales de naturaleza sustantiva que rigen la aplicación de la ley Penal Juvenil.....	33

## **PARTE SEGUNDA: LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN ADECUADA DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS A LA LEY PENAL JUVENIL**

1. Comentario a la reforma efectuada al artículo 15 de la ley Penal Juvenil.....	40
2. Comentario a la reforma efectuada al artículo 17 de la ley Penal Juvenil.....	41
3. Comentario a la reforma efectuada al artículo 18 de la ley Penal Juvenil.....	45
4. Conclusiones .....	46

<b>TEMA 2: LA RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DE LA UTILIZACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL ÁMBITO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA ¿APLICACIÓN DE LAS REGLAS GENERALES DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL?</b> .....	47
---	----

1. Planteamiento .....	47
2. El crimen organizado y su respuesta penal .....	48
3. Las reglas generales de la autoría y la participación criminal .....	54
4. La tesis de los aparatos organizados de poder como una forma de imputación aplicable a la criminalidad organizada .....	65
5. Conclusiones: el encuadramiento jurídico-legal de la conducta del niño o adolescente que realiza el delito y del adulto que lo utiliza .....	68

<b>TEMA 3: LAS RELACIONES SEXUALES CONSENTIDAS ENTRE JÓVENES: ¿PUEDEN CONSTITUIR UNA VIOLACIÓN O AGRESIÓN SEXUAL? UNA REFLEXIÓN ACERCA DE UNA NECESARIA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL .....</b>	<b>74</b>
1. La protección penal en materia de delitos sexuales y el panorama legislativo reciente .....	74
2. El bien jurídico penal protegido en los delitos sexuales. Especial consideración a la indemnidad sexual de los menores de edad .....	85
3. La violación y la agresión sexual en menores de edad. Algunas cuestiones problemáticas .....	90
4. Las relaciones sexuales entre jóvenes. Posibles soluciones interpretativas .....	95
5. A manera de conclusión: la necesidad de una previsión legislativa expresa de un tipo penal de <i>abuso</i> sexual de jóvenes .....	100
Bibliografía general .....	102
Abreviaturas .....	108
Anexo Jurisprudencial .....	110



## PRESENTACIÓN

El Consejo Nacional de la Judicatura, con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal a partir del 1° de enero del 2011, planificó una serie de acciones estratégicas para atender las necesidades de capacitación de los profesionales que intervienen en la dinámica de la justicia penal juvenil, frente a: la aplicación de la normativa procesal penal y el cumplimiento de las exigencias en ella reguladas. Entre tales acciones estratégicas se encuentra la producción de bibliografía que contenga el análisis de temas coyunturales y de gran transcendencia en la realidad jurídica nacional, para ser difundidos entre los destinatarios del servicio de capacitación, especialmente los operadores del sistema de justicia penal juvenil.

La presente obra contiene una serie de artículos que se circunscriben a una variedad de problemas aplicativos de Derecho Penal, que se suscitan tanto en la jurisdicción penal ordinaria, pero con particular insistencia en la jurisdicción penal juvenil. En particular, se refiere al entendimiento constitucional de algunas de las reformas legislativas efectuadas a la Ley Penal Juvenil; como también, a la calificación jurídica que merece quien reclute niños, niñas y jóvenes para formar parte de organizaciones criminales o de quienes los utilice para la realización de delitos. Por último, pero no por ello menos importante para la praxis tribunalicia, la cuestión relativa a la criminalización de las relaciones sexuales consentidas por jóvenes, el cual ha constituido un entuerto de difícil solución para muchos magistrados y jueces salvadoreños.

La mayor parte del contenido de esta obra fue enriquecido con los valiosos aportes de un número significativo de funcionarios judiciales y operadores del sistema de administración de justicia y del universo beneficiarios de la capacitación que ofrece el Consejo, mediante su Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, quienes participaron activamente en los cursos que dentro del área de Justicia Penal Juvenil se impartieron durante el año 2011, y han enriquecido las propuestas que ahora se presentan en forma de una publicación escrita. Se reconoce, entonces, la paternidad colectiva de lo escrito, sin desmerecer la entera responsabilidad de las tomas de posición enteramente personales de su autor.

El Consejo Nacional de la Judicatura y su Escuela de Capacitación Judicial agradecen la publicación de esta obra -en coordinación con la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia (UTE)- a la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo AECID y el significativo apoyo brindado por INTERVIDA, para la producción de esta herramienta bibliográfica de suma valía para la comunidad jurídica y la sociedad en general, que se convierte en insumo de discusión académica, en procura que cada día vuelva más racional y técnica la aplicación del Derecho Penal por nuestra judicatura.

**Consejo Nacional de la Judicatura**





## TEMA 1

### IMPLICACIONES PRÁCTICAS DE LAS REFORMAS EN MATERIA DE INTERNAMIENTO EN LA LEY PENAL JUVENIL RELACIONADAS CON LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA MEDIDA.

#### PARTE PRIMERA

#### PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE RIGEN LA APLICACIÓN DE LAS SANCIONES PENALES EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

##### 1. LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO EL MARCO INTERPRETATIVO FUNDAMENTAL EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

La Constitución se configura en la actualidad como el orden jurídico fundamental de cualquier sociedad moderna, y en virtud de ello, posee una fuerza normativa que disciplina en términos generales la estructura del Estado y de todo sistema jurídico<sup>1</sup>. Por ello, es que se habla de las normas constitucionales como normas de mayor rango o jerarquía dentro de un sistema jurídico, pues a ella deben subordinarse todas las demás fuentes de producción normativa –leyes, reglamentos, decretos ejecutivos, etc.–.

Para algunos autores, tal subordinación se efectúa por partida doble en los planos formal y material. En relación a la primera –es decir, a la formal– se señala que las producciones normativas de inferior rango a la Constitución deben ser creadas por los órganos y los procedimientos que la propia carta magna establece. Y en cuanto a la subordinación material, se explica bajo la premisa que ningún producto normativo puede contradecir el contenido de la Constitución<sup>2</sup>.

En ello, ha sido enfática nuestra Sala de lo Constitucional, cuando señaló en la sentencia dictada el 14 de febrero de 1997: “[l]a Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar

1 GARCÍA DE ENTERRÍA. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Edit. Civitas, Madrid, 2001, págs. 50 y ss.

2 Como señala LÓPEZ GUERRA: “...los preceptos constitucionales no sólo no pueden ser alterados, sino tampoco contradichos, o ignorados, por la acción u omisión de los poderes públicos. La Constitución tiene un valor de Derecho más fuerte, en el sentido de que esos poderes no podrán válidamente contravenir sus disposiciones. Si así lo hicieran, su actuación sería inconstitucional, y susceptible de la correspondiente sanción, que puede llegar a la declaración de nulidad”. Al respecto, LÓPEZ GUERRA Y OTROS. Derecho Constitucional, Vol. I, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, Pág. 28.



todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico<sup>3</sup>.

Las consecuencias de esa subordinación formal y material de las disciplinas jurídicas infra-constitucionales genera dos interesantes fenómenos: el primero se relaciona con la característica de *rigidez* que ostentan las disposiciones constitucionales. Esto es, que ellas –por su origen y función– no pueden ser modificadas por las vías ordinarias de creación jurídica. Se requiere entonces de un procedimiento específico para su alteración (art. 248 Cn.)<sup>4</sup>.

Y la segunda, de especial interés para los aplicadores del Derecho, que las disposiciones que componen el estatuto fundamental no pueden ser contradichas por ninguna norma que se encuentre por debajo de la Constitución, ni por ninguna actuación de los poderes públicos. En otras palabras, la característica de la supremacía constitucional exige el sometimiento, tanto a los poderes públicos como a los particulares a las reglas objetivas del Derecho.

Esto último, se logra mediante diversos mecanismos de control constitucional, y dentro de los cuales nos interesa estudiar aquellos que tienen particular relevancia en el análisis de las normas penales generales y especiales, como acontece con la Ley Penal Juvenil.

Es conocido de sobra que en nuestro país contamos con tipos de mecanismos regulares de defensa de la Constitución. Se habla entonces de un control concentrado, el cual ejerce la Sala de lo Constitucional (art. 183 Cn.); y de un control difuso, que corresponde a cada uno de los jueces integrantes del Órgano Judicial (art. 185 Cn.), y que se desarrolla conforme a la inaplicabilidad.

En la actualidad, y mediante la reforma legal efectuada al art. 77 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, se ha intentado armonizar ambos tipos de controles, lo que no debe ser entendido como una *revisión* de las decisiones judiciales de inaplicación, sino como un mecanismo legal de complementación entre ambos<sup>5</sup>.

En este sentido, una ya abundante jurisprudencia constitucional ha establecido que: (a) el procedimiento ulterior de análisis que efectúa dicha Sala no es un recurso, ni tampoco un proceso de revisión de la decisión judicial, en otras palabras, no debe

3 Sentencia de Inc. dictada el 14/II/1997, ref. 15/96.

4 De acuerdo a BALAGUER CALLEJÓN Y OTROS, la rigidez constitucional supone que la Constitución establece sus propios procedimientos de reforma, diferenciándose así de las fuentes legales e impidiendo que la modificación de sus preceptos pueda ser llevada a cabo por el legislador. Al respecto, véase su: *Derecho Constitucional*, Vol. I, Edit. Tecnos, Madrid, 2004, Pág. 120.

5 Tal tesis se sostuvo desde el primer procedimiento de inaplicabilidad resuelto, mediante la Sentencia de Inc. dictada el 5/XII/2006 –ref. 19-2006–. Y de forma subsecuente en las decisiones de inconstitucionalidad emitidas el 5/XII/2006 –ref. 21-2006– y el 5/III/2007 –ref. 23-2006–.



ser entendido como una instancia; (b) no se relaciona tampoco con el caso concreto, el cual es independiente de la posterior sustanciación que del expediente haga la Sala de lo Constitucional. Por ende, no se relaciona en modo alguno con algún recurso como la apelación o casación; (c) la decisión que vaya a dictar la Sala de lo Constitucional se efectúa con total independencia de las particularidades o casuística que el inaplicador haya observado; (d) se ha sostenido que el requerimiento judicial, ordenado en dicho artículo hacia el máximo órgano de justicia constitucional salvadoreño, únicamente representa un cauce de conexión entre el control difuso y concentrado en relación al control constitucional de las leyes<sup>6</sup>.

La importancia crucial que tienen ambos mecanismos de defensa de la Constitución radica en que se constituyen herramientas de defensa para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los habitantes de la nación, independientemente de su sexo, credo, edad, raza o religión entre otras distinciones –y esto acontece también en controles más concretos como el amparo o el hábeas corpus–. En otras palabras, el marco de protección de los derechos fundamentales de todos los habitantes de la república radica siempre en el ámbito de la Constitución y en los mecanismos que ella disciplina para la conservación y defensa de los mismos.

Sin embargo, conviene dejar en claro que la Constitución ya no es el último valladar de protección. La incesante evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) plantea un nuevo escenario que trasciende el ámbito de la justicia local a uno de carácter regional, y aún universal. Y más aún, la incidencia del DIDH, en lo que se relaciona a sus diversos cuerpos normativos e instituciones, permea y proyecta sus efectos no únicamente en lo relativo a las disposiciones secundarias, sino también en relación a la Constitución, sus contenidos y su interpretación<sup>7</sup>.

Así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la opinión consultiva número 2 cuando señaló:

---

6 De forma continua hasta el presente, tales consideraciones se mantienen, al efecto véase la Sentencia de Inc. de 12/IV/2007 –ref. 28-2006 acumulado–.

7 Así señala SAGÜES: “...el instrumento internacional posee un status jurídico privilegiado: está por sobre cualquier regla del derecho interno, incluso por encima de la propia constitución local. Dicho de otro modo, debe regir a pesar de que se oponga a algún precepto de la constitución. Indirectamente, ello significa que el tratado sobre derechos humanos puede reformar a la constitución”. Al respecto véase su trabajo: Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos al Derecho interno, en: A.A.V.V., Presente y Futuro de los Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998, Págs. 300 y 301. En similar sentido PASTOR, “...estos instrumentos no forman parte de la Constitución pero, a diferencia de los demás tratados suscritos por la Nación, no sólo están por encima de las leyes, sino que tienen la misma jerarquía que las reglas constitucionales en cuanto a su valor normativo. Esto significa que gozan de supremacía sobre las demás normas y que dicha supremacía debe ser vigilada y asegurada por todos los jueces”.



“La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.

Conviene, entonces, fijar el enfoque en esa interrelación que existe entre la Constitución y el DIDH, en dos facetas: (a) la recepción que los jueces locales deben efectuar del DIDH en sus decisiones<sup>8</sup>; y (b) la recepción que el máximo tribunal constitucional deba efectuar del mismo.

### **1.1. La vinculación de los jueces nacionales a la normativa internacional de los derechos humanos, particularmente en lo relativo a la Convención Americana de Derechos Humanos: el juicio de convencionalidad.**

En relación a lo primero, y con un especial énfasis en la aplicación de la CADH por los jueces salvadoreños, conviene tener en cuenta lo expuesto por la CIDH en su sentencia dictada el 26 de septiembre de 2006 –caso *Almonacid Arellano y otros Vrs. Gobierno de Chile*– en lo siguiente:

“...la Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no

---

8 En tal sentido, señala PASTOR, “...estos instrumentos no forman parte de la Constitución, pero, a diferencia de los demás tratados suscritos por la Nación, no sólo están por encima de las leyes, sino que tienen la misma jerarquía que las reglas constitucionales en cuanto a su valor normativo. Esto significa que gozan de supremacía sobre las demás normas y que dicha supremacía debe ser vigilada y asegurada por todos los jueces”. Al respecto, véase su artículo: el llamado impacto de los tratados de derechos humanos en el derecho interno, con especial referencia al derecho procesal penal. En: *Derechos fundamentales o persecución penal sin límites*, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2004. Pág. 91 y ss.



solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

En la referida decisión, también se sostuvo en el considerando número 125 que:

“...esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que, según el derecho internacional, las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”.

Tal doctrina jurisprudencial fue repetida en las sentencias dictadas el 29 de noviembre de 2006 –caso *La Cantuta vrs. Perú*– y 20 de noviembre de 2006 –*Boyce y otros vrs. Barbados*–. Sin embargo, la CIDH fue más allá en la decisión pronunciada el 24 de noviembre del mismo año –caso *Trabajadores cesados del Congreso vrs. Perú*–.

En esta última sentencia se hizo la siguiente consideración:

“...Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del poder judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de **convencionalidad ex officio**, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones”<sup>9</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, se advierte una obligación impuesta a la judicatura interna –derivada de la incorporación de la CADH al Derecho nacional– de efectuar una confrontación inter-normativa entre las normas aplicables al caso y las que se regulan en el referido instrumento internacional, a fin de establecer la no contradicción de aquéllas con éstas. Y es lo que se denomina el *juicio de convencionalidad*.

¿En qué consiste ese juicio o control de convencionalidad? Sencillamente en una operación de contraste o revisión que deriva de la obligada sumisión que las normas nacionales deben tener en relación a la CADH<sup>10</sup>. Y el mismo debe ser

9 Conviene señalar que tal doctrina jurisprudencial fue nuevamente expuesta en la decisión del 9 de mayo de 2008 –caso *Fernán Ramírez Vrs. Guatemala*–.

10 Como bien apunta el profesor SAGÜES, el juez debe aplicar en el análisis de convencionalidad las cláusulas que componen el Pacto de San José, más las exégesis que de ellas ha hecho la



practicado, tanto por los jueces del Órgano Judicial como de los integrantes de la Sala de lo Constitucional. Ello es lo que se trasluce claramente en la sentencia relativa en la referida sentencia del 24 de noviembre de de 2006, en el sentido que el juez habilitado, para ejercer el control de constitucionalidad, se encuentra facultado para desarrollar el control de convencionalidad<sup>11</sup>.

En otras palabras, los jueces nacionales –sea de la instancia o materia que fueren– están obligados a ejercer un doble control que trasciende la aplicación de las disposiciones legales ordinarias al caso<sup>12</sup>.

Y más aún, tanto del referido fallo como de otro dictado en el proceso ante la referida instancia regional –caso *Almonacid Arellano*– se estableció que el control de convencionalidad puede practicarse a pedido de alguna de las partes procesales; pero nada impide que pueda ser realizado de manera oficiosa por el juez, llegando a afirmarse que existe un *deber* de practicar tal revisión, cuyo resultado puede dar lugar a la inaplicación de la norma contraria a la CADH.

Los elementos que el juez debe tomar para realizar el referido juicio de convencionalidad son las normas jurídicas internas –Constitución, ley, decreto ejecutivo, reglamento, ordenanza, resolución, etc.– como material normativo controlado. Mientras que el material controlante lo constituyen no solamente las normas del Pacto de San José, sino también la interpretación dada a esas reglas por la CIDH, sin distinguirse entre sentencias u opiniones consultivas.

No obstante lo anterior, el marco controlante puede extenderse más allá del referido instrumento internacional, como acontece en determinadas materias con regulaciones internacionales sumamente precisas. Para el caso, la Convención de los Derechos del Niño (CDN) en su relación con el art. 19 de la CADH. Y esto es lo que se deduce de la sentencia dictada el 19 de diciembre de 1999 –caso *Villagrán Morales y otros vrs. Guatemala*– en su considerando 192:

“...la interpretación de un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste, sino también el sistema dentro del cual se inscriben. Así, la interpretación en el ámbito de los instrumentos internacionales de derechos humanos debe ser evolutiva en la medida que tales

---

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, véase su trabajo. “*El control de convencionalidad, en particular sobre las Constituciones nacionales*”, Proyecto de modernización del órgano judicial, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador, 2010, Pág. 3.

11 *Ibidem*.

12 En relación a los problemas de compatibilización entre los órganos de justicia supra-nacional y los tribunales nacionales, véase el importante trabajo de SAGÜES, *La interpretación de los Derechos Humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*, Proyecto de modernización del Órgano Judicial, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador, 2010, Págs. 6 y ss.





formulaciones normativas son “instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañarla evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. (...) Desde esta óptica, la Convención Americana como la Convención de los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños, que debe servir (...) para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”.

En pocas palabras, la Corte Interamericana de Derechos Humanos efectuó un procedimiento hetero-integrador, tomando como referente un instrumento internacional especializado que comparte el mismo sustrato ideológico con el pacto de San José, en aras de obtener una interpretación evolutiva y más protectora de los derechos fundamentales. Cuestión que, a mi modo de ver, también podría efectuar el juez de la jurisdicción local.

En cuanto al resultado de ese juicio de convencionalidad, puede ser que la norma local pueda ser interpretada conforme a la CADH, o sea declarada inconvencional por no admitir una interpretación conforme, lo cual resulta ser una suerte de inaplicabilidad con efectos limitados al caso concreto. Ello es lo que se advierte en el referido considerando 78 de la sentencia dictada el 20 de noviembre de 2007 –caso *Boyce y otros vrs. Barbados*–.

## 1.2. El derecho internacional de los derechos humanos y la Constitución salvadoreña. Su recepción en la jurisprudencia constitucional

Siendo evidente, entonces, la influencia del DIDH en los jueces locales, incluso en relación a quienes cuentan con una competencia constitucional. Conviene establecer si estas normas internacionales tienen algún tipo de relación con las disposiciones contempladas en la carta magna, sea ella de superioridad, subordinación o de complementariedad.

En la jurisprudencia constitucional salvadoreña se han desarrollado al menos dos posturas: (a) la de total irrelevancia de la normativa internacional sobre derechos humanos como parámetro de control en los diversos procesos constitucionales –en específico en el proceso de inconstitucionalidad– llegando a tener una modesta función ilustrativa, y (b) la de su incorporación paulatina mediante una interpretación sumamente progresista de los artículos 83 y 144 de la Constitución<sup>13</sup>.

---

13 URQUILLA BONILLA, considera que al menos en la jurisprudencia constitucional salvadoreña han existido cinco etapas con relación a la recepción en la materia relativa a los derechos humanos. Al respecto, véase su artículo: *El Derecho Internacional y el Derecho Interno en el Ámbito de los Derechos Humanos*. En: A.A.V.V., I Certamen Literario sobre Derecho Constitucional, Penal y Social, Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, San Salvador, 2006, Págs. 47 y 48.



La primera postura se aprecia nítidamente en la ya comentada sentencia de inconstitucionalidad del 14 de abril de 1997 -Inc. 15/96-. En la misma se sostuvo que la violación a cualquier norma del DIDH no puede ser invocada en una pretensión de inconstitucionalidad, pues tales pretensiones únicamente pueden tener como fundamento alguna disposición de la Constitución. No obstante lo anterior, se reconoció a los tratados internacionales, en materia de Derechos Humanos, una modesta función de clarificación o ilustración respecto del contenido o alcance de un derecho fundamental, pero sin poder convertirse en un parámetro de análisis constitucional.

La tesis fue reiterada en la inconstitucionalidad dictada el 26/09/2000 - ref. 24/97- adicionando el argumento relativo a que el conflicto inter-normativo entre la norma secundaria y un tratado internacional de la materia no es *per se* inconstitucional. Se trata, sencillamente, de un embrollo que corresponde resolverlo al aplicador del derecho conforme a la estipulación contemplada en el art. 144 Cn., pues el tribunal constitucional no puede considerarse un “guardián de la coherencia interna del sistema de fuentes del derecho y en un defensor del derecho objetivo”.

Como lo advertí con anterioridad, tal postura jurisprudencial se mostró insatisfactoria en orden a obligar al legislador a que aceptara en sus productos normativos las directrices internacionales. Y esto debería considerarse grave cuando las normas nacionales se encontraran en su diseño y contenido por debajo de ese estándar internacional, que en muchos casos se encuentra sumamente desarrollado como es el caso de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal o en lo relativo al cumplimiento de las penas privativas de libertad<sup>14</sup>.

Sin embargo, conviene celebrar la modificación de tal postura en la ya citada sentencia de la Ley Antimaras, dictada el 14 de febrero de 2003 -Inc. 52-3003-. En ella se afirmó: que el artículo 144, párrafo segundo, implica un mandato dirigido al legislador que le inhibe emitir normativa contraria al sentido, criterio y principios contenidos en la normativa internacional que desarrolle derechos fundamentales; incurriendo en caso contrario en inconstitucionalidad, por no respetar el criterio de ordenación de fuentes prescrito en el referido artículo<sup>15</sup>.

En tal sentido, el pronunciamiento es claro en afirmar que:

“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 la persona. Por tanto, si los tratados sobre derechos humanos implican la

14 MARTÍNEZ OSORIO, *Principios para la formulación de una política criminal de acuerdo a la jurisprudencia constitucional: el programa penal de la Constitución*, en: A.A.V.V., XXV Aniversario de la Constitución de El Salvador, Tomo II, San Salvador, 2008.

15 Sentencia de Inc. de 1º/IV/2003, ref. 52-2003.



interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelvan nugatoria la efectividad de las primeras. Con ello se contribuye a la reevaluación de la amplia interacción entre el DIDH y el derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados a la dignidad humana. En definitiva, la identidad común entre el DIDH y el Derecho Constitucional es el trazo que más distingue al primero, en relación con el resto de la normativa internacional”.

Por ende, la inobservancia de una disposición contenida en un convenio internacional relativo al DIDH puede considerarse también como una abierta contradicción a la Constitución, pues el sustrato valorativo de los primeros es idéntico al de la segunda, compartiendo ambos tipos de instrumentos normativos una naturaleza coincidente en relación al resguardo de la dignidad humana y otros derechos fundamentales conexos<sup>16</sup>.

Recientemente, la Sala de lo Constitucional ensanchó tal dimensión de conocimiento en los procesos de inconstitucionalidad a otro tipo de instrumentos internacionales, como son las declaraciones de Derechos humanos. En particular, en relación a la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre<sup>17</sup>.

---

16 Así se señala expresamente que: “se tiene que las normas constitucionales relacionadas con derechos fundamentales guardan una relación de coordinación con el DIDH, en la medida en que ambas se concentran y reparten sus ámbitos de aplicación, conforme a una finalidad común: fortalecer y fomentar el humanismo personalista”. En sentido doctrinario, MELÉNDEZ señala: “[e]n los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se incorporan los valores inherentes a la persona humana”. De ahí que, por ejemplo, los tratados en la referida materia tienen características propias que los distinguen de los tratados tradicionales celebrados entre los Estados, ya sean bilaterales o multilaterales. “...mientras que en éstos los Estados Partes persiguen ventajas y beneficios recíprocos, en aquéllos persiguen la protección internacionales de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Al respecto, véase su obra: *Instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la administración de justicia*, Konrad Adenuader, México, 2006, Pág. 17.

17 MELÉNDEZ nos recuerda que los tratados internacionales son instrumentos de acatamiento obligatorio por los Estados, y si bien no han seguido el mismo proceso de formación de las leyes internas para entrar en vigencia, forman parte del ordenamiento jurídico de los países una vez que han sido firmados, ratificados, y por lo tanto, puestos en vigor por los Estados conforme a su derecho interno. En cambio, las declaraciones y resoluciones internacionales, por su naturaleza y por su procedimiento de adopción, no constituyen instrumentos jurídicamente vinculantes para los Estados; pero son, por lo general, política y moralmente obligatorias para los Estados miembros de las organizaciones internacionales. Sin embargo, en materia de derechos humanos, dichos instrumentos deben ser interpretados y aplicados en consonancia con los instrumentos convencionales de carácter general y particular, e incluso con normas del derecho interno. De tal manera, los instrumentos declarativos y resolutivos sobre derechos humanos sí producen efectos vinculantes para los Estados, ya que éstos están jurídicamente obligados a cumplir de buena fe los compromisos adquiridos en el seno de las organizaciones internacionales. *Ibidem*. Pág. 25.



Así, se sostuvo en el auto de admisión pronunciado el 28/II/2007 –Inc. 15-2007– que en materia de derechos humanos el Estado se encuentra obligado a su salvaguarda, no solamente de aquellos establecidos en los convenios de la materia, sino también los que se encuentran en declaraciones que el mismo suscribe. Por ende, al tener el Estado capacidad jurídica para adquirir obligaciones de carácter internacional, también las adquiere aún y cuando no sean tratados. En este singular caso, la disposición inobservada no es el art. 144, sino el art. 83 de la Constitución<sup>18</sup>.

En fechas todavía cercanas se ha dictado el auto de admisión de fecha 18/XI/2009 –Inc.47-2007–, en la que el tema referido a la incidencia del DIDH, como parte del contenido de la Constitución, sufre otra gratificante evolución. En tal sentido, se dictaminó en relación al control constitucional que: (a) puede ser conocida cualquier contradicción normativa al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero exclusivamente de la referida materia y no de toda la gama de instrumentos jurídicos internacionales ajenos al sustrato ideológico que desarrolla la Constitución; (b) los puntos contradichos deben contener principios normativos de análoga o mayor cobertura a la establecida en la parte dogmática de la Constitución, y que hagan posible el establecimiento de fértiles directrices para una más expansiva y más humana interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución; (c) la relación entre Constitución y Derechos humanos no es de jerarquía sino de compatibilidad y coordinación. Así, la complementación se verifica en aquellos supuestos en que la relación entre normas es necesaria para producir efectos, que de manera aislada no podrían conseguirse. Y la coordinación en que ambas normas se concentran y reparten sus ámbitos de aplicación en aras de un objetivo común: fortalecer y fomentar el humanismo personalista; y (d) Por ende, pueden ser conocidas las contradicciones normativas de las Convenciones como de otras variedades de fuentes del DIDH, como las Declaraciones.

Con relación a la objeción de la soberanía nacional, como un impedimento para su complementación con el orden jurídico local, tal decisión jurisdiccional fue enfática en afirmar que tal concepto debe matizarse y compaginarse con una realidad evidente: “...los Estados ya no pueden ejercer su actividad aisladamente de la comunidad internacional, por lo cual necesariamente deben establecer relaciones de diverso tipo con otros sujetos de derecho internacional”.

La soberanía entonces –particularmente la externa que se relaciona con la independencia frente a poderes estatales externos– comprende la posibilidad e igual capacidad jurídica y de acción de todos los Estados para crear obligaciones internacionales. Por ende, existe una capacidad de asumir de forma voluntaria las

---

18 En iguales términos se expresa el auto de admisión dictado el 28-IX-2006 –Inc.26/2006–.



mismas, y particularmente de aquellas que se relacionan con la protección de los derechos de la persona humana<sup>19</sup>.

“... [e]n la actualidad, la promoción y la protección de los derechos es una de las prioridades de la Comunidad Internacional, en tanto que los derechos de la persona se encuadran en la estructura jurídica más relevante en el ordenamiento internacional, a partir de los principios de solidaridad y de protección de los intereses fundamentales de la Comunidad Internacional en su conjunto.

Ello entraña una consecuencia relevante, a saber: la obligación internacional de promover y respetar los derechos de las personas es de carácter *erga omnes*; y es que tales derechos, en suma, no sólo ofrecen una dimensión subjetiva, como derechos de los individuos frente a los entes estatales, sino también desde una dimensión objetiva aseguran el orden y la paz social en la Comunidad Internacional.

En ese sentido, la protección internacional de los derechos ha supuesto un profundo cambio en la posición del Estado soberano ante el Derecho Internacional, pues basta tener presente que, en efecto, la soberanía –en cuanto deber– implica hoy la obligación de asegurar el respeto de los derechos, tanto a nacionales como a extranjeros, lo que implica unos efectos directos sobre la concepción internacional del Estado, en tanto que esas obligaciones de protección y respeto de los derechos de la persona correlativamente constituye una especie de legitimidad del Estado en el orden Internacional”<sup>20</sup>.

### **1.3. El control judicial en la aplicación de las leyes penales conforme los parámetros constitucionales y de convencionalidad. especialmente en el ámbito de la justicia penal juvenil.**

Teniendo en cuenta la recepción que el DIDH ha tenido en el máximo intérprete de la Constitución, conviene hacer la pregunta acerca de la necesidad de efectuar en la decisión judicial, tanto un análisis de constitucionalidad como de convencionalidad. Además del ya ineludible juicio de subsunción de los hechos a la norma legal secundaria aplicable al caso.

---

19 Lo expuesto se relaciona con el denominado principio *Pacta Sunt Servanda*, contemplado en el apartado 2º de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas que textualmente establece: “[l]os miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”.

20 Las consideraciones vertidas en el referido auto de admisión permitieron efectuar el examen de admisibilidad de una pretensión de supuesta inconstitucionalidad del art. 294 del recién derogado Código Procesal Penal, bajo la óptica de inobservancia de la normativa internacional de los Derechos Humanos sobre la materia. En específico, sobre la inobservancia de las Reglas de Tokio en cuanto al régimen actual de la detención provisional.



En otros términos, si es obligado examinar cualquier norma infra-constitucional conforme al test de inconstitucionalidad primero, y luego en lo relativo al de convencionalidad, o viceversa.

Como acertadamente ha establecido la Sala, en materia de derechos fundamentales, la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos comparten un mismo sustrato ideológico-valorativo de carácter eminentemente personalista, y cuyas directrices esenciales son la libertad, igualdad y dignidad humana. Por ende, no existe entre ambas materias jurídicas ninguna diferencia esencial, más que las particularidades derivadas de su jerarquía dentro del sistema normativo de fuentes y de su positivización dentro del derecho interno.

De ahí que al estar integradas mediante el art. 144 Cn. las convenciones internacionales de derechos humanos y mediante el art. 83 Cn. las declaraciones y otros instrumentos normativos –el denominado *soft law*–, conviene hablar de un único control o juicio de constitucionalidad por parte del aplicador del Derecho, conforme a la facultad de inaplicar leyes contemplada en el art. 185 del estatuto fundamental. De esta forma, el DIDH tanto en lo relativo a sus normas como en los expuesto en la doctrina jurisprudencial de órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben tenerse en cuenta de forma obligada en el examen de constitucionalidad que tienen que efectuar los jueces y juezas salvadoreñas.

Por ende, es viable hablar de un control de constitucionalidad complejo o integrado –si se quiere puede denominarse gráficamente *recargado*– donde el juez puede optar como parámetro de control sobre la norma secundaria, aquella disposición, sea de la Constitución o del DIDH, que de mejor forma resguarde los derechos fundamentales de la persona<sup>21</sup>. De ahí la posibilidad de efectuar heterointegraciones interpretativas o interpretaciones dinámicas o expansivas, sea una nueva tarea que se encomiende a la jurisdicción nacional en su tarea de resolver casos<sup>22</sup>.

21 Así ha sido sostenido claramente por URQUILLA BONILLA: “...En tal sentido se observa que el derecho internacional de los derechos humanos tiene un carácter abierto: instrumentalmente se abre hacia el mismo derecho internacional, sin consideración de jerarquía entre sus propias fuentes, y contemporáneamente se abre hacia el derecho interno, igualmente sin consideración de jerarquías inter normativas. Lo único que pretende es la máxima protección de los derechos humanos. Si existe una ley interna de mayor protección que la que ofrece un tratado de derechos humanos, debe aplicarse la ley interna. Si existe un tratado de derechos humanos que ofrece mayor protección que la ley interna, debe aplicarse el tratado; y entre dos fuentes de derecho internacional de derechos humanos con diferentes alcances en la protección de los derechos humanos, o dos fuentes de derecho interno en la misma condición, debe preferirse la que ofrezca mayor protección”. Al respecto, véase su trabajo: *El Derecho Internacional y el Derecho Interno en el ámbito de los Derechos Humanos*. En: A.A.V.V., *I Certamen Literario sobre Derecho Constitucional, Penal y Social*, Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, San Salvador, 2006, Pág. 116.

22 Es clave en lo referente a una interpretación progresiva de la Constitución, lo expuesto en la Sentencia de inconstitucionalidad 10/95 –de 31/1/2001–. “[d]esde la Sentencia de 19-VII-1996, dictada en el proceso de Inc. 1-92, esta Sala ha venido insistiendo que las diversas modalidades



Ello es importante ponerlo de manifiesto en el ámbito penal juvenil, pues el sistema de responsabilidad penal se encuentra sometido a una variedad de principios, que devienen tanto de la influencia filosófica de la doctrina de la protección integral, como de diferentes instrumentos internacionales tales como la Convención de los Derechos del Niño (1989), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (1985), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (1990), entre otros.

Ahora bien, conviene dilucidar cuáles son esos principios generales y especiales que disciplinan la aplicación de la Ley Penal Juvenil al momento de la determinación de la responsabilidad penal como de la sanción aplicable. Empezaremos, pues, por los primeros, para estudiar posteriormente aquellos principios que le dan un sentido específico al sistema penal juvenil.

Empero, conviene tener en cuenta que los principios son las directrices fundamentales o normas rectoras que permiten interpretar adecuadamente una norma, de acuerdo a los fines que persigue un ordenamiento en general. Por tal motivo, los principios tienen una función esencial: dotar de coherencia interpretativa un sistema jurídico cualquiera que sea. Y esa fuerza que tienen en el ámbito de la interpretación no la pierden por revestir en su formulación el carácter de norma jurídica. De ahí que se hable que los principios son normas jurídicas, pero de cualidad superior y vinculatorias en la interpretación judicial<sup>23</sup>.

Esto es importante destacarlo, pues, como señala GARCÍA ARÁN, es el Derecho penal uno de los sectores del ordenamiento en el que más clara resulta la relevancia de los derechos, principios y valores establecidos en el marco constitucional<sup>24</sup>.

---

que puede adoptar la interpretación constitucional dependen del concepto que se tenga de Ley Suprema. Así, si parte de una perspectiva de “Constitución viviente” o *living Constitution*, el intérprete se ve obligado a poner al día el significado de las disposiciones constitucionales, averiguar los requerimientos sociales existentes, ajustar y compensar los valores en juego, inquirir sobre las consecuencias de la decisión a adoptar y elaborar su producto interpretativo en función del problema a decidir. (...) Desde esta perspectiva, entonces, la labor hermenéutica se traduce en una interpretación progresista o evolutiva que permite el desarrollo y desenvolvimiento de la Constitución en el tiempo, considerando no solo las condiciones y necesidades existentes al momento de su promulgación, sino también las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su interpretación. Ello porque es innegable que *el intérprete de la Constitución no puede en ningún momento sustraerse a la realidad imperante en el tiempo en que ejerce su labor*”.

23 Coincido plenamente con lo establecido por el profesor tico ANTILLÓN cuando señala. “...los principios jurídicos son aquellas proposiciones incondicionadas expresivas de los valores en que se asienta principalmente un orden jurídico (...) Entre los principios jurídicos se destacan los llamados principios fundamentales que son, por definición, esenciales para caracterizar un ordenamiento jurídico, otorgándole su unidad estructural”. Véase su obra: Teoría del proceso jurisdiccional, Edit. Juritexto, San José, 2001, Pág. 40.

24 De acuerdo a la prestigiosa profesora española, la mayor repercusión de la Constitución en el Derecho penal acaece, por un lado, al pretender establecer los principios que informan las relaciones



## 2. PRINCIPIOS GENERALES DE NATURALEZA SUSTANTIVA QUE RIGEN LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL JUVENIL: EL PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN

Nuestra Sala de lo Constitucional -SI- ha estipulado que dentro de la ley fundamental se encuentran una serie de principios político-jurídico y político-criminales, que disciplinan la aplicación del poder penal del Estado, independientemente de que se trate de jurisdicciones comunes o especializadas<sup>25</sup>. A ello lo ha denominado el *programa penal de la Constitución*. El mismo, es un ámbito donde tanto el legislador –en su tarea de formulación de normas penales– como del juez –en la resolución del caso concreto– deben encontrar las directrices esenciales que han de poner freno a cualquier manifestación incontrolada en el ejercicio del *ius puniendi*<sup>26</sup>.

El origen de la referida postulación jurisprudencial deviene de un intenso debate doctrinario acerca de las relaciones entre Derecho Penal y Constitución<sup>27</sup>. Y donde se advierten razonamientos sumamente radicales, como el efectuado por el maestro Franco BRICOLA, que subrayaba que la legitimación básica del primero únicamente era posible en la medida que pudiera salvaguardar los bienes, valores y derechos fundamentales desarrollados por la segunda<sup>28</sup>.

Es evidente, sin embargo, que la Constitución no puede agotar el conjunto de conductas disvaliosas como de bienes jurídicos que en determinada sociedad deben ser sancionados o protegidos por el Derecho Penal. Ni mucho menos, que a modo de *corsé*, el estatuto fundamental limite los ámbitos de maniobra que un legislador tenga a la hora de conminar con una sanción penal una determinada conducta. Por ende, el planteamiento estricto de BRICOLA constituye una aspiración ideal más que una realidad, pues la Constitución no constituye un catálogo cerrado de temas de nación, sino más bien un punto de partida de interpretaciones socialmente

---

entre el Estado y los ciudadanos, y por otro el derecho penal constituye la manifestación más genuina del ejercicio de soberanía sobre los mismos, consistente, por definición, en privarles del ejercicio de determinados derechos fundamentales o limitárselo considerablemente. Al respecto, véase su artículo: *Constitución y Derecho penal, veinte años después*. En: A.A.V.V., Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos *in memoriam*, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, Pág. 286.

- 25 Sobre ello, véase: TIEDEMANN, *Constitución y Derecho penal*. Revista Española de Derecho Constitucional, N° 33, 1991, Pág. 145 y ss.
- 26 Sentencia de la Ley Antimaras dictada el 14 de febrero de 2003 –Inc. 52-3003–.
- 27 Decisiva se vuelve, en este sentido, la aportación efectuada por el profesor ARROYO ZAPATERO: *Fundamento y función del sistema penal, el programa penal de la Constitución española*. En: A.A.V.V., *Derecho penal y modernidad*, Edit. Ara, Perú, 2010, Págs. 21 y ss.
- 28 BRICOLA, *Teorías generales del reato*, Novissimo Digesto Italiano, Vol. XIX, UTET, Turín, 1973, Págs. 7 y ss.





dinámicas y potenciadora de los valores que subyacen en su letra: libertad, igualdad y dignidad humana<sup>29</sup>.

De ahí que resultan correctas las argumentaciones de autores hispanoamericanos, que intentan ver en la *norma normarum* el ámbito en el que el legislador y el Juez deben inspirar sus decisiones, sin que su texto implique tomar postura sobre aspectos específicos que generalmente quedarán al ámbito de la ley secundaria su concreción. En otras palabras, y como apunta el profesor ARROYO ZAPATERO, se podrá encontrar la opción entre un Derecho penal de corte retributivo o uno de corte resocializador; pero no si en determinado caso es procedente dictar la suspensión condicional del procedimiento, o no conviene<sup>30</sup>.

Así entonces, es posible encontrar en la Constitución las líneas maestras del sistema penal, las cuales, a modo de un campo de juego, delimitan los ámbitos de actuación en los que pueden moverse los actores institucionales que componen el sistema penal. Una vez trasvasados tales ámbitos, su actuación deviene inexorablemente en anti-constitucional, y puede ser controlada de acuerdo a los mecanismos vistos en las líneas iniciales del presente estudio.

Entrando en detalle, es advertible metodológicamente distinguir entre un marco general de principios que disciplinan por igual tanto al régimen de adultos como a jóvenes en conflicto con la ley penal. Y un programa compuesto por una variedad de principios de proyección exclusiva en el ámbito de la justicia penal juvenil.

Dentro de los primeros se encuentran los clásicos principios de legalidad, mínima intervención, lesividad y proporcionalidad. Y en cuanto a los segundos: el de igualdad, reinserción social y familiar, responsabilidad penal, así como el del interés superior del menor.

---

29 Críticos en este sentido FIANDACA/MUSCO, quienes consideran que, particularmente, en materia de bien jurídico, la Constitución únicamente brinda un margen de legitimación negativa al Derecho penal, y no positiva como asegura BRICOLA, pues lo único que debe tener en cuenta el legislador en materia de criminalización de conductas, es que nos encontremos en presencia de un bien jurídico claramente definido, y que exista un control constitucional de la técnica de tutela adoptada por el legislador para garantizar su salvaguardia. Véase su obra, *Diritto Penale*, parte generale, Zanichelli Editore, 2001, Bologna, Págs. 17-18. En similar sentido, el profesor brasileño FRAGOSO. "La amenaza penal solamente es justificada cuando el bien jurídico es "constitucionalmente legítimo", y cuenta con "importancia social". "La Constitución no proporciona criterios de orientación positiva que marquen lo que debe ser jurídico con carácter previo a su consagración normativa, pero sí proporciona criterios interpretativos con relación al alcance del bien jurídico, una vez que éste fue elevado a la regulación positiva". Véase su artículo: "Derecho penal y Derechos humanos", Centro de Estudios Brasileños, Embajada de Brasil, San Salvador, 2005, Pág. 10.

30 ARROYO ZAPATERO. *Programa penal de la Constitución*, citado, Pág. 26.



Conviene pasar revista, en primer lugar, a los inicialmente mencionados con todas las implicaciones que su respeto conlleva; para luego detenernos a estudiar los segundos.

## 2.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad constituye en la actualidad un elemento consustancial e imprescindible en la construcción y mantenimiento de un Estado de Derecho; y es, sin lugar a dudas, una de las mayores conquistas históricas de los ciudadanos frente al poder estatal con relación al resguardo de sus derechos fundamentales.

Para algunos, la exigencia de *legalidad* en la actuación de los poderes públicos se remonta en sus prístinos orígenes –entre otros documentos históricos– a la *Magna Charta libertatum* otorgada en Inglaterra por Juan sin Tierra en 1215, la cual establecía: “[n]ingún hombre libre será tomado o aprisionado, o despojado o proscrito, o destruido de cualquier manera, ni pasaremos sobre él ni enviaremos por él, salvo por el juicio legal de sus pares o por la ley del país”. Pero su mayor desarrollo y perfección acontece con la Revolución francesa y las ideas políticas que la concibieron<sup>31</sup>.

En efecto, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 señalaba en su artículo 8: “[l]a ley no puede establecer más que las penas estrictas y evidentemente necesaria, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada. En iguales términos aparece contemplada en las declaraciones independentistas norteamericanas del Siglo XVIII, como la de Filadelfia (1774), Virginia y Maryland (ambas de 1776).

Desde una perspectiva eminente jurídico-penal fue, quizás, BECARRIA el precursor más importante del mismo, pues en su famoso opúsculo relativo a los delitos y las penas, lo enmarcó como uno de los límites más importantes al poder penal del Estado. Al efecto afirmó que “[l]a primera consecuencia de estos principios es que solo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad agrupada por un contrato social”<sup>32</sup>. Empero, fue Paul Anselm von Ritter Feuerbach que hizo la plasmación formal del principio en el aforismo *nullum crimen sine lege*.

En la actualidad, su importancia es de tal envergadura que ningún texto constitucional omite su incorporación; y ello, quizás, entre otras razones, por la

31 BUSTOS RAMÍREZ. *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Edit. Ariel, Barcelona, 1989, Pág. 59.

32 Conviene resaltar que, de forma primigenia, BECCARÍA desarrolló en su importante opúsculo, juntamente con las ideas apuntadas referentes a la legalidad, los primeros esbozos del mandato de certeza o taxatividad de las disposiciones penales, al señalar: “¿queréis prevenir delitos? Haced que las leyes sean claras, sencillas, y que toda la fuerza de la nación se concentre para defenderlas, y ninguna parte de ella se empeñe en destruirlas”. Al respecto puede verse el § XLI de su obra. Cfr. “De los Delitos y las Penas”, Edit. Temis, Bogotá, 2003, Págs. 12 y 86.



notable influencia que han ejercido en los últimos lustros los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos que lo contemplan.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 estableció en su art. 11.2. “[n]adie será condenado por acto u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos, según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. En el ámbito regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estipuló en su art. 25, párrafo primero que: “[n]adie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes”. Adicionalmente, recalcó en su art. 26, párrafo segundo: “[t]oda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes...”.

Adicionalmente, en el referido ámbito internacional, el principio de legalidad aparece ya como una norma vinculatoria del Estado con relación a sus ciudadanos, a partir de su regulación en instrumentos tan importantes como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP– (arts. 9.1., 12.1.y 15<sup>33</sup>) y en nuestro continente con la CADH (arts. 7, 9 y 8<sup>34</sup>).

Por su parte, existen diferentes disposiciones de nuestra Constitución que regulan tal principio en sus diferentes contenidos, así tenemos la referencia a la legalidad procesal, tanto en el art. 11 –el cual estipula que nadie puede ser privado de cualquiera de los derechos ahí enunciados, sin ser previamente oído y vencido en

---

33 En términos generales, es el artículo 9.1. del PIDCP el que fija el mandato de legalidad con relación a la actuación de agentes del Estado: “Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”. Desarrollándose posteriormente en el art. 15.1 lo relativo a la predeterminación normativa de las disposiciones penales: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos, según el derecho nacional o internacionales. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacionales”. Y es el artículo 14.1. donde se plantea la exigencia de un tribunal competente, independiente e imparcial que haya sido establecido por ley.

34 Igual que el instrumento anterior, el art. 7.2 de la CADH fija el derecho a la “legalidad” de una forma sumamente amplia: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estado partes o por las leyes dictas conforme a ellas”. En una forma más precisa, el artículo 9 estipula con relación al principio de legalidad y de retroactividad: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. Con relación a la predeterminación del tribunal competente. Particularmente, en este trabajo nos referiremos al último artículo citado, ya que sobre el mismo se ha desarrollado la incesante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



juicio con arreglo a las leyes- como en el art. 12 -en materia penal, la determinación de culpabilidad tiene como presupuesto su comprobación conforme a la ley y en juicio público-. De igual forma, se regula la exigencia de ley y jurisdicción previa en su artículo 14 -“[n]adie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”-. Por último, la garantía de irretroactividad de la ley dictada en el art. 21 -“[l]as leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente.

En cuanto a su esencia, el efecto quizás más pronunciado de la legalidad penal es sin duda la previsibilidad de la soluciones que el derecho otorga ante los diferentes conflictos que se presentan en el seno de los miembros de la comunidad; lo que permite la ordenación del plan personal de vida conforme a pautas normativas que hay que respetar<sup>35</sup>.

Tal previsibilidad se desarrolló primigeniamente en las dimensiones establecidas por Paul Johan Ritter von Feuerbach, en 1801: *nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley), *nullum crimen sine lege* (no hay crimen sin ley) y *nullum crimen sine poena legalis* (a todo hecho criminal le corresponde una pena legal). Sin embargo, en la actualidad el principio supone las siguientes variantes: (a) una *garantía criminal*, que impide el castigo de una conducta que no ha sido previamente considerada por ley como delito (*nullum crimen sine previa lege*); (b) una *garantía penal*, que obliga a que los tribunales no puedan imponer pena alguna que no haya sido establecida igualmente por ley (*nulla poena sine previa lege*); (c) una *garantía jurisdiccional o procesal*, la cual comprende el establecimiento de un tribunal y un procedimiento legal previo al acaecimiento del hecho, para la determinación de la responsabilidad penal de su autor (*nullum crimen, nulla poena sine iudicio*); y (d) una *garantía relativa a la ejecución de las penas*, en el sentido que el procedimiento de cumplimiento de las sanciones penales también debe ser rigurosamente determinado.

En la actualidad, las acotaciones más importantes que este principio reporta, tanto en el ámbito de la criminalización primaria o legislativa como en la secundaria propia del proceso penal son: (a) la reserva absoluta de ley, o monopolio exclusivo del parlamento para definir los comportamientos punibles y establecer sus respectivas

35 Como bien sostiene PÉREZ ROYO con relación a la seguridad jurídica: “La seguridad jurídica no exige que no haya conflictos. En el mundo del derecho los conflictos son el pan nuestro de cada día. El enfrentamiento por ver quién tiene la razón es lo cotidiano. La seguridad jurídica existe, porque el conflicto está pre-decuido material y/o procedimentalmente. El derecho es la esfera de la lucha en la seguridad, de la disputa pre-decida desde el punto de vista del contenido y/o procedimiento”. “Curso de Derecho constitucional”, edit. Marcial Pons, 8º Ed., Madrid, 2002, Pág. 60. En otra palabras, y siguiendo nuevamente a JESCHECK/WEIGEND, “es preferible un vínculo con una ley que ha sido decidida, escrita y publicada democráticamente, puesto que en ella la situación jurídica queda reflejada al ciudadano del modo más claro y exacto posible, garantiza la estabilidad y asegura la unidad e igualdad de la aplicación del Derecho a través de una redacción que va más allá del caso concreto”. Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, parte general, Edit. Comares, Granada, 2002, Págs. 136-137.



sanciones penales (*lex scripta*); (b) la irretroactividad de las normas penales desfavorables para el sindicado (*lex praevia*); (c) la exigencia de determinación certeza o taxatividad de las normas penales (*lex certa*), y (d) la exclusión de la analogía in *malam partem*, como fuente creadora de delitos y penas (*lex stricta*).

En relación al Derecho Penal Juvenil, las anteriores dimensiones del principio de legalidad son extensibles, aún y cuando el catálogo de delitos se encuentre en el Código Penal, quedando a la legislación especial únicamente establecer las reglas de procesamiento y el catálogo de sanciones aplicables. No obstante, existe una derivación muy clara del principio de legalidad que debe ser tenido en cuenta en el ámbito de la aplicación judicial juvenil: *la exigencia de un comportamiento típico*. En otras palabras, *de la exteriorización de una conducta con relevancia penal*.

Y esto es preceptivo, de acuerdo a lo estipulado por el máximo intérprete de la Constitución, cuando establece que únicamente las “acciones físicas o externas, empíricamente observables y describibles por la ley penal” pueden dar lugar al castigo penal<sup>36</sup>. Tal premisa genera importantes consecuencias prácticas en relación a los órganos de persecución y juzgamiento penal: (a) *no pueden ser sujetas a conminación penal actitudes, estados de ánimo, meras apariencias, comportamientos inmorales e incluso apariencias peligrosas, sino ocasionan daño a terceros*; y (b) *la necesidad de que la conducta se exteriorice por medio de acciones u omisiones que afecten a terceros, por tanto, no es posible penalizar el fuero interno del ciudadano*.

Lo anterior es clave para entender que la responsabilidad penal juvenil deviene por conductas, y no por apariencias personales o cuestiones actitudinales. Particularmente cuando, por ejemplo, se efectúan detenciones por presumirse que el joven pertenece a una organización delincencial al residir en una zona poblacional de alta conflictividad social, y no porque verdaderamente se ha comprobado su ingreso, permanencia o colaboración en determinados actos delictivos, que es verdaderamente lo decisivo.

Es así que la realización delictiva cometida por un joven no debe considerarse un elemento sintomático de la peligrosidad social, sino sencillamente un hecho imputable a su conducta que ameritará la declaración de responsabilidad penal. Esto conecta a la determinación de responsabilidad penal con el *dogma del hecho* a efectos de determinar su responsabilidad penal (culpabilidad).

Las consecuencias antes dichas suponen el punto final de la impronta histórica de la peligrosidad social y presunción de peligrosidad *ex delictum* propia de la doctrina de la situación irregular y sus excesos.

---

36 Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras, ref. 52/2003, Pág. 161.



## 2.2. Principio de mínima intervención

En términos generales, este principio se asocia a dos características que deben disciplinar el uso del poder penal del Estado: la *subsidiariedad* y la *fragmentariedad*. En cuanto a lo primero, el Derecho penal únicamente debe funcionar en cuanto quede demostrado que mecanismos jurídicos no punitivos y extra-jurídicos en el control de ciertos conflictos sociales han fracasado o se muestran inútiles. Y en relación a la segunda característica, no frente a todo ataque a un bien jurídico, debe funcionar el ordenamiento criminal, sino ante aquellas conductas que supongan su grave afectación –por ejemplo existe un ejercicio de violencia física o engaño–.

En una decisión reciente, nuestra Sala de lo Constitucional elevó a rango constitucional este principio, afirmando lo siguiente:

“Desde esta perspectiva, cuando se afirma que el ordenamiento jurídico-penal material debe ser la última opción en la solución de los conflictos sociales, se quiere indicar que la intervención penal sólo es lícita y admisible constitucionalmente cuando se han agotado todas las vías alternas posibles, y pese a ello, subsiste ese conflicto agudo de desviación criminal. Por ello, para la protección de los intereses individuales y sociales deberá preferirse –ante toda– la utilización de políticas sociales y otros mecanismos jurídicos, por ejemplo, el Derecho Administrativo sancionador. Sólo cuando se haya comprobado fehacientemente que ninguno de los medios anteriores es suficiente, se encontrará el Estado legitimado para hacer uso del Derecho Penal”<sup>37</sup>.

Conviene recordar que este principio no es únicamente una directriz político-criminal en relación a qué conflictos sociales deben ser criminalizados, sino también, se relaciona con un contenido de proporcionalidad en cuanto a la respuesta punitiva. Así, el establecimiento de un elenco diversificado de sanciones no privativas de libertad o de “*chances*” –oportunidades– en relación a la suspensión, reemplazo o modificación bajo determinadas condiciones de una pena o medida privativa de libertad es concordante con el contenido del referido principio penal constitucional.

De igual forma, se relaciona con este principio la utilización de mecanismos de resolución de disputas como la conciliación, la cual funciona tanto en materia de adultos como de jóvenes infractores.

En otras palabras, y como señala la referida sentencia, cuando relaciona este principio con el de proporcionalidad:

“...cuando esa necesidad de intervención sea imprescindible para el normal orden social, y en consecuencia tenga que ser afectada la esfera de libertad de los ciudadanos, debe utilizarse el medio menos gravoso posible y necesario para los fines de protección de los bienes jurídicos. Desde este punto de

37 SI dictada el 23/XII/2010 –ref. 5-2001–.



vista, el principio de *última ratio* quiere significar también una graduación proporcionada de la respuesta punitiva.

En este sentido, las anteriores derivaciones de la idea genérica de proporcionalidad no constituyen solamente exigencias de orden jurídico, sino también se relacionan con la función preventiva y ética del mismo sistema penal<sup>38</sup>.

### 2.3. Principio de lesividad u ofensividad

La determinación de la responsabilidad penal deviene de actos voluntarios, cuyos efectos trascienden el ámbito propio del sujeto que los efectúa y que se relacionan con lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos de terceros. Éste es el segundo eslabón de un esquema básico de responsabilidad penal de corte constitucional, luego de la exigencia de un comportamiento exterior como objeto del enjuiciamiento judicial.

Y así se ha expresado la Sala de lo Constitucional en la sentencia de 1°/IV/2004:

“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 justifican 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. En cualquier caso debe tratarse de un daño o peligro verificable o evaluable empíricamente, partiendo de las características del comportamiento prohibido. El principio de lesividad se postula, por tanto, como la formulación constitucional que impide al legislador el establecimiento de las prohibiciones penales sin bien jurídico, es decir, excluye la responsabilidad penal por comportamientos sin resultado dañoso”.

Desde esta óptica, y conforme al desarrollo legal del referido principio contemplado en el art. 3 del Código Penal, se habla que el castigo penal deviene de un acto que reporte una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Entendiéndose por lesión el daño, deterioro o inutilización producido en el objeto de la acción por parte del agente, y por peligro la probabilidad disvaliosa –o desvalorada– de una lesión<sup>39</sup>.

Tales términos son importantes, en razón del constante aumento de tipos penales de peligro –particularmente abstracto– que se ha efectuado al Código Penal salvadoreño, y que pueden ser realizados por niños y jóvenes, como acontece con

38 *Ibidem.*

39 MARTÍNEZ OSORIO. Consideraciones generales relativas a los delitos de peligro en el Código penal salvadoreño, *II Certamen Literario sobre Derecho Constitucional, Penal y Social*, Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, San Salvador, 2007 Págs. 1-56.



el caso de las agrupaciones ilícitas o delitos de tenencia –armas, uso de documentos falsos, drogas, etc.–. Se trata de una ampliación irreversible en las legislaciones penales del nuevo siglo<sup>40</sup>.

Sin embargo, aunque la existencia de los delitos de peligro abstracto sea para muchos una situación incómoda que no podría ser tolerada en un régimen normativo penal inspirado en un estricto respeto al principio de ofensividad, sí debe tenerse en cuenta que de acuerdo al marco constitucional no pueden existir delitos de peligro *sin peligro*. De ahí que en el caso de los referidos delitos de peligro abstracto sea necesariamente obligado comprobar siquiera una regla general de experiencia que confirme la idónea peligrosidad de la conducta, y que es la que tuvo en mente el legislador a la hora de introducirla a un Código Penal<sup>41</sup>.

De igual importancia resulta esta regla, en el ámbito de la dosimetría judicial, ya que obligadamente la puesta en peligro no podrá merecer una respuesta penológica mayor que la lesión, y ésto se demuestra claramente en el régimen sancionatorio del hecho consumado, la tentativa y los actos preparatorios.

Esta regla de determinación de la sanción penal, en razón de la gravedad de la afectación al bien jurídico, ha tenido un pronunciamiento de la Sala de lo Constitucional, aunque si bien referida al ámbito de conminación abstracta que efectúa el legislador, ello no obsta para que también se aplique dentro de la actividad jurisdiccional.

“Por ello, dentro de un modelo racional de legislación penal se han de considerar elementos esenciales del ilícito penal el *disvalor de acción* y el *disvalor del resultado*, pues éstos han de determinar la medida de pena que ha de imponerse de forma abstracta en la ley o de forma concreta en la condena. Por ejemplo: la consumación, sin duda, ha de merecer una mayor sanción que la tentativa, y ésta ha de suponer también una respuesta penal, más intensa. Sin embargo, aunque ello resulte permisible constitucionalmente, la consecuencia jurídica debe respetar estrictamente el principio de proporcionalidad vinculado con el de lesividad, el cual –en materia penal– establece que la gravedad de la pena tiene que ser proporcional a la gravedad del comportamiento típico y antijurídico, así como del grado de participación en el delito o en sus grados

---

40 PRITTWITZ, *Sociedad de riesgo y Derecho penal*, en: A.A.V.V., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Edit. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, Pág. 259 y ss. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, Madrid”, 1999. Pág. 21-61. En este sentido HEFENDEHL: “puede decirse que la mayoría de los tipos delictivos creados recientemente por el legislador penal responden a la figura de los delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos colectivos. Este es el caso de los tipos penales que protegen el medio ambiente, de los que castigan el blanqueo de capitales o de los delitos de terrorismo o pertenencia a banda armada”. Véase al respecto su trabajo: “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?, RECPC 04-14 (2002), [http://www.criminet.ugr.es-/recpc].

41 MARTÍNEZ OSORIO, *Consideraciones generales*, citado, Págs. 1-56.





de ejecución. Esto conlleva repercusiones prácticas para la actividad legislativa (...). Para el caso, la incriminación o tipificación de conductas plantea que la sanción a imponer debe resultar idónea para salvaguardar eficazmente los bienes jurídicos por medio de la prevención general. Además, tal análisis de conveniencia supone tomar en cuenta las modalidades de comisión del delito que denoten una mayor peligrosidad del comportamiento, el valor del bien jurídico lesionado y la actitud revelada por el agente. Ello nos lleva al convencimiento que los hechos de poca gravedad o carentes de ella no pueden ser sancionados con una pena de prisión sumamente alta. Para el caso de los actos preparatorios, por su disminuida lesividad frente a las formas punibles consumadas y tentadas, deben merecer entonces una pena menor que ellas<sup>42</sup>.

#### 2.4. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se reconoce hoy en día como exigencia ineludible en cualquier tipo de intervención estatal restrictiva de derechos fundamentales. Técnicamente se ha definido como una estructura argumentativa que permite a un Tribunal –y en general a todo intérprete constitucional– fundamentar una interpretación en casos difíciles en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales, así como también cuando existan razones a favor o en contra de una intervención legislativa en el ámbito de los derechos fundamentales<sup>43</sup>.

En el ámbito penal, la exigencia de actuación proporcionada, al menos en cuanto a la imposición de una pena, se remonta a las formulaciones ilustradas de finales del siglo XVIII, como se desprende de autores como Beccaria y del mismo artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "...[l]a ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias"<sup>44</sup>.

Sin embargo, la posterior evolución de este principio se relaciona con el Derecho Administrativo sancionador –de policía en ese entonces– para luego desarrollarse en el Derecho Constitucional, a partir de importantes fallos dictados por el Tribunal Constitucional alemán, los cuales dieron lugar a la construcción teórica de sus diversos sub-principios.

En relación a su fundamento, se ha sostenido que entronca con los contenidos de dignidad humana, interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica. Aunque en realidad podemos considerar, en términos generales, que su fundamento se relaciona con el ideal de racionalidad a que debe someterse la actuación de los poderes públicos en relación con el ciudadano. Esto es particularmente importante en relación

42 Sentencia de Inc. dictada el 23/XII/2010, ref. 5-2001.

43 LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal, Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

44 AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Edit. Edersa, Madrid, 1999.



a las sanciones penales, pues su aplicación afecta a la libertad individual o a otro tipo de derechos como acontece con la multa. En este sentido, la proporcionalidad actúa graduando la respuesta punitiva en razón de criterios como el de bien jurídico, la lesividad de la conducta y la culpabilidad.

En suma, la proporcionalidad supone una respuesta diferenciada de acuerdo a la gravedad, tanto del disvalor de acto como de resultado y de acuerdo a la reprochabilidad que del mismo se le puede hacer al autor. Por ello es que también se denomina a este principio como: de *prohibición de exceso*.

Por otra parte, la operatividad del principio de proporcionalidad es decisiva, tanto en el marco de la determinación legal de la sanción penal que efectúa el legislador y en la determinación judicial que efectúa el juez.

En cuanto al legislador se habla de una proporcionalidad en abstracto, en el sentido de la elección del tipo de pena, su duración y la forma de su cumplimiento. A esto hace referencia la ya citada decisión emitida el 1º/IV/2004 -Inc. 52/2003 - cuando señala:

“...el Derecho Penal desarrolla su finalidad última a través de la tutela de los presupuestos imprescindibles para la existencia en 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 derivan, 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. 1º. Y es que si las consecuencias jurídicas del delito -pena y responsabilidad patrimonial- afectan bienes dotados de relevancia constitucional, parece claro que su privación sólo puede efectuarse si la causa que la determina es la defensa de un bien de, al menos, análoga significación constitucional.”

En relación al juez se habla de una proporcionalidad en concreto, la cual se relaciona con el ámbito de individualización judicial de la sanción penal, y particularmente que disciplina el ámbito del espacio de juego donde puede determinar la pena aplicable conforme a dos momentos.

En el primero el juez debe tener en cuenta lo establecido en las reglas generales de dosimetría judicial que contempla el Código Penal -tentativa, error, concurso de delitos, etc. -. Y eso dará como resultado una sanción parcialmente determinada. En un segundo momento, deviene la individualización concreta de la sanción, teniendo en cuenta que la pena debe ser adecuada tanto al disvalor de acción, de resultado y a la reprochabilidad del autor. Sin embargo, deberán tenerse en cuenta los fines que persigue el ordenamiento jurídico en su imposición.



Es así, entonces, que la sanción penal debe servir a que la consecución de finalidades preventivas sean generales o especiales, pero sin que ello signifique una decisión absoluta y radical en cuanto a alguna de ellas (art. 5 CP). Y de ahí, entonces, que el mismo parámetro señalado por la Sala de lo Constitucional sea también aplicable al juez, en la medida que debe analizar conforme a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, si su imposición adquiere mayores beneficios –aún en el ámbito preventivo general negativo y positivo– que costes.

En otras palabras, la determinación judicial de la medida deberá tomar en cuenta la finalidad que persigue con la imposición de la sanción penal, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del sujeto, que coadyuven plenamente a su reinserción social –prevención especial– sin que ello signifique la preponderancia absoluta de una sobre la otra de manera general, sino que deben relacionarse de acuerdo al caso concreto.

### **3. PRINCIPIOS ESPECIALES DE NATURALEZA SUSTANTIVA QUE RIGEN LA APLICACIÓN DE LA LEY PENA JUVENIL**

#### **3.1. Principio de igualdad y tratamiento legal diferenciado en relación a los adultos**

En primer lugar, conviene establecer si resulta justificado constitucionalmente un régimen jurídico especial de responsabilidad por los hechos delictivos que cometan los niños, niñas y adolescentes, así como la creación de un régimen procesal adecuado para su comprobación juntamente con un cuerpo especial de jueces para ello.

La respuesta es afirmativa. Y deviene al menos de dos razones: (a) las obligaciones adquiridas por el Estado salvadoreño en materia de instrumentos internacionales relativos a la protección de la infancia, los cuales abogan en la necesaria creación de ese régimen especial, y (b) lo estipulado expresamente en el artículo 35 de la Constitución, lo cual se relaciona con el principio constitucional de igualdad contemplado en el artículo 3<sup>45</sup>.

Al respecto, el máximo órgano constitucional ha estipulado que el régimen especial al que hace referencia el art. 35 Cn., constituye un supuesto especial de igualdad por diferenciación, en la que se reconoce la existencia de un sector de la población que cuenta con una diferencia natural –la edad – lo cual determina que deba ser tratado de forma distinta. En términos de la sentencia:

---

45 Estipula la Constitución: “(...) La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta está sujeta a un régimen jurídico especial”.



“El concepto mismo de minoría de edad supone ya una diferenciación, pues se es menor de edad en comparación con la persona que ya es mayor de edad; y, en consecuencia, aquél supone una adjetivización comparativa, que, al ser aprehendida por el derecho, determina una esfera jurídica regida por normas especiales”<sup>46</sup>.

Ello supone tres importantes consecuencias en la regulación de la materia penal juvenil: (a) es constitucionalmente prohibido prescribir el mismo régimen sancionatorio para niños y jóvenes que para mayores de edad; (b) el Derecho Penal juvenil es un derecho especial que presenta características y principios tales como su protección integral e interés superior, el respeto de los derechos humanos, la formación integral y la reinserción a la sociedad como a la familia; y (c) el mismo debe contener todas las garantías sustantivas y procesales establecidas en el programa penal, las cuales deben ser introducidas en la legislación pertinente y obligadamente observadas en la aplicación judicial. Pudiéndose establecer mayores garantías en el ámbito sustantivo y en el procedimiento penal que las que corresponden a la población adulta.

En consecuencia, si bien es factible hablar que estamos en presencia de un sector jurídico que puede comprenderse dentro del Derecho Penal, empero el mismo cuenta con singulares características que lo hacen diferente al ámbito general, y es ahí donde tiene sentido la máxima que lo desigual debe ser tratado desigualmente. Por ello, es que además de los principios generales que disciplinan cualquier uso del *ius puniendi* estatal, el Derecho Penal Juvenil se rige por un grupo adicional de principios entre los que se destacan:

### 3.2. El principio de reeducación y reinserción social

Este es uno de los principios más importantes de todo el ordenamiento jurídico penal juvenil, y cuya proyección e importancia lo adquiere en el ámbito de la selección de la medida sancionatoria aplicable por parte del Juez de Menores y en su ejecución por parte de los Jueces de Ejecución de Medidas. De acuerdo al art. 3 LPJ *la imposición de una sanción debe perseguir la formación integral del menor, así como su reinserción familiar y social.*

Sencillamente este es un desarrollo pronunciado, pero de naturaleza más específica por el sector social al que se hace referencia, en relación al fin que las sanciones penales deben perseguir de acuerdo al ordenamiento constitucional salvadoreño.

En efecto, nuestra SC, en un viraje sumamente reciente, ha vuelto a entronizar la importancia de la resocialización en el ámbito de la conminación penal, descartando

---

46 Sentencia de Inc. dictada el 14 de febrero de 1997 –ref. 15/96–.



la posibilidad de que existan penas tan altas que no permitan la ejecución de un tratamiento resocializador, y lo ha dicho de la siguiente manera:

“...las penas perpetuas chocan frontalmente con la función de la pena privativa de libertad propia de una concepción personalista o humanista del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en la medida que no permiten la reeducación y reinserción del condenado. Es más, el texto constitucional es sumamente claro en sus límites; pues, con una fácil intelección interpretativa, se advierte que las penas no pueden ser de una duración tan larga que haga ilusoria cualquier perspectiva de reintegración de la persona en su entorno social (...). En otras palabras, la duración temporal del encierro no debe imposibilitar el desarrollo de un tratamiento penitenciario que tenga como finalidad un posterior proceso de reinserción social del condenado”<sup>47</sup>.

Pero viene la pregunta, ¿Qué debe entenderse por resocialización y cuál es su relación con el término utilizado en el artículo 3 LPJ?

En la sentencia dictada el 25/III/2008 –Inc. 32-2006– la Sala de lo Constitucional se refirió a los términos señalados en el párrafo primero del art. 27 Cn. de “corrección” y “re-adaptación”, en el sentido que los mismos no pueden ser interpretados en un sentido gramatical; sino que los mismos se encuentran sujetos a una interpretación dinámica conforme al desarrollo científico de las ciencias penales, como también al grado de racionalidad y humanidad alcanzado por la sociedad moderna. Por ello es que en la actualidad es más adecuado hablar de “resocialización” como un proceso que tiene lugar dentro del ámbito del cumplimiento de la pena, y que comprende la reeducación como la reinserción social del infractor de la norma penal. Así se sostuvo:

“La *reeduación* ha de ser entendida como aquel conjunto de actividades dirigidas a combatir las causas de la delincuencia y evitar que la persona vuelva a delinquir. Ello obliga a que *en el proceso de ejecución penal* existan instrumentos (como la educación, el trabajo, el tratamiento psicológico, la ayuda post-penitenciaria) dirigidos a posibilitar que la persona condenada a una pena de prisión tenga oportunidades de afrontar las causas que la llevaron a delinquir.

De forma distinta, la reinserción debe ser definida como la reincorporación gradual a la comunidad de una persona que se encuentra en proceso de reeducación. Es por tal razón que este sub-principio está vinculado a una exigencia humanitaria relativa a la *ejecución penal*”.

Tomando en cuenta lo señalado por el alto tribunal, tal principio adquiere un matiz preponderante en la Ley Penal Juvenil, en la medida que se acentúa la

---

47 Sentencia de Inc. de 23/XII/2010, considerando V.1.



búsqueda de la reinserción social del joven mediante la imposición y el cumplimiento de la medida que debe tener una finalidad primordialmente educativa. De ahí que el cumplimiento de la medida impuesta procura su formación integral, así como su reinserción social, tanto en el medio familiar como en el social. Ello se encuentra en sintonía con lo establecido en el artículo 40.1 CDN, acerca de una reintegración al medio social que coadyuve a la función constructiva en la sociedad.

En otras palabras, son los fines preventivo-especiales en su sentido positivo los que permean tanto en los ámbitos de la conminación, imposición y ejecución de las sanciones en el ámbito de la justicia penal juvenil, tratando de evitar el posterior desarrollo de una carrera criminal que culmine en la adultez.

Ello tiene dos consecuencias importantes en la regulación legal de los sistemas sancionatorios juveniles: (a) el elenco de sanciones o medidas debe tener un diseño que permita lograr los fines de reeducación y reinserción social, evitando en la medida de lo posible los efectos nocivos que todo cumplimiento en encierro genera. De ahí que medidas inspiradas en la *probation* o en la *diversion* tengan aquí su banco preferente de pruebas; y (b) el internamiento resulta ser el último recurso a que el Juez de Menores tenga que acudir, sí y sólo sí cuando estemos en presencia de hechos socialmente merecedores de tal medida y en los que sea necesario desarrollar un tratamiento de carácter resocializador en el infractor.

Por ende, el internamiento puede ser compatibilizado con los fines reeducativos, pese a ser una medida extrema, siempre y cuando tal instancia signifique el desarrollo de programas de tratamiento de carácter progresivo que nos lleven a considerar que el joven podrá optar a vivir una vida en libertad, sin delito.

### 3.3. El principio del interés superior del niño, niña y adolescente

El artículo 12 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia – LEPINA– estipula como interés superior “toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad”. Señalando como criterios de ponderación en casos concretos: (a) la condición de sujeto de derechos y la no afectación del contenido esencial de los mismos; (b) la opinión de la niña, niño o adolescente; (c) su condición como persona en las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo; (d) el bienestar espiritual, físico, psicológico, moral, material y social de la niña, niño o adolescente; (e) el parecer del padre y madre o de quienes ejerzan la representación legal, según sea el caso; y (f) la decisión que se tome deberá ser aquella que más derechos garantice o respete por mayor tiempo, y la que menos derechos restringe por el menor tiempo posible.

Es evidente que tal principio se compatibiliza en materia penal juvenil, en relación a la finalidad que debe perseguir la sanción penal. Esto es, reeducar al joven a fin de que pueda llevar su vida posterior alejada del delito.



De ahí que en el ámbito de la determinación judicial de la sanción penal debe tenerse en cuenta esas acentuadas finalidades preventivo-especiales, como cumplimiento de ese interés superior.

Claro que es evidente que ese interés superior adquiere mayor prevalencia en referencia a la edad de la víctima, particularmente cuando debido a su edad se advierte su instrumentalización por parte de los adultos. Esta es una situación que el juez puede tomar en cuenta para dictar una respuesta punitiva adecuada, conforme a parámetros relativos a la necesidad o no de la sanción penal. Sin embargo, resultará matizada tal propuesta, en el caso de jóvenes que ya se encuentren cercanos a la mayoría de edad.

Adicionalmente, este principio tiene una proyección aplicativa en relación a los casos en que la víctima resulta ser un niño, niña y adolescente. A tales efectos, el principio de interés superior faculta a la autoridad administrativa o judicial a adoptar las medidas más eficaces en orden a su protección física, a su asistencia y en relación a su participación dentro del proceso penal juvenil.

### 3.4. El principio de culpabilidad/responsabilidad<sup>48</sup>

La culpabilidad supone, en términos tradicionales, el reproche que se efectúa a una persona por no haberse comportado de acuerdo a los parámetros que el derecho exige<sup>49</sup>. Y supone una decisión a favor del delito y una negación a la pautas de convivencia social que componen el ordenamiento jurídico-penal<sup>50</sup>.

Desde esta óptica, la determinación de la culpabilidad supone el fundamento de la imposición de una sanción penal, de igual forma su medida y su límite. En

---

48 Las razones por las cuales se utilizó el término *responsabilidad* en vez de *culpabilidad* en la legislación especial salvadoreña citada, puede deberse a que el legislador quiso realzar un diverso contenido que el reproche penal puede tener entre adultos y niños y jóvenes. De ahí que el primer término tiene una connotación menos moral y paternalista que el segundo. Adicionalmente, también podría explicarse por la influencia roxiniana que tiene el Código Penal en vigor que habla de responsabilidad en su art. 4, aunque en su inciso final y en el 63 se utilice el término "culpabilidad". De todas maneras, debe reconocerse que existe una fuerte tendencia doctrinal que propugna por el abandono del término clásico antes aludido como Claus ROXIN, así como MIR PUIG, quien utiliza el término de *imputación personal* por considerarlo más adecuado en orden a atribuir (imputar) el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor. "No se castiga una culpabilidad del sujeto, sino que sólo se exige que el hecho penalmente antijurídico sea imputable penalmente a su autor" Al respecto, véase: *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 5ª Edición, Edit. Reppertor, Barcelona, 1998. Pág. 539.

49 MEZGER, *La culpabilidad*, Edit. Lerner, Colombia, Págs.: 7-8.

50 MAURACH/ZIPF, *Derecho penal, parte general*, Tomo 1, Edit. Astrea, 1994, Pág. 582.



otras palabras, no puede existir pena sin culpabilidad, ni pena que vaya más allá de lo que corresponda a la culpabilidad<sup>51</sup>.

Sin embargo, la pregunta más importante es que debe entenderse por tal<sup>52</sup>. Las tesis tradicionales han entendido la culpabilidad como un reproche fundamentado en la libertad de decisión por parte del sujeto hacia el delito<sup>53</sup>. De ahí que los niños y niñas se consideraron por mucho tiempo como una franja poblacional a quienes el mensaje prescriptivo de la norma penal no podía serles exigido, a excepción de los adolescentes, los cuales si mostraban la madurez suficiente no podrían considerarse imputables<sup>54</sup>.

La cuestión ahora es distinta. Con el apogeo de las tesis funcionalistas, la culpabilidad se relaciona particularmente con el medio social en el que el Derecho Penal actúa<sup>55</sup>. De ahí que, en razón de ciertas construcciones derivadas del psicoanálisis y de las ciencias sociales, se hable de motivabilidad de este sector poblacional en relación al conocimiento de las prohibiciones penales básicas o clásicas. Por ende, cable hablar de una culpabilidad juvenil por ejemplo, descartándose considerar como tales a quienes puedan encontrarse en los ámbitos de la niñez o pre-adolescencia.

- 
- 51 En cuanto a las consecuencias que se extraen del principio de culpabilidad, la jurisprudencia y doctrina alemana enumeran como esenciales: (a) la culpabilidad es un presupuesto necesario de la pena y con ello constituye un elemento del delito que fundamenta y limita la pena; (b) no debe haber elementos del ilícito o injusto indiferentes en materia de culpabilidad; y (c) la pena debe ser adecuada a la culpabilidad y debe guiarse por el alcance del ilícito producido de modo culpable. Al respecto, ESER/BURKHARDT, *Derecho Penal*, Edit. Colex, Madrid, 1995, Pág. 296. Tales consideraciones han sido tomadas expresamente por la legislación penal general salvadoreña en sus artículos 4 y 63 párrafo primero, y de forma incompleta en el artículo 5 cuando se refiere a que las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado, pero no se hace referencia a que también debe ser de acuerdo a la culpabilidad del autor.
- 52 Como apunta de forma muy clara ROXIN: “[I]a cuestión decisiva sigue siendo saber qué es lo que realmente fundamenta el aspecto material del reproche de culpabilidad, es decir, qué caracteriza como culpable o no culpable una conducta ilícita (...). Este problema del concepto material de culpabilidad tiene una importancia capital, porque la cuestión de cuál es el punto de vista valorativo rector en el que se basa esta categoría del delito puede ser decisivo para la interpretación de todos los elementos concretos de la culpabilidad, e incluso para desarrollar nuevas causas supraleales de exclusión de la culpabilidad y, por ello, en muchos casos para enjuiciar la punibilidad”. Véase al respecto: “Culpabilidad y responsabilidad como categorías jurídico-penales”, en: *Problemas básicos del Derecho Penal*, Edit. Reus, Madrid, 1976, Pág. 201.
- 53 MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, citado, Pág. 518 y ss.
- 54 *Ibidem*, Pág. 634-635.
- 55 JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997, Pág. 584: “...[I]o que es la culpabilidad depende de la respectiva estructura de la sociedad en la misma medida en que la existencia del injusto depende de ella (...). Por ende, el concepto de culpabilidad, por tanto, ha de configurarse funcionalmente, es decir, como concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad de estructura determinada”.





Pero bien, el matiz que adquiere la culpabilidad en este sector radica en que se encuentra permeada por el principio de necesidad de la sanción penal<sup>56</sup>. Es decir, que no sólo basta preguntarse cuál es la pena adecuada a la infracción cometida; sino también si ella es necesaria en orden al fin de reeducación y de reinserción que se persigue del joven. De ahí que, en vez de hablarse de *culpabilidad*, se hable de *responsabilidad* como se ha hecho en El Salvador.

Esto tiene implicaciones prácticas importantes. (a) no puede existir responsabilidad penal, más que por hechos realizados con dolo o culpa; (b) la responsabilidad penal acaece únicamente por los hechos realizados y no por lo que otras personas efectúen –principio de personalidad de la sanción penal–; (c) en los ámbitos de enfermedad mental, desarrollo psíquico retardado profundo –oligofrenias– e intoxicación profunda debida a alcohol u otras sustancias prohibidas, carece de sentido la declaratoria de culpabilidad, siendo procedente la imposición de una medida de seguridad de carácter médico-asistencial en el caso de ser necesario; y (d) así como en el ámbito de la legislación penal general opera la inexigibilidad de una conducta adecuada a derecho en casos límite –miedo insuperable– también en el caso de la jurisdicción especial juvenil es viable su aplicación en aquellos casos en que resulte advertible en el procedimiento penal.

## PARTE SEGUNDA

### LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN ADECUADA DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS A LA LEY PENAL JUVENIL

Las líneas y directrices básicas que conforman el régimen constitucional y penal especial por el que se ha de regir el sistema de justicia sancionatorio juvenil, son el marco fundamental mediante el cual deben ser interpretadas las recientes reformas legislativas efectuadas a los artículos 15, 17 y 18 del referido estatuto normativo. Y su estudio impone al menos dos alternativas para el aplicador judicial: (a) efectuar una interpretación conforme al estatuto fundamental de aquellas normas que lo permitan, o (b) considerarlas total o parcialmente inconstitucionales, pues podrían considerarse para algunos, contrarias a los principios generales o especiales plasmados en la carta magna o en el DIDH.

Sin pretender incidir en el caso concreto, conviene efectuar algunos comentarios a cada una de las disposiciones modificadas e intentar efectuar un cotejo en relación a su compatibilidad constitucional.

---

56 ROXIN. *Derecho penal, parte general*, Tomo I, Edit. Civitas, Madrid, 1997, Pág. 792 y ss.



## 1. COMENTARIO A LA REFORMA EFECTUADA AL ARTÍCULO 15 DE LA LEY PENAL JUVENIL

La reforma legislativa efectuada al párrafo cuarto del artículo 15 establece:

“Cuando la infracción fuere cometida por un menor, que hubiere cumplido dieciséis años al momento de su comisión, el Juez podrá ordenar el internamiento hasta por un término cuyos mínimo y máximo, serán la mitad de los establecidos como pena de privación de libertad en la legislación penal respecto de cada delito. El término máximo de la medida será de siete años, salvo los casos en que incurren en responsabilidad penal por los delitos de homicidio simple, homicidio agravado, proposición y conspiración en el delito de homicidio agravado, extorsión, proposición y conspiración en el delito de extorsión, secuestro, proposición y conspiración en el delito de secuestro, atentados contra la libertad individual agravados en el delito de secuestro, violación en menor o incapaz, agresión sexual en menor o incapaz, violación y agresión sexual agravada, robo agravado, así como, proposición y conspiración en el delito de robo agravado; en los cuales el término máximo de la medida podrá ser de hasta quince años. No obstante, lo establecido anteriormente, en ningún caso por dichos delitos, el internamiento podrá ordenarse por un término igual o mayor al mínimo de pena de privación de libertad que en la legislación penal corresponda para cada delito”.

La modificación al referido artículo dota de dos nuevas reglas de aplicación al internamiento como medida definitiva. En primer lugar en cuanto a su máximo -15 años- en relación a la franja de infractores que se encuentren entre los 16/18 años y que cometan alguno de los delitos contemplados en el tenor literal; y en segundo lugar, en cuanto a que la sanción de internamiento nunca podrá sobrepasar el mínimo de la pena abstracta que correspondería a un adulto.

En suma, se trata de dos reglas de dosimetría legal con las que el legislador amplía y extiende temporalmente la sanción de internamiento en aquellos casos que él considera de mayor gravedad social atendiendo a la importancia de los bienes jurídicos puestos en juego -vida, libertad ambulatoria, libertad sexual y patrimonio-. Pero sin que llegue de alguna manera a equipararse en cuanto a su duración a la que correspondería a un adulto en la jurisdicción penal ordinaria.

Es advertible en el cuerpo de reformas legales, la consecución de finalidades preventivo-generales mediante el uso del internamiento para esos casos. Quizás con la finalidad de brindar un tratamiento sumamente áspero a todos aquellos hechos conmueven el sentimiento de seguridad del colectivo social; pero también de brindar un tratamiento ejemplificante a quienes pueden considerarse como destinatarios de las normas penales, y por ende, motivables. En realidad, si esa es la finalidad implícita de la modificación legal, habrá que considerarla inconstitucional, en la medida



que el principio de dignidad humana impide instrumentalizar a una persona para escarmentar a otros y mucho menos cuando de niños, niñas y jóvenes se trata.

Sin embargo, la reforma admite otra lectura que se relaciona con la compatibilidad de la duración del internamiento con la ejecución de un tratamiento de corte reeducador. En efecto, la reforma es incompleta en la medida que en la Ley de Ejecución de Medidas al Menores no contempla un sistema de cumplimiento de las medidas que permita establecer a manera de fases o grados, cuando podría considerarse a un joven con un alto pronóstico de reinserción independiente de la duración de la medida impuesta en sede judicial. Al efecto, podría mantenerse el máximo de quince años, pero de forma conjunta establecer un régimen de cumplimiento que no permita llegar a tales extremos por haberse cumplido con la metas del sistema o al cumplimiento íntegro de la medida por falta de voluntad del joven en participar en los programas de reinserción.

En tal sentido, la interpretación propuesta se muestra en consonancia con lo estipulado en el art. 37.b) CDN cuando establece que el encierro debe ser el último recurso y durante el periodo más breve que proceda. Ello admite interpretarse como el periodo razonable para ejercer un tratamiento de corte reeducador conforme al diseño de una fase de ejecución que se estructure para tales fines.

Y es que conviene dejar claro, que la libertad de configuración que el legislador tiene en este ámbito debe ser respetada, pues mantiene siempre el régimen de excepcionalidad y de último recurso que debe tener el encierro, dejando la responsabilidad de su adopción en el caso concreto al juez sentenciador en orden a la gravedad del hecho y la culpabilidad del joven –piénsese en un concurso real de dos o más homicidios agravados en los que se ha participación como autor directo o coautor–.

Se advierte entonces, que el ámbito de aplicación de la nueva redacción del art. 17 LPJ es el momento de la imposición de la medida. Aquí, quedará a criterio del Juez si el caso que conoce reviste la gravedad suficiente para llegar a tales máximos, teniendo en cuenta elementos tales como el disvalor de acción, de resultado y de la necesaria exigencia culpabilística del joven infractor. Aunado a lo anterior, deberá motivar razonadamente si en tales casos el internamiento se muestra como la medida adecuada para desarrollar en el joven un tratamiento reeducativo que evite a futuro la comisión de hechos igual o mayor gravedad.

## 2. COMENTARIO A LA REFORMA EFECTUADA AL ARTÍCULO 17 DE LA LEY PENAL JUVENIL

La nueva redacción del art. 17 LPJ establece:

“La duración de las medidas no excederá de cinco años, salvo lo dispuesto para los menores que hubieren cumplido dieciséis años al momento de la comisión del hecho.



El Juez de ejecución de las medidas, cada seis meses, revisará de oficio las medidas impuestas al menor, a fin de constatar que se encuentra en un programa de capacitación y escolarización, y que la medida y las circunstancias en que se cumple no afectan el proceso de reinserción social del menor. Solicitará para ello la colaboración de los especialistas.

Las medidas podrán ser modificadas, sustituidas o revocadas por el Juez de oficio, a instancia de parte del Director del centro donde se encuentre el menor, con base en las recomendaciones de los especialistas. No será procedente la modificación, sustitución o revocatoria de una medida de internamiento, cuando ésta represente un peligro para las víctimas o los testigos, se trate reincidencia o habitualidad, o la medida haya sido decretada por más de una infracción.

Las personas encargadas de dar apoyo al menor informarán al Juez cada tres meses sobre la conducta observada por éste.”

En consonancia con los ideales de reeducación y reinserción social que presiden primordialmente, tanto la imposición de la medida como su ejecución, se advierten, tanto en el párrafo segundo como en el tercero y cuarto, la preocupación de legislador por una continua evaluación judicial de los avances que el menor presente en la aplicación de cada una de las medidas establecidas en la Ley Penal Juvenil, y de ahí que las instancias técnicas o de especialistas gocen de un gran protagonismo de acuerdo al tenor literal de la ley.

Sin embargo, tales actividades de seguimiento y los ideales que las inspiran sufren una insalvable contradicción cuando en el ámbito del internamiento se prohíbe su modificación, sustitución o revocatoria al acontecer tres supuestos: (a) cuando el joven infractor represente un peligro para las víctimas o los testigos; (b) se trate de reincidencia o habitualidad; (c) la medida haya sido decretada por más de una infracción.

En relación al primer supuesto, se advierte una connotación peligrosista del internamiento, cambiando su entendimiento de una sanción penal por el injusto cometido a una medida de carácter asegurativa del penalmente responsable, lo cual acerca su entendimiento a un inaceptable resabio del Derecho Penal de autor y una flagrante inobservancia del principio de legalidad, tal y como lo vimos anteriormente.

Aparte de ello, la seguridad de una víctima o de un testigo no resulta resguardada de forma completa con el encierro del infractor, pues sencillamente sus secuaces pueden encargarse sobradamente de eliminarlo; ora durante la tramitación del proceso, ora éste haya concluido.

En realidad, tal disposición asemeja el encierro a los fines propios de la detención provisional, particularmente al peligro de obstaculización que un sindicado pueda tener en relación a la intimidación de los potenciales testigos. Peligro que no tiene



razón de ser, luego de haberse concluido la vista de la causa y haberse declarado la responsabilidad penal mediante sentencia debidamente ejecutoriada.

El segundo supuesto se relaciona con la habitualidad y la reincidencia del infractor de la norma penal. Ambas son formas de lo que podríamos denominar *reiteración delictiva*, y junto con la *profesionalidad* han sido figuras reguladas constantemente en los códigos penales salvadoreños. De acuerdo al Código Penal, reincidencia es cometer el hecho –como autor o partícipe– cuando se realice un nuevo delito dentro del periodo de cinco años desde la última condena por delito doloso contra un mismo bien jurídico o de igual naturaleza. Mientras que la habitualidad, se relaciona con quien ha sido condenado en dos o más ocasiones en las mismas circunstancias relacionadas con la reincidencia (art. 30 N° 16 CP).

En el ámbito del Derecho Penal de adultos, ambas formas de recaída en el delito comportan las siguientes proyecciones: (a) una circunstancia modificativa genérica de responsabilidad penal (agravante), que permitiría llegar al máximo de pena; (b) una circunstancia modificativa específica (agravante), que exaspera los marcos penales contemplados para algunos tipos básicos de la parte especial; (c) constituye restricción al uso de la conciliación como vía alterna para la salida del sistema penal; (d) genera efectos dentro de la fase de ejecución penitenciaria, en la medida que determina un régimen especial de cumplimiento de la pena, y que dentro del mismo no puede ser otorgado el beneficio de la libertad condicional.

Sin embargo, y a diferencia del expansivo ámbito que tiene en el sistema de adultos, el efecto más nítido en el campo de la justicia penal juvenil se relaciona con la imposibilidad de modificar el ámbito de la medida de internamiento por parte de los jueces de ejecución de medidas.

Al efecto, no puede dejarse de soslayar la dudosa constitucionalidad, tanto de la reincidencia y de la habitualidad con ciertas directrices integrantes del programa penal de la Constitución, tales como los principios de culpabilidad y del *ne bis in idem*.

Con relación a la culpabilidad, la cual supone un juicio de reproche a un sujeto determinado por no haber adecuado su conducta conforme a los parámetros que obliga el Derecho, tanto la capacidad de culpabilidad, el conocimiento del actuar antijurídico y la exigibilidad de una conducta acorde con el ordenamiento jurídico, se encuentran igualmente referidas a la conducta objeto del enjuiciamiento, y no a otras anteriores.

Desde este entendimiento, la peligrosidad individual es un elemento totalmente ajeno, y que en última instancia conllevaría una valoración por el carácter, lo que supondría una reviviscencia del ya superado *gesinnungstrafrecht*. Y aún si definimos a la reincidencia, tal como lo hace Mir Puig, como una cuestión actitudinal



de contrariedad al Derecho<sup>57</sup>. No puede entenderse cómo esta postura permanente de rebeldía individual –que existe en teoría de forma anterior al cometimiento del segundo hecho– pueda ser valorada judicialmente, sin caer en un indeseable resabio de un Derecho Penal de autor en la determinación judicial de la sanción penal, pues se franquea la barrera del injusto realmente acaecido, y se concentra en la percepción personal del reo con relación al ordenamiento jurídico.

Al respecto, conviene señalar lo manifestado por BUSTOS RAMÍREZ, quien plantea que ese desprecio permanente en contra de los bienes jurídicos, que implica necesariamente la reincidencia, lleva a tipos de autor o bien a un Derecho Penal por el carácter, lo cual no puede fundamentar por tanto una agravación<sup>58</sup>.

Por último, y quizás la objeción más importante a estas circunstancias agravantes, es su clara contradicción con la prohibición constitucional del *ne bis in idem*, estipulada en el inciso primero del art. 11<sup>59</sup>. Ello es perceptiblemente claro cuando el incremento de la sanción penal tiene como base una anterior conducta delictiva ya castigada. Es así que, la referida norma constitucional que declara la inadmisibilidad de las múltiples penas por una misma infracción criminal, impide la consideración de un residual efecto acumulativo derivado de un primer enjuiciamiento, y que ha de ser tenido en cuenta en la siguiente sentencia condenatoria.

En suma, y tal como lo ha expuesto de forma incesante un amplio sector doctrinario, estamos en presencia de figuras penales altamente inconstitucionales y donde el juez con competencia penal juvenil puede analizar la conveniencia o no de inaplicar tales tipos de normas<sup>60</sup>.

El último supuesto se relaciona con que el joven haya cometido más de una infracción. Sin embargo, la norma no especifica qué tipo de infracción –delito ni falta– ni tampoco la gravedad de la misma. En realidad, tal norma parece referirse al ámbito del concurso de delitos y puede inferirse que se trata de concursos reales o ideales entre delitos graves. Al menos, es lo que una interpretación razonable denota en relación al tenor de la norma.

Empero, la dificultad que tiene este último supuesto se relaciona con la imprecisión lingüística de la redacción y las confusiones interpretativas que genera. Entre ellas, a qué tipo de concursos se refiere –obviamente no se trata de concursos

57 MIR PUIG. *Derecho penal*, citado, Pág. 652.

58 BUSTOS RAMÍREZ. *Manual del Derecho penal*, parte general, Edit. Ariel, Barcelona, Pág. 376.

59 Art. 11. “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”.

60 ZUGALDÍA ESPINAR, *Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia*, PJ, N° 13, Marzo, 1989, Pág. 85.



aparentes de normas-, se trata de infracciones simultáneas y conocidas dentro de un determinado proceso o se trata de dos o más procesos distintos, etc.

Es así que ese supuesto roza peligrosamente los ámbitos claramente delimitados del principio de legalidad en relación a la *lex certa* o mandato de certeza, cuyo respeto exige disposiciones claras, precisas e inequívocas en el ámbito del Derecho penal material.

### 3. COMENTARIO A LA REFORMA EFECTUADA AL ARTÍCULO 18 DE LA LEY PENAL JUVENIL

*El artículo 18 estipula:*

“Cuando el menor cumpliera dieciocho años de edad y la medida se encontrara vigente, ésta continuará, salvo que el Juez la revoque. En el caso de medidas de internamiento, cuando se trate de menores que hubieren cumplido dieciséis años al momento de la comisión del hecho, no podrá revocarse la medida mientras no se hubiere cumplido al menos las tres cuartas partes del término por el que fue ordenada, siempre y cuando los reportes sobre la conducta del mismo sean favorables.

En ningún caso podrá cumplirse la medida de internamiento, en sitios de reclusión para la persona sujeta a la legislación penal común”.

La nueva redacción se inscribe dentro de la finalidad perseguida de lograr un cumplimiento íntegro de la medida de internamiento, y en la que excepcionalmente puede lograrse la libertad sin ningún tipo de restricciones, siempre y cuando se hayan cumplido las tres cuartas partes y exista un pronóstico objetivo de reinserción.

En realidad, tal restricción impone un tratamiento de mayor rigor en cuanto al joven infractor de la norma penal que al adulto. Pues este último puede optar al instituto de la libertad condicional que únicamente requiere el cumplimiento de las dos terceras partes de la condena, haber satisfecho la responsabilidad civil y existir un dictamen favorable del respectivo Consejo Criminológico Regional (art. 85 CP). Aún más, situación del adulto en cuanto al régimen penal general que puede ser aún más favorable, con la regulación de la libertad condicional anticipada (art. 86 CP); el joven en cambio, requerirá cumplir las tres cuartas partes. El contraste resulta obvio.

Por lo anterior, cabrían al menos tres ámbitos de discusión:

- a) La disposición secundaria podría entrar en una abierta contradicción con el art. 37 b) CDN, cuando establece que la detención, encarcelamiento o prisión es el último recurso que operará *durante el periodo más breve que proceda*. Por tanto, como en líneas anteriores he expuesto, la duración del encierro como sanción penal debe relacionarse con la finalidad reeducativa que persigue su ejecución. De acuerdo con lo anterior, si existe un pronóstico positivo de reinserción no



será necesario esperar el cumplimiento de las dos terceras partes para sustituir o modificar la medida.

- b) En el mismo sentido, la norma habla de revocar, más no de modificar o sustituir, que también son competencia de los Jueces de Ejecución de Medidas al Menor (art 4 literal 3° y 4° LVCEMM). Por ende, cabría la posibilidad de sustitución de la medida de internamiento por la libertad asistida, si es que con la misma se coadyuva en el proceso de reinserción del joven.
- c) Por último, la problemática que subyace a la reforma. La necesidad de un sistema de ejecución de la sanción penal de carácter progresivo, que a manera que el de los adultos garantice de mejor manera la puesta en libertad –con o sin condiciones– a quienes verdaderamente puedan llevar una vida fuera de los ámbitos del encierro, alejada de la comisión de nuevos delitos y de una ascendente carrera criminal.

#### 4. CONCLUSIONES

La existencia de un programa penal de la Constitución, el cual puede hacerse valer, tanto mediante el control concentrado de inconstitucionalidad como en relación a la potestad de inaplicar leyes por parte de los jueces en el caso concreto, y en el que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos juega un importante rol de complementador y expansivo de las normas fundamentales. Es un dato que tanto el juez como el legislador deben tener en cuenta.

De ello se deduce que no pueden existir producciones legislativas ni modificaciones a las ya existentes, que transgredan cada uno de los principios que lo constituyen. Y más aún, que si bien es cierto que las valoraciones sociales implican un cambio en el tratamiento de la delincuencia juvenil, ella no puede traspasar los límites infranqueables que rodean el tratamiento penal diferenciado que impone la Constitución, tanto en los artículos 3 y 35 párrafo segundo.

Así, desde un punto de vista equidistante, conviene tener presente la necesidad de crear un sistema de dosimetría judicial específico para el ámbito de la justicia penal juvenil, y que pudiera conjugar de mejor manera las reglas excesivamente genéricas que se estipulan en el art. 95 LPJ. Mientras ello sucede, el aplicador del Derecho debe observar las reglas estipuladas en el art. 63 y siguientes del Código Penal, y aplicarlas en cuanto ello sea posible en el proceso penal juvenil, de conformidad a la supletoriedad establecida en el art. 41 LPJ.

Por otra parte, resulta pertinente avivar la discusión, en referencia a la creación de un sistema de ejecución de la medida de internamiento, que en similitud al de los adultos pueda garantizar que efectivamente la revocatoria, modificación o sustitución de la referida medida sea otorgada a quien verdaderamente demuestra avances significativos en su reeducación y reinserción social. Este es el *quid* de la





cuestión, y la razón sustancial por la que el legislador decidió modificar la magnitud máxima del encierro en la Ley Penal Juvenil.

De ahí que éste sea el reto para modificar adecuadamente la LVCEMM, conforme las necesidades sociales actuales sin tener que comprometer gravemente los principios constitucionales e internacionales en los que se asienta la ley especial.

## TEMA 2

### LA RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DE LA UTILIZACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL ÁMBITO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

#### ¿APLICACIÓN DE LAS REGLAS GENERALES DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL?

##### 1. PLANTEAMIENTO

La intervención de niños, niñas y adolescentes en la realización de hechos criminales plantea difíciles problemas en orden a establecer su participación delictiva en los mismos, y no menos problemática es si los mismos pueden ser considerados miembros de una agrupación ilícita y ser sancionados autónomamente por el sólo hecho de pertenecer a la misma, y sin relacionar los delitos cometidos. Por si fuera poco, faltaría por establecer si existe algún título de imputación que cabría endosar al adulto que realiza cualquiera de las siguientes actividades: (a) enliste o reclute niños o jóvenes, (b) asigne una función dentro de la estructura delictiva, o (c) los utilice como ejecutores de un hecho delictivo.

El Parlamento ha deseado regular tales situaciones en las últimas reformas efectuadas al Código Penal, mediante el Decreto Legislativo N° 459, emitido el 1°/IX/2010 y publicado en el Diario Oficial N° 190, Tomo 389, de fecha 12 de octubre de 2010, teniendo en mente la utilización que por parte del crimen organizado ellos pudieran tener.

Así, se incorpora al Código Penal una circunstancia agravante –contemplada en el numeral 20 del artículo 30– que se relaciona con la ejecución de delitos utilizando menores o incapaces. De igual forma, en la reciente reforma al artículo 345, se estipula en su párrafo último que quien reclutare a menores de edad para ingresar o incorporarse a una asociación ilícita, o los utilice como parte de la estructura delictiva será sancionado con quince a veinte años de prisión.

Sin embargo, cabe la pregunta si tales normas eliminan la necesidad de utilizar las reglas generales de la autoría y participación criminal, que por décadas la dogmática penal se ha encargado de ir desarrollando con un alto grado de precisión;



o sí por el contrario, son normas adicionales que podrían entrar en colisión con la expresas estipulaciones del legislador en esta materia, y que tendrán que resolverse conforme a las reglas estipuladas en el artículo 7 CP, como un concurso aparente de normas penales.

En este estudio, se pretende establecer que las reglas generales que nos brinda la dogmática penal en el ámbito de la autoría y participación son más que suficientes para resolver tales problemas de aplicación en sede penal juvenil y en el ámbito penal en general. Sin que ello signifique otorgar impunidad a quien en realidad se le puede atribuir el hecho como *suyo* y, por ende, entenderlo como penalmente responsable.

A fin de demostrar esta tesis inicial, conviene pasar postura al marco general doctrinario que nos servirá para resolver los problemas apuntados, sin dejar de lado una somera conceptualización de la relación entre criminalidad organizada y asociación o agrupación ilícita, como conceptos de conocimiento esencial para intentar resolver la problemática y a los cuales el legislador enfocó su atención<sup>61</sup>.

## 2. EL CRIMEN ORGANIZADO Y SU RESPUESTA PENAL

### 2.1. Conceptualización general del crimen organizado

Para nadie es un secreto que en el último lustro se han producido grandes transformaciones a nivel global, y que inevitablemente, frente a las clásicas formas de criminalidad individual, se han desarrollado diversas formas de criminalidad más corporativa; es decir, del crimen como empresa. Cuando nos encontramos ante esta última hipótesis, se suele hablar de “crimen organizado”<sup>62</sup>.

Y es que cuando se utiliza dicho término, nos estamos refiriendo a una forma de delincuencia colectiva que se encuentran en condiciones de actuar tanto en el ámbito legal –sectores políticos y económicos– como ilegal, y cuya influencia en tales ámbitos puede condicionar negativamente sectores enteros de la vida productiva.

Cuando tal actividad trasciende fronteras, se suele hablar de “crimen organizado internacional”, “crimen organizado global” o “crimen organizado transnacional”<sup>63</sup>. Quizás este último término sea actualmente el más preferido en el ámbito del Derecho Penal Internacional, pues no sólo destaca la naturaleza

61 Conviene celebrar y reconocer el mérito de los doctrinarios nacionales sobre esta materia, de la cual ya podemos considerar que existen análisis serios de esta problemática. Así, RAMÍREZ MURCIA, *Las agrupaciones ilícitas como delincuencia organizada*, Edit. Multilibros, San Salvador, 2009; y CHÁVEZ MATA/TREMINIO SALMERON, *Autoría y participación en el injusto criminal*, Imprenta de la Universidad de El Salvador, San Salvador, 2009.

62 BLANCO CORDERO. *Criminalidad Organizada y mercados ilegales*, Eguzkilore, N° 11, 1997, Pág. 215.

63 LUPSHA. *El crimen organizado transnacional versus La nación-Estado*, Revista Occidental, México, 1994, Pág. 15.



internacional u organizada de estos grupos criminales, sino también el carácter transnacional de sus actividades<sup>64</sup>.

Empero, no conviene dejar de lado que la criminalidad organizada no es un fenómeno tan nuevo, pues junto con el contrabando son fenómenos que han existido desde tiempos inmemoriales. Lo novedoso es la escala en su actividad –global– y el hecho de que el crimen organizado posee medios que antes eran de exclusividad del Estado<sup>65</sup>. Para el caso, el acceso a la tecnología, la posibilidad de moverse a cualquier punto de la tierra, la adquisición fácil y barata de armas altamente mortíferas y el inmenso caudal de recursos financieros, le permiten amenazar, rivalizar y socavar la estabilidad de cualquier nación.

Por tal motivo, tiene razón GARCÍA RIVAS en sostener que la criminalidad organizada es un fenómeno sociológico que se ha incrementado significativamente de manera paralela al propio desarrollo de la sociedad post-industrial<sup>66</sup>.

Cabe la pregunta: ¿qué factores han propiciado ese desarrollo que hoy podríamos caracterizarlo de transnacional?

- a) En primer lugar, la globalización de la economía. Las organizaciones criminales tienen una gran habilidad para aprovechar las ventajas que ofrece un nuevo espacio mundial con la creación de zonas de libre comercio en diferentes partes del mundo. En el mismo, existe una amplia demanda de bienes lícitos como bienes ilícitos –armas, drogas, materiales radioactivos, tráfico y trata de personas o de órganos humanos, etc. –. Es preciso, entonces, que para satisfacer esta demanda se disponga de una infraestructura y unos medios que a un nivel individual sería muy difícil conseguir. De ahí que la organización y la logística se vuelve necesaria para satisfacer tales demandas. Como muy bien ha dicho BLANCO CORDERO, el delincuente organizado es un empresario y la organización actúa como una auténtica empresa criminal que asume los modelos y estructuras propias del mundo de la industria y los negocios<sup>67</sup>.

---

64 Pese a tales precisiones, para algunos estamos ante un concepto difuso y que, pese a ello, ha influido enormemente la política de seguridad de nuestros países latinoamericanos. Al respecto, críticamente: CHIRINO, *La criminalidad organizada como un nuevo topos de la política de seguridad y orden. Algunas consideraciones sobre los cambios procesales surgidos del ímpetu de esta política*, en: LLOBET/CHIRINO, *Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada*, Edit. Areté, San José, Págs. 173 y 174.

65 LUPSHA. *El crimen organizado transnacional*, citado, Pág. 18. Sin embargo, para HASSEMER, estamos ante una criminalidad cuantitativa y cualitativamente diferente. Véase su artículo: *Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada*, citado, Pág. 1.

66 GARCÍA RIVAS. *Criminalidad organizada y tráfico de drogas*, RP, 1998, Págs. 23 y 24.

67 BLANCO CORDERO. *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado*, RP, N°.



- b) Este proceso de internacionalización reporta cuantiosas ventajas, que van desde explotar logística y territorialmente puntos vulnerables en diferentes países. En especial, aquellos que presentan severas condiciones de pobreza y donde los regímenes políticos e institucionales son débiles, volviéndolos altamente vulnerables a ser corrompidos mediante los *bolsillos profundos* de tales organizaciones. Esto reporta una clara seguridad a los integrantes, ya que los mecanismos de persecución penal de tales Estados se muestran inoperantes o existen claras trabas a la cooperación judicial internacional.

Por ello, tiene razón HASSEMER, cuando señala que las organizaciones criminales recurren siempre al control de las instituciones que han sido designadas en su combate. Y ello no debe entenderse en relación al ministerio público fiscal o la policía, sino también de aquellos órganos estatales encargados del control en general y de los gremios de decisión. En síntesis, y en palabras del connotado profesor alemán, el *proprium* de la criminalidad organizada consiste en la paralización del brazo que ha de combatirla con la coruptibilidad del aparato estatal<sup>68</sup>.

- c) El ciclo de la actividad criminal suele cerrarse afirmando la posibilidad de canalizar los beneficios de origen delictivo, mediante la utilización del sistema financiero global que, conforme la eliminación de controles nacionales y regionales, se vuelve cada vez más difícil seguir el rastro de los mismos<sup>69</sup>. Aquí aparecen en todo su esplendor los denominados *paraísos fiscales*, en los que es posible ocultar e invertir los fondos de origen delictivo y “blanquearlos” a fin de preparar su retorno a la economía legal<sup>70</sup>.

Conviene detenerse un momento a reflexionar sobre el origen y evolución de un grupo criminal organizado. Y en esto, LUPSHA coincide en que la mayoría de ellos tienen un carácter étnico simple o una raíz de identidad nacional. Así, siguiendo a este autor norteamericano, estos colectivos se encuentran enraizados en una familia, clan, etnia, dialecto o cohorte. Dedicándose a ofertar servicios que el mercado ilícito reclama: tráfico de drogas, armas, personas, comercio ilícito de metales, joyería, etc.

En relación a su evolución, de acuerdo a su tesis, se pueden identificar tres fases perfectamente diferenciadas: la etapa *rapiñera*, la etapa *parasítica* y la etapa *simbiótica*.

En la primera, el grupo criminal es una pandilla callejera o un grupo con raíces étnicas en un área determinada –vecindario, calle, territorio, etc. – y la violencia es

68 HASSEMER. *Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada*, Revista Justicia de Paz, N° 11, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2002, Pág. 3.

69 CARLA DEL PONTE. *Crimen organizado y lavado de dinero*, en: A.A.V.V., *Narcotráfico, política y corrupción*, Edit. Temis, Bogotá, Pág. 163.

70 En especial, CRESPO BARQUERO. *Delito de lavado de dinero y activos*, Revista Justicia de Paz, N° 11, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2002, Pág. 84 y ss.



ante todo de carácter eminentemente defensivo, con la única finalidad de mantener el dominio sobre cierto territorio.

En la segunda etapa, la parasítica, aparece una *ventana de oportunidad* mediante la cual el grupo emerge como crimen organizado, dedicándose a cierto giro de productos de naturaleza ilícita. El alcohol lo fue para grupos de gánsteres americanos en los años veinte del siglo pasado, o la droga para los *cárteles* mexicanos o colombianos

En cuanto a la última fase, la *simbiótica*, los sectores políticos y económicos legítimos se vuelven dependientes del parásito, es decir de los monopolios y las redes del crimen organizado, para sostenerse a sí mismos. Y esa influencia se proyecta en los ámbitos legislativo y judicial de una nación. De ahí que los medios tradicionales para hacer cumplir la ley no funcionan, pues el crimen organizado se ha vuelto parte del Estado. En otras palabras, y disculpas por la reiteración, un Estado dentro de otro Estado<sup>71</sup>.

No debe pasar inadvertido que la finalidad perseguida por esta forma de criminalidad corporativa, no resulta distinta de cualquier actor económico regular: *el máximo de riqueza, influencia y poder dentro de una nación*. De ahí que su accionar pueda diversificarse en diferentes rubros que supongan cuantiosas ganancias<sup>72</sup>. Estas últimas penetran en sectores legítimos de la economía mediante el lavado de dinero, y cuya movilidad resulta facilitada por los diferentes mecanismos electrónicos que ofrece la banca a nivel mundial, entre otros<sup>73</sup>.

## 2.2. Los diversos mecanismos legales utilizados en el combate al crimen organizado

La noción básica del Estado moderno presupone el uso racional y legítimo de la fuerza conforme al estándar fijado por la Constitución. Sin embargo, como vemos, este poder coercitivo es retado por esos actores no estatales, que tienen los medios y habilidades para disputar con el Estado tal monopolio exclusivo de la fuerza, pudiendo en ocasiones tener el control de ciertas zonas del territorio<sup>74</sup>.

71 LUPSHA., *El crimen organizado transnacional*, citado, Págs. 27-29.

72 Esto último se ha visto claramente con los cárteles mexicanos que trafican con droga hacia Estados Unidos, y cuyos tentáculos los han extendido en los negocios de tráfico ilegal de migrantes y trata de personas. Al respecto, MARTÍNEZ, *El delito de trata de personas. Aspectos criminológicos y legales*. CNJ, San Salvador, 2008, Pág. 35.

73 Al respecto, véase el estudio sumamente detallado realizado por CALLEGARI, *Lavado de activos*, Edit. Ara, Lima, 2009, Págs. 47 y ss.

74 Tal y como apunta CANCIÓ MELIÁ, la *ratio essendi* de la incriminación y persecución penal de estos grupos es sencillamente por arrogarse una competencia exclusiva del Estado. En palabras del profesor español citado: "...la organización delictiva se arroga el ejercicio de derechos pertenecientes al ámbito de soberanía del Estado. Sólo si se vincula de este modo la emergencia



Adicionalmente, la creación y mantenimiento de una estructura organizada de poder dentro del propio Estado supone una amplificación del peligro a los bienes jurídicos de todos los ciudadanos, los cuales viven cotidianamente en la angustiosa incertidumbre de su sobrevivencia.

Ante tal situación, la utilización del Derecho Penal está sobradamente justificada. Sin embargo, la discusión, en la actualidad, radica en lo que algunos denominan el *fracaso* de los instrumentos clásicos propios del Estado liberal de Derecho para su combate. Y propugnan, con el uso de nuevos medios en el ámbito del Derecho Penal y Derecho Procesal, de mayor eficacia, aunque con posibles mermas en el ámbito del respeto de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Así, las líneas de acción que se propugnan son las siguientes<sup>75</sup>.

- a) En el ámbito del Derecho Penal material, la inclusión de nuevos tipos penales de carácter organizativo o la modificación de los ya existentes, poniendo el acento en la anticipación de las barreras de punición, como puede ser el castigo de determinados actos preparatorios o elevándolos a algunos de ellos al rango de delitos autónomos. De igual forma aparece el castigo penal por la mera pertenencia a una asociación criminal, o se agravan las penas cuando determinados delitos se cometan al amparo de la referida estructura<sup>76</sup>. En forma simultánea a lo anterior, se efectúa una re-lectura de los ámbitos de la autoría y participación, así como del tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>77</sup>. En el ámbito de las consecuencias jurídicas, se potencian mecanismos como la confiscación de los productos derivados del delito<sup>78</sup>.

---

de la organización con el incremento fáctico de la peligrosidad que esta supone, se percibe con claridad el específico significado de la actuación colectiva de las organizaciones criminales: pone en cuestión el monopolio de la violencia que corresponde al Estado. Véase su artículo: El injusto de los delitos de organización: peligro y significado, en: CANCIO MELIÁ/SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, Edit. B de F, Montevideo, 2008, Pág. 75.

75 CHOCLÁN MONTALVO. *Criminalidad organizada. Concepto*, CDJ II, 2001, Págs. 218 y ss.

76 En particular en este ámbito, merced tanto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Transnacional Organizada, se obliga a los Estados a la tipificación de conductas relativas a la participación criminal, como son: (1) el comportamiento de toda persona consistente en concertarse con una o más personas para ejercer una actividad que de realizarse derivaría en la comisión de un delito castigado con pena privativa de libertad; y (2) el comportamiento de toda persona que participa en una organización criminal cuando esa participación es deliberada y se dirija a facilitar la actividad criminal general del grupo o servirle a sus fines, o se haga con pleno conocimiento de la intención del grupo de cometer las infracciones.

77 PALIERO. *Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho italiano*, Anuario de Derecho penal, Lima, 1996, Pág. 50 y 51.

78 BONILLA GUZMÁN. *El comiso en relación con el narcotráfico*, Edit. Jurídica Continental, San José, 2011, Pág. 32.



- b) En el Derecho Procesal Penal aparecen instrumentos de discutida compatibilidad con los principios constitucionales inherentes a la noción del debido proceso, como la entrega vigilada, el agente encubierto y el agente provocador<sup>79</sup>. Para algunos, la justificación de su uso puede encontrarse en las insalvables dificultades de prueba que puede reportar la investigación de las organizaciones criminales. Junto a los mismos, se utilizan nuevos métodos tecnológicos que van desde cámaras de videos, satélites, sistemas informáticos de datos, etc.
- c) En el ámbito de la organización del sistema penal se conforman unidades especiales de la policía como del ministerio público fiscal y, en algunos casos, se crean competencias especializadas a cargo de tribunales especiales<sup>80</sup>.
- d) En el derecho internacional, relativizando el principio de territorialidad frente a la creciente importancia de la jurisdicción universal y con la adopción de nuevas formas de cooperación internacional, tanto policial como judicial. Y es evidente que el ámbito de la territorialidad estatal es sumamente estrecho para una persecución eficaz, requiriéndose necesariamente la cooperación internacional en materia penal.

Como apuntan acertadamente, BLANCO CORDERO/GARCÍA DE PAZ, la globalización de la economía ha arrastrado consigo una internacionalización de las actividades de las organizaciones criminales y, sin embargo, este proceso no se ha visto acompañado de una globalización del sistema judicial, situación que las organizaciones aprovechan para eludir la acción de la justicia<sup>81</sup>.

Dejando de lado esta somera referencia al ámbito de crimen organizado, y los diferentes mecanismos que en la actualidad se utilizan en su combate, conviene centrarnos exclusivamente en los particulares problemas que se presentan en orden a establecer la calificación jurídica del miembro de la organización delictiva; sea que únicamente pertenezca a la banda, sea que también haya ejecutado hechos delictivos –homicidios, robos, daños, etc. – por encargo del jefe o cabecilla.

En tales casos, se discute la aplicación del delito de asociación ilícita únicamente, o si por el contrario, también cabe hablar de autoría y participación en el seno de

79 En amplitud, MONTOYA, *informantes y técnicas de investigación encubiertas*, Edit. Ad hoc, Buenos Aires, 2001. Pág. 29 y ss.

80 CHOCLAN. *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Edit. Dykinson, Madrid, 2000, Págs. 29 y ss.

81 BLANCO CORDERO/GARCÍA DE PAZ. *Principales instrumentos*, citado, Págs. 13 y 14. Sin embargo, conviene señalar que se propugnan otras medidas sumamente importantes para el efectivo combate de este tipo de criminalidad: como la insistencia de que el combate debe realizarse de forma temprana en la denominada “etapa de rapiña” o la creación de centros de inteligencia, así como la investigación, simulación y modelado por computadora de complejos crímenes de empresa y organizaciones.



una agrupación delictiva. A tales efectos, conviene repasar las reglas de autoría y participación criminal que resultan aplicables. No dejando de hacer notar que es evidente la flexibilización de ciertas categorías dogmáticas, como la autoría mediata en orden a poder captar en toda su extensión la fenomenología de la organización criminal.

### 3. LAS REGLAS GENERALES DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL

Uno de los mayores problemas de la imputación penal radica en determinar a quién ha de considerarse autor o partícipe cuando intervienen una pluralidad de sujetos dentro de la realización delictiva.

Precisando con mayor detenimiento el problema, la cuestión radica en la determinación de los criterios que deben seguirse para determinar cuándo una persona realiza el hecho como propio, y quién en cambio posee únicamente una responsabilidad accesoria por colaborar en el hecho de otro. Tal pregunta adquiere sentido únicamente en los sistemas legales que establecen la distinción entre autores y partícipes –teoría diferenciadora de la participación– como acontece en El Salvador. No obstante esta salvedad, pueden encontrarse sistemas penales a nivel del derecho comparado que se denominan *unitarios*, caracterizados por no aceptar dicha distinción, y que imponen en igualdad de condiciones una misma escala penal, aunque luego tengan que realizarse algunas matizaciones de carácter singular.

De esta forma, la opción por un sistema penal que maneje un concepto restrictivo o uno de carácter unitario responde a una decisión de carácter político criminal, en la que en esencia se discute si hay que darle a algunos de los agentes delictivos un papel más importante que el de otros.

En términos específicos, la distinción entre autores y partícipes es una decisión valorativa acerca del merecimiento de pena. Y al menos en nuestro país, se ha seguido en materia de delitos dolosos una concepción restrictiva, que impone judicialmente efectuar la distinción entre los autores –directos, mediatos y coautores– y los partícipes –instigadores y cómplices–. Ello es distinto en el ámbito de la imprudencia donde si se maneja un concepto unitario, pues todo aquél que infringe la norma de cuidado debe reputarse autor<sup>82</sup>.

Pero volviendo al tema de los delitos dolosos –y particularmente de comisión– no todos los que intervienen merecen la consideración de autores. Desde esta óptica, pueden realizarse diversas aportaciones causales, pero valorativamente pueda que no tengan la misma importancia. Y esta idea no solamente deviene del criterio legal,

---

82 Art. 32 párrafo último: "...[e]n los delitos culposos cada uno responde de su propio hecho".





sino también de un criterio social diferenciador que es advertible aún en el lenguaje común: *entregar un cuchillo no significa valorativamente matar*.

Ahora bien, ese distingo entre autores y partícipes ha sido una de las cuestiones más polémicas en las que tanto la doctrina como la jurisprudencia han discutido arduamente desde el siglo pasado, dando lugar a un sinnúmero de teorías. De éstas se conocen generalmente tres: la teoría *objetivo-formal*, la *teoría subjetiva* y la teoría *objetivo-material*, denominada actualmente como del *dominio del hecho*.

La primera es patrimonio propio de los dogmáticos clásicos del principio del siglo pasado, y fue sumamente dominante en la ciencia alemana hasta 1930.

Ellos, muy respetuosos del principio de legalidad penal *-nullum crimen sine lege-*, indicaron que únicamente puede considerarse autor a quien realiza de propia mano la acción descrita en la descripción típica. Es decir que debe ser considerado autor quien realiza la acción de matar, sustrae la cosa mueble en el hurto o estampa la firma de otra persona en un documento.

Como bien apunta ROXIN, la fortaleza de esta teoría es que entiende el hecho individual en su totalidad, como una acción con sentido social, situando a aquel que ejecuta por sí mismo, como autor, en el centro de su consideración. Sus defectos consisten en que desde su punto de partida no cabe entender la autoría mediata ni tampoco la coautoría<sup>83</sup>.

Y esto es cierto, la concepción objetivo formal no podía explicar la justificada punición que merece el autor mediato, cuya característica esencial es que no realiza de propia mano el hecho sino su instrumento.

En sucesión, aparece la teoría subjetiva, propugnada exclusivamente por la jurisprudencia alemana encabezada por Tribunal Supremo del *Reich*, y luego por el Tribunal Federal, en algunos casos.

Su postulado esencial parte del reconocimiento de la causalidad de todas las aportaciones de quienes intervienen en el hecho delictivo, y donde no es posible distinguir entre las que poseen una mayor o menor importancia, ya que todas sirven para la realización del hecho, no pudiendo ser suprimidas hipotéticamente sin que el hecho desaparezca *-la conditio sine qua non* aplicada en el ámbito de la participación-.

Siendo entonces imposible en el plano objetivo distinguir entre autores y partícipes de acuerdo a la aportación. La diferencia debe buscarse en el ánimo de los que intervienen. Es así que, conforme a la teoría subjetiva, se distingue entre *animus actoris* *-el querer para sí la realización delictiva-* y el *animus socii* *-participar en el hecho que otro quiere-*. De esta forma, quien tenga el primero se convierte en autor y el que tenga el segundo en cómplice o inductor.

83 ROXIN. *Autoría y dominio del hecho*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1998, §7, Pág. 56.



Es evidente que esta postura jurisprudencial adolecía de claros defectos que terminaban brindando soluciones nefastas. Para ello basta citar los célebres casos como el de la bañera o el del agente secreto *Staschynki*<sup>84</sup>. En el primero, una mujer recién operada por un embarazo pidió a su hermana que matara a su recién nacido para evitar el *deshonor*, efectuándolo obedientemente la segunda. El *Reichgericht* consideró a la madre autora directa del hecho y a su hermana cómplice en razón que esta última no contaba con el ánimo de autor, pese a que materialmente ella había ahogado al recién nacido en la bañera. En el segundo caso, el *Bundesgerichtshof* afirmó en sus considerandos que el asesino no obró por propio impulso, sino que cometió el delito en interés de su mandante y, por tanto, lo calificó como cómplice.

Es obvio, como dice GIMBERNAT, que esta teoría subjetiva constituye una aberración y es incompatible con la más elemental sensibilidad jurídica, siendo por ello totalmente incorrecta<sup>85</sup>.

Actualmente se ha impuesto, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, una teoría material objetiva, mediante el denominado *dominio del hecho*, la cual tiene entre sus más connotados precursores al propio WELZEL, quien desde su concepción de la finalidad, como contenido esencial de la conducta penalmente relevante, definió como autor a quien es consciente de conducir su actividad hacia el resultado típico<sup>86</sup>. Ello lo vuelve *señor* del mismo.

Sin embargo, ha sido ROXIN quien ha dado los mayores aportes a la concreción de sus diferentes variantes. El citado profesor alemán considera correcto tomar como punto de partida la realización del tipo como criterio fundamental para la determinación de la autoría, pero ello no depende de una perspectiva meramente formal de realización de propia mano, sino de una perspectiva material: *el dominio del hecho*. El cual supone la estructuración del transcurso del suceso, dirigido al resultado, decisivo para su producción; aunque de manera alguna pueda definirse de forma exacta<sup>87</sup>.

Desde esta óptica, la teoría de la participación no puede explicarse, por lo tanto, mediante una pirámide encabezada por el elemento dominio del hecho,

84 Un amplio comentario de estos casos, en MAURACH/ZIPF, *Derecho penal, parte general*, Tomo II, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1995. § 58, Págs. 304-305. De igual forma, STRATENWERTH, *Derecho penal, parte general I, El hecho punible*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, § 14, Pág. 373.

85 GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y Cómplice en Derecho penal*, Universidad de Madrid, 1966, Pág. 53.

86 WELZEL, *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, Pág. 119. Los mayores problemas los tuvo con respecto al delito culposo, a quien en última instancia, a efectos de la determinación de autoría, la limitó a la comprobación de una acción contraria del deber objetivo de cuidado. Un interesante comentario, sobre estos vaivenes en la teoría welzeliana puede verse en "El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema de derecho penal". CERREZO MIR, José. *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Edit. Tecnos. Madrid.1982. P. 15 y ss.

87 ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, citado, Pág. 128.



que permitiría la deducción de consecuencias concretas mediante la ayuda de procedimientos lógicos. Por el contrario, sólo es posible captar las diversas formas posibles de co-realización delictiva, mediante un método orientado a la descripción de los fenómenos reales de la vida, buscando penetrar en su estructura fundamental<sup>88</sup>.

De ahí que ROXIN llega a la conclusión que no existe un concepto abstracto, general y superior de las formas de participación, sino una fenomenología cuya totalidad integra el sistema de la teoría de la participación. Por ello, el dominio del hecho se trata de un concepto *abierto, regulativo* si puede definirse así, el cual cuenta de tres variantes: un dominio de la acción que caracteriza al autor directo por ejecutar por sí mismo la acción típica, un *dominio de la voluntad* cuando realiza el tipo penal por medio de otra persona que le sirve como instrumento y el *dominio funcional* o más bien un *co-dominio funcional* relevante a efectos de comprender el reparto de papeles que connota la coautoría<sup>89</sup>.

Para el caso de nuestro Código Penal vigente, en materia de autoría, nada obsta para poderlo interpretar conforme la teoría objetivo formal, como en relación a la teoría del dominio del hecho; pues el artículo 33 CP permite un área de maniobra interpretativa, que únicamente aparece limitado en relación a las disposiciones referidas a la complicidad y la inducción.

### 3.1. Las diferentes formas de autoría contempladas en el Código Penal

En relación a la *autoría directa*, como muy bien señala el profesor Günther STRATENWERTH, no es necesario gastar ni una tan sola palabra, pues cuando una sola persona aparece como causante del suceso adecuado al supuesto de hecho típico, ella debe ser considerada autora del mismo, pues ha realizado de forma antijurídica los elementos objetivos y subjetivos del mismo<sup>90</sup>. En iguales términos, resalta ROXIN, que autor directo es quien "...no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano<sup>91</sup>".

Distinto es el caso de la *autoría mediata*, que ha sido definida de forma inigualable por WELZEL, al afirmar que el autor no necesita cumplir con sus propias manos el hecho en cada una de sus fases, sino que puede servirse no sólo

88 *Ibidem*, § 16, Pág. 142.

89 *Ibidem*. § 17. Pág. 147. No obstante su coherencia dogmática, el prestigioso científico alemán aprecia un límite claro a sus consideraciones respecto a la autoría en los delitos especiales como son los delitos de funcionarios, los omisivos y aún los culposos. Para éstos crea una nueva categoría, se trata de delitos cuya estructura típica se agota en la infracción del deber (*Plifchtdelikte*). Las consecuencias prácticas de dicho planteamiento derivan en que aquel que ostente dicho deber, es quien únicamente puede ser considerado autor, aún cuando materialmente domine o no el hecho.

90 STRATENWERTH. *Derecho Penal*, parte general, 1° edición, Pág. 228.

91 ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, citado, 152 y ss.



de instrumentos mecánicos, sino también del actuar de otro, para realizar el tipo<sup>92</sup>. ROXIN ha precisado además que no sólo el dominio de la acción típica como forma categórica del autor directo existe, sino que también otra forma de realización típica en base al dominio de la voluntad de otro sujeto: "...alguien realiza un tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona que le sirve a estos fines, que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro y, por lo tanto, es designada como una "herramienta" en manos de éste"<sup>93</sup>.

Y ello no impide considerar que tras esa interposición de personas los hechos no aparezcan como una obra del hombre de atrás<sup>94</sup>. En otras palabras, ese dominio de clara naturaleza dolosa por quien lo efectúa es lo que generalmente permite valerse de una persona, que por regla general no es penalmente responsable. Y ella es la característica fundamental que distingue a la autoría mediata de la forma de participación denominada instigación, en la que existe un ejecutor doloso y culpable.

Ahora bien, dentro de las formas más comunes de autoría mediata se encuentran la utilización de un instrumento de obre: (a) bajo error de tipo, (b) amparado por una causa de justificación, (c) se encuentre en una situación de inculpabilidad –enajenación mental, grave perturbación de la consciencia o desarrollo psíquico retardado–.

Es evidente que a nosotros, para efectos de dilucidar el tema en estudio, nos interesa particularmente si resulta aplicable el ámbito de la autoría mediata en el caso de la utilización de jóvenes y niños para cometer hechos delictivos. Y es que aquí los límites del referido instituto dogmático con la instigación no suelen ser tan claros.

Por ejemplo, en una histórica sentencia del Tribunal Supremo español se sostuvo que quien mueve a un niño a hurtar una cosa ajena debe responder como inductor de hurto. GIMBERNAT le da la razón al tribunal en la medida que existe un ánimo de apropiación que se traduce en la sustracción<sup>95</sup>.

92 WELZEL asegura que esta figura nace para llenar los vacíos de punibilidad, derivados tanto de la legislación como de la jurisprudencia en la exigencia de la accesoriadad extrema, es decir, la exigencia de una acción, típica, antijurídica y culpable por parte del autor, para, con base en ella y consecuentemente corolario del principio de accesoriadad, castigar a los partícipes. Así para el caso, si alguien inducía a un niño a matar a una persona y éste lo realizaba. El autor por ser un inimputable, no podía dar lugar subsecuentemente a la punición a quien en realidad lo había instigado. En la actualidad, además, de la afirmación de ésta figura la mayoría de las legislaciones siguen el sistema de accesoriadad limitada; es decir, exigiendo únicamente una consideración de la acción típica y antijurídica por parte del autor. Derecho penal alemán, citado, Pág.122.

93 ROXIN, *Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal*, en. A.A.V.V., *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*, Edit. Pannedille, Buenos Aires, 1970, Pág. 62.

94 RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "El autor mediato en el Derecho Penal Español". En *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*, obra citada, Pág. 561.

95 GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y Cómplice en el Derecho penal*, citado, Pág. 227.



Por su parte, WELZEL considera que la autoría mediata únicamente operaría respecto de la utilización de niños pequeños. Sin embargo, tratándose de jóvenes que pueden desarrollar una voluntad propia, tenemos que hablar de instigación o complicidad por parte del hombre de atrás<sup>96</sup>. ROXIN, por su parte, propone una solución intermedia: en los casos de catorce años, el hombre de atrás que los determina debe considerarse autor mediato. En cambio, en el caso de los adolescentes, únicamente cabe la autoría mediata, si es que el ejecutor directo no puede considerarse responsable de acuerdo a las leyes de responsabilidad penal juvenil<sup>97</sup>.

Empero, y particularmente en la franja de edad que supone los catorce a los dieciocho, lo decisivo será comprobar probatoriamente quién tiene el efectivo dominio del hecho y quién posee una libre –es decir, no viciada– formación de conocimiento y voluntad al obrar como ejecutor directo o partícipe del hecho. Ello es el *quid* para admitir si estamos en presencia de un instrumento impune o de alguien que debe responder de acuerdo a los cánones que señala la Ley Penal Juvenil<sup>98</sup>.

Otra de las formas de manifestarse el dominio del hecho es cuando existe la concurrencia de varias personas en la realización delictiva de acuerdo a un necesario reparto de papeles, antes o durante la realización<sup>99</sup>. A ello se le denomina el “co-

96 WELZEL. *Derecho penal alemán*, citado, Pág. 124.

97 Para el caso, ROXIN, cita el art. 3 de la *Jugendgerichtsgesetz* (Ley de Tribunales de Jóvenes): “[r] **esponsabilidad**. Los adolescentes son penalmente responsables cuando en el momento del hecho son suficientemente maduros, con arreglo a su desarrollo moral e intelectual, como para comprender lo ilícito del hecho y actuar con arreglo a tal comprensión”. Véase su obra, *Autoría y dominio del hecho*, citado, § 23, Pág. 264.

98 Hay que tener en cuenta la advertencia que efectúa el profesor tico Castillo González cuando señala: “...“La teoría del dominio del hecho no nos da criterio alguno para distinguir la instigación de autoría mediata, excepto una fórmula vacía, según la cual autor mediato es quien tiene el dominio del hecho. A partir de esta fórmula es necesario analizar, caso por caso, las hipótesis en las que subjetiva y objetivamente el autor mediato tiene preponderancia en la realización del hecho delictuoso, de tal modo que esa preponderancia justifique imputarle a él la acción cometida por el mediador del hecho. Cuando esta preponderancia justifique imputarle a él, la acción cometida por el mediador del hecho. Cuando esta preponderancia no se da, estamos normalmente frente a un caso de instigación. Para conocer los casos en los cuales racionalmente se da esa preponderancia, es indispensable conocer los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales de un país determinado sobre la autoría mediata. Ahora bien, en países como el nuestro, que carecen de tradición dogmática y la jurisprudencia utiliza viejos conceptos en materia de participación criminal, el problema es más difícil, y el desarrollo de la institución se convierte prácticamente en un problema de recepción del derecho extranjero y, particularmente, de la doctrina y de la jurisprudencia alemanas, a las que cualquier autor que trate el tema, en mayor o menor medida, debe referirse”. Al respecto, véase su libro: *La autoría Mediata.*, Edit. Lil, San José, 1987, Pág. 35.

99 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal, parte general*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, Pág. 484.



*dominio*” funcional del hecho o “*co-dominio conjunto*”, porque alude a la fraccionada realización del tipo por varios participantes de común acuerdo.

Como bien lo establece ROXIN, cada uno de ellos tiene en sus manos el destino del hecho global<sup>100</sup>. De ahí que los elementos esenciales de esta forma de co-dominio resultan ser: (a) el acuerdo previo o simultáneo; (b) la aportación esencial o necesaria; y (c) una ejecución en común<sup>101</sup>.

El primer requisito constituye el componente subjetivo de la coautoría juntamente con el dolo, el cual puede ser previo –conspiración– o simultáneo –coautoría sucesiva–. Pero en todo caso conviene dejar claro que no es el mero acuerdo el que convierte a los sujetos en coautores, sino la efectiva realización conjunta del hecho que ha sido acordada de forma previa o simultánea. De ahí que la confabulación entre los intervinientes resulta decisiva para determinar si alguno se excede más allá del común acuerdo pactado, lo cual no será por regla general imputable a los demás; a menos que exista una aprobación tácita de quienes participan –dolo eventual–<sup>102</sup>.

En palabras del profesor GÓMEZ BENÍTEZ: para que la aportación –aunque formalmente no se incluya dentro de la acción típica– pueda ser penada como autoría, tiene que tratarse de una parte necesaria de la realización del plan total en el marco de una división de trabajo, y ello significa, primordialmente, que varios comparten el dominio del suceso en el ámbito de la ejecución<sup>103</sup>.

El corolario lógico de lo anterior es que no toda función que se efectúa en el ámbito de la división de trabajo confiere la consideración de *amo y señor* a quien interviene. Es preciso, que el juez valore la imprescindibilidad del aporte en la fase de ejecución delictiva, y donde podríamos encontrar aportes insignificantes, cuya inexistencia no supondría el fracaso del plan delictivo. De ahí que el término aporte esencial deba entenderse como aquella contribución que condiciona decisivamente el resultado final. Es tal entonces, que su inexistencia desbarata el plan total o al menos interrumpe drásticamente su realización. Esto debe ser constatado por el juez conforme a una apreciación *ex ante*, lo cual significa valorar la contribución de cada uno de los intervinientes al momento de la ejecución delictiva<sup>104</sup>.

100 ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, citado, § 27, páginas 306-307.

101 GÓMEZ BENÍTEZ. *Teoría Jurídica del Delito*, Edit. Civitas, Madrid, 1992, Pág. 128.

102 *Ibidem*.

103 *Ibidem*.

104 En este punto, ROXIN es muy claro en afirmar: “...es en primer lugar coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido. Nada importa al respecto su disposición subjetiva hacia el acontecer”. Sin embargo, es bastante enfático el profesor alemán en afirmar que tampoco debe llegarse al extremo



Ejemplarizante al respecto es la Sentencia del Tribunal Supremo español, dictada el 7 de mayo de 2001, que ilustra lo anterior:

“...sostiene la defensa que su representado no tuvo ninguna posibilidad de impedir el robo retirando su participación”, y que “tampoco es posible afirmar que la aportación de mi representado haya configurado la realización del hecho de manera especial, pues su aportación, en todo caso, no ha dado al robo de los otros dos acusados ningún rasgo específico”. Ambos argumentos han sido seriamente expuestos por la defensa, pero no obstante, no conmueven la jurisprudencia de esta Sala, que considera que las acciones como la imputada al recurrente dan lugar a coautoría (confr. SSTs 20-1-87; 11-12-87; 12-2-88; 26-3-88; 21-11-88; 23-2-89; 14-11-90; 8-10-91 y 4-12-91, entre otras). En efecto, desde el punto de vista cuantitativo, la colaboración del recurrente era de singular importancia dentro del plan, pues el éxito del delito requería tener una posibilidad segura de huir y ella la brindaba el que esperaba a los otros autores de las acciones del robo. Consecuentemente, si el acusado no hubiera comprometido esta aportación de seguridad en la huida, hubiera podido, muy probablemente, impedir la realización del hecho, pues su participación, como se dijo, tenía un carácter esencial.

Por estas mismas razones resulta claro que su aportación ha dado una configuración especial al hecho, en el sentido de alguna de las teorías más modernas en la materia, dado que hay una diferencia muy considerable entre la ejecución de las acciones del robo sin seguridad en la huida o con seguridad. Ciertamente, este punto de vista, que viene informando la jurisprudencia citada y la tendencia de la doctrina cada vez más clara en la misma dirección, puede ser puesto en duda desde la perspectiva de una teoría formal objetiva de la autoría. Sin embargo, las posibilidades dogmáticas de una teoría de estas características son actualmente, a la luz del texto del art. 28 CP. y su expresa consideración como autores de los autores mediatos, prácticamente nulas. Esto es así porque, una vez admitido que el autor mediano no realiza la acción típica personalmente, sino por medio otro, no cabe duda que la realización del verbo típico no es una condición esencial de la autoría y, consiguientemente, que es posible también ser coautor de un robo sin ejecutar las acciones del núcleo del tipo penal”<sup>105</sup>.

---

de considerar coautor a aquel que, en caso de faltar, haría absolutamente imposible la realización del resultado, pues ello nunca podría saberse a ciencia cierta. De todas maneras, como él mismo sostiene, se tratan de directrices, de reglas aproximadas que proporcionan un resultado acertado, pero siempre quedará una zona límite en la que la solución no se puede esbozar abstractamente. *Autoría y dominio del hecho*, citado, §27, Págs. 308-313.

105 En términos similares, puede citarse la STS del 17/X/1998, en la que se sostuvo: “...La coautoría, como lo reconoce la Defensa, presupone una resolución al hecho común y el co-dominio del hecho. Ambos elementos son necesarios para configurar la realización conjunta del hecho. En los hechos probados en los que se basa la condena estos elementos no ofrecen ninguna discusión



### 3.2. Las diferentes formas de participación contempladas en el Código Penal

Es evidente que, conforme el principio de legalidad, únicamente deberían responder penalmente quienes realizan las conductas descritas en el tipo. Empero, conviene reconocer, que en el ámbito de la realización delictiva también participan otras personas que brindan contribuciones, las cuales si bien no les permiten dominar el hecho, si resultan favorecedoras en la consecución del plan delictivo. De ello surge la noción, que la complicidad e instigación, así como el encubrimiento –regulado como tipo autónomo– suponen también conductas cuya idoneidad para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos está fuera de toda discusión; y por tal motivo, la imposición de una pena se extiende a ellas<sup>106</sup>.

En tal sentido, el fundamento de punición de estas conductas radica en que suponen un favorecimiento o la creación de una idea criminal en otro, el cual realiza una conducta típica y antijurídica<sup>107</sup>. Ello, de forma correlativa, impone al menos cuatro consecuencias: (a) la participación es de naturaleza accesoria en relación a la conducta del autor, es decir, el desvalor de la participación depende del hecho principal realizado por el autor –accesoriedad limitada–; (b) el partícipe no realiza un ilícito propio, sino que participa en el que realiza el autor. Por ende, no existe una complicidad o inducción de carácter autónomo; (c) la participación es dolosa, pues hay dolo de intervenir siquiera accesoriamente en un hecho doloso del autor, por ende, no cabe la participación imprudente en un hecho doloso, ni tampoco la participación imprudente en un hecho culposo; y (d) la participación debe considerarse indirecta en la realización del tipo penal, pues quien directamente lo efectúa es el autor. Por ende, se trata sencillamente de un favorecimiento de carácter material o psíquico<sup>108</sup>.

Estudiando de manera más detenida las distintas formas de participación criminal, el Código Penal recoge claramente dos: la *instigación* o *inducción* y la *complicidad*, dividiendo esta última en *necesaria* y *no necesaria*.

El instigador o inductor es aquél partícipe que directamente hace surgir la voluntad de consumir un delito doloso en otro, el cual empieza efectivamente a realizarlo. Y ello puede acontecer mediante regalos, promesas, amenazas, violencia, coacción y provocación, abusando de las relaciones entre ascendientes o de la

---

(...).Desde el punto de vista objetivo la participación del recurrente en el transporte en igualdad de condiciones que los otros demuestra que éste tenía el co-dominio del hecho, pues tenía la posibilidad material de apartarse del hecho y de disminuir considerablemente de esa manera las posibilidades de la ejecución del mismo por parte de los otros coautores”.

106 Al respecto, y muy detallado, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Edit. Comares, Granada, 2002, Pág. 737 y ss.

107 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Derecho Penal*, parte general, Edit. Temis, Bogotá, 1995, Pág. 564.

108 GÓMEZ BENÍTEZ. *Teoría Jurídica del Delito*, citado, pág. 501.





autoridad que se posea, emitiendo consejos, etc. Lo que importa es que resulte idónea<sup>109</sup>.

Así ha sido establecido en el derecho comparado, por ejemplo, en la sentencia dictada el 31/X/2002 por el TS español –ref. 1813/2002–:

“Inducir es hacer nacer en otro la idea de realizar un hecho antijurídico de manera que el inductor “dará lugar” a que el autor material del delito lo cometa. Por esta razón se ha dicho que la inducción “es la creación del dolo en el autor principal”. Así pues, la característica esencial del inductor es que determina en otro la resolución de realizar el hecho concretando su conducta a hacer nacer en otro la voluntad de la realización del delito”.

A tal definición hace referencia el artículo 35 CP. Y es de tal trascendencia su actuación, que el legislador ha optado por darle el tratamiento penológico que dispensa al autor. Ello podría llevar a la idea que en tal tratamiento legal existe un resabio del concepto unitario de autor; empero, la relevancia que su conducta tiene en relación a la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos, es la que motiva tal equiparación en relación a la sanción penal.

De acuerdo con un amplio sector doctrinario, para que pueda ser punible la instigación se requiere el cumplimiento de ciertos requisitos, a saber: (a) que sea anterior a la ejecución delictiva o al menos concomitante; (b) activa, pues no existen inducciones por omisión; (c) directa, es decir enfocada sobre una persona determinada; (d) eficaz o suficiente para convencer al inducido o instigado; (f) abierta, clara y no insidiosa; y (g) dolosa. Sin embargo, conviene estipular que su castigo deviene cuando el inducido empieza a realizar los actos de ejecución sin necesidad que logre el éxito esperado.

Es más que perceptible en esta figura la existencia de un *doble dolo*, que se proyecta tanto en la generación de la idea criminal del otro como en el hecho que el otro ejecute el referido designio. Por ende, no cabe la inducción imprudente en un hecho doloso ni en otro imprudente. Pero también en este punto cabe la posibilidad de exceso autónomo del inducido, el cual sino es atribuible, al menos en el ámbito del dolo eventual, no cabría imputárselo al instigador<sup>110</sup>.

En cuanto a la complicidad, esta categoría se muestra residual, pues alberga todas aquellas contribuciones o favorecimientos de carácter doloso que contribuyen al plan delictivo, pero que no pueden considerarse autoría, coautoría o inducción. Así ha sido sostenido, por ejemplo, por el TS español en su sentencia dictada el 17/IV/2001 –ref. 665/2001– cuando estipula:

---

109 VELÁSQUEZ. *Derecho penal*, citado, Pág. 565.

110 GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito*, citado, Pág. 522.



“...[l]a complicidad requiere, como aquí concurre, el concierto previo o por adhesión («pactum scaeleris»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («consciencia scaeleris»), el denominado «animus adiuvandi» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito, y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Tiene declarado este tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo, mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados (v. SS. 25 junio 1946 y 29 enero 1947). Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario (v. SS 31 octubre 1973, 25 septiembre 1974, 8 febrero 1984 y 8 noviembre 1986). El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible (v. S. 15 julio 1982).

Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos. Y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél -cfr. SS. 9 mayo 1972, 16 marzo y 12 mayo 1998 y, últimamente, Sentencia de 24 de abril de 2000-. De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del «iter criminis». Se trata, como sucede en este caso, de una participación accidental y no condicionante, de carácter secundario o inferior (Sentencia de 10 junio 1992)”.

El Código Penal salvadoreño hace un distingo en este ámbito entre una complicidad que podríamos considerar *necesaria* o *primaria* y otro de carácter *no necesario* o *secundario* en su artículo 36. A tales efectos de distinción se han señalado criterios como de establecer la necesidad de la contribución, tanto en un sentido abstracto como en un sentido concreto. Sin embargo, conviene tener en cuenta la



propuesta doctrinaria elaborada por GIMBERNAT, denominada la *teoría de los bienes escasos*.

Desde tal perspectiva, será considerado cómplice necesario aquél que además de no dominar el hecho brinda un aporte escaso de acuerdo a las posibilidades de adquisición que pueda tener el autor, mientras que el cómplice no necesario brinda un aporte que no plantea dificultad alguna en su obtención. De acuerdo con el doctrinario español, puede considerarse como un bien escaso cualquier objeto que tenga un precio elevado o cuya obtención, por el motivo que sea, presente dificultades<sup>111</sup>. Por ejemplo, entregar una pistola a un joven, la cual difícilmente podrá adquirir de forma legal por su edad.

#### 4. LA TESIS DE LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER COMO UNA FORMA DE IMPUTACIÓN APLICABLE A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Como vimos anteriormente, la doctrina dominante considera que la posibilidad de aplicar la autoría mediata termina ahí, en los casos en que el instrumento es al mismo tiempo un autor responsable.

Frente a tal postulado, existe una corriente teórica que afirma la posibilidad de considerar como autor mediato al hombre de atrás, cuando éste se vale de un instrumento que actúa de forma totalmente delictiva y siendo plenamente responsable.

Se trata de los denominados casos del *autor detrás del autor*, y en los que aparecen los denominados por STRATENWERT *autores de escritorio*, los cuales por sí mismos no colaboran en la ejecución del hecho, pero tienen propiamente el dominio del suceso porque disponen de una organización estructurada, que a manera de “aparato personal” –ROXIN–, se pone en marcha para ejecutar de forma inexorable la orden. Y dado que el sujeto que lleva a cabo la ejecución se puede reemplazar por otro cualquiera, no se necesita ni la coacción ni el error para atribuirle el dominio del hecho al que obra por detrás<sup>112</sup>.

Al referirse a ello, ROXIN –que es el máximo postulante de esta forma excepcional de autoría mediata– señala: “...quien actúa la palanca del poder y da las órdenes domina el suceso sin coacción ni engaño, pues puede introducir a cualquier otro que intercambiamente realice la acción. La determinación al hecho del ejecutor no puede ser determinada, como en caso de un hecho individual, mediante oposición o resistencia. Dado, entonces, que el dador de la orden reemplazaría al

---

111 GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y Cómplice en Derecho penal*, citado, Pág. 155.

112 STRATENWERTH. *Derecho penal*, citado, Pág. 393.



ejecutor inmediatamente, mantendrá en sus manos la realización del hecho. Por regla él no sabrá quien actuará en el caso concreto como “órgano” ejecutivo<sup>113</sup>”.

Esta tesis –como el mismo ROXIN lo ha confesado– lleva una especial dedicatoria para que cualquier estructura delictiva organizada sea común, política o militar, y aún cuando sea el propio Estado como aconteció con el Régimen Nacional Socialista de Hitler<sup>114</sup>. Desde esta óptica, “un aparato estatal que actúa delictivamente es un prototipo de criminalidad, porque normalmente la organización del Estado en el ámbito dominado por el aparato se muestra con su más completa y efectiva forma”<sup>115</sup>.

En sus inicios, tal tesis fue utilizada por el *Bundesgerichtshof*, en relación a los delitos cometidos por dirigentes de la República Democrática Alemana, declarando a los miembros del llamado Consejo de Seguridad Nacional responsables como autores mediatos de las muertes que los soldados, apostados en el muro de Berlín, causaban a los que intentaban huir. Sin perjuicio de que estos últimos, pese a recibir órdenes, también se consideraran autores directos<sup>116</sup>. También fue utilizada en el caso *Eichmann* por los tribunales israelíes, y recientemente en el caso del ex mandatario peruano Alberto Fujimori en, relación a ciertas matanzas realizadas durante su gestión presidencial; o en el caso de los militares que gobernaron argentina durante el periodo 1976-1983<sup>117</sup>.

Pero no obstante su uso histórico en relación a los aparatos estatales, esta concepción teórica perfectamente puede ser utilizada en el ámbito de la criminalidad organizada, ya que existen casos en que pese a existir un intermediario que actúa en completa responsabilidad, la intervención del hombre de atrás conduce casi de forma automática a la realización del tipo perseguido<sup>118</sup>.

113 ROXIN, *Sobre la autoría y participación*, citado, Pág. 63. In extenso en su libro: *Autoría y dominio del hecho*, citado, particularmente las págs.268 y ss. (§24).

114 ROXIN. *Problemas de Autoría y Participación en la criminalidad organizada* RP, 1998, Pág. 61.

115 *Ibidem*.

116 *Ibidem*

117 Sobre este último caso, conocido “Videla, Jorge R. y otros”, véase: FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2001, Pág. 390.

118 Y esto fue establecido de forma muy clara por el Tribunal Supremo Federal alemán cuando señaló: “...hay casos en los que...pese a un intermediario que actúa en completa responsabilidad, la intervención del hombre de atrás conduce casi de forma automática a la realización del tipo perseguido por el mismo. Así puede ocurrir, cuando mediante estructuras de organización el hombre de atrás se vale de determinadas condiciones, en las que su contribución desencadena desarrollos regulares”. Citada por ROXIN en el artículo ya referido. Esto, de igual forma, se traslucía en una ajena sentencia del Tribunal Supremo español de 31/III/1944: “«Es bien sabido que abundan los casos en que el que concibe la idea criminal y decide ponerla en práctica se vale de otra persona como mero instrumento que produzca el resultado apetecido, causante físico que será responsable cuando con plena conciencia de la trascendencia de sus actos los realice



En materia de imputación, de acuerdo a tales postulados, es tanto autor quien da las órdenes en el seno de un aparato de poder organizado, como el que ejecuta lo ordenado. Los primeros deberán considerarse autores mediatos y los segundos autores directos. Es obvio, entonces, que la autoría del ejecutor directo o de propia mano no se discute, pero sí es problemático afirmar que también son autores quienes imparten las órdenes en el seno de un aparato de poder organizado. Y es aquí donde se alzan voces que se muestran en desacuerdo a tal postura, considerando absolutamente criticable la tesis de ROXIN.

Y es que para sus detractores existe una diferencia insalvable, el instrumento nunca podrá responder en el ámbito de la autoría mediata, mientras que sí permite la tesis de ROXIN afirmar su responsabilidad penal, pese a existir un hombre atrás<sup>119</sup>.

Por ello, autores como JAKOBS o JESCHECK/WEIGEND prefieren hablar en estos casos de una coautoría. Pues el dominio de la organización por parte del hombre de atrás permite hablar de un dominio funcional, y por lo tanto de coautoría<sup>120</sup>. Por otro lado, es la misma existencia de la organización la que revela el plan común.

Sin embargo, no necesariamente el jefe de la banda actualizará su función directiva en el ámbito de la ejecución, lo que es un requisito imprescindible para considerarlo coautor; y tampoco se advierte que el ejecutor directo –por ejemplo de un homicidio– haya participado en la confabulación previa donde se decidió el hecho, ya que ello es una decisión de la cúpula de la organización. En términos coloquiales, la participación en la agrupación criminal no le da derecho a participar o influir en las decisiones de quienes tienen el control del aparato. Él –nos referimos al ejecutor directo– es un peón, una simple ruedecilla en el engranaje del aparato, y que puede ser sustituido en cualquier momento.

Otros autores prefieren tratar a quien da las órdenes como un simple cómplice necesario, en la medida que no participa en la actividad de ejecución y su sustitución

---

voluntariamente y no lo será si ajeno a la maquinación dolosa ejecuta esos actos inconscientemente y sin intención de cooperar al designio criminal. Pero la cooperación de ésta persona intermedia, sea o no responsable en la esfera penal, no aleja del proceso y exime de responsabilidad al que se sirve de ella, puesto que si esa doctrina prevaleciese se habría encontrado una fórmula para que los delinquentes se pusieran a salvo de las sanciones penales, sino que, por el contrario, la persona que ha utilizado a otra para los indicados fines, contrae la responsabilidad de autor”.

119 A dicha crítica hace referencia Guillermo FIERRO, quien considera acertadas todas las críticas realizadas a dicha doctrina, “pues con arreglo a dicho punto de vista sería posible la coexistencia en un mismo hecho de un autor mediato con un ejecutor plenamente responsable, lo cual desnaturalizaría el concepto mismo de autoría mediata que, precisamente se distingue de la instigación en este punto”. Véase al respecto su libro: *Teoría de la participación criminal*, citado, Págs. 393 y 394.

120 JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, citado, § 62, Pág. 722. De igual forma, JAKOBS, *Derecho Penal, parte general*, Edit., Marcial Pons, Madrid, 1997, § 103, Pág. 784, quien considera la aplicación en estos casos como autoría mediata, superflua y nociva.



de igual manera es fácil<sup>121</sup>. Sin embargo, choca contra la sensibilidad jurídica considerar al jefe de la organización como un simple cómplice. Tampoco cabe la instigación, en la medida que el carácter fungible o sustituible del ejecutor directo y la maquinaria que funciona con el solo dictado del designio criminal condicionando indefectiblemente su éxito, denotan que estamos más allá de una mera creación de una idea criminal.

Y es que el hecho que no conviene perder de vista es que el dirigente criminal construye una organización que funciona con independencia del estado cambiante de sus miembros. El aparato funciona con total independencia del ejecutor individual *con sólo apretar el botón*, y resulta totalmente irrelevante que el subordinado actúe por propia iniciativa o por encargo. De ahí que lo importante, a efectos judiciales, en orden a comprobar su autoría, sea el demostrar esa capacidad de movilizar por sí mismo todo el aparato de poder.

Por exclusión, toda actividad que no pone en marcha autónomamente el aparato sólo fundamentará su participación como complicidad, por ejemplo apertrechar de armas a la organización.

## 5. CONCLUSIONES: EL ENCUADRAMIENTO JURÍDICO-LEGAL DE LA CONDUCTA DEL NIÑO O ADOLESCENTE QUE REALIZA EL DELITO Y DEL ADULTO QUE LO UTILIZA

Con todo lo anteriormente expuesto en relación a la criminalidad organizada y las reglas generales de autoría, conviene afirmar positivamente que estas últimas son aplicables en el combate de la primera; y tal aseveración nos servirá para resolver plenamente las cuestiones problemáticas que suscita el empleo de niñas, niños y adolescentes por parte de este tipo de estructuras delictivas. Veamos los supuestos:

### 5.1. El reclutamiento de niños, niñas y adolescentes para integrarse a organizaciones criminales

La reciente reforma del art. 345 CP castiga el tomar parte en una organización delictiva que ostente al menos las siguientes características: (a) conformadas por tres o más personas; (b) de carácter temporal o permanente; (c) sean de hecho o de derecho; (d) que posean algún grado de estructuración; y (e) que tengan como finalidad delinquir. De igual forma, considera ilícitas de pleno derecho las que aparezcan nominadas en la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal.

Se advierte en el texto dos situaciones que han sido reguladas de manera específica: (a) el severo tratamiento penal que se impone cuando se trate de jefes,

121 En estas tesis véase el excelente trabajo de la profesora JOSHI JUBERT, *sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas*, en: A.A.V.V., Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, Págs. 208 y 209.



dirigentes, cabecillas o financistas. Y (b) el castigo tanto del reclutamiento como de la utilización de niños y jóvenes como parte de una estructura delictiva.

La que nos interesa es sobre todo la última, y que obviamente para su aplicación requiere comprobar primeramente que estamos ante una organización o agrupación de carácter ilícito. En otras palabras, debe comprobarse primero que el reclutador o quien utilice a niños, niñas y adolescentes forme parte –como miembro, asociado, cabecilla, dirigente, jefe– de un colectivo delictivo que tenga las características señaladas en el párrafo primero.

Ahora bien, la opción que el legislador ha tomado para el combate de la criminalidad organizada es la reformulación del delito de agrupaciones ilícitas. Esta opción de técnica legislativa no es la única que se utiliza, pues también cabe la opción de agravar la pena de algunos delitos cuando se realizan en el marco de una organización criminal –por ejemplo en la trata de personas–<sup>122</sup>.

Empero, conviene precisar que debemos entender por asociaciones, agrupaciones u organizaciones, de acuerdo a una interpretación de corte dogmático penal del artículo.

En realidad, tales términos denotan un esquema delictivo que actúa de forma permanente. Y esto nos recuerda la prístina definición brindada por el profesor CORDOBA RODA, acerca de qué puede entenderse por asociación: “...es el organismo resultante de la unión de una pluralidad de personas, dotado de una entidad independiente de sus individuos y dirigido al logro de un determinado fin”.<sup>123</sup>

Es evidente que a efectos penales, no resulta necesario que la entidad ostente una personería jurídica reconocida. Tampoco puede considerarse como asociación ilícita el hecho de no haber cumplido los requisitos y trámites exigidos por la ley. En realidad, lo que caracteriza a efectos penales es su vocación delictiva. Como bien lo señala el profesor GONZALEZ RUZ, lo relevante es, en todo caso, la finalidad que

---

122 MOCCIA propone una sugerente tesis de castigar el fenómeno asociativo criminal, una vez haya existido una ofensa a un bien jurídico determinado, sin tener que recurrir a pruebas “diabólicas” para comprobar la constitución de la mera asociación para su castigo. En este sentido, este perspicaz profesor italiano considera la necesidad que exista una cláusula en la parte general que permitiera su aplicación con el delito contemplado en la parte especial. La ventaja de su propuesta es el claro respeto al principio constitucional de lesividad, en la medida que la peligrosidad de las asociaciones criminales se demuestra en la comisión de los delitos programados. En sus palabras: “...[u]na solución de tal tipo tendría la doble virtud de respetar integralmente los principios de ofensividad o de materialidad, que constituyen garantías irrenunciables, en un estado social de derecho, para la tutela de la libertad y la dignidad del individuo; además de representar una adecuación de la solución normativa a la realidad de las cosas”. Véase al respecto su libro: *El Derecho Penal entre ser y valor*, Edit. B de F, Montevideo, 2003, Pág. 255.

123 CORDOBA RODA. *Libertad de asociación y ley penal*, ADPCP, Pág. 7-8.



persigue su conformación, su propósito, el cual pertenece a la organización como tal y no a los individuos<sup>124</sup>.

Por otra parte, su carácter temporal o permanente es lo que permite descartar a la coautoría como una forma de asociación ilícita a efectos de este tipo penal. En efecto, y como se destaca en algunas sentencias del Tribunal Supremo español -sentencias de 12/I/1995 y 21/I/1993- la mera confabulación entre dos personas no es suficiente para considerar que se forma parte de una organización, tampoco cuando la actividad ilícita se desarrolla en el marco de una actividad familiar que se efectúa en una determinada casa y con una composición mínima de miembros. Se vuelve imprescindible, entonces, requerir con carácter general una cierta continuidad temporal que vaya más allá del simple y ocasional acuerdo para cometer el delito.

Ahora bien, en cuanto a su conformación, se mantienen al menos tres concepciones sobre lo que debe entenderse por agrupaciones o asociaciones ilícitas. Desde un plano sumamente estricto, se equipara el referido concepto con el ya visto de los aparatos organizados de poder. Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo español de 12/I/1995 se sostiene:

“(…) se requiere que los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización, y que dificulten de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando al mismo tiempo el daño posible causado. La existencia de la organización no depende del número de personas que la integren, aunque ello estará condicionado naturalmente por las características del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una empresa criminal (...). Es evidente, por lo tanto, que sólo se conocen dos autores del delito, y ni siquiera se ha podido saber quién daba las órdenes, en qué nivel jerárquico actuaban, ni cuál era la distribución de funciones que aseguraban la ejecución del plan con independencia de las personas de la organización. No es posible admitir que en este caso es aplicable el tipo agravado del artículo 344 bis a) 6 CP. No cabe duda de que existe la sospecha de que el acopio de una cantidad tan significativa de heroína sea difícilmente la obra de sólo dos personas. Pero los datos aportados por la acusación no alcanzan a configurar todos los elementos de la organización”.

Si se advierte de una lectura concienzuda del presente considerando, se advertirá que la prueba de la organización criminal deberá requerir comprobar dentro del proceso penal tal figura típica: (a) una estructura jerárquica, (b) la fungibilidad de

---

124 GONZALEZ RUS. *Asociación para delinquir y criminalidad organizada*, AP, N° 27, 2000. Pág. 565.





sus miembros, y (c) la existencia conocida de un centro de decisión. Lo que de por sí puede conllevar ciertas dificultades probatorias.

Distinta a la anterior existe también una concepción amplia de la asociación o agrupación ilícita, la cual albergaría dentro del radio de acción hasta la más simple coautoría. Esta segunda opción conviene descartarla, en razón de que la finalidad del precepto –y de acuerdo a la gravedad de las penas– busca castigar a verdaderos complejos criminales, cuyo acuerdo trascienda más allá de uno, dos o tres hechos planificados y ejecutados.

Entre ambas opciones, actualmente se ha consolidado dentro del ámbito de la jurisprudencia comparada un *concepto intermedio u orientado a las consecuencias*. Así, cuando tres o más personas –de acuerdo a la reforma legislativa– programen un proyecto, plan o propósito para el desarrollo de la acción criminal, y sin que sea precisa la existencia de una organización más o menos perfecta o permanente, se entiende consumado el delito. Pero ha de tenerse en cuenta que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una especial continuidad temporal o durabilidad que vaya más allá de un simple consorcio delictual<sup>125</sup>.

La ventaja de esta última posición, como apunta la profesora JOSHI JUBERT, es que probatoriamente requiere: (a) la concurrencia de diversas personas reunidas con el fin de llevar a cabo el plan criminal; (b) cierta organización y distribución de funciones; y (c) no resulta necesario conocer los mandos ordenantes, sino que únicamente presuponer su existencia. Sin embargo, aunque se trate de un concepto de organización o agrupación que pueda solventar ciertos problemas de prueba, conforme el uso de la lógica indiciaria, puede generar ciertos roces con el ámbito de la coautoría, confundiéndose ambos institutos<sup>126</sup>.

Por otra parte, conviene dejar en claro que si bien es cierto que el delito de asociación ilícita tiene la naturaleza de acto preparatorio de los delitos que se proyectan realizar, la posición actualmente dominante entiende que nos encontramos ante una figura delictiva autónoma y con una estructura propia de un delito de peligro abstracto. En otras palabras, y citando nuevamente al profesor GONZALEZ RUS, el fundamento político criminal del castigo es la mera existencia de una asociación que tiene por objeto cometer delitos, ello ya es de por sí suficiente para justificar el adelanto de la intervención penal al momento de su constitución. Por ende, el

125 JOSHI JUBERT, *Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas*, citado, Pág. 196.

126 Eso se advierte por ejemplo en la STS español dictada el 1/XII/1992: “...la organización ha de ser entendida en la amplia extensión de su concepto, abarcando todos aquellos supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto o un propósito para desarrollar un plan, una idea criminal, con múltiples posibilidades, con múltiples efectos, más o menos importantes o trascendentes. Una organización o un grupo, en suma, pre-constituido idealmente para el delito, aunque alguno de sus miembros no intervengan en los actos directos”.



art. 345 CP incrimina comportamientos objetivos concretos como el hecho de tomar parte, dirigirla o financiarla.

Y es que existen otras diferencias con la conspiración como acto preparatorio punible, pues en este existe un concierto de dos o más personas para realizar un delito, unido a la resolución conjunta de ejecutarlo en concreto; mientras que la agrupación criminal requiere la integración de un individuo a una entidad mínimamente organizada. Y es lo que castiga el Derecho Penal, la incorporación a ella aún cuando no participe en el plan delictivo.

Dejando de lado estas importantes consideraciones sobre la plataforma que permitirá aplicar la agravante específica del párrafo último, conviene establecer que se entenderá por reclutamiento. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia española: es la actividad de “reunir gente para un propósito determinado”. Y tal término es utilizado en la CDN (art. 38.3), en relación a la prohibición de enlistar a niños y jóvenes para su incorporación a las fuerzas armadas, y ese quizá sea el sentido que ha querido imponerle interpretativamente el legislador<sup>127</sup>. Por tal motivo, sencillamente debe ser entendido en una concepción bastante amplia de enlistar a niños, niñas y adolescentes para formar parte de la asociación delictiva.

Al efecto, también resultará indiferente si se logra el propósito o no, pues para su aplicación únicamente se requiere realizar los actos de reclutamiento, lo cual es independiente de si los que reciben la invitación aceptan a participar o no.

## 5.2. La utilización de niños y jóvenes para la realización de hechos delictivos

Esta hipótesis plantea al menos una posible conjunción interpretativa entre la agravante específica regulada en el art. 345 CP –utilizaré a “menores de edad” como parte de una estructura delictiva– y la agravante genérica incluida en el numeral 20) del art. 30 CP –ejecutar el delito utilizando “menores de edad” o incapaces–.

Sin embargo, cabe la posibilidad de hacer una distinción conforme a una interpretación sistemática de ambas normas. En el primer caso, se castiga la participación de niños y jóvenes –sea como miembros o aún como ejecutores del hecho– cuando puedan ser considerados miembros de la organización. Así, a efectos

---

127 En igual sentido se refiere el art. 3 de la OIT. Establece que a los efectos del presente Convenio, las peores formas de trabajo infantil abarcan: *a)* todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; *b)* la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes; y *c)* la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y *d)* el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.



de la aplicación del párrafo último del 345 CP, obviamente se requerirá primero comprobar –aunque sea indiciariamente el complejo criminal– para luego aplicar la cualificante.

En cambio, la agravante genérica no requiere tal presupuesto, sino que sencillamente se castiga a quien utilice a un menor en el ámbito de una realización delictiva, sea cual sea. Y en este último caso será de aplicación cualquiera de los supuestos de autoría mediata, coautoría, instigación o complicidad. Por ejemplo: cuando un adulto se valga de un menor para efectuar un hurto agravado.

De acuerdo a lo anterior, sería totalmente incorrecto utilizar ambas agravantes en un caso concreto, pues ello significaría inobservar gravemente el principio *ne bis in idem* en su vertiente sustantiva<sup>128</sup>.

### 5.3. La responsabilidad penal del niño y joven que participa dentro de una organización criminal como ejecutor directo

Queda por último analizar si, pese a tales regulaciones específicas, cabría imputar algún título de imputación al menor de edad que realiza el hecho delictivo conforme a las directrices emanadas de la cúpula del colectivo criminal.

Considero, personalmente, que las reformas legales efectuadas al Código Penal salvadoreño no eliminan la posibilidad de poder atribuir la calidad de autor o partícipe al joven que actúa en la realización de hechos delictivos concretos, mediante una organización, ni tampoco desvirtúa el papel de autor mediato, coautor o instigador del hombre de atrás.

Al contrario, puede sostenerse que quien utiliza a un joven, dentro de lo que se ha denominado un aparato organizado de poder –es decir, el jefe– puede ser considerado autor mediato de acuerdo a las tesis postuladas por ROXIN. Desde esta óptica, serán penalmente responsables, tanto quienes dan las órdenes en el seno del aparato de poder como del que ejecuta lo ordenado –sea adulto o joven–. El primero como autor mediato y el segundo como autor directo.

Sin embargo, si el jefe de la estructura asume la dirección del hecho delictivo en el momento de ejecución, tal control debe reputarse como un aporte esencial, y puede ser considerado en dicho caso como coautor. No obstante, raras veces tal hipótesis podrá darse en virtud de la cadena de mandos intermedios que operan en una estructura criminal, en la que únicamente se da una orden que días después será cumplida. En este último supuesto, cabe la utilización de la tesis de los aparatos organizados de poder propuesta por el reconocido ex catedrático de la Universidad de Múnich.

128 Al respecto, GARCÍA PLANAS, *Consecuencias del principio “non bis in idem” en Derecho Penal*, ADPCP, Tomo XLII, Fascículo 1, 1999, Págs. 109 y ss.



Claro que en tales ámbitos pueden existir matizaciones. En tal caso, algunos prestigiosos autores sostienen que calificar como autor o partícipe al jefe de la banda no puede concretarse *a priori* y con carácter general. Dependerá de la clase de intervención, de la clase de delito que ordene ejecutar y, en fin, de las características de la organización criminal.

Lo que sí debe quedar claro es que es posible hablar de autoría y participación en el seno de estas agrupaciones, y que igualmente resulta compatible en tales casos aplicar la agravante contemplada en el art. 345 CP párrafo último, en el caso de instrumentación de niños y jóvenes por parte de los órganos de dirección de la organización criminal.

### TEMA 3

#### LAS RELACIONES SEXUALES CONSENTIDAS ENTRE JÓVENES: ¿PUEDEN CONSTITUIR UNA VIOLACIÓN O AGRESIÓN SEXUAL?

##### UNA REFLEXIÓN ACERCA DE UNA NECESARIA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

#### 1. LA PROTECCIÓN PENAL EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES Y EL PANORAMA LEGISLATIVO RECIENTE

Sin duda alguna, ha sido el Derecho Penal sexual una de las áreas de mayor dinamismo legislativo y doctrinario desde los años sesenta del siglo pasado. Y cuya trascendental ruptura entre las concepciones morales dominantes y los límites que la protección penal debe tener, en cuanto a la libertad sexual, se enmarca en el histórico proyecto alternativo alemán de 1966, propuesto por catorce prestigiosos académicos<sup>129</sup>.

Ellos partieron de la premisa esencial que la función básica del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, y no la tutela de tendencias moralizadoras que en modo alguno carecen de la necesaria lesividad social para su incriminación y las que quedan dentro del ámbito de la libertad e intimidad individual. Tal planteamiento condujo a una considerable desincriminación de conductas sexuales –entre ellas el homosexualismo o la sodomía– que fue realizada en las posteriores reformas del Código Penal alemán –StGB–. Y donde la protección penal debería quedar circunscrita a los actos sexuales coactivos y a la protección de la juventud.

Fue tan significativo el aporte, que los anteriormente denominados *delitos contra las buenas costumbres* pasaron a llamarse –de acuerdo a la cuarta Ley de Reforma del Derecho Penal del 23 de noviembre de 1973– *hechos punibles contra la*

129 ROXIN, *Derecho penal, parte general*, Edit. Civitas, Madrid, 1997, § 22, Pág. 123.



*autodeterminación sexual*”<sup>130</sup>. Pero, detrás de tales proyectos y reformas se encontraba en la base un profundo cambio en la percepción de la sexualidad inherente a los valores de la sociedad post-moderna, la cual inevitablemente incidía en la materia de regulación legislativa<sup>131</sup>.

Así, esas líneas básicas de ese cambio social se constituían en las siguientes premisas: (a) se registra una progresiva ausencia de juicios puramente éticos en la consideración de los sucesos sexuales, con la disminución consiguiente de reacciones emocionales de escándalo; (b) la sexualidad y su ejercicio ha dejado de considerarse bajo planteamientos ascéticos, y se valora ahora positivamente, siendo concebida “como fuente de satisfacción y de autorrealización de la persona, como elemento constitutivo decisivo de su desarrollo corporal y espiritual. Y, ciertamente, no ligada a la institución matrimonial, siendo socialmente reconocido y apreciado su ejercicio fuera de tal institución; (c) consecuencia de los dos factores precedentes es que se registra un aumento de la tolerancia respecto a la conducta sexual ajena, y que sea frecuente aún en las personas de costumbres más estrictas; y (d) asimismo, se debe reconsiderar la imagen que posee la mujer a la luz de las nuevas realidades sociales. En tal sentido, y como se sostuvo en la comisión de debates del parlamento alemán de aquel momento, ella está en condiciones de protegerse por sí sola, con conocimiento de causa, y teniendo una más que suficiente conciencia de ello<sup>132</sup>”.

Es evidente que tal polémica ha repercutido en el papel que le corresponde al Derecho Penal en la tutela de los ámbitos individuales relacionados con la sexualidad, y particularmente desde un enfoque político-criminal en relación con los principios de mínima intervención –subsidiariedad y fragmentariedad– como los de *pro libertate*, pluralismo ideológico y tolerancia.

A tal efecto, nos recordaba SÁINZ CANTERO que la ley penal debe tener una intervención mínima en la organización de la vida social, lo que supone, de un lado, que sólo debe acudir con sus severos medios de reacción cuando hayan fracasado los medios –menos severos– de que disponen otras ramas del ordenamiento jurídico; y de otro, que únicamente debe proteger los valores más fundamentales para el individuo y la sociedad, valores que singularmente deben merecer la tutela penal frente a los ataques más intolerables. Si estos postulados se aceptan para todos los

130 ROXIN, *El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo*, en: A.A.V.V., *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Edit. Temis, Bogotá, Pág. 9 y ss.

131 Como muy bien lo señaló SÁINZ CANTERO, el cambio experimentado por la sociedad (el tan mencionado cambio social) impone una paralela transformación de las normas penales positivas, y esto acontece en dos campos en el ámbito de los derechos políticos y en el de los delitos sexuales. Al efecto, véase su artículo: *La reforma del Derecho penal sexual*, ADPCP, fascículo II, 1978, Pág. 238.

132 Sobre esta interesante evolución, junto con un minucioso análisis, conviene la lectura de la obra: *El Derecho penal ante el Sexo*, escrita por el profesor español José Luis DIEZ RIPOLLES, Edit, Bosch, 1981. En particular del capítulo II.



sectores del ordenamiento jurídico, no hay razón seria que justifique que en materia sexual se rechacen<sup>133</sup>.

Por su parte, DIEZ RIPOLLES afirmó que un Derecho Penal sexual pluralista, que parte de una concepción de la actividad sexual como una de las esferas vitales más prometedoras de cara a la autorrealización personal, debe aspirar a penar los ataques más graves a la libertad personal sexual; y cuando existan dudas acerca de si la conducta penada supone un grave atentado a los principios esenciales para la convivencia, ha de operar el *in dubio pro libertate*, en la medida que tal variante de la libertad personal no sea limitada<sup>134</sup>.

La influencia de tales concepciones que en su momento ascendieron a la categoría de doctrina dominante repercutió decisivamente a nivel del derecho comparado, siendo aceptadas efusivamente entre los penalistas italianos, españoles y latinoamericanos en el último lustro del siglo pasado<sup>135</sup>.

Particularmente en España, tanto el proyecto de Código Penal de 1980 y la propuesta de anteproyecto de 1983, tuvieron un cambio decisivo en el ámbito del Derecho Penal sexual, cuyo esbozo final encontró eco en el anteproyecto, y luego proyecto de Código Penal de 1992, cuya influencia se dejó sentir profundamente en el Código Penal salvadoreño de 1997.

Así, el proyecto español de 1992 modificó la rúbrica de *atentados contra las buenas costumbres* por el de *delitos contra la libertad sexual* (título VII), también sustituyó el término *yacimiento* por el de *acceso carnal*. Cambió igualmente en el delito de violación la referencia a la mujer como sujeto activo y se utilizó el término indistinto de *persona* (art. 178). Y por último, estableció que la penetración no únicamente puede referirse a la posibilidad vaginal, sino también a la anal y bucal<sup>136</sup>. Sin embargo, las tres no pueden ser equiparadas, pues penetrar en un cuerpo, entrar contra la voluntad del que posee su libre disponibilidad sexual básica debía considerarse siempre como

133 SÁINZ CANTERO, *La reforma del Derecho penal sexual*, ADPCP, Pág. 238.

134 DIEZ RIPOLLES, *El Derecho penal ante el sexo*, citado, Pág. 262-263.

135 Sobre el panorama italiano: MOCCIA, *El Derecho penal entre ser y valor*, Edit. B de F, Montevideo, 2003, Págs.229 y ss., en el ámbito ibérico, ya en los años setenta se mostraba sumamente crítico de delitos tales como el ya derogado escándalo público: MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, 2º Edición, Edit. B de F, Montevideo, 2001 (la primera edición es de 1975).

136 El último cambio citado era exigido por un mayoritario sector doctrinal y la propia jurisprudencia, que calificaba antes de la referida reforma legislativa los accesos bucales y anales como abusos deshonestos con todas las gravísimas consecuencias que ello conllevaba. Al respecto, GARCÍA VÁLDES, *El Proyecto de nuevo Código Penal, dos estudios de parte especial*, Edit. Tecnos, Madrid, 1992. Págs. 30-33.



violación e igualmente si se efectuaba vía anal, quedando comprendido dentro de la agresión sexual el acceso carnal bucal (art. 178 y 179.2)<sup>137</sup>.

Un dato interesante es que consideraba violación cuando se tuviere acceso carnal con un menor de doce años, aunque cuando no concurriere fuerza, intimidación, la persona se hallare privada de sentido o se abusare de su enajenación. En cambio, se califica como estupro el acceso carnal mediante engaño en un menor de dieciséis y con prevalimiento en el caso que sea menor de dieciocho (arts. 180 y 181).

El proyecto español de 1992 fue el esquema básico seguido en el anteproyecto de Código Penal salvadoreño de 1994, el cual superó la impronta moralista del Código Penal de 1973, el cual denominaba al título III como *delitos contra el pudor y la libertad sexual*.

Este ya olvidado Código Penal clasificaba la violación de tres maneras distintas –propia, impropia y presunta (arts. 192-194)–; regulaba con pena atenuada la violación de prostituta –de tres meses a dos años (art. 196)–; exigía la calidad de mujer honesta en el ámbito del estupro (art. 197); caracterizaba como abusos deshonestos cualquier acto diverso al acceso carnal vaginal o por vaso indebido (art. 199), quedando interpretativamente contenido el acceso carnal bucal –con violencia– en los abusos deshonestos<sup>138</sup>; y por último, también consideraba dentro de esta figura cuando sin violencia se practicaran actos diversos en mujer menor de dieciséis años.

En cambio, el proyecto salvadoreño de 1994 relacionó el grupo de tipos contenidos en el Título IV como *delitos relativos a la libertad sexual*. Siendo sus características más sobresalientes. (a) considera como violación únicamente el acceso carnal vaginal y anal, mientras que el acceso bucal así como la introducción de objetos como agresiones sexuales; (b) desaparecen figuras típicas como la violación de prostituta o las circunstancias agravatorias en el estupro, como la inexperiencia de la mujer, su honestidad o si ella fuere *virgen*; (c) se considera estupro, aún y cuando existiere consentimiento de la víctima, cuando el hecho se realizare con una persona entre doce y catorce años, o cuando existiere engaño si estuviere comprendida dentro de los catorce y los dieciséis. Si los actos fueren distintos al acceso carnal vaginal o

---

137 Al menos eso es lo que se destaca del informe sobre el referido anteproyecto, cuando se sostiene: “...no parece claro que desde un punto de vista técnico, el llamado coito bucal pueda calificarse de violación. En esto acierta el anteproyecto, sin perjuicio de que pueda discutirse el tratamiento punitivo que otorga a la conducta que examinamos. Pero con todo, la regulación de la violación en el anteproyecto no resulta plenamente satisfactoria, pues sigue la línea tradicional de otorgar un tratamiento idéntico a las distintas clases de violación, siendo así que, valorativamente suscitan una reprobación muy distinta”. Véase al respecto: CGPJ, *Anteproyecto del Código Penal 1992, e Informe y Votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1992, Págs. 240-242.

138 Sobre esto es interesante la exposición efectuada por el Magistrado RUIZ VADILLO, acerca de las insalvables dificultades de justicia material que presentan las penas de violación y abusos deshonestos ante prácticas realizadas con violencia. Al efecto, véase el ya citado trabajo de GARCÍA VÁLDES, Págs. 31-32.



anal, bajo las mismas circunstancias, debían ser considerados como actos sexuales diversos; (d) por último, aparece el delito de acoso sexual como un hostigamiento reiterado mediante expresiones, tocamientos u otros de inequívoca naturaleza sexual, cuya penalidad era de seis meses a un año de prisión<sup>139</sup>.

En síntesis, es a partir de tal documento que aparece en el ordenamiento jurídico penal salvadoreño la distinción clasificatoria entre los delitos sexuales en los que se utiliza la violencia –violación y agresión sexual– y en los que no existe. Pero con la particularidad que tampoco existe el consentimiento, o éste último se encuentra viciado –estupro y acto sexual diverso–, pareciendo entre los atentados violentos y los abusos sexuales *zonas intermedias* que el legislador ha decantado considerarlas –de forma impropia– como violaciones o agresiones sexuales, aún y cuando no exista violencia (arts. 159 y 161 CP). En estos últimos casos, la edad de la víctima o su especial condición de vulnerabilidad son elementos que han decantado la balanza a favor de tales denominaciones, en recuerdo nostálgico de lo que en su momento fue la violación presunta.

Sin embargo, el pacífico consenso legal y doctrinario que fue conquistado a favor de la libertad sexual, como el núcleo duro que debería tutelar el Derecho Penal, fue nuevamente sacudido por una tendencia global que propugnó desde el último lustro del siglo pasado, por una criminalización de todas aquellas conductas sexuales que se relacionaran con la utilización de niños, niñas y adolescentes cuando no estuvieran reguladas en los códigos penales, o, a conminar con penas severas los clásicos delitos contra la libertad sexual cuando los mismos se vean involucrados como sujetos pasivos. Tal movimiento amplió también su extensión a un endurecimiento del tratamiento penal en los casos de pornografía, prostitución infantil y exhibicionismo.

Trascendental es en este sentido la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989. En ella, claramente se estipula en los artículos 19 y 34 las medidas de protección –y obviamente las penales– que los estados firmantes se comprometen a desarrollar en procura de salvaguardar al niño, niña o adolescente del abuso físico o mental, explotación, abuso sexual, prácticas sexuales ilegales, prostitución o cualquier otra actividad sexual ilegal<sup>140</sup>.

139 COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL, *Anteproyecto de Código Penal*, Ministerio de Justicia de El Salvador, San Salvador, 1994. Págs. 109-115.

140 “**Artículo 19.** 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que los tenga a su cargo (...). 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una





Luego de la promulgación del importante documento internacional, surge una variedad de iniciativas a nivel internacional, formuladas por organismos internacionales que buscan comprometer a los Estados a adoptar medidas de todo tipo, de cara a la lucha contra la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Por ejemplo, a nivel internacional se realiza el Congreso contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños celebrado en Estocolmo, del 27 al 31 de agosto de 1996.

En tal evento, se aprobó una declaración y un programa de acción que comprendió medidas dirigidas a fortalecer la cooperación entre los Estados y un compromiso por parte de éstos de revisión del Derecho interno.

Por otra parte, a nivel europeo, se aprueba la Acción Común por el Consejo de la Unión Europea el día 27 de febrero de 1997, relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. En tal documento, se caracterizan tales delitos como graves prácticas contra los derechos humanos fundamentales y la dignidad humana, advirtiendo que pueden ser parte de las diversas actividades que efectúa la delincuencia organizada transnacional.

Así, los requerimientos en *pro* de una nueva revisión de contenido en materia de delitos sexuales generaron cambios legislativos importantes en países como Italia, Alemania y España.

- a) En Italia se impulsaron dos importantes reformas al *Codice Penale*, la primera conforme a la Ley número 66 de 15/II/1996 contra la violencia sexual, y la segunda de acuerdo a la Ley número 269 de 3/VIII/1998. Conforme la primera, se reforma el artículo 609 con diez agregados y en los que resalta siempre como un delito de mayor gravedad el de violencia sexual (609 bis). Además, se formula el delito de “actos sexuales con menores” (609 quater), mediante el cual se castiga cualquier actividad sexual con persona que al momento del hecho: (a) no haya cumplido los catorce años, o (b) no haya cumplido los dieciséis, cuando el culpable sea ascendiente, tutor, progenitor u otra persona a la que haya sido confiado el menor para su educación instrucción, vigilancia o custodia; y exista una relación de convivencia. Tal norma exceptúa de castigo al

---

institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

“**Artículo 34.** Los Estados partes se comprometen a proteger al niño contra las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin los Estados partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral, y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.



menor que realiza un acto sexual con otro, si entre ambos existe al menos una diferencia de tres años (609 *quater* párrafo segundo).

En el artículo 609 *quinquies* se regula en forma sumamente peculiar el delito de corrupción de menores, el cual castiga a quien efectúa un acto sexual en presencia de un menor de catorce años, con el fin de que también participe en los mismos.

La reforma también se ha completado con estipulaciones generales como las circunstancias agravantes aplicables al 609 *bis* (609 *ter*), un tipo especial de violencia sexual en grupo (609 *octies*), penas accesorias (609 *nonies*), la necesidad de instancia de parte en la persecución de algunos delitos (609 *septies*) y reglas de asistencia a víctimas cuando sea menor de edad (609 *decies*).

La segunda Ley fue la número 269 de 3/VIII/1998, conocida como *Ley contra la pedofilia*, y se encuentra inspirada tanto en la Convención de los Derechos del Niño como en la Convención de Estocolmo de 1996. La misma añade nuevos tipos delictivos en relación a la prostitución de menores (600-*bis*), pornografía de menores (600-*ter*) y trata de menores (601), así como conductas relacionadas con los anteriores como la posesión de material pornográfico (600-*quater*) o el turismo sexual (600-*quinquies*).

Un aspecto que resalta en esta modificación es la inclusión del tipo delictivo de *pornografía virtual* (600-*quater bis*) el cual castiga la representación virtual de actos sexuales utilizando a un menor de edad o sus partes físicas. En tal disposición se efectúa una interpretación auténtica de lo que debe entenderse como pornografía.

- b) En Alemania se produjo, de igual manera que en Italia, dos reformas parlamentarias importantes, la primera fue la 6<sup>o</sup> Ley de Reforma del Código Penal que entró en vigor desde el 1/IV/1998; y la segunda fue la Ley para la Persecución de los Delitos Sexuales y otros Delitos Peligrosos, publicada el 30/IV/1998.

El sistema de regulación alemán es más que interesante, pues distingue entre los abusos sexuales y la violación, así como la coacción sexual. Resalta el abuso sexual de niños con personas menores a los catorce años de edad, y en el que se castiga tanto el realizarlos como el permitir que otro lo haga con el menor, presentando mayor gravedad penológica cuando se consume el coito o exista maltrato corporal (§ 176). De igual forma se castiga el fomento de actos sexuales de menores de edad de dieciséis años con o delante de un tercero, o actos sexuales de un tercero con una persona menor de 16 años, sea facilitando, procurando o permitiendo la ocasión (§180). Se castiga, igualmente, la trata de personas (§ 181 b) y la difusión de publicaciones pornográficas (§184).

Un aspectos interesante en cuanto a la sistemática del StGB es el tipo denominado “abuso sexual de jóvenes” (§182), en el que se castigan dos supuestos: (1) cuando una persona mayor de dieciocho años abuse de una persona menor de



dieciséis años, siempre que medie una situación de necesidad o de contraprestación monetaria; y (2) cuando una persona mayor de veintiún años abuse de una persona menor de dieciséis, permita a éste realizarlos con él o con terceros, siempre y cuando “...se aproveche de la falta de capacidad de la víctima para ejercer su libertad sexual”. Y si bien, la pena en estos casos oscila entre los tres o cinco años, el párrafo cuarto del referido artículo faculta al tribunal sentenciador a prescindir de la pena cuando la injusticia del hecho sea leve.

Comenta TAMARIT SUMALLA sobre esta disposición que al no fijar de un modo cerrado las situaciones y los medios, mediante los cuales se haya logrado el consentimiento, si pone el acento en la exigencia de una distancia cronológica entre el autor y la víctima, con lo que tal norma se acomoda en mayor medida a otros modelos existentes en el Derecho comparado.

Ello ha servido para afirmar que el bien jurídico protegido por tal disposición es la protección sexual de la juventud, o más bien la protección penal de los menores de dieciséis años frente a los abusos sexuales de los adultos<sup>141</sup>.

Por otra parte, el mismo StGB efectúa determinaciones conceptuales acerca de lo que debe entenderse por actos sexuales, así serán considerados como tales: (1) aquellos que sean de alguna notoriedad en relación al correspondiente bien jurídico; y (2) los que sean realizados ante otra persona que observe su ejecución (§ 184 c).

c) Por último, conviene citar el panorama español luego de la aprobación del Código penal de 1995, y el cual posteriormente fue reformado en materia de delitos sexuales, mediante la Ley Orgánica 11/1999 del 30 de abril.

La exposición de motivos de la referida ley es bastante expresiva de los motivos que dieron lugar a la modificación del Código Penal: “...los requerimientos de la sociedad española, alarmada por la disminución de protección jurídica que se ha producido en el ámbito de los delitos de significación sexual, a partir del repetido Código Penal de 23 de noviembre de 1995”. Conforme a tal sentir, se buscó tipificar “de manera más precisa los llamados delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en relación con la edad de las víctimas y con las circunstancias concurrentes: reintroducir el delito de corrupción de menores o incapaces por considerar insuficientes las normas relativas a la prostitución, definiendo auténticamente ambos conceptos; ampliar las conductas reprochables de naturaleza pornográfica, también en relación con los menores e incapaces; acomodar la valoración de las circunstancias que agravan la responsabilidad a cada una de las especies delictivas y revisar el sistema de penas, rechazando aquellas sanciones que en este ámbito no resultaran adecuadas al principio de proporcionalidad o a las necesidades de la prevención general y especial que la sociedad demanda, como sucedería en principio con las meramente pecuniarias”.

141 Así lo sostiene, luego de analizar las distintas posturas en la doctrina germánica, TAMARIT SUMALLA, *La protección penal de menor frente al abuso y la explotación sexual*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2002, citado, Págs. 46-47.



Así se modificó la rúbrica del Título VIII del Libro II por *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, indicando, como ya lo había sostenido un amplio sector científico penal, que en el caso de los menores e incapaces es la referida indemnidad o intangibilidad el bien jurídico penal protegido<sup>142</sup>.

Por otra parte, resurge el delito de violación como una variante específica de la agresión sexual, pero regulada autónomamente en el art. 179 en lo que se refiere al acceso carnal vaginal y anal. Se regulan igualmente los supuestos de abusos sexuales en los que se distinguen los no consentidos –en menor de trece años o cuando exista prevalimiento– (art. 181) y donde existe consentimiento viciado –mayor de trece años y menor de dieciséis– (art. 183).

Se incorporan, de igual manera, precisiones gramaticales en relación a la materia de pornografía, prostitución, exhibicionismo y de la trata de personas con fines de explotación sexual; conductas típicas cuyas penas se ven sobradamente elevadas cuando recaigan sobre menores de edad o incapaces.

Pero tal producción parlamentaria no trastocó únicamente la parte especial del Código Penal, sino también instituciones como la prescripción, el catálogo de penas accesorias o las condiciones en relación a la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Así, el art. 57 CP estipula que en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, los tribunales pueden fijar hasta por un plazo de cinco años prohibiciones como la de aproximarse o comunicarse con la víctima, familiares u otras personas que determine el Tribunal; así como volver al lugar en que se haya cometido el delito o acudir a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

En relación a la prescripción, tal término empezará a computarse desde que la víctima adquiere su mayoría de edad (art. 132.1). Y en cuanto a la suspensión condicional, se estableció como una de las condiciones judiciales a imponer: "...la prohibición de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella o con su familia" (art. 83 1° bis).

d) En el ámbito centroamericano, resultó decisiva la *Reunión Técnica para la Definición de Contenidos Básicos sobre la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes en las Legislaciones Penales*, celebrada en Costa Rica del 7 al 9 de octubre de 2003<sup>143</sup>.

Su finalidad básica era consensuar un estándar mínimo de contenidos que una regulación penal debía tener en materia de pornografía infantil, relaciones sexuales

142 Véase por ejemplo, la 10° edición del *Derecho Penal, parte especial*, de MUÑOZ CONDE, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, Págs. 413 y 414.

143 ECPAT/IPEP, *Reunión Técnica para la definición de contenidos básicos sobre la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en las legislaciones penales y de definición de un programa de trabajo estratégico para apoyar la aprobación de dichas reformas en cada uno de los países de Centroamérica*, San José, Costa Rica, octubre, 2003.



remuneradas y espectáculos sexuales con personas menores de dieciocho años de edad, trata y tráfico de personas menores de edad con fines de explotación sexual comercial y la penalización autónoma de sus intermediarios.

Tal documento incidió de forma decisiva en las reformas posteriores efectuadas al Código Penal que entró en vigencia el 20/IV/1998, aunque antes de tal evento centroamericano ya se había efectuado la primera modificación a esta familia de delitos.

Así, luego de la aprobación del Código Penal vigente, tuvo lugar la primera reforma en materia de delitos sexuales, mediante el decreto legislativo n° 642/1999, modificando tal decreto la edad de los sujetos pasivos en relación al delito de estupro y estupro con prevalimiento, que anteriormente era de dieciséis años y pasaban a ser dieciocho. Así también, y desde entonces, se considera que el delito de agresión sexual puede ser realizado con o sin violencia cuando la víctima sea menor de doce años o se efectúe en persona privada de sentido –enajenación mental, estado de inconsciencia o incapacidad para resistir–.

Por otra parte, se modificó el art. 162 CP, cuyas circunstancias agravantes específicas dejaron de ser cinco para convertirse en siete. Para el caso, cuando la víctima fuere menor de dieciocho años se podrá aplicar el numeral 3°, el cual antes exigía que fuera menor de dieciséis y que al menos existiera un abuso de confianza o de las relaciones domésticas. Este último caso pasó a ser el numeral séptimo del referido artículo –“[C]on abuso de las relaciones domésticas o de confianza derivada de las relaciones de trabajo”–.

Sin embargo, fueron las modificaciones legislativas efectuadas mediante los decretos legislativos 210/2003, 457/2004 y 458/2004 las que han tenido las mayores repercusiones a nivel de la práctica judicial<sup>144</sup>.

La primera, aprobada por el parlamento el 25/XI/2003, transformó profundamente la sistemática de todo el Título IV del Código Penal, realizando al menos dieciséis modificaciones al articulado. De forma periférica se adicionan delitos como el relativo al suministro indebido de bebidas alcohólicas (147-D CP) y la trata de personas (367-B CP); y se trastocan en otros su contenido como el delito de violencia intrafamiliar (200 CP), incumplimiento de los deberes de asistencia económica (201 CP), maltrato infantil (204 CP) y la falta de actos contrarios a las buenas costumbres y al decoro público (392 CP).

En los considerandos del referido decreto, se advierte con suma claridad los motivos que impulsaron a su aprobación: “...[q]ue a fin de realizar acciones específicas dirigidas a la erradicación de la explotación sexual comercial de los menores, es pertinente

---

144 Una buena síntesis del articulado reformado, puede verse en el documento editado por OIT/IPEC, “Reformas penales y procesales para la eliminación de la explotación sexual comercial de personas menores de edad en El Salvador”, Costa Rica, Mayo, 2006.



*incrementar las penas a todo tipo de abuso en contra de la niñez y la adolescencia; especialmente de abusos de tipo sexual". En consecuencia, "...en atención a los planteamientos expuestos y a la demanda social de mayor protección para la niñez y la adolescencia, se hace necesario incorporar las reformas legales correspondientes".*

Desde esta óptica, la reforma ensanchó los ámbitos de aplicación tanto del delito de violación como de la agresión en menor o incapaz (arts. 159 y 161 CP), extendiendo su cobertura de doce a los quince años, y también su penalidad –catorce a veinte años en el primero y ocho años a doce en el segundo–, compitiendo en gravedad con la pena del homicidio simple.

Por otra parte, las edades en materia de estupro y estupro por prevalimiento fueron modificadas en quince y dieciocho años en comparación a los doce y catorce años que estipulaba la anterior reforma, efectuada mediante el decreto legislativo 642. Sin embargo, en el acto sexual diverso, aunque se mantuvo la equiparación entre las edades de 15 y 18 cuando hubiera engaño, se castiga cuando la víctima sea menor de dieciséis años aunque ella hubiera consentido y no exista de por medio el referido medio comisivo. Eso sí, con una pena que linda y supera el límite mínimo del homicidio –ocho a doce años–.

Pero la protección, tanto de los menores e incapaces no quedó ahí, también fueron reformulados por tipos relativos a la corrupción de menores e incapaces, prostitución, exhibiciones obscenas y pornografía; de los cuales, algunos de ellos han sido recientemente modificados como: inducción, promoción y favorecimiento de actos sexuales o eróticos (art. 169 CP) y la remuneración por efectuar tales actos (art. 169 A CP).

Inicialmente, el Código Penal tipificaba en esta materia la inducción, promoción y favorecimiento de la prostitución de un menor, e incrementada la pena cuando se determinaba coactivamente a un menor para tal práctica. Así mismo, se castigaban las exhibiciones de contenido obsceno como también la difusión, venta y exhibición de material pornográfico ante menores e incapaces. Por último, se sancionaba la utilización de los mismos en la elaboración de pornografía y actividades de exhibicionismo erótico.

Mediante tal producto legislativo, el primer delito cambió su *nomen iuris* como inducción, promoción y favorecimiento de actos sexuales o eróticos, con lo que se amplía su alcance a cualquier actividad que suponga la satisfacción de libido lascivo más allá de la prostitución. En similar línea aparece el delito de remuneración por actos sexuales o eróticos, el cual resulta un complemento del anterior, buscando castigar de forma específica al *cliente* de estos actos<sup>145</sup>.

---

145 En realidad, valdría hacerse la pregunta: si la remuneración efectuada por el "cliente" a la víctima o al rufián que la explota, no podría considerarse como financiación a la actividad y, por ende, quedar ya comprendido el castigo de la conducta en el art. 169 CP en su reciente redacción. En realidad, esta hipótesis se muestra en consonancia con la clara interpretación del término



En materia de exhibiciones obscenas, igualmente se amplía el horizonte de punibilidad castigando también cualquier incitación sexual que se realice en lugar público o expuesto al mismo. De la misma forma, se realizan sendas adiciones casuísticas a los delitos de pornografía y utilización de menores e incapaces o deficientes mentales en tal industria, como también se agrega un nuevo tipo relativo a la posesión de pornografía de personas menores de 18 años, deficientes e incapaces. Al parecer, el *leit motiv* del tipo penal es castigar el último ciclo relativo de la referida actividad que corresponde al comprador.

Por último, se estipulan en el art. 173-B circunstancias agravantes que permiten llegar a aplicar hasta una tercera parte del máximo de la pena, además de la pena accesoria de inhabilitación por el ejercicio de la profesión durante el tiempo que dure la condena.

## 2. EL BIEN JURIDICO PENAL PROTEGIDO EN LOS DELITOS SEXUALES. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA INDEMNIDAD SEXUAL DE LOS MENORES DE EDAD

Entrando en materia, una vez desterrado el entendimiento que la honestidad y las buenas costumbres eran el bien jurídico que daba sentido a los delitos sexuales, se afirmó por un unánime consenso doctrinario que el objeto de protección en esta materia constituye la libertad sexual de las personas. Y es que junto a la vida y la integridad personal, la libertad es uno de los derechos fundamentales que goza de mayor rango a nivel constitucional.

Dentro de la libertad en un sentido amplio existe un ámbito que se relaciona con el ejercicio de la sexualidad y que en cierto modo se enfoca en la utilización del propio cuerpo conforme a la forma o manera que su dueño disponga. A ello es lo que se denomina *libertad sexual*, y conviene remarcar que su protección penal goza de suficiente autonomía para ser separada de los genéricos atentados contra la libertad y la autonomía personal<sup>146</sup>.

En palabras de ORTS BERENGUER puede definirse como la capacidad personal de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad; es decir,

---

“financiar”, y valdría para eliminar de un plumazo el art. 169-A CP, siendo aplicable el primero de los citados. Sin embargo, al existir un tipo explícito para el aporte dinerario a cambio de algún tipo de actividad erótico-sexual, conforme al principio de especialidad, ésta sería de preferente aplicación. La razón vendría de la mano en el sentido que el legislador decidió enfocar el mayor efecto intimidatorio y disuasivo de la pena en estos casos y crear, entonces, un precepto especialmente destinado para ello. Situación similar se observa por ejemplo en Costa Rica, donde fue adicionado al Código Penal un artículo muy similar al nuestro. Al respecto: RIVERA, “*El delito de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad*”, Boletín Temático “Ya es hora”, N° 5, OIT/IPEC, San José, Abril, 2006, Págs. 24/29.

146 Así, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, parte especial*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, Pág., 194.



en el ámbito de la actividad relacionada con el impulso venéreo, su excitación y satisfacción<sup>147</sup>.

En consecuencia, el contenido de este derecho está integrado por la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento, por la de utilizar y servirse del propio cuerpo sin más limitaciones que las derivadas del obligado respecto a la libertad ajena, así como escoger compañero o compañera –con su consentimiento obviamente–; y –la más importante– de rechazar proposiciones no deseadas y, con más motivo, la de repeler eventuales ataques<sup>148</sup>.

Así, parece existir un cierto consenso que este bien jurídico tiene una vertiente positiva o dinámica, consistente en la facultad del sujeto de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos –ya en lo referente al tipo de relación o en relación a su concreto destinatario– y vertiente negativa o estática, que identifica el aspecto defensivo de la libertad sexual, lo que supone el derecho a no soportar de otro la coacción física o moral dirigida a la ejecución de actos de esta índole, desencadenando en la víctima la facultad de repeler su realización o tolerancia.

En otras palabras, es un derecho de libre disposición carnal y un derecho de ejercer medios o modos de protección personal ante tal tipo de actividades<sup>149</sup>.

Se advierte en la caracterización de este derecho su clara connotación individual, y por consiguiente, el carácter soberano de su ejercicio por quien lo ostenta. Ello se muestra acorde con las concepciones políticas y filosóficas que propugnan el respeto por parte del Estado de la autonomía moral de los ciudadanos, sobre todo en las sociedades actuales que poseen un carácter eminentemente pluralista<sup>150</sup>.

Pero por otra parte, desde el mismo momento en que se enmarca como un concepto esencial y que se relaciona con los ámbitos de ese libre desarrollo de la personalidad que protege la Constitución, el ejercicio de la sexualidad adquiere un matiz positivo conforme a la idea de ser un componente básico de la autorrealización personal; pues forzar a cualquier tipo de relación sexual, o prohibir su ejercicio, supone valorativamente privar a la víctima de la libre disposición de una de las dimensiones esenciales del ser humano y la cual dota de sentido su existencia<sup>151</sup>.

147 ORTOS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN Y OTROS, *Derecho Penal, parte especial*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, Págs. 196-197.

148 *Ibidem*.

149 CARMONA SALGADO, en: COBO DEL ROSAL Y OTROS, *Compendio de Derecho Penal español, parte especial*, Edit. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, Pág. 178.

150 Esta idea de la autonomía personal o, más bien, de la autonomía personal sexual, es lo que para QUERALT constituye el bien jurídico protegido. Véase al respecto, *Derecho Penal español*, Edit. Bosch, Barcelona, 1996, Págs. 125 y 126.

151 DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, Edit. Bosch, Barcelona, 1985, Pág. 24.





Correlativamente, su entronización como la clave interpretativa básica supone vaciar de los contenidos moralistas dominantes la protección penal sexual, pero también descartar de la tutela penal otros intereses indirectos, como pueden ser las expectativas familiares, matrimoniales *stricto sensu* o anhelos matrimoniales<sup>152</sup>.

Sin embargo, el concepto de libertad sexual no ofrece el suficiente rendimiento argumentativo para explicar otros delitos que también se encuentran comprendidos dentro del Capítulo 1 del título IV y, particularmente, los que indican como sujetos pasivos a menores de edad e incapaces. Y es que desde tal óptica, la libertad sexual presupone, en cuanto libertad valorativa que es, la capacidad cognoscitiva y volitiva del sujeto pasivo; capacidad referida al significado y trascendencia del acto sexual y del consentimiento que eventualmente pueda prestar a él. De ello deriva que, donde falte esa capacidad, faltará también la libertad sexual que, por tanto, no podrá ser violada ni menoscabada<sup>153</sup>.

Así, en el caso de los niños, niñas y adolescentes no se cuenta con la referida libertad, y en las personas privadas de razón se carece de ella en modo absoluto. Por ende, en tales casos se habla de la indemnidad sexual o intangibilidad sexual como *ratio essendi* de la protección penal, y cuyo fundamento es la falta de autonomía – actual o potencial– para desenvolverse en el ámbito sexual<sup>154</sup>.

La dimensión menos complicada de explicar es la relativa a los incapaces o privados de razón, la cual los arts. 159 y 161 relacionan con el término *enajenación mental*. En tales casos, se ha sostenido que la protección penal busca evitar que terceros, abusando en razón del trastorno que padecen, los utilicen como objetos sexuales para satisfacer su ánimo lascivo<sup>155</sup>.

Sin embargo, debe entenderse que nos encontramos ante situaciones claramente graduables que permiten distintas matizaciones de acuerdo al caso que se juzga. Así, el término de enajenación mental, utilizado por nuestro Código Penal, denota situaciones de perturbaciones graves de la psiquis que podrían quedar dentro del ámbito de la idiocia o imbecilidad, pero no de la debilidad mental. En tal sentido, es conveniente una interpretación uniforme con los ámbitos que señala el art. 27 N° 4 CP, y donde únicamente situaciones de inimputabilidad absoluta o de semi-inimputabilidad –desarrollo psíquico retardado– que incidan claramente en la no

152 MORALES PRATS en: QUINTERO OLIVARES Y OTROS, *Comentarios al Código Penal*, Pág. 228.

153 DIEZ RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, citado, Pág. 25.

154 Como vimos anteriormente, es la reforma a la Ley Orgánica 11/1999 de 30 abril realizada al Código Penal español, la que introdujo el concepto de indemnidad juntamente al de la libertad sexual en la familia de delitos contemplada en el artículo VIII del Libro Segundo. Aspecto que debiera ser tomado en cuenta en una reforma del Código Penal, aunque puede ser utilizado sobradamente como criterio interpretativo en todos aquellos delitos de naturaleza sexual que se relacionen con menores e incapaces en el estatuto punitivo nacional.

155 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, parte especial*, 12° edición, citado, Pág. 198.



comprensión del acto sexual, darán lugar a la aplicación de este supuesto<sup>156</sup>. De ahí que tenga razón MUÑOZ CONDE al afirmar que aquí nos encontramos en presencia de una presunción *iuris tantum* que sí admitiría prueba en contrario<sup>157</sup>.

En el caso de niños y jóvenes se intenta proteger su evolución sexual normal de su personalidad; en otras palabras, su libertad sexual potencial o *in fieri*. Por ende, al encontrarse en proceso continúa evolución en cuanto a su desarrollo personal, se busca proteger su bienestar psíquico que le permita el descubrimiento espontáneo de la sexualidad sin lastres o experiencias traumáticas y sin intromisión de los adultos en tal esfera<sup>158</sup>. En ello, existe un interés estatal por preservar a los mismos de injerencias intolerables en su ámbito sexual.

A tal sentido se refiere la jurisprudencia nacional, así la Sala de lo Penal ha fijado en varios precedentes, soslayando que el fin del ordenamiento jurídico es tutelar la recta formación de los niños en todas las esferas de la relación<sup>159</sup>.

El efecto más importante de tales disquisiciones es considerar irrelevante el consentimiento brindado por el menor para la práctica de cualquier acto sexual, hasta una determinada edad cronológica, constituyéndose en un rango donde el legislador considera nula la comprensión de los alcances que el ejercicio de la libertad sexual comporta, aún y cuando sea el menor quien provoque el contacto. Tal edad inicialmente en la legislación penal salvadoreña se encontraba en el rango de los 0-12 años y se incrementó de 0-15 años conforme al decreto legislativo 210/2003<sup>160</sup>. A partir de los quince se considera una relativa comprensión que únicamente puede ser viciada mediante engaño –estupro y abusos deshonestos–. En tales casos, nos encontramos ante una presunción absoluta de ausencia de consentimiento, en otros términos, *iure et de iure*.

Esta opción legislativa es lo que se conoce doctrinariamente como la *teoría de la presunción*, y cuyas razones históricas devienen del Derecho romano. Así, CARPZOVIUS sostenía que: "...el menor como el loco son incapaces de consentir,

---

156 Y esto ya lo había puesto de manifiesto muchos años atrás por FERRER SAMA, cuando al comentar el supuesto jurisprudencial de tres sujetos que abusaron de una joven de dieciocho años de edad pero con leve de retraso mental, y la cual brindó su "aquiescencia" en razón de las monedas que recibía, postuló que sería necesario que tal retraso anulase las facultades intelectivas, en cuyo caso ya no estaríamos ante una debilidad mental, sino frente a una oligofrenia (idiotia o imbecilidad) relevante penalmente hablando. Véase, su artículo: "*La llamada violación presunta y el retraso mental del sujeto pasivo*", ADPCP, fascículo III, 1949, Págs. 529-530.

157 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, parte especial*, citado, Pág. 199. Y al efecto, es imprescindible que el sujeto activo conozca tal extremo y se aproveche de él.

158 ORTOS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN Y OTROS, *Derecho Penal, parte especial*, citado, Pág. 216.

159 Sentencia de Casación emitida el 21/IX/2004, ref. 64-2004.

160 Obviamente, nos encontramos hablando de edad cronológica y no de la edad mental.



luego disienten. El abuso fue cometido con su disentimiento, por tanto es violento *-velle non potuit, ergo noluit-*"<sup>161</sup>.

La teoría de la presunción constituye, en la actualidad, un sistema rutinario en la tipificación legal, estableciéndose un mínimo de edad por debajo del cual se castigan de modo absoluto las conductas sexuales realizadas con un niño o niña –generalmente de doce o trece años–. El defecto de este sistema es que pueden presentarse judicialmente situaciones excepcionales, en las que un niño o niña puede presentar ya la madurez necesaria para comprender el carácter de su conducta sexual<sup>162</sup>.

Contrario a la anterior, se ha postulado la denominada *teoría del discernimiento*. Ésta busca dejar al arbitrio judicial la labor de concretar en cada caso si el menor poseía la capacidad para comprender el significado de su conducta sexual y obrar de acuerdo a ellos, y sólo en caso negativo establecer la existencia de la violación<sup>163</sup>. La objeción a este modelo son las dificultades probatorias en orden a establecer tal madurez, a lo que GONZALEZ RUS sostiene que la inteligencia no es el factor decisivo para determinar la madurez, sino también habría que tomarse en cuenta factores circunstanciales<sup>164</sup>.

No faltan opiniones doctrinales que propugnan por un criterio intermedio. En tal sentido, autores como POLAINO NAVARRETE y CARMONA SALGADO han sostenido que el límite fijo de edad debe entenderse como una presunción *iuris tantum*, lo cual supone tenerlo en cuenta como punto de partida en el análisis del caso en concreto<sup>165</sup>. Sin embargo, para algunos esta opción es criticable, pues no existen suficientes razones de justicia material para dejar de lado el dato de la ley.

---

161 Han existido importantes voces discrepantes ante tal *teoría de la presunción*. Así, CARRARA sostuvo: "...[n]o es verdad que en el niño o en el mentecato falte siempre el consentimiento. Puede faltar su capacidad de consentimiento jurídico, no de consentimiento natural. Capaces naturalmente son también los niños y los dementes, los cuales debaten y gritan y usan toda su fuerza cuando no quieren soportar una cosa desagradable. Ahora bien, no obstante tal capacidad, al menos en ciertos casos, la ley no presume, sino que "supone" violento sin más el ayuntamiento carnal con aquellas personas, por la especial tutela penal debida a las mismas y por la mayor perversidad que manifiesta aquel que abusa de estos infelices, tratándose más que de una "presunción" (*juris et de jure*"), de una "ficción". Se "finge", pues, violento un acto carnal que no es tal, para recordar a los lujuriosos el deber de respetar a cierta categoría de seres humano más necesitados de la defensa por parte de la ley". CARRARA, *Programma*, citado por: FERRER SAMA, *la llamada violación presunta y el retraso mental del sujeto pasivo*, citado, Pág. 533.

162 DIEZ RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, citado, Pág. 54.

163 *Ibidem*.

164 *Ibidem*.

165 *Ibidem*.



Tales críticas tenían su fundamento en el límite de los doce años de edad, el cual la doctrina y la legislación comparada consideran aceptable. Sin embargo, cabe la duda de la suficiencia argumentativa de las mismas, cuando en la parte especial del estatuto sustantivo se llega a los -15 años-.

Por ende, tal entendimiento del *datum legis*, como una situación que admite prueba en contrario, puede ser un aspecto a tomarse en cuenta, juntamente con otras consideraciones que se relacionan al tipo de conducta y a la utilización de *vis phisica* o la *vis compulsiva* -intimidación o fuerza física-.

En términos sencillos, la edad legal puede servirnos de punto de partida como un elemento importante, más no suficiente, en orden a la aplicación de los arts. 159 y 161 del Código Penal, pero únicamente cuando no exista el ejercicio de la fuerza o intimidación en el desarrollo del acto sexual y en el que el adolescente decide intervenir libremente. *A contrario sensu*, la ausencia de consentimiento resulta irrelevante cuando se hace uso de la violencia para lograr el acto. Y aquí, el referido medio puede ser un dato decisivo en relación a la nula o mínima resistencia que puede presentar la víctima ante su uso por parte, por ejemplo, de un adulto. A mi manera de ver, es verdadero sentido aplicativo que debe darse a los supuestos regulados en el art. 159 y en el art. 161 CP.

### 3. LA VIOLACIÓN Y LA AGRESIÓN SEXUAL EN MENORES DE EDAD. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

La reforma efectuada mediante el decreto legislativo 210/2003 es criticable en cuanto a la defectuosa técnica que presenta en algunos tipos penales. En primer lugar, si bien es cierto que se sigue el criterio sistemático de la división típica en relación a los medios básicos por los cuales se anula la voluntad de la víctima-violación, agresión sexual y abusos sexuales respectivamente- toman importancia excesiva otras circunstancias personales como la edad. Ello comporta una regulación altamente compleja en razón de que estos últimos elementos suelen ser contenidos en el tipo, pero también dentro del extenso número de circunstancias agravantes que minan el Título IV del Código Penal<sup>166</sup>.

Para el caso, tenemos la formulación de tipos básicos como el caso de la violación y agresión sexual, luego tipos autónomos especiales cuando es menor o incapaz la víctima, y por último circunstancias agravatorias cuyo radio de acción

---

166 Existen otros aspectos ciertamente censurables de la reforma penal efectuada, como ha sido el abuso de conceptos altamente normativos, y particularmente de naturaleza socio-cultural -actos sexuales o eróticos, actos lúbricos o de exhibición obscena o indecorosa- cuya precisión en el caso concreto corresponderá a una valoración sumamente personal del juez. Y donde el respeto a los límites que el ámbito del principio de legalidad en materia de *lex certa* o mandato de certeza impone. No se discute aquí que la necesidad de la materia a regular comporta excepcionalmente utilizar estos términos; pero debe acudirse a ellos en forma cautelosa, tratando de evitar valoraciones moralistas que únicamente corresponden a un sector de la sociedad -el más conservador- o a convicciones personales de quien resuelve.



comprende tanto a los primeros como a los segundos. Esto genera, para el caso, problemas interpretativos que pueden inobservar la prohibición constitucional del *ne bis in idem*, como en el que acaece entre la edad de quince años comprendida tanto en el art. 159 como en el art. 161, y que pueda resultar abarcada por el numeral tercero del art. 162, cuando estipula que la pena se aumenta si la víctima cuenta con una edad menor a los dieciocho años.

Pero también es censurable la excesiva desproporción penológica que presentan algunos de ellos, y cuya sanción compite en gravedad como el homicidio o las lesiones. Debe recordarse que entre vida y libertad existe una cierta magnitud de importancia que no permite su equiparación sin más a efectos penales. Por ende, resulta difícil entender cómo algunas modalidades agravadas de violación o agresión sexual pueden encontrarse casi en los mismos rangos de merecimiento de pena. Esto, a la larga, presenta un dudoso mensaje político-criminal al violador: da igual realizar una violación o agresión sexual que matar a la víctima para que no lo denuncie.

Y es que en realidad, en materia de individualización legal de la pena, era necesario tener en cuenta la regla de proporcionalidad relativa a que la gravedad de la sanción penal se encontrara en consonancia con la gravedad del atentado. Desde esta óptica, el ejercicio de violencia debe merecer el mayor reproche por sobre los casos de abuso sexual y, aun de estos casos, de aquellas conductas materialmente consentidas, aunque de efectos irrelevantes para el ordenamiento jurídico penal.

Estas aseveraciones nos permiten efectuar una identificación tripartita de los atentados sexuales, en atención al medio comisivo utilizado: (a) cuando se utiliza violencia –violación y agresión sexual–; (b) cuando no se utiliza violencia pero se efectúan actos sexuales con quien no puede consentir de acuerdo a la ley –abusos sexuales en menor de quince años, estado de inconsciencia, incapacidad para resistir y enajenación–; (c) cuando se utiliza el engaño en el sujeto pasivo y donde el dato de la edad de la víctima resulta decisivo –estupro y acto sexual diverso–.

Veamos cada uno de ellos:

**Violaciones y agresiones sexuales.** El denominador común de ambos en la existencia de un atentado sexual, llevado a cabo mediante el uso de violencia física o intimidación<sup>167</sup>, y lo que distingue a ambos es que en la violación se busca el acceso carnal de carácter heterosexual –hombre/mujer vía vaginal o anal– u homosexual –hombre/hombre vía anal–; mientras que la agresión sexual por su carácter genérico comprendería cualquier otro tipo de modalidad excluyente de los

---

167 MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES, Comentarios al Código penal, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1996, Pág. 231.



ámbitos de la violación, pero que valorativamente tenga una inusitada gravedad<sup>168</sup>. De ahí que las conductas relativas al acceso carnal bucal o introducción de objetos puedan considerarse ejemplos de lo que verdaderamente debe ser considerado como agresión sexual, y donde podrían quedar perfectamente comprendidos los actos de bestialismo, sin perjuicio de entrar este tipo de hechos en un concurso ideal con el delito de lesiones.

Por exclusión, los meros besos, abrazos y caricias, más o menos “triviales” – al decir de CARMONA SALGADO<sup>169</sup> – o los tocamientos “sorpresivos” no puedan considerarse como tales<sup>170</sup>.

Para muchos autores ambos atentados suponen un contacto corporal entre agresor y víctima, excluyéndose de este ámbito cuando se obliga a la persona a masturbarse o cuando se obliga a una persona a presenciar el acto sexual de terceros, lo cual podría quedar comprendido dentro del delito de coacciones o exhibiciones obscenas dependiendo del sujeto pasivo, delitos que constituyen la protección básica de materia de autodeterminación personal<sup>171</sup>. En suma, únicamente quedarían comprendidos dos ámbitos, que el autor de la agresión haga tocamientos íntimos a su víctima o bien porque el autor obligue a que la víctima se los haga<sup>172</sup>.

---

168 Este es el criterio seguido por la Sala de lo Penal para distinguir entre las agresiones sexuales y el acoso sexual... este Tribunal considera que los hechos que fueron acreditados por el Tribunal a quo, según constan en la sentencia, configuran agresiones sexuales, donde el imputado no solo realizó simples tocamientos, sino que llegó a rozar su órgano genital masculino con el de la menor víctima; acciones con las cuales cometió un hecho más grave que un acoso sexual. Al efecto, véase la sentencia emitida el 6/VI/2005 –Ref. 159-CAS-2004 –.

169 CARMONA SALGADO, *Compendio de Derecho penal español*, citado, Pág. 182.

170 De acuerdo a SÁNCHEZ TOMÁS, los ataques sorpresivos se definen como aquellos supuestos en que el sujeto activo utiliza lo inesperado e inopinado de su conducta para conseguir una implicación sexual in consentida. Sobre los mismos, la doctrina ha excluido su consideración violenta, en tanto que la conducta inopinada de atentado a la libertad sexual no reuniría las características mínimas de ejercicio de fuerza física. Al efecto, véase su obra: *La violencia en el Derecho penal*, Edit. Bosch, Barcelona, 1999, Pág. 82.

171 MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, Pág.201. En contra, ORTS BERENGUER, quien considera que el hacer que la víctima se masturbe debe entenderse como agresión sexual aunque no haya contacto corporal; y CARMONA SALGADO, quien va mucho más allá al considerar que caben dentro de la consideración de la agresión sexual el que la víctima realice actos de exhibición obscena o de manipulación sobre el propio cuerpo siempre bajo la presencia del sujeto activo, u obligar a la víctima a ejecutar diversas actividades de índole sexual en un tercero o que el tercero las ejecute en ellas para satisfacer al autor del delito. Descartando únicamente la exhibición de actos sexuales ante terceros, que podrían quedar comprendidos en las coacciones o en las exhibiciones obscenas. También, MORALES PRATS. A mi modo de ver, por la redacción utilizada en el Código Penal salvadoreño, de inicio tales conductas no podrían resultar comprendidas.

172 ORTS BERENGUER, *Derecho penal, parte especial*, Pág. 199.

Al parecer, tal interpretación se muestra en consonancia con lo estipulado en el art. 160 CP, cuando estipula que el sujeto activo “realice en otra persona”, lo cual en una interpretación restrictiva volvería atípica la conducta de quien obliga a una persona a soportar besos o tocamientos en partes genitales por parte de un tercero, lo cual a todas luces choca con la más elemental sensibilidad jurídica.

Aparte de ello, es criticable la formulación del tipo penal de violación (art. 158 CP), en la medida que únicamente hace referencia a la violencia sin distinguir entre la física, psíquica y la que se efectúa sobre las cosas (“*vis in rebus*”), que al parecer también quedaría comprendida dentro del ámbito de aplicación del tipo –por ejemplo: se amenaza a la víctima con destruir su valioso jarrón sino accede a tener acceso carnal con el autor–<sup>173</sup>.

Pero en realidad, el aspecto decisivo en materia de la agresión sexual –del cual la violación no es más que una especie regulada autónomamente por su gravedad– es que el ejercicio de violencia debe contar con cierta trascendencia y debe mostrarse idónea para afectar de modo relevante la sexualidad ajena. Esto ya se había puesto en evidencia por GIMBERNAT, al afirmar que acontece una violencia física idónea cuando se ata a una mujer o es sujeta por alguien de un grupo de personas para acceder físicamente a ella. Pero también se ejerce una intimidación de suma gravedad cuando se muestra una navaja o se profiere por parte del atacante la amenaza de matarla sino accede a la cópula carnal.

Esto lo lleva a afirmar que, por la gravedad de la pena que trae consigo la figura típica de la violación o de la agresión sexual, solo aquellas conductas de carácter sumamente grave deben quedar comprendidas dentro de las mismas. En el caso de la fuerza física, no exige de forma relativa una encarnizada resistencia de la víctima, sino que basta que sea intensa, suficiente y eficaz para doblegar a la últimamente citada<sup>174</sup>. Por ende, la resistencia es un elemento indiciario del carácter no consentido de la práctica penal<sup>175</sup>. Sin embargo, en todo caso, se requerirá comprobar la existencia de una relación de causalidad adecuada entre el ejercicio de la violencia y el acceso carnal.

Por otra parte, en la violación intimidatoria se trata de un constreñimiento psicológico de obra o de palabra consistente en ocasionar un mal injusto, posible,

173 Sobre tal hipótesis, MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, citado, Pág. 233.

174 Como apunta MORALES PRATS, conviene tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes, tanto subjetivas –edad de los sujetos activo y pasivo, constitución física de ambos, etc.– como objetivas –lugar, momento, etc.–. De igual forma, la magnitud de la violencia idónea habrá que medirse con criterios cualitativos y no cuantitativos, y en este contexto la mayor o menor resistencia se revela como un expediente destinado a satisfacer el siempre espinoso problema de la prueba de la falta de consentimiento. Al efecto, véase: MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, citado, Pág. 234.

175 Al respecto: ORTOS BERENGUER, en VIVES y otros, *Derecho Penal, parte especial*, citado, Pág. 203.



irreparable e inmediato, el cual produce una inhibición de la víctima de sus mecanismos defensivos accediendo a los propósitos lascivos del sujeto activo<sup>176</sup>. Al efecto, el mal con que se amenaza a la víctima debe ser de realización inmediata, so pena que de no acceder se vería conminada a sufrir un perjuicio grave en su persona o en un tercero<sup>177</sup>.

De ahí que no puede considerarse agresión o violación sexual por esta modalidad, cuando se da un tiempo a la víctima para que pueda decidir si acepta o no a participar en el hecho<sup>178</sup>. Claro, en la comprobación procesal de este supuesto entran en juego una variedad de circunstancias que se relacionan con el contexto familiar o social de la víctima, y que en algún sentido puedan confundirse con las modalidades de prevalimiento –padres/hijas o maestro/alumnas–.

**Abusos sexuales.** Distintos a los anteriores, la protección penal que se dispensa a los jóvenes comprendidos entre los 15 a los 18 años de edad se condiciona a la existencia de engaño o a una situación de prevalimiento, como acontece con la regulación del estupro (arts. 163 y 164 CP) o del acto sexual diverso que relaciona como medio comisivo al engaño, o sin el consentimiento de alguien menor de 16 años.

**Reviviscencia de la violación y agresión presunta.** De acuerdo a lo anterior, la problemática que presenta el Código Penal en esta materia es haber equiparado ciertas formas de abuso sexual al grado de violación o agresión sexual, pese a no concurrir fuerza o intimidación. En tal sentido, tanto el artículo 159 como el 161 hacen referencia al aprovechamiento de un estado de enajenación mental, estado de inconsciencia o incapacidad para resistir, además del supuesto de minoría de edad.

En relación a los tres primeros, no estamos en presencia de una compulsión material, ni tan siquiera física, sino ante situaciones donde la víctima no puede utilizar sus mecanismos de autodefensa por estar impedida mental o físicamente para ello. Obviamente, que tal situación evita por parte del sujeto activo cualquier despliegue de fuerza o compulsión material hacia la víctima<sup>179</sup>.

Vemos entonces, que en estos casos más que una violación o agresión presunta nos encontramos ante verdaderos abusos sexuales, pues no concurre violencia física o intimidatoria, sino la inexistencia de voluntad en el sujeto pasivo por

176 *Ibíd.*, Pág. 205.

177 GIMBERNAT, *Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español, con especial referencia a la violación intimidatoria*, ADPCP, fascículo III, 1969, Pág. 497. Y resulta claro para el prestigioso profesor español que únicamente puede haber violación con intimidación cuando se amenaza con matar, violar o agredir a un tercero o la misma mujer –y podríamos agregar a un hombre también–.

178 *Ibíd.*

179 SÁNCHEZ TOMAS, *La violencia en el Derecho Penal*, Edit. Bosch, Barcelona, 1999, Pág. 83.





razones totalmente diversas al ejercicio de un acometimiento físico –enfermedad, embriaguez, sueño profundo, etc.–. Desde este enfoque, en los casos en que el sujeto pasivo no pueda oponer resistencia por su incapacidad física, derivada de una enfermedad o de estar inmovilizada por medios mecanismos, por conservar una vida meramente vegetativa o encontrarse en un estado de agotamiento extremo, son casos verdaderamente de abusos sexuales pues falta el consentimiento y también el ejercicio de violencia<sup>180</sup>. Aún y cuando el Código Penal salvadoreño los califique como violación.

Estamos por consiguiente, ante una *contradictio in terminis* o una terminología equívoca, que un análisis legislativo más cuidadoso hubiera permitido percatarse de ello. En otros términos, *debió llamarse abuso sexual lo que en realidad es abuso sexual*.

Lo cuestionable, al respecto, es también haber borrado las diferencias valorativas en relación al merecimiento de pena entre estos tipos autónomos con los tipos básicos de violación y agresión sexual. Ello supone una clara afrenta al principio constitucional de proporcionalidad en materia de dosimetría legal.

Pero el caso más discutible es el supuesto relativo al menor de quince años de edad, lo cual nos lleva a pensar que no es la indemnidad sexual del menor lo realmente protegido, sino una variante de la *moral sexual* que se relaciona con la prohibición de cualquier modalidad de práctica sexual con menores de edad, independiente de la existencia de violencia, engaño, prevalimiento o abuso de superioridad. Y es tal intelección la que llevaría a seguirla considerando como violación o agresión sexual, e imponiéndole una pena sumamente alta con relación a otros bienes jurídicos.

Aún podría discutirse cuáles han sido las razones científicas –psicológicas, biológicas, etc.– que han ameritado un criterio de elevación sobre la edad de los doce años, que históricamente se ha considerado satisfactoria en relación a la materia de prohibición. No puede desconocerse que es un terreno propicio para el ámbito de la libre configuración del legislador, particularmente si tenía en mente proteger al menor contra cualquier tipo de prácticas pedofilias. Sin embargo, debe aceptarse que existen claras diferencias evolutivas y biológicas entre los doce y los quince años en cuanto a su capacidad de consentir, pues en este último caso, la víctima se encuentra más cercana a su mayoría de edad. Por tal motivo, la protección penal debe tener un enfoque más relativo.

#### 4. LAS RELACIONES SEXUALES ENTRE JÓVENES. POSIBLES SOLUCIONES INTERPRETATIVAS

A mi manera de ver, los tipos regulados en los párrafos primeros de los artículos 159 y 161 CP, no constituyen tipos agravados de violación o agresión sexual, sino verdaderos tipos autónomos cuyo eje central, en ambos, no lo constituye el ejercicio

---

180 ORTOS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN y otros, *Derecho Penal, parte especial*, citado, Págs. 204 y 205.



de fuerza física o intimidación, sino la edad o las especiales circunstancias en las que se encuentra la víctima.

Pero en el tema relativo a las relaciones sexuales, en el que el sujeto pasivo tenga menos de quince años, tal supuesto admite dos interpretaciones: (a) una de carácter *formal*, de simple subsunción del hecho a la norma conforme a una simple intelección gramatical; y (b) otra de carácter *material*, que supone la aplicación de diferentes técnicas interpretativas y principios constitucionales aplicables en materia penal.

a) La más simple interpretación es la de carácter formal, aquí resultarían comprendidos como violación o agresión sexual, todo tipo de actos sexuales –coito vaginal, anal, bucal, introducción de objetos y otros de equiparable gravedad– en las que intervenga alguien que se encuentre en una franja inferior a los quince años.

Así, dentro de esta interpretación quedarían comprendidos los siguientes hechos: (a) sujeto activo adulto/ sujeto pasivo de menos de 15, y (b) sujeto activo y sujeto pasivo con una edad inferior a los 15. Pudiendo descomponerse el primero en dos sub-hipótesis más: (a.1) sujeto activo menor de 18 años/sujeto pasivo menor de 15 años, y (a.2) sujeto activo mayor de 18 años/sujeto pasivo menor de 15 años.

En suma, quedarían comprendidos dentro del ámbito de aplicación de los tipos penales arriba enunciados, todo ejercicio de sexualidad con niños, niñas y adolescentes cuya edad no supere los quince años; sea que el sujeto activo esté en el mismo rango, no haya alcanzado los dieciocho años o sea adulto.

Es evidente que tal interpretación sumamente literal es válida. Sin embargo, no resulta correcta, por colisionar frontalmente con principios constitucionales tan elementales como el de protección de bienes jurídicos, lesividad y proporcionalidad de la respuesta punitiva.

En primer lugar, porque desconoce que el criterio sistemático fundamental al que debe atender la materia es el relativo a la calidad de los medios que permiten la actividad sexual ilegal –violencia física, intimidación, engaño, abuso de superioridad o prevalimiento– y conforme a ello, graduar proporcionalmente la respuesta punitiva; sin perjuicio de darle prevalencia a la edad de la víctima como un criterio complementario que pueda aumentar el *quantum* de pena.

En términos sencillos, existe una clara afrenta al principio constitucional de proporcionalidad en las sanciones penales, cuando no se efectúa una distinción entre los hechos efectuados *realmente* con violencia y en los casos en los que no.

Por último, tampoco encuentro una suficiencia argumentativa al razonamiento que la protección penal de los niños, niñas y adolescentes merece el ejercicio de un Derecho Penal sin límites, conforme a consideraciones preventivo-generales,



cuyo fundamento es evitar a toda costa cualquier tipo de conductas con menores e incapaces. Conviene recordar que tales tipos pueden ser cometidos por niños y jóvenes. En tales supuestos, las mismas consideraciones deberían permitir un tratamiento igualitario tanto para el autor como en relación a la presunta víctima.

Ello nos llevaría a postular que la solución adecuada en estos últimos casos estaría en el Derecho de Familia y no en el Derecho Penal, particularmente cuando a raíz de ello se produce un embarazo o existe una convivencia permanente como pareja.

- b) Sin embargo, cabe otra interpretación de carácter *material*, atendiendo al bien jurídico tutelado que es la indemnidad sexual, al ejercicio de la violencia y a lo que verdaderamente debe entenderse por abuso sexual.

Esta interpretación material que se propone, nos llevaría a descartar dentro del ámbito de aplicación del tipo los supuestos en que se realiza una actividad sexual entre jóvenes menores de quince años de edad y cuando el sujeto activo tenga al menos dieciocho años de edad, pero no exista cualquiera de las modalidades ejecutivas estipuladas en los artículos 158 y 160. Además, también nos ayudaría a descartar del tipo residual contemplado en el párrafo segundo del art. 166 CP.

De inicio, y en relación a la indemnidad sexual de los menores, si lo que se intenta proteger es el normal y sano desarrollo de su evolución sexual, evitando en lo posible alteraciones traumáticas que incidan en su posterior desarrollo psíquico, no quedaría dentro del ámbito de protección del Derecho Penal, aquellos hechos que supongan un conocimiento espontáneo o exploratorio de su sexualidad, particularmente dentro del ámbito de los catorce o quince años. En términos claros, *los meros actos de fornicación entre jóvenes no pueden quedar comprendidos dentro del ámbito de protección de la violación y agresión sexual.*

Y es a lo que MUÑOZ CONDE se refiere, cuando destaca la opinión de los especialistas, que un ejercicio de la sexualidad no ejercida con violencia, incluso, puede favorecer un mejor desarrollo psíquico y una mejor efectividad de las relaciones interpersonales futuras<sup>181</sup>. Por ende, es procedente tomar en cuenta soluciones legales realistas en cuanto a la verdadera edad de iniciación en las relaciones sexuales que tienen los jóvenes en la sociedad salvadoreña; descartando el uso del aparato penal para imponer determinadas concepciones paternalistas, las cuales –por muy aceptables que parezcan– suponen una imposición no discutida ni aceptada voluntariamente a la juventud en general.

En segundo lugar, si bien cierto que el tipo penal del art. 159 CP –violencia en menor o incapaz– no relaciona de manera alguna la violencia, la cual únicamente es citada en el *nomen iuris*, se desprende la noción interpretativa de que al ser más

---

181 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, parte especial*, citado, Pág. 197.



gravemente castigados los supuestos ahí comprendidos de la violación, es porque existe un *plus* que la vuelve más grave.

Por ende, cabría efectuar una interpretación sistemática y restrictiva en que se relacione la violencia como medio comisivo estipulado en el art. 158 CP con el art. 159 CP: en el sentido que tal figura es únicamente aplicable cuando se aplique violencia física o intimidación a un menor de quince años de edad. Tal intelección se muestra satisfactoria con la idea de un tratamiento penológico de mayor severidad, y de acuerdo a la particular indefensión en que se encuentra la víctima en tales situaciones –enajenación mental, estado de inconsciencia o incapacidad de resistir–. En otras palabras, la vulnerabilidad es el elemento clave del párrafo primero del art. 159 CP y el cual ha aprovechado el sujeto para aplicar una fuerza o intimidación idónea, eficaz y necesaria para reducir las barreras defensivas del niño o joven, que obviamente serán sobrepasadas de una forma menos dificultosa que si la víctima fuera un adulto.

Mayores dificultades interpretativas presenta la agresión sexual, pues se entiende por tal cualquier conducta efectuada con violencia o sin ella, que no constituya acceso carnal vaginal o anal (art. 161 CP).

En este último sentido, es evidente una grave impropiedad semántica en el sentido de considerar agresión a supuestos que de ninguna forma suponen un acometimiento físico –golpes, empujones, desgarros, etc.–. Ello va en contra de la misma interpretación que la Sala de lo Penal ha hecho del referido concepto:

“...la agresión sexual implica un acometimiento en contra del sujeto pasivo cuando el sujeto activo, mediante el empleo de la violencia, obliga al sujeto pasivo a soportar tocamientos o besos de otra persona o realizar tales tocamientos o besos a otra persona, sea ésta o no el sujeto activo. Por agresión sexual se entiende un embate o acometimiento que tiene una naturaleza sexual, por lo que el tocamiento a que se refiere este delito debe implicar al menos un contacto corporal directo entre el sujeto activo y pasivo, de igual forma, la intensidad del ataque en la agresión reviste un nivel de violencia elevado con el fin de que el sujeto pasivo soporte dicho ataque”<sup>182</sup>.

En tales casos, habría un evidente vicio de proporcionalidad al equiparar una modalidad de acto sexual sin violencia a una donde sí existe.

Pero también surge un ámbito de duda interpretativa *in favor rei*, en la medida que al realizar un análisis semántico del art. 160 CP se deduce que no pueden quedar comprendidos dentro de su tenor literal hechos no violentos, ya que se utiliza el término agresión en su *nomen iuris*, lo cual gramaticalmente descarta actos que no sean acometimientos físicos, pudiendo en su defecto ser aplicable –a excepción de

182 Sentencia de Casación dictada el 6/VI/2005, ref. 159-CAS-2004.



los supuestos en que concurre acceso carnal en sus distintas modalidades- el tipo de acto sexual diverso contemplado en el párrafo segundo del art. 166 CP.

Otra solución interpretativa que podría desembocar en la atipicidad de las relaciones sexuales mutuamente aceptadas entre jóvenes y en las que no existe el uso de violencia en cualquiera de sus modalidades, es la relativa a que nos encontramos en presencia de delitos de encuentro, y particularmente de participación necesaria de la víctima<sup>183</sup>.

La explicación es la siguiente: los tipos penales pueden requerir para su realización la presencia de una sola persona o de varias. Los primeros son denominados tipos unipersonales y los segundos tipos pluripersonales.

Dentro de estos últimos, se distinguen los denominados delitos de convergencia, en los que concurren varias personas de manera uniforme en la consecución de un mismo objetivo -por ejemplo el delito de rebelión-. De forma distinta a los delitos de convergencia, se habla de delitos de encuentro, en los cuales si bien se requiere la existencia de dos personas, uno de ellos manifiesta su oposición al autor -por ejemplo la agresión sexual violenta-.

En el caso de los delitos de encuentro se distinguen aquellos casos denominados de participación necesaria de la víctima, y en los cuales la víctima en algunos casos puede mostrarse de acuerdo con los actos que efectuará el autor sobre ella. Por ejemplo, una joven de catorce años que decida tener relaciones sexuales con un joven de dieciocho, y muestre su anuencia a tales efectos.

Lo importante en estos casos sumamente específicos de participación necesaria, es que, generalmente, quien resulte titular del bien jurídico, aunque induzca o coopere de forma anuente con el autor, deberá ser considerado impune -el caso de la joven en el ejemplo citado-. Sin embargo, existe un límite claro a su no responsabilidad penal, y es que su actuación al momento de la realización delictiva debe mantenerse en el ámbito secundario de la participación, más nunca llegar al ámbito de una coautoría mutuamente aceptada<sup>184</sup>.

Desde tal perspectiva, la criminalización típica de las relaciones sexuales mutuamente aceptadas entre jóvenes nos llevaría a afirmar la existencia de una coautoría, en las que ambos dejan de ser partícipes necesarios, y cuyas actuaciones trascienden los ámbitos de protección típicos en materia de violación y agresión

---

183 Sobre el tema de los delitos de convergencia y encuentro, es más que interesante su formulación y el debate. Al efecto pueden verse: COBO/VIVES, *Derecho Penal, parte general*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, Págs. 407-408; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito*, Edit. Civitas, Madrid, 1992, Págs. 516 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, Edit. Reppetor, Barcelona, 1998, Págs. 208 y ss.; POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal, parte general*, Vol. 1, Edit. Bosch, Barcelona, 2000, Págs. 444 y ss.

184 GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito*, citado, Pág. 517.



sexual, constituyendo un desacierto jurídico procesar penalmente a uno de ellos, en perjuicio del otro que también ha colaborado en la afectación de la indemnidad sexual del primero.

Por último, y como ha puesto de manifiesto la doctrina nacional, la relevancia del error –tanto de tipo como de prohibición– en este sector del ordenamiento jurídico se vuelve operativa<sup>185</sup>. Puede considerarse la existencia de un error de tipo, cuando el sujeto activo aprecie equivocadamente que tiene relaciones sexuales consentidas con alguien mayor de quince años de edad –error de tipo–; o cuando, en el caso de los jóvenes, desconozcan la ilicitud penal de mantener relaciones sexuales consentidas –error de prohibición–.

En tales casos, el Juez debe efectuar una apreciación generosa de la regulación contemplada en el art. 28 CP, atendiendo a las circunstancias reales y personales de los intervinientes.

## **5. A MANERA DE CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE UNA PREVISIÓN LEGISLATIVA EXPRESA DE UN TIPO PENAL DE ABUSO SEXUAL DE JÓVENES**

Es evidente que dentro de los arts. 159 y 161 CP, de acuerdo a las argumentaciones antes relacionadas, no podrían quedar comprendidas las relaciones sexuales consentidas en jóvenes, sean éstas menores de quince años y aún cuando no haya cumplido dieciocho alguno de ellos. Pues la intervención en tales casos del Derecho Penal, más que abonar al desarrollo de una sexualidad responsable, supone una experiencia traumática que se desarrolla de forma continua en todo el *iter* del proceso penal.

Y es que, como hemos visto, la indemnidad sexual de los menores como ratio de la protección penal, consiste en proteger la sana formación sexual de los jóvenes como un elemento que les permita a futuro un normal desenvolvimiento sexual, en su mayoría de edad, libre de situaciones traumatizantes. Al efecto, si nos encontramos ante relaciones sexuales en las que no medie violencia física, intimidación, engaño o prevalimiento, y en las que se advierta un ejercicio temprano de la sexualidad, tales prácticas no podrían quedar comprendidas dentro del tipo. En otras palabras, y como reitera nuevamente, los simples actos de fornicación entre jóvenes no son materia del Derecho Penal sexual salvadoreño, y si un problema social con connotaciones jurídicas que debiera ser resuelto por otras ramas jurídicas no punitivas.

Adicionalmente, si atendemos a una malograda interpretación formal de los arts. 159 y 161 CP, echaríamos por la borda uno de los principios rectores del Derecho Penal moderno, elevado recientemente a rango constitucional por la sentencia emitida el 23/XII/2001 –Inc. 5-2001– y es el de intervención mínima.

---

185 Al efecto, y en forma coincidente, véase la adición efectuada en: MORENO/RUEDA, Código Penal comentado, 2ª Edición, CNJ/AECL, s/f, Pág. 606.



Desde tal perspectiva, únicamente mediante conductas verdaderamente graves cabe la utilización –proporcionada– de la sanción penal, llámese ésta pena en el régimen penal común, o *medida* en el sistema de justicia penal juvenil.

Y es que no puede dudarse, aunque a mi manera de ver tales hechos debieran de resultar atípicos, que los aplicadores de la ley en materia de justicia penal juvenil tienen un elenco muy diverso de medidas sancionatorias que atemperan de gran manera la rigidez del catálogo penal de adultos. Y es allí donde pudiera encontrarse –si es que se considera necesario criminalizar estos casos– una respuesta sancionatoria adecuada al problema.

Por otra parte, convendría que el legislador salvadoreño tuviera en cuenta formulaciones legales como las que existen en el Derecho Comparado, particularmente en el italiano o el alemán, en las que existe un tratamiento legal específico para la protección de la juventud. Así, podría regularse una excusa absolutoria que dispense de pena a los actos sexuales de común acuerdo, realizado entre jóvenes de catorce a quince años y, aún, donde alguno de ellos tuviera menos de dieciocho años en los que ya existiera convivencia permanente.

Aunado a lo anterior, sería conveniente regular un tipo penal de abuso sexual que castigue al adulto o al menor de dieciocho años que involucre sexualmente a una víctima cuya edad comparativamente sea inferior al menos cuatro o cinco años. Pudiendo el juez –hablamos de menores entre los referidos catorce o quince años– analizar el discernimiento del menor, acerca de las consecuencias y límites que el ejercicio responsable de la sexualidad le impone.

Esto podría suponer una clara modificación de los arts. 159 y 161 CP, volviendo a la edad de doce años o aumentando a trece, lo cual sería una medida adecuada en el caso de los niños; y estableciendo un régimen especial entre los catorce a los dieciocho años de edad, que únicamente castigue aquellos hechos donde la asimetría de edad pueda significar un ejercicio de poder o control por quien determina al menor. En este sentido, una interpretación auténtica de lo que debe entenderse por prevalimiento pudiera ser la clave.

Por último, sería adecuado ir eliminando del Código Penal figuras que denotan concepciones arcaicas de la moral sexual ya superada, como el hablar de violación o de agresión sexual en menor o incapaz. Al efecto, sería preferible nombrar las conductas de acuerdo a lo que en realidad son: abusos sexuales. Así deben ser identificadas y reguladas normativamente.



## BIBLIOGRAFÍA GENERAL

AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Edit. Edersa, Madrid, 1999.

ANTILLÓN, *Teoría del proceso jurisdiccional*, Edit. Juritexto, San José, 2001.

ARROYO ZAPATERO: *Fundamento y función del sistema penal, el programa penal de la Constitución española*. En: A.A.V.V., *Derecho Penal y modernidad*, Edit. Ara, Perú, 2010.

BALAGUER CALLEJÓN Y OTROS, *Derecho Constitucional*, Vol. I, Edit. Tecnos, Madrid, 2004.

BECCARÍA, *De los Delitos y las Penas*, Edit. Temis, Bogotá, 2003.

BLANCO CORDERO, *Criminalidad Organizada y mercados ilegales*, Eguzkilore, N° 11, 1997.

BLANCO CORDERO/GARCÍA DE PAZ, *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado*, RP, N° 6, 2000.

BONILLA GUZMÁN, *El comiso en relación con el narcotráfico*, Edit. Jurídica Continental, San José, 2011.

BRICOLA, *Teoría generales del reato*, Novissimo Digesto Italiano, Vol. XIX, UTET, Turín, 1973.

BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Edit. Ariel, Barcelona, 1989.

CARLA DEL PONTE, *Crimen organizado y lavado de dinero*, en: A.A.V.V., *Narcotráfico, política y corrupción*, Edit. Temis, Bogotá.

CALLEGARI, *Lavado de activos*, Edit. Ara, Lima, 2009.

CANCIO MELIÁ/SILVASÁNCHEZ, *Delitos de organización*, Edit. B de F, Montevideo, 2008.

CASTILLO GONZÁLES, *La autoría Mediata.*, Edit. Lil, San José, 1987.

CEREZO MIR, José. *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Edit. Tecnos. Madrid.1982.

CGPJ, *Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y Votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1992.





CHAVEZ MATA/TREMINIO SALMERON, *Autoría y participación en el injusto criminal*, Imprenta de la Universidad de El Salvador, San Salvador, 2009.

CHOCLÁN MONTALVO, *Criminalidad organizada. Concepto*, CDJ II, CGPJ, 2001.

-*La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Edit. Dykinson, Madrid, 2000.

COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL, *Anteproyecto de Código Penal*, Ministerio de Justicia de El Salvador, San Salvador, 1994.

COBO DEL ROSAL Y OTROS, *Compendio de Derecho Penal español, parte especial*, Edit. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.

CORDOBA RODA, *Libertad de asociación y ley penal*, ADPCP, fascículo 1, 1977.

CRESPO BARQUERO, *Delito de lavado de dinero y activos*, Revista Justicia de Paz, N° 11, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2002.

DIEZ RIPOLLES, *El Derecho Penal ante el Sexo*, Edit. Bosch, 1981.

-*La protección de la libertad sexual*, Edit. Bosch, Barcelona, 1985.

ECPAT/IPEP. *Reunión Técnica para la definición de contenidos básicos sobre la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en las legislaciones penales y de definición de un programa de trabajo estratégico para apoyar la aprobación de dichas reformas en cada uno de los países de Centroamérica*, San José, Costa Rica, octubre, 2003.

ESER/BURKHARDT, *Derecho Penal*, Edit. Colex, Madrid, 1995.

FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale*, parte generale, Zanichelli Editore, 2001, Bologna.

FERRER SAMA, *“La llamada violación presunta y el retraso mental del sujeto pasivo”*, ADPCP, fascículo III, 1949.

FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2001.

FRAGOSO, *“Derecho Penal y Derechos humanos”*, Centro de Estudios Brasileños, Embajada de Brasil, San Salvador, 2005.

GARCÍA ARÁN, *Constitución y Derecho Penal, veinte años después*. En: A.A.V.V., Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos *in memoriam*, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Edit. Civitas, Madrid, 2001.

GARCÍA PLANAS, *Consecuencias del principio “non bis in idem” en Derecho Penal*, ADPCP, Fascículo 1, 1999.



GARCÍA RIVAS, *Criminalidad organizada y tráfico de drogas*, RP, N° 2, 1998.

GARCÍA VÁLDES, *El Proyecto del nuevo Código Penal, dos estudios de parte especial*, Edit. Tecnos, Madrid, 1992.

GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, 1966.

-*Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español, con especial referencia a la violación intimidatoria*, ADPCP, fascículo III, 1969.

GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito*, Edit. Civitas, Madrid, 1992.

GONZALEZ RUS, *Asociación para delinquir y criminalidad organizada*, AP, N° 27, 2000.

HASSEMER, *Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada*, Revista Justicia de Paz, N° 11, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2002.

HEFENDEHL, “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?”, RECPC 04-14 (2002), [<http://www.criminet.ugr.es/-recpc>].

JAKOBS, *Derecho Penal, parte general*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997.

JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Edit. Comares, Granada, 2002.

JOSHI JUBERT, *Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas*, en: A.A.V.V., Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998.

LLOBET/CHIRINO, *Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada*, Edit. Areté, San José.

LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal, Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

LÓPEZ GUERRA Y OTROS, *Derecho Constitucional*, Vol. I, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

LUPSHA, *El crimen organizado transnacional versus La nación-Estado*, Revista Occidental, México, 1994.

MARTÍNEZ OSORIO, *Principios para la formulación de una política criminal de acuerdo a la jurisprudencia constitucional: el programa penal de la Constitución*, en: A.A.V.V., XXV Aniversario de la Constitución de El Salvador, Tomo II, San Salvador, 2008.



-Consideraciones generales relativas a los delitos de peligro en el Código Penal salvadoreño, *II Certamen Literario sobre Derecho Constitucional, Penal y Social*, Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, San Salvador, 2007.

-*El delito de trata de personas. Aspectos criminológicos y legales*. CNJ, San Salvador, 2008.

MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal, parte general*, Tomo 1, Edit. Astrea, 1994.

MELÉNDEZ, *Instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la administración de justicia*, Konrad Adenauer, México, 2006.

MEZGER, *La culpabilidad*, Edit. Lerner, Colombia, s/f.

MIR PUIG, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 5° Edición, Edit. Reppertor, Barcelona, 1998.

MOCCIA, *El Derecho Penal entre ser y valor*, Edit. B de F, Montevideo, 2003.

MONTOYA, *informantes y técnicas de investigación encubiertas*, Edit. Ad hoc, Buenos Aires, 2001.

MORENO/RUEDA, *Código Penal comentado*, 2° Edición, CNJ/AECI, s/f.

MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, 2° Edición, Edit. B de F, Montevideo, 2001 (1° edición, Edit. Bosch, Barcelona, 1975).

-*Derecho penal, parte especial*, 10° edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

-*Derecho penal, parte especial*, 12° edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, parte general*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

OIT/IPEC, *“Reformas penales y procesales para la eliminación de la explotación sexual comercial de personas menores de edad en El Salvador”*, Costa Rica, Mayo, 2006.

PALIERO, *Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho italiano*, Anuario de Derecho Penal, Lima, 1996.

PASTOR, *Derechos fundamentales o persecución penal sin límites*, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Edit. Marcial Pons, 8° Ed., Madrid, 2002.

PRITTWITZ, *Sociedad de riesgo y Derecho Penal*, en: A.A.V.V., *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, Edit. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.



QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español*, Edit. Bosch, Barcelona, 1996.

QUINTERO OLIVARES Y OTROS, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1996.

RAMÍREZ MURCIA, *Las agrupaciones ilícitas como delincuencia organizada*, Edit. Multilibros, San Salvador, 2009.

RIVERA, "El delito de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad", Boletín Temático "Ya es hora", N° 5, OIT/IPEC, San José, Abril, 2006.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "El autor mediato en el derecho Penal Español". *En Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*, Edit. Pannedille, Buenos Aires, 1970.

ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1998, §7, Pág. 56.

-*Derecho penal, parte general*, Tomo I, Edit. Civitas, Madrid, 1997.

-*El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo*, en: A.A.V.V., *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Edit. Temis, Bogotá, 1982.

-*"Culpabilidad y responsabilidad como categorías jurídico-penales"*, en: *Problemas básicos del Derecho Penal*, Edit. Reus, Madrid, 1976.

- *Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal*, en: A.A.V.V., *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*, Edit. Pannedille, Buenos Aires, 1970.

SAGÜES, *Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos al Derecho interno*, en: A.A.V.V., *Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998.

-*"El control de convencionalidad, en particular sobre las Constituciones nacionales"*, Proyecto de modernización del órgano judicial, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador, 2010.

-*La interpretación de los Derechos Humanos en las jurisdicciones nacional e internacionales*, Proyecto de modernización del Órgano Judicial, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador.

SÁINZ CANTERO, *La reforma del Derecho Penal sexual*, ADPCP, fascículo II, 1978.

SÁNCHEZ TOMAS, *La violencia en el Derecho Penal*, Edit. Bosch, Barcelona, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, Edit. Civitas, Madrid", 1999.

STRATENWERTH, *Derecho Penal, parte general I, El hecho punible*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.



TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2002.

TIEDEMANN, *Constitución y Derecho Penal*, ADPCP, Revista española de Derecho Constitucional, N° 33, 1991.

URQUILLA BONILLA, *El Derecho Internacional y el Derecho Interno en el ámbito de los Derechos Humanos*. En: A.A.V.V., I Certamen Literario sobre Derecho Constitucional, Penal y Social, Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, San Salvador, 2006.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, parte general, Edit. Temis, Bogotá, 1995.

VIVES ANTÓN Y OTROS, *Derecho Penal*, parte especial, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

WELZEL, *Derecho Penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

ZUGALDÍA ESPINAR, *Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia*, PJ, N° 13, marzo, 1989.



## ABREVIATURAS

A.A.V.V.:	Autores Varios
Actualidad Penal:	AP
Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales:	ADPCP
Cuadernos de Derecho Judicial:	CDJ
Consejo General del Poder Judicial:	CGPJ
Constitución Salvadoreña:	Cn.
Convención Americana de Derechos Humanos:	CADH
Convención de los Derechos del Niño:	CDN
Código Penal:	CP
Consejo Nacional de la Judicatura:	CNJ
Corte Interamericana de Derechos Humanos:	CIDH
Derecho Internacional de los	
Derechos Humanos:	DIDH
Editorial:	Edit.
Ley Penal Juvenil:	LPJ
Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de	
Medidas al Menor:	LVCEMM
Organización Internacional del Trabajo:	OIT
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:	PIDCP
Página/s:	Pág.
Parágrafo:	§
Poder Judicial (Revista):	PJ
Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología:	RECPC



Revista Penal:	RP
Referencia:	ref.
Sala de lo Constitucional:	SC
Sentencia de Inconstitucionalidad:	SI/Inc.
Sentencia del Tribunal Supremo español:	STS
Siguientes:	ss.
Sentencias:	SS,
<i>Strafgesetzbuch</i> (Código Penal alemán):	StGB
Tribunal Constitucional Español:	TC
Tribunal Supremo Español:	TS
Versus:	vrs.
Volumen:	Vol.



## ANEXO

### JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL APLICABLE AL DERECHO PENAL JUVENIL

#### I. EL PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN

“1. 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:

- a) En primer lugar, la configuración de un Estado Constitucional de Derecho, el cual-como sostiene Pérez Luño-importa “un tipo de Estado con unas exigencias de contenido o materiales que se cifran en la necesidad de una organización y regulación de la actividad estatal guiada por principios racionales, que deben traducirse en un orden político justo”; y que visto desde un enfoque técnico, sostiene el mismo autor, consiste en ciertos “mecanismos o condiciones jurídicos de hecho que presiden el funcionamiento del Estado”, basado en ciertos presupuestos fundamentales como son: 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 la actividad del Estado”.
- 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 porque 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.
- c) El respeto al régimen político determinado por la Constitución, el cual-como sostuvo esta Sala en la sentencia pronunciada a las once horas del día veintiséis de julio, de mil novecientos ochenta y nueve, en el proceso de inconstitucionalidad relativo al Decreto-ley N° 75/79 y sus reformas-“busca la armonía de ambos intereses: el individual con el social, para lograr el bien común. En ese orden de ideas, no caben interpretaciones que sacrifiquen el interés de la sociedad en beneficio del interés egoísta de un individuo, pero tampoco puede sacrificarse totalmente uno solo de los derechos de la más modesta de las personas en aras del interés social. Lograr la justa armonía debe





ser la función social del legislador, y sentenciar sobre su cumplimiento es deber de este tribunal”.

- d) Finalmente, y sobre todo en materia sancionatoria, la vigencia del principio de proporcionalidad, como una exigencia de ponderación de los intereses en conflicto, lo cual se traduce en materia penal-como afirma González Cuéllar-a “la restricción de los excesos en que pudieran incurrir las actuaciones de los poderes públicos sobre la esfera de derechos e intereses del individuo”. (Considerando IX, Sentencia de Inconstitucionalidad de 14/II/1999, Ref. 15/96-97 acum.).

2. 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. 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 indeterminable “derecho natural” o de programas políticos, sino como *principios constituyentes del Derecho Penal*. Ello porque, 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 al jurídico-penal.

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 le corresponda aplicar*.

Los distintos principios que componen el modelo salvadoreño de Derecho Penal, formulables todos ellos en la forma de proposiciones 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 la 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*.

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; asimismo, cuenta con preceptos sobre mandatos, prohibiciones y regulaciones que afectan directamente al Derecho Penal. Ese catálogo de prescripciones constitucionales constituye el núcleo específico de fundamentación del sistema penal, con efectos de legitimación y límite de la intervención penal.

Más allá de su ambivalencia teórica, los elementos constitucionales mencionados, tal como se han consagrado en la Constitución, forman en su conjunto un sistema coherente y unitario; encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de Derecho Penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio jurídico-penal y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad legislativa y judicial.

Así, tanto desde los valores como desde los principios contenidos en la Constitución, pueden construirse mandatos constitucionales rectores del Derecho Penal, tales como el principio de legalidad penal, de proporcionalidad y razonabilidad de la intervención punitiva, de culpabilidad, de resocialización, de presunción de inocencia, de lesividad, de igualdad sustantiva y procesal, etc.” (Considerando III, Sentencia de Inconstitucionalidad del 1° de abril de 2004, Ref. 52-2003 acum.).

## II. LA RELEVANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA APLICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS INSTITUCIONES PENALES

“La invocación de normativa internacional de derechos humanos en integración con las disposiciones constitucionales mencionadas –específicamente el art. 144 inc. 2°–, hace necesario que esta Sala retome la jurisprudencia emitida en cuanto al *parámetro de control* en el proceso de inconstitucionalidad. Así, en sentencia de 26-IX-2000, pronunciada en el proceso de Inc. 24-97, se ha establecido que el objeto del proceso de inconstitucionalidad radica en la *confrontación internormativa* que el peticionario plantea en su demanda y justifica con sus argumentos. Los extremos de tal cotejo o confrontación son: (i) la *normativa constitucional* que se propone como canon o parámetro y (ii) la disposición o cuerpo normativo que se pretende invalidar.

Asimismo, se afirmó que “si bien los instrumentos internacionales que consagran los derechos humanos –igual que otras disposiciones jurídicas que tienen una estrecha vinculación material con el contenido de la Constitución– pueden estimarse como un desarrollo de los alcances de los preceptos constitucionales, *ello no les convierte en parte integrante de la Ley Suprema*, con base en las siguientes razones: (i) la Constitución se ha atribuido a sí misma solamente, en el art. 246 inc. 2°, el rango



de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico, subordinando así, bajo su fuerza normativa, a tratados –arts. 145 y 149 Cn.–, leyes, reglamentos y demás disposiciones jurídicas; (ii) según el considerando I de la Ley de Procedimientos Constitucionales, los tres procesos regulados en ella tienen como finalidad común garantizar ‘la pureza de la constitucionalidad’ –vale decir, la adecuación o conformidad a la Constitución–, de las disposiciones y actos concretos que se controlan por la jurisdicción constitucional”.

Y es que si bien existe una vinculación *material* entre la llamada “parte dogmática” de la Constitución y los *tratados internacionales sobre derechos humanos*, ello no equivale a una integración normativa entre ambos en una sola categoría constitucional. Y es que –se dijo– los instrumentos internacionales no tienen rango constitucional, no forman un bloque de constitucionalidad con la Ley Suprema, razón por la cual, en la referida sentencia, se afirmó que la configuración de una pretensión planteada en un proceso constitucional debe *fundamentarse jurídicamente en la Constitución* –en sus disposiciones expresas o en los valores y principios que se encuentran a su base–. Pero ello no es óbice para que se puedan invocar los tratados como fundamento *complementario* de la pretensión.

Asimismo, en sentencia de 14-II-1997, pronunciada en el proceso de Inc. 15-96, se afirmó que si tratado y ley gozan del mismo rango jerárquico –art. 144 inc. 1° Cn.–, la solución a un conflicto entre tales clases de normas no puede ser jurisdiccionalmente resuelto en abstracto, sino únicamente en un caso concreto sobre el que conozca cualquier tribunal, incluida esta Sala. Aún más si, no obstante, se entendiera que la normativa internacional está posicionada en un rango jerárquico superior a la ley, el enfrentamiento entre tales normas no significaría *per se* una inconstitucionalidad. Dicho de otra manera, *la no concordancia entre normas de distinto rango jerárquico no implica por sí una violación a la Constitución*.

Sin embargo, tal criterio jurisprudencial no debe entenderse de una manera tan unívoca; pues *si bien los tratados internacionales no constituyen parámetro de control en el proceso de inconstitucionalidad, la disposición constitucional que consagra su valor jurídico y posición en el sistema de fuentes* –art. 144 inc. 2° Cn.– *no puede ser desatendida por el tribunal encargado de la defensa de la Constitución*.

Es decir, la proposición de tratados internacionales sobre derechos humanos en la pretensión de inconstitucionalidad, bien puede efectuarse a título de violación a la Constitución, y no al tratado considerado aisladamente. En ese sentido, *investidos por la Ley Suprema de mayor fuerza pasiva con respecto a la ley secundaria, los tratados no pueden ser modificados o derogados por leyes secundarias*. La trasgresión constitucional se entiende por acción refleja, cometida en relación con el art. 144 inc. 2° Cn., ante la contradicción entre la ley secundaria y un tratado internacional de derechos humanos.



La pretensión de inconstitucionalidad, en estos casos, se ve condicionada al establecimiento de la violación a un tratado que desarrolle derechos humanos, pues es preciso tomar en cuenta que la misma Constitución confiere a los tratados internacionales de derechos humanos mayor fuerza pasiva con respecto a la ley secundaria, estableciendo que *no pueden ser modificados o derogados por leyes secundarias* –arts. 1 y 144 inc. 2º–

Así, el ordenamiento jurídico, como conjunto sistemático de disposiciones e instituciones jurídicas que se interrelacionan entre sí, incluye ciertos principios que lo dotan de estructura; pues, si se trata de un ordenamiento sistematizado, debe solventar las contradicciones y colmar las lagunas que pudieran concurrir dentro de sí. Por tal razón, y con la finalidad de *ordenar* la posición de las distintas fuentes que conforman el sistema de fuentes, *la Constitución establece los mecanismos pertinentes que coadyuvan a eliminar la existencia de antinomias*, es decir, situaciones de incompatibilidad o colisiones normativas, determinando el derecho aplicable.

Es la Constitución, por tanto, la que sirve de medida para la determinación de la validez y eficacia del Derecho producido en los distintos ámbitos en que se ejercitan las potestades normativas. Y es que, la misma es el origen primario del derecho vigente en el ordenamiento, y define las líneas básicas sobre la producción jurídica, por lo que las diversas categorías normativas deben someterse formal y materialmente a sus preceptos.

En ese sentido, el art. 144 inc. 2º Cn. establece el régimen de respeto a un orden y sistema jurídico, donde la jerarquía de las normas y el establecimiento de un marco constitucional con su carácter fundamental y de regularidad jurídica suponen, por un lado, *la aplicación preferente* de los tratados internacionales con respecto al derecho interno infraconstitucional –ordenación de fuentes en sede aplicativa–, al prescribir que en caso de conflicto entre una ley y un tratado internacional prevalecerá este último; y, por otra parte, la resistencia del derecho internacional de derechos humanos a verse modificado por la legislación secundaria –fuerza pasiva–, la cual opera en sede legislativa.

Ésta implica un mandato dirigido al legislador que le inhibe de emitir normativa contraria al sentido, criterios y principios contenidos en la normativa internacional que desarrolle derechos fundamentales; incurriendo, en caso contrario, en inconstitucionalidad por no respetar el criterio de ordenación de fuentes prescrito por el art. 144 inc. 2º Cn.

Ahora bien, como se ha apuntado, la violación puede alegarse evidenciando una contradicción normativa al *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, y no a toda la gama de instrumentos jurídicos internacionales ajenos al sustrato ideológico que ampliamente comparten los primeros con la Constitución. Ésta –en integración con los instrumentos internacionales que consagran y desarrollan derechos humanos– dirigen sus ámbitos de vigencia efectiva hacia un mismo sustrato axiológico: la



dignidad humana y el catálogo de los derechos fundamentales que desarrollan los valores inherentes a su personalidad: dignidad, libertad e igualdad.

En definitiva, el art. 144 inc. 2º Cn., conectado con la concepción personalista del Estado –art. 1 y Preámbulo–, de la cual se deriva la regla hermenéutica en favor de la dignidad: restringir lo limitativo y expandir lo favorable a ella no sólo determina la fuerza vinculante y jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que, además, permite proponer una *apertura normativa* hacia ellos.

Tal consideración, por tanto, solamente es aplicable a instrumentos internacionales que contengan principios normativos de análoga o mayor cobertura a la establecida en la llamada *parte dogmática* de la Constitución, y que hagan posible el establecimiento de fructíferas directrices para una más expansiva y más humana interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Es decir, el art. 144 inc. 2º Cn., cobra virtualidad cuando una disposición infraconstitucional se encuentre en oposición normativa con el DIDH.

Y es que los derechos fundamentales no sólo constituyen esferas de autonomía subjetiva inherentes a la calidad de persona, sino que, en cuanto concreciones de la dignidad humana y garantía de un status jurídico o libertad de un ámbito de existencia, son, al propio tiempo, elementos esenciales de un ordenamiento jurídico objetivo –marco de la convivencia humana–. Por tanto, la consolidación constitucional de los derechos fundamentales de la persona también incide en la estructuración del ordenamiento jurídico, con una clara intención expansiva e integradora para vigorizar la protección efectiva de la dignidad humana.

Por tanto, debe reconsiderarse el status interno del 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 el DIDH –por la vía del art. 144 inc. 2º 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 la persona. Por tanto, si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelvan nugatoria la efectividad de las primeras. Con ello se contribuye a la reevaluación de la amplia interacción entre el DIDH y el derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados a la dignidad humana. En definitiva, la identidad común entre el DIDH y el Derecho Constitucional es el trazo que más distingue al primero, en relación con el resto de la normativa internacional.



En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el DIDH, en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente *no es de jerarquía*, sino de *compatibilidad*; y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el Derecho Constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional sobre derechos humanos". (Considerando III, Sentencia de Inconstitucionalidad del 1° de abril de 2004, Ref. 52-2003 acum.).

" Se advierte que, en su resolución, el juez remitente ha hecho alusión a los artículos 1 y 6 de la DUDH –*aunque siendo la igualdad lo que intenta respaldar el juez, se trata del artículo 7 y no 6, pues éste hace referencia a la personalidad jurídica*–; 1, 3 y 14 n° 1 del PIDCP, II de la DADDH y 8 n° 2 de la CADH, la primera adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, con fecha 10-XII-1948; el segundo aprobado y suscrito por el Estado salvadoreño mediante Acuerdo n° 42 de la Junta Revolucionaria de Gobierno, de fecha 13-XI-1979, y ratificado por Decreto n° 27 de dicha Junta, de fecha 23-XI-1979, publicado en el Diario Oficial n° 218, Tomo 265, de fecha 23-XI-1979; la tercera, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá en 1948; y la última, conocida como Pacto de San José, suscrito el 22-XI-1969, aprobado por el Estado salvadoreño mediante Acuerdo Ejecutivo n° 405, de fecha 14-VI-1978, y ratificado por Decreto Legislativo n° 5, de fecha 15-VI-1978, publicado en el Diario Oficial n° 113, Tomo 259, de fecha 19-VI-1978".

Al respecto, es necesario retomar los criterios establecidos en la jurisprudencia de esta Sala –v. gr. Sentencias del 14-II-1997, 26-IX-2000 y 1-IV-2004, pronunciadas en los procesos de Inc. 15-96, 24-97 y 52-2003, respectivamente–, en cuanto a los elementos de la confrontación normativa en el proceso de inconstitucionalidad.

En tales lineamientos jurisprudenciales, esta Sala ha sostenido que los instrumentos internacionales de derechos humanos, si bien pueden desarrollar preceptos constitucionales, no constituyen parte integrante de la Ley Suprema, es decir, no forman un bloque de constitucionalidad con ésta. Sin embargo, también se ha afirmado que la parte actora, además de proponer un parámetro de rango constitucional, puede invocar instrumentos internacionales sobre derechos humanos como fundamento *complementario* de la pretensión planteada en un proceso de esta naturaleza; pero, en este caso, la confrontación debe plantearse respecto de la Constitución, y *no del tratado considerado aisladamente*.

Consecuentemente, la disposición constitucional que resultaría vulnerada –si fuera el caso– al confrontar la ley con normas de tratados internacionales sería el *art. 144 inc. 2° Cn.*, que consagra el valor jurídico y posición de éstos en el sistema de fuentes. En esos términos, la trasgresión ocurre indirectamente, en relación con ese parámetro constitucional, y es así como deberá entenderse el planteamiento de este motivo de inconstitucionalidad.



Ahora bien, en lo concerniente a la Declaración Universal de Derechos Humanos y Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales en referencia, esta Sala ha sostenido que la disposición constitucional que resultaría vulnerada –si fuera el caso–, al confrontar la ley con normas de Derecho Internacional generadoras de obligaciones para el Estado, sería el *art. 83 Cn.* porque con esta disposición se pueden calificar las dos perspectivas de la soberanía del Estado salvadoreño, es decir, la externa y la interna, de las cuales interesa, en lo particular, la primera de ellas que representa la capacidad jurídica y de acción del Estado para crear obligaciones con el Derecho Internacional, incluidas las que derivan de normas internacionales que no son propiamente tratados, en el sentido del *art. 144 Cn.*

En esos términos, la trasgresión constitucional, en lo que corresponde a las reglas internacionales invocadas, ocurre indirectamente en relación con el *art. 83* de la Constitución, y es así como deberá entenderse el planteamiento de este motivo de inconstitucionalidad”. (Auto de admisión de 28-II-2007, Inconstitucionalidad 15-2007).

Sobre lo manifestado por el juez requirente, es necesario retomar los criterios de interrelación entre el Derecho Internacional de los derechos humanos (DIDH) y la Constitución, establecidos en la sentencia de 1-IV-2004, pronunciada en el proceso de *Inc. 52-2003*, a fin de verificar la procedencia del contraste normativo sujeto a examen en esta ocasión.

- a) En dicho pronunciamiento se dijo que la proposición de tratados internacionales de derechos humanos, en los contrastes constitucionales, debe efectuarse a título de violación a la Constitución, y no al tratado considerado aisladamente. La trasgresión constitucional debe entablarse respecto del *art. 144 inc. 2º Cn.*

Ello porque la Constitución dirige sus ámbitos de vigencia efectiva hacia un mismo sustrato axiológico que el DIDH: la dignidad humana y la legítima expansión de los derechos fundamentales. De este modo, existe una integración normativa entre el derecho constitucional y el DIDH, jurídicamente viabilizada por la coincidencia de sus objetivos.

Así, a partir de la fuerza pasiva de los tratados de derechos humanos, establecida por dicha disposición constitucional, los primeros no pueden ser modificados o derogados por las leyes secundarias.

En estos casos, la pretensión de inconstitucionalidad o contraste normativo se ve condicionada a que la violación se alegue respecto de una contradicción normativa al Derecho Internacional de derechos humanos, y no a toda la gama de instrumentos jurídicos internacionales ajenos al sustrato ideológico que ampliamente comparten los primeros con la Constitución.



Asimismo, los puntos contradichos en el DIDH deben contener principios normativos de análoga o mayor cobertura a la establecida en la parte dogmática de la Constitución, y que hagan posible el establecimiento de fértiles directrices para una más expansiva y más humana interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Y finalmente, se dijo que la confluencia entre la Constitución y el DIDH, en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad.

- b) Sobre las relaciones de compatibilidad entre normas es preciso advertir que -desde una perspectiva dinámica o sistemática- el ordenamiento jurídico implica -en primera instancia- que sus elementos se relacionan formando una unidad. A partir de este principio de unidad, se establece una estructura que determina la forma en que las normas jurídicas operan.

Dentro de esta dinámica normativa y conforme al principio de unidad, las relaciones entre normas pueden ser de complementariedad, de coordinación, de oposición o contradicción y de superposición o jerarquía. De éstas, interesa resaltar las primeras dos, a fin de exponer las implicaciones que para la pretensión de inconstitucionalidad generaría encausar la compatibilidad a la que se hizo referencia en la Inc. 52-2003, en una u otra.

- a) Así, la complementación se verifica en aquellos supuestos en que la relación entre normas es necesaria para producir efectos mutuamente, puesto que de manera aislada no tendrían esa capacidad de aplicarse.
- b) Y, por su parte, la coordinación indica una manera de relación entre normas que se verifica en la concentración y reparto de espacios jurídicos, para una acción común entre medios que no están supeditados entre sí.

Establecido lo anterior, se tiene que las normas constitucionales relacionadas con derechos fundamentales guardan una relación de coordinación con el DIDH, en la medida en que ambas se concentran y reparten sus ámbitos de aplicación, conforme a una finalidad común: fortalecer y fomentar el humanismo personalista.

Aunque no entendida en su sentido técnico para los casos de laguna o vacíos legales, la compatibilidad aludida entre Constitución y DIDH puede operar como integración normativa. No se trata, pues, de una simple compatibilidad como no contradicción de contenidos, sino que esta nota relacional entre ambos tipos de normas se encamina a deducir contenidos concretos de las normas parámetro, bajo la lupa interpretativa del principio *favor libertatis*.

- a) Establecido lo anterior, también debe aclararse que dicho criterio de admisión de las contradicciones entre legislación secundaria y DIDH, y que generen la violación al art. 144 inc. 2° Cn., se extiende al Derecho Internacional, tanto





convencional -que reviste la forma de tratados-, como institucional -que incluye otra variedad de fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como las Declaraciones-.

En efecto, la violación a una fuente de Derecho Internacional distinta al tratado por acción refleja -de modo análogo a los tratados respecto del art. 144 inc. 2° Cn.- puede transgredir el art. 83 Cn., pues éste, al calificar al Estado salvadoreño de soberano y reconocerle personalidad internacional, lo habilita jurídicamente para integrar las organizaciones internacionales, de las cuales emanan las fuentes de Derecho Internacional aludidas -resolución de 28-IX-2006, pronunciada en la admisión del proceso de Inc. 26-2006-.

- b) Para robustecer la anterior idea, es preciso afirmar que la soberanía es el poder originario y superior de una comunidad política, siendo, precisamente, esas cualidades las notas esenciales a dicho poder; en tanto que no depende de otro poder y se impone a todos los demás existentes en el ámbito territorial en el que se asienta dicha comunidad -Sentencia de 7-IX-1999, pronunciada en el proceso de Inc. 3-91-.

Sin embargo, en la actualidad la soberanía debe matizarse y compaginarse con una realidad evidente: los Estados ya no pueden ejercer su actividad aisladamente de la comunidad internacional, por lo cual necesariamente deben establecer relaciones de diverso tipo con otros sujetos de Derecho Internacional. En ese sentido, el análisis jurídico de la soberanía parte de dos perspectivas: la externa y la interna.

Desde la perspectiva externa, la soberanía del Estado implica la independencia frente a poderes estatales externos; es decir, en el territorio estatal no pueden ejercerse competencias jurídicas independientes de otro Estado. Se afirma, entonces, que el poder soberano es excluyente. En esta dimensión, el principio de la no intervención en los asuntos internos de otro Estado adquiere especial relevancia, pues a nivel de Derecho Internacional, la soberanía comprende la plena e igual capacidad jurídica y de acción de todos los Estados para crear obligaciones internacionales, a lo cual responde el carácter coordinador del Derecho Internacional.

En ese contexto, en el que se sitúa el Estado ante la Comunidad Internacional, la asunción de obligaciones internacionales no significa per se una limitación a la soberanía de los Estados. Efectivamente, en tanto una Constitución prevé que el Estado -a través de los funcionarios legitimados para ello- pueda asumir de forma voluntaria obligaciones internacionales, se está ejerciendo la faceta externa de la soberanía y no limitándola, pues el pueblo -a cuyo servicio se encuentra este atributo del Estado- así lo ha decidido libremente y la ha expresado en la norma jurídica de máximo rango.

- c) De esta manera, dentro de la comunidad internacional y en ejercicio de la soberanía externa, el Estado es partícipe y receptor de las aspiraciones que en



la misma se generan; una de las cuales es la protección de los derechos de la persona humana. Efectivamente, dentro de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, se reconocen las obligaciones internacionales para la salvaguarda del ser humano; tarea que requiere una buena combinación de normas internacionales y de normas internas.

En la actualidad, la promoción y la protección de los derechos es una de las prioridades de la comunidad internacional, en tanto que los derechos de la persona se encuadran en la estructura jurídica más relevante en el ordenamiento internacional, a partir de los principios de solidaridad y de protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto.

Ello entraña una consecuencia relevante, a saber: la obligación internacional de promover y respetar los derechos de las personas es de carácter *erga omnes*. Y es que tales derechos, en suma, no sólo ofrecen una dimensión subjetiva, como derechos de los individuos frente a los entes estatales, sino también, desde una dimensión objetiva, aseguran el orden y la paz social en la comunidad internacional.

En ese sentido, la protección internacional de los derechos ha supuesto un profundo cambio en la posición del Estado soberano ante el Derecho Internacional, pues basta tener presente que, en efecto, la soberanía -en cuanto deber- implica hoy la obligación de asegurar el respeto de los derechos tanto a nacionales como a extranjeros, lo que implica unos efectos directos sobre la concepción internacional del Estado, en tanto que esas obligaciones de protección y respeto de los derechos de la persona, correlativamente constituyen una especie de legitimidad del Estado en el orden internacional.

- d) Con base en todo lo expuesto, puede afirmarse que las reglas mínimas de la detención provisional, conocidas como reglas de Tokio, perfectamente pudiera figurar como parámetro integrado al art. 83 Cn., ante las contradicciones normativas que respecto de alguna disposición precisa adviertan los tribunales, en el ejercicio del control difuso". (Auto de admisión de 18-XI-2009, proceso de inconstitucionalidad 47-2007).

### III. FALLOS RELATIVOS AL DERECHO PENAL SUSTANTIVO

#### El principio de legalidad

"En la Sentencia, pronunciada el 14-II-1997 en el proceso de Inc. 15-96, esta Sala afirmó que el denominado principio de legalidad es una derivación conceptual de la seguridad jurídica, y que consiste en la sujeción del ejercicio de las potestades públicas al ordenamiento jurídico, todo ello como un pilar fundamental que da vida al Estado de Derecho. Como se advierte, el ideal esencial que persigue este principio es que los miembros de la colectividad



social sean gobernados por la voluntad racional y justa de las leyes, y no por la voluntad arbitraria de los hombres”.

En la específica materia penal, este principio adquiere connotaciones más acentuadas que en las otras ramas jurídicas, en razón de los intereses que son puestos en juego: la protección de los diversos bienes jurídicos –individuales o colectivos– de la ciudadanía en general y el derecho fundamental a la libertad –y otros conexos– de los cuales puede verse privado quien se indique como realizador o ayudante de un hecho delictivo, siendo confirmada tal aseveración por medio del proceso penal.

En este sentido, la determinación prescriptiva de las conductas punibles obliga a que no se utilicen conceptos oscuros e inciertos, que puedan 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 ello tiene razón Hans Heinrich Jescheck, cuando afirma que “las intervenciones penales alcanzan una mayor profundidad en cuanto a sus efectos que cualesquiera otras intromisiones en la libertad y la propiedad; aquéllas encierran un acento especialmente gravoso, sobre todo a través de la desaprobación ético social que les es inherente. Por ello, la ley penal y su aplicación no sólo deben cumplir con los principios jurídicos de carácter formal, sino que también debe existir una correspondencia interna con las exigencias de Justicia que se encuentran condensadas en el principio material del Estado de Derecho” (*Tratado de Derecho Penal*, puesto al día por Thomas Weigend).

Citando nuevamente la referida decisión, se expuso que éste comporta en el ámbito punitivo: (i) la *garantía criminal*, como seguridad que nadie será sancionado por hechos que no hayan sido previamente tipificados como hechos punibles por la Ley Penal (art. 1 C. Pn.); (ii) la *garantía penal*, como seguridad que a nadie se le impondrá otra pena que la prevista en la ley penal para el respectivo delito (art. 1); (iii) la *garantía jurisdiccional*, es decir, la seguridad que a nadie se le impondrá la pena prevista por la ley para el hecho punible atribuido, sino como consecuencia de un proceso jurisdiccional que tenga por objeto la comprobación de la existencia de tal delito y la averiguación de quién lo haya cometido, a fin de sancionar al culpable (art. 2 C. Pr.Pn.); y (iv) la *garantía ejecutiva*, en el sentido que a nadie se le aplicará la pena grado diverso o de modo diferente a la regulación específica que para tal efecto se haya hecho previamente en la ley (art. 4 de la Ley Penitenciaria).

En el ámbito de la creación y aplicación del ordenamiento jurídico penal, este principio impone al menos tres exigencias que pueden abreviarse conforme al primigenio brocardo latino creado por Paul Johann Ritter Feuerbach: a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; b) *nullum crimen, nulla poena sine lege escrita*; y c) *nullum crimen, nulla poena sine lege estricta*.



El primero exige la existencia de una ley promulgada con anterioridad a la ejecución del hecho que se pretende sancionar, impidiéndose con ello su aplicación retroactiva a situaciones anteriores a su vigencia; el segundo, denominado también “principio de reserva”, establece que la creación, modificación o derogación expresa de leyes penales únicamente puede efectuarla el órgano constitucionalmente facultado para ello –en nuestro medio, la Asamblea Legislativa–; y el tercero impone que la redacción normativa de la conducta penalmente prohibida, así como de su pena, sea clara, precisa e inequívoca, lo cual permite una correcta aplicación del Derecho por parte del juez penal, quien no puede castigar hechos distintos o imponer penas diferentes a las que ha establecido la voluntad general expresada en el parlamento –prohibición de la analogía *in malam partem*–.

Con relación a esta última exigencia referida a la “*lege stricta*” o “*lege certa*”, su desarrollo jurisprudencial constitucional aparece plasmado en la Sentencia de 1-IV-2004, que destaca su importancia al garantizar el estricto sometimiento del juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación, así como una interpretación analógica de la misma; y por otro, la seguridad del ciudadano, en cuanto a la certeza que la ley penal le permite de programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previa y claramente”. (Sentencia de Inconstitucionalidad de 11-IX-2007, Ref. 27-2007 acum).

#### IV. FALLOS RELATIVOS A LA EJEUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN Y OTRAS PENAS

##### La resocialización como contenido constitucional y su relación con las penas perpetuas y de larga duración

“En cuanto a los lineamientos prescritos por la Constitución, para que la pena cumpla con su fin preventivo de delitos, es necesario considerar los siguientes aspectos:

1. El art. 27 inc. 3º Cn., dispone que “el Estado organizará los centros penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos”. Esa disposición determina la función de la pena privativa de libertad en el marco del régimen constitucional: en primer lugar, la readaptación del delincuente, a través de medidas que incluyan la educación y la formación de hábitos de trabajo; y en segundo lugar, la prevención de los delitos.

2. Consecuencia de ello, es que la pena en nuestro marco constitucional ejerce una función de carácter principalmente utilitario, pues busca en primer lugar la resocialización del delincuente. Tal es el fin determinante al servicio del cual se ubica la pena, entendida la resocialización –a decir de Mir Puig– “no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, no como manipulación de su personalidad, sino



como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal”. Pues, como bien apuntan las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente: “el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente, una vez liberado, no solamente quiera respetar la ley y proveer sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo”.

3. Establecido el anterior marco conceptual, corresponde ahora determinar si el aumento de la pena prescrito por el art. 2 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado es violatorio del art. 27 Cn. 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) 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 proporcionada de la medida con la importancia del bien jurídico que se persigue proteger.

4. 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 con 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 se debe decir que el mismo no se reduce al ámbito de la aplicación de la ley -lo cual corresponde el 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. La pena perpetua puede conceptualizarse 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; es decir, se trata de una sanción vitalicia consistente en el extrañamiento del condenado del resto de la sociedad a consecuencia de la comisión de un delito.

5. De la sola comparación de este concepto con la función y caracterización de la pena privativa de libertad expuesta 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 determinarle un extrañamiento de la vida ordinaria de la sociedad por el resto de su vida.

Ya de por sí la doctrina señala los negativos efectos de la prisión -es la llamada "crisis de la pena privativa de libertad"-, sobre la cual las recientes investigaciones -a decir de Bustos Ramírez- han demostrado que la pena privativa de libertad en exceso "no puede ser resocializadora, ya que destruye la personalidad del sujeto"; y también "los llamados efectos de 'prisionización' y de 'despersonalización' que tiene la cárcel, por el hecho de ser una institución total, en la cual el sujeto pierde su identidad y pasa sólo a ser un número dentro de la institución", lo cual además conduce "a la llamada subcultura carcelaria, que aumenta la conciencia violenta o delictiva del sujeto".

6. Consecuentemente, someter al condenado a un extrañamiento tan prolongado que sea irrazonable-mucho más si el mismo es de por vida-, desnaturaliza el fin de la pena de prisión prescrito por la Constitución, el cual sólo puede alcanzarse si se ejecuta adecuadamente un tratamiento penitenciario que -de acuerdo a las mencionadas Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos- "debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles [a los condenados] la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad".

7. Además, mientras el tratamiento penitenciario se ejecuta, "el régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre, en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona. Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad". Es decir, que esos fines -coherentes con la concepción personalista o humanista de la Constitución- se desvanecen ante una condena de privación de libertad en virtud de la cual el interno no tiene la esperanza de una eventual liberación.

8. Imperativa consecuencia de lo anterior es que el legislador secundario está constitucionalmente obligado a establecer un máximo temporal en la fijación de las penas privativas de libertad, ya que, de no hacerlo, quedaría legalmente autorizado



que la determinación individual de las penas -sobre todo en casos de concurso de delitos- se convierta, en la práctica, en la condena a una pena perpetua.

Se evidencia, pues, que es obligación constitucional que la ley penal -común o especial- establezca ese máximo temporal, durante el cual un condenado guardará prisión y será sometido al respectivo tratamiento penitenciario. Hay que aclarar que la determinación en abstracto de tal monto máximo de la pena es facultad libre del Órgano Legislativo, pero la misma debe responder a un criterio de razonabilidad para no violentar la regulación constitucional del fin de la pena que -es importante recordar- es la resocialización del delincuente y no la inflicción de un castigo por el mal producido.

9. En consecuencia, se concluye que, en cuanto el Art. 2 del Decreto Legislativo N° 668/96, establece una indeterminación del máximo de pena a imponer por el juzgador al condenar a un delincuente. Ello supone autorizar a los jueces a establecer penas perpetuas, situación claramente contraria al art. 27 Cn., que contiene una expresa prohibición de la imposición de esta clase de penas. Por tanto, respecto de tal motivo de inconstitucionalidad argumentado por los demandantes, el art. 2 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado es inconstitucional y es procedente declararlo en tal sentido. (Considerando IX, Sentencia de Inconstitucionalidad de 14/II/1999, Ref. 15/96-97 acum).

1. "Cabe examinar en este punto que el incremento penal señalado en la primera disposición -art. 45- lo es en un sentido general, por lo que sus efectos se irradian a cada una de las conductas contempladas en la parte especial del Código Penal, y puede ser aplicado, por ejemplo, ante un concurso real de delitos.

Ello no acontece en el último caso, cuyo ámbito de aplicación es exclusivo a las circunstancias agravantes contempladas en el art. 129 C. Pn., y que al tener aplicación en supuestos concretos -por ejemplo en el caso del concurso real de dos homicidios o más- podría llegar a los setenta y cinco años al hacer la sumatoria de las penas aplicables (art. 71 C.Pn.)

Distinto es el caso del secuestro, cuya penalidad contemplada en el art. 149, puede exasperarse hasta una tercera parte del máximo de concurrir alguna de las circunstancias contempladas en el art. 150; esto es de cuarenta y cinco años de prisión a sesenta como máximo.

En realidad, en este último supuesto el presunto vicio de constitucionalidad subyace particularmente en la consecuencia jurídica estipulada en el art. 149 C.Pn., la cual se modifica conforme la regla contemplada en el art. 150 C. Pn.; último artículo que no establece escala penal alguna de forma autónoma, sino que más bien se muestra dependiente del tipo básico.

Por tanto, la norma en la que debe centrarse el análisis de constitucionalidad es la que comprende el tipo de secuestro y, particularmente, con relación a su



consecuencia jurídica; ya que la penalidad en ella comprendida es la que determina –al concurrir alguna agravante– la aplicación del art. 150, y por ende, de una mayor pena.

2. Ahora bien, el órgano emisor ha fundamentado tales modificaciones bajo las siguientes premisas:

- a) Se responde a las necesidades y demandas de seguridad por medio de “una medida ejemplarizante para los delincuentes, dentro de cualquier estado de derecho”, que es el incremento de penas. Se trata, en suma, de “una prevención de carácter general, es una advertencia a todos para que se abstengan de delinquir; como también la idea de que a través de la pena o castigo se está enmendado al hecho para que en el futuro no vuelva a delinquir”.
- b) El sentido resocializador de la pena se encuentra en crisis, pues son “muchos los doctrinarios que señalan los inconvenientes de la pena de prisión para asegurar la resocialización del delincuente. Este sector doctrinario, de forma reiterada, viene denunciando que la prisión tiene un número importantísimos de aspectos negativos; pero la misma doctrina no tiene más remedio que reconocer que una sociedad que renunciase a la pena de prisión habría firmado su propia sentencia de muerte”.
- c) La imposición por parte de un tribunal de una pena de setenta y cinco o cincuenta años no es una pena perpetua, pues no se trata de una imposición de una pena de por vida (perpetua).

3. Con relación a la primera de las ideas expuestas por la Asamblea, las cuales guardan intrínsecamente relación con la función de prevención general, es procedente señalar como se ha hecho en el pronunciamiento efectuado en la sentencia de inconstitucionalidad 15-96, que las líneas maestras de una política criminal de un Estado moderno son: (1) la prevención del delito; (2) la persecución del delito y de la impunidad; (3) la rehabilitación del delincuente; (4) la constitucionalidad y legalidad de las actividades tendentes a desarrollar los primeros tres aspectos; (5) el fortalecimiento institucional, organizaciones y coordinación entre las instituciones responsables del diseño y ejecución de la política criminal; y (6) la coordinación, recíproca alimentación y alta comunicación entre Estado y sociedad.

- a) De acuerdo con ello, es evidente que *las finalidades de prevención general pueden ameritar una reevaluación, tanto del valor social del bien jurídico y de forma de ataque, y determinar con ello un incremento o disminución del marco penal*. Como se ha advertido *supra* –romano IV–, el legislador tiene libertad de configuración para hacerlo, dentro de los marcos de racionalidad, utilidad y especialmente de humanidad.

Así, este tribunal ha sostenido en diversas oportunidades que la ley no es ejecución de la Constitución, como el reglamento es ejecución de la ley. Por ello, el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en





el marco de ésta. En esta función inciden criterios de naturaleza predominantemente volitiva y especialmente ético-política; es decir, criterios y valoraciones relativos a aspectos de necesidad, conveniencia, oportunidad, viabilidad, etc., que resultan imprescindibles para que dicho órgano cumpla adecuadamente su misión. Al momento de dotar de contenido material, por ejemplo, a una disposición secundaria, el Órgano Legislativo puede tomar diversas posiciones y consideraciones, bajo su responsabilidad política y atendiendo a una diversidad de criterios como pueden ser: el orden social, la moral, la economía, la política o simplemente aspectos coyunturales.

En cuanto a la racionalidad que ha de imprimirse a las formulaciones político criminales, además de consideraciones de oportunidad, es necesario que tengan como base elementos empíricamente demostrables, a partir de criterios criminológicos fiables que orienten la actividad de los diversos agentes del sistema penal. Sin embargo, como manifestación del principio democrático que fundamenta la libertad de configuración del legislador, éste dispone de un margen de acción respecto al conocimiento de hechos relevantes, es decir un margen de acción empírico, a partir de sus propios conocimientos y estimaciones de la realidad. Por ejemplo, sobre la eficacia de las penas prolongadas sobre la prevención del delito.

Aun cuando dicha eficacia pueda considerarse opinable o dudosa, *este tribunal no puede sustituir al legislador en la determinación concreta o aritmética de la duración de la pena de prisión, porque es precisamente en esos casos, en los que exista algún margen de incertidumbre empírica, que entra en juego el margen de apreciación y de acción cognitiva confiado al órgano legislativo.* Particularmente cuando, como en el presente caso, el parámetro de control constitucional no determina de forma cerrada o exhaustiva los fines y las funciones que debe cumplir la pena (apartados IV.1.B y IV.3.A de esta sentencia) y, menos aún, los medios que están al alcance del poder legislativo para la consecución de tales fines y funciones.

También debe notarse que *las exigencias constitucionales impuestas como orientadoras de los fines y las funciones de la pena de prisión se relacionan efectivamente con el régimen concreto de ejecución de tal pena, y no únicamente con la determinación legislativa abstracta y general de los límites cuantitativos para su duración.* Incluso, antes de iniciar la aplicación de dicho régimen, más en el ámbito del control judicial, existe una pluralidad de instrumentos destinados a corregir la hipotética dureza penológica que unos determinados marcos legales pudieran manifestar en algún caso concreto. Por ejemplo, la propia interpretación judicial, conforme a la Constitución, de los preceptos penales, la consideración de circunstancias excluyentes o atenuantes de la pena o, ya en la ejecución penitenciaria, la concesión de beneficios penitenciarios.

- b) Con relación al argumento de que la pena de prisión se encuentra en “crisis”, pero es un recurso indispensable para el Estado, ciertamente la sociedad actual no parece estar en condiciones de prescindir totalmente de la pena de prisión.



Si por un lado, razones de prevención general obligan a mantener la pena de prisión en el sistema actual; y por otro, la necesidad de orientar su ejecución hacia la resocialización del condenado le imprime ciertos límites, es en el equilibrio de ambos extremos en que ha de producirse una respuesta legislativa con basamento criminológico que tienda a conformar las dimensiones de la pena de prisión al máximo y mínimo indispensable. Y así, a prescindir de las penas excesivamente largas y como también de las excesivamente cortas, conforme a los principios de proporcionalidad y de resocialización.

*Sin embargo, en la elección precisa sobre cuáles deben ser los límites cuantitativos para la duración de la pena de prisión, al tratarse de una materia sujeta a conocimientos, respecto a los cuales entra en juego el margen de acción empírica del legislador, en el que además tiene un papel determinante el régimen efectivo de ejecución de la pena y dada la amplia cobertura de las políticas públicas en materia criminal que otorga el Art. 27 Cn., esta Sala está inhibida de suplantar a la Asamblea en la definición del límite máximo que debe tener la pena de prisión.*

- c) Finalmente, de acuerdo a lo expresado en la sentencia de inconstitucionalidad 16-95, en su romano IX, la *pena perpetua* puede conceptualizarse 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; es decir, se trata de una sanción vitalicia consistente en el extrañamiento definitivo del resto de la sociedad a consecuencia de la comisión de un delito. Se trata entonces, de un encarcelamiento definitivo.

*De ellas hay que distinguir las penas de prisión de larga duración o de duración máxima, en las cuales hay un periodo de tiempo máximo legalmente determinado, y es posible aplicar ciertos paliativos durante la fase de ejecución penitenciaria (ejemplo la libertad condicional –art. 85 C. Pn.–, etc.), propiciando con ello, regularmente, que las condenas no se cumplan en su totalidad, aunque tales beneficios se otorguen después de haber transcurrido un amplio periodo de tiempo.*

Con base en lo anterior se comprende que los marcos penales de treinta a cincuenta, de setenta y de setenta y cinco años de prisión –*marcos claramente definidos*– contenidos en las disposiciones que han motivado las diferentes inaplicabilidades, *no se oponen por sí mismos, en su mera formulación general y abstracta, al principio de constitucional resocialización*. Pues tanto la individualización judicial de la pena, como la ejecución efectiva del régimen penitenciario, inciden en la observancia de dicho principio, en el cumplimiento concreto de una pena de prisión impuesta a una persona determinada”. (Sentencia de Inconstitucionalidad de 25/III/2008, Ref. 32-2006).



## V. FALLOS RELATIVOS AL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS MENORES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

1. En otro orden, y como otra 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, o trastorno mental transitorio.

Este principio se apoya en la necesidad que el hecho punible “pertenezca” a su autor no sólo 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 su 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.

2. En esa línea, el art. 35 inc. 2º Cn. prevé el tratamiento diferenciado de los menores en conflicto con la ley penal, en relación con el régimen aplicable a las personas mayores de edad. De tal mandato emanan para el Estado una serie de obligaciones jurídicas, específicamente sobre el establecimiento de normas de procedimientos, autoridades e instituciones específicas para el juzgamiento y resocialización de los menores en conflicto con la ley penal.

Asimismo, en términos normativos, tal exigencia implica adoptar una regulación acorde con la dignidad humana de los menores, que fortalezca el respeto de sus derechos fundamentales, en el que además se tenga en cuenta la distinta capacidad de comprender lo ilícito de su conducta, razón suficiente para ser tratados de manera distinta a los adultos.

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 protección hacia los menores que se deduce del art. 35 inc. 2º Cn., parte del supuesto del menor como sujeto de derechos –nunca un objeto del derecho–. En consecuencia, los criterios



ideológicos que deben inspirar el régimen penal de los menores deben contener todas las garantías sustantivas y procesales establecidas en el programa penal de la Constitución, acoplándose a las características especiales que lo diferencien sustancialmente del proceso penal ordinario.

3. Problema fundamental al tema es la definición jurídica de menor de edad, pues efectivamente en la Constitución no se establece, por una parte, hasta qué edad se considera a una persona como menor de edad; y por otra, no se menciona una edad mínima antes de la cual se infiera que los menores de edad no tienen capacidad para infringir las leyes penales, y por ende no se les exige responsabilidad sobre sus actos. De lo anterior, se deduce la obligación al legislador de cubrir esos espacios normativos con base en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y exigibilidad.

En esa línea, la Convención Sobre los Derechos del Niño –CSDN–, ratificada por D. L. n° 487, de 27-IV-1990, publicado en el D. O. n° 307, de 9-V-1990, prescribe en el art. 1 que se considerará niño toda persona menor de dieciocho años de edad. Al integrar dicha disposición con los arts. 12, 35 inc. 2° y 144 inc. 2° Cn., se tiene que el Estado está obligado a regular una normativa penal distinta para los menores de dieciocho años de edad, tanto en su penalidad como en su procesamiento. Asimismo, se deduce la obligación al legislador penal de establecer una edad mínima a partir de la cual pueda intervenir penalmente, excluyendo a los menores que no sobrepasen dicho límite –arts. 12 y 35 inc. 2° Cn. y 40 CSDN–.

La invocación de normativa internacional de derechos humanos en integración con las disposiciones constitucionales mencionadas –específicamente el art. 144 inc. 2°–, hace necesario que esta Sala retome la jurisprudencia emitida en cuanto al parámetro de control en el proceso de inconstitucionalidad. Así, en sentencia de 26-IX-2000, pronunciada en el proceso de Inc. 24-97, se ha establecido que el objeto del proceso de inconstitucionalidad radica en la confrontación internormativa que el peticionario plantea en su demanda y justifica con sus argumentos. Los extremos de tal cotejo o confrontación son: (i) la normativa constitucional que se propone como canon o parámetro; y (ii) la disposición o cuerpo normativo que se pretende invalidar.

Asimismo, se afirmó que: “Si bien los instrumentos internacionales que consagran los derechos humanos –igual que otras disposiciones jurídicas que tienen una estrecha vinculación material con el contenido de la Constitución– pueden estimarse como un desarrollo de los alcances de los preceptos constitucionales, ello no les convierte en parte integrante de la Ley Suprema, con base en las siguientes razones: (i) la Constitución se ha atribuido a sí misma solamente, en el art. 246 inc. 2°, el rango de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico, subordinando así, bajo su fuerza normativa, a tratados –arts. 145 y 149 Cn.–, leyes, reglamentos y demás disposiciones jurídicas; (ii) según el considerando I de la Ley de Procedimientos Constitucionales, los tres procesos regulados en ella tienen



como finalidad común garantizar ‘la pureza de la constitucionalidad’ –vale decir, la adecuación o conformidad a la Constitución–, de las disposiciones y actos concretos que se controlan por la jurisdicción constitucional”

Y es que, si bien existe una vinculación material entre la llamada “parte dogmática” de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, ello no equivale a una integración normativa entre ambos en una sola categoría constitucional. Y es que se dijo, los instrumentos internacionales no tienen rango constitucional, no forman un bloque de constitucionalidad con la Ley Suprema, razón por la cual, en la referida sentencia, se afirmó que la configuración de una pretensión planteada en un proceso constitucional debe fundamentarse jurídicamente en la Constitución –en sus disposiciones expresas o en los valores y principios que se encuentran a su base–. Pero ello no es óbice para que se puedan invocar los tratados como fundamento complementario de la pretensión.

Asimismo, en sentencia de 14-II-1997, pronunciada en el proceso de Inc. 15-96, se afirmó que si tratado y ley gozan del mismo rango jerárquico –art. 144 inc. 1° Cn.–, la solución a un conflicto entre tales clases de normas no puede ser jurisdiccionalmente resuelto en abstracto, sino únicamente en un caso concreto sobre el que conozca cualquier tribunal, incluida esta Sala. Aún más, si no obstante se entendiera que la normativa internacional está posicionada en un rango jerárquico superior a la ley, el enfrentamiento entre tales normas no significaría per se una inconstitucionalidad. Dicho de otra manera, la no concordancia entre normas de distinto rango jerárquico no implica por sí una violación a la Constitución.

Sin embargo, tal criterio jurisprudencial no debe entenderse de una manera tan unívoca; pues, si bien los tratados internacionales no constituyen parámetro de control en el proceso de inconstitucionalidad, la disposición constitucional que consagra su valor jurídico y posición en el sistema de fuentes –art. 144 inc. 2° Cn.– no puede ser desatendida por el tribunal encargado de la defensa de la Constitución.

Es decir, la proposición de tratados internacionales sobre derechos humanos en la pretensión de inconstitucionalidad bien puede efectuarse a título de violación a la Constitución, y no al tratado considerado aisladamente. En ese sentido, investidos por la Ley Suprema de mayor fuerza pasiva con respecto a la ley secundaria, los tratados no pueden ser modificados o derogados por leyes secundarias. La trasgresión constitucional se entiende por acción cometida refleja, en relación con el art. 144 inc. 2° Cn., ante la contradicción entre la ley secundaria y un tratado internacional de derechos humanos.

La pretensión de inconstitucionalidad, en estos casos, se ve condicionada al establecimiento de la violación a un tratado que desarrolle derechos humanos, pues es preciso tomar en cuenta que la misma Constitución confiere a los tratados internacionales de derechos humanos mayor fuerza pasiva con respecto a la ley



secundaria, estableciendo que no pueden ser modificados o derogados por leyes secundarias –arts. 1 y 144 inc. 2º–.

Así, el ordenamiento jurídico, como conjunto sistemático de disposiciones e instituciones jurídicas que se interrelacionan entre sí, incluye ciertos principios que lo dotan de estructura; pues si se trata de un ordenamiento sistematizado, debe solventar las contradicciones y colmar las lagunas que pudieran concurrir dentro de sí. Por tal razón, y con la finalidad de ordenar la posición de las distintas fuentes que conforman el sistema de fuentes, la Constitución establece los mecanismos pertinentes que coadyuvan a eliminar la existencia de antinomias; es decir, situaciones de incompatibilidad o colisiones normativas, determinando el derecho aplicable.

Es la Constitución, por tanto, la que sirve de medida para la determinación de la validez y eficacia del Derecho producido en los distintos ámbitos en que se ejercitan las potestades normativas; y es que la misma es el origen primario del derecho vigente en el ordenamiento, y define las líneas básicas sobre la producción jurídica. Por lo que las diversas categorías normativas deben someterse formal y materialmente a sus preceptos.

En ese sentido, el art. 144 inc. 2º Cn. establece el régimen de respeto a un orden y sistema jurídico, donde la jerarquía de las normas y el establecimiento de un marco constitucional con su carácter fundamental y de regularidad jurídica suponen, por un lado, la aplicación preferente de los tratados internacionales con respecto al derecho interno infraconstitucional –ordenación de fuentes en sede aplicativa– al prescribir que en caso de conflicto entre una ley y un tratado internacional, prevalecerá este último. Y, por otra parte, la resistencia del derecho internacional de derechos humanos a verse modificado por la legislación secundaria –fuerza pasiva–, la cual opera en sede legislativa.

Ésta implica un mandato dirigido al legislador que le inhibe de emitir normativa contraria al sentido, criterios y principios contenidos en la normativa internacional que desarrolle derechos fundamentales; incurriendo, en caso contrario, en inconstitucionalidad por no respetar el criterio de ordenación de fuentes prescritos por el art. 144 inc. 2º Cn.

Ahora bien, como se ha apuntado, la violación puede alegarse evidenciando una contradicción normativa al Derecho Internacional de los derechos humanos, y no a toda la gama de instrumentos jurídicos internacionales ajenos al sustrato ideológico que ampliamente comparten los primeros con la Constitución. Ésta, en integración con los instrumentos internacionales que consagran y desarrollan derechos humanos, dirigen sus ámbitos de vigencia efectiva hacia un mismo sustrato axiológico: la dignidad humana y el catálogo de los derechos fundamentales que desarrollan los valores inherentes a su personalidad: dignidad, libertad e igualdad.



En definitiva, el art. 144 inc. 2º Cn., conectado con la concepción personalista del Estado –art. 1 y Preámbulo–, de la cual se deriva la regla hermenéutica en favor de la dignidad: restringir lo limitativo y expandir lo favorable a ella, no sólo determina la fuerza vinculante y jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que, además, permite proponer una apertura normativa hacia ellos.

Tal consideración, por tanto, solamente es aplicable a instrumentos internacionales que contengan principios normativos de análoga o mayor cobertura a la establecida en la llamada parte dogmática de la Constitución, y que hagan posible el establecimiento de fructíferas directrices para una más expansiva y más humana interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Es decir, el art. 144 inc. 2º Cn., cobra virtualidad cuando una disposición infraconstitucional se encuentre en oposición normativa con el DIDH.

Y es que, los derechos fundamentales no sólo constituyen esferas de autonomía subjetiva inherentes a la calidad de persona, sino que, en cuanto concreciones de la dignidad humana y garantía de un status jurídico o libertad de un ámbito de existencia, son, al propio tiempo, elementos esenciales de un ordenamiento jurídico objetivo –marco de la convivencia humana–. Por tanto, la consolidación constitucional de los derechos fundamentales de la persona también incide en la estructuración del ordenamiento jurídico, con una clara intención expansiva e integradora para vigorizar la protección efectiva de la dignidad humana.

Por tanto, debe reconsiderarse el status interno del 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 el DIDH –por la vía del art. 144 inc. 2º 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 la persona. Por tanto, si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelvan nugatoria la efectividad de las primeras. Con ello se contribuye a la reevaluación de la amplia interacción entre el DIDH y el derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados a la dignidad humana. En definitiva, la identidad común entre el DIDH y el Derecho Constitucional es el trazo que más distingue al primero, en relación con el resto de la normativa internacional.

En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el DIDH, en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente



no es de jerarquía, sino de compatibilidad; y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el Derecho Constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional sobre derechos humanos.

4. Entrando al análisis del caso concreto, se observa que el art. 35 inc. 2° Cn., instaura un supuesto especial de igualdad por diferenciación; es decir, el constituyente que, 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 la conducta de los menores de edad que comentan 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 la 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 aprehendida por el Derecho, determina una esfera jurídica regida por normas especiales.

Por ello, la distinción entre minoría y mayoría de edad viene a constituir 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 determinados tratamientos o consecuencias jurídicas. Y es que, en realidad, la personalidad es siempre la misma, y si bien en la minoría de edad se presenta, con frecuencia, complementada con otra voluntad, ello no supone la desaparición de la personalidad, sino entraña su mantenimiento y reafirmación, sobre todo por el papel activo que le corresponde al Estado en la referente al desarrollo integral del menor, de conformidad al inc. 1° del art. 35 Cn.

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 deben existir diferencias sustanciales entre el sistema especial para menores con respecto al sistema penal para adultos, aludiendo que el rango distintivo que diferencia uno de otro simplemente consiste en una legislación punitiva formalmente separada del régimen penal de adultos; es decir, la regulación en 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 período 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 está en función directa del ordenamiento positivo que las regula, es evidente que el constituyente ha establecido que la conducta antisocial de los menores de edad esté sometida 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.

Lo esencial en el marco regulatorio distinto al régimen penal de adultos es el establecimiento de mayores garantías para el menor de edad frente al poder punitivo del Estado, en relación con las garantías reconocidas para los primeros. Lo que se traduce en que, en ningún caso, el menor de edad 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. –.

De la lectura del art. 2 inc. 3° LAM, aparece que el legislador secundario pretende sujetar a los menores de edad a las mismas disposiciones penales y procesales establecidas para los mayores de edad, quedando a la valoración judicial la implementación de dicha posibilidad. Al respecto, es de hacer notar que el art. 35 inc. 2° Cn. no establece ningún tipo de excepción al tratamiento diferenciado, mientras que la CSDN excluye esa posibilidad tajantemente en su art. 40. En ese sentido, al establecer que los menores de edad sean procesados en iguales circunstancias procesales que los adultos, se verifica la violación tanto al art. 35 inc. 2° Cn. como al art. 40 CSDN, que de manera refleja ignora el art. 144 inc. 2° Cn., el cual determina el valor y posición de los tratados que confluyen en los objetivos constitucionales o amplían el ámbito de protección y garantía conferido por la Ley Suprema –como es el caso de los tratados que pertenecen al DIDH–.

Por tanto, debe declararse que en el art. 2 inc. 3° LAM, existe la inconstitucionalidad alegada por los ciudadanos Claudia Marlene Reyes Linares, José Heriberto Henríquez y por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, por violar los arts. 35 inc. 2° de la Constitución y, al estar en contradicción con el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, contraviene el art. 144 inc. 2° Cn.

5. Además, al establecer la creación de 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 de la cual no debe aplicarse nunca el *ius puniendi* –arts. 12 y 35 inc. 2° Cn.–

Asimismo, el art. 40.3 letra a) de la CSDN, establece que los Estados parte deben establecer una edad mínima antes de la cual se considera que los menores de edad 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 partir de cierta edad mínima, una parte de ellos del alcance del *ius puniendi*.

Es necesario manifestar que el legislador, al establecer un mínimo de edad en los menores de edad, debe tomar en cuenta que una persona es responsable penalmente de su actuar en la medida que se le pueda exigir conciencia sobre su comportamiento; pues los menores de edad, por su condición de seres humanos en desarrollo psíquico y físico, se encuentran en una situación jurídico-social diferente respecto de los mayores de edad.

Sin embargo, es preciso destacar que esta Sala no está autorizada a precisar la edad mínima penal, ya que ello es parte de la libertad del legislador secundario en la configuración del ordenamiento jurídico. Y es que ello ya se ha hecho en el art. 345 del Código de Familia y el art. 2 de la Ley del Menor Infractor, en concordancia con la CSDN. El primero de tales dice: “Definición de menor de edad: son menores de edad toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho años. En caso de duda, se presumirá la minoridad mientras no se pruebe lo contrario”. El segundo define: “Personas sujetas a esta ley. Esta ley se aplicará a las personas mayores de doce años de edad y menores de dieciocho años... Los menores cuyas edades se encontraren comprendidas entre los dieciséis y los dieciocho años de edad, a quienes se les atribuyere o comprobare responsabilidad como autores o partícipes de una infracción penal, se les aplicarán las medidas establecidas en la presente ley... La conducta antisocial de los menores de edad, cuyas edades se encontraren comprendidas entre los doce y dieciséis años de edad que constituya delito o falta se establecerá mediante el procedimiento regulado en esta ley. Comprobados los hechos constitutivos de la conducta antisocial, el Juez de Menores resolverá aplicarle al menor de edad cualesquiera de las medidas establecidas en la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor o de las medidas contempladas en esta ley, siempre que sean en beneficio para él o ella... Los menores que no hubieren cumplido doce años de edad y presenten una conducta antisocial no estarán sujetos a este régimen jurídico especial, ni al común; están exentos de responsabilidad y, en su caso, deberá darse aviso inmediatamente al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor para su protección integral”.

El art. 2 inc. 5° LAM, pretende la penalización de menores de doce años, sin establecer un rango legal mínimo, incurriendo en una violación a los arts. 12 y 35 Cn. y al art. 40.3 letra a) de la CSDN, pues no puede omitirse la fijación de cierta edad



a partir de la cual los menores de edad sean inimputables, ni aun en el caso que se pretenda el juzgamiento con un régimen especial.

Por tanto, debe declararse que en el art. 2 inc. 5° LAM, existe la inconstitucionalidad alegada por la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, en relación con la violación a los arts. 12 y 35 Cn. y, al contrariar el art. 40.3 letra b) de la CSDN, también al art. 144 inc. 2° Cn. Además, ya existe regulación especial, en armonía con lo dispuesto en la CSDN, un mínimo de edad por debajo del cual el Estado no puede regular penalmente sobre los menores de edad, ni aun con otro régimen especial paralelo que contravenga al DIDH aceptado” (Considerando IV, Sentencia de Inconstitucionalidad del 1° de abril de 2004, Ref. 52-2003 acum.).





Este libro se imprimió  
en Talleres Gráficos UCA,  
en el mes de abril de 2013  
la edición consta de 2000 ejemplares.



Con el apoyo de:



## Comisión Coordinadora del Sector de Justicia

